

UNIVERSITÉ JEAN MOULIN – LYON III

FACULTÉ DE DROIT

ESSAI SUR LE CONCEPT DE DROIT DE PUNIR
EN DROIT INTERNE

Thèse

présentée et soutenue publiquement pour le grade de

docteur en droit

le 11 décembre 2006

par

Loïc de GRAËVE

Directeur de thèse : Mme Annie BEZIZ-AYACHE

Membres du jury :

Mme Annie BEZIZ-AYACHE Maître de conférences à la Faculté de droit de l'Université Jean
Moulin (Lyon III)

Mme Marie-Elisabeth CARTIER Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas
(Paris II)

M. Wilfrid JEANDIDIER Professeur à la Faculté de droit de l'Université Jean Moulin
(Lyon III)

Doyen honoraire de la Faculté de droit de la Réunion

M. Patrick MAISTRE DU CHAMBON Professeur à l'Université des sciences sociales de
Grenoble

Doyen honoraire de la Faculté de droit de Grenoble

M. André VARINARD Professeur à la Faculté de droit de l'Université Jean Moulin (Lyon III)

Ancien recteur d'Académie
M. Jean-Olivier VIOUT
près la Cour d'appel de Lyon

Procureur Général

L'Université Jean Moulin – Lyon III n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Liste des abréviations

act.	Actualité (JCP – La Semaine juridique – Edition Générale ou Entreprise)
AFDI international	Annuaire français de droit international
AJ jurisprudentielle (Recueil Dalloz)	Actualité
AJDA administratif	Actualité juridique – Droit
AJFP Fonction publique	Actualité juridique –
AJ pén. pénal	Actualité juridique – Droit
al.	Alinéa
anc.	Ancien(s)-ancienne(s)
anc. C. pén.	Ancien Code pénal
Ann.	Annales
Ann. inter. crim.	Annales internationales de criminologie
Ann. des P. et Ch. Ordonnances »)	Annales des Ponts et Chaussées (éd. « Lois, Décrets,
APJ	Agent de police judiciaire
Arch. phil. dr.	Archives de philosophie du droit
Arch. pol. crim.	Archives de politique criminelle

Art.	Article(s)
BLD	Bulletin législatif Dalloz
BOI	Bulletin officiel des impôts
BOMJ	Bulletin officiel du ministère de la justice
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
Bull. fisc.	Bulletin fiscal Francis Lefebvre
Bull. Joly d'information des sociétés	Bulletin Joly mensuel
c. droit canonique)	Canon (règle de
CAA	Cour administrative d'appel
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cah. dr. europ.	Cahiers de droit européen
Cah. séc. intér. intérieure	Les Cahiers de la sécurité
C. assur.	Code des assurances
C. aviation civ.	Code de l'aviation civile
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation

C. constr. l'habitation	Code de la construction et de l'habitation
C. douanes	Code des douanes
C.E. (sous-sections)	Arrêt du Conseil d'Etat
C.E. Ass. du contentieux)	Arrêt du Conseil d'Etat (assemblée du contentieux)
CEDH droits de l'homme	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
C. élect.	Code électoral
C. env.	Code de l'environnement
C.E. Sect. contentieux)	Arrêt du Conseil d'Etat (section du contentieux)
C. étr.	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
C. for.	Code forestier
C.G.C.T. collectivités territoriales	Code général des collectivités territoriales
C.G.I.	Code général des impôts
chap.	Chapitre
Ch. mixte Cour de cassation	Arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
Ch. réun. Cour de cassation	Arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation
Chron.	Chronique

Circ.	Circulaire
Civ. de la Cour de cassation	Arrêt de la Chambre civile
CJCE des Communautés européennes	Arrêt de la Cour de justice
CJEG l'électricité et du gaz	Cahiers juridiques de
C. jurid. fin.	Code des juridictions financières
C. just. milit.	Code de justice militaire
C. mon. et fin.	Code monétaire et financier
COB	Commission des opérations de bourse (devenue Autorité des marchés financiers)
col.	Colonne
coll.	Collection
Com. commerciale de la Cour de cassation	Arrêt de la Chambre
Com. EDH européenne des droits de l'homme	Avis de la Commission
comm.	Commentaire
Comp.	Comparez
concl.	Conclusions
Cons. conc. concurrence	Décision du Conseil de la
Cons. const.	Décision du Conseil constitutionnel

consid.	Considérant (décision du Conseil constitutionnel)
Contra	En sens contraire
Contrats-Concur-Cons.	Revue Contrats-Concurrence-Consommation
Conv. EDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
C. pén.	Code pénal
CPJI	Cour permanente de justice internationale
C. ports mar.	Code des ports maritimes
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
C. prop. intell.	Code de la propriété intellectuelle
C. postes et comm. électr.	Code des postes et des communications électroniques
C. rech.	Code de la recherche
Crim.	Arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
C. route	Code de la route
C. rur.	Code rural
C. santé publ.	Code de la santé publique
C. sécu. soc.	Code de la sécurité sociale
C. sport	Code du sport
C. trav.	Code du travail
C. urb.	Code de l'urbanisme

C. voirie routière

Code de la voirie routière

D.

Recueil Dalloz

d.e.

Dernière édition

Defrénois

Répertoire général du notariat

Defrénois

DDHC

Déclaration des droits de l'homme

et du citoyen

DH

Recueil

Dalloz

hebdomadaire de jurisprudence

D.P.

Recueil Dalloz périodique et

critique mensuel

Dr. adm.

Revue Droit administratif

Dr. et patr.

Droit et patrimoine

Dr. fisc.

Revue Droit fiscal

Dr. pén.

Revue Droit pénal

Dr. soc.

Revue Droit social

éd.

Editions

EDCE

Etudes et documents du Conseil

d'Etat

Env.

Revue Environnement

Esprit

Revue Esprit

et al.

Et autres

ét. Etudes (Revue Droit pénal)

fasc. Fascicule (Juris-Classeur)

G.A.J.A. Grands arrêts de la jurisprudence administrative

Gaz. Pal. Gazette du palais

ibid. Au même endroit

i.e.
C'est-à-dire (*id est*)

infra Plus loin

IR
Informations rapides – Recueil Dalloz

JAP Juge de l'application des peines

J-Class. adm. Juris-Classeur Administratif

J-Class. pén. Juris-Classeur Pénal (code)

J-Class. pr. pén. Juris-Classeur Procédure pénale

J-Class. Resp. civ. et ass. Juris-Classeur Responsabilité civile et assurances

JCP La Semaine Juridique – Edition Générale

JCP éd. A La Semaine Juridique – Edition Administration

JCP éd. E Entreprise	La Semaine Juridique – Edition
JCP éd. N Notariale	La Semaine Juridique – Edition
JDI international	Journal de droit
JNLC libération conditionnelle	Juridiction nationale de la
JO République française	Journal officiel de la
JOAN nationale	Journal officiel – Assemblée
JOCE Communautés européennes	Journal officiel des
JO déb. parlementaires)	Journal officiel (débat
Jurisp. Daloz	Jurisprudence – Recueil
Jurispr. auto.	Jurisprudence automobile
L.	Loi
Leb. Conseil d’Etat (Lebon)	Recueil des arrêts du
Lég. Daloz	Législation – Recueil

L.G.D.J. et de jurisprudence	Librairie générale de droit
Liv.	Livre
L.P.F.	Livre des procédures fiscales
N.C.P.C. procédure civile	Nouveau Code de
n.e.	Nouvelle édition
not.	Notamment
obs.	Observations
op. cit.	Déjà cité(e)
OPJ	Officier de police judiciaire
ord.	Ordonnance
ord. réf.	Ordonnance de référé
p.	Page
<i>passim</i> un ouvrage)	Çà et là (à plusieurs endroits dans
Petites affiches	Les petites affiches
pp.	Pages
préc.	Précédent(e)
précit.	Précité(e)
Procédures	Revue Procédures
Pouvoirs	Pouvoirs. Revue française d'études politiques et constitutionnelles

P.U.A.M. Marseille	Presses universitaires d'Aix-
P.U.F.	Presses universitaires de France
rapp.	Rapport
R.C.A.D.I. de droit international	Recueil des cours de l'Académie
RD bancaire et fin.	Revue de droit bancaire et financier
Rec. Conseil constitutionnel	Recueil des décisions du
Rec. CJCE	Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes
Rectif.	Rectificatif (Journal officiel)
Recomm.	Recommandation du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe
Rép. civ. civil	Répertoire Dalloz - Droit
Rép. Cont. adm. administratif	Répertoire Dalloz - Contentieux
Rép. pén. de procédure pénale	Répertoire Dalloz - Droit pénal et
Rép. trav.	Répertoire Dalloz - Droit du travail
Req. requêtes de la Cour de cassation	Arrêt de la Chambre des
Resp. civ. et ass.	Revue Responsabilité civile et assurances
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé

Rev. crit. légis. et jurisp.	Revue de critique législative et jurisprudentielle
Rev. dr. immo.	Revue de droit immobilier
Rev. dr. pén. et crim.	Revue de droit pénal et de criminologie
Rev. dr. publ.	Revue de droit public
Rev. fr. fin. publ.	Revue française des finances publiques
Rev. int. crim. pol. tech.	Revue international de criminologie et de police technique et scientifique
Rev. int. dr. pén.	Revue internationale de droit pénal
Rev. jurisp. dr. aff.	Revue de jurisprudence de droit des affaires
Rev. jurisp. fisc.	Revue de jurisprudence fiscale
Rev. loyers	Revue des loyers
Rev. marché commun	Revue du Marché commun et de l'Union européenne
Rev. pénit. dr. pén.	Revue pénitentiaire et de droit pénal
Rev. pén. suisse	Revue pénale suisse
Rev. pol. et parl.	Revue politique et parlementaire
Rev. sc. crim.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RFD adm.	Revue française de droit administratif
R.F.D.C.	Revue française de droit constitutionnel

R.G.D.I.P. international public	Revue générale de droit
R.G.D.P. procédure	Revue générale de
RJC constitutionnelle	Recueil de jurisprudence
RJ com. commerciale	Revue de jurisprudence
RJDA droit des affaires	Revue de jurisprudence de
RRJ prospective	Revue de recherche
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. commercial	Revue trimestrielle de droit
RTDH l'homme	Revue trimestrielle des droits de
RUDH l'homme	Revue universelle des droits de
S.	Recueil Sirey
s.	Suivant(e)
sic textuellement	Cité(e)
Soc. de la Cour de cassation	Arrêt de la Chambre sociale

Somm.	Sommaires commentés de
jurisprudence (Dalloz)	
sous la dir.	Sous la direction de
spéc.	Spécialement
ss.	Suivants(es)
supra	Plus haut
T.	Titre
t.	Tome
TA	Tribunal administratif
T. confl.	Tribunal des conflits
TGI	Tribunal de grande instance
T. pol.	Tribunal de police
trad.	Traduction
Traité CE	Traité instituant la Communauté européenne
Traité UE	Traité sur l'Union européenne
V.	Voir
v^o – v^{is}	Mot – Mots
Vol.	Volume
Vs	Versus (par opposition à)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

INTRODUCTION

« Aujourd’hui, les portes sont transférées tout à fait ailleurs, et plus loin, et plus haut ; personne n’indique la direction ; nombreux sont ceux qui tiennent des glaives, mais ce n’est que pour gesticuler ; et le regard qui prétend les suivre s’égare ».

Franz KAFKA, *Un médecin de campagne (le nouvel avocat)*.

1. Face à certains concepts juridiques, il peut être tentant de grossir certains de leurs traits pour faciliter l’établissement de rapprochements avec d’autres notions, plus propices à l’exposé d’une définition. Fuyant subrepticement la difficulté, on se complaît alors dans un monde d’approximations ou de comparaisons exacerbées, voire d’artifices et de verbalismes stériles. *« Or, tout ce qui est verbalisme constitue un mensonge, masquant derrière de beaux mots sonores d’autres intérêts »*¹. Loin d’apporter la moindre épuration du concept étudié, cette entreprise conduit à égarer l’observateur sur une piste, certes dénuée d’embûches, mais également privée de toute possibilité d’enrichissement. On confine la réflexion à un objet d’étude sans prétendre pouvoir le dépasser et en retirer les incidences pratiques.

¹ MALAURIE (Ph.), « Les sanctions en droit privé », *Deffrénois* 2006, n° 4, art. 38333, p. 317.

Le concept de *droit de punir* constitue l'exemple topique de ces raccourcis intellectuels que la doctrine est souvent tentée d'emprunter. Pour éviter d'avoir à énoncer le sens exact de cette expression, nombre d'auteurs bornent leur champ d'étude au seul droit pénal sans percevoir que celle-ci se trouverait renforcée par une rénovation des postulats.

2. *Rénover les postulats.* – Le postulat principal auquel toute analyse du droit de punir est confrontée repose sur l'interdépendance existant entre le droit de punir et le droit pénal. S'il est vrai qu'une certaine identité existe entre ces deux notions, il convient toutefois de ne pas forcer leur similitude au-delà du raisonnable dans la mesure où des éléments viennent progressivement perturber l'harmonie originelle ayant pu exister en elles.

Si nous nous hasardons à formuler une définition du droit de punir, celui-ci peut de prime abord être présenté comme *le rassemblement de toutes prérogatives matérialisées par un acte de contrainte issu d'une autorité supérieure et ayant pour finalité l'imposition d'un mal prenant les traits d'une restriction ou d'une privation de liberté et ce en réponse à l'accomplissement d'un fait critiquable juridiquement.* Au vu de cette définition, l'intrication du droit de punir et du droit pénal est incontestable. Le droit pénal constitue en effet, par nature, *la discipline juridique punitive représentative de la prédominance de l'Etat dans le traitement des actes contraires à l'ordre social préétabli.* Comme le soulignent les Pr. VOUIN et LÉAUTÉ, on présente traditionnellement « *le droit pénal comme celui qui a pour objet le Droit social de punir, le phénomène répressif ou encore l'exercice de la répression par l'Etat* »².

Mais cette évidente corrélation entre le droit pénal et le droit de punir connaît ses limites. Une difficulté survient effectivement lorsque nous percevons que cette intrication des concepts conduit à ce que le droit pénal s'engage insidieusement dans une démarche tendant à dénaturer et sa fonction punitive et sa préhémence dans la répression des actes antisociaux. Du fait même de l'enchevêtrement du droit de punir et du droit pénal, ce dernier perd en effet de sa substance en faisant ici un usage abusif du droit de punir, en délaissant là au contraire toute logique répressive et imposée. S'agissant de l'abus du droit de punir, le Doyen CARBONNIER estimait qu'il y a un risque que « *l'excès de répression tue la répression (...)* [Il existe en effet] *une fatigue d'avoir trop puni ou de devoir toujours punir. Cette fatigue de la punition qui creuse les sommeils du droit pénal* »³. Élément essentiel du droit pénal, le droit

² VOUIN (R.) et LÉAUTÉ (J.), *Droit pénal et criminologie*, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 1956, p. 3.

³ CARBONNIER (J.), « Le double visage du droit pénal aux lueurs de sa triple genèse », *Mélanges Lombois*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2004, pp. 20-21.

de punir apparaît alors progressivement comme l'instigateur de l'altération de la vocation originelle du droit pénal et comme la cause principale de sa déliquescence. C'est donc ce nouveau postulat que nous posons, c'est lui également que nous entendons disséquer pour, finalement, en extirper une certaine rationalité.

3. Refuser la décadence. – Cette déliquescence du droit pénal est-elle imparable ? A en croire certains auteurs, la réponse ne peut être qu'affirmative ; cette conviction les poussant d'ailleurs, dans un élan passionné mais utopique, à prôner la disparition du système pénal⁴. A sa succession, viendrait alors une sorte de "contrôle social", souhaitant conjuguer tant le système benthamien de surveillance⁵ que des aspirations humanistes nées d'une croyance erronée en une stabilisation auto-régulée par la société, indépendamment de tout soutien étatique et judiciaire.

Loin d'appuyer cette déviation de la résolution des conflits, nous souhaitons davantage favoriser une réhabilitation du droit pénal dans sa fonction punitive et dans sa position centrale au regard de la répression des actes atteignant les valeurs essentielles des sociétés démocratiques. Notre dessein s'inscrit donc uniquement dans la recherche d'un remède à l'affaiblissement – devenu chronique – du système pénal et, corrélativement, dans la compréhension du processus ayant conduit à une rupture de l'identité primitive existant entre le droit de punir et le droit pénal.

4. Question liminaire de l'identité entre le droit de punir et le droit pénal. – Suivant la définition sommaire du droit de punir que nous venons de formuler, l'axiome qui se trouve ainsi posé se résume à l'identité pouvant exister entre ce dernier et le droit pénal. La très grande majorité des auteurs du XIX^{ème} et du début du XX^{ème} siècle exposait en effet une équivalence des concepts qui n'est pas sans rappeler le langage courant. Lorsque par exemple Adolphe FRANCK exposait sa *Philosophie du droit pénal*⁶, il se référait constamment à la notion de droit de punir. Plus directement, Joseph ORTOLAN, dans les *Eléments de droit pénal*, prenait appui sur le droit de punir pour présenter le droit pénal et analyser des dispositions de pure

⁴ Pour des références bibliographiques, V. *infra*, n^{os} et ss.

⁵ V. notamment BENTHAM (J.), *Panoptique. Mémoire sur un nouveau principe pour construire des maisons d'inspection, et nommément des maisons de force*, Paris, Fayard, Mille et une nuits, 2002.

⁶ FRANCK (A.), *Philosophie du droit pénal*, Paris, Germer Baillière, 1880.

technique pénale⁷. Plus loin dans le temps, on remarque que Cesare BECCARIA dans son analyse du droit pénal du XVIII^{ème} avait déjà senti la nécessité d'inclure dès le début de son ouvrage un développement sur le droit de punir⁸.

Il est vrai que la réflexion sur le *droit de punir* aux siècles passés pouvait à bon droit s'établir sur le seul fondement du droit pénal. Celui-ci possédait au sein de l'Etat le monopole de la punition, garante par ailleurs de la viabilité des autres disciplines juridiques. Le recours au droit pénal s'analysait donc comme le seul recours envisageable lorsqu'une valeur sociale était bafouée et quand une réprobation publique était demandée. Cette exclusivité du droit pénal provenait de ses qualités intrinsèques à pouvoir d'une part déclarer officiellement l'illégalité d'un acte et, d'autre part, asseoir cette déclaration par la punition du coupable. Le droit pénal répondait à une demande sociale fondée précisément sur cette dualité : « *Aux yeux de l'opinion publique moyenne, influencée, par l'application millénaire d'un droit criminel strictement répressif, la sanction d'une infraction se confond[ait] étroitement, et même exclusivement, avec la punition du coupable* »⁹.

5. Dans l'esprit de ces auteurs, le droit de punir et le droit pénal sont donc enchevêtrés l'un à l'autre et s'inscrivent dans une acception unique. Développer une analyse du droit pénal reviendrait pour partie à retracer les origines et les fondements du droit de punir¹⁰. Comme le souligne le Pr. B. BOULOC, les « *fonctions reconnues à la peine sont en étroite liaison avec le fondement philosophique ou pragmatique que l'on a assigné de tout temps au droit de punir* »¹¹. Ce dernier apparaît comme le prélude nécessaire à une bonne compréhension du droit pénal et, plus spécifiquement du droit de la peine. A ce titre, le droit de punir demeure le soubassement de nombre de doctrines pénales – que celles-ci relèvent du classicisme, de l'éclectisme, du positivisme ou de l'abolitionnisme – et constitue la pomme de discorde

⁷ ORTOLAN (J.), *Eléments de droit pénal*, t. II, Paris, 4^{ème} éd., 1875, p. 331. V. également GARÇON (E.), *Le droit pénal. Origines, évolution, état actuel*, Paris, Payot, 1922.

⁸ BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, Paris, éd. GF Flammarion, 1991, § II. Sur ce point V. également PORRET (M.), *Beccaria. Le droit de punir*, Paris, éd. Michalon, 2003.

⁹ MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. 1, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Paris, Cujas, 7^{ème} éd., 1997, n° 652.

¹⁰ V. spéc. TISSEIRE (F.), *Histoire des systèmes sur le fondement du droit de punir et théorie de la pénalité*, thèse, Toulouse, Imprimerie F. Tardieu, 1890 ; DU CHAFFAUT (L.), *Etude sur le fondement du droit de punir*, thèse, Aix-Marseille, 1907 ; LEPADATESCU (M.), *Le fondement du droit de punir. Histoire des principaux systèmes proposés et esquisse d'une théorie nouvelle*, thèse, Paris, 1933 ; MAUREL (E.), « Notes sur les origines et le fondement du droit de punir », *Rev. pén. dr. pén.* 1949, p. 27.

¹¹ BOULOC (B.), *Pénologie*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 3^{ème} éd., 2005, n° 5.

principale entre elles¹². De la perception que l'on se forge du droit de punir, c'est en effet l'orientation de l'ensemble du système pénal qui se trouve influencée.

On remarque donc que le droit de punir constitue le premier terme de l'analyse du droit pénal, le passage obligé pour établir l'assise idéologique animant tel ou tel système répressif. Consubstantiels, le droit de punir et le droit pénal ne peuvent se désolidariser ; la légitimité de l'un entraînant inéluctablement la légitimité de l'autre. Et, sur ce point précis, toutes les doctrines pénales s'accordent à reconnaître que le bien-fondé du droit de punir procède de la souveraineté de l'Etat¹³.

6. Droit de punir et souveraineté de l'Etat. – La doctrine n'a eu de cesse de relever l'importance du concept de souveraineté dans l'émergence et le développement du droit de punir. JOUSSE par exemple affirmait que l'« *exercice de la puissance souveraine dans la punition des crimes fait sans doute une des parties les plus essentielles de l'administration de la justice* »¹⁴. De la même façon, lorsqu'il présentait sa vision utilitariste du droit de punir, BECCARIA présupposait que le détenteur de ce droit est le souverain, et lui seul¹⁵. Garant du bien commun, celui-ci use de puissance et de violence légitimes¹⁶ lorsqu'il se trouve confronté à la nécessité de répondre à un acte offensant l'ordre social ; ordre par ailleurs préétabli grâce aux délégations de chacun envers le pouvoir souverain. A une époque plus récente, GARÇON exposait très explicitement que « *le droit de punir est un attribut de la souveraineté* »¹⁷ ; propos confirmés par FOUCAULT qui souligne que « *le "surpouvoir" monarchique (...) identifie le droit de punir avec le pouvoir personnel du souverain* »¹⁸.

¹² V. spéc. PRADEL (J.), *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 15^{ème} éd., 2004, n° 63.

¹³ Nous rejetons ici la thèse de l'abolitionnisme qui, loin de simplement rejeter le caractère souverain du droit de punir, remet en cause la valeur et la légitimité même du droit pénal ; selon Louk HULSMAN en effet, il faut « *arriver à ce que les organismes qui composent le système pénal deviennent moins nuisibles qu'ils ne le sont actuellement* » (propos retranscrits in BERNAT DE CÉLIS (J.), « Le droit de punir au III^{ème} Séminaire de criminologie comparée du Bassin méditerranéen », *Rev. sc. crim.* 1981, p. 836. De ce point de vue, il nous est très difficile d'intégrer la thèse abolitionniste dans la catégorie des doctrines "pénales".

¹⁴ JOUSSE (D.), *Traité de la justice criminelle*, Paris, 1777, p. VII cité in FOUCAULT (M.), *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, coll. Tel, 1975, p. 59 qui énonce par ailleurs que le « *droit de punir [serait] (...) comme un aspect du droit que le souverain détient de faire la guerre à ses ennemis* ».

¹⁵ BECCARIA (C.), *op. cit.*, § II.

¹⁶ Sur ce point, V. plus précisément WEBER (M.), *Le Savant et le Politique*, trad. J. Freund, coll. 10-18, Paris, éd. Plon, 1959, spéc. pp. 100-101.

¹⁷ GARÇON (E.), *Le droit pénal. Origines, évolution, état actuel*, *op. cit.*, p. 54.

¹⁸ FOUCAULT (M.), *op. cit.*, p. 95.

Parallèlement à ce discours doctrinal, la Cour de cassation révéla également, dans un arrêt isolé et ancien, le lien apparaissant entre les deux concepts. La Chambre criminelle énonça en effet clairement que « *le droit de punir émane du droit de souveraineté* »¹⁹.

7. Droit de punir et souveraineté pénale de l'Etat. – Dans cette dynamique de rapprochement des concepts de *droit de punir* et de *souveraineté*, une notion nouvelle semble se dessiner : la "souveraineté pénale". Dans la mesure où d'une part le droit de punir procède du pouvoir souverain et, d'autre part, le droit pénal se confond avec le droit de punir, la souveraineté pénale apparaît comme la démonstration criante de la consubstantialité du droit de punir et du droit pénal. Selon le Pr. MASSÉ, si la souveraineté pénale n'est « *certes pas une catégorie particulière de souveraineté (...) [elle] est tout de même, selon une présentation doctrinale récurrente, l'expression "ultime", "la plus achevée" de la souveraineté étatique, l'un de "ses attributs essentiels"* »²⁰. Derrière l'exercice du droit de punir par le souverain, c'est en réalité de la souveraineté pénale dont il s'agit.

De ce point de vue et conjointement à l'idée même de souveraineté pénale, le droit de punir ne peut s'apprécier en dehors de l'Etat, et notamment de l'Etat de droit. Ce dernier constitue par essence le creuset de l'expression de la prérogative punitive souveraine. Du reste, l'évacuation de toute idée de responsabilité pénale à l'encontre de l'Etat se fonde précisément sur l'unité existant entre le droit de punir et la puissance étatique : « *ayant le monopole du droit de punir, l'Etat ne peut se punir lui-même* »²¹.

8. Souveraineté pénale et droits extra-étatiques. – Alors que le caractère indissociable du droit de punir et de l'Etat paraît établi, un doute surgit néanmoins lorsque nous considérons le Droit dans sa dimension extra-étatique. S'il est vrai que l'Etat semble posséder le monopole du droit de punir, lui permettant alors de jouir pleinement d'une souveraineté pénale, force est de reconnaître que cette puissance s'exerce dans le strict cadre du territoire national. Par-delà ses frontières, l'Etat joue-t-il encore un rôle exclusif dans la détention et l'exercice du droit de punir ? La relation établie en droit interne entre l'Etat, la souveraineté pénale et le droit de punir demeure-t-elle aussi nette en droit international ou en droit communautaire ? En

¹⁹ Crim. 21 mars 1862, S. 1862.I.542, rapport Faustin Hélie, concl. Savary.

²⁰ MASSÉ (M.), « La souveraineté pénale », *Rev. sc. crim.* 1999, p. 906.

²¹ PRADEL (J.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 532, p. 479. Pour une rédaction proche, V. MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. 1, op. cit., n° 642, p. 812. Plus indirectement, V. STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 19^{ème} éd., 2005, n° 310.

d'autres termes, la prise en considération d'un droit extra-étatique influe-t-elle sur l'origine strictement étatique et souveraine du droit de punir ?

La réponse à cette interrogation ne peut être qu'affirmative dans la mesure où l'on remarque aujourd'hui de nombreux interstices punitifs au sein des ordres juridiques, que ceux-ci intègrent une dimension communautaire ou internationale. Quel que soit l'ordre juridique considéré, on s'aperçoit en effet que des mécanismes répressifs peuvent se mettre en place et froisser « *les susceptibilités liées à la souveraineté des Etats* »²².

9. Pertinence incertaine du droit de punir extra-étatique. – S'il existe effectivement certaines formes de droit de punir en dehors de l'Etat, sont-elles pour autant d'une quelconque utilité pour l'éclaircissement de notre problématique générale consistant à connaître les raisons de l'altération de la fonction punitive du droit pénal ? Pour répondre et savoir si ces ordres juridictionnels peuvent nous aider à pallier certaines faiblesses du droit pénal français, nous devons apprécier l'importance et la qualité du droit de punir ainsi mis en œuvre dans ces systèmes juridiques extra-étatiques, tant du point de vue du droit communautaire que du point de vue du droit international.

10. Droit de punir communautaire. – La ratification par les Etats souverains, au niveau régional, du Traité instituant la Communauté européenne et du Traité sur l'Union européenne procède d'une volonté de renonciation à une part de leur souveraineté. De cette renonciation découle inévitablement un « *régime disciplinaire appliqué aux Etats souverains* »²³ alors soumis à des règles établies et sanctionnées par un ordre juridique nouveau, l'ordre juridique communautaire²⁴. Selon la Cour de justice des Communautés européennes en effet, l'ensemble communautaire « *constitue un nouvel ordre juridique de droit international au profit duquel les Etats ont limité bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leur ressortissants* »²⁵.

²² CARTIER (M.-E.), « "Déplacer le tabouret ou le piano". Quelques réflexions sur un nouvel instrument : le mandat d'arrêt européen », *Mélanges Lombois*, op. cit., p. 654.

²³ FOYER (J.), « Union européenne et Etats membres selon le Traité d'Amsterdam », *Mélanges Valticos*, Paris, Pedone, 1999, spéc. p. 344.

²⁴ En ce sens, V. HERVOUËT (F.), « Le droit communautaire, un ordre juridique pénalement sanctionné ? », *Mélanges Couvrat*, Paris, P.U.F., 2001, p. 243.

²⁵ CJCE 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec. CJCE* p. 3. Sur ce point, V. également PICAL (C.), *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris, la Documentation française, 2001 ; VINCENT-LEGOUX (M.-C.), *L'ordre public, étude de droit comparé interne*, Paris,

Ordre juridique à part entière, le droit communautaire engendre donc nécessairement un ordre public qui lui est propre appelant la mise en place de règles contraignantes pour asseoir son autorité et sa pérennité.

11. Protection de l'ordre public communautaire. – Le maintien de la paix publique est le fondement même de la détention du droit de punir par l'Etat. La formule selon laquelle « *la nécessité du pouvoir de l'Etat est établie en fait par le désordre qui s'installe dans la société lorsque, d'aventure, il lui fait défaut* »²⁶ reprend le paradoxe inhérent au droit de punir : ce droit intervient pour garantir la stabilité de l'ordre public mais cette intervention ne peut avoir lieu qu'après violation ou déséquilibre de l'ordre public. De ce fait, le droit de punir ne s'exprime qu'après avoir démontré sa part de faiblesse.

Au niveau extra-étatique, une même recherche de garantie de la paix sociale peut être révélée. Mais alors qu'en droit interne cette recherche se fixe prioritairement sur le droit pénal, en droit communautaire au contraire, et au vu de l'incompétence des Communautés européennes dans le domaine pénal, celui-ci reste indifférent dans la garantie de l'intérêt communautaire. Aussi est-il nécessaire qu'un droit de punir spécifique – non pénal – soit dès lors mis en œuvre.

12. Incompétence pénale des Communautés européennes. – On sait depuis l'arrêt *Costa* du 15 juillet 1964 de la Cour de justice des Communautés européennes que cette incompétence ne saurait être synonyme de détachement envers toute préoccupation pénale des Etats membres²⁷. Dans des domaines restreints, leur droit souverain peut en effet être limité²⁸ et confronté de manière corrélative à la supériorité du droit communautaire²⁹. Le droit pénal français n'échappe pas à cette logique et le droit communautaire exerce alors sur lui « *une*

P.U.F., 2001 ; SENKOVIC (P.), *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 35-36 : « *la Cour de justice des Communautés européennes a clairement affirmé l'existence d'un ordre juridique communautaire propre et autonome fondé sur le transfert de compétences législatives, exécutives et juridictionnelles aux institutions européennes* ».

²⁶ BURDEAU (G.), L'Etat, *Encyclopédie Universalis*, corpus, n° 7.

²⁷ CJCE 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, aff. 6/64, *Rec. CJCE* p. 1155.

²⁸ Dans le domaine pénal, cela se traduit notamment par la neutralisation d'incriminations. Il est question ici d'une restriction de l'application même du droit pénal national. La primauté du droit communautaire rend inéluctablement inapplicables des dispositions nationales contraires. Sur ce point, V. notamment MANACORDA (S.), « Un bilan des interférences entre droit communautaire et droit pénal : neutralisation et obligation d'incrimination », *Rev. sc. crim.* 2006, p. 245.

²⁹ Concernant l'impact du droit communautaire sur les droits nationaux de nature constitutionnelle, V. CJCE 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec. CJCE* p. 1127.

influence de plus en plus importante »³⁰. Cette relative emprise du droit communautaire sur le droit interne provient de l'exigence selon laquelle l'ordre public communautaire ne doit souffrir d'aucune variation dans son application. Tout Etat membre doit participer à sa parfaite stabilité et à sa pleine efficacité qui ne sauraient varier suivant les droits nationaux. Ainsi, « *il appartient au juge répressif d'écarter l'application d'un texte d'incrimination de droit interne lorsque ce dernier est contraire au droit communautaire* »³¹, qu'il s'agisse des traités constitutifs ou du droit dérivé.

Ce pouvoir des Communautés envers les droits pénaux internes ne saurait être assimilé à un véritable transfert au bénéfice des premières de prérogatives pénales. Depuis l'arrêt *Casati* de la Cour de Justice des Communautés européennes du 11 novembre 1981, il est clair en effet que « *la législation pénale et les règles de la procédure pénale restent de la compétence des Etats membres* »³². Le troisième pilier de l'Union européenne suit une logique intergouvernementale signifiant en cela « *que chaque Etat reste en grande partie sinon entièrement maître des réglementations vis-à-vis de ses propres ressortissants et de tous ceux qui se rendent ou circulent sur le territoire national. On évite tout contrôle supranational aussi bien politique que judiciaire* »³³.

13. Sursaut de la souveraineté ? – Dans certains domaines tels que le droit pénal, seule la coopération semble acceptable³⁴. Il existerait ainsi un noyau dur de droits souverains qui ne se prêtent à aucune restriction ni à aucun transfert. Rien ne serait alors imposé par l'ordre communautaire envers les systèmes juridiques nationaux. Dans ces domaines en effet, les Etats ne semblent avoir « *abdiqué aucune parcelle de leur souveraineté* »³⁵... à moins que la

³⁰ BOULOC (B.), « L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne », *Mélanges Levasseur*, Paris, Gazette du Palais, Litec, 1992, p. 106.

³¹ Crim. 5 mai 1986, *JDI* 87, 325 cité in MASSÉ (M.), « L'influence du droit communautaire sur le droit pénal français », *Rev. sc. crim.* 1996, p. 940.

³² CJCE 11 nov. 1981, *Casati*, aff. C-203/80, *Rec. CJCE*, p. 2595, spéc. point 27. Egalement CJCE 16 juin 1998, *Lemmens*, aff. C-226/97, *Rec. CJCE* 1998, I, p. 3711, spéc. point 19.

³³ VAN OTRIVE (L.), « La coopération des polices en Europe » in BARNIER (C.) (sous la dir.), *Actes du séminaire organisé par l'Observatoire social européen*, mars 1993, p. 38.

³⁴ Sur ce point, V. BERNARDI (A.), « Le droit pénal entre unification européenne et cultures nationales », *Mélanges Pradel*, Paris, Cujas, 2006, spéc. p. 967 : « *à l'intérieur de l'Union, on tend à privilégier ces formes [coopératives] d'européanisation pénale qui, d'un côté, permettent de répondre aux exigences de la nouvelle réalité institutionnelle et sociale de notre continent, et de l'autre, apparaissent moins en contraste avec la dimension étatiste perdurant du droit criminel* ». Egalement CORSTENS (G.), « Vers une justice pénale européenne ? », *Mélanges Pradel*, op. cit., spéc. p. 1045 : « *la coopération et la reconnaissance mutuelle de décisions judiciaires (...) doivent rester la pierre angulaire de la justice pénale en Europe* ».

³⁵ BOULOC (B.), « L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne », *op. cit.*, p. 104.

Cour de justice des communautés européennes n'ait récemment voulu s'arroger le droit de "communautariser" le droit pénal.

14. "Communautarisation" du droit pénal. – Les Communautés européennes ne peuvent obtenir de prérogatives pénales dans la mesure où elles sont liées par le principe de la compétence d'attribution. L'article 3 B alinéa 1^{er} Traité C.E. énonce en effet que « *la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent Traité* » ; elles n'obtiennent de compétences qu'envers les domaines expressément prévus dans le Traité C.E. concernant le premier pilier³⁶. Or, le droit pénal s'inscrit dans le cadre du Traité sur l'Union européenne disposant de la « *coopération en matière policière et judiciaire en matière pénale* » relevant du troisième pilier.

Cette logique fut récemment ébranlée par un arrêt *Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne* rendu le 13 septembre 2005 par la Cour de justice des Communautés européennes, déjà largement remarqué et analysé par la doctrine³⁷. La Cour de Luxembourg dans cette décision ambiguë, réitère le principe selon lequel « *la législation pénale tout comme les règles de la procédure pénale ne relèvent pas de la compétence de la Communauté [européenne]* » (point 47). Mais immédiatement après la réaffirmation de ce principe, la Cour de justice admet que la Communauté puisse adopter des directives dans lesquelles elle propose des sanctions pénales afin de protéger des valeurs relevant de sa compétence matérielle, comme cela est le cas pour l'environnement, objet de la décision-cadre 2003/80 du Conseil du 27 janvier 2003 à l'origine du contentieux. S'il est vrai que la solution émise par cette décision reste soumise à un certain nombre de conditions – notamment en ce qui concerne la révélation de la nécessité de la sanction pénale et de l'importance de la valeur à protéger (point 48) – cet arrêt s'inscrit dans une tendance pouvant conduire à une profonde refonte de la répartition des compétences entre la Communauté européenne et les Etats membres dans le domaine du droit pénal. Le « *bouclier de la*

³⁶ Sur la possibilité de détournement de ce principe par la méthode de l'interprétation téléologique, V. spéc. STEPHANOU (C. A.), « L'Union européenne et la souveraineté des Etats membres », *Mélanges Valticos*, op. cit., p. 360.

³⁷ CJCE (gr. ch.) 13 sept. 2005, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C.-176/03, *Rev. sc. crim.* 2005, p. 767, note G. Giudicelli-Delage et p. 947, chron. S. Manacorda ; *D.* 2005, p. 2697, R. de Bellescize et *Jurisp.* p. 3064, note P.-Y. Monjal ; *JCP* 2005.II.10168, note J.-C. Zarka ; *Petites affiches* 4 janv. 2006, p. 5, note P.-Y. Monjal ; *Dr. pén.* 2005, ét. 16, R. de Bellescize ; *Rev. pénit. dr. pén.* 2006, p. 157 note C. Nourissat et B. Thellier de Poncheville. Et déjà, DE NAUW (A.), « Le caractère nécessaire, opportun ou superflu de l'attribution de compétences pénales à la Communauté » in TULKENS (F.) et BOSLY (H.-D.) (sous la dir.), *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 221.

souveraineté »³⁸ ne pare donc plus les attaques communautaires concernant la prévision légale des sanctions pénales.

15. Limites à la "communautarisation" du droit pénal. – Si l'arrêt du 13 septembre 2005 de la Cour de Luxembourg intègre incontestablement un pan du droit pénal dans le champ de compétence du législateur communautaire, il convient toutefois de déterminer quelle est précisément la teneur de ce transfert. De quelles prérogatives pénales s'agit-il exactement ? De la réponse à cette question semblent émerger les limites de l'arrêt précité ainsi que celles de la "communautarisation" du droit pénal.

Nous considérons qu'énoncer que la Cour de justice des Communautés européennes consacre une compétence communautaire pénale³⁹ est faire preuve de verbalisme et d'un regrettable manque de rigueur. En effet, la dénomination *pénale* ne renvoie plus aujourd'hui à un concept unique tenant au seul droit interne – la notion de "matière pénale" au sens de la Conv. EDH l'atteste – ou à un seul élément du droit pénal national. Or, c'est sur ce dernier point qu'il devient impératif d'apporter des précisions au lendemain de l'arrêt *Commission c/ Conseil*. Ce qu'il faut bien considérer est le fait que le droit pénal n'est pas un agglomérat d'éléments indissociables les uns des autres. Le droit pénal est loin d'être un objet juridique unique et identifié ; il procède davantage d'un rassemblement de données de politique législative, juridique voire sociologique. Lorsque le Parlement vote une loi contenant des dispositions pénales, cette phase s'inscrit dans le cadre du droit pénal *lato sensu*. Mais à côté de ce processus législatif, interviennent également la poursuite du délinquant, le jugement de l'affaire, le prononcé et l'exécution de la peine ; tout ceci constitue d'autres facettes du droit pénal qui ne peuvent non plus le réduire à leurs seules expressions. Le droit pénal est un ensemble, une multiplicité voire une profusion d'éléments pouvant parfois être disparates.

Aussi est-ce avec étonnement que nous remarquons que la détermination précise du champ pénal ayant fait l'objet d'une "communautarisation" n'ait pas, semble-t-il, suscité la curiosité de la réflexion doctrinale. Or, c'est bien le cœur même de la décision du 13 septembre 2005

³⁸ ROBERT (J.-H.), « Big Brother, Big Sister et Anastasie », *Dr. pén.* déc. 2005, p. 3. Du même auteur et dans le même sens, V. « La mondialisation du droit pénal », *Dr. pén.* juillet-août 2004, p. 3 : « *Le lien étroit qui unit la répression étatique et la souveraineté semblait protéger le droit pénal du violent mouvement d'internationalisation ou de mondialisation qui agite depuis longtemps la plupart des autres disciplines juridiques. Que ceux qui croyaient encore à la solidité de cette cuirasse perdent toute espérance (...)* ».

³⁹ V. notamment MONJAL (P.-Y.), « Reconnaissance d'une compétence pénale communautaire par la CJCE », *D.* 2005, Jurisp. p. 3064.

dont il est question. Que recouvre véritablement le transfert de prérogatives pénales et, par suite, quelle(s) donnée(s) demeure(nt) de la seule emprise de la souveraineté étatique pénale ?

16. Défaut de "communautarisation" du droit de punir de nature pénale. – En offrant la possibilité au « législateur communautaire, lorsque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les autorités nationales compétentes constitue une mesure indispensable pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement, de prendre des mesures en relation avec le droit pénal des Etats membres et qu'il estime nécessaires pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte » (point 48), la Cour de justice ne se réfère pas au droit pénal *lato sensu* – celui-ci ne pouvant être spécifiquement déterminé – mais se réfère seulement à la phase de prévision des sanctions pénales. Pour ce qui est de la poursuite, du jugement, du prononcé et de l'exécution de la peine, il est évident que l'arrêt du 13 septembre 2005 les ignore, laissant le soin à chaque Etat membre, d'assurer leur réalisation. S'il est vrai qu'avec l'aide de la Cour de justice des Communautés européennes, le législateur communautaire peut aujourd'hui s'emparer, dans certaines situations, d'une partie non négligeable du processus pénal, il faut noter que le droit de punir de nature pénale demeure l'exclusive compétence des Etats. Dans la mesure où le droit de punir se définit prioritairement par rapport à un acte de contrainte⁴⁰, nul doute en effet que la Communauté européenne, si elle acquiert une compétence pénale, ne dispose en revanche d'aucune prérogative *punitiva* pénale⁴¹.

17. Défaut de "communautarisation" du droit pénal ? – Prenant acte du maintien du pouvoir souverain des Etats en matière d'exercice du droit de punir, nous sommes tentés de prolonger le raisonnement et de suivre la même logique concernant la mise en œuvre de la législation pénale. Si l'arrêt *Commission c/ Conseil* confère à la Communauté européenne un pouvoir en matière de prévision de « mesures en relation avec le droit pénal des Etats membres », il demeure qu'il appartient toujours à ces derniers d'agir matériellement au plan de leur législation nationale et d'intégrer – par le vote d'une loi de transposition – la sanction pénale dans leur ordre interne. Leur souveraineté pénale semble dès lors préservée puisque nulle sanction pénale ne pourra en droit interne être appliquée sans avoir été préalablement approuvée par le législateur national.

⁴⁰ V. *supra*, n° .

⁴¹ Le même constat vaut par ailleurs pour l'ensemble de l'Union européenne.

18. Si juridiquement la transposition ne peut relever que de la seule compétence des Etats, il convient toutefois de ne pas exagérer leur liberté d'action en la matière. L'ordre juridique communautaire dispose en effet d'un droit de punir propre. Même si sa nature n'est pas pénale, cette prérogative lui permet de sanctionner les diverses défaillances des institutions communautaires elles-mêmes mais également des Etats membres voire des personnes (physiques ou morales), ressortissantes de ces Etats.

19. *Préexistence de sanctions punitives communautaires.* – La réalité d'un « *pouvoir législatif de la Communauté* »⁴² est aujourd'hui indiscutée. Dans ce cadre, et pour garantir la stabilité de ses compétences et le respect des intérêts dont elle a la charge, il est devenu inévitable que l'Union européenne se pare d'un droit de punir. S'il est vrai que les intérêts communautaires sont prioritairement d'ordre économique ou en lien avec le budget communautaire⁴³, force est de remarquer que l'économie se trouve aujourd'hui complétée par d'autres valeurs elles-aussi placées sous l'égide du droit communautaire (environnement, liberté de circulation, culture, santé publique...). Cette expansion témoignant de la nécessité de l'instauration d'un droit de punir spécifiquement communautaire.

Quel lien ce dernier entretient-il alors avec la souveraineté de chaque Etat membre ? Il est traditionnellement avancé que « *dans le cadre de la construction communautaire, les Etats mettent leur souveraineté en commun et les mélangent avec des compétences qui sont celles de l'Union* »⁴⁴. Ainsi, l'instauration d'un droit de punir extra-étatique ne s'inscrirait pas en opposition par rapport au système étatique classique mais plutôt dans sa continuité et même dans sa complémentarité⁴⁵. Au même titre que l'ordre public communautaire « *n'a pas*

⁴² CJCE 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec. CJCE* p. 629.

⁴³ Pour se convaincre de l'importance des infractions en lien avec le budget communautaire, il suffit de citer quelques-unes des très nombreuses études sur le sujet : TULKENS (F.), VAN DEN WYNGAERT (C.) et VORUGSTRAETE (I.) (sous la dir.), *La protection juridique des intérêts financiers des Communautés européennes*, Maklu Uitvegers, 1992 ; VERVAELE (J.), *La fraude communautaire et le droit pénal européen des affaires*, Paris, P.U.F., 1993 ; PIROTTE (O.) (sous la dir.), *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté européenne*, La Documentation française, 1997 ; DELMAS-MARTY (M.) (sous la dir.), *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Paris, Economica, 1997.

⁴⁴ CHEVALLIER-GOVERS (C.), *De la coopération à l'intégration policière dans l'union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 360. Sur l'idée selon laquelle le droit communautaire serait l'expression d'importants abandons de souveraineté, V. également PRADEL (J.) et CORSTENS (G.), *Droit pénal européen*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002.

⁴⁵ CARTUYVELS (Y.), « Le droit pénal et l'Etat : des frontières "naturelles" en question » *in* HENZELIN (M.) et ROTH (R.) (sous la dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 24-25. V. également le statut de la Cour pénale internationale qui institue un système complémentaire et non substitutif aux systèmes nationaux (V. *infra*, n°).

vocation à supplanter l'ordre public national »⁴⁶, le droit de punir communautaire n'aurait pas pour ambition de supplanter les droits de punir nationaux.

20. Détermination du droit de punir communautaire. – La caractérisation du droit de punir de nature communautaire n'est pas chose aisée. En premier lieu, du fait de l'imbrication excessive des concepts de droit de punir et de droit pénal, le droit communautaire semble dès l'origine exclure toute dimension punitive. En deuxième lieu, il « ressort de la nature même du droit communautaire que son sanctionnement (sic) revient en premier lieu aux Etats membres et au droit national »⁴⁷. En troisième lieu, même s'il existe des sanctions communautaires, c'est-à-dire prévues et prononcées par l'ordre juridique communautaire, une énumération reste délicate ; certains auteurs distinguant en effet les sanctions punitives des sanctions non punitives, et plaçant néanmoins dans cette seconde catégorie des mesures incontestablement répressives⁴⁸. Prenons quelques exemples pour développer notre propos.

21. Sanctions contre les Etats membres ou leurs ressortissants. – Nous pouvons ranger dans la catégorie des sanctions communautaires les actions en manquement de l'article 226 du traité C.E. Cette procédure est dirigée contre les Etats qui manquent à l'une de leurs obligations comme par exemple celle qui leur est faite de réprimer une violation du droit communautaire⁴⁹. Si, malgré l'action en manquement, un Etat persiste, après avis de la Commission, dans sa position contraire à l'intérêt communautaire, une saisine de la Cour de justice pourra avoir lieu. La Cour peut confirmer cette incompatibilité d'intérêts et obliger cet Etat à prendre des mesures nécessaires pour se mettre en conformité avec ses obligations. Si l'Etat demeure récalcitrant et ne respecte pas l'arrêt de la Cour de justice, la Commission peut décider d'engager une nouvelle procédure sur le fondement de l'article 228, 2 alinéa 3 Traité CE à l'issue de laquelle la Cour de justice pourra alors infliger le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte. Cette dernière mesure « se rapproche beaucoup d'un procédé pénal visant non seulement à contraindre la personne [i.e. l'Etat] à suivre la règle de droit,

⁴⁶ PICAL (C.), *op. cit.*, p. 365.

⁴⁷ STUYCK (J.) et DENYS (C.), « Les sanctions communautaires » in TULKENS (F.) et BOSLY (H.-D.) (sous la dir.), *La justice pénale et l'Europe*, *op. cit.*, p. 424.

⁴⁸ En ce sens, V. spéc. POELEMANS (M.), *La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, spéc. pp. 41 et ss. Moins directement, V. également HERVOUËT (F.), « Le droit communautaire, un ordre juridique pénalement sanctionné ? », *op. cit.*, *passim*.

⁴⁹ Cette action est intéressante dans la mesure où elle sanctionne le plus souvent l'Etat non pas pour violation du droit communautaire mais pour inaction quant au respect de ce droit. Pour un exemple de non-transposition d'une directive, V. CJCE 19 nov. 1991, *Francovich*, affaires jointes 6 et 9/90, *Rec. CJCE* 1991, I-5357.

mais aussi à réprimer son attitude. S'il ne s'agit pas d'une sanction pénale qui n'ose pas s'avouer, on n'en est pas loin »⁵⁰.

22. Parallèlement aux mécanismes de sanction appliqués à l'encontre des Etats, la Commission en tant que « *gardienne des traités* »⁵¹ peut également agir à l'encontre des personnes morales, ressortissantes des Etats membres, et plus particulièrement en droit de la concurrence. C'est essentiellement en cette matière en effet que la Commission fait preuve de son droit de punir, de son « *pouvoir explicite de sanction directe* »⁵², bien que celui-ci puisse être également perceptible en matière de transports⁵³ ou de politique agricole commune⁵⁴.

S'agissant donc du domaine de la concurrence, la Commission peut, sur le fondement de l'article 15, 2 du règlement n° 17 pour l'application des articles 85 et 86 du Traité C.E., infliger aux entreprises des amendes dont le montant est calculé en considération de la gravité et de la durée de l'infraction. Ce montant peut être de 10 % au plus du chiffre d'affaires mondial des entreprises concernées avec une majoration maximale possible de 10 % du montant initial par année en cas d'infractions se déroulant sur une durée de plus de cinq ans⁵⁵. Ce pouvoir de sanction de la Commission constitue semble-t-il un réel droit de punir dans la mesure où l'amende ainsi infligée possède « *une nature quasi-pénale (...) [remplissant] la fonction répressive et préventive attribuée aux peines (...) infligées en rétribution d'une faute (...) [et] revêt[ant] un caractère afflictif* »⁵⁶. La Commission ne se cantonne donc pas seulement à un rôle de surveillance de la mise en œuvre correcte de la législation communautaire relative au droit de la concurrence mais agit véritablement afin de faire respecter ces règles par l'exercice d'une répression.

23. **Sanctions contre les organes communautaires.** – A côté de l'action en manquement encourue par les Etats membres, il existe des procédures répressives voisines spécifiquement

⁵⁰ HERVOUËT (F.), *op. cit.*, p. 250. *Contra*, V. POELEMANS (M.), *op. cit.*, spéc. pp. 44 et ss.

⁵¹ HAGUENAU (C.), « Sanctions pénales destinées à assurer le respect du droit communautaire », *Rev. marché commun* 1993, p. 352.

⁵² Articles 85-87 CEE, 65-66 CECA cités par HENNAU-HUBLET (C.), « *Les sanctions en droit communautaire : réflexions d'un pénaliste* » in TULKENS (F.) et BOSLY (H.-D.) (SOUS LA DIR.), *La justice pénale et l'Europe*, *op. cit.*, p. 488.

⁵³ Règlement 11/60 en matière de transports, *J.O.C.E.*, 1960, 25/1221.

⁵⁴ Règlement 1627/94 établissant les dispositions générales relatives aux permis de pêche spéciaux, *J.O.C.E.*, 1994, L 171/7.

⁵⁵ La Commission peut également infliger des astreintes par jour de retard « *pour contraindre les entreprises à se conformer à certaines obligations qu'elle impose, notamment à fournir les renseignements qu'elle est en droit d'exiger pour l'instruction d'une affaire* » (STUYCK (J.) et DENYS (C.), *op. cit.*, p. 450).

⁵⁶ HAGUENAU (C.), *op. cit.*, p. 354.

tournées vers la réprobation de violations des traités par les institutions communautaires elles-mêmes. Il s'agit du recours en annulation (article 230 du Traité C.E.) et du recours en carence (article 232 du Traité C.E.). Ces procédures – manifestations d'un véritable droit de punir à huis clos – se déroulent principalement devant la Cour de justice des communautés européennes qui constatera les comportements répréhensibles des institutions communautaires, qu'il s'agisse du Conseil, de la Commission, du Parlement européen ou de la Banque centrale européenne. En cas d'utilisation de l'article 230 du Traité C.E., la sanction sera l'annulation de l'acte pris par l'institution qui a fait preuve d'un excès de pouvoir en agissant en dehors de sa compétence ou en violant manifestement une disposition du traité. S'il est fait usage de l'article 232 en revanche, l'institution communautaire en cause est tenue, au regard de l'article 233 du Traité C.E., « de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice ». Si, malgré cette injonction, l'organe ne se conforme pas à cet arrêt, il engage sa responsabilité non contractuelle. Ainsi, en vertu de l'article 288 du Traité C.E., la Communauté a l'obligation de réparer « les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions ». La mise en œuvre de cette responsabilité et l'indemnisation corrélative ont une dimension sanctionnatrice dans la mesure où elles témoignent de la non-conformité d'un acte ou d'une action à la norme communautaire. Ont-elles pour autant une nature punitive ? On peut en douter, à moins qu'elles ne développent – comme cela se produit en droit interne pour la responsabilité civile contractuelle ou extra-contractuelle – une dimension répressive⁵⁷.

24. Discussion sur la réalité du droit de punir communautaire : vers la distinction entre "sanction" et "punition". – Le champ communautaire soulève une difficulté qu'il convient de dénouer afin de clarifier dès à présent notre analyse du droit de punir. Cette difficulté tient à la délicate différenciation des concepts de *sanction* et de *punition*. S'il est vrai qu'en considération du droit pénal interne ces notions sont parfaitement synonymes⁵⁸, toute similitude reste en revanche discutable lorsque nous apprécions d'autres facettes du droit de punir. En droit des contrats par exemple, il est clair que les termes de *sanction* et de *punition* ne peuvent passer pour être équivalents⁵⁹. Présentons brièvement ces concepts afin de révéler leurs disparités.

⁵⁷ Sur la responsabilité civile et sa dimension répressive, V. *infra*, n^{os} *et ss.*

⁵⁸ V. *infra*, n^{os} *et ss.* et n^{os} *et ss.*

⁵⁹ Sur ce point, V. n^{os} *et ss.* V. également le cas de l'injonction qui peut être analysée comme une « *sanction non répressive* » (JEANDIDIER (W.), *Droit pénal des affaires*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 6^{ème} éd., 2005, n^o 359, p. 471).

En premier lieu, précisons que la sanction se trouve être beaucoup plus vaste que la punition. Par nature, elle est déjà imprégnée d'une ambivalence, l'écartant sur un point de toute dimension répressive. En effet, la sanction possède un double sens, tel un *Janus* établissant là une forme d'approbation, manifestant ici une réprobation⁶⁰. Ainsi, la sanction peut avant tout se définir comme l'établissement, l'approbation ou encore la consécration d'une loi⁶¹, d'un acte ou d'une expression. Par cette sanction, on confirme d'une part la conformité de ces éléments à une norme et l'on assure d'autre part leur protection en les parant de toute atteinte. Sanctionner revient donc à « *délimiter le champ d'application d'une disposition et rendre celle-ci inviolable en la mettant sous la protection des dieux, appelant sur le violeur (sic) éventuel le châtement divin* »⁶².

Si cette citation de BENVENISTE constitue une parfaite transition vers l'autre acception de la sanction, il convient de ne pas établir un raccourci trop direct sous peine de réduire la richesse du concept. En effet, la sanction – considérée d'un point de vue plus dépréciatif – ne peut être toujours perçue comme ce châtement, ce blâme officiel porté à l'encontre de celui venant d'accomplir un acte contraire à l'ordre préétabli. Tout en demeurant dans une dimension négative – l'autre visage de *Janus* – la sanction peut être simplement la constatation d'une irrégularité, d'une non-conformité à une norme. La nullité par exemple sanctionne la formation défectueuse du contrat, sans apporter de réprobation particulière sur les personnes ayant contracté. Cette réprobation ne constitue que le stade ultime de la sanction, se confondant alors dans cette hypothèse – et dans cette hypothèse seulement – à la punition. Celle-ci induit donc un jugement de valeur et la stigmatisation d'un comportement violant les intérêts fondamentaux d'une société. De cette constatation, on en déduit la nécessaire affliction inhérente à la punition ; affliction qui ne saurait être une constante dans le concept générique de sanction.

25. En droit communautaire, une distinction entre sanction et punition peut être identiquement révélée. Comme nous l'avons vu, il est en effet très discutable de relever une réelle dimension punitive envers les mécanismes sanctionneurs pouvant être mis en œuvre

⁶⁰ En ce sens, V. notamment DELMAS-MARTY (M.), « Sanctionner autrement ? », *Arch. pol. crim.* 1984, n° 7 (« Des sanctions »), spéc. p. 51.

⁶¹ Sur ce point, V. CORNU (G.) (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 3^{ème} éd., 2002, v° « sanction » où l'auteur se réfère au latin *sancire* signifiant « établir une loi ».

⁶² BENVENISTE (E.), *Vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris, éd. de Minuit, 1969, vol. II, p. 190 cité in MORAND (C.-A.), « La sanction », *Arch. phil. dr.* 1990, t. 35, p. 293.

par la Cour de justice des communautés européennes. Ils prennent acte de l'attitude non-conforme des Etats (action en manquement) ou des institutions communautaires (recours en annulation ou en carence) sans pour autant jeter l'anathème sur ces groupements. A l'inverse, nous avons remarqué que la Commission, lorsqu'elle intervient dans le domaine du droit de la concurrence, exerce un véritable droit de punir dans la mesure où sont prononcées des sanctions pécuniaires d'un montant non négligeable pouvant porter une atteinte forte aux capacités financières des entreprises. Comme nous l'avons souligné plus haut, ces personnes subissent alors ici une forme de contrainte, certes simplement pécuniaire, mais non moins stigmatisante et afflictive d'un point de vue purement économique.

26. Analyse de la pertinence du droit communautaire face au concept de droit de punir.

– Quelle que soit l'importance du droit de punir au sein du système communautaire, une conclusion s'impose : si une forme de punition existe effectivement dans cet ordre juridique, il convient de remarquer qu'il ne s'agit nullement d'une répression pénale ; celle-ci se trouvant, hors sphère étatique, dans le seul droit international⁶³. Aussi sommes-nous disposés, devant l'absence du droit pénal en ce domaine, à évacuer de notre étude le champ communautaire. Celui-ci possède certes une forme particulière de droit de punir ; le fait est cependant que celui-ci n'est d'aucune utilité face à notre problématique. La mise en évidence d'un droit de punir communautaire n'apporte en effet aucune explication sur l'utilisation malheureuse du droit de punir dont peut faire preuve aujourd'hui le droit pénal ; parallèlement, on ne saurait trouver dans l'ordre juridique communautaire le moindre élément de réponse tendant à rationaliser la fonction punitive du droit pénal. Si une avancée est intervenue avec l'arrêt *Commission c/ Conseil* du 13 septembre 2005 de la Cour de justice des communautés européennes, reconnaissons que l'écart reste encore important entre le droit pénal et la Communauté européenne. Le droit pénal, et plus encore le droit de punir de nature pénale, demeure une donnée essentiellement nationale ; le droit international ne pouvant effectivement que contredire partiellement cette affirmation.

⁶³ Nous considérons ici seulement le droit pénal au sens strict. Nous excluons donc pour l'instant la "matière pénale" propre au droit européen des droits de l'homme issu de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH, art. 6). Pour une prise en considération de la "matière pénale", nous renvoyons toutefois le lecteur à nos développements ultérieurs.

27. Droit de punir international. – Comme nous l’avons remarqué, le droit pénal est une caractéristique essentielle et prégnante de la souveraineté d’un Etat : « *les Etats sont toujours là, identifiant le droit à l’Etat, et l’Etat à ces symboles que sont la territorialité et la souveraineté* »⁶⁴. De fait, tout processus d’internationalisation du droit pénal⁶⁵ peut s’analyser prioritairement comme un anéantissement du concept de souveraineté pénale⁶⁶.

S’agit-il toutefois d’un véritable sacrifice de souveraineté de la part des Etats que de conclure un engagement international ? La Cour permanente de justice internationale a répondu par la négative dans l’affaire du *vapeur « Wimbledon »* : ce type d’engagement est l’expression même de la souveraineté des Etats et non sa limitation ou son transfert. Dans cette décision du 17 août 1923, la Cour énonce en effet qu’elle « *se refuse à voir dans la conclusion d’un traité quelconque, par lequel un Etat s’engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de souveraineté. Sans doute, toute convention engendrant une obligation de ce genre apporte une restriction à l’exercice des droits souverains de l’Etat, en ce sens qu’elle imprime à cet exercice une direction déterminée. Mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l’Etat* »⁶⁷.

De ce point de vue, y a-t-il alors une réelle internationalisation du droit pénal ? Si l’existence d’un ordre public international peut être incontestablement établi, la dimension internationale du droit pénal – et du droit de punir mis en œuvre à travers lui – est plus discutée.

28. Protection de l’ordre public international. – Engager un processus d’internationalisation du droit pénal suppose que soit déterminé un ordre public aux dimensions internationales nécessitant une protection d’une telle envergure⁶⁸. La « *répression internationale est née de la prise de conscience, par les Etats, de ce que certains actes étaient tellement graves que le cadre étatique était insuffisant pour organiser une réaction*

⁶⁴ DELMAS-MARTY (M.), « Le droit pénal comme éthique de la mondialisation », *Ann. inter. crim.* 2003, p. 32.

⁶⁵ Sur ce concept d’"internationalisation du droit pénal", V. spéc. KOERING-JOULIN (R.), « L’internationalisation du droit pénal » in MICHAUD (Y.) (sous la dir.), *Qu’est-ce que la culture ?*, Université de tous les savoirs, vol. 6, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 183 ; *Dr. pén.* sept. 2006, n° spécial (« L’internationalisation du droit pénal »).

⁶⁶ En ce sens, V. FALLETTI (F.) et DEBOVE (F.), *Planète criminelle. Le crime, phénomène social du siècle*, Paris, P.U.F., coll. Criminalité internationale, 1998, p. 318 : en matière de droit international, « *les débats (...) sont délicats, ces questions tenant à la souveraineté de l’Etat et à ses missions régaliennes* ».

⁶⁷ CPJI, *Aff. du vapeur « Wimbledon »*, arrêt du 17 août 1923, série A, n° 1, p. 25.

⁶⁸ Sur la notion d’ordre public international en général, V. ROLIN (H.), « Vers un ordre public réellement international », *Mélanges Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, p. 441.

adéquate »⁶⁹. La caractérisation d'un droit pénal sur le plan international⁷⁰ ne peut faire l'économie d'une telle démonstration sous peine de nier la légitimité du droit de punir pouvant alors être mis en œuvre. Comme en droit interne, la répression internationale doit se fonder sur la nécessaire garantie d'un ordre préétabli. Selon le Pr. BASSIOUNI, « *l'objet des dispositions normatives du Droit Pénal International est de déterminer les conduites considérées comme nuisibles eu égard à un intérêt social donné, dont la protection requiert l'application de sanctions pénales à l'encontre des contrevenants, sanctions qui sont imposées par les Etats membres de la communauté mondiale, au travers d'une action internationale collective ou nationale et coopérative* »⁷¹. Cette définition démontre donc la nécessité de dégager au niveau international un ordre public ou une morale commune aux Etats, un véritable intérêt général aux dimensions universelles.

A ce titre, nous sommes enclins à n'inclure dans ce processus d'internationalisation que les seuls « *faits qui troublent l'ordre public international et qui constituent des infractions contre le droit des gens* »⁷². Cette perception de la matière conduit donc à réduire l'internationalisation du droit pénal aux seules infractions internationales, c'est-à-dire celles troublant le « *bien-être du monde* »⁷³, sans considération des infractions n'atteignant que des valeurs nationales et possédant un simple élément d'extranéité. L'internationalisation du droit pénal s'entend donc d'un processus tendant à conférer à la communauté internationale le pouvoir de réprimer des comportements conduisant à rendre victime un Etat ou un groupe d'Etats, voire l'humanité elle-même. L'intérêt atteint est universel, commun à l'Homme et

⁶⁹ TIGROUDJA (H.), « La peine en droit international pénal », *l'Astrée*, n° 16.

⁷⁰ Nous écartons de notre propos la querelle doctrinale relative à la dénomination exacte de cette discipline. S'agirait-il d'un droit pénal international ou d'un droit international pénal ? Si nous avouons être tentés par la seconde dénomination, nous estimons que cette controverse est dépassée pour une double raison. D'une part, elle cloisonne la réflexion dans des ensembles *a priori* hermétiques. Comme l'expriment MM. les Pr. MERLE et VITU, « *il est contestable de vouloir englober sous une expression unique des matières aussi dissemblables, par les intérêts qu'elles mettent en jeu et par le rôle que joue l'Etat, que la détermination de la compétence répressive de l'Etat, l'entraide pénale internationale et la justice pénale supranationale* » (*Traité de droit criminel*, t. 1, *op. cit.*, n° 287, p. 387). D'autre part, toute distinction semble aujourd'hui illusoire entre une perception nationale ou internationale du droit pénal. Les deux dimensions semblent mêlées. Pour une reprise de cette querelle entre les auteurs, V. toutefois, HUET (A.) et KOERING-JOULIN (R.), *Droit pénal international*, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 3^{ème} éd., 2005, n° 4 ; PLAWSKI (S.), « La notion de droit international pénal », *Rev. sc. crim.* 1978, p. 789 ; MASSÉ (M.), « A la recherche d'un plan, peut-être même d'un titre, pour une nouvelle discipline juridique », *Mélanges Lombois*, *op. cit.*, 2004, p. 719.

⁷¹ BASSIOUNI (C.), « Le droit pénal international : son histoire, son objet, son contenu », *Rev. int. dr. pén.* 1981, vol. 52, p. 42. V. également HENZELIN (M.), *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe d'universalité*, Helbing et Lichtenhahn, Faculté de droit de Genève, Bruylant, 2000.

⁷² MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. 1, *op. cit.*, n° 287, p. 387.

⁷³ Préambule du Statut de la Cour pénale internationale (C.P.I.).

une coopération internationale dont l'objectif même est la répression des crimes internationaux devient alors indispensable pour fonder un droit pénal à la hauteur de cet objectif.

29. "Internationalisation" du droit pénal. – Les manifestations de l'internationalisation du droit pénal sont connues. Elles consistent en l'incrimination, la poursuite, le jugement et la punition de comportements particulièrement graves par des instances internationales. Selon les Pr. HUET et KOERING-JOULIN, seul ce schéma répressif conduit à la révélation du caractère international d'une infraction⁷⁴. L'autonomie dont fait preuve le droit international dans le traitement pénal d'une infraction est en effet le seul critère à prendre en considération pour la détermination de la nature exacte de cette dernière.

Ces précisions effectuées, on remarque qu'à l'heure actuelle, seules trois juridictions pénales internationales peuvent être considérées comme ressortissant du processus d'internationalisation du droit pénal. Il s'agit du "Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie" institué par la résolution 808 du 22 février 1993 du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies⁷⁵, du "Tribunal pénal international pour le Rwanda" institué par la résolution 955 du 8 novembre 1994 du Conseil de sécurité⁷⁶ et de la "Cour pénale internationale" établie par le Traité de Rome du 17 juillet 1998, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002. Hormis ces trois organes internationaux, aucune autre instance supra-étatique ne dispose aujourd'hui de la possibilité de juger et de punir *pénalement* une personne. Car l'essentiel est bien là : il ne suffit pas de proscrire officiellement tels ou tels agissements portant non seulement atteinte à un ensemble de valeurs propres à certains Etats ou une collectivité donnée mais touchant plus largement des valeurs fondamentales et universelles de la communauté internationale⁷⁷ ; il faut également être en mesure de matérialiser cette réprobation par le prononcé d'une peine. C'est pourquoi l'internationalisation du droit pénal n'a de sens que lorsqu'elle intègre l'internationalisation du droit de punir de nature pénale.

30. "Internationalisation" du droit de punir de nature pénale. – Les dispositions relatives aux tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et le

⁷⁴ HUET (A.) et KOERING-JOULIN (R.), *op. cit.*, n° 14.

⁷⁵ R.G.D.I.P. 1993, p. 534. V. également résolution 827 du 25 mai 1993, R.G.D.I.P. 1993, p. 552.

⁷⁶ JO du 31 août 1996, p. 38004.

⁷⁷ CASSESE (A.), « Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des Etats et justice pénale internationale ? » in CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.) (sous la dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, P.U.F., 2002, spéc. pp. 24 et 26.

Rwanda (TPIR) prévoient non seulement le domaine de compétences (*materia, loci et personae*) de ces juridictions, mais soulignent également la possession par celles-ci du droit de punir. Pour chacune de ces juridictions il est précisé en effet qu'elle « *prononce des sentences et impose des peines et sanctions à l'encontre des personnes convaincues de violations graves du droit international humanitaire* » (art. 23, 1 du Statut du TPIY ; art. 22, 1 du Statut du TPIR). Il est même possible d'affirmer que ces tribunaux détiennent la forme la plus aiguë du droit de punir puisqu'ils ne peuvent prononcer à l'encontre des personnes reconnues coupables que les seules peines d'emprisonnement (art. 24, 1 du Statut du TPIY ; art. 23, 1 du Statut du TPIR).

De son côté la Cour pénale internationale détient sensiblement les mêmes prérogatives. Selon l'article 76, 1 du Statut de Rome, « *[e]n cas de verdict de culpabilité, la Chambre de première instance fixe la peine à appliquer en tenant compte des conclusions et éléments de preuve pertinents présentés au procès* ». L'article 78 complète ce dispositif en précisant que « *[l]orsqu'elle fixe la peine, la Cour tient compte (...) de considérations telles que la gravité du crime et la situation personnelle du condamné* »⁷⁸.

31. Légitimité de l'exercice du droit de punir par les juridictions pénales internationales. – Cet intérêt pour la situation personnelle du condamné n'est pas propre à la Cour pénale internationale mais se trouve également aux articles 24, 3 du Statut du TPIY et 23, 2 du Statut du TPIR. A ce titre, le tribunal de La Haye connaissant des crimes commis en ex-Yougoslavie a fait preuve à plusieurs reprises de cette appréciation de l'attitude et d'éléments propres à la personne accusée. Dans l'affaire *Erdemovic* par exemple, en prononçant une peine de cinq ans de réclusion criminelle, les juges ont expressément fait application de ce pouvoir d'appréciation. Selon le tribunal, « *la situation personnelle ainsi que le caractère de l'accusé indiquent que sa personnalité est amendable ; il conviendrait de lui donner une seconde chance afin qu'il puisse prendre un nouveau départ dans la vie après sa libération (...). Il est important de faire montre de compréhension à l'égard de ceux qui se livrent au tribunal international et avouent leur culpabilité (...)* »⁷⁹. Le même raisonnement a

⁷⁸ L'article 77 du Statut de Rome fixe quant à lui les peines applicables. Une interprétation de cette disposition nous conduit à penser que l'emprisonnement constitue, à l'image des dispositions relatives aux TPIY et TPIR, la peine obligatoirement prononcée par la Cour pénale internationale. En effet, selon l'article 77, 2 « *à la peine d'emprisonnement, la Cour peut ajouter* » une peine d'amende ou de confiscation.

⁷⁹ TPIY, ch. de 1^{ère} instance, 5 mars 1998, *Procureur contre Erdemovic* cité in GARAPON (A.), *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*, Paris, Odile Jacob, 2002, p. 186.

pu intervenir lors de la condamnation de Biljana PLAVSIC le 27 février 2003 à onze ans de réclusion. La chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a effectivement déclaré l'ex-présidente bosno-serbe coupable de persécutions pour des raisons politiques, raciales et religieuses, mais a vraisemblablement pris en considération le fait que l'accusée ait plaidé coupable et ait collaboré lors du procès⁸⁰.

On remarque donc qu'une individualisation de la peine intervient devant les juridictions internationales au même titre qu'au plan interne. La prise en compte d'éléments subjectifs tels que la personnalité, l'amendement possible du condamné ou encore son attitude lors du procès, participent ainsi pleinement à la légitimité de la mise en œuvre du droit de punir.

32. Exklusivité de l'exercice du droit de punir par les juridictions pénales internationales. – Si les trois juridictions précitées détiennent le pouvoir de prévoir et de prononcer une peine, il est possible de mener plus loin le raisonnement et de considérer qu'elles sont aujourd'hui les seules à disposer du droit de punir les personnes contrevenant à des dispositions internationales. Le droit de punir international se situe donc dans le seul cadre de l'Organisation des Nations Unies à laquelle sont reliés tant les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* que la Cour pénale internationale. En dehors de ce domaine juridique, il est vain de croire en un quelconque droit de punir international, voire en un quelconque droit pénal international régissant à lui seul certaines infractions. Nous rejetons donc de notre propos le « *droit de la navigation fluviale sur le Rhin et la Moselle* » considéré faussement par certains auteurs comme faisant partie des systèmes traitant de manière exclusive des infractions pénales⁸¹. Dans la mesure où ce dernier système doit nécessairement trouver un relais national en première instance, le droit de punir qui peut éventuellement être mis en œuvre n'est pas pleinement international⁸².

Mais affirmer que le droit de punir international n'existe qu'à travers l'activité des tribunaux pénaux internationaux et de la Cour pénale internationale revient-il à affirmer que le

⁸⁰ TPIY, ch. de 1^{ère} instance, 27 févr. 2003 *Procureur contre Biljana Plavsic*. La preuve de cette prise en considération d'éléments propres à l'accusée est notamment le retrait par le procureur de sept chefs d'inculpation dont celui de génocide.

⁸¹ HUET (A.) et KOERING-JOULIN (R.), *op. cit.*, n^{os} 28 et 29.

⁸² Seul l'appel peut éventuellement être porté devant une juridiction internationale (la "chambre des appels de la Commission centrale pour la navigation du Rhin" ou le "Comité d'appel de la Commission de la Moselle"). Précisons que l'appel peut également être porté devant une juridiction nationale de second degré (Cour d'appel de Colmar ou de Metz). Ce point affaiblit encore davantage la nature internationale du droit pénal ainsi mis en œuvre. Sur l'ensemble de ce point, V. spéc. HUET (A.) et KOERING-JOULIN (R.), *op. cit.*, p. 50.

processus d'internationalisation de la répression soit absolu, c'est-à-dire qu'il soit dénué de limites ? Rien n'est moins sûr.

33. *Limites à l'"internationalisation" du droit de punir de nature pénale.* – Exceptées les procédures établies devant les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, l'"internationalisation" du droit de punir de nature pénale est très largement inachevée car la Cour pénale internationale pêche sur deux points essentiels : le premier tient à la procédure utilisée pour son établissement, le second au régime particulier mis en place pour déterminer sa compétence.

34. En premier lieu, la logique poursuivie pour l'instauration de la Cour pénale internationale a été la négociation. Contrairement aux TPIY et TPIR institués de manière unilatérale par le Conseil de sécurité de l'O.N.U., la Cour pénale internationale s'inscrit dans une démarche de coopération⁸³. Cette technique ne peut évidemment par elle-même être critiquée dans la mesure où la souveraineté des Etats se trouve pleinement respectée ; point qui avait été à l'origine de nombreuses désapprobations lors de la création des tribunaux *ad hoc* : « *la substitution des juridictions nationales par une juridiction internationale a été imposée par un acte impératif et contraignant du Conseil de sécurité (...); l'on a fait abstraction du consentement de l'Etat souverain pour établir des juridictions internationales agissant à la place de l'Etat souverain* »⁸⁴. Si la Cour pénale internationale échappe donc à ce reproche – ce qui revient *in fine* à discuter la légitimité du droit de punir mis en place – on constate qu'elle n'est toutefois pas exempte de critique. Si le système coopératif respecte la souveraineté des Etats, il conduit parallèlement à brider la Cour dans son mouvement de promotion du droit de punir international. S'il y a un manque de coopération – comme cela se passe aujourd'hui pour la Chine ou l'Inde qui n'ont pas signé le Statut ou pour les Etats-Unis, l'Egypte, l'Iran ou encore Israël qui n'ont pas ratifié l'accord – le processus d'internationalisation se trouve ralenti ; au point que certains auteurs – prônant pourtant le développement de la justice pénale internationale – recommandent que les Etats, s'ils ne souhaitent adhérer à la Cour pénale internationale, appliquent au plan interne les dispositions

⁸³ Dès le préambule du Statut de Rome de la C.P.I., les Etats parties affirment « *que les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale* ».

⁸⁴ CASSESE (A.), « Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des Etats et justice pénale internationale ? », *op. cit.*, p. 14.

relatives à la répression des comportements envers lesquels la Cour est compétente⁸⁵. On perçoit ici nettement le poids de la souveraineté et, par là, la difficulté de la transcender et d'instaurer un système pénal supra-étatique.

35. En second lieu, et conséquemment au premier écueil, la Cour pénale internationale n'a qu'une compétence subsidiaire. Si, en dehors de toute adhésion à cette juridiction, il convient d'inviter les Etats à la répression des violations graves des droits de l'homme, c'est une action incitative plus directe qui se fait jour lorsque les Etats sont parties à la Cour pénale internationale. Alors que les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* priment les juridictions nationales, la Cour pénale internationale leur est seulement complémentaire. Ce n'est qu'en cas de défaillance des Etats – par un manque de volonté ou par une incapacité – dans la mise en œuvre de la répression que la Cour deviendra compétente. Le système juridictionnel international issu de la Cour pénale internationale peut donc être perçu, pour certains Etats, comme un élément déclencheur de leur souveraineté. Comme le souligne le Pr. R. KOERING-JOULIN, « *l'internationalisation du droit pénal lato sensu (...) devient le moteur de l'évolution des droits internes* »⁸⁶. Afin d'éviter que leur souveraineté ne soit égratignée par la substitution de la Cour pénale internationale, les Etats seront enclins à réaffirmer leur position centrale dans le traitement pénal des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre ou encore des crimes d'agression. Une telle perspective peut sembler paradoxale puisqu'elle érige les Etats au cœur du système répressif des crimes dits "internationaux". Alors que nous nous placions dans un processus d'internationalisation du droit pénal et du droit de punir qui lui est attaché, nous assistons étrangement à une « *mondialisation des juges nationaux* », selon l'expression du Pr. M. DELMAS-MARTY⁸⁷.

Mais loin d'être contradictoire, la mise en exergue de la compétence prioritaire des juridictions nationales traduit au contraire parfaitement le recours indispensable aux Etats parties pour toute manifestation du droit de punir. Devant cette prégnance étatique, on est alors en droit de s'interroger sur la possibilité de mettre en place un droit de punir *réellement* international.

⁸⁵ CASSESE (A.), « L'incidence du droit international sur le droit interne » in CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.) (sous la dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, P.U.F., 2002, pp. 555-566.

⁸⁶ KOERING-JOULIN (R.), « L'internationalisation du droit pénal », *op. cit.*, p. 194.

⁸⁷ DELMAS-MARTY (M.), « Le droit pénal comme éthique de la mondialisation », *op. cit.*, p. 37. Egalement « Droit et mondialisation » in MICHAUD (Y.) (sous la dir.), *op. cit.*, p. 181.

36. Discussion sur la réalité de l'internationalisation du droit de punir de nature pénale : l'inévitable recours aux Etats pour l'exécution de la sanction internationale. – Qu'il s'agisse des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* ou de la Cour pénale internationale, un élément important tendant à restreindre l'internationalisation du droit de punir de nature pénale mérite d'être souligné. Les articles 27 du Statut du TPIY, 26 du Statut du TPIR et 103, 1, a) du Statut de Rome précisent les modalités d'exécution des peines d'emprisonnement prononcées par ces diverses juridictions et le rôle principal joué par les Etats parties dans la mise à exécution de ces peines. En ce qui concerne par exemple les peines prononcées par la Cour pénale internationale, l'article 103, 1, a) souligne que ces peines « *sont accomplies dans un Etat désigné par la Cour sur la liste des Etats qui lui ont fait savoir qu'ils étaient disposés à recevoir des condamnés* ». Des accords doivent donc être conclus afin de permettre aux Etats le désirant d'"accueillir" les délinquants internationaux. S'agissant de la coopération entre la France et la Cour pénale internationale, c'est la loi n° 2002-268 du 26 février 2002⁸⁸ qui institua au sein du Code de procédure pénale les dispositions relatives à la collaboration du droit pénal interne au droit pénal international (C. pr. pén., art. 627 et ss.). Ainsi, la France s'est engagée à recevoir des personnes condamnées par la Cour pénale internationale et à les soumettre au régime de détention établi suivant les règles nationales (C. pr. pén., art. 627-18, al. 2).

37. S'il est vrai que l'article 106, 1 du Statut de Rome énonce que l' « *exécution d'une peine d'emprisonnement est soumise au contrôle de la Cour* », il n'en demeure pas moins que l'exercice du droit de punir reste confié aux Etats. Si la détermination de la peine ressortit à la compétence de la Cour pénale internationale et possède dès lors une nature supranationale, son exercice en revanche est inéluctablement lié à la sphère étatique. Un auteur présentait ce recours inévitable à la force interne des Etats en ces termes : « *Si, dans l'urgence et la souffrance, c'est le juge en tout premier lieu qui s'internationalise, si, après coup, c'est l'incrimination qui prend un peu de hauteur, au moment de contraindre il n'y a toujours eu et il n'y a encore que les Etats. Arrêter, perquisitionner, incarcérer, exécuter... requiert ou peut requérir l'usage de la force, éventuellement armée. Et de cette force seuls les Etats disposent ; (...) la juridiction est une chose et l'imperium en est une autre* »⁸⁹. Si la justice

⁸⁸ Loi n° 2002-268 du 26 février 2002 relative à la coopération avec la Cour pénale internationale, JO du 27 févr. 2002, p. 3684. V. également le projet de loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale présenté en Conseil des ministres le 26 juillet 2006 par le Garde des Sceaux (JCP 2006, act. 380).

⁸⁹ MASSÉ (M.), « L'utopie en marche » in HENZELIN (M.) et ROTH (R.) (sous la dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, op. cit., p. 158.

pénale internationale a la force juridictionnelle, elle « *ne dispose pas des moyens de son action, d'une police autonome, et [elle] dépend pour une bonne part des moyens que les Etats doivent mettre à sa disposition* »⁹⁰.

Ces difficultés de mise en œuvre du droit de punir supra-étatique mettent en relief le rôle éminent que joue encore l'Etat au niveau international. Le recours inéluctable aux droits nationaux prouve en effet que l'entité apparemment affaiblie dans le domaine de la justice internationale qu'est l'Etat, est finalement indispensable à l'effectivité de cette même justice internationale ; de sorte que la déclaration selon laquelle « *les forces de la mondialisation et de la coopération internationale sont en train de redéfinir la notion même de souveraineté des Etats* »⁹¹ doit être quelque peu relativisée. De manière singulière, le droit pénal international constituerait au contraire pour l'Etat un remarquable îlot de souveraineté. Ce serait effectivement dans cette sphère pénale que l'Etat conserverait, quelles que soient les décisions de justice prises au niveau supra-étatique, une prérogative régaliennne essentielle à l'affirmation de sa puissance souveraine, à savoir la mise à exécution effective de la sanction internationale. L'Etat se réserverait donc inévitablement une part du droit de punir, son côté le plus pratique, provoquant ainsi sa dispersion dans les deux ordres juridictionnels pénaux que sont le droit international – s'intéressant au prononcé de la sanction internationale – et le droit interne – s'attachant à l'exécution de cette sanction.

38. Vers un éclatement du concept de droit de punir. – Au vu de l'éclatement du concept de droit de punir entre le droit international et le droit interne et de la prégnance des Etats dans la mise en œuvre matérielle du droit de punir, nous pouvons douter du caractère international du droit de punir issu des juridictions internationales. Celles-ci ont nécessairement recours aux Etats pour l'exécution de la punition prononcée. Si ces juridictions détiennent le droit de punir les personnes ayant violé les valeurs essentielles reconnues par la Communauté internationale, force est de remarquer qu'elles ne possèdent pas l'intégralité de ce droit de punir. La contrainte matérielle, élément essentiel de la définition du droit de punir⁹², ne se trouve établie qu'au plan du droit pénal interne. Il est donc vain d'assigner au droit international la mission de retranscrire seul une vision globale du droit de

⁹⁰ BADINTER (R.), « Réflexions générales » in CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.) (sous la dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, op. cit., p. 53.

⁹¹ Déclaration du Secrétaire général de l'Organisation des Nations unies, Kofi ANNAN cité in MASSÉ (M.), « La place du droit pénal dans les relations internationales », *Rev. sc. crim.* 2000, p. 127.

⁹² V. *supra*, n° .

punir. Au regard de l'éclatement de la notion de droit de punir, on remarque que le droit international est incapable, à lui seul, de satisfaire un examen complet de ce concept. Le recours inéluctable aux Etats pour l'exécution des peines d'emprisonnement conduit en effet à réduire l'intérêt du droit international dans la mise en perspective d'une théorie générale du droit de punir. A l'inverse, une concentration de la réflexion sur le seul droit interne permettrait d'obtenir une analyse intégrale de la notion, tant en ce qui concerne le prononcé de la peine qu'en ce qui concerne son exécution.

39. Analyse de la pertinence du droit international face au concept de droit de punir. –

L'intérêt du droit international dans l'analyse du concept de droit de punir n'est pas nul. Grâce à la présentation internationale du droit de punir, on s'aperçoit déjà⁹³ en effet que ce concept n'est pas monobloc et figé dans le temps à un moment précis de la procédure pénale. Il se diffuse dans différentes phases déterminées et ne se limite pas simplement au prononcé d'une peine. Bien que s'attachant à des critères fixes (nécessité d'une contrainte, supériorité du détenteur du droit de punir, réponse à la violation d'un ordre préétabli), le droit de punir est un concept protéiforme dont le droit international révèle la richesse et les dangers.

Mais au-delà de la mise en perspective de la complexité de la notion de droit de punir, le droit pénal international possède-t-il une réelle pertinence face à ce concept tel que nous souhaitons l'envisager ? Malgré l'importance aujourd'hui grandissante du droit pénal international, il est possible d'en douter. Il ne peut effectivement apporter de réponse satisfaisante aux défaillances du droit pénal perceptibles au plan interne ; défaillances qui demeurent le postulat de notre étude et que nous nous engageons à comprendre et à combattre. Bien au contraire, la considération des juridictions internationales retranscrivent l'intensité du droit pénal, sa vitalité et par là même son omnipotence dans le traitement de certains contentieux. Notre problématique initiale résidant en la compréhension du phénomène délictueux atteignant le droit pénal ne peut dès lors trouver d'explications dans l'ordre international ; l'exercice extra-étatique du droit pénal s'opposant à la perception nationale que l'on peut avoir de ce droit. Au niveau international en effet, le droit pénal s'intéresse à des données qui lui sont propres. Il traite des questions atteignant les valeurs sociales essentielles de la Communauté internationale. Au contraire, en droit interne, le droit pénal se dilate exagérément vers des matières ne devant relever de sa compétence. Si nous concentrons notre étude sur

⁹³ Pour une autre distinction intéressant le droit interne, V. *infra*, n^{os} *et ss.*

l'affaïssement de la fonction punitive du droit pénal au plan interne, le droit pénal international révèle son manque de pertinence dans l'objectif qui est le nôtre de réhabiliter cette fonction.

40. Nécessité d'une analyse du droit de punir concentrée sur le seul droit interne. – Il est nécessaire de s'engager dans un parcours intellectuel orienté exclusivement vers le droit interne pour tenter de comprendre pourquoi le droit pénal ne satisfait plus aujourd'hui sa fonction punitive. Cette perspective interne nous entraînera certes dans des domaines juridiques souvent étrangers les uns aux autres. Considérer le droit de punir du point de vue du seul droit national impose en effet une appréciation de matières diverses, usant *mutatis mutandis* d'un pouvoir de sanction. Il en est ainsi par exemple du droit pénal bien sûr, mais également du droit administratif, du droit fiscal, du droit disciplinaire ou encore du droit civil.

Cette pluralité ne doit cependant pas effrayer l'observateur car c'est de cette pluralité que l'on pourra saisir les possibilités de restauration du droit pénal dans la position qui lui fut originelle. Si nous nous attachons à l'analyse de droits hétérogènes, il ne faudra jamais perdre de vue que c'est de cette analyse – et de cette analyse seulement – que l'on pourra renouer avec un droit pénal capable d'assurer les missions répressives qui furent initialement les siennes. Mais cette recherche de l'image primitive du droit pénal ne conduit-elle pas finalement à vouloir restaurer la dimension rétributive du droit pénal ?

41. Ne pas s'égarer de la piste rétributive. – Comme le souligne un auteur, la rétribution « rappelle sans cesse l'exercice du droit de punir comme principe de base du droit pénal »⁹⁴. Aussi est-il naturel de raccorder le droit pénal à cette finalité rétributive si l'on souhaite le réhabiliter dans une fonction punitive véritable. Cette perspective peut apparaître régressive du point de vue de l'étude du droit pénal. En effet, la rétribution est traditionnellement rattachée à la conception classique du droit pénal, fondée sur la prééminence de la « solution répressive du problème criminel »⁹⁵. S'analysant comme le rétablissement – le plus souvent symbolique⁹⁶ – d'un ordre déstabilisé par la commission d'un acte antisocial et ce grâce à

⁹⁴ TZITZIS (S.), « Rétribution » in LOPEZ (G.) et TZITZIS (S.) (sous la dir.), *Dictionnaire des sciences criminelles*, Paris, Dalloz, 2004, p. 838.

⁹⁵ MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. 1, *op. cit.*, p. 101.

⁹⁶ Le droit pénal, s'il doit réparer le dommage social subi, n'est qu'une réparation symbolique conduisant à un palliatif qui ne peut être trouvé qu'en la punition du coupable.

l'imposition d'une peine, la rétribution apparaît aujourd'hui pour nombre d'auteurs comme une fonction archaïque, anachronique, inutile voire nocive pour le droit pénal⁹⁷.

Prenant le contre-pied de ce conformisme doctrinal, nous restons convaincus de la valeur intrinsèque de la rétribution pour le droit pénal ainsi que de son utilité pratique en terme de répartition de la charge punitive en droit français. S'agissant tout d'abord de l'enrichissement du droit pénal par sa fonction rétributive, nous estimons qu'elle constitue la seule fonction permettant de rendre compte de la sévérité devant inévitablement se dégager du droit pénal⁹⁸. Suivant en cela la pure pensée kantienne sur le droit de punir, nous estimons que « *le rigorisme du droit pénal ne doit connaître aucune déviance ; la justice [pénale] cess[ant] d'être une justice dès qu'elle se vend* »⁹⁹.

Nous convenons que cette approche peut, de prime abord, apparaître d'arrière-garde ; c'est cependant sans compter sur le fait qu'il existe aujourd'hui un intérêt pratique indéniable à prôner la fonction rétributive du droit pénal.

42. D'une démarche conceptuelle à l'affirmation d'une logique pragmatique. –

Rechercher la dimension rétributive du droit pénal et circonscrire celui-ci à cette seule dimension suppose que nous assignions à cette discipline une fonction prioritairement punitive. Mais affirmer que le droit de punir s'inscrit majoritairement au sein de la justice pénale ne signifie pas que celle-ci soit portée par cette seule dynamique punitive, ni que le droit de punir soit confiné dans le seul champ pénal. Si l'on admet qu'à l'origine, le droit de punir soit guidé par une logique de soumission au droit pénal, on ne pourra manquer de constater que des droits extra-pénaux intègrent également une dynamique punitive.

Or, ce nouvel élan du droit de punir – s'établissant en dehors du seul cadre pénal – ne peut s'instituer qu'à la condition que ces diverses prérogatives punitives soient motivées par des

⁹⁷ En ce sens, V. notamment ANCEL (M.), *La défense sociale nouvelle*, Paris, Cujas, 3^{ème} éd., 1981 ; HULSMAN (L.) et BERNAT DE CELIS (J.), *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, Le Centurion, 1982 ; LEVY (T.), *Le désir de punir. Essai sur le privilège pénal*, Paris, Fayard, 1979 ; SALAS (D.), *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette Littératures, 2005.

⁹⁸ Exprimant son opinion sur l'exercice et le concept même de droit pénal, Jeremy BENTHAM affirmait la prégnance de la rigueur et du mal : « *Dans tout le cours de son opération, il ne peut être qu'une suite de maux : maux dans la poursuite des accusés (...) ; maux dans l'infliction des sentences juridiques ; maux dans les suites inévitables qui rejaillissent sur les innocents* » (BENTHAM (J.), *Œuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais*, t. I, *Traité de législation civile et pénale*, Bruxelles, 1829, p. 187 cité in PRADEL (J.), *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 2002, p. 125, note 5).

⁹⁹ GOYARD-FABRE (S.), *La philosophie du droit de Kant*, Paris, Vrin, 1996, p. 229.

considérations différentes. Circonscrire le droit pénal à sa fonction rétributive impose donc que soient établies au bénéfice des droits extra-pénaux d'autres finalités. De cette différenciation pourra alors émerger l'idée selon laquelle une nouvelle redistribution du droit de punir est possible. S'il est vrai que l'analyse se présente comme étant avant tout conceptuelle, il est indéniable qu'un retentissement pratique se fera ressentir. Si l'on parvenait en effet à prouver l'émergence du droit de punir en dehors du champ pénal, cette analyse théorique du concept de *droit de punir* révélerait une utilité immédiate.

Ainsi, pour rendre compte de cette utilité, il est nécessaire de dépasser l'identité conceptuelle existant initialement entre le droit pénal et le droit de punir. De cette remise en cause découlerait une répartition plus rationnelle des prérogatives punitives.

43. Dépasser l'identité entre le droit pénal et le droit de punir. – Vouloir remettre en cause la consubstantialité du droit pénal et du droit de punir revient à percevoir deux phénomènes distincts. Il est possible en effet de dépasser cette identité dans le cadre strict du droit pénal et de percevoir que le droit de punir n'est qu'un élément constitutif du droit pénal. Ensuite, cette identité peut également être dépassée en sortant tout simplement le droit de punir du champ pénal. Dans cette hypothèse, c'est alors le droit pénal lui-même qui se trouve être un élément constitutif du Droit de punir *lato sensu*.

44. Droit de punir, un élément constitutif du droit pénal : l'inexactitude de l'identité entre le droit de punir et le droit pénal. – Si l'on parvient à dissocier les termes de *droit de punir* et de *droit pénal*, la première conséquence sera celle tenant à une contestation de l'exclusivité du droit de punir au sein de la justice pénale. S'il est exact de présenter cette dernière comme une justice prioritairement répressive, force est de reconnaître qu'elle ne peut se réduire à cette seule dimension. Aussi obtenons-nous, avec cette différenciation des concepts, une présentation plus épurée du droit pénal, détachée de la présentation traditionnelle et grossière l'affichant comme le seul droit de la peine.

Si la punition reste une donnée essentielle du droit pénal, il faut admettre que tout ne relève pas de la punition en droit pénal. Il convient de bien circonscrire le concept de droit de punir de nature pénale et de ne point y inclure des éléments qui lui sont sinon étrangers, du moins éloignés. La peine est le critère de détermination du droit de punir mais ce qui est en lien avec la peine n'est pas nécessairement en lien avec le droit de punir.

45. Relâchement de l'exclusivité du droit de punir au sein du droit pénal. – Si nous affirmons que le droit de punir est au centre de la justice pénale, nous estimons nullement qu'il en soit la seule caractéristique. Le droit de punir constitue certes la qualité essentielle du droit pénal ; pour autant force est de constater que le droit pénal n'est pas conduit par cette seule dynamique répressive. Le Doyen CARBONNIER nous prévenait de l'irrecevabilité de cette confusion : « *est-ce rendre entière justice aux institutions pénales que de leur supposer l'unique fonction (envie, besoin) de punir ?* »¹⁰⁰. Le droit pénal peut parfaitement s'exprimer en dehors de toutes connotations punitives, sans pour autant les remettre nécessairement en cause¹⁰¹. Pour illustrer notre propos, prenons comme exemple la distinction cardinale s'instituant entre le droit de punir et l'action publique¹⁰².

46. Distinction cardinale entre le droit de punir et l'action publique. – En vertu de l'article 5 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV, « *l'action publique a pour objet de punir les atteintes portées à l'ordre social* ». Suivant les articles 1 et 2 du Code d'instruction criminelle de 1808, cette même action se présente comme une action affectée à « *l'application des peines* ». Aujourd'hui encore, poursuivant cette tradition, l'actuel article 1^{er} du Code de procédure pénale dispose également que l'action publique se définit comme une action « *pour l'application des peines* ». On le voit, une forte interdépendance existe entre le droit de punir et l'action publique dans la mesure où la seconde tend précisément à l'exercice du premier. Le droit de punir se présente donc comme la conséquence normale de l'action publique. De manière corrélative, l'action publique constitue le préalable nécessaire du droit de punir. Ce n'est qu'après déclenchement de l'action publique que pourra en effet transparaître le droit de punir de nature pénale.

47. Si cette dépendance entre ces deux concepts se vérifie très largement, est-elle pour autant absolue ? Il semble que nous soyons contraints de répondre par la négative à cette interrogation. En effet, l'action publique n'est qu'un élément d'accès à l'exercice futur du droit de punir, non son exercice même. Cette distinction est jugée cardinale dans la mesure où elle se trouve au carrefour de nombre de particularités du droit de punir et plus généralement

¹⁰⁰ CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 2004, p. 141.

¹⁰¹ Cela reste réduit à un seul phénomène, la légitime défense. D'autres mouvements, plus novateurs, tentent d'apporter une expression nouvelle au droit pénal en dehors des idées punitives. Ces mouvements ne peuvent toutefois être pris ici en considération puisque loin d'exprimer le droit pénal, ils le dénaturent. Sur ce point précis, V. *infra*, première Partie, Titre II.

¹⁰² Sur ce point, V. MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. 2, *Procédure pénale*, Paris, Cujas, 5^{ème} éd., 2001, p. 42.

des qualités que doit posséder le détenteur de ce droit. Il est en effet constamment reconnu par les juges, et notamment par la Cour européenne des droits de l'homme, que des incompatibilités existent entre les fonctions de poursuite – donc d'engagement de l'action publique – et de jugement – donc d'exercice du droit de punir. Les juges de Strasbourg requièrent en effet une indépendance dans ces diverses attributions¹⁰³.

48. Action publique dénuée de droit de punir. – Il convient donc de ne pas exagérer la coïncidence de ces deux concepts dans la mesure où l'engagement de l'action publique ne conduit pas systématiquement à un exercice du droit de punir. Par son pouvoir souverain d'appréciation, le juge peut notamment ruiner l'engagement de l'action publique et l'exercice futur du droit de punir, en décidant ici de rendre une ordonnance de non-lieu, en prononçant là une décision de relaxe ou d'acquittement.

Suivant cette même logique, divers procédés traduisent ce qu'il est possible de dénommer le "droit de ne pas punir". La grâce, l'amnistie ou encore la prescription sont en effet des techniques permettant de rompre le lien établi initialement entre le droit de punir et l'action publique. Dans ces situations, soit le droit de punir est limité alors même que l'action publique est préalablement déclenchée, soit c'est cette action qui se trouve plus directement bridée dans son engagement.

49. Parallèlement, l'action publique peut être engagée et des actes de contrainte exercés sans pour autant que soit mis en œuvre le droit de punir. Les actes d'enquête ou d'instruction sont en effet souvent empreints d'une certaine forme de coercition ; pour autant ils ne sont pas directement tournés vers la punition. Certes l'objectif futur demeure la condamnation et la répression des auteurs de l'infraction pour laquelle ces actes sont commandés. Mais cet objectif reste encore lointain et ne constitue pas véritablement le fondement de ces procédés.

50. Droit de punir dénué d'action publique. – Poussant plus loin encore le raisonnement, il est possible d'affirmer qu'un droit de punir puisse s'exercer sans qu'une action publique soit expressément déclenchée. En droit pénal, certaines techniques comme la transaction, la composition pénale ou encore la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité

¹⁰³ Pour un rejet du cumul des fonctions de poursuite et de jugement, V. CEDH 1^{er} oct. 1982, *Piersack c/ Belgique*, série A, n° 53 ; *AFDI* 1985, p. 415, obs. V. Coussirat-Coustère ; *JDI* 1986, p. 1072, obs. P. Rolland et P. Tavernier – CEDH 27 févr. 1997, *Findlay c/ Royaume-Uni*, *Rev. sc. crim.* 1997, p. 889, obs. L.-E. Pettiti.

peuvent traduire cette originalité. Mettant en place une forme nouvelle de répression, ces mesures favorisent en effet l'indépendance existant entre le droit de punir et l'action publique.

Plus franchement, le rapprochement de ces concepts doit être aujourd'hui d'autant plus relativisé dans la mesure où le droit de punir peut s'exprimer en dehors du champ pénal. De nombreux droits extra-pénaux font en effet usage d'un droit de punir, à côté de celui traditionnellement mis en œuvre par le droit pénal ; celui-ci devenant alors dans cette situation un simple élément du Droit de punir *lato sensu*.

Ainsi, outre la répartition de la logique punitive au sein du droit pénal, une autre conséquence de la désolidarisation du droit de punir et du droit pénal d'un point de vue conceptuel peut se faire jour. Le droit de punir – dont l'importance au sein du droit pénal doit être relativisée – peut intégrer des disciplines juridiques initialement étrangères à toute forme de répression. Dès l'instant où l'on admet que le droit de punir et le droit pénal ne sont plus synonymes, il est possible en effet de croire en une émancipation du premier envers le second.

51. Droit pénal, un élément constitutif du Droit de punir : l'inopportunité de l'identité entre le droit de punir et le droit pénal. – Si l'on ne peut nier le fait que le droit de punir entretienne des liens étroits avec le droit pénal, il ne faudrait pas que ce principe sclérose l'étude du droit de punir à un simple questionnement sur les possibilités actuelles du droit pénal en matière punitive ou, pire, sur le bien-fondé de ce dernier à user de son pouvoir de répression. Or, il est regrettable que de nombreuses études admettent encore aujourd'hui comme seule hypothèse de travail pour l'analyse du droit de punir, la justice pénale¹⁰⁴. Si nous rejetons cette identité conceptuelle entre le droit pénal et le droit de punir, ce n'est pas par le manque de rigueur ou d'intérêts de ces études doctrinales quant à l'amélioration des mécanismes répressifs pénaux. Nous estimons seulement que circonscrire encore aujourd'hui l'analyse du *droit de punir* au seul droit pénal va à l'encontre de l'objectif initial de ces études guidées le plus souvent par la volonté de réduire le recours instinctif au droit pénal de la part du législateur.

52. Refuser le "pénalocentrisme". – Ce néologisme traduit selon un auteur le mécanisme tendant à « privilégier la peine dans les réflexions sur la délinquance (...) [et à] se dispenser

¹⁰⁴ V. par exemple, PONCELA (P.), « Dans les entrelacs du pourquoi et du comment punir, un nouvel art de sanctionner » in MICHAUD (Y.) (sous la dir.), *op. cit.*, p. 561. Du même auteur, V. également « Droit de punir et pouvoirs de punir : une problématique de l'Etat », *Arch. phil. dr.* 1983, p. 123.

d'une mise en contexte sociale, économique et culturelle de la délinquance »¹⁰⁵. Par extension, cette notion reviendrait à circonscrire l'analyse du droit de punir au seul droit pénal et à sacrifier l'identité de ces concepts.

Or, s'il est vrai que la justice pénale constitue l'élément le plus caractéristique du droit de punir, on ne peut passer sous silence les diverses manifestations de ce dernier en dehors du cadre précis du droit pénal. Nombre de disciplines juridiques, non tournées originellement vers la répression, ont pris conscience qu'il était nécessaire, pour affirmer leur autorité et assurer leur stabilité, d'établir un droit de punir qui leur était propre, contournant ainsi les possibles lourdeurs et inefficacités du processus répressif pénal. Dans des domaines aussi divers que le droit administratif, le droit disciplinaire, le droit fiscal, le droit des étrangers ou encore le droit de la responsabilité civile ou le droit des contrats, un mouvement s'est produit tendant à conférer aux juges compétents ou à des autorités spécialisées le pouvoir de réprimer les comportements contraires aux règles régissant ces différents domaines. Le droit pénal ne possède donc plus le monopole du droit de punir ; l'a-t-il eu un jour ? A considérer le caractère ancien de certaines sanctions extra-pénales – comme par exemple la nullité du contrat vicié perceptible dès le droit romain – nous pouvons légitimement en douter.

53. De l'antagonisme à la complémentarité. – On remarque que l'analyse du droit de punir s'oriente donc dans deux directions semble-t-il opposées. Alors que l'une privilégie le droit pénal comme creuset de l'exercice du droit de punir, l'autre revendique au contraire l'émancipation de ce dernier. Cette seconde lecture du droit de punir favorise l'émergence de droits répressifs extra-pénaux qui, le plus souvent, tendent à concurrencer le droit pénal dans le traitement de certains comportements. Cela est remarquable par exemple en matière d'infractions économiques et financières. Le droit pénal se trouve progressivement supplanté par des organismes – les autorités administratives indépendantes – disposant d'un droit de punir fort et plus adapté au contentieux dont il est question. D'un point de vue tant qualitatif que quantitatif, le droit pénal ne réussit plus à se présenter face à ces autorités comme un rival sérieux dans la répression de ces infractions.

Prenant acte de cet état de fait, notre démarche n'est pas de vouloir à tout prix réinvestir le droit pénal dans le traitement de ces contentieux dits "techniques". Bien au contraire. Notre démarche est davantage orientée vers l'accentuation de la ligne de partage existant entre les

¹⁰⁵ PONCELA (P.), « La question de la récidive », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 618.

différentes lectures possibles du droit de punir, c'est-à-dire entre les différentes formes de répression perceptibles aujourd'hui dans notre droit positif. Il convient donc d'exacerber les différences entre ces divers droits répressifs pour que chacun intègre une logique particulière et devienne compétent pour un type particulier de contentieux. Ceci permettrait dans une certaine mesure d'éviter des cumuls de sanctions, souvent fâcheux compte tenu de la sévérité éventuelle des différentes sanctions.

54. Relativité de la règle non bis in idem. – En signant le Protocole n° 7 du 22 novembre 1984 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la France a émis une réserve relative à l'article 4 de ce protocole. Cet article prévoit que nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par un même Etat deux fois en raison d'une même infraction. Cette disposition constitue donc la retranscription du principe *non bis in idem* prohibant la pluralité de répressions pour un même fait. Au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme concernant l'article 6 Conv. EDH et la notion de "matière pénale"¹⁰⁶, il est évident que l'article 4 du Protocole n° 7 ne se limite pas au seul droit pénal des Etats. Il inclut également le droit administratif ou certains pans du droit disciplinaire. Consciente de cet élargissement, la France a décidé, par sa réserve, de circonscrire le principe *non bis in idem* aux seules décisions émanant des juridictions pénales au sens strict du droit français. C'est ainsi que notre système juridique peut prévoir que des sanctions pénales puissent se cumuler sans aucune difficulté apparente avec des sanctions administratives¹⁰⁷, des sanctions disciplinaires¹⁰⁸, des sanctions fiscales¹⁰⁹ ou encore des sanctions dites "civiles"¹¹⁰.

La France se trouve paradoxalement confortée dans sa position par la Cour européenne des droits de l'homme elle-même qui, dans un arrêt *Göktan c/ France* du 2 juillet 2002, a jugé que le principe *non bis in idem* n'était pas violé du fait de l'application cumulative d'une

¹⁰⁶ V. notamment CEDH 8 juin 1976, *Engel c/ Pays-Bas*, série A, n° 22 – CEDH 21 févr. 1984, *Oztürk c/ Allemagne*, série A, n° 73 ; *JDI* 1986, p. 1051, obs. P. Rolland et P. Tavernier.

¹⁰⁷ Crim. 1^{er} mars 2000, *D.* 2000, p. 229, obs. A. Lienhard.

¹⁰⁸ Crim. 3 févr. 1998, *D.* 1998, IR p. 77 – Crim. 7 sept. 2004, *D.* 2004, IR p. 2691 – CE 7 janv. 2004, *Colombani*, *AJDA* 2004, p. 1653, note A. Dord.

¹⁰⁹ Crim. 20 juin 1996, *Rev. jurisp. fisc.* 5/1997, 287, note S. Autry – Crim. 6 nov. 1997, *Bull. crim.* n° 379 ; *JCP* 1998.II.10087, note M. Cliquennois ; *Rev. jurisp. fisc.* 12/1998, 1467. Sur ce point, V. également SCHIELE (P.), « Cumul des sanctions fiscales "répressives" et des sanctions pénales pour fraude fiscale », *Procédures* août-sept. 1998, chron. 9.

¹¹⁰ Sur ce point V. spéc. JACOMET (P.), *Essai sur les sanctions civiles de caractère pénal en droit français*, thèse, Paris, Arthur Rousseau éd., 1905.

contrainte par corps [*i.e.* une contrainte judiciaire] pour défaut de paiement d'amendes et d'une peine d'emprisonnement¹¹¹.

55. Renforcement nécessaire de la règle non bis in idem. – Devant cette atteinte à la règle *non bis in idem* – et devant le peu d'empressement de la France à revenir sur sa réserve – il est inévitable aujourd'hui, au regard de l'intensité grandissante du droit de punir mis en œuvre par les droits répressifs extra-pénaux, de contourner l'obstacle dressé par le Gouvernement français. En d'autres termes, il convient d'élaborer un système tendant à soustraire au maximum la réponse répressive apportée à un acte déterminé à la technique du cumul de sanctions. La solution est à rechercher dans une nouvelle répartition de la logique punitive.

56. Vers de nouvelles répartitions de la logique punitive. – Dans la mesure où de nombreux droits possèdent aujourd'hui des prérogatives répressives, il serait opportun de rendre exclusivement compétents certains d'entre eux pour des contentieux déterminés. Ainsi par exemple, le contentieux relatif aux atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques – régi à la fois par les articles 226-16 et suivants du Code pénal et par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés¹¹² donnant compétence à la Commission nationale de l'informatique et des libertés – pourrait être transféré à l'un seulement de ces systèmes répressifs, pénal ou administratif. Compte tenu de la spécificité de la réglementation et au regard des possibilités pour la C.N.I.L. de prononcer des sanctions pécuniaires relativement lourdes, le relâchement par le droit pénal de ce type d'infractions serait une réponse envisageable à son engorgement ainsi qu'au possible cumul de sanctions. La répression pénale n'est plus aujourd'hui la seule à faire preuve de rigueur dans la réponse pouvant être apportée à un acte répréhensible. Des institutions spécialisées peuvent également – et peut-être même d'une meilleure façon – traiter avec fermeté des délinquances dont les particularités contrarient parfois la répression pénale. Encadrée par des sanctions communes à tous les types de délinquance, celle-ci peut en

¹¹¹ CEDH 2 juillet 2002, *Göktan c/ France*, Rec. 2002-V. Précisons que l'acceptation de ce cumul est d'autant plus surprenant puisque la Cour européenne estime que la contrainte par corps [*i.e.* la contrainte judiciaire] constitue une "peine" au sens de l'article 7 Conv. EDH (sur ce point, V. spéc. CEDH 8 juin 1995, *Jamil c/ France*, série A, n° 317-B ; D. 1996, somm. p. 197, obs. J.-F. Renucci ; JCP 1996.II.22677, note G. Bourdeaux ; Rev. sc. crim. 1995, p. 855, obs. L.-E. Pettiti ; Rev. sc. crim. 1996, p. 471, obs. R. Koering-Joulin ; Rev. sc. crim. 1998, p. 662, obs. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire ; Rev. sc. crim. 1998, p. 851, obs. B. Bouloc). V. également JEANDIDIER (W.), *Droit pénal général*, Paris, Montchrestien, 2^{ème} éd., 1991, n° 142, p. 160.

¹¹² La loi de 1978 a été modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel (JO du 7 août 2004, p. 14063).

effet faire preuve, face à certains contentieux, d'une certaine insipidité. Au contraire, les répressions extra-pénales permettront souvent de mettre en œuvre des sanctions spécifiquement tournées vers le domaine considéré.

57. On s'aperçoit donc que notre démarche originellement conceptuelle – fondée principalement sur l'analyse de l'interdépendance existant entre les notions de droit pénal et de droit de punir – se veut finalement pragmatique dans la mesure où elle réinscrit d'une part le droit pénal dans une rationalité punitive et rétributive originelle et participe d'autre part à un meilleur ordonnancement des facultés répressives. Certes les cumuls ne seront pas tous évacués. Pour autant, il est possible de croire que le caractère suffisant de certaines formes de répression dans le traitement de contentieux spécifiques permettra de réduire le trop-plein de répression perceptible en certains domaines. Cet excédent ne favorisant pas toujours d'ailleurs la prévention de l'acte.

Ainsi, loin d'être une régression, la réhabilitation de la fonction rétributive du droit pénal apparaît alors comme la possibilité de redessiner au sein du paysage répressif français, une nouvelle répartition des prérogatives punitives. En acceptant de dégager l'analyse du droit de punir du joug pénal, la réflexion se trouve élargie à des disciplines juridiques capables de traiter par elles-mêmes des contentieux demeurant aujourd'hui encore partiellement pénaux.

58. Mais vouloir établir un ordonnancement des prérogatives punitives, cela conduit-il pour autant à rejeter toute interdépendance entre le droit pénal et les droits répressifs extra-pénaux ? A première vue, on pourrait le penser. Si l'on établit en effet une répartition des prérogatives punitives entre les diverses disciplines disposant, plus ou moins directement, d'un pouvoir de sanction, il est possible de croire en un repliement sur elles-mêmes. Chacune s'engageant alors dans le traitement du contentieux dont elle a obtenu le privilège, sans considération des autres formes de répression, dont le droit pénal. Cette perspective serait favorisée notamment par le fait que la nouvelle répartition de la logique punitive se doublerait bien évidemment d'une spécialisation de la répression, verrouillant toute relation entre elles.

Mais ce cloisonnement est-il conforme à notre perception du Droit de punir *lato sensu* ? Au regard des rapports intenses pouvant s'établir entre les différentes répressions, nous pouvons très largement en douter ; et nous sommes tentés de croire, dès lors, que le droit de punir

émancipé du droit pénal puisse conduire à une meilleure analyse et à une restauration même du droit pénal.

59. Le droit de punir extra-pénal au soutien du droit pénal déliquescents. – Notre postulat de départ pouvait sembler paradoxal. Celui-ci reposait en effet sur le mauvais usage dont pouvait faire preuve le droit pénal de son droit de punir et du possible déclin corrélatif de la souveraineté pénale.

Le paradoxe n'était toutefois qu'apparent. En effet, puisque le droit de punir s'inscrit initialement comme un élément consubstantiel du droit pénal, il apparaît évident que cet élément dénature ce dernier s'il n'est pas utilisé à bon escient. De ce fait, si le droit de punir soumis au droit pénal se présente comme l'élément essentiel à la révélation d'une souveraineté pénale, il en constitue parallèlement son plus redoutable ennemi. Alors même que le droit de punir devrait trouver sa pleine et entière consécration au sein du droit pénal, il s'avère que ces deux concepts contrarient leur évolution respective.

Curieusement, ce n'est que lorsque le droit de punir parvient à s'émanciper du droit pénal que l'on s'aperçoit que le premier vient au secours du second et participe directement à sa restauration. Il permet effectivement au droit pénal de retrouver ses fondements et de se rétablir comme le garant des valeurs sociales *essentielles*.

60. Plan. – Alors que nous débutions notre propos sur l'interdépendance, voire l'identité, existant entre le droit pénal et le droit de punir, on se trouve confronté ici à une nouvelle forme de solidarité des concepts et à une situation pour le moins singulière : alors que le droit de punir soumis au droit pénal constitue une menace de déclin pour la souveraineté pénale (**Première Partie**), on remarque que c'est finalement le droit de punir émancipé du droit pénal qui se présente comme un formidable espoir de restauration de cette souveraineté (**Seconde Partie**).

PREMIÈRE PARTIE

Le droit de punir soumis au droit pénal : la menace de déclin de la souveraineté pénale

61. Soumission du droit de punir au droit pénal. – L'autorité étatique est consubstantielle au droit pénal. Comme l'indique un auteur, celui-ci constitue l' « *ensemble des lois qui réglementent dans un pays l'exercice de la répression par l'Etat* »¹¹³. Cette prégnance étatique dans l'exercice du droit pénal souligne l'importance du droit de punir dans l'évolution de cette discipline juridique. Pour que l'autorité publique puisse affirmer sa supériorité et exprimer sa pleine souveraineté, un recours à la force est en effet inéluctable. Mais, parallèlement, cette force ne peut emprunter n'importe quelle voie sous peine de manquer de légitimité. Marquée par les dérives des règlements vindicatifs des conflits, la société est en effet soucieuse de rationaliser les diverses expressions punitives pouvant s'exprimer en son sein.

La répression, établie et encadrée à travers des règles pénales, trouve ainsi une pleine légitimité. Le droit de punir élaboré conjointement au développement de l'Etat apparaît donc comme un élément moteur dans l'affirmation et la progression d'une souveraineté pénale rationnelle. En se soumettant exclusivement à l'Etat et à la dimension pénale de ce dernier, le droit de punir favorise en effet une répression objective et détachée des aspirations individuelles et partiales (**TITRE I**).

62. Risque de déclin. – Comprendre le droit de punir à travers le seul angle du droit pénal comporte toutefois un risque. Si le droit de punir a effectivement permis à l'Etat d'assainir l'exercice du droit pénal et de se forger une réelle souveraineté en ce domaine, il convient de

¹¹³ DONNEDIEU DE VABRES (H.), *Traité élémentaire de droit criminel et législation pénale comparée*, op. cit., n° 1.

remarquer que cette application n'est pas exempte de critiques. En effet, l'Etat a parfois usé singulièrement de sa prérogative punitive dénaturant sur certains points le droit pénal. Cette déstructuration progressive du support essentiel du droit de punir tendit donc à réfréner l'évolution rationnelle de la répression et dégrader la qualité de la souveraineté punitive de l'Etat. Ainsi, alors que le droit de punir favorisa l'émergence d'une souveraineté pénale, le droit pénal lui-même, par son dévoiement croissant, altéra la cohérence de l'exercice du droit de punir au sein de l'Etat (**TITRE II**).

TITRE I

LE DROIT DE PUNIR, UN MOTEUR DANS L'ÉVOLUTION DE LA SOUVERAINETÉ PÉNALE DE L'ÉTAT

63. Absence de confusion totale entre le droit de punir et le droit pénal. – Le droit de punir et le droit pénal entretiennent des rapports ambigus. Notions parfois synonymes ou au contraire insuffisantes, ces droits s'attirent par leurs ressemblances mais se repoussent avec autant d'intensité par leurs déficiences l'un par rapport à l'autre¹¹⁴. Si nous portons pour l'instant notre attention sur la seule convergence qui semble exister entre eux, nous ne pouvons pour autant établir une confusion totale entre ces concepts tant des domaines au sein même du droit pénal ne sont nullement touchés par le droit de punir. Ceci peut apparaître pour le moins paradoxal dans la mesure où le droit pénal est traditionnellement considéré comme un ensemble d'éléments purement punitifs. Mais soutenir une thèse faisant du droit de punir l'exclusivité du droit pénal serait inexact à deux égards ; cela reviendrait d'une part à occulter des voies dans le champ pénal totalement étrangères à cette fin spécifique qu'est le prononcé d'une punition et, d'autre part, confondre des comportements de contrainte et le droit de punir *stricto sensu*.

64. Méthode d'analyse. – Pour mettre en évidence cette aporie et ce paradoxe, nous devons suivre une méthodologie rigoureuse, permettant d'analyser les différents aspects du droit de punir et par là même ses dissemblances ou ressemblances avec le droit pénal. Cette méthodologie et, par suite, notre trame d'étude, suivront l'analyse des éléments fondamentaux du droit pénal et permettront de préciser les points de convergence que le droit de punir entretient avec eux. Le droit pénal, en tant qu'institution strictement étatique, peut donc être

¹¹⁴ Nous verrons dans la seconde partie que le droit pénal devient insuffisant à l'établissement d'une définition correcte du droit de punir.

précisé suivant deux trajectoires. La première se veut substantielle. En effet, comme le note le Pr. J.-H. ROBERT, « *le juriste ne peut comprendre la substance du droit pénal que s'il consent à sortir du savoir proprement juridique pour enquêter sur les fondements du pouvoir de punir qu'exerce l'Etat* »¹¹⁵. Cette excursion étant, selon cet auteur « *le préalable nécessaire à la définition du droit pénal* »¹¹⁶. Les premiers termes de notre étude se rapprochent ainsi de ceux que doit suivre notamment tout codificateur. En effet, « *la question fondamentale à laquelle ont à répondre les codificateurs n'est pas celle du "comment punir ?", mais celle du "pourquoi punir ?". Il est en effet primordial de définir les fondements et les finalités du pouvoir de punir exercé par l'Etat avant de s'attacher au choix des modalités de punition* »¹¹⁷. De la réponse apportée à la première question, découleront effectivement les suivantes¹¹⁸. La seconde trajectoire de notre analyse se voudra donc davantage formelle et l'expression même du droit pénal sera le fil conducteur du stade ultérieur de notre étude.

En d'autres termes, il s'agira donc de déterminer les analogies ou les contrastes du droit de punir avec le droit pénal, ainsi que leur diversité respective, en prenant en considération d'une part leurs fondements (**Chapitre 1**) et d'autre part leurs manifestations (**Chapitre 2**).

Chapitre 1

De la corrélation entre les fondements du droit pénal et du droit de punir

65. Nécessaire révélation des fondements du droit de punir. – Percevoir les fondements du droit pénal et, corrélativement, ceux du droit de punir, doit naturellement constituer la première phase de notre exposé. De manière liminaire, nous pouvons affirmer que cette

¹¹⁵ ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 6^{ème} éd., 2005, p. 32.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ PONCELA (P.) et LASCOUMES (P.), *Réformer le Code pénal. Où est passé l'architecte ?*, Paris, P.U.F., 1998, p. 72. V. également LASCOUMES (P.), PONCELA (P.) et LENOËL (P.), *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, Paris, Hachette, 1989, p. 10 : « *A l'origine, en matière pénale, la question première n'était pas celle du "comment punir", c'est-à-dire quelles formes de peines choisir, mais celle du "pourquoi punir", c'est-à-dire quels fondements donner au droit de punir de l'Etat* ».

¹¹⁸ FRANCK (A.), *op. cit.*, p. 9.

interrogation est inévitable dès lors que notre attention se porte sur une institution étatique d'une importance certaine tel que le droit de punir¹¹⁹. De par sa spécificité et ses incidences relativement prégnantes sur les individus qui y sont soumis, le droit de punir pose immédiatement la question fondamentale de sa raison d'être. E. MAUREL, réfléchissant précisément sur ce point, n'occultait pas de mettre en relief le fondement du droit de punir eu égard à son caractère sévère voire liberticide. Selon lui, il faut se demander « *quelles sont les causes profondes qui permettent à des hommes d'infliger des souffrances à leurs semblables, en les privant de leur liberté ?* »¹²⁰.

Pour se convaincre de la pertinence d'une telle mission – déterminer les fondements du droit de punir – il suffit de considérer « *quelle place la question du droit de punir occupe dans les intérêts de la civilisation* »¹²¹ et « *comment et par quels développements le droit de punir en est venu à cet envahissement complet de l'individu et de la société* »¹²². Ainsi, la prégnance du droit de punir pousse à la révélation de ses fondements et donc de sa légitimité ; fondements qui, du fait de leur importance, doivent dès à présent être soigneusement distingués d'une notion qui leur est proche.

66. Distance entre le fondement du droit de punir et la peine. – La question des fondements du droit de punir pourrait faire écho à une interrogation lapidaire, à savoir : « *Pourquoi punir* »¹²³ ? Il est utile ici d'apporter une précision sémantique. Nous utilisons le terme *pourquoi* non dans un sens de finalité mais dans un sens de quête des origines et des raisons de ce droit. Or c'est précisément sur ce point que les diverses études concernant le droit de punir sont les plus obscures. En effet, loin de percevoir pour quelles raisons la punition est devenue nécessaire à l'homme au point tel qu'il en a fait une prérogative

¹¹⁹ A titre d'exemple, nous pouvons citer les travaux suivants traitant directement de ce point : TISSEIRE (F.), *Histoire des systèmes sur le fondement du droit de punir et théorie de la pénalité*, op. cit. ; DU CHAFFAUT (L.), *Etude sur le fondement du droit de punir*, op. cit. ; LEPADATESCU (M.), *Le fondement du droit de punir. Histoire des principaux systèmes proposés et esquisse d'une théorie nouvelle*, op. cit. ; MAUREL (E.), « Notes sur les origines et le fondement du droit de punir », op. cit. Précisons toutefois que l'ensemble des études portant sur le droit pénal traite inéluctablement du ou des fondement(s) du droit de punir. Les références de ces différentes études interviendront au cours de notre étude.

¹²⁰ MAUREL (E.), op. cit., p. 27.

¹²¹ MOUTON (E.), *Le devoir de punir. Introduction à l'histoire et à la théorie du droit de punir*, Paris, Librairie Léopold Cerf, 1887, p. 8.

¹²² *Ibid.*, p. 57. Adolphe FRANCK présentait la discipline pénale de la manière suivante : « *Elle intéresse (...) tous les esprits cultivés ; car il n'existe aucune partie des connaissances humaines où soient engagés d'une manière plus directe les droits de l'individu, la conservation, la paix, la dignité de la société et la morale elle-même (...)* » (op. cit., p. 2).

¹²³ CUSSON (M.), *Pourquoi punir ?*, Paris, Dalloz, 1987.

juridique souveraine de l'Etat, la doctrine bascule davantage sa réflexion sur les finalités de ce droit ; les fonctions de la sanction pénale devenant alors le point cardinal¹²⁴. La plupart des auteurs, pensant réfléchir strictement sur le concept de droit de punir, orientent finalement leur étude sur l'analyse des peines qui, tout en étant d'une importance réelle, n'en constitue pas moins qu'une partie de l'examen de ce droit¹²⁵. Le *fondement* du droit de punir devrait donc pouvoir être étudié indépendamment de toute réflexion sur l'*exercice* de celui-ci. Selon notre conception du droit de punir, la sanction pénale doit certes être analysée, mais cette étude ne saurait être préalable ou concomitante aux fondements de la matière. La peine n'est que la manifestation du droit de punir qui se doit d'être explicité en lui-même. C'est pourquoi, si l'« *on étudie pour ainsi dire uniquement la question de la peine, et tant qu'on s'en tiendra là il est impossible d'arriver à rien* »¹²⁶. Entrevoir donc les fondements du droit de punir par les « *principaux fondements de la peine* »¹²⁷ serait dénigrer le droit de punir comme principe et ne point voir la sanction comme une simple manifestation. Notre but est donc ici d'exclure pour l'instant toute référence *directe* à la pénalité et d'analyser les seuls fondements du droit de punir.

67. Dualité de fondements. – S'agissant plus spécifiquement de notre préoccupation première, à savoir la recherche d'une explication rationnelle des racines et du développement du droit pénal et du droit de punir, nous nous confrontons immédiatement à une dualité de fondements. Pour cerner le plus justement possible cette dualité, prenons une définition épurée de la notion de droit de punir. Traditionnellement, ce droit est une réaction qui « *se fonde sur la nécessité de maintenir l'ordre et la discipline dans la Société, grâce au châtement de ceux violant les normes composant l'ordre juridique de celle-ci* »¹²⁸. Une telle affirmation démontre, certes la nécessité du châtement, mais également et surtout que le droit

¹²⁴ Pour un exposé détaillé de cette problématique particulière des fonctions de la sanction pénale, V. *infra*, n^{os} **et ss.**

¹²⁵ V. à titre d'exemple, DE GIRARDIN (E.), *Du droit de punir*, Paris, Plon, 1871, p. 42-43. Cet auteur précise que « *selon M. Cousin et M. Guizot, le droit de punir tirerait sa légitimité de la justice* ». Sa préoccupation semble donc être ici la seule étude du droit de punir ; mais il poursuit : « *Pour qu'il fut vrai que la justice soit le fondement véritable de la peine, il faudrait que la justice fût une, il faudrait que la justice fût universelle, éternelle, immuable* ». Pour cet auteur, *fondement du droit de punir* et *sanction pénale* semblent donc indissociables. Dans la même logique, mais plus nettement encore, certains auteurs prennent conscience du monopole de l'étude de la peine au sein même de l'analyse du droit de punir. En ce sens, V. notamment MOUTON (E.), *op. cit.*, p. 6. L'auteur énonce effectivement que « *la question du droit de punir (...) a été envahie et enfin étouffée par la question pénitentiaire* » mais il semble toutefois conclure que « *la pénalité n'est que le mode d'exécution du droit de punir* » (p. 226).

¹²⁶ MOUTON (E.), *op. cit.*, p. 11.

¹²⁷ DU CHAFFAUT (L.), *op. cit.*, p. 29.

¹²⁸ MOURGEON (J.), *La répression administrative*, Paris, L.G.D.J., 1967, p. 21.

de punir s'appuie sur un double fondement étranger à toute référence directe à la peine : le souci de maintenir la paix publique et l'existence d'une violation d'une norme juridique¹²⁹. Cette dualité de fondements peut ainsi se résumer dans les termes de légitimité et de légalité¹³⁰.

Devant ce double fondement du droit de punir, se pose alors la question de savoir si cette dualité se retrouve pareillement au sein du droit pénal. La lecture de quelques définitions de ce droit semble conforter cette analyse. Selon MM. BOUZAT et PINATEL, le droit pénal serait « *la branche du droit qui a pour objet de prévenir par la menace, et au besoin de réprimer par l'application de différents moyens, les actions ou omissions de nature à troubler l'ordre social* »¹³¹. D'autres auteurs estiment encore que « *le droit pénal pose les interdits fondamentaux qui sont la condition même de toute vie sociale* »¹³². La dualité sus-énoncée semble donc se retrouver dans les définitions du droit pénal *stricto sensu*. Cela signifie-t-il pour autant qu'elle se retrouve dans l'intégralité du droit pénal ? N'existe-t-il pas des aspects pénaux hermétiques à cette approche dualiste laissant ainsi transparaître un domaine de différenciation entre le droit de punir et le droit pénal ? Les préoccupations purement privées qui intègrent le droit pénal ne sont-elles pas moins enclines à respecter les deux termes du dualisme fondateur du droit de punir ? Dans l'affirmative, des domaines propres au droit pénal – et à fort degré de sévérité voire de punition – ne pourraient être pour autant considérés comme des éléments du droit de punir. Leur existence ne remplissant pas les conditions – dualisme précité – requises par ce dernier.

68. Dualité d'acteurs de la punition et fondements du droit de punir. – L'étude des fondements du droit pénal et du droit de punir conduit à l'analyse des détenteurs d'une

¹²⁹ Cette même dualité a notamment été consacrée par C. BECCARIA. Dans le *Traité des délits et des peines*, cet auteur précise effectivement que « *le droit qu'a le souverain de punir les délits est fondé sur la nécessité de défendre contre les usurpations particulières le dépôt constitué pour le salut public* » (*op. cit.*, § II).

¹³⁰ Ces deux fondements loin d'être étrangers l'un à l'autre sont au contraire largement entremêlés et dépendants. Le concept de légitimité, qui se révèle parfois imprécis, constitue un élément fédérateur des diverses thèses tendant à préciser les fondements du droit de punir. Ce droit qui peut avant tout être perçu comme « *une arme politique, un instrument de règne dans les mains du pouvoir* » (VILLARD (E.), *Le droit de punir et Joseph de Maistre*, audience solennelle de rentrée du 16 octobre 1886 de la Cour d'appel de Nancy) doit, pour être accepté, posséder une qualité essentielle qui n'est autre que la légitimité. Toutefois, cet ensemble de prérogatives punitives, même légitimes, ne peuvent s'exercer qu'au sein même d'un système étatique lui-même enserré et soumis à la norme juridique. Nous touchons alors ici à la légalité.

¹³¹ BOUZAT (P.) et PINATEL (J.), *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. 1, Paris, Dalloz, 1963, n° 1 (c'est nous qui soulignons).

¹³² DESPORTES (F.) et LE GUNEHÉC (F.), *Droit pénal général*, Paris, Economica, 12^{ème} éd., 2005, n° 1 (c'est nous qui soulignons).

certaine capacité punitive. La détermination de ces acteurs de la punition nous renseignera en effet sur son origine, sur les raisons de son exercice et donc sur son éventuelle légitimité. C'est pourquoi, à ce stade de notre analyse, fondement du droit de punir et titulaires de ce droit se rejoignent dans une même réflexion.

Suivant cette logique, la punition semble ainsi émaner de deux entités distinctes que sont la victime et l'Etat. Face à cette dualité d'acteurs, il est indispensable de se demander s'ils sont, chacun, aptes à être détenteurs du droit de punir. La légitimité que nous avons soulignée plus haut, à savoir l'intérêt général, peut-elle valablement exister dans l'intervention punitive tant de la victime que de l'Etat ? Telle est la problématique générale des fondements du droit de punir et du droit pénal lui-même. Si la punition existe quel que soit son instigateur, sa légitimité en revanche n'est pas systématiquement présente. En d'autres termes, il convient de se demander quelle recherche d'intérêts confère véritablement au droit de punir sa véritable légitimité et ainsi percevoir dans quel domaine ce droit s'inclut dans le droit pénal. Ainsi, avant de voir dans quelle mesure le droit de punir et le droit pénal s'intègrent dans une logique commune à travers le respect du fondement dualiste, nous devons présenter les matières du droit pénal s'écartant – précisément par le non-respect de ce dualisme – de notre concept général d'étude. Sur ce point, alors que l'exclusion du droit de punir d'une partie du droit pénal est due à l'état ou à la qualité de victime (SECTION 1), seule la souveraineté de l'Etat permettrait un rapprochement des concepts (SECTION 2).

– Section 1 –

Approche négative du droit de punir : état de victime et restriction du droit de punir au sein du droit pénal

69. Nécessaire approche historique. – Il est de coutume de présenter le droit de punir et le droit pénal de manière historique¹³³. Leur analyse complète et satisfaisante ne semble pouvoir occulter une telle approche. Mais quelles peuvent être les raisons invoquées pour faire de cette

¹³³ A titre d'exemple, V. les ouvrages suivants traitant de cette question : GARRAUD (R.), *op. cit.*, p. 5 : « la répression est, par excellence, le fait historique primitif » ; GARRAUD (P.) et LABORDE-LACOSTE (M.), *Précis élémentaire de droit pénal*, Paris, Sirey, 3^{ème} éd., 1937, p. 14-15 ; MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. 1, *op. cit.* ; CARBASSE (J.-M.), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, P.U.F., coll. Droit fondamental, 2^{ème} éd., 2006.

observation historique un point incontournable de toute étude sur la punition ? S'agit-il tout simplement d'apprécier l'évolution historique d'une institution qui semble s'être dégagée justement de ses prémisses ou est-il au contraire question de percevoir cette observation comme un moyen de compréhension du phénomène actuel non parce qu'il se modifie fortement mais parce qu'il s'inscrit en revanche sensiblement dans une certaine tradition ?

Notre réflexion s'oriente vers la seconde conception. L'étude du droit de punir et du droit pénal ne peut faire l'économie d'une analyse historique puisque c'est essentiellement de cette donnée que relève la détermination de leurs fondements immuables. C'est, selon Jean BODIN, « grâce à l'histoire que le présent s'explique aisément, que le futur se pénètre et que l'on acquiert des indications très certaines sur ce qu'il convient de chercher ou de fuir »¹³⁴.

70. Réaction individuelle et fondement du droit de punir. – C'est précisément sur cet aspect historique que nous percevons les dissemblances qui peuvent exister entre le droit de punir et le droit pénal. Le statut de victime a, depuis les origines, conféré comme principale préoccupation à l'acte punitif la garantie de l'intérêt individuel¹³⁵. La victime punit dans le seul but de protéger ses intérêts propres. De la garantie ou de la préservation de ces intérêts découlera une forme particulière de réactions et de protections qui prendront les traits d'actions contraignantes, parfois reconnues par le droit pénal. Ainsi, si l'on souhaite connaître les fondements de la réaction punitive lorsque nous considérons l'individu seul, nous devons entreprendre l'examen de toutes les prérogatives individuelles en cette matière et apprécier leur pertinence comme fondement légitime du droit de punir. Il convient donc de déterminer les différentes actions individuelles entraînant l'administration sinon d'une punition en tant que telle du moins d'une certaine souffrance.

71. Droit de défense et droit de vengeance. – Selon VON VATTEL, « le droit de punir qui, dans l'état de nature, appartient à chaque particulier, est fondé sur le droit de sûreté »¹³⁶. Ce droit, relié au désir de conservation, fait nécessairement référence à la défense de soi-même. Dès lors que nous nous penchons sur la théorie du droit de punir, la notion de défense apparaît

¹³⁴ BODIN (J.), *Methodus ad facilem historiarum cognitionem*, trad. P. Mesnard sous le titre *La méthode de l'histoire*, in BODIN (J.), *Œuvres philosophiques*, Paris, P.U.F., 1951, p. 278. Pour percevoir à sa juste valeur l'importance de cette analyse historique, précisons que c'est sur cet élément que F. HÉLIE porta ses seules critiques envers le *Traité des délits et des peines* de BECCARIA. Sur ce point, V. HÉLIE (F.), *Introduction et commentaire à Des délits et des peines de Beccaria*, éd. d'aujourd'hui, 1980, p. XIV.

¹³⁵ C'est en ce sens que P. ROSSI précise que « la plus grande partie des hommes, dans le plus grand nombre de leurs actions, ont pour mobile l'intérêt » (*Traité de droit pénal*, t. 1, 4^{ème} éd., Paris, Guillaumin, 1872, p. 117).

¹³⁶ VON VATTEL (E.), *Le droit des gens*, Paris, Guillaumin, 1863, Liv. I, Chap. XIII.

inéluçtable¹³⁷. Mais outre ce droit de légitime défense, n'y a-t-il pas une autre forme de réaction individuelle que nous sommes en droit de relever ? Cette interrogation renvoie directement et immédiatement à la notion de vengeance. Selon une présentation de Faustin HÉLIE, les théories pénales liées à la justice humaine font « dériver le droit de punir soit d'un droit de défense, soit d'un droit de vengeance qui appartenait à tous les hommes avant la convention sociale »¹³⁸, de sorte qu'une distinction semble devoir être effectuée entre l'exercice de ces deux droits.

Nous estimons pour notre part que la légitime défense et la vengeance, bien qu'étant des éléments présentés par ces auteurs comme les fondements du droit de punir, ne peuvent de manière catégorique être l'assise du droit de punir. Une large réflexion sur ces facultés individuelles de contrainte doit donc être menée afin de justifier leur rejet comme fondements du droit de punir. Dès lors, nous devons nous pencher sur chacun des deux concepts, la légitime défense (§ 1) et la vengeance (§ 2), et percevoir en quoi ils se distinguent du droit de punir.

§ 1. – De la question de la légitime défense comme fondement du droit de punir

72. Problématique. – La première réaction contraignante, reconnue juridiquement à la victime, est la légitime défense¹³⁹. Notre objectif ici n'est pas de reprendre l'ensemble de la théorie de la légitime défense. Nous entreprendrons seulement l'étude de ce fait justificatif par rapport à notre problématique première qui demeure celle de savoir si la légitime défense peut constituer le fondement même du droit de punir. Telle sera ici l'exclusive approche de cette cause d'irresponsabilité pénale : démontrer le caractère fondamental et fondateur de ce droit

¹³⁷ Sur ce point, V. notamment TISSEIRE (F.), *thèse précit.*, pp. 209 et s. ; HÉLIE (F.), *op. cit.*, spéc. p. XLIV ; CHAUVEAU (A.) et HÉLIE (F.), *Théorie du Code pénal*, t. 1, Paris, Legrand et Descauriet, 1837.

¹³⁸ HÉLIE (F.), *op. cit.*, p. XLI. L'auteur poursuit ses propos en précisant que le droit de punir, sous ses différentes formes, appartient « au pouvoir de l'Etat après cette convention [sociale] ». Sur ce point, V. *infra*, la Section 2 de ce chapitre, n^{os} *et ss.*

¹³⁹ Nous rétorquons immédiatement à une objection que nous sentons poindre et qui nous reprocherait d'étudier le droit de légitime défense avant même la vengeance alors qu'historiquement cette dernière est *a priori* antérieure au premier. Nous répondrons d'une part que la légitime défense et la vengeance ne sont sans doute pas historiquement aussi éloignées (V. *infra* n^o). Nous rejetons d'autre part tout de suite ce qui semble en retrait par rapport au droit de punir et prenons davantage en considération les éléments se rapprochant véritablement du droit de punir comme peut l'être *a priori* la vengeance. Nous verrons toutefois que pour cette dernière, le constat reste identique à celui relevé en matière de légitime défense. Ne formant en rien un droit en tant que tel, il sera en effet difficile de percevoir en elle un caractère *fondateur*.

de riposte vis-à-vis du droit de punir ou au contraire mettre en relief sa distance envers cette prérogative.

73. La légitime défense est donc une réaction individuelle contraignante. Sa définition révèle en effet le côté afflictif de cette faculté. Selon René GARRAUD, la légitime défense est « *un droit naturel de repousser par la violence toute agression injuste* »¹⁴⁰. Face à une telle reconnaissance officielle de ce pouvoir¹⁴¹, nous sommes en droit de nous demander si la légitime défense constitue véritablement ce « *droit naturel et sacré appartenant à chacun de nous pour veiller à notre propre conservation* »¹⁴². Aucun doute ne semble ici permis dès lors que la Nature elle-même impose un besoin de se défendre et de lutter pour sa conservation¹⁴³. GROTIUS présentait d'ailleurs comme l'un des éléments essentiels du droit naturel, la faculté « *qu'a chacun de résister, c'est-à-dire d'user de la force et des armes, pour se protéger des injures qu'on veut lui faire en violation de la loi naturelle* »¹⁴⁴.

Si l'analyse *stricto sensu* de la vengeance n'interviendra qu'ultérieurement, un renvoi à ce concept doit ici être effectué. La force et la violence inhérentes au droit de défense nous entraînent en effet inéluctablement sur les traces de la vengeance, laquelle fédère également la même rigueur. Mais devant ce rapprochement, le droit de défense et le droit de vengeance sont-ils pour autant assimilables l'un l'autre ? Rien n'est moins sûr (A). Ainsi, une fois exclue toute assimilation entre les deux concepts, nous nous attarderons sur la problématique principale qui sera *in fine* de savoir si le droit de légitime défense peut être reconnu comme un fondement du droit de punir (B) ?

A. – Exclusion de la légitime défense du concept de vengeance

¹⁴⁰ GARRAUD (R.), *Précis de droit criminel*, op. cit., p. 327 (c'est nous qui soulignons). Pour une définition quasi-identique, V. notamment, BOUZAT (P.) et PINATEL (J.), op. cit., p. 269 ; PRADEL (J.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 323.

¹⁴¹ C. pén., art. 122-5.

¹⁴² COUVRAT (P.), « La légitime défense », *Rev. sc. crim.* 1976, p. 243.

¹⁴³ Charles DARWIN systématisa cette conception dans son ouvrage intitulé *De l'origine des espèces par voie de sélection naturelle* (1859) par la formule suivante : « *the struggle for life* » (la lutte pour la vie). Selon François TISSEIRE, « *tout être vivant lutte pour l'existence, et chaque acte qui tend à léser son existence détermine, de sa part, une réaction directement ou indirectement défensive, pour éviter l'agression présente ou les attaques futures. Voilà le fait primitif, élémentaire, qui constitue un des caractères essentiels de la nature vivante et organisée* » (thèse précit., p. 156).

¹⁴⁴ TERREL (J.), *Les théories du pacte social*, Paris, Seuil, coll. Points Essais, 2001, p. 108 citant GROTIUS (H.), *Le Droit de la guerre et de la paix*, Liv. I, chap. 3, § 2, 1 ; Liv. I, chap. 4, § 2, 1.

74. Les liens existants entre les deux concepts que sont la légitime défense et la vengeance peuvent être plus ou moins tenus selon les doctrines envisagées. Mais que nous choissions une perspective historique et théorique (1°) ou que nous considérons plutôt un aspect technique et strictement juridique (2°), la conclusion qui s'impose reste celle de la non-assimilation de la légitime défense et de la vengeance.

1°/ Point de vue historique et distinctions théoriques

75. Apprécions successivement les éléments historiques (a) et anthropologiques (b) afin de démontrer l'exclusion de la légitime défense du concept de vengeance.

a. Eléments historiques

76. **D'une ressemblance à une dissemblance.** – La vengeance apparaît traditionnellement comme une forme primitive de réaction individuelle face à une agression¹⁴⁵. S'agissant de la légitime défense, MM. BOUZAT et PINATEL la présentent en précisant qu' « elle a toujours été reconnue comme cause de justification, mais [que] son fondement a varié au cours de l'Histoire »¹⁴⁶. Cette prérogative serait donc née avant même toute apparition du droit écrit¹⁴⁷. En tant que droit naturel, c'est-à-dire « fondé sur les lois naturelles dictées par la raison »¹⁴⁸ et « d'application universelle, invariable et éternelle »¹⁴⁹, ce droit de légitime défense se rapproche alors sensiblement de la notion de vengeance. Suivant une approche historique, la vengeance et la légitime défense seraient ainsi contemporaines l'une de l'autre.

Malgré ce rapprochement temporel, nous ne pouvons toutefois occulter la distinction fondamentale qui existe actuellement entre ces deux concepts, caractérisant pourtant tous deux la faculté de contrainte individuelle. Si la légitime défense n'a cessé d'être reconnue

¹⁴⁵ Nous verrons ce point en détail plus loin dans notre étude : V. *infra*, n^{os} *et ss.*

¹⁴⁶ BOUZAT (P.) et PINATEL (J.), *op. cit.*, p. 269.

¹⁴⁷ Sur ce point, V. l'approche historique de M. BERNARDINI in *Rép. pén.*, v^o « Légitime défense », n^{os} 2 et s.

¹⁴⁸ ROULAND (N.), *Anthropologie juridique*, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, 1988, p. 319. Notons que la totalité des auteurs admettent de reconnaître le droit de défense comme un droit naturel : V. notamment, ROSSI (P.), *op. cit.*, p. 147 ; BOUZAT (P.) et PINATEL (J.), *op. cit.*, p. 269 et s. ; GARRAUD (R.), *Précis de droit criminel*, *op. cit.*, p. 327 et s. ; VOUIIN (R.) et LÉAUTÉ (J.), *op. cit.*, p. 226.

¹⁴⁹ CICÉRON, *De Republica*, Paris, Garnier-Flammarion, 1954. Dans son discours *pro Milone* (cap. 4), CICÉRON présente ce principe de la façon suivante : *Est hæc non scripta, sed nata lex*. Pour une autre approche romaine de ce principe, V. GAÏUS : *Adversus periculum naturalis ratio permittet se defendere* (Frag. 4, pr. Dig. ad legem Aquil. (9,2) cité par GARRAUD (R.), *Précis de droit criminel*, *op. cit.*, p. 327 ; ou encore : *Vim vi repellere licet, id que jus natura comparatur* (Loi 1^{re}, § 27, au Dig., de vi, Liv. XLIII, T. 16) cité par ROUX (J.-A.), *Cours de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Sirey, 1920, p. 133.

comme un droit¹⁵⁰ voire comme un devoir, la vengeance, quant à elle, n'a plus jamais été ouvertement et directement reconnue¹⁵¹ et fut « *soumise à un refoulement insistant* »¹⁵². De ce fait, historiquement, légitime défense et vengeance ne se suivent plus. Mais en énonçant cette distinction, reconnaissance pour l'une, non reconnaissance pour l'autre, n'abandonons-nous pas déjà les différences théoriques qui séparent ces deux systèmes ? En quoi les deux concepts que nous présentons ici s'opposent-ils théoriquement ?

b. Eléments théoriques et anthropologiques

77. D'un point de vue strictement théorique et avant même de percevoir les différences qui séparent la légitime défense et la vengeance, il est possible de mettre en évidence une similitude. Il est en effet récurrent que, dans les deux systèmes, ce qui guide les individus – soit à commettre un acte de légitime défense, soit à se venger – est une donnée instinctive ; instinct de conservation pour la première situation¹⁵³, instinct animal de résolution des conflits pour la seconde¹⁵⁴. M. CUSSON fait part de ce point et semble même assimiler les deux concepts. Selon lui, la vengeance « *s'impose comme une évidence première (...) la riposte est la conséquence logique de l'offense (...) [et] il est tout aussi naturel de rendre le mal pour le mal que le bien pour le bien* »¹⁵⁵. Cette assimilation était d'ailleurs déjà l'opinion d'Emile DURKHEIM selon lequel « *l'instinct de la vengeance n'est en somme que l'instinct de conservation exaspéré par le péril* »¹⁵⁶. Plus clairement encore, le sociologue français estime que la vengeance « *constitue (...) un véritable acte de défense, quoique instinctif et irréfléchi* »¹⁵⁷.

¹⁵⁰ Notons toutefois que selon l'Ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 et la Grande Ordonnance criminelle de 1670, la personne ayant agi en état de légitime défense devait obtenir le pardon du souverain grâce à des lettres de rémission.

¹⁵¹ Ceci tranche avec la reconnaissance officielle de la vengeance dans les sociétés primitives. Sur ce point, V. *infra*, n^{os} *et ss.*

¹⁵² COURTOIS (G.), « La vengeance, du désir aux institutions » in COURTOIS (G.) (sous la dir.), *La vengeance*, Vol. 4 (La vengeance dans la pensée occidentale), Paris, Cujas, 1984, p. 9.

¹⁵³ Selon le philosophe Herbert SPENCER (*Essais de politique*), on pourrait ramener cet instinct de conservation à un simple instinct moral. A. FRANCK suit une approche identique de ce droit de conservation. Supposant d'autres ordres de rapports, cet auteur estime que le droit de conservation, « *dans ses rapports avec l'ordre social, n'est que le droit de se défendre* » (*op. cit.*). Contra V. DANA (A.-C.), *Essai sur la notion d'infraction pénale*, thèse, Lyon-III, 1980, n^o 169.

¹⁵⁴ ROULAND (N.), *op. cit.*, p. 319. V. également PONCELA (P.), *Droit de la peine*, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, 2^{ème} éd., 2001, p. 68 ; DRAÏ (R.), « La loi du talion existe-t-elle en droit comparé ? Loi du talion et droit hébraïque » in Colloque « Violence, vengeance et justice » du 10 septembre 1992, Entretiens de Créteil, p. 14 et s.

¹⁵⁵ CUSSON (M.), *op. cit.*, p. 36.

¹⁵⁶ DURKHEIM (E.), *De la division du travail social*, Paris, P.U.F., 1991, p. 54.

¹⁵⁷ *Ibid.*

Toutefois, ce type de similitudes ne permet pas d'aboutir à une complète assimilation des deux concepts, et des critères de distinction tenant tant à l'acte qu'à l'agent peuvent être relevés.

78. Utilité de l'acte. – En premier lieu, aucun doute n'est permis quant à la reconnaissance de la philosophie utilitariste de la légitime défense. L'acte de défense possède naturellement un intérêt pour le bénéficiaire de celui-ci – autrui ou soi-même¹⁵⁸ – mais également pour la société¹⁵⁹. La personne a le devoir d'accomplir un acte de légitime défense tant pour protéger ses proches ou soi-même que les autres membres du groupe social. Ainsi, « *la défense individuelle est légitime, parce qu'elle concourt, au même titre que la défense sociale, à la protection du droit* »¹⁶⁰. La légitime défense a donc un double objectif : la protection individuelle et la paix sociale.

Au regard de ce concept d'utilité sociale, comment se positionne la vengeance ? Bien qu'elle puisse s'intégrer dans une relation familiale ou tribale, la vengeance reste quant à ses objectifs dans le domaine privé. Le vengeur n'a comme détermination que le rétablissement de son bien-être, tant matériel (réparation du mal causé) que moral (honneur). D'aucuns estimeront à l'instar de GROTIUS que, de ce point de vue, la vengeance possède « *un aspect de défense* »¹⁶¹ mais qui reste inscrite dans une logique purement individualiste. La distinction est alors à ce niveau patente.

79. Liberté de l'agent – En second lieu, l'état d'esprit dans lequel se trouve soit le vengeur soit la personne en état de légitime défense est différent. Alors que cette dernière « *se [trouve] dans un état de contrainte* »¹⁶², le premier au contraire jouit d'une totale *liberté*. Certes il existe des cas dans lesquels le vengeur a une véritable obligation de réaction vengeresse envers ses proches. Empreint de références morales voire mystiques, ce devoir familial existe

¹⁵⁸ Selon nous, la légitime défense des biens se ramène nécessairement à un intérêt *personnel*, que cet intérêt soit celui d'autrui ou notre propre intérêt.

¹⁵⁹ Sur ce point, V. VOUIN (R.) et LÉAUTÉ (J.), *op. cit.*, p. 226 ; BOUZAT (P.) et PINATEL (J.), *op. cit.*, p. 270 citant VON IHERING (R.), *La lutte pour le droit* (trad. Meulenaere). *Contra*, V. ROUX (J.-A.), *op. cit.*, p. 134 : « *La légitime défense est un acte de défense, et non pas une coopération à l'œuvre de la justice sociale* ».

¹⁶⁰ GARRAUD (R.), *Précis de droit criminel*, *op. cit.*, p. 328.

¹⁶¹ COURTOIS (G.), « Hugo Grotius, la bonne et la mauvaise vengeance » in COURTOIS (G.) (sous la dir.), *La vengeance*, Vol. 4, *op. cit.*, p. 143.

¹⁶² DECOCQ (A.), *Droit pénal général*, Paris, Armand Colin, coll. U, 1971, p. 316 (c'est nous qui soulignons). V. également sur ce point DANA (A.-C.), *thèse précit.*, n^{os} 107 et ss. : cet auteur expose sa théorie de « *l'absorption des faits justificatifs par la contrainte* » ; GARRAUD (R.), *Précis de droit criminel*, *op. cit.*, p. 328.

afin d'apaiser la colère et de rétablir l'honneur du défunt¹⁶³. Mais ce ne sont pas ces diverses influences familiales¹⁶⁴ quant à la provocation de la vengeance qui pourront atteindre l'intensité de la pression issue de l'acte d'agression initiale en matière de légitime défense. « *L'agression, selon le Doyen DANA, est, en effet, une menace, elle est même la plus intense des menaces puisqu'elle est une "pression" matériellement exercée par son auteur* »¹⁶⁵.

80. Suites de l'acte. – En troisième lieu, alors que la vengeance risque d'engendrer une prolifération de violences – susceptibles d'être toujours plus importantes – la légitime défense quant à elle parvient à enrayer cette logique d'agression¹⁶⁶. Par des conditions strictes, le système de défense s'écarte sensiblement de la vengeance qui ne sait mettre un terme à un tel enchaînement. La stricte nécessité de la riposte ou encore son indispensable proportionnalité sont autant de critères distinctifs face à la vengeance¹⁶⁷. Mais énoncer ces conditions revient déjà à présenter indirectement la technique juridique liée à la légitime défense.

2°/ Technique juridique

81. Si l'on considère à présent les conditions permettant de limiter l'usage de la légitime défense, une direction opposée à notre objectif premier – distinguer la légitime défense de la vengeance – semble prioritairement se dessiner. Nous ne pouvons nier en effet qu'une certaine similitude apparaît alors avec la vengeance. Mais rapidement une différenciation pourra à nouveau s'effectuer.

82. Apparente similarité quant à la proportionnalité de l'acte. – Certes la vengeance reste indéterminée quant à sa conclusion¹⁶⁸, mais cela ne signifie pas pour autant qu'elle occulte toute idée de proportion. Et c'est précisément sur ce point qu'intervient une

¹⁶³ Dans l'*Illiade*, cette obligation morale est perceptible dans ces propos d'Euphorbe, souhaitant venger son frère tué par Ménélas : « *Aux sanglots de ces malheureux, j'apporterai peut-être un terme, en allant déposer sa tête et ses armes aux mains de Panthoos (père du défunt) et de la divine Phrontis (épouse du défunt)* » in HOMÈRE, *Illiade*, XVII, 38-41.

¹⁶⁴ Sur ce point, V. CUSSON (M.), *op. cit.*, p. 34 et s. (spéc. p. 35 où l'auteur cite BUSQUET (J.), *Le droit de la vendetta et les paci corses*, Paris, Pedone, 1920, pp. 358-359).

¹⁶⁵ DANA (A.-C.), *thèse précit.*, n° 170. Nous reviendrons plus loin sur ce caractère contraignant de la légitime défense en suivant une approche juridique plus technique ; V. *infra*, n°s *et ss.*

¹⁶⁶ P.-F. GIRARD retranscrit cette différence lorsqu'il reprend la distinction romaine entre la justice privée agressive et la justice privée défensive (*Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Dalloz, 2003, p. 1026 et s., note n° 2).

¹⁶⁷ La vengeance n'est toutefois pas totalement étrangère à la notion de proportion. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler l'un des principes fondamentaux en matière vindicative à savoir la loi du talion. Sur ce point, V. *infra*, n°s *et ss.*

¹⁶⁸ V. *supra*, n° .

corrélation avec la légitime défense. La vengeance a connu une évolution importante grâce à la loi du talion. Cette loi est apparue comme ayant « *sonné le glas des excès [de] la vengeance privée* »¹⁶⁹ puisque s'instaura alors une proportionnalité entre les agressions et les actes de vengeance. La logique suivie par cette loi veut que la réponse apportée n'aille pas au-delà de l'attaque vécue. On retrouve ici la célèbre formule : "œil pour œil, dent pour dent..."¹⁷⁰. Face à de telles précisions, il est alors difficile de ne pas percevoir l'analogie avec les conditions requises en matière de légitime défense et notamment celle relative à la proportion « *entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte* »¹⁷¹. Cette condition fait en effet écho à « *la proportionnalité qui constitue le progrès essentiel contenu dans la loi du talion* »¹⁷². On a pu dès lors affirmer que la loi du talion a trouvé une consécration au sein de la législation française. En consacrant le principe de la légitime défense, le droit pénal français aurait reconnu une application du talion¹⁷³. La vengeance et la légitime défense se trouvent alors ici très proches l'une de l'autre ; la seconde empruntant la mesure initialement appliquée à la première et la violence découlant initialement de la première se trouvant justifiée grâce à la théorie propre à la seconde.

Il existe donc des similitudes importantes quant à la mesure des deux phénomènes que nous étudions ici. Pour autant, pouvons-nous raisonnablement croire en une correspondance totale des deux concepts ? Le doute devient de plus en plus prégnant à mesure que nous analysons plus précisément les conditions de la riposte.

83. Evidente différenciation quant à la nécessité de l'acte. – Un obstacle intervient effectivement quant à une reconnaissance de l'analogie entre les deux concepts lorsque nous considérons une autre condition de la légitime défense. La loi expose en effet que « *la défense n'est légitime que dans la mesure de la nécessité* »¹⁷⁴. Bien que cette condition puisse se

¹⁶⁹ COMMARET (D.-N.), « La loi du talion existe-t-elle en droit français ? » in Colloque « Violence, vengeance et justice » du 10 septembre 1992, Entretiens de Créteil, p. 39.

¹⁷⁰ Pour un exposé plus détaillé de ce système, V. *infra*, n^{os} *et ss.* et la bibliographie présentée (notamment DRAÏ (R.), *Le mythe de la loi du talion*, éd. Antropos, 1996 ; « La loi du talion existe-t-elle en droit comparé ? Loi du talion et droit hébraïque », *op. cit.* Selon le Prof. Raphaël DRAÏ, il serait encore possible de relativiser la sévérité de cette loi. En effet, loin de prescrire une rétorsion physique, la loi du talion prescrirait au contraire une compensation pécuniaire proportionnée à l'atteinte.

¹⁷¹ C. pén., art. 122-5. Pour un exemple de défense disproportionnée, V. notamment Crim. 7 décembre 1999, *Bull. crim.* n° 292 ; *Rev. sc. crim.* 2000, p. 602, obs. B. Bouloc ; *D.* 2000, IR p. 31.

¹⁷² COMMARET (D.-N.), *op. cit.*, p. 40.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 39.

¹⁷⁴ GARRAUD (R.), *Précis de droit criminel*, *op. cit.*, p. 329.

rapporter au concept de proportionnalité¹⁷⁵, la nécessité de la légitime défense renvoie surtout à la situation selon laquelle la riposte doit être inévitable. La réaction doit être le seul moyen de mettre un terme au péril. Face à une agression certaine et injuste, et hormis l'hypothèse de la fuite¹⁷⁶, la personne doit véritablement se trouver devant une situation d'intense pression pour pouvoir bénéficier de l'irresponsabilité pénale. Dans cette hypothèse, l'individu a une réelle « *obligation de choisir* »¹⁷⁷ entre la conservation ou le sacrifice de l'intégrité physique ou morale¹⁷⁸ de soi-même ou d'autrui. A l'inverse, la personne qui accomplit un acte de vengeance n'est jamais confrontée à une obligation matérielle de réagir. La vengeance n'est pas soumise à une nécessité reconnue légalement. Empreinte simplement de pressions familiales et mystiques, elle n'est en rien une faculté accordée à la victime. La distinction avec la légitime défense devient alors évidente.

Cette évidence se trouve renforcée dans les hypothèses où le stade de la légitime défense est dépassé et où celui de la vengeance est atteint. Ainsi par exemple, une personne initialement en état de légitime défense, mais qui rapidement trouve l'aide d'un tiers, qui agit malgré tout, ne pourra en aucune façon bénéficier de l'irresponsabilité pénale issue de l'article 122-5 du Code pénal. Dans une telle situation, « *certaines personnes [peuvent] se croire autorisées à se faire justice elles-mêmes en confondant "légitime défense" et "légitime vengeance", ce qui ne peut évidemment être toléré dans un Etat de droit* »¹⁷⁹.

84. Evidente différenciation quant à l'immédiateté de l'acte. – Une dernière condition démontre le large fossé existant entre légitime défense et vengeance. Ainsi, l'agression et la riposte doivent être actuelles, concomitantes ; le laps de temps écoulé entre ces deux actes devant être le plus réduit possible sous peine d'agir en état de vengeance et d'être ainsi répréhensible¹⁸⁰. Cette approche temporelle prouve donc à quel point légitime défense et vengeance savent se distinguer. Elles se rejoignent dans leur mesure, mais se dissocient dans

¹⁷⁵ *Ibid.* V. également *supra*, n° .

¹⁷⁶ Tous les auteurs traitent de la question. A titre indicatif, V. GARÇON (E.), *Code pénal annoté*, 2^{ème} éd. par Rousselet (M.), Patin (M.) et Ancel (M.), Paris, Sirey, 1952 à 1959, art. 328, n° 26 ; GARRAUD (R.), *Précis de droit criminel*, op. cit., pp. 333-334 ; MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. I, op. cit., n° 461 ; DECOCQ (A.), op. cit., p. 320 ; BOUZAT (P.) et PINATEL (J.), op. cit., p. 271 ; PRADEL (J.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 330, p. 305.

¹⁷⁷ DANA (A.-C.), *thèse précit.*, p. 214.

¹⁷⁸ En ce sens, V. T. pol. Valence, 19 mai 1960, S. 1960, p. 270, note L. Hugueney ; *Gaz. Pal.* 1960. 2. 28.

¹⁷⁹ DESPORTES (F.) et LE GUNEHÉC (F.), op. cit., n° 726, pp. 700-701.

¹⁸⁰ La jurisprudence reste très rigide sur l'appréciation de cette condition. En ce sens, V. Crim., 16 octobre 1979, D. 1980, IR p. 522, obs. M. Puech.

la précocité ou la tardiveté de leur exercice, comme elles le firent quant à leur fondement théorique. Une fois le mal accompli, la personne ne possède plus aucune utilité à se défendre ; seule la vengeance la guide vers la voie de l'action punitive. Vengeance et légitime défense se distinguent alors ici encore une fois.

Mais la question de cette distinction évacuée, il en surgit immédiatement une nouvelle. Si la légitime défense n'est pas un acte de vengeance, elle n'en reste pas moins un acte contraignant. Cette contrainte est-elle une véritable punition ? En d'autres termes, la légitime défense est-elle assimilable au droit de punir ou peut-elle constituer son fondement ? A l'aide de cette condition d'immédiateté, nous allons voir que nous sommes tentés de répondre par l'affirmative, mais d'autres critères imposent toutefois un raisonnement inverse.

B. – Exclusion de la légitime défense du concept de droit de punir

85. La légitime défense qui est, nous l'avons vu, le droit de repousser le mal par le mal peut-elle être identifiée à l'exercice du droit de punir ? Selon P. ROSSI, le langage courant mènerait vers de larges incertitudes¹⁸¹. Nous serions tentés de percevoir la légitime défense comme une justification du droit de punir dans la mesure où il semble y avoir une continuité de fondements entre ces deux concepts (1°). Mais une distinction intervient toutefois entre eux dès lors que nous considérons leurs modalités et leurs conditions respectives d'exercice (2°).

1°/ Légitime défense et droit de punir : une apparente similitude

86. Nous sommes enclins, dans un premier temps, à assimiler les deux concepts tant les points de convergences semblent *a priori* manifestes. Selon A. FRANCK en effet, « *les lois pénales ne sont justes, ne sont légitimes, ne sont d'accord avec la raison, que si elles ont pour base (...) le droit de conservation de soi-même, qui appartient à la société comme à l'individu* »¹⁸². Ainsi, présenter la légitime défense comme justification et fondement du droit pénal et, par extension, du droit de punir, apparaît séduisant. Plusieurs éléments paraissent d'ailleurs militer en ce sens.

¹⁸¹ ROSSI (P.), *op. cit.*, p. 98 et s.

¹⁸² FRANCK (A.), *op. cit.*, p. 84.

87. Interdépendance des termes. – Le premier élément s’appuie sur le fait que la défense et la punition semblent indissociables, interdépendantes voire confondues. Les auteurs relayent d’ailleurs largement cet état de fait. Ainsi, GUIZOT ne présentait-il pas le droit social de punir en faisant expressément référence à l’acte de défense ?¹⁸³ Dans une telle logique, la notion de défense correspondrait alors à des acceptions diverses. Celle-ci pourrait en effet s’entendre d’une réelle utilité tant dans une dimension individuelle que dans une dimension sociale. Quelle que soit la sphère empruntée en effet, « *nul ne nie que la pénalité n’ait toujours été nécessaire à la défense de la vie humaine (...) [et qu’elle] devrait disparaître et disparaîtrait le jour où elle serait inutile à la défense de la vie et des progrès humains* »¹⁸⁴. Nous prenons donc pleinement conscience ici de la façon suivant laquelle les notions de punition et de défense agissent l’une sur l’autre et ce en suivant une même logique utilitaire. En repoussant un agresseur pour sa propre conservation, il est rare que cette lutte ne procure pas à ce dernier une souffrance, donc une certaine punition ; celle-ci se confond alors avec la défense¹⁸⁵. Cette confusion est d’autant plus évidente lorsque nous remarquons que la légitime défense n’intervient qu’à partir du moment où ne s’exerce pas le droit de punir de la société. Ce « *droit privé de défense* »¹⁸⁶, fondé sur l’impossibilité de recourir à la protection publique, se substituerait donc au droit social de punir afin de garantir la protection individuelle voire sociale¹⁸⁷. Ainsi, dès que l’on raisonne en terme d’utilité, il semble que le droit de punir n’existe plus en tant que tel. Selon cette conception utilitaire en effet, « *on ne punit pas à proprement parler. On réprime les attaques de ses ennemis, on se défend* »¹⁸⁸. On punit donc pour se défendre et « *en se défendant, on défend l’ordre social* »¹⁸⁹. Une solidarité des notions s’établit alors.

¹⁸³ Selon GUIZOT en effet, la « *société ne se défendait qu’en opposant la force physique à la force physique* » (in CHAUVEAU (A.) et HÉLIE (F.), *op. cit.*, p. 3).

¹⁸⁴ TISSEIRE (F.), *thèse précit.*, p. 209 (c’est nous qui soulignons). Un autre auteur présentait cette idée de la manière suivante : « *la justice répressive ne saurait étendre son domaine au-delà des dangers dans lesquels elle puise sa raison d’être et qu’elle a mission de conjurer. Elle devient illégitime dès qu’elle cesse d’être nécessaire* » (GAST (M.), *Du droit de punir*, discours prononcé à l’audience solennelle de rentrée de la Cour impériale de Colmar le 3 novembre 1885).

¹⁸⁵ En ce sens, V. FRANCK (A.), *op. cit.*, p. 65.

¹⁸⁶ DECOCQ (A.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 317.

¹⁸⁷ Un auteur italien, FRANCESCO CARRARA, va même plus loin en estimant que la défense privée est le principe et que la défense publique doit rester l’exception (*Diritto della difesa pubblica e privata*, *Opuscoli*, t. I, p. 105 à 151 cité in GARRAUD (R.), *Précis de droit criminel*, *op. cit.*, p. 328, note 7).

¹⁸⁸ TISSEIRE (F.), *thèse précit.*, p. 116.

¹⁸⁹ GARRAUD (R.), *Précis de droit criminel*, *op. cit.*, p. 328, note 8. Pellegrino ROSSI présentait cette analogie de la manière suivante : « *la pénalité, par ses résultats, protège le corps social et les individus qui le composent (...) On peut appeler cela une défense, et disputer longtemps avant de s’entendre* » (*op. cit.*, p. 147).

88. Utilité sociale commune. – Cette logique utilitaire envers la société est précisément notre deuxième critère permettant une assimilation des deux concepts. Le droit de légitime défense, dans la mesure où il tend à pallier les carences du pouvoir pour garantir la paix sociale, a une finalité conforme au droit de punir. Concourant « à la défense de la Société »¹⁹⁰, la légitime défense aspire à la paix sociale, objectif partagé par le droit de punir.

C'est ici que serait alors réfutée l'affirmation de P. ROSSI selon laquelle une distinction devrait être effectuée entre légitime défense et droit de punir : la première étant guidée par la nécessité, la seconde par la moralité. Une telle séparation reste critiquable dans la mesure où certes la légitime défense suit une logique utilitaire mais, parallèlement, elle n'exclut nullement pour autant une approche morale ; l'acte de légitime défense se trouve justifié puisqu'il rétablit une stabilité des relations sociales et par-là même conforte l'individu dans sa dignité. Dans le même sens, le droit de punir n'est pas exempt de toute conception utilitaire, loin s'en faut. Elle en serait même son unique fondement. Le maintien de la paix sociale constituant effectivement la raison d'être de ce droit. Légitime défense et droit de punir restent donc ici fortement reliés par l'exigence d'utilité, voire de stricte nécessité. Un auteur présentait ce point de la manière suivante : « *Ce que nous défendons en réprimant le crime c'est... notre patrimoine social : le combat que nous soutenons pour sa conservation est donc un combat légitime. Se défendre est pour la société non seulement un droit, c'est une impérieuse nécessité, une application particulière de la loi universelle de la lutte pour la vie* »¹⁹¹ ; telle serait donc le fondement du droit social de punir : la défense légitime de l'intégrité de la société.

89. Proportionnalité commune. – En troisième lieu, est souvent avancé le fait que le droit de punir reste, à l'image de la légitime défense, soumis à une certaine proportion¹⁹². La proportion ne saurait être l'apanage du seul droit de se défendre. En effet, dès la loi du talion¹⁹³ ou les compositions pécuniaires, le droit de punir naissant jouit d'une proportionnalité évidente.

¹⁹⁰ BOUZAT (P.) et PINATEL (J.), *op. cit.*, p. 270.

¹⁹¹ LE GALL (M.), *Le droit de punir, d'après la science positive*, procès-verbal de l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Lyon du 16 octobre 1885.

¹⁹² La condition de proportionnalité affiliée à la légitime défense est une constante. Sur ce point, V. *supra*, n° . Prévue par les dispositions légales (C. pén., art. 122-5), elle n'a jamais été contredite en doctrine. Toutefois, relevons l'analyse quelque peu critique vis-à-vis de la légitime défense de A. FRANCK. Selon cet auteur en effet, la légitime défense serait dénuée de toute proportionnalité (*op. cit.*, p. 21).

¹⁹³ Sur les rapports ambigus qui existent entre le droit de punir et la vengeance, V. *infra*, n°^{os} *et ss.*

90. Extériorité commune. – Pour tenter de contrer l’assimilation entre droit de punir et droit de légitime défense et pour conforter corrélativement leur distinction, on avance enfin que le droit de punir nécessite une extériorité du détenteur de ce droit par rapport à l’infraction. Sous couvert de lutter contre l’arbitraire, celui-ci ne peut avoir de liens avec l’acte infractionnel et encore moins d’intérêts à la punition. Cela étant, nous pouvons nous demander en quoi cela se sépare-t-il de la logique issue de la légitime défense. Le législateur ne reconnaît-il pas explicitement la légitime défense d’autrui ? L’extériorité par rapport à l’agression étant alors identique à celle perceptible en matière de punition. Loin de séparer les deux notions, ce critère les rapproche quelque peu¹⁹⁴.

Nous convenons toutefois qu’une différence sensible reste naturellement perceptible s’agissant de sa propre défense. Dès lors, la condition d’extériorité, contrairement aux précédentes, permet d’esquisser une distinction entre légitime défense et droit de punir. Pour percevoir plus nettement leurs évidentes disparités ne devons-nous pas prendre appui sur d’autres conditions plus pertinentes ?

2°/ Légitime défense et droit de punir : une réelle distinction

91. P. ROSSI précisait que « *le sens commun ne s’est pas trompé [puisqu’il] défendre et punir, sont choses essentiellement différentes* »¹⁹⁵. Certes, mais pour étayer de tels propos il est nécessaire de définir les éléments permettant de renforcer la distinction. Que l’on se place au niveau de la conception de la justice pénale (a), de la temporalité juridique (b) ou du détenteur du droit (c), une dissemblance peut effectivement être établie entre le droit de punir et la légitime défense.

a. Une conception différente de la justice pénale

92. Justice pénale et imputabilité. – En premier lieu, la légitime défense semble totalement ignorer la théorie de l’imputabilité. Cette condition qui impose que l’auteur d’une infraction « *ait agi avec intelligence et volonté* »¹⁹⁶ pour que celui-ci soit punissable, constitue la

¹⁹⁴ Notons toutefois qu’en cas de légitime défense d’autrui, un doute quant à une réelle extériorité demeure. Si un individu décide d’agir ainsi, n’est-ce pas une décision prise dans un souci de solidarité avec autrui ? Dans l’affirmative, cette solidarité exclut alors toute extériorité.

¹⁹⁵ ROSSI (P.), *op. cit.*, p. 148.

¹⁹⁶ Crim. 13 décembre 1956, *Laboube*, D. 1957, p. 349 note M. Patin ; PRADEL (J.) et VARINARD (A.), *Les grands arrêts du droit pénal général*, Paris, Dalloz, 5^{ème} éd., 2005, n° 43.

principale distinction entre droit de punir et légitime défense. Ainsi, dans l'hypothèse d'une personne atteinte « *d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes* »¹⁹⁷ accomplissant un acte agressif sur une autre personne, celle-ci a le droit, voire le devoir – dans le cas de la reconnaissance de la nécessité de conservation – de se défendre¹⁹⁸. A l'inverse, le droit de punir ne peut, suivant la législation pénale, intervenir si l'imputabilité n'est pas expressément reconnue. Ainsi, « *l'exercice du droit de légitime défense peut exister là même où le droit de punir n'existerait point* »¹⁹⁹ car « *ce n'est pas du côté de l'agresseur qu'il faut examiner la situation, mais du côté de celui qui reçoit l'agression* »²⁰⁰. La distinction entre légitime défense et droit de punir est donc de ce point de vue flagrante²⁰¹. Finalement le fossé qui sépare la légitime défense du droit de punir à la suite de cette précision pousse à penser que la première n'est pas si animée par le souci de paix sociale que nous voulions le croire. En effet, se défendre aveuglément contre une personne, certes dangereuse, mais sans aucun discernement, et ce pour sa propre conservation, insère un certain arbitraire qui ne saurait se concilier avec la recherche de la paix sociale. Ainsi, seul le droit de punir reste en mesure d'assurer une telle recherche de manière la plus convenable, rationnelle et équitable qu'il soit.

93. Justice pénale et vérité. – En second lieu, la légitime défense recherche la justice mais entendue comme la restitution à chacun de son dû. Or la justice intègre également l'idée de vérité, cet « *enjeu du combat judiciaire* »²⁰², que seul le droit de punir semble rechercher. Selon Rossi, « *la justice pénale veut et doit, avant tout, essayer de reconnaître la vérité dans toutes ses parties. La défense s'occupe, avant tout (...), de repousser le mal présent et menaçant* »²⁰³. Les objectifs du droit de punir et de la légitime défense sont donc ici relativement éloignés l'un de l'autre. Circonscrite à un dessein relativement limité, la légitime défense diffère du droit de punir empreint d'une idéologie et d'une portée beaucoup plus large ; distinction qui se retrouve avec autant d'intensité en matière de temporalité juridique.

¹⁹⁷ C. pén., art. 122-1.

¹⁹⁸ Crim. 17 décembre 1864, D. 1865.I.102 ; S. 1865.I.392 – Crim. 7 juillet 1871, D. 1871.I.271 ; S. 1872.I.199 – Crim. 11 janvier 1896, D. 1896.I.368.

¹⁹⁹ BERNARDINI (R.), *op. cit.*, n° 49. V. également, GARRAUD (R.), *op. cit.*, p. 334.

²⁰⁰ DANA (A.-C.), *thèse précit.*, p. 218.

²⁰¹ René GARRAUD a d'ailleurs clairement affirmé que « *la défense n'est pas (...) le châtimement qui serait illégitime, dirigé contre un enfant ou un fou, mais la protection, qui est légitime, quel que soit l'auteur de l'agression, si l'agression est faite sans droit* » (*op. cit.*, pp. 334-335).

²⁰² CORNU (G.) (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Vérité ».

²⁰³ ROSSI (P.), *op. cit.*, p. 154.

b. Une conception différente de la temporalité juridique

94. Intemporalité du droit de punir. – Suivant une approche temporelle, nous pouvons effectivement mettre en exergue une nouvelle différence fondamentale entre le droit de punir et la légitime défense. Alors que le premier peut suivre une logique intemporelle, la seconde en revanche ne peut être que concomitante à l'agression. « *Le droit de défense n'est que la réaction immédiate du droit que nous avons à l'existence et au bien-être* »²⁰⁴ alors que le droit de punir perdure au-delà même de l'actualité de l'infraction²⁰⁵. La légitime défense « *cesse avec l'agression qui l'a fait naître* »²⁰⁶ tandis que le droit de punir « *doit survivre au danger de l'attaque, et s'exercer lorsqu'elle a cessé d'être menaçante* »²⁰⁷. Il serait inadmissible que nous usions du droit de défense quand nous n'avons plus à nous défendre. Selon CARO, « *le droit de défense s'exerce et s'épuise dans l'acte de se défendre contre l'attaque hostile et ne survit pas au danger (...)* Ce droit n'existe plus contre un ennemi désarmé »²⁰⁸. Il devient alors inutile²⁰⁹. L'opposition avec le droit de punir est donc manifeste dans la mesure où ce droit survit un temps au délinquant désarmé. Ainsi se dégage une distinction fondamentale entre le droit de punir et le droit de légitime défense : le premier a, outre sa finalité répressive *a posteriori*, un objectif théorique de prévention alors que le second a un unique but actuel, immédiat de repousser²¹⁰. Parallèlement, l'actualité ou l'immédiateté ne saurait être une qualité du droit de punir. Un temps étant le plus souvent nécessaire afin que celui-ci s'exerce dans les meilleures conditions²¹¹.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 152. Selon cet auteur, la légitime défense est « *une résistance qui commence avec l'attaque et qui finit avec elle* » (*ibid.*, pp. 148-149).

²⁰⁵ Le système de la prescription ne peut remettre en cause cette analyse dans la mesure où les délais institués en cette matière laisse le droit de punir s'exercer pendant un laps de temps plus ou moins long distinct de l'exigence temporelle stricte en matière de légitime défense. Sur cette question de prescription et d'imprescriptibilité, V. *infra*, n^{os} *et ss.*

²⁰⁶ CHAUVEAU (A.) et HÉLIE (F.), *op. cit.*, p. 6.

²⁰⁷ *Ibid.* V. également FRANCK (A.), *op. cit.*, p. 21.

²⁰⁸ CARO (E.) cité in TISSEIRE (F.), *thèse précit.*, p. 138.

²⁰⁹ Sur ce point, V. également MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, 2004, n^o 392.

²¹⁰ C'est en ce sens que ROSSI a pu conclure que, dans le cas de la légitime défense, « *l'agresseur n'est pas puni, il est repoussé* » (*op. cit.*, pp. 148-149). S'agissant de l'actualité de la défense par rapport à l'agression, pourrait alors se poser le problème des systèmes préventifs de défense. Mais la question doit être rapidement évacuée dans la mesure où ce n'est point la défense qui est préventive mais simplement le procédé technique ; la riposte restant actuelle à l'agression.

²¹¹ Pour une approche pessimiste, V. DAYEZ (B.), « *Y a-t-il un temps pour punir ?* », in GÉRARD (P.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, p. 589. Un délai raisonnable, entendu dans le sens d'une durée minimum, n'est pas toujours la règle en matière de droit de punir. Nous faisons essentiellement référence ici à la procédure de comparution immédiate, souffrant de nombreuses critiques en raison de l'urgence qui se dégage d'elle et des inconvénients envers les droits de la défense qui lui sont liés.

Mais outre cette temporalité juridique permettant la distinction entre la légitime défense et le droit de punir, un ultime critère peut être relevé.

c. Une conception différente du détenteur du droit

95. Supériorité du détenteur du droit de punir. – Une dernière donnée nous conforte dans la distinction que nous présentons ici. Outre le fait que le droit de punir ne peut être exercé que par une personne éloignée de l'infraction²¹², le détenteur du droit de punir doit nécessairement posséder une qualité supérieure à la personne punie. Selon ROSSI en effet, pour reconnaître à ce détenteur « *le droit de punir l'auteur d'un fait nuisible, il faut lui reconnaître une supériorité morale sur celui-là* »²¹³. Il apparaît donc qu' « *il est de l'essence du droit de punir d'être le fait d'un pouvoir supérieur* »²¹⁴. Aussi devient-il impossible d'assimiler la légitime défense et le droit de punir ; la personne exerçant son droit de légitime défense n'ayant en effet aucune position de supériorité par rapport au délinquant initial. Défense et punition se distinguent donc du fait même de cette absence de supériorité²¹⁵. Ce point rejoint la pensée de PUFENDORF qui « *refuse toute continuité entre le droit naturel de se défendre et l'exercice de la punition parce que cette dernière renvoie nécessairement à un rapport institué de supériorité* »²¹⁶.

Une des conséquences de cette nécessaire supériorité est que le droit de punir est la propriété d'une personne sans que celle-ci ait à le prouver²¹⁷. A l'inverse, en cas de légitime défense, les personnes doivent en apporter la preuve, à moins que celles-ci se soient trouvées dans l'une des situations de légitime défense présumée de l'article 122-6 du Code pénal. Une personne qui agit en état de légitime défense est « *excusable* »²¹⁸ alors que l'institution qui punit est souveraine.

²¹² En ce sens, V. ROSSI (P.), *op. cit.*, p. 126. V. également *supra*, n° .

²¹³ ROSSI (P.), *op. cit.*, p. 126.

²¹⁴ GARRAUD (R.), *op. cit.*, p. 3. Sur cette notion de supériorité, V. également GROTIUS (H.), *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, P.U.F., 1999, Liv. II, chap. XX, III, 1-2.

²¹⁵ Ce principe se retrouve dans la vengeance. Le vengeur n'a aucune supériorité sur l'autre personne.

²¹⁶ TERREL (J.), *op. cit.*, p. 321. V. sur ce point, PUFENDORF (S.), *Le Droit de la nature et des gens*, trad. Barbeyrac, Caen, Université de Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1989, T. II, Liv. VIII, chap. III, § IV.

²¹⁷ Le droit de punir est établi, *a priori* et de manière irréfutable, comme étant la prérogative d'une personne ou d'une institution sans qu'il soit nécessaire, à chaque acte punitif, de démontrer sa capacité et son autorité à punir.

²¹⁸ ROSSI (P.), *Traité de droit pénal*, t. 2, Genève, Sautet, 1829, p. 122.

96. C'est ainsi que nous pouvons conclure que « *se défendre et faire justice sont pour tout homme deux actes bien distincts de leur nature* »²¹⁹. Nous en revenons donc à la distinction fondamentale que présentait ROSSI lorsqu'il précisait que le langage ou le sens commun avait de lui-même établi la distinction entre l'acte de défense et l'acte de punition²²⁰. Ainsi, la conclusion qui s'impose est que « *le droit de punir n'appartient pas à l'offensé (...) [II] a seulement le droit de se défendre au moment où il est attaqué, pour prévenir le mal dont il est menacé ; (...) s'il tentait de rendre le mal par le mal, il exercerait une vengeance* »²²¹. La vengeance est ainsi présentée comme un attribut de la victime. Mais si la légitime défense – qui est un droit – ne peut en rien fonder le droit de punir tant les distorsions entre ces concepts restent vives, quelles sont les chances pour la vengeance de constituer le fondement du droit de punir et ce alors même qu'elle ne constitue plus un droit ?

§ 2. – De la question de la légitimité de la vengeance comme fondement du droit de punir

97. Face à la vengeance, notion multiséculaire et inévitable dans toute étude sur le droit de punir²²², se pose la question de savoir si celle-ci peut constituer un fondement légitime de ce droit. Nous avons exclu le droit de légitime défense. Qu'en est-il à présent de cette seconde réaction punitive ? Peut-elle fonder le droit de punir ? Se restreindre à une lecture étymologique induirait une réponse affirmative. La notion latine *vindictio* ayant donné naissance au mot vengeance signifie en effet « *revendication et, par extension, l'action de punir* »²²³. Le lien entre vengeance et droit de punir semble donc se resserrer sensiblement.

²¹⁹ ROSSI (P.), *Traité de droit pénal*, t. 1, *op. cit.*, pp. 147-148.

²²⁰ De la même manière, A. FRANCK estimait que « *le droit de punir est donc parfaitement distinct du droit de défense* » (*op. cit.*, p. 12).

²²¹ GARRAUD (R.), *op. cit.*, n° 2. V. également NOZICK (R.), *Anarchie, Etat et utopie*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 1988, p. 174, où l'auteur tout en méconnaissant le droit de punir à la victime, s'interroge sur son droit de ne pas punir : « *Si elle [la victime] n'a pas de droit spécial pour punir, a-t-elle le moindre droit de décider que la punition ne sera pas menée à son terme, ou que la pitié doit être accordée ?* ».

²²² Une référence bibliographique exhaustive est sur ce point impossible puisque la totalité des ouvrages généraux de droit pénal traitent de la vengeance. A titre indicatif seulement, nous pouvons citer les œuvres suivantes : GARÇON (E.), *Le droit pénal. Origines, évolution, état actuel*, *op. cit.* ; FRANCK (A.), *op. cit.*, pp. 6 et ss. ; GARRAUD (R.), *op. cit.*, pp. 29 et ss. ; BOUZAT (P.) et PINATEL (J.), *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. 1, *op. cit.*, pp. 34 et ss. ; MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. 1, *op. cit.*, n° 54. Des ouvrages plus spécialisés ou non strictement liés à l'étude du droit pénal examinent également cette question ; pour une approche en relation avec le droit naturel, V. GROTIUS (H.), *op. cit.*, Liv. II, chap. XX, spéc. V ; pour une approche en relation avec le droit romain, V. GIRARD (P.-F.), *op. cit.*, pp. 28 et s., pp. 421 et s., pp. 720 et s. et pp. 1025 et s. ; pour une approche anthropologique, V. ROULAND (N.), *op. cit.*, pp. 319 et ss. ; pour une approche criminologique, V. CUSSON (M.), *op. cit.*, pp. 27 et ss. D'autres références bibliographiques interviendront durant les développements suivants.

²²³ DE LA SOUJEOLE (B.-D.), « *Faute et peine : quelques précisions théologiques* » in D'ONORIO (J.-B.) (sous la dir.), *La faute, la peine et le pardon*, Actes du XV^{ème} colloque national de la Confédération des juristes catholiques de

Mais la complexité du concept de vengeance impose de relativiser voire de remettre en cause cette conclusion par trop hâtive.

La vengeance dite privée est traditionnellement exclue de toute reconnaissance officielle puisque loin de s'attacher à la recherche de la paix sociale, elle ne poursuit en fait qu'une logique purement individualiste. Ainsi, après avoir démontré que la vengeance, dans sa dimension strictement individuelle, reste très sensiblement attachée au concept de punition, assimilant ainsi la vengeance à un *pouvoir* de punir (A), nous devons mettre en évidence le fait qu'elle poursuit toutefois une logique totalement contraire au *droit* de punir (B).

A. – Inclusion de la vengeance privée dans le concept de "pouvoir" de punir

98. Pourquoi ne parle-t-on pas de *droit* dès lors que nous envisageons la réaction punitive sous sa forme individuelle et vindicative ? La réponse doit être recherchée dans l'acception du mot *droit*, lequel peut et doit suivre une logique finaliste et sociale. Ainsi, « *un fait est droit dans la mesure où il tend (...) [au] plus grand bonheur [de tous]* »²²⁴. Puisque nous considérons le *droit* comme une notion indissociable de l'Etat²²⁵ et alors même que la vengeance privée est étrangère à toute donnée étatique, nous nous devons, en toute logique, de définir autrement cette dernière. Le droit qui « *est pratiquement synonyme de fait social imposé au besoin par la contrainte* »²²⁶ ne permet donc pas de rendre compte de la notion de vengeance. « *La raison du plus fort n'est la meilleure, ne peut se dire droit que si elle est celle définitivement la plus forte, celle qui doit rester victorieuse en dernier lieu* »²²⁷ ; or en matière de vengeance privée, l'incertitude des forces règne, de sorte que loin d'être un droit *stricto sensu*, la vengeance est uniquement un pouvoir de punition²²⁸. C'est ainsi que,

France, Paris, Pierre Téqui éditeur, 1999, p. 93, note 11. L'auteur précise également que « *le verbe latin "vindicare" signifie revendiquer, réclamer comme son dû, et par extension punir, châtier* » (*ibid.*).

²²⁴ TISSEIRE (F.), *thèse précit.*, p. 131.

²²⁵ En ce sens, V. BOUTET (D.), *Vers l'Etat de droit. La théorie de l'Etat et du droit*, Paris, l'Harmattan, 1991, p. 61 : « *ce n'est que lorsque l'Etat aura maîtrisé ce que Jhering appelle "ces explosions du sentiment juridique subjectif", qu'il pourra créer des organes chargés de réaliser le Droit* ». Pour de plus larges développements, V. *infra*, notamment n° .

²²⁶ DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, éd. La Mémoire du Droit, 2001, p. 4.

²²⁷ *Ibid.*, p. 5.

²²⁸ Une distinction a été établie par plusieurs auteurs entre "droit de punir" et "pouvoir de punir" : V. PONCELA (P.), « *Droit de punir et pouvoirs de punir : une problématique de l'Etat* », *Arch. phil. dr.* 1983, pp. 123 et ss. et spéc. p. 125 ; DEBUYST (C.), DIGNEFFE (F.) et PIRES (A. P.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, vol. 2 (La rationalité pénale et la naissance de la criminologie), Paris, Bruxelles, De Boeck Université, 1998, p. 108. Bien que ces distinctions se fondent sur des critères différents (notamment des nôtres), il est intéressant de remarquer qu'une différenciation entre ces deux idées peut effectivement intervenir.

s'agissant de la vengeance, nous devons traiter ici du *pouvoir* et non du *droit* de punir²²⁹. Mais si elle s'écarte du droit de punir, la vengeance semble se confondre avec la punition, tant en ce qui concerne sa nature (1°) que ses conséquences (2°).

1°/ Vengeance privée et punition : une évidente similitude dans leur nature

99. Définitions convergentes. – Suivant un ensemble de définitions classiques de la vengeance, il est impossible de ne pas percevoir le lien qui existe entre cette notion et celle de punition. Ainsi, le terme "vengeance" renvoie à la « punition de l'offenseur, laquelle dédommage moralement l'offensé »²³⁰ ou à l' « action par laquelle on se venge ou on punit une offense »²³¹ ou encore à la « peine causée à un offenseur pour la satisfaction personnelle de l'offensé »²³². De la même manière, CICÉRON définissait la vengeance de la façon suivante : « action par laquelle (...), nous repoussons de nous et des nôtres (...), la violence et l'outrage, et par laquelle nous punissons les fautes »²³³. De son côté, Maurice CUSSON attire l'attention sur le fait que la vengeance privée et la punition ne sauraient être totalement étrangères l'une de l'autre. « Le sens de l'acte de punir, précise le criminologue, ne peut être vraiment saisi si on n'élucide pas d'abord les rapports d'attraction et de répulsion qu'il entretient avec la vengeance. La peine se définit par et par opposition à la vengeance »²³⁴. Le lien entre vengeance et punition ne peut donc être plus net. Mais outre les définitions que nous venons d'énoncer, il convient de déterminer à partir de quels éléments les concepts de vengeance et de punition sont similaires.

100. Nature humaine commune. – Tout d'abord, certains auteurs comme René GIRARD ou Raymond VERDIER estiment que la vengeance serait sinon « le début de l'humain »²³⁵ du moins

²²⁹ Selon la pensée de P. ROSSI, dès lors que nous fondons la réaction punitive individuelle sur la théorie de l'intérêt personnel, « l'expression elle-même, droit de punir, est incompatible avec cette doctrine. Il faut dire, pouvoir de faire du mal » (*op. cit.*, t. 1, p. 125).

²³⁰ *Dictionnaire Le Grand Robert de la langue française*, v° « Vengeance » (c'est nous qui soulignons).

²³¹ *Dictionnaire Quillet de la langue française*, Paris, Quillet, 1948, v° « Vengeance » (c'est nous qui soulignons).

²³² *Dictionnaire Littré de la langue française*, t. 6, Paris, Encyclopaedia Britannica France, 1994, v° « Vengeance » (c'est nous qui soulignons).

²³³ CICÉRON, *De invent.*, lib. II cité in GROTIUS (H.), *op. cit.*, Liv. II, chap. XX, VIII, 2 (c'est nous qui soulignons).

²³⁴ CUSSON (M.), *op. cit.*, p. 25. Dans le même sens, Pierrette PONCELA estime que « la vengeance et le talion sont les pratiques punitives le plus spontanément associées à l'idée d'équivalence » (*Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 65 ; c'est nous qui soulignons).

²³⁵ GIRARD (R.), « Les violences » in *Sens de la peine et droits de l'homme*, actes du colloque international inaugural de l'E.N.A.P., Agen, 2000, p. 15. Du même auteur, V. GIRARD (R.), *Des choses cachées depuis la fondation du monde*, Paris, Grasset, 1978.

un « rapport d'échange bilatéral »²³⁶ inhérent à l'espèce humaine²³⁷. De la même manière, et malgré les diversités quant à ses modes d'exercice, le fait de punir « semble bien être une donnée universelle de l'humanité »²³⁸. La nature humaine de la vengeance et de la punition apparaît donc comme le premier élément fédérateur de ces deux concepts. Les actes de punition et de vengeance qui ne constitueraient que des actes violents seraient donc par là même tout à fait naturels et conformes à la logique humaine et sociale²³⁹.

101. Origines familiales communes. – HOBBS présentait de manière incidente ce qui pourrait être l'état de vengeance privée : « Il est évident que (...) toute domination dans l'humanité a commencé dans les familles »²⁴⁰. Emile GARÇON reprenait cette même idée de la manière suivante : « le prétendu droit de vengeance privée n'est rien autre chose que le pouvoir de fait qui appartient collectivement à la famille patriarcale d'employer la force pour se défendre contre une attaque injuste et en obtenir réparation »²⁴¹. De la même façon, la punition peut être perçue comme une donnée strictement privée. « La source essentielle [de la pénalité] (...) est la punition domestique, expression d'un blâme moral et traduction d'un remords »²⁴².

On perçoit dès lors la sphère restreinte dans laquelle la violence – punitive ou vindicative – prend originellement pied, à savoir la famille. Il est de tradition de présenter la vengeance privée comme les prémices de la peine²⁴³, même si une coexistence reste possible entre système vindicatif et système pénal²⁴⁴. Toutefois, que la vengeance privée et la punition coexistent ou au contraire se succèdent, que la première soit le fondement de la seconde ou à

²³⁶ VERDIER (R.), « Le système vindicatoire. Esquisse théorique » in VERDIER (R.) (sous la dir.), *La Vengeance*, vol. 1, Paris, Cujas, 1980, p. 14.

²³⁷ Victor HUGO semblait énoncer cette même idée de la façon suivante : « *Se venger est de l'individu* » (*Le Dernier Jour d'un condamné*, Préface).

²³⁸ CUSSON (M.), *op. cit.*, p. 18.

²³⁹ En ce sens, V. BOULAN (F.), « Violence et société », *RRJ*, 3, 1981, pp. 342-352 ; CUSSON (M.), *op. cit.*, p. 68.

²⁴⁰ HOBBS (T.), *Dialogues des Common Laws*, trad. L. et P. Carrive, in HOBBS (T.), *Œuvres*, t. X, Paris, Vrin, 1990, p. 175.

²⁴¹ GARÇON (E.), *Le droit pénal. Origines, évolution, état actuel*, *op. cit.*, p. 20. M. CUSSON estime quant à lui que « la vengeance est une obligation qui s'enracine dans la solidarité familiale et dans le respect du mort » (*op. cit.*, p. 35). V. également FRANCK (A.), *op. cit.*, p. 6 et s. : « le droit de vengeance (...) entièrement privé, héritage de toute une famille, s'attachait aussi à la famille de l'offenseur, le poursuivant dans sa personne et dans celle de ses enfants, de ses petits-enfants, de tous ses proches, jusqu'à ce que le sang eut lavé le sang. Cette passion sauvage a laissé des traces dans toutes les législations primitives, et notre civilisation n'est pas encore parvenue à l'éteindre entièrement dans nos départements maritimes ».

²⁴² TARDE (G.), *Les transformations du droit*, 1893, p. 61 cité in COURTOIS (G.), « La vengeance, du désir aux institutions », *op. cit.*, p. 21.

²⁴³ V. *infra*, n° .

²⁴⁴ En ce sens, V. ROULAND (N.), *op. cit.*, n° 197 ; CUSSON (M.), *op. cit.*, p. 29.

l'inverse qu'une totale indépendance les sépare, on ne saurait en rien remettre en cause la convergence tenant au fait que le cadre initial d'émergence tant de la vengeance que de la punition est identique : il s'agit du cadre étroit de la famille ou du groupe tribal.

102. Rétribution commune. – En dernier lieu, la vengeance et la punition se retrouvent dans le fait qu'elles naissent de la souffrance subie. La vengeance, pouvant alors être définie comme la « *volonté de faire souffrir l'autre en raison de la souffrance que lui-même m'a infligée* »²⁴⁵, est le plus parfait synonyme de la punition qui n'est autre, selon la pensée kantienne, que la rétribution par un mal du mal commis²⁴⁶. Mais analyser ce point revient déjà à étudier les conséquences respectives de chacun des deux phénomènes.

2°/ Vengeance privée et punition : une apparente similitude dans leurs conséquences

103. Finalités communes. – Un autre point de convergence entre les deux notions peut être révélé à travers la détermination de leur finalité. La vengeance peut être considérée comme un simple mode de résolution des conflits inter-individuels ou inter-groupeaux²⁴⁷. Comment donc ne pas percevoir encore ici une large similitude avec le concept de punition ? L'une et l'autre sont en effet des formes de violence accomplies dans le but *a priori* paradoxal de lutter contre une autre forme de violence. Par ces artifices, on souhaite rétablir un ordre déséquilibré par la réalisation d'un acte contraire au bien-être de l'individu ou du groupe. Punition et vengeance prennent donc naissance dans des données identiques, ont les mêmes causes et s'inscrivent dans un exercice commun. C'est donc la souffrance de la victime qui provoque la souffrance du coupable, que cette douleur ait pour origine et cadre la punition ou la vengeance. Autrement dit, quel que soit le fondement retenu, « *on veut soulager la souffrance de la victime en faisant souffrir à son tour l'agresseur* »²⁴⁸.

104. Complémentarité. – Cette présentation analogique des finalités de la vengeance et de la punition impose certaines précisions. Certes la souffrance semble demeurer l'apanage de

²⁴⁵ GARAPON (A.), GROS (F.) et PECH (T), *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris, éd. Odile Jacob, 2001, p. 112.

²⁴⁶ E. KANT définissait le droit de punir comme « *le droit qu'a le chef, envers celui qui lui est soumis, de lui infliger une peine douloureuse en raison de son crime* » (*Métaphysique des mœurs, Première partie : Doctrine du droit*, Paris, Vrin, 1979, 2P, E : 213 ; c'est nous qui soulignons). Pour une analyse de la pensée de KANT sur le droit de punir, V. notamment, GOYARD-FAVRE (S.), *La philosophie du droit de Kant*, Paris, Vrin, 1996, pp. 228 et ss. ; DEBUYST (C.), DIGNEFFE (F.) et PIRES (A. P.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, vol. 2, *op. cit.*, pp. 145 et ss.

²⁴⁷ En ce sens, V. l'analyse de Norbert ROULAND in *Anthropologie juridique*, *op. cit.*, n^{os} 192 et ss.

²⁴⁸ GARAPON (A.), GROS (F.) et PECH (T), *op. cit.*, p. 113.

ces deux attitudes, pour autant, ne pouvons-nous pas déterminer une différence de nature entre elles ? Plus que la recherche d'une similitude entre les deux concepts étudiés, ne découvrons-nous pas davantage une complémentarité ? Suivant cette hypothèse, la punition apparaît alors comme un moyen et la vengeance comme une fin. La punition n'ayant alors comme principale raison d'être dans cette situation que le seul désir de vengeance. Cette précision établie, la similitude des deux concepts présentés ici n'est nullement remise en cause, la complémentarité renforçant d'ailleurs leur imbrication.

105. En conclusion sur ce point, il semble que nous ne puissions trouver de disparités entre la punition et la vengeance, que nous nous intéressions aux origines (agressions) ou, comme ici, aux conséquences précises (souffrances) de ces actes. Aussi faut-il reconnaître l'existence d'un rapport très étroit entre la punition et la vengeance.

Toutefois, en dernière analyse, il est tout de même possible d'entrevoir une discordance dès lors que nous nous attachons à chacune de leur nature subséquente. Alors que la punition mettrait totalement fin à la logique de violence, il semble au contraire que la vengeance nourrisse l'agressivité et constitue le « *paradigme de la violence* »²⁴⁹. On parle alors de « *contre-vengeance* »²⁵⁰. L'efficacité de l'une et l'inefficacité de l'autre à réguler la violence constitue un point distinctif primordial. C'est ici qu'intervient alors la distinction spécifique et technique entre la vengeance vindicative et la vengeance vindicatoire. Seule la première, autrement dénommée vengeance "sauvage" ou "barbare", correspond au système de violence inépuisable. « *Une telle passion vengeresse est par définition impropre à réguler la violence et à lui donner une quelconque légitimité ; ne procédant que d'une volonté subjective particulière, elle ne peut, de ce fait, viser la juste mesure que représente l'instance*

²⁴⁹ COURTOIS (G.), « La vengeance, du désir aux institutions », *op. cit.*, p. 9.

²⁵⁰ CUSSON (M.), *op. cit.*, p. 33. V. également GIRARD (R.), *La violence et le sacré*, Paris, Grasset, 1972, p. 31 : « *La vengeance constitue donc un processus infini, interminable... Elle risque de provoquer une véritable réaction en chaîne aux conséquences rapidement fatales dans une société de dimensions réduites. La multiplication des représailles met en jeu l'existence même de la société* » ; GROTIUS (H.), *op. cit.*, Liv. II, chap. XX, VIII, 4 (note 2) ; HEGEL (G.), *Principes de la philosophie du droit*, Paris, éd. R. Déralthé, 1975, § 102 cité in COURTOIS (G.), « La vengeance chez Aristote et Sénèque à la lumière de l'anthropologie juridique », *Arch. phil. dr.*, 1983, p. 29 ; DRAÏ (R.), intervention au colloque « Violence, Vengeance et Justice », *op. cit.*, p. 45 ; DELMAS-MARTY (M.), *Les chemins de la répression*, Paris, P.U.F., 1980, pp. 70 et ss. (spéc. p. 71 où l'auteur distingue la vengeance et le sacrifice ; seul ce dernier étant capable de « *bloquer le processus des représailles en chaîne* »). Pour une approche sceptique du caractère infini de la vengeance, V. spéc. SONNE (B.), « The Ideology and Practice of Blood Feuds in East and West Greenland », *Etudes Inuit*, 6-2, 1982, p. 21-50

judiciaire »²⁵¹. On perçoit par cette réflexion les dissemblances présentes entre le *droit de punir* et la vengeance.

B. – Exclusion de la vengeance privée du concept de droit de punir

106. A la lecture des définitions relatives au pouvoir vindicatif²⁵², les imbrications entre les deux concepts que sont la vengeance et la punition ne semblent alors faire aucun doute. Pourtant, si le langage courant accepte de reconnaître la vengeance comme une punition, nous avons quelques réticences à admettre cette vengeance dans la sphère du droit de punir. Outre la distinction qui peut exister entre les notions de pouvoir et de droit²⁵³, nous retenons de larges dissensions entre vengeance privée et droit de punir. Précisons donc ces points de désaccord d'où jaillissent parfois des paradoxes ; car si la vengeance privée et le droit pénal semblent historiquement similaires, la première constituant traditionnellement la première phase de la justice pénale (1°), cette même vengeance est totalement étrangère au concept spécifique et précis de *droit de punir* (2°).

1°/ Vengeance privée et « *genèse du droit pénal* »²⁵⁴

107. C'est avant tout d'un point de vue historique que la vengeance privée et le droit de punir paraissent se rapprocher. L'évolution qui leur est propre ainsi que les concepts théoriques qui s'y rapportent semblent se mêler les uns aux autres. Mais dès lors que nous analysons plus profondément chaque point, il semble apparaître certains éléments sinon contradictoires du moins propres à modérer ce rapprochement. Quelle est alors la portée véritable de ces éléments dont une partie de la doctrine use partialement ?

108. Désaccord doctrinal. – D'un point de vue historique, il est classique de reconnaître ce type de vengeance comme le préalable de la justice pénale. Jean-Marie CARBASSE énonce effectivement que « *selon les schémas habituels, la première réponse à la violence aurait pris la forme de la vengeance privée illimitée* »²⁵⁵. La tournure conditionnelle n'est pas

²⁵¹ VERDIER (R.), « La vengeance civilisée : du vindicatif au vindicatoire », *Stanford French Review*, Vol. 16.1, 1992, p. 47. Sur ce point, V. également ANSPACH (M.R.), « Penser la vengeance », *Esprit*, 1987, n° 128, p. 104 ; CUSSON (M.), *op. cit.*, p. 51 et s. ; COURTOIS (G.), « La vengeance, du désir aux institutions », *op. cit.*, pp. 12 et ss.

²⁵² V. *supra*, n° .

²⁵³ V. *supra*, n° .

²⁵⁴ CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, Paris, éd. A. Colin, 7^{ème} éd., 2004, p. 4.

²⁵⁵ CARBASSE (J.-M.), *op. cit.*, n° 1.

involontaire. En effet, cet auteur et d'autres²⁵⁶ semblent remettre en cause le circuit classique de l'évolution de la justice pénale, à savoir : vengeance privée, justice privée et enfin justice publique. Si une telle remise en cause paraît naturellement recevable lorsqu'est démontrée une coexistence entre les divers systèmes, elle paraît toutefois beaucoup plus critiquable dès lors que le reproche s'attache au caractère véritablement fondateur de la vengeance. Selon cette théorie, la vengeance ne serait qu'une action purement individuelle et la peine – étrangère à toute idée vindicative – serait strictement sociale²⁵⁷. Une incompatibilité serait ainsi révélée. Mais en se fondant sur une distinction entre l'exercice individuel (vengeance) et social (pénalité) de la violence, ce type d'analyse s'essouffle dans la spéciosité d'une telle dissociation. En effet, la vengeance même privée s'inscrit comme une véritable réaction sociale. Le groupe habilite de manière explicite ou implicite le vengeur à user individuellement de violence, de sorte que le social et l'individuel de la vengeance se rejoignent.

C'est pourquoi, devant les faiblesses de cette théorie dissidente, nous préférons une approche traditionnelle et considérons la phase correspondant à la vengeance privée comme la genèse du droit de punir et de la justice pénale. KELSEN a d'ailleurs précisé, en parlant notamment de la *vendetta*, que ces attitudes étaient « *les formes primitives de la peine et de l'exécution forcée* »²⁵⁸. Ainsi, le « *droit pénal n'a d'abord été que le droit de vengeance* »²⁵⁹. C'est ainsi que MM. MERLE et VITU affirment que « *c'est par cette réaction vindicative spontanée qu'est né le droit pénal dans les premiers temps de l'histoire et qu'il a fonctionné dans les sociétés primitives* »²⁶⁰ ; ces auteurs concluant alors que « *le premier stade fut celui de la vengeance privée* »²⁶¹.

109. Vengeance privée et état de nature. – Ainsi, l'état dans lequel se trouve la personne dès lors qu'elle exerce la vengeance privée se rapproche très sensiblement de l' « *état de pure*

²⁵⁶ V. notamment GARRAUD (R.), *op. cit.*, p. 30 ; PONCELA (P.), *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 68 ; ROULAND (N.), « Les modes juridiques de solution des conflits chez les Inuit », *Etudes Inuit*, n° spécial, 3, p. 170.

²⁵⁷ V. spéc. PONCELA (P.), *op. cit.*, p. 68.

²⁵⁸ KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. H. Thévenaz, Neuchâtel, éd. de la Baconnière, 1988, p. 170.

²⁵⁹ FRANCK (A.), *op. cit.*, p. 6.

²⁶⁰ MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. 1, *op. cit.*, n° 54.

²⁶¹ *Ibid.* De la même manière, Emile GARÇON expose que « *la vengeance privée constituerait la première phase de l'évolution du droit pénal* » (*Le droit pénal. Origines, évolution, état actuel*, *op. cit.*, p. 13). V. également, pour une reprise du triptyque classique (vengeance privée – justice privée – justice publique), GUINCHARD (S.) *et al.*, *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 3^{ème} éd., 2005, n^{os} 15 et ss. Pour une approche plus originale, en quatre phases, V. GIRARD (P.-F.), *op. cit.*, p. 421.

nature »²⁶² que Thomas HOBBS définit « par l'absence de toute relation juridique »²⁶³ voire de toute solidarité. Des relations existent naturellement entre les hommes mais celles-ci ne s'inscrivent que dans le "droit du plus fort" ; chacun cédant ainsi « à la force [ce qui en fait] un acte de nécessité, non de volonté »²⁶⁴.

Notre approche conforme à celle de HOBBS ne va toutefois pas au-delà de cette constatation. Certes cet état ne renferme aucune prérogative spécifiquement juridique et aucune instance dirigeante et régulatrice n'a été instituée²⁶⁵ ; pour autant il ne saurait être contesté que la vengeance n'ait nullement de nature réellement institutionnelle ou organisée. Au contraire, certains estiment qu'« elle serait un droit ; le mal infligé au coupable une véritable peine, légitime et méritée »²⁶⁶. Historiquement donc, la vengeance fut institutionnalisée. Elle répondait à un devoir, une obligation normative. Mais nous abordons déjà ici un point de vue plus juridique dont on se demande finalement s'il n'est pas, paradoxalement, la révélation de la discordance entre droit de punir et vengeance privée ?

2°/ Vengeance privée et droit de punir : une réelle distinction ?

110. Des rapports ambigus. – Malgré nos développements précédents confirmant la similitude entre la punition et la vengeance, nous ne pouvons nier le fait que des distinctions peuvent toutefois clairement apparaître entre les deux notions. Mais finalement loin de distinguer vengeance et punition, ne dissocie-t-on pas plutôt pouvoir de se venger et droit de punir ? Si une telle séparation apparaît, sa démonstration ne semble pas de prime abord aussi aisée. En effet, si la vengeance privée est aujourd'hui bannie et extérieure à toute conception

²⁶² HOBBS (T.), *De Cive*, 1642, chap. 1, § 10 et chap. 2, § 18 ; *Léviathan*, chap. 14, § 18, § 31, chap. 15, § 21, § 40 et chap. 20, § 5.

²⁶³ TERREL (J.), *op. cit.*, p. 155.

²⁶⁴ ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, Paris, Garnier-Flammarion, 1966, Liv. I, chap. III.

²⁶⁵ HOBBS présentait ce point de la manière suivante : « là où nulle convention n'est intervenue antérieurement, aucun droit n'a été transmis et chacun a droit sur toute chose. En conséquence, aucune action ne peut être injuste » (*Léviathan*, trad. F. Tricaud, Paris, Sirey, 1971, réimpression, Paris, Dalloz, 1999, chap. 15, § 2, p. 143). Cette réflexion du philosophe anglais appelle des précisions de notre part. Tout d'abord, un paradoxe semble surgir lorsqu'il est précisé que « chacun a droit sur toute chose » alors même qu'aucune transmission de droit n'a eu lieu. Pour surmonter cette apparente contradiction, il convient de sortir des acceptions traditionnelles du mot *droit* et percevoir en lui, la notion de pouvoir. Dans l'état de nature, et donc en l'absence de tout contrat social, les hommes n'ont aucun droit *stricto sensu* – entendu comme prérogative juridique – mais n'ont au contraire que des pouvoirs, étrangers à toute reconnaissance officielle et établie. Ceci nous amène donc à notre seconde et dernière précision : si aucun rapport juridique n'existe, aucune séparation du juste et de l'injuste ne peut donc s'effectuer (« aucune action ne peut être injuste »). HOBBS fait également état de ce point dans *De Homine* : « Car avant l'institution des conventions et des lois, il n'y avait entre les hommes ni justice ni injustice, ni nature du bien et du mal publics, pas plus que parmi les bêtes » (*De Homine*, 1658, chap. 10, § 5).

²⁶⁶ GARÇON (E.), *Le droit pénal. Origines, évolution, état actuel*, *op. cit.*, p. 13.

pénale – et donc extérieure au droit de punir – devenant ainsi un simple pouvoir de punir, elle constitue malgré tout, comme nous l’avons vu, la genèse de la justice pénale. Le statut de la vengeance vis-à-vis du droit pénal et du droit de punir reste donc ambigu. La quasi-assimilation des concepts que sont la vengeance privée et le droit pénal peut *a priori* se trouver renforcée par une approche purement juridique de la matière. Mais après de nombreuses tentatives dans le but ultime de les confondre (a), nous ne pourrions *in fine* que conclure à leur séparation manifeste (b). Ainsi, alors même que la légitime défense, élément de droit pénal, était exclue de la sphère du droit de punir suite à une discordance sur le concept même de punition, la vengeance privée se trouve pareillement écartée du droit de punir mais consécutivement, quant à elle, à une exclusion du droit pénal proprement dit.

a. D’apparentes correspondances

111. Existence de normes. – Il ne paraît y avoir aucun doute sur le fait de savoir si la vengeance a été un temps un véritable droit et si parallèlement elle pouvait constituer un fondement véritable de tout acte punitif. Elle aurait donc été une forme – certes particulière – de droit de punir. KELSEN a d’ailleurs présenté la vengeance comme « *une institution juridique et morale* »²⁶⁷. Loin du refoulement exposé par G. COURTOIS²⁶⁸, la vengeance peut parfois devenir une véritable obligation, voire un « *devoir sacré* »²⁶⁹. Non encore soumise à la loi du talion, la vengeance privée n’en est pas moins conforme à une norme. « *Elle obéit donc à un code, qui s’exprime par des prescriptions et des rites* »²⁷⁰ s’appuyant sur des règles coutumières²⁷¹.

²⁶⁷ KELSEN (H.), *Society and Nature*, Chicago, University of Chicago Press, 1943, p. 55 cité in VERDIER (R.), « Le système vindicatoire, esquisse théorique », *op. cit.*, p. 37.

²⁶⁸ Cet auteur semble d’ailleurs prendre le contre-pied de l’affirmation de KELSEN en précisant que la « *notion* [de vengeance] *n’est évoquée que pour l’exclure de l’existence morale et juridique* » (« La vengeance, du désir aux institutions », *op. cit.*, p. 2.). V. également COURTOIS (G.), « Vengeance et homéostasie », *Stanford French Review*, Vol. 16.1, 1992, p. 111.

²⁶⁹ KELSEN (H.), *Society and Nature*, *op. cit.*, p. 56. Ceci n’est pas sans rappeler les œuvres shakespeariennes telles que *Hamlet* ou *Le marchand de Venise*.

²⁷⁰ ROULAND (N.), *Anthropologie juridique*, *op. cit.*, p. 323.

²⁷¹ Pour un exposé des différentes règles vindicatives, V. notamment CUSSON (M.), *op. cit.*, pp. 29 et ss. (spéc. pp. 30-39) ; ROULAND (N.), *op. cit.*, pp. 321 et ss. (spéc. pp. 322-328) ; VERDIER (R.) (sous la dir.), *La vengeance*, 4 vol., Paris, Cujas, 1980-1984, *passim*. Précisons que le *Jus talionis* doit être ici exclu de notre propos dans la mesure où loin d’être une donnée propre à la vengeance privée, il constitue au contraire une loi de justice et de proportionnalité dont l’objectif principal est de modifier la réaction vindicative. Selon J.-P. DURAND, si l’on se penche sur la loi du talion, « *il ne s’agit pas du tout d’un processus de vengeance, mais d’une recherche fine de la notion de justice* » (intervention au colloque « Violence, Vengeance et Justice », *op. cit.*, p. 25). L’étude de cette loi interviendra donc logiquement plus loin dans notre exposé (V. *infra*, n^{os} *et ss.*).

112. Intimidation. – Outre cette assise normative, une autre donnée semble porter notre analyse vers une assimilation entre droit de punir et vengeance privée. Toute action vindicative possède en effet une qualité qui n'est pas sans rappeler une fonction théorique évidente du droit de punir, à savoir l'intimidation. Ainsi, « *ne pas rendre le coup, c'est avouer sa faiblesse et reconnaître la supériorité de l'autre* »²⁷² alors que produire un acte de vengeance constitue une crainte pour des agresseurs potentiels. Lorsque la vengeance privée se perpétrait, « *les individus étaient protégés par leur capacité de riposter aux attaques et aux empiètements* »²⁷³. De ce fait, certains auteurs poussent leur analyse jusqu'à l'extrême et affirment que « *la vengeance vise moins à détruire la vie qu'à la faire respecter* »²⁷⁴. Les individus vengeurs sont donc capables à l'image des détenteurs du droit de punir d'intimidation et de prévention par leur action.

Puisque nous parlons ici de prérogatives envers les individus, il convient de remarquer que nous restons dans la stricte sphère privée. De ce seul point de vue, à aucun moment il n'est donc possible d'établir grâce à la vengeance un véritable droit de punir ; un "simple" pouvoir peut seul être affiché. La vengeance privée et le droit de punir se trouvent alors très largement distingués. Mais sur quelles bases ceci peut-il effectivement s'effectuer ?

b. Des discordances manifestes

113. A de nombreuses reprises, Gérard COURTOIS mit en avant les dissemblances qui régnaient entre les théories d'ARISTOTE et de SÉNÈQUE au sujet de la vengeance²⁷⁵. Face à une telle entreprise *a priori* incontestable, il est possible de tenter une relativisation du fossé séparant les deux philosophes antiques ; relativisation possible précisément grâce à une analyse de la vengeance par rapport au droit de punir. La conciliation entre l'aristotélisme et le stoïcisme peut effectivement prendre pied sur le fait même que la vengeance est étrangère au droit de punir. Si l'auteur grec regarde la vengeance comme une donnée positive²⁷⁶ et le

²⁷² VERDIER (R.), « Pouvoir, justice et vengeance chez les Kabiyes du Togo » in VERDIER (R.) (sous la dir. de), *La vengeance*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 210 et s.

²⁷³ CUSSON (M.), *op. cit.*, p. 37.

²⁷⁴ ROULAND (N.), *Anthropologie juridique*, *op. cit.*, p. 323.

²⁷⁵ G. COURTOIS, « Le sens et la valeur de la vengeance chez Aristote et Sénèque » in COURTOIS (G.) (sous la dir.), *La vengeance*, Vol. 4, *op. cit.*, p. 91 ; COURTOIS (G.), « Hugo Grotius, la bonne et la mauvaise vengeance » in COURTOIS (G.) (sous la dir.), *La vengeance*, Vol. 4, *op. cit.*, pp. 138-139 ; COURTOIS (G.), « La vengeance chez Aristote et Sénèque à la lumière de l'anthropologie juridique », *op. cit.*, p. 29.

²⁷⁶ V. notamment ARISTOTE, *Rhétorique*, II, 2, 1378 a 30 sq ; *Ethique à Nicomaque*, IV, 11, 1126 a 2 sq. Dans le même sens, V. DURKHEIM (E.), *De la division du travail social*, *op. cit.*, p. 54 : « *c'est une erreur de croire que la vengeance n'[est] qu'une inutile cruauté* ».

philosophe latin la considère quant à lui comme une colère donnant lieu à « *une haine féroce* »²⁷⁷, à quelque chose d'« *inhumain* »²⁷⁸, tous deux se rejoignent toutefois pour séparer la vengeance du droit de punir lui-même. Plusieurs éléments vont d'ailleurs en ce sens.

114. Vengeance égoïste et droit social de punir . – Tout d'abord, la vengeance ne poursuit pas une logique d'intérêt social mais d'intérêts strictement personnels. Nous avons certes affirmé plus haut²⁷⁹ que la vengeance constitue une réaction sociale. Ce point ne peut être démenti. Pour autant, avancer le caractère social de la vengeance ne signifie nullement lui attacher une préoccupation avant tout sociale. C'est ainsi que l'on peut affirmer que la vengeance « *poursuit non le mal en soi ou ce qui est un mal pour la société, mais ce qui est un mal pour nous-mêmes, au point de vue des passions qui nous maîtrisent* »²⁸⁰. La vengeance est donc prioritairement une réaction d'un individu soucieux de conserver son bien-être. Finalement, cet intérêt que l'on protège lorsqu'on se trouve en état de vengeance, « *au lieu d'être générale, au lieu d'être celui de la société elle-même et de la société tout entière, ne [serait] que la satisfaction d'un intérêt égoïste, d'un préjugé intolérant ou d'un orgueil intraitable* »²⁸¹. De cette façon, la recherche de l'intérêt individuel ne peut en aucune façon être un critère de garantie de la paix publique, caractéristique essentielle du droit de punir. Nous trouvons donc ici une différence entre la vengeance et le droit de punir dans la mesure où ce dernier ne saurait s'inscrire dans une telle logique égoïste. Cette plus grande humanité du droit de punir par rapport à la vengeance se retrouve par ailleurs dans la présentation progressive du premier et régressive de la seconde. Alors que « *la justice pénale ne serait pas tournée vers le passé et sa réparation mais vers la maîtrise de l'avenir* »²⁸², la vengeance privée n'aurait à l'inverse d'ambition que de rétribuer, sans perspective ni proportion, un mal passé²⁸³.

²⁷⁷ SÉNÈQUE, *De ira*, III, 3, 1-2.

²⁷⁸ *Ibid.*, II, 32.

²⁷⁹ V. *supra*, n° .

²⁸⁰ FRANCK (A.), *op. cit.*, p. 13.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 2. *Contra*, V. ROSSI (P.), *op. cit.*, t. 1, p. 128. Pour cet auteur, cette satisfaction de l'intérêt personnel ne serait pas foncièrement contraire à toute légitimité.

²⁸² COURTOIS (G.), « La vengeance chez Aristote et Sénèque à la lumière de l'anthropologie juridique », *op. cit.*, p. 30. L'auteur cite d'ailleurs PLATON : « *Personne en punissant un coupable, n'a en vue ni ne prend pour mobile le fait même de la faute commise, à moins de s'abandonner comme une bête féroce à une vengeance dénuée de raison : celui qui a souci de punir intelligemment ne frappe pas à cause du passé – car ce qui est fait est fait – mais en prévision de l'avenir, afin que ni le coupable ni les témoins de sa punition ne soient tentés de recommencer* » (*Protagoras*, 324-a, b). *Contra*, DURKHEIM (E.), *De la division du travail social*, *op. cit.*, p. 54.

²⁸³ Nous verrons toutefois que la justice pénale se rapproche de cette logique vindicative. Si, théoriquement, le droit pénal poursuit son action dans une perspective de maîtrise de l'avenir à travers les fonctions utilitaires de la sanction pénale, force sera de constater que la pure rétribution reste la principale – voire la seule – fonction

115. Vengeance injuste et justice punitive. – La préoccupation avant tout sociale du droit de punir se manifeste également par le fait que celui-ci ne se réfère pas exclusivement au concept de mal : ce droit suppose un état de justice qui « *ne se confond pas avec l’instinct de vengeance, mais [qui] trouve ses racines dans des exigences qui font davantage honneur à l’homme* »²⁸⁴. Autrement dit, celui qui punit se doit de le faire justement, légitimement alors que celui qui venge occulte toutes exigences liées à la dignité humaine. Cette distinction peut être ainsi résumée : « *La vengeance est une forme de haine ; la punition est une forme de la justice. Celui qui se venge ne se demande pas s’il a raison ou s’il a tort, s’il fait bien ou s’il fait mal (...) S’agit-il, au contraire, de punition, vous voulez savoir d’abord à qui appartient le droit de punir, puis si la punition elle-même est juste* »²⁸⁵.

La distinction ici révélée tient à la teneur des garanties assignées tant à la vengeance qu’au droit de punir. Le fossé apparaît lorsque nous considérons la vengeance privée comme un système quelque peu disproportionné et sans aucune mesure. Certes, la vengeance suit certaines règles coutumières, mais il est certain que ces règles ne peuvent rassembler les garanties propres à un système officiel juridiquement écrit. Sur ce point, la loi du talion ne possède aucun lien avec la vengeance privée et ne doit donc pas être analysée ici. Cette loi suppose nécessairement un rapport de subordination entre d’une part le vengeur et d’autre part les garants du respect de la loi. Or, la vengeance privée s’inscrit dans une relation d’échange voire d’égalité²⁸⁶ alors que le droit de punir suppose une supériorité de l’organe de punition²⁸⁷. PUFENDORF n’affirmait-il pas que « *toute Peine (...), quel qu’en soit le but, ne peut être infligée que par une Personne qui a autorité sur le Coupable* »²⁸⁸ ?

116. S’agissant précisément de cette relation de supériorité, il semble qu’elle puisse toutefois s’installer au sein même du rapport vindicatif avec l’apparition des compositions

admissible et matériellement exercée. Précisons toutefois que si le droit pénal rétribue un mal passé, il garantit tout de même la proportionnalité de la réaction et n’exclut pas catégoriquement – à l’inverse de la vengeance – toute idée de solidarité sociale. Sur l’ensemble de ce point, V. *infra*, n^{os} *et ss.* et n^{os} et .

²⁸⁴ RÉMOND (R.), Intervention au colloque « Justice ou vengeance », La Croix L’Evènement, Centurion, 1994, p. 115.

²⁸⁵ FRANCK (A.), *op. cit.*, p. 13.

²⁸⁶ La vengeance a pour principal objectif de rétablir une égalité : celui qui se venge souhaite restaurer son honneur, créer une crainte chez l’agresseur initial et parallèlement rabaisser la menace que ce dernier produisait sur sa victime.

²⁸⁷ Sur cette question de la supériorité de l’organe détenteur du droit de punir, V. *supra*, n^o .

²⁸⁸ PUFENDORF (S.), *op. cit.*, T. II, Liv. VIII, chap. III, § VII. De la même manière, KANT précisait que « *la punition ne peut avoir d’existence que dans le rapport d’un supérieur à un inférieur (...)* » (*Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, Paris, Vrin, 1971, p. 230).

pécuniaires. Strictement fixées par les victimes, ces indemnisations-rançons se présentaient comme la négation de la vengeance. Paul-Frédéric GIRARD, dans son *Manuel élémentaire de droit romain*, comparait d'ailleurs cette phase – qui constitue pour lui la seconde phase de l'évolution générale de la justice pénale – à un pardon²⁸⁹. Ainsi, la personne qui possède la faculté de pardonner se place dans une situation supérieure à la personne excusée. Celle-ci attend passivement et docilement la décision du premier sans pouvoir contre-attaquer. Toutefois, en cas de non-versement des sommes, la vengeance *stricto sensu* reprenait ses droits. C'est pourquoi, même retardée par ces compositions pécuniaires, la vengeance restait largement présente dans la sphère privée et aucun rapport de subordination n'existait véritablement dans la mesure où une contre-vengeance pouvait toujours survenir. Cette persistance vindicative ne pouvait être réduite qu'à travers une réelle imposition au domaine privé de ces compositions et donc par l'exercice d'un authentique droit de punir par une autorité supérieure ; autorité qui trouvera par ailleurs sa plus parfaite expression à travers le concept de souveraineté étatique. En d'autres termes, si le droit de punir ne fait pas partie des prérogatives de l'individu-victime, il ne peut que s'inscrire positivement dans la prérogative souveraine de l'Etat.

– Section 2 –

Approche positive du droit de punir : souveraineté de l'Etat et présence du droit de punir au sein du droit pénal

117. *Souveraineté pénale et légitimité.* – La notion de souveraineté permet de répondre à la problématique principale que nous avons posée dès le début de cette étude à savoir la détermination du fondement du droit de punir. Cette « *puissance absolue, perpétuelle et indivisible d'un Etat* »²⁹⁰ permet en effet de justifier l'exercice de ce droit. Mais « *la souveraineté, en tant que pouvoir, présuppose un principe de légitimité* »²⁹¹. En d'autres termes, la souveraineté n'existe qu'à travers la mise en exergue de la légitimité du pouvoir. Or, s'agissant de notre sujet, le caractère légitime du droit de punir n'est pas aisément

²⁸⁹ GIRARD (P.-F.), *op. cit.*, p. 421. V. également *supra*, n° (en note).

²⁹⁰ BABOT (A.), BOUCAUD-MAÎTRE (A.) et DELAIGUE (P.), *Dictionnaire d'histoire du droit et des institutions publiques*, Paris, éd. Ellipses, 2002, p. 396.

²⁹¹ RAYNAUD (P.) et RIALS (S.) (sous la dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, P.U.F., 1996, p. 630 et s.

perceptible. Distinct comme nous l'avons vu de la vengeance, ce droit n'en reste pas moins fondé principalement sur l'axiome suivant lequel « *celui qui a fait mal doit subir le mal* »²⁹². Ainsi, il peut apparaître, suivant une vision humaniste, dans l'incapacité d'être justifié. Pourtant un fondement permettant de légitimer la souveraineté pénale et, corrélativement, le droit de punir existe et doit être recherché. Quel est ce mécanisme de légitimation et « *d'où dérive la mission de celui qui punit ?* »²⁹³.

118. Détermination du critère de légitimité. – Ces interrogations renvoient à la mise en garde de MM. CHAUVEAU et HÉLIE. Ces auteurs estimaient en effet qu'il n'est pas bon « *de supposer la légitimité du droit de punir, parce que ce droit existe* »²⁹⁴ mais qu'il convient au contraire d'engager une large réflexion sur celle-ci ; la difficulté restant celle relative à la détermination du critère de la légitimité du droit de punir.

D'aucuns s'appuient sur la modération de la peine²⁹⁵. Mais pouvons-nous raisonnablement croire que la légitimité du droit de punir provient du seul adoucissement de la peine, laissant ainsi « *les occidentaux [à penser] que leur pénalité [est] justifiée, ne serait-ce que parce qu'elle [est] moindre que dans les autres sociétés* »²⁹⁶ ? Rien n'est moins sûr et il convient alors de poser une explication plus juste.

119. Légitimation par la raison et l'utilité. – La punition « *suppose nécessairement un pouvoir, un pouvoir légitime, que la raison avoue, qui tire de la raison sa force morale, son autorité* »²⁹⁷. Dans cette même perspective, un extrait du *Léviathan* de T. HOBBS donne une réponse claire à ce problème de la légitimité du droit de punir. A travers les traits du

²⁹² GROTIUS (H.), *op. cit.*, Liv. II, chap. XX, I, 2. Pour une approche positive de cette affliction, V. notamment MAUS (I.), *De la justice pénale. Etude philosophique sur le droit de punir*, Paris, Félix Alcan éditeur, 1891, p. 125. L'auteur précise que le droit de punir à travers le prononcé d'une peine « *tourne au bien du coupable, (...) est un bien pour lui* » car cela lui permet de « *quitter la voie du mal, pour retrouver les avantages d'une vie honnête* ».

²⁹³ ROSSI (P.), *op. cit.*, t. 1, p. 111.

²⁹⁴ CHAUVEAU (A.) et HÉLIE (F.), *op. cit.*, p. 3. Sur ce point, GROTIUS ne nous apporte aucune aide lorsqu'il précise que « *celui qui punit doit, pour punir légitimement, avoir le droit de punir* » (*op. cit.*, Liv. II, chap. XX, II, 3). Si légitimité et droit de punir sont certes imbriqués, il conviendrait de déterminer plus franchement la teneur de cette légitimité.

²⁹⁵ Certains auteurs, à l'image de DE BROGLIE, estiment que la peine est naturellement légitime et que seul son exercice doit être fondé grâce à un objectif légitime (*Revue française*, t. III, 28 janvier 1828, p. 41). Cette analyse reste spécieuse car tous les éléments sont liés ; la peine n'étant fondée qu'à travers une application conforme à un but légitime.

²⁹⁶ En ce sens, V. GIRARD (R.), « Les violences », *op. cit.*, p. 13.

²⁹⁷ ROSSI (P.), *op. cit.*, t. 1, p. 104.

souverain – qui est nécessairement légitime puisque issu du consentement de chacun²⁹⁸ – HOBBS énonce que « *le but de cette institution [le souverain] est la paix et la défense de tous* »²⁹⁹. Le droit de punir existe et semble pouvoir être légitimé par le seul fait que ce droit constitue un facteur de maintien et de défense de l'intérêt général³⁰⁰, c'est-à-dire un outil de conservation de l'harmonie des rapports sociaux.

Prenant les traits du droit pénal, cette intervention punitive n'est donc guidée que par cette seule préoccupation. Ce droit doit en effet « *pourvoir à tous les besoins de la défense sociale* »³⁰¹. S'appuyant sur les lois répressives, « *la société (...) ne doit punir que si son intérêt et la morale sociale sont en cause* »³⁰². De ce fait, « *la contrainte pénale, marquant l'extrême limite du pouvoir de l'Etat, ne peut être employée que si le dommage, dont l'action ou l'omission incriminée menace un bien protégé par la loi, est un dommage social, c'est-à-dire tel qu'on n'ait pas d'autre moyen que de punir pour pourvoir à la défense de l'ordre public* »³⁰³. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen énonce ce principe en son article 12³⁰⁴. Le droit de punir est ainsi justifié par la protection qu'il apporte « *à l'ordre légitime* »³⁰⁵ d'une société. Aussi, face à cette exigence de conservation du bien-être social, devons-nous analyser dans quelles mesures celle-ci peut être satisfaite et donc dans quelles mesures le droit de punir pourra devenir véritablement légitime.

120. Droit de punir et Etat. – Aucun doute ne semble persister sur le fait que ce serait l'Etat qui attribuerait au droit de punir, sa raison d'être. Dès lors que l'on notera l'existence de l'Etat, nous serons immédiatement confrontés à l'exercice du droit de punir ; celui-ci existant alors à travers l'Etat. Une question reste toutefois en suspens. Le droit de punir existait-il

²⁹⁸ V. sur ce point, LESSAY (F.), *Souveraineté et légitimité chez Hobbes*, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 1988, p. 145 citant RANGEON (F.), *Hobbes. Etat et droit*, Paris, Albin Michel, 1982.

²⁹⁹ HOBBS (T.), *Léviathan*, *op. cit.*, p. 212.

³⁰⁰ L'intérêt général est quasi-unanimement reconnu comme le fondement privilégié du droit de punir. Si nous approchons ce terme en droit comparé, nous ne pouvons que conclure identiquement. V. notamment, LIVINGSTON (E.), *Exposé d'un système de législation criminelle pour l'Etat de la Louisiane et pour les Etats-Unis d'Amérique*, 2 vol., Paris, Guillaumin, 1872. Pour une approche des fluctuations de la notion d'intérêt public, V. FRANCK (A.), *op. cit.*, p. 19 et s.

³⁰¹ MAUS (I.), *op. cit.*, p. 209.

³⁰² DU CHAFFAUT (L.), *thèse précit.*, p. 125.

³⁰³ GARRAUD (R.), *op. cit.*, p. 9. V. également ROSSI (P.), *op. cit.*, t. 1, p. 142 ; DE BROGLIE, *op. cit.*, p. 41 : « *le citoyen coupable pourrait se plaindre, non point de subir l'expiation de la peine, mais de la subir de la main du législateur, si le législateur l'exigeait dans une autre vue que le maintien de la paix publique* ».

³⁰⁴ Selon cette disposition, la « *garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique. Cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée* » (c'est nous qui soulignons).

³⁰⁵ HÉLIE (F.), *Introduction et commentaire à Des délits et des peines de Beccaria*, *op. cit.*, p. XLV.

avant l'Etat ?³⁰⁶ Une réponse positive semble devoir être ici apportée. En effet, avant même la prépondérance de l'Etat, l'émancipation de la société face à l'individu a permis une rationalisation de la vengeance et l'éclosion des prémices d'un droit social de punir. Toutefois, si l'immixtion du corps social au sein du système vindicatif permit une rationalisation de celui-ci, amenant ainsi à un régime de justice privée (§ 1), nous ne pouvons nier le fait que seule une justice issue pleinement de l'Etat a pu véritablement consacrer le droit de punir (§ 2).

§ 1. – De la justice privée : rationalisation de la vengeance et prémices du droit social de punir

121. Illégitimité du pouvoir de punir vindicatif. – Absence totale de légitimité de toute faculté punitive : telle était ainsi la situation de l' « *humanité présociale et préjuridique* »³⁰⁷. Nous venons en effet d'apprécier les raisons pour lesquelles la victime pouvait se prévaloir d'un *pouvoir* de punir mais également dans quelles mesures celui-ci ne pouvait constituer un fondement légitime du *droit* de punir. GROTIUS estimait « *que l'homme n'est pas légitimement puni par l'homme, lorsqu'il ne l'est qu'en vue de la punition* »³⁰⁸. Cette remarque renforce donc notre conviction selon laquelle le seul individu ne peut légitimement punir puisqu'il n'a prioritairement aucun autre but que la protection de ses intérêts personnels. La paix sociale ne constitue nullement son objectif primordial lorsqu'il exerce son pouvoir de punir alors même que cette paix représente le seul élément de légitimation d'un acte punitif. La critique ne tient donc pas au fait que ce soit l'homme qui punisse. La critique prend seulement pour appui le fait que cet homme n'ait pour but principal que son intérêt propre. En réaction à cela, d'aucuns revendiquèrent que « *la vengeance devrait être publique pour être légitime* »³⁰⁹. Cette proposition tenant à l'affirmation d'une vengeance publique ou d'une justice privée³¹⁰

³⁰⁶ Une telle interrogation n'est pas sans faire naître chez nous un problème beaucoup plus profond qui est celui de savoir si le droit a précédé l'Etat ou si l'Etat n'a pas plutôt précédé le droit. La controverse entre jusnaturalisme et positivisme se trouve ici à nouveau révélée.

³⁰⁷ GARAPON (A.), GROS (F.) et PECH (T), *op. cit.*, p. 116.

³⁰⁸ GROTIUS (H.), *op. cit.*, Liv. II, chap. XX, V, 4.

³⁰⁹ DURAND (J.-P.), « Loi du talion et droit canonique » in Colloque « Violence, vengeance et justice », *op. cit.*, p. 27.

³¹⁰ Au fil de nos lectures, nous avons pu remarquer que les deux notions sont synonymes. Traitant d'un seul et même phénomène, les auteurs choisissent l'une ou l'autre des expressions. La formule "justice privée" semble toutefois plus couramment utilisée : V. notamment, WEILL (A.) et TERRÉ (F.), *Droit civil. Introduction générale*, Paris, Dalloz, 1979, p. 205 ; BOUZAT (P.) et PINATEL (J.), *op. cit.*, t. 1, n° 23 ; DECOCQ (A.), *op. cit.*, p. 26 ; CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 12 ; GUINCHARD (S.) *et al.*, *op. cit.*, n° 16 ; PRADEL (J.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 80, p. 82 ; CUSSON (M.), *op. cit.*, pp. 63 et ss. ; TERRÉ (F.), *Introduction au droit*, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 2003, n° 91. Pour une utilisation de l'expression "vengeance publique", V. GARRAUD (R.), *op. cit.*, n° 18 ; CARBASSE (J.-M.), *op. cit.*, n° 1, p. 14 ; DELMAS-MARTY (M.), *Les*

semble en effet la seule et unique solution pour parvenir à une légitimation intégrale du droit de punir.

122. Naissance de la justice sociale. – Nous remarquons que la notion de justice fait ici son apparition. Cela provient du fait que « *la société impose un minimum de règles et limite l'arbitraire* »³¹¹. En effet, la société, entité neutre et impersonnelle, s'empare progressivement de la réaction punitive et vindicative individuelle, que celle-ci ait été délaissée et déléguée à la société ou bien qu'elle fut accaparée unilatéralement par le groupe social. Ainsi, la « *justice, comprise d'une façon positive, dans son rôle terrestre, n'est autre chose que la préoccupation d'assurer aux hommes le maximum de vie et de bonheur possibles, elle est l' "altruisme", c'est-à-dire l'amour de nos semblables* »³¹². De ce point de vue, il semble que seule la société, par son intervention, puisse établir une telle œuvre de justice ; justice qui, *in fine*, n'est pas incompatible avec le droit de vengeance dans la mesure où elle en est la rationalisation³¹³.

On s'aperçoit donc que la vengeance et la justice sont assez proches l'une de l'autre et s'entremêlent ici dans une acception commune ; « *qu'est-ce que la vengeance en vérité, sinon la forme pré-juridique, pré-judiciaire de la rétribution des fautes, et donc de la justice ? (...) La vengeance n'est [finalement] rien d'autre que la justice demeurée privée (...)* »³¹⁴.

123. Puisque « *l'individu n'a pas le droit de punir* »³¹⁵, il reste donc à savoir quel est alors le rôle exact de la société à ce niveau-ci de l'évolution pénale. Le passage de l'état de nature à l'état social a nécessairement eu des répercussions sur la nature de la réaction punitive³¹⁶ ; la

chemins de la répression, op. cit., p. 72 (cet auteur reprend les deux terminologies mais réfute la notion de "justice privée", qui lui semble refléter un mode barbare de résolution des conflits. Précisons que nous nous opposons à une telle opinion dans la mesure où, selon nous, l'utilisation du mot *justice* ne saurait en aucune façon être assimilée à de la barbarie. V. également la distinction originale de P.-F. GIRARD dans son *Manuel élémentaire de droit romain* (op. cit., p. 421 ; V. également *supra*, n° , en note).

³¹¹ CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 12.

³¹² TISSEIRE (F.), *thèse précit.*, p. 270.

³¹³ Concernant la rationalisation de la vengeance privée, V. DELMAS-MARTY (M.), *Les chemins de la répression*, op. cit., p. 72. Dans le même sens, mais prenant appui non sur la société mais sur l'Etat, Norbert ROULAND énonce que « *l'Etat, qui met fin à la vengeance, exprime donc la victoire de la raison sur l'instinct animal* » (op. cit., p. 319). Pellegrino ROSSI expose également que « *le pouvoir social ne fait qu'exercer ce même droit [de punir] que lui ont cédé les individus, en se réunissant en corps politique* » (op. cit., p. 106). Enfin René GIRARD précise que « *les sociétés modernes doivent (...) réduire au silence la vengeance partout où elle resurgit* » (« Les violences », op. cit., p. 22).

³¹⁴ VULLIERME (J.-L.), « La fin de la justice pénale (Polysémie de la peine, pluralité des modes de réparation) », *Arch. phil. dr.*, t. 28, 1983, p. 168 et s.

³¹⁵ FRANCK (A.), op. cit., p. 26. V. également GARRAUD (R.), op. cit., n° 2 : « (...) le droit de punir n'appartient pas à l'offensé, mais à la société ».

³¹⁶ Pour une approche beaucoup plus modérée, V. ROSSI (P.), *ibid.*

société étant effectivement intervenue pour réguler la vengeance privée (A). Continue-t-elle pour autant à poursuivre une logique vindicative ? Rien n'est moins sûr. Il conviendra alors de déterminer une nouvelle raison d'être à cette intervention du corps social. Sa propre défense apparaîtra sur ce point comme un fondement satisfaisant en ce domaine (B).

A. – Assimilation de la société à une autorité régulatrice de la vengeance privée

124. Vers une reconnaissance de la vengeance ? – Le problème de savoir si une assimilation entre la justice privée et le droit de punir est possible, peut être clairement posé de la manière suivante : « *La vindicte publique, n'est-elle pas de nature à nous faire croire que le droit de punir pris en lui-même, quand on remonte jusqu'à son principe et qu'on fait abstraction des causes qui l'ont fait passer des mains de l'individu dans celles de la société, (...) n'est pas autre chose que le droit de se venger ?* »³¹⁷. La mainmise de la vengeance privée par le corps social semble modifier la nature de celle-ci. Autrefois dénuée de toute référence au droit de punir, il apparaît maintenant que cette vengeance publique – ou cette justice privée – soit effectivement considérée comme une véritable prérogative punitive et reconnue comme telle. Toutefois, cette reconnaissance n'occulte nullement le fait selon lequel, si elle tend à s'amoindrir, la logique vindicative perdure malgré tout et ce même si une rationalisation a eu lieu. Le droit de punir se dessine progressivement sans encore totalement se révéler³¹⁸.

Afin de percevoir dans quelles mesures la société a permis une régulation de la vengeance privée (2°), il convient tout d'abord de s'intéresser aux différentes théories basées sur la formation de la société (1°).

1°/ Réflexions sur la formation de la société : exposé des théories fondatrices du corps social

125. Une brève présentation des principales théories s'intéressant à l'apparition de la société s'impose à nous pour que notre approche de la justice privée soit complète. Deux thèses sont traditionnellement avancées afin d'expliquer la naissance du corps social. Soit la société résulte d'une convention : c'est la théorie du contrat social (a) ; soit au contraire la

³¹⁷ FRANCK (A.), *op. cit.*, p. 12.

³¹⁸ C'est en suivant une telle analyse que MM. VOUIN et LÉAUTÉ purent affirmer que même si « *le Droit social de punir ne peut remonter dans le passé au-delà de l'organisation des sociétés (...) il n'[existe toutefois] pas davantage lorsque le pouvoir social n'intervenait encore que pour réglementer l'exercice de la vengeance privée* » (*op. cit.*, p. 4).

société est inhérente à l'homme : c'est la théorie de la coexistence naturelle de l'homme et de la société (b).

a. La théorie du contrat social

126. Nécessité du pacte social. – Suivant les partisans de la théorie contractualiste, les hommes jouissaient dans l'état de nature d'une totale liberté et résolvait les différents conflits naissants de manière tout aussi libérale et violente. C'était, et nous l'avons vu³¹⁹, le règne de la vengeance privée. « *Dans la mesure où l'état de nature [était] un état tendant vers la solution violente des conflits, il ne [sut] être une forme satisfaisante* »³²⁰ pour l'homme. En effet, cette phase était loin de garantir une paix stable dans la mesure où « *chacun et chacune [pouvaient] tuer l'autre, le réduire en esclavage, s'approprier ses biens (...) pour peu qu'ils aient l'envie et le moyen de le faire* »³²¹. Devant la nécessité d'enrayer une telle logique, les hommes n'eurent « *d'autre moyen, pour se conserver que de former par agrégation une somme de forces qui puisse l'emporter sur la résistance (...) et de les faire agir de concert* »³²². Mais pour parvenir à un tel rassemblement de forces, il apparut nécessaire de recourir à la volonté de chacun de renoncer à une part – la plus réduite – de sa liberté naturelle.

Ce serait donc pour mettre fin à une telle instabilité que les hommes s'unirent à travers un pacte social³²³. Mais « *ce n'est pas n'importe quel pacte qui [mit] fin à l'état de nature entre les hommes, mais seulement celui qui [consistait] à se mettre d'accord les uns avec les autres pour entrer dans une seule communauté, et faire un seul corps politique* »³²⁴. De cette

³¹⁹ V. *supra*, n° .

³²⁰ HÖFFE (O.), *Introduction à la philosophie pratique de Kant. La morale, le droit et la religion*, Paris, Vrin, 1993, p. 220.

³²¹ PIRES (A. P.), « Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne » in DEBUYST (C.), DIGNEFFE (F.) et PIRES (A. P.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, vol. 2, *op. cit.*, p. 104.

³²² ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, *op. cit.*, Liv. I, chap. VI.

³²³ BECCARIA énonce cette idée de la manière suivante : « *Ce fut donc la nécessité qui contraignit les hommes à céder une partie de leur liberté* » (*op. cit.*, § II).

³²⁴ LOCKE (J.), *Le Second Traité de gouvernement*, Paris, P.U.F., 1994, chap. 2, § 14 cité in TERREL (J.), *op. cit.*, p. 251 (traduction modifiée). John RAWLS exposait ce même point de la manière suivante : « *Les hommes doivent décider par avance selon quelles règles ils vont arbitrer leurs revendications mutuelles et quelle doit être la charte fondatrice de la société* » (*Théorie de la justice*, Paris, Seuil, coll. Points Essais, 1997, p. 38).

contractualisation, implicite, hypothétique voire fictive³²⁵, est né le groupe social qui s'est vu alors assigner le rôle essentiel de promouvoir un bien-être général.

127. Transfert de pouvoirs. – Parallèlement à l'attribution de cette mission, s'est posée la question de l'origine des pouvoirs nécessaires à sa réalisation. La solution est avancée par John LOCKE : « *Quand les hommes sortent de l'état de nature pour s'unir en une communauté, on doit toujours comprendre qu'ils abandonnent à la majorité de la communauté tout le pouvoir nécessaire aux fins pour lesquelles ils s'unissent en société* »³²⁶. Les pouvoirs que possède la société après la conclusion du pacte social ont donc de toute évidence été transmis par les contractants qui en possédaient auparavant la jouissance. Il y a donc une passation de pouvoirs entre les individus et le corps social ; pouvoirs devenant droits sociaux par le seul effet de cette délégation. Ainsi, du seul fait de cette transmission mutuelle des libertés, « *chacun s'unissant à tous n'[obéit] pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant* »³²⁷.

b. La théorie de la coexistence naturelle de l'homme et de la société

128. Sociabilité naturelle de l'homme. – Malgré l'apparente exclusivité que semble détenir la théorie contractualiste, nous ne pouvons passer sous silence l'autre thèse toute aussi apte à expliciter le fondement de la société. Afin de percevoir le plus justement possible cette théorie, il est possible de reprendre la présentation qu'en faisait CARRÉ DE MALBERG : « *l'homme est un être incapable de subsister autrement qu'en société ; et par suite, prétendre séparer en lui l'être individuel et l'être social, supposer que le premier précède le second, en un mot isoler l'individu de la société, ne fût-ce qu'un instant de raison, c'est une conception*

³²⁵ La grande majorité des auteurs présentent le contrat social comme une fiction. V. notamment HOBBS (T.), *Léviathan*, op. cit. ; FILMER (Sir R.), *Observations on Mr Hobs Leviathan*, § 9 in FILMER (Sir R.), *Patriarcha and Others Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 189 ; MUYART DE VOUGLANS (M.), *Réfutation des Principes hasardés dans le « Traité des délits et des peines »*, Lausanne, Desaint Librairie, 1767, spéc. p. 85 ; ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, op. cit., Liv. I, chap. VI ; BENTHAM (J.), *Théorie des peines et des récompenses*, Bruxelles, Société Belge de Librairie, 1840, I, Liv. I, chap. I, 17 ; ROSSI (P.), op. cit., t.1, pp. 190 et ss. ; KANT (E.), *La métaphysique des mœurs*, op. cit., part. I., § 47-52 ; HÉLIE (F.), *Introduction et commentaire à Des délits et des peines de Beccaria*, op. cit., p. XLIV ; RAWLS (J.), op. cit., p. 38 ; VARAUT (J.-M.), *Le droit au droit*, Paris, P.U.F., 1986, p. 39. Certains auteurs ont tenté d'expliquer pourquoi le contrat social ne pouvait être conforme à la réalité : V. notamment PUFENDORF (S.), op. cit., VII, chap. 2, § 20 ; LOCKE (J.), op. cit., chap. 8, § 116-122.

³²⁶ LOCKE (J.), op. cit., chap. 8, § 99.

³²⁷ ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, op. cit., Liv. I^{er}, chap. VI.

vide de sens aussi bien au point de vue théorique qu'au point de vue des réalités »³²⁸. Ainsi, depuis les premiers souffles de la vie humaine, le concept de société est présent et l'homme n'est autre qu'un animal sociable³²⁹. Cette « *sociabilité est donc une nécessité que l'Histoire et la nature démontrent. Dire que la société est indispensable, que c'est l'état naturel de l'homme, c'est exprimer (...) une vérité aussi incontestable qu'un axiome géométrique* »³³⁰.

129. Suivant cette théorie, aucun état de pure nature n'aurait existé. Ainsi, « *il n'y a jamais eu pour l'homme de temps antérieur à la société, parce qu'avant la formation des sociétés politiques, l'homme n'est point tout-à-fait homme* »³³¹. La société s'inscrit donc dans une logique fondatrice de l'homme. L'homme est né en société, s'est formé et développé en son sein. Le corps social est plus qu'une création de l'homme ; il en est le fondement³³². De ce point de vue, la sociabilité est donc moins perçue comme une donnée contrainte par la conservation de l'homme que comme un élément inhérent à la nature humaine. Il y aurait donc comme une « *norme fondamentale que l'homme est un animal politique, créé pour vivre en société, et que par conséquent sa nature est d'être sociable. L'homme est fait pour la société et la société pour l'homme, telle est la nature des choses* »³³³. De cette précision nous déduisons logiquement qu'aucun accord artificiel ne fut conclu entre les hommes afin de

³²⁸ CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, Paris, Sirey, 1920, n° 19.

³²⁹ La horde qui serait le plus archaïque groupement humain serait une des premières formes d'organisation sociale. Sur ce point, V. GARÇON (E.), *op. cit.*, p. 10.

³³⁰ BASSINET (M.), *De l'abolition de la peine de mort, précédée de quelques réflexions sur le droit de punir*, Nevers, 1847. Et l'auteur poursuit : « *Le principe contraire sur lequel reposent le contrat social de J.-J. Rousseau et le système de Th. Hobbes, qu'on en déduise le pouvoir d'un seul ou la souveraineté du peuple (...), n'est qu'un principe faux et matérialiste, qui peut servir à créer l'autorité et l'individualisme, mais qui n'explique pas la solidarité et la fraternité humaine (...)* » (*ibid.*). V. également DE MAISTRE (J.), *De la souveraineté du peuple. Un anti-contrat social*, Paris, P.U.F., coll. Questions, 1992, p. 101 et s. : « *L'état de nature pour l'homme est donc d'être ce qu'il est aujourd'hui et ce qu'il a toujours été, c'est-à-dire sociable* ». Pour une approche moins tranchée et plus sceptique de la sociabilité naturelle de l'Homme, V. la thèse de l' « *insociable sociabilité des hommes* » d'Emmanuel KANT (*Idée d'une histoire universelle d'un point de vue cosmopolitique (quatrième proposition)*), trad. J.-C. Goddard, Paris, Hachette, coll. Classiques Hachette, 1997, p. 19). KANT expose ici le fait que d'une part l'Homme est enclin à entrer en société notamment pour son propre épanouissement mais que, d'autre part, l'Autre apparaît comme une gêne et pousse l'Homme à se replier sur lui-même et refuser la sociabilité.

³³¹ DE MAISTRE (J.), *De la souveraineté du peuple. Un anti-contrat social*, *op. cit.*, p. 97.

³³² Selon J.-M. VARAUT, « *la société se constitue d'elle-même antérieurement et indépendamment de toute volonté de la faire être* » (*op. cit.*, p. 39).

³³³ MARTIN (R.), « *Aller et retour de Kelsen à Aristote* », *RTD civ.* 1997, p. 390. V. également GARÇON (E.), *Le droit pénal. Origines, évolution, état actuel*, *op. cit.*, p. 4 : « *Il est (...) parfaitement inutile de chercher l'origine de la société : comme les sociétés animales, elle s'impose comme un fait* ». Ce même auteur souligne encore le fait que « *la société (...) est aussi ancienne que l'homme même puisqu'elle lui est imposée par sa nature* » (*ibid.*, p. 30).

parvenir à une union protectrice des libertés³³⁴. En un mot, l'homme est un être social par nature.

130. Utilité de ces théories. – Que nous plaidions pour telle ou telle théorie (la théorie du contrat social ou la théorie de la coexistence naturelle de l'homme et de la société), la société est devenue l'apanage de l'homme. Dès lors, devant cette prégnance sociale inévitable, il convient à présent de savoir si ces théories rendent pleinement compte de la régulation sociale de la vengeance et relatent conséquemment la naissance d'un droit social de punir.

2°/ Régulation de la vengeance par la société : prémices du droit social de punir

131. La prise en mains de la vengeance privée par la société peut sommairement apparaître comme une simple reprise de la logique vindicative. Mais le rôle joué par le groupe social fut beaucoup plus prégnant. Celui-ci devient en effet une véritable autorité *régulatrice* de la vengeance. Pour établir cette régulation, reprenons les théories sus-énoncées et percevons leur pertinence face à cet objectif (a). Démontrent-elles suffisamment la régulation effectuée par la société ? Nous pouvons en douter. Aussi, devant leur faiblesse, une approche éclectique devra-t-elle être préférée (b).

a. Régulation sociale de la vengeance : manque de pertinence des théories traditionnelles

132. Reprenons successivement les deux théories analysées précédemment, la théorie du contrat social (1) et la théorie de la coexistence naturelle de l'homme et de la société (2), en jugeant de leur pertinence quant à une mise en évidence de la régulation de la vengeance par le groupe social.

1) Analyse de la pertinence de la théorie du contrat social

133. Interdépendance entre le pacte social et le droit de punir. – L'ensemble des auteurs contractualistes perçurent l'intérêt – et les difficultés – qu'il y avait à analyser la relation entre la théorie du pacte social et la théorie du droit de punir. Tous ont souligné le fait que ce droit, en tant que fonction primordiale et souveraine de l'activité humaine, pouvait constituer un élément essentiel d'explicitation et de légitimation de leur théorie. Donnée incontournable à toute analyse du groupe social, l'étude du droit de punir devenait donc inévitable pour les

³³⁴ L'union entre les hommes existe naturellement de sorte qu'ils « demeurent naturels de part en part » (GOYARD-FABRE (S.), *Pufendorf et le droit naturel*, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 1994, p. 169).

tenants du contrat social. Mais si ces auteurs ont tenté de concilier cette théorie avec le droit de punir, la conclusion qui semble s'imposer apparaît plutôt négative.

134. Rationalisation de la vengeance par le contrat social. – ROUSSEAU est sans nul doute l'auteur qui a perçu le plus justement le lien qui unit la société et le droit de punir. Que ce soit dans le *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité* ou dans le *Contrat social*, ROUSSEAU expose clairement que l'homme social est dans un état contraire à celui aspiré originellement³³⁵. Loin d'être libre, l'homme est au contraire réduit en servitude par le groupe social. Comment alors ne pas faire ici la comparaison entre cette servitude et l'accaparement par la société du droit de punir. Certes la société possède cette prérogative fondamentale, mais ceci ne semble nullement garantir les individus de tout arbitraire ni surtout protéger leur liberté. La société s'est emparée de la vengeance mais n'a, semble-t-il pas modifié son exercice ; elle « *cherche à attirer à elle la distribution des châtiments, mais elle n'en change pas sur-le-champ la nature ; (...) elle continue le même système* »³³⁶. Aucune rationalisation n'est donc *a priori* intervenue.

Face à ce malheureux constat, l'on s'est alors penché sur une théorie qui répondrait précisément à ces diverses aspirations : fonder une société détenant le droit de vengeance et l'exerçant de manière rationnelle. BECCARIA a le plus parfaitement démontré comment le pacte social pouvait constituer le fondement légitime du droit de punir et pourquoi ce droit était nécessaire à la pérennité de la société. Les hommes souhaitant garantir leur liberté et leur sécurité transfèrent à la communauté un minimum de liberté ; « *l'ensemble de ces plus petites portions possibles [constituait] le droit de punir* »³³⁷ et permettait alors aux hommes de ne pas « [retomber] *dans l'ancien isolement social* »³³⁸. Par ces propos, il semble que cette thèse permette véritablement une rationalisation de la vengeance et une consécration d'un droit social de punir. « *Par le pacte originel, ceux qui [entrèrent] dans une société civile [abandonnèrent] à la communauté politique le droit d'exercer ce droit despotique [de prendre la vie ou d'asservir]* »³³⁹. Ce n'est plus l'individu mais le corps social dans toute sa neutralité

³³⁵ V. ROUSSEAU (J.-J.), *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité* (seconde partie) in ROUSSEAU (J.-J.), *Œuvres complètes*, III, Paris, Gallimard, 1964, p. 177 : « *Tous coururent au devant de leurs fers croyant assurer leur liberté* ». V. également, *Du contrat social*, op. cit., Liv. I^{er}, chap. I^{er} : « *L'homme est né libre, et partout il est dans les fers* ».

³³⁶ CHAUVEAU (A.) et HÉLIE (F.), *Théorie du Code pénal*, t. I, Paris, L.G.D.J., 6^{ème} éd., 1887, p. 3.

³³⁷ BECCARIA (C.), op. cit., § II.

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ TERREL (J.), op. cit., p. 291. V. également FOUCAULT (M.), op. cit., p. 355 : « *On pose souvent la question de savoir comment, avant et après la Révolution, on a donné un nouveau fondement au droit de punir. Et c'est sans*

qui s'empare et exerce – tout en le modifiant – le droit de vengeance. En consentant au pacte social, les individus ont délégué à la société leur pouvoir de punir. Cette rationalisation étant accentuée par le fait que la réaction punitive de la société doit être strictement limitée à ce qui est nécessaire³⁴⁰.

135. Contrat social et fondement profane du droit de punir. – A l'image de ce qu'énonce Roger LALLEMAND, « *il n'apparaît pas nécessaire de chercher le fondement du droit de punir dans une transcendance divine. La force et la certitude des valeurs sur lesquelles se fondent les pratiques répressives des Etats, ne se trouvent pas en une croyance en Dieu, mais dans ce pacte social, à conviction et à intensité variables, et que nous réaffirmons implicitement tous les jours en chacun de nos actes publics (...)* »³⁴¹. Seule la société civile³⁴² constituée à partir d'une volonté d'union et de destitution semble pouvoir établir une telle assise irréprochable. Le droit de punir et sa légitimité se trouvent donc ici fondés de façon profane³⁴³.

136. Droit de punir et inconsistance de la théorie contractualiste. – Le droit de punir semble avoir trouvé ici un fondement véritable : réduire au minimum sa liberté pour l'établissement de la paix sociale, « *sacrifier une partie de [sa] liberté à la conservation de l'autre* »³⁴⁴.

Mais de nombreux éléments interviennent ôtant toute pertinence à la théorie du contrat social quant à une justification du droit social de punir. Cette justification ne serait finalement que très indirecte, « *la théorie moderne du pacte social (...) [n'étant qu'] un moyen de donner aux Etats une légitimité exclusivement humaine et de combattre la doctrine du droit divin* »³⁴⁵ et non d'avancer une justification claire de la prérogative punitive. Outre le fait que cette théorie

doute du côté de la théorie du contrat qu'il faut chercher. Mais il faut aussi et peut-être surtout poser la question inverse : comment a-t-on fait pour que les gens acceptent le pouvoir de punir, ou tout simplement, étant punis, tolèrent de l'être. La théorie du contrat ne peut y répondre que par la fiction d'un sujet juridique donnant aux autres le pouvoir d'exercer sur lui le droit qu'il détient lui-même sur eux ». V. enfin ANCEL (M.), *La défense sociale nouvelle*, Paris, Cujas, 3^{ème} éd., 1981, p. 63 et s.

³⁴⁰ Selon BECCARIA, « *il suffirait qu'elle [la cruauté des peines] fût inutile pour être contraire aux vertus bienfaisantes engendrées par une vertu éclairée, car celle-ci aime mieux commander à des hommes heureux qu'à un troupeau d'esclaves où règne constamment un échange de crainte et de cruauté ; mais surtout elle serait contraire à la justice et à la nature même du contrat social* » (*op. cit.*, § III).

³⁴¹ LALLEMAND (R.), « Le droit de punir et le dialogue ambigu du pénaliste et de la conscience publique » *in* RINGELHEIM (F.) (sous la dir.), *Punir mon beau souci, pour une raison pénale*, Bruxelles, Revue de l'Université de Bruxelles, 1984, p. 25.

³⁴² Sur cette notion, V. TERREL (J.), *op. cit.*, p. 59 et pp. 405-406.

³⁴³ C'est cette conception que nous adopterons tout au long de notre exposé.

³⁴⁴ ROUSSEAU (J.-J.), *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité* (seconde partie), *op. cit.*, p. 178.

³⁴⁵ TERREL (J.), *op. cit.*, p. 16.

soit une pure fiction³⁴⁶, il lui est reproché de ne pouvoir nullement fonder le droit de punir. Ce droit serait, suivant cette théorie, non seulement le consentement des contractants à punir autrui mais également à être eux-mêmes punis³⁴⁷. Mais comment raisonnablement croire qu'une personne puisse consentir à une punition ? Selon KANT, « *personne n'est puni pour avoir voulu la peine, mais pour avoir voulu une action punissable* », de sorte qu' « *il est impossible de vouloir être puni* »³⁴⁸. Ce problème s'inscrit avec davantage d'intensité dès lors que notre attention se porte sur la peine de mort. Comment une personne peut-elle donner son accord à être tué, comment peut-elle transférer son droit de mourir, alors même que cette décision, naturelle ou divine, ne serait pas une prérogative humaine³⁴⁹ ? ROUSSEAU parvient à sortir de ce dilemme en énonçant que dans une telle situation – où un rapport hiérarchique s'installerait pour que puisse s'exercer le droit de punir – il n'y aurait pas de véritable contrat³⁵⁰. Il démontre donc clairement que la théorie contractualiste ne saurait instaurer le droit de punir et que ce dernier ne peut trouver de fondement véritable qu'en dehors du pacte social.

137. Ambiguïté sur l'égalité naturelle des hommes. – Cette position remet donc en question la thèse de GROTIUS selon laquelle, par une sorte de rapport contractuel, « *celui qui [a voulu] directement commettre une faute, a voulu aussi, par voie de conséquence, encourir la peine* »³⁵¹. Se fondant sur l'égalité naturelle puis contractuelle, GROTIUS, à l'image de ROUSSEAU, énonce un fort paradoxe dans la mesure où il induit l'existence du droit de punir de l'inégalité du criminel née de l'infraction. Or, s'il démontre une inégalité entre celui qui punit et le criminel, c'est alors en dehors de toute logique contractuelle que s'est instauré le droit de punir. Ce point est renforcé par l'idée selon laquelle le criminel, en violant le pacte social, s'est exclu lui-même de la communauté et, devenu « *l'inférieur de n'importe qui* »³⁵², peut être puni pour son acte. Si ce point est largement repris par les théoriciens du contrat social³⁵³,

³⁴⁶ V. *supra*, n° et la bibliographie en note.

³⁴⁷ ROSSI critique la confusion qui semble être faite par les partisans du contrat social entre le "droit de se punir" et le "droit de punir". Sur ce point, V. ROSSI (P.), *op. cit.*, t. 1, p. 192.

³⁴⁸ KANT (E.), *Métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, p. 218.

³⁴⁹ BECCARIA (C.), *op. cit.*, § XXVIII. Luttant contre la peine de mort, VICTOR HUGO avançait que « *Dieu seul a le droit de retirer ce que Dieu seul a eu le pouvoir de donner* » (*L'Affaire Tapner*, Paris, Librairie Générale française, 1989).

³⁵⁰ ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, *op. cit.*, Liv. III, chap. 16.

³⁵¹ GROTIUS (H.), *op. cit.*, Liv. II, chap. XX, II, 3.

³⁵² *Ibid.*, Liv. II, chap. XX, III, 1.

³⁵³ V. notamment, GROTIUS (H.), *ibid.*; LOCKE (J.), *op. cit.*, chap. 2, § 8, 10, 11 ; BECCARIA (C.), *op. cit.*, § III ; ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, *op. cit.*, Liv. I, chap. VI et Liv. II., chap. V.

il n'en résulte pas moins qu'il ne rend aucun compte du caractère contractuel du droit de punir dans la mesure où c'est hors relation consensuelle, dans un rapport hiérarchique, que ce droit prit naissance.

En dernière analyse, la thèse du contrat ne peut être viable s'agissant de la théorie du droit de punir puisque le criminel ne saurait être exclu de la société par le seul accomplissement de son geste. Il a assurément violé des dispositions d'ordre social ; pour autant, ceci n'engage aucune conclusion définitive quant à sa nature d'être social³⁵⁴. Humanité et sociabilité deviennent alors synonymes. Mais s'appuyer sur cette hypothèse ne revient-il pas à analyser la pertinence de la seconde théorie, opposée à celle du contrat social ?

2) *Analyse de la pertinence de la théorie de la coexistence naturelle de l'homme et de la société*

138. Insignifiance du rôle de la société dans la régulation de la vengeance. – Cette théorie est incompatible avec toute idée de régulation sociale de la vengeance. Si nous excluons de ce système toute idée de pacte social, cela signifie, et nous l'avons vu³⁵⁵, que la société a toujours existé. De ce fait, elle était contemporaine de la vengeance privée. Or cette phase n'était que peu soumise à toute idée de régulation de sorte que, si nous suivons cette thèse, la société ne jouait pas son rôle de limitation de la vengeance. Ainsi, malgré le corps social, les *Erinyes* – déesses de la Vengeance – demeurèrent ce qu'elles étaient ; les *Euménides* – déesses bienveillantes – n'ayant nullement trouvé naissance dans l'éclosion de la société³⁵⁶. Suivant cette théorie, la société n'a donc pas évité une résolution vindicatoire des conflits ou, à tout le moins, n'a pu l'empêcher dans un premier temps. Ultérieurement peut-être, le corps social est parvenu à imposer une certaine limitation de la vengeance. Mais l'exposé de la concomitance de la vengeance et de la société qui est issue de cette thèse prouve que la seconde n'a pas été la restriction originarie souhaitée de la première. Ainsi et alors même que nous nous demandons si, conformément aux théories énoncées, la société peut être l'autorité régulatrice de la vengeance, nous ne pouvons que conclure au manque de valeur de cette théorie de la coexistence naturelle de l'homme et de la société.

³⁵⁴ Pour certains auteurs, et notamment A. P. PIRES, c'est « *la dignité humaine* [fondant] *le contrat* [qui rend] *l'exclusion du contrat impossible* : le groupe [devant] vivre avec ses litiges » (« Kant face à la justice criminelle » in DEBUYST (C.), DIGNEFFE (F.) et PIRES (A. P.), *op. cit.*, p. 203).

³⁵⁵ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

³⁵⁶ Nous nous référons ici à l'*Orestie*, la trilogie dramatique d'ESCHYLE, qui s'appuie sur le thème de la vengeance et de la lutte pour la justice de la Cité (V. ESCHYLE, *Orestie*, Paris, Garnier-Flammarion, 2001).

139. Vers une appréciation nouvelle des théories traditionnelles. – Compte tenu du bilan négatif auquel aboutit l'étude des théories fondatrices de la société, nous pouvons affirmer que ni l'une ni l'autre ne peut être pour nous une donnée utile quant à la présentation de la régulation sociale de la vengeance. Mais si ces deux thèses n'ont aucune pertinence quant à une compréhension véritable de la rationalisation de la vengeance et donc de la naissance du droit de punir, quel système pouvons-nous alors avancer pour soulever un critère régulateur satisfaisant ? La réponse est à trouver dans l'éclectisme de la conception que nous devons nous faire de la rationalisation de la vengeance. Ce n'est plus de manière isolée que nous devons analyser les théories sus-visées mais en rapport avec d'autres données scientifiques et notamment historiques. De cette nouvelle étude jaillira alors l'intérêt indubitable de ces thèses.

b. Régulation sociale de la vengeance : pertinence et nécessité d'une approche éclectique

140. Institutionnalisation de la vengeance. – Loin de s'attarder sur le fait de savoir si la société est un artifice, une nécessité ou au contraire l'essence même de l'homme, nous devons considérer la société comme une donnée historique véritable et, partant de ce postulat, percevoir comment celle-ci est intervenue face à la vengeance privée et s'est imposée comme un mode de justice. C'est donc ici que le concept de rationalisation de la vengeance prend tout son sens. La vengeance est en effet devenue « *une institution juridique du jour où la conscience publique eut commencé à déterminer les circonstances dans lesquelles elle pouvait légitimement intervenir sans justifier à son tour une vengeance* »³⁵⁷. Deux attitudes peuvent ainsi être révélées rendant compte de l'« *effort [social] (...) pour canaliser la vengeance privée* »³⁵⁸ : soit la société modère l'exercice de la vengeance grâce à la loi du talion (1) ; soit elle incite les parties à renoncer à leur pouvoir de vengeance en proposant une composition pécuniaire ou l'abandon noxal (2).

1) Régulation de la vengeance par la modération : le *jus talionis*

141. Conception hâtive et négative de la loi du talion – La loi du talion pourrait, suivant une première acception, être perçue comme la manifestation d'une vengeance suivant une

³⁵⁷ GIRARD (P.-F.), *op. cit.*, p. 421.

³⁵⁸ CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 12.

logique fanatique de proportionnalité. A telle quantité de dommage procurée doit correspondre telle autre quantité de souffrance. Cette identité de rigueur se retrouve *a priori* explicitement à la lecture du *Lévitique* : « Si quelqu'un blesse son prochain, il lui sera fait comme il a fait : fracture pour fracture, œil pour œil, dent pour dent ; il lui sera fait la même blessure qu'il a faite à son prochain (...) Celui qui a frappé une bête la paiera, [mais] celui qui a frappé un homme s'expose à la peine de mort »³⁵⁹. De manière plus profane, le Code d'Hammourabi affirme que « si un maçon a construit une maison pour quelqu'un, mais s'il n'a pas renforcé son ouvrage et si la maison qu'il a construite s'est effondrée et s'il a fait mourir le propriétaire de la maison, ce maçon sera tué »³⁶⁰. Ne s'intéressant nullement à la nature intentionnelle ou non de l'acte, cette disposition prouve le caractère aveugle du talion³⁶¹.

Cette approche traditionnellement négative de la loi du talion, la définissant parfois de « *monstre culturel* »³⁶², ne doit pourtant pas occulter la conception positive de celle-ci que de nombreux auteurs s'attachent à mettre en lumière³⁶³.

142. Conception réfléchie et positive de la loi du talion. – Loin d'apparaître comme une donnée barbare et digne des peuples les plus primitifs, le *jus talionis* se trouve très justement restauré devenant ainsi un moyen de rationalisation de la vengeance³⁶⁴. Deux interprétations sont toutefois développées sur ce point précis : la loi du talion peut d'une part être considérée comme une maîtrise par la société de la réponse vindicative ; mais elle se trouve d'autre part assimilée à un dédommagement, une compensation pécuniaire. Quelle que soit la lecture que nous avons du talion, la logique reste incontestablement celle de limiter la réponse au crime.

143. Talion et proportionnalité raisonnée. – Suivant la première lecture de la loi du talion, celle-ci ne perd pas toute connotation négative dans la mesure où, qualitativement parlant, la souffrance reste la réponse privilégiée. Malgré cette constante, cette vision du talion permet

³⁵⁹ *Lévitique*, XXIV, 19-20-21. Dans le même sens, le *livre de l'Exode* énonce que « lorsque deux hommes en viennent aux mains et heurtent (...) une femme enceinte qu'ils font ainsi avorter [et] s'il en résulte une issue fatale, [on donnera] vie selon vie » (*Exode*, chap. XXI, 22-23 cité in DRAÏ (R.), *Le mythe de la loi du talion*, op. cit., p. 213).

³⁶⁰ Article 229 du Code d'Hammourabi cité in FINET (A.), *Le Code de Hammurabi*, Paris, éd. du Cerf, 1983.

³⁶¹ Aveuglement renforcé par l'article suivant : « Si c'est un enfant du propriétaire de la maison qu'il a fait mourir, on tuera un enfant de ce maçon » (Article 230 du Code d'Hammourabi, *ibid*).

³⁶² DRAÏ (R.), « La loi du talion existe-t-elle en droit comparé ? Loi du talion et droit hébraïque », *op. cit.*, p. 15.

³⁶³ V. essentiellement sur ce point, l'ouvrage très complet du Pr. R. DRAÏ, *Le mythe de la loi du talion*, op. cit.

³⁶⁴ V. DELMAS-MARTY (M.), *Les chemins de la répression*, op. cit., p. 72.

tout de même « *d'opposer un frein, quantitatif au moins, à l'expression de la colère* »³⁶⁵. C'est donc une logique égalitaire – et par là même proportionnée – qui s'instaure alors à la suite de ce *jus talionis*. Avec cet instrument de mesure, la vengeance s'exerce alors de manière rationnelle et devient un mode de réaction contrôlé par le groupe social³⁶⁶. En d'autres termes, la « *loi du talion permet de remplacer la vengeance par la justice* »³⁶⁷.

Mais cette « *identité mimétique entre la violence de celui-qui-a-commencé et la violence de la loi* »³⁶⁸ perd indubitablement de son intérêt dans certains cas particuliers. L'exemple le plus couramment avancé est celui du viol. Comment pouvons-nous raisonnablement croire en une application rigoureuse de la loi du talion dans une telle situation ? Pour des raisons tenant à une impossibilité matérielle et à un bon sens évident, le symbolisme se substituera alors au mimétisme³⁶⁹. Ne voyons-nous pas poindre ici ce que Michel FOUCAULT appelait la « *nouvelle "économie politique" du pouvoir de punir* »³⁷⁰ ? Dans l'affirmative, la rationalité pénale moderne³⁷¹ ou le « *souci de rationalisation* »³⁷² qui semble s'être manifesté au XVIII^{ème} siècle dans le domaine pénal, aurait finalement une origine plus lointaine. En effet, la loi du talion serait déjà l'expression de la volonté d'« *insérer le pouvoir de punir plus profondément dans le corps social* »³⁷³ et donc de parvenir progressivement à une punition plus modérée. Les hommes ont alors compris « *qu'il fallait conquérir une raison dans la vengeance pour accéder à une vie sociale plus fraternelle et plus équitable* »³⁷⁴. C'est pourquoi la justice privée, soumise à la loi du talion, doit déjà être perçue comme un système de rationalisation

³⁶⁵ *Ibid.* KANT va même plus loin en estimant que « *seule la loi du talion (...) peut fournir avec précision la qualité et la quantité de la peine* » (*Métaphysique des mœurs*, op. cit., p. 215 ; c'est nous qui soulignons).

³⁶⁶ MM. CHAUVEAU et HÉLIE estiment en effet que « *tout en reconnaissant le droit des représailles, cette loi en réglait l'usage, elle le contenait dans des limites fixes, elle déterminait la gravité de la peine qu'il pouvait infliger et lui défendait d'aller au delà* » (*Théorie du Code pénal*, 1887, op. cit., p. 6).

³⁶⁷ VALDRINI (P.), « *Loi du talion et droit canonique* » in Colloque « *Violence, vengeance et justice* », op. cit., p. 22. C'est pour cette principale raison que nous préférons l'expression "justice privée" à celle de "vengeance publique" (V. *supra*, n^o et en note). V. également, CHAUVEAU (A.) et HÉLIE (F.), *ibid.* : « *on y trouve un premier pas de la justice* ».

³⁶⁸ PIRES (A. P.), « *Kant face à la justice criminelle* », op. cit., p. 180 et s.

³⁶⁹ Malgré son interprétation stricte de la loi du talion, KANT admettait ce symbolisme et le fait que le viol soit puni de castration. Sur ce point, V. *Métaphysique des mœurs*, op. cit., Appendice 5, p. 246.

³⁷⁰ FOUCAULT (M.), op. cit., p. 96. V. également LARRÈRE (C.), « *Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria* » in PORRET (M.), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Actes du colloque européen de Genève, 25-26 novembre 1995, Genève, Librairie Droz, 1997, pp. 98 et ss.

³⁷¹ Sur cette expression, V. DEBUYST (C.), DIGNEFFE (F.) et PIRES (A. P.), op. cit., passim.

³⁷² VAN DE KERCHOVE (M.), « *Symbolique et instrumentalité. Stratégies de pénalisation et de dépenalisation dans une société pluraliste* » in RINGELHEIM (F.) (sous la dir.), op. cit., p. 123.

³⁷³ FOUCAULT (M.), op. cit., p. 98.

³⁷⁴ DEFOIS (Mgr G.), « *Intervention au colloque Justice ou vengeance* », op. cit., p. 123 (c'est nous qui soulignons).

de la vengeance³⁷⁵. Mais cette modération issue du talion prendrait, selon la seconde interprétation, un tout autre visage : celui de la réparation.

144. Talion et réparation. – La loi du talion se présente ici comme un système de compensations pécuniaires et non plus de rétorsions physiques. Le caractère de justice que nous avons énoncé précédemment semble ici s'intensifier. Excluant toute idée vindicative, certains affirment même qu'« *il ne s'agit pas du tout d'un processus de vengeance, mais d'une recherche fine de la notion de justice* »³⁷⁶. Le talion devrait donc être lu comme une équivalence et non plus comme une vengeance purement corporelle. On privilégie la réparation plutôt que la souffrance. L'étymologie du mot "talion" confirme d'ailleurs cette vue. Du latin *talio*, ce terme est bâti sur le vocable *talīs* qui signifie "tel" ou encore « *de cette qualité, de cette nature, de ce genre* »³⁷⁷. Dès cette précision, le talion ne pourrait donc plus être apprécié d'un point de vue pénal mais devrait au contraire être analysé comme une stricte notion civile. D'ailleurs, sous l'éclairage du droit hébraïque, ce n'est plus sous l'angle dépréciatif qu'il convient d'analyser le *jus talionis* mais sous son angle réparateur.

Quid alors de l'égalité, de la similitude existant entre le crime et la réponse au crime ? Il semble que ce mimétisme n'existe plus³⁷⁸, et ce pour plusieurs raisons. D'une part, la nature de la réponse apportée au crime est différente. Il ne s'agit plus de l'image inversée de l'atteinte physique à la personne ou au bien. D'autre part, la gravité de cette réponse ne pourra à l'évidence atteindre une égalité parfaite avec celle du crime. C'est donc d'un point de vue qualitatif et quantitatif que cette seconde vue du talion s'émancipe de la première. Cette mesure n'est plus employée pour relater l'identique souffrance de la victime et du criminel mais « *est utilisé[e] pour rendre compte de la compensation, de ce règlement particulier par lequel le débiteur doit remplir, selon des modalités appropriées, le vide ou le manque qu'il a provoqué dans la situation ou le patrimoine de la victime du dommage* »³⁷⁹. S'instaure donc

³⁷⁵ Cette rationalisation est renforcée par le fait que la responsabilité personnelle du coupable se substitue à la responsabilité collective du clan. La loi du talion, quelle que soit la lecture choisie, applique la personnalité des peines et suppose donc admis le principe de la responsabilité individuelle. Sur ce point, V. GARÇON (E.), *op. cit.*, pp. 43 et ss.

³⁷⁶ DURAND (J.-P.), *op. cit.*, p. 25.

³⁷⁷ *Dictionnaire Latin-Français Gaffiot*, Paris, éd. Hachette, 1989, v° « Talis ».

³⁷⁸ Nous pouvons même nous demander s'il existe parfaitement dans la première situation. Un meurtre légal vaut-il un homicide involontaire ? Une destruction volontaire de bâtiment vaut-elle un effondrement involontaire dû à une mauvaise construction ?

³⁷⁹ DRAÏ (R.), *Le mythe de la loi du talion*, *op. cit.*, p. 192. Ainsi, « *en cas de dommage causé à l'œil d'une personne la compensation doit être équivalente à la valeur de cet œil* », ni plus, ni moins (*ibid.*, p. 196).

non plus une égalité de souffrance mais une proportionnalité pécuniaire. Cette approche civiliste de la notion de talion nous plonge donc progressivement dans le domaine du droit de la responsabilité civile. La différence entre ce "talion compensatoire" ou "réparateur" et le système des compositions pécuniaires apparaît alors ténue.

2) *Régulation de la vengeance par la renonciation : les compositions pécuniaires et l'abandon noxal*

145. Spécificité des compositions pécuniaires. – La confusion entre la seconde lecture du *jus talionis* et les compositions pécuniaires apparaît à première vue inextricable. GARÇON d'ailleurs n'échappe pas à la difficulté et semble assimiler les deux concepts : « *le système des compositions, précise cet auteur, (...) permet d'éviter le mal physique du talion en indemnisant la victime et en rachetant son œil, sa dent ou son bras, comme on pouvait racheter sa vie elle-même* »³⁸⁰. De ce point de vue-ci, et conformément aux références expresses au dommage subi par la victime, nous ne pouvons qu'entrevoir les compositions pécuniaires comme un mode de réparation de celui-ci. Une distinction peut toutefois être effectuée, nous semble-t-il, entre ces deux systèmes que sont la loi du talion et les compositions pécuniaires.

D'une part, il convient de retenir que les compositions, à la différence du "talion compensatoire", considéraient pour leur calcul, non seulement le dommage subi mais également la position sociale de la victime, la nature et la gravité de l'infraction. Que le délit ait été ou non flagrant, qu'il ait été commis seul ou à plusieurs, qu'il ait atteint un citoyen ordinaire ou un esclave, le montant de la composition se modifiait corrélativement³⁸¹. Le dommage n'est pas le seul élément pris en considération alors même qu'il devrait l'être si nous voulions assimiler les compositions pécuniaires et le talion réparateur. D'autre part et surtout, l'évolution subie par les compositions pécuniaires révèle un élément caractéristique. Durant les périodes grecque et franque, les compositions se divisaient en deux. Une part revenait à la victime (*faïdus*) et s'apparentait ainsi au droit de vengeance, une autre était attribuée au roi (*fredus*) bénéficiant alors à une autorité indirectement touchée par le crime.

³⁸⁰ GARÇON (E.), *Le droit pénal. Origines, évolution, état actuel*, op. cit., p. 40. L'historien ESMEIN paraît établir identiquement cette assimilation : « (...) *les représailles effectives sont écartées, moyennant une indemnité, ou composition de valeur pécuniaire, payée par l'auteur à la victime ou à ses représentants (...)* » (*Cours élémentaire d'Histoire du droit français*, Paris, Sirey, 11^{ème} éd., 1912, p. 36).

³⁸¹ On retrouve ici la spécificité des tarifs de compositions inclus dans la loi salique ou dans la loi des ripuaires. Sur ce point, V. GIRARD (P.-F.), op. cit., p. 421 et s. ; LAINGUI (A.), *Histoire du droit pénal*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 1992, p. 32 ; CARBASSE (J.-M.), op. cit., n^{os} 62 et s.

Cette division prouve que l'esprit vindicatif domine encore largement les compositions pécuniaires et que nous restons quelque peu éloignés de la logique réparatrice³⁸².

146. Compositions pécuniaires substituées à la vengeance. – Ces mesures ne peuvent être considérées exclusivement comme des modes de réparation du dommage puisque pour leur détermination, l'analyse est pluraliste et se fonde sur une multitude d'éléments. Cette pluralité démontre ainsi que les compositions pécuniaires ont une nature véritablement de « *rachat de la vengeance* »³⁸³. Outre l'indemnisation que l'on souhaite obtenir, c'est un ensemble d'éléments et notamment sa dignité que l'on souhaite rétablir. Or ce rétablissement reste l'apanage de la vengeance.

Aussi la *poena*³⁸⁴, souvent présentée comme ayant une forte connotation civile, suit-elle en vérité une logique prioritairement pénale dans la mesure où ce paiement intervient non seulement pour réparer mais également et surtout pour éviter l'exercice de la vengeance³⁸⁵. La composition est « *la récompense de la protection accordée contre le droit de vengeance* »³⁸⁶. Ce paiement se substitue donc à la vengeance et par cette substitution acquiert le caractère strictement punitif qui était la caractéristique de la vengeance. Par les compositions pécuniaires, la société est parvenue à rationaliser la réaction vindicative dans la mesure où le matérialisme punitif de la vengeance traditionnelle se trouve remplacé par un symbolisme punitif d'une nature financière constituant « *la première expression d'un droit pénal* »³⁸⁷. Ce symbolisme n'est-il pas d'ailleurs renforcé dans le cas de l'abandon noxal ?

147. Subsidiarité de l'abandon noxal. – S'inscrivant dans la logique de substitution de la responsabilité individuelle à la responsabilité collective, l'abandon noxal est défini comme « *l'action par laquelle la victime d'un délit demande à celui qui a l'auteur de ce délit en sa*

³⁸² Cette idée reste vraie même si la part revenant au roi peut, d'une certaine manière, être analysée comme la contrepartie et le rétablissement du trouble public causé par le crime. Cette réparation restant en effet très largement symbolique.

³⁸³ CARBASSE (J.-M.), *op. cit.*, n° 30. Ce point est accentué par le fait que l'idée de pacte (*pactio*) reste sous-jacente au système des compositions pécuniaires : « *la victime renonce à se venger pour telle somme coutumièrement fixée* » (*ibid.*).

³⁸⁴ Le terme *poena* est une expression latine désignant la composition pécuniaire, la rançon. Il est emprunté du grec *poiné*.

³⁸⁵ Pour un exposé des discussions sur la nature purement pénale de cette mesure, V. GIRARD (P.-F.), *op. cit.*, pp. 425 et ss.

³⁸⁶ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, XXX, 20.

³⁸⁷ CARBASSE (J.-M.), *op. cit.*, n° 1, p. 14.

*puissance de (...) [le lui livrer] »³⁸⁸. Cet acte n'intervient qu'alternativement en cas de refus du *pater* de payer la composition pécuniaire. Celui-ci abandonne alors, physiquement et moralement, le coupable. Il convient donc d'apprécier le caractère mutuel de cette action. D'une part, le "maître" du coupable accepte de renoncer à l'exercice de sa puissance sur cet individu et corrélativement de son pouvoir personnel de punir. D'autre part, la victime renonce à exercer sa vengeance sur l'ensemble du groupe auquel appartient le coupable. Pour autant, cet offensé pourra, une fois la "livraison" effectuée, assouvir son désir de vengeance, mais sur le *seul* coupable, en lui imposant une charge « *qui compensera le préjudice éprouvé* »³⁸⁹.*

148. Evolution de la justice privée et rôle de la société. – Dans les divers systèmes que nous venons d'énoncer (loi du talion, compositions pécuniaires et abandon noxal), il convient de remarquer que c'est la victime elle-même qui conserve la qualité principale pour punir³⁹⁰. La société n'agit que secondairement – voire subsidiairement – pour limiter l'exercice de la vengeance dans les cas où des abus gravissimes interviendraient.

Face à cette lecture de l'Histoire, ne pouvons-nous pas toutefois établir un positionnement plus clair du corps social dans l'exercice de la justice privée ? Pour établir une réponse, il suffit de percevoir l'évolution même de la punition. Celle-ci « *se présent[ait] à l'origine comme vengeance et [a évolué] vers la défense de la société* »³⁹¹. Puisque nous venons d'apprécier le stade originaire de l'acte punitif, nous devons analyser à présent le second.

B. – Assimilation de la justice privée à un acte de défense sociale

149. Droit de punir et droit de défense sociale : apparente incohérence. – La société punit « *parce qu'elle le doit. Le droit ici n'a d'autre source que le devoir, le devoir le plus étroit, le plus évident et le plus sacré* »³⁹². Loin de se contenter de cette affirmation, il faut se demander pourquoi la société a le devoir de punir. La réponse semble pouvoir être révélée par la

³⁸⁸ GIRARD (P.-F.), *op. cit.*, p. 720. V. également LÉVY-BRUHL (H.), « Sur l'abandon noxal », *Mélanges Ph. Meylan*, vol. 1, Lausanne, Imprimerie centrale de Lausanne, 1963, pp. 193 et ss.

³⁸⁹ GARÇON (E.), *op. cit.*, p. 46.

³⁹⁰ Notons qu'il s'agit d'une véritable punition et non d'un pardon. Une affliction est réellement infligée et subie, ce qui ne saurait être le cas en matière de pardon. Ce dernier est l'expression négative du droit de punir, son inexistence même. Les compositions pécuniaires notamment sont donc des punitions et non une forme de pardon. *Contra*, CARBASSE (J.-M.), *op. cit.*, n° 4, p. 20. Sur le pardon, V. *infra*, n°s *et ss.*

³⁹¹ PONCELA (P.), *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 68.

³⁹² COUSIN (M.) cité in FRANCK (A.), *op. cit.*, p. 57. MM. VOUIN et LÉAUTÉ exprimaient cette même idée : « *La société exerce son droit de punir parce qu'elle le sait nécessaire (...)* » (*op. cit.*, p. 7).

nécessité de sa conservation. Mais nous avons vu plus haut³⁹³ que la conservation individuelle se ramenait à la notion de légitime défense et non à celle de droit de punir. Comment donc se pourrait-il que la société détienne un droit – le droit de punir – que l’individu ne possède pas, alors même que son objet – la défense – est le même ?³⁹⁴ L’explication se trouve dans la révélation des conséquences du recours à la notion de défense sociale³⁹⁵ (2°). Mais avant même de parvenir à ce stade, la société a du faire preuve de volonté quant à la nécessité de rompre avec la logique vindicative ; le concept de défense sociale y ayant fortement contribué (1°).

1°/ Nécessité de rompre avec la logique vindicative et le recours au concept de défense sociale

150. La rupture avec la vengeance (a) et la mise en exergue du concept de défense sociale imposent que nous dégagions la différence qui existe entre la légitime défense individuelle et ce type de défense propre à la société (b).

a. Rupture avec la vengeance

151. Evolution de la réaction sociale. – La société, nous l’avons vu, se garantit contre les attaques qui pourraient l’atteindre. On estime traditionnellement que cette « *réaction se fait d’abord, quand la société est peu organisée, quand elle n’est encore presque qu’un total d’individus (...) par la vengeance privée* »³⁹⁶. Mais dans cette situation, il semble impossible de parler de véritable réaction en vue d’une garantie sociale puisque le seul intérêt sauvegardé paraît être l’intérêt individuel. Plus largement, ces propos sont marqués d’une certaine

³⁹³ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

³⁹⁴ Une incohérence semble en effet se dégager ici. L’individu se défend mais ne possède aucunement un droit de punir. A l’opposé, la société se défend pareillement et possède le droit de punir.

³⁹⁵ Nous employons ici l’expression "défense sociale" dans le sens premier et littéral du terme et moins dans le sens tel que l’envisageaient Filippo GRAMATICA (*Principes de défense sociale*, Paris, 1964) et Marc ANCEL (*La défense sociale nouvelle*, op. cit.). Nous faisons donc davantage référence au premier courant de la théorie de la défense sociale mis en avant par Adolphe PRINS (*La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles, Misch et Thron, 1910 ; *Criminalité et répression, Etude de science pénale*, Bruxelles, Muquart, 1886). Mais avant même ce mouvement du fondateur de l’Union internationale de droit pénal, il est possible de citer comme véritable précurseur de la défense sociale, Enrico FERRI. Celui-ci est en effet le premier qui analysa la réaction de la société comme une défense sans que soit écartée toute référence à la répression (V. *La sociologie criminelle*, Paris, Alcan, 1905, spéc. p. 348). Pour d’autres exemples d’utilisation de cette expression dans le sens que nous privilégions, V. notamment, JOLY (H.), *Le combat contre le crime*, Paris, Léopold Cerf, 1880, pp. 1 et ss. ; ROSSI (P.), op. cit., t. 1, pp. 158 et ss. Cet auteur utilise également le terme de « *défense indirecte* » (*ibid.*).

³⁹⁶ TISSEIRE (F.), *thèse précit.*, p. 157.

imprécision dans la mesure où un contresens s'installe face à l'emploi du mot "société". En effet, ce que nous dénommons *société* « *est tout autre chose que le total des individus (...), [elle] est un véritable être organisé* »³⁹⁷. Et plus ce dernier se développe, plus la vengeance s'amoinde. La réaction collective devient alors la seule réaction concevable qui absorbe dans son domaine les attentats contre les individus. C'est ce que nous avons appelé la rationalisation de la vengeance, conduisant progressivement à une réelle disparition de celle-ci.

152. Réaction sociale vindicative inconcevable. – Par cette rationalisation, il apparaît de manière significative que la société souhaite rompre toute relation avec la logique vindicative et établir un fondement qui lui serait plus conforme. La vengeance ne peut plus constituer, pour toute réaction punitive, une raison d'être satisfaisante. « *Cette justification de la répression (...) n'[est] déjà plus de nature à satisfaire tous les esprits* »³⁹⁸.

Mais le regroupement en un corps social et la cession par chacun des parts de liberté suppose-t-elle pour autant l'annihilation totale de toute logique vindicative et, corrélativement, engendre-t-elle l'apparition d'une réaction punitive étrangère à toute idée de vengeance ? BECCARIA en est convaincu. Il considère en effet que la société ne possède pas un droit « *de frapper pour se venger, mais de punir pour conserver la sûreté des personnes et la tranquillité publique* »³⁹⁹. De ce fait, dès lors que les individus sont parvenus à un niveau de structuration relativement élevé, « *le droit de punir ne saurait être fondé sur la vengeance sociale* »⁴⁰⁰. Quel élément devient alors son nouveau fondement ?

153. Réaction sociale défensive vraisemblable. – « *En face de l'infraction, confie Adolphe PRINS, la société, menacée, s'affirme ; en répondant à l'attaque, elle se borne à obéir au sentiment de conservation de l'espèce ; elle cherche à rendre la vie commune possible* »⁴⁰¹. Cette tendance n'est autre que la reprise de la pensée du positiviste italien FERRI qui, face à la

³⁹⁷ *Ibid.*

³⁹⁸ VOUIN (R.) et LÉAUTÉ (J.), *op. cit.*, p. 4. Cette idée se retrouve également dans ces propos de René GIRARD : « *dans les sociétés archaïques lorsque l'on est obligé de condamner à mort une victime il faut que la communauté toute entière participe à cette mort (...) parce que, si elle n'y participait pas, ce serait la porte ouverte à la vengeance c'est-à-dire le retour à la crise. Les parents de la victime pourraient défendre celle-ci et on retomberait dans une fragmentation vengeresse*, qui est d'abord ce qu'il convient d'éviter » (GIRARD (R.), « Les violences », *op. cit.*, p. 19) (c'est nous qui soulignons).

³⁹⁹ HÉLIE (F.), *Introduction et commentaire à Des délits et des peines de Beccaria*, *op. cit.*, p. XLIV.

⁴⁰⁰ PRADEL (J.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 63.

⁴⁰¹ PRINS (A.), *Criminalité et répression. Etude de science pénale*, *op. cit.*, p. 77.

délinquance, estimait qu'il était « *nécessaire d'enrayer des exagérations déraisonnables contraires à la nécessité suprême de la défense sociale* »⁴⁰². Cette expression de l'auteur transalpin prouve à quel point, loin d'être une ultime justification du droit de punir, la défense sociale constitue bien au contraire l'indispensable condition tendant à l'exercice d'une vie sociale paisible. Ces actes de défense des membres du corps social n'ont donc d'autre but que d'engager la société dans un large processus de sa propre conservation. Pour ce faire, la société, lorsqu'elle se trouve face à un de ses membres, est « *autorisée à [le] contraindre en le forçant à concourir à sa conservation, en exigeant de lui tout ce qui est nécessaire à sa défense et en lui infligeant, quand il l'attaque, une souffrance ou un dommage proportionné à l'étendue de sa rébellion ? Le droit de la société sur l'individu est donc la condition indispensable de son existence* »⁴⁰³.

Nous percevons donc ici les liens étroits qui existent entre la société et l'individu et les rôles interdépendants de chacun d'entre eux. Pour autant, une confusion ne saurait être admise de sorte qu'il convient de distinguer la défense sociale de la légitime défense.

b. Distinction entre la défense sociale et la légitime défense

154. Problématique. – Lorsque nous avons analysé l'action punitive individuelle, nous l'avons entre autres étudiée du point de vue de la légitime défense. Nous avons occulté toute référence au droit de punir parce que l'individu n'a pas ce droit. Il a simplement le droit de légitime défense qui ne peut être assimilé au droit de punir. Avec l'approche sociale de l'action punitive, la logique se trouve inversée. La société possède des prérogatives punitives et nous voulons savoir si celles-ci constituent en quelque sorte un droit de légitime défense. Selon P. ROSSI, « *si l'individu a le droit de se défendre contre l'injuste agresseur, s'il a même le droit d'écarter de lui les attaques imminentes dont il est menacé, pourquoi la société, composée d'individus, ne l'aurait-elle pas ?* »⁴⁰⁴. Le problème reste celui de savoir si ce droit de défense est un droit de défense propre à la société ou au contraire s'il est le droit de chaque individu délégué à la société ?⁴⁰⁵ Dans cette perspective, le droit de punir serait-il la « *cession*

⁴⁰² FERRI (E.), *op. cit.*, spéc. p. 493 (c'est nous qui soulignons).

⁴⁰³ FRANCK (A.), *op. cit.*, p. 77. V. aussi, TISSEIRE (F.), *thèse précit.*, p. 162 : « *La défense est une nécessité naturelle qui, comme bien d'autres ne va pas sans entraîner des maux et des souffrances* ». GAROFALO a également exposé ce point en énonçant que « *si la douleur infligée est nécessaire au salut de la société, que la justice abstraite proteste ; on n'y peut rien* » (*Criminologie*, Paris, Alcan, 1888, p. 314).

⁴⁰⁴ ROSSI (P.), *op. cit.*, t. 1, pp. 106 et s.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 107.

faite à la société d'un droit individuel »⁴⁰⁶ qu'est la légitime défense ou serait-il une notion autonome et étrangère à toute référence individuelle ?

155. Convergences entre défense sociale et légitime défense. – BECCARIA fonde le droit de punir sur « *le droit de légitime défense qu'exerce le corps social* »⁴⁰⁷. L'auteur italien précise en effet que face au dépôt des libertés au bénéfice du souverain, « *il faut le défendre contre les usurpations de chaque individu en particulier* »⁴⁰⁸. Pour lui, « *il y a des cas d'exception, où une société doit assurer sa conservation* »⁴⁰⁹ par un accroissement de la sévérité de certains châtiments. Dans le même esprit, MM. VOUIN et LÉAUTÉ affirmèrent que la légitime défense de la société est un fondement satisfaisant pour le droit social de punir⁴¹⁰. S'agissant véritablement d'une défense, la référence au concept initial qu'est la légitime défense individuelle semble relativement claire. Faut-il pour autant penser que la légitime défense se modifie dès lors qu'on l'entend par rapport à un individu ou par rapport à la société ? A suivre la pensée de certains auteurs, cela ne semble faire aucun doute⁴¹¹. Contrairement à ce que l'on aurait pu croire, un écart tend alors à se dessiner entre les deux conceptions de la défense : défense sociale et légitime défense.

156. Divergences entre défense sociale et légitime défense. – Le rapprochement des concepts reste approximatif et la notion de défense sociale a su s'émanciper du concept originaire de *légitime défense*. Certes « *l'Etat prend à sa charge la légitime défense des particuliers et la répression de ceux qui font tort à l'un ou à l'autre de leurs concitoyens. En passant de l'individu à l'Etat, ce droit de défense et de répression devient certainement plus efficace ; mais ne [subit]-il pas (...) encore d'autres transformations dues au caractère de ce pouvoir durable, institué par le consentement universel ?* »⁴¹² La défense de la société se distingue donc très nettement de la légitime défense. La société cherche à se défendre mais

⁴⁰⁶ FRANCK (A.), *op. cit.*, p. 20.

⁴⁰⁷ CHAUVEAU (A.) et HÉLIE (F.), *Théorie du Code pénal*, t. 1, Paris, Legrand et Descauriet, 1837, p. 3.

⁴⁰⁸ BECCARIA (C.), *op. cit.*, § I. Cette référence au concept de « *défense du bien public* » (LASCOURMES (P.), « Beccaria et la formulation d'un ordre public moderne » in PORRET (M.), *op. cit.*, p. 114) constitue d'ailleurs la relativité du caractère humaniste de la pensée de BECCARIA. Cette référence induit en effet la théorie utilitariste qui tend parfois au prononcé de peines relativement lourdes. BECCARIA renonce certes à la peine de mort mais n'exclut pas pour autant le recours à l'esclavage perpétuel (*Des délits et des peines*, § XXIX). Prenant appui sur les caractéristiques que doit réunir la peine, il énonce toutefois que « *toutes les peines qui outrepassent la nécessité de conserver ce lien sont injustes par nature* » (*ibid.*, § II).

⁴⁰⁹ LARRÈRE (C.), « Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria », *op. cit.*, p. 100.

⁴¹⁰ VOUIN (R.) et LÉAUTÉ (J.), *op. cit.*, p. 5.

⁴¹¹ V. notamment l'utilisation de la notion de « *défense indirecte* » par Pellegrino ROSSI (*op. cit.*, t. 1, pp. 158 et ss.).

⁴¹² JOLY (H.), *op. cit.*, p. 17.

cela ne signifie en rien qu'elle use de légitime défense telle qu'on l'entend pour l'individu. La défense sociale n'est pas un pur droit de légitime défense. ROSSI lui-même prend d'ailleurs acte de cette distinction lorsqu'il énonce qu' « *il y a contradiction à parler de défense relativement à un acte consommé et à un homme qu'on a saisi et désarmé* »⁴¹³. La société voit plus loin que l'immédiateté de la riposte, « *voit au-delà de la défense actuelle* »⁴¹⁴. Se retrouve alors ici – mais au niveau de la société – la distinction fondamentale que nous avons explicitée plus haut entre punition et légitime défense⁴¹⁵. La défense sociale est donc davantage une institution punitive propre à la société, extérieure à toute donnée individuelle et très éloignée de la légitime défense traditionnelle⁴¹⁶.

La défense sociale apparaît donc comme le nouvel élément de justification de la conduite par la société de la réaction punitive. Mais si le concept de défense sociale devient incontournable, il convient de se demander quelles sont les conséquences du recours à ce concept.

2°/ Analyse des conséquences du recours au concept de défense sociale

157. La révélation de la protection du seul intérêt général justifie le recours au concept de défense sociale (a) donnant ainsi naissance à un véritable droit *social* de punir (b). Cette immixtion de la défense sociale au sein du droit de punir entraînerait toutefois de curieuses conséquences. L'entité sociale ne serait plus apte en effet à exercer pleinement cette mission.

a. Protection de l'intérêt général

158. *Confusion entre défense sociale et intérêt général.* – Si le groupe social entreprend la mise en œuvre de plusieurs systèmes (répression, prévention spéciale et prévention générale) tendant à lutter pour sa propre conservation, il apparaît de manière claire que ce groupe n'est dirigé que par le seul respect de l'intérêt général. Celui-ci constitue donc la finalité spécifique et naturelle de toute action sociale. Mais cette règle que nous présentons comme naturelle doit

⁴¹³ ROSSI (P.), *op. cit.*, p. 160.

⁴¹⁴ JOLY (H.), *op. cit.*, p. 16.

⁴¹⁵ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

⁴¹⁶ Cet éloignement se retrouve si nous incluons dans le concept de *défense sociale* une dimension préventive des infractions où se mêlent l'intimidation, l'amendement, la dissuasion ou l'exemplarité (sur ces concepts, V. *infra*, n^{os} *et ss.*). La défense sociale dans ce type de situations se modifie sensiblement dans la mesure où elle n'est pas nécessairement immédiate – contrairement à la légitime défense individuelle – ni tardive – contrairement à la défense sociale traditionnelle issue de la répression – mais peut être une défense anticipée. La nécessité de maintenir ou de garantir un ordre social impose une telle intervention *a priori*.

toutefois être explicitée. Pour se faire, demandons-nous pourquoi la défense sociale et l'intérêt général coexistent et parviennent même à se confondre.

La défense sociale est issue de la prise en considération de la spécificité de l'entité que constitue la société. Loin d'être le regroupement de toutes les individualités, elle les transcende et, en matière punitive, les supplante. On perçoit alors un effacement de la victime dans le système de répression⁴¹⁷. La société se situe donc au-delà même des individus et leur est supérieure pour la seule et unique raison qu'elle constitue le cadre indispensable de leur existence et de leur développement. Elle crée un environnement dans lequel chaque individu peut exister librement sans aliéner exagérément ses intérêts personnels. Ceux-ci doivent toutefois s'adapter à l'intérêt de tous de sorte que « *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* »⁴¹⁸. De cette logique naît le « *principe sacro-saint que l'intérêt général doit l'emporter sur ceux des particuliers* »⁴¹⁹. Certes les intérêts individuels peuvent concourir directement à l'intérêt général. Mais « *il faut encore, cette adaptation n'étant pas parfaite, des moyens de contrainte contre les égoïsmes individuels* »⁴²⁰ ; ce recours coercitif⁴²¹ témoigne ainsi de l'irrévérence éventuelle des intérêts individuels envers l'intérêt général et du nécessaire respect de ce dernier. La défense sociale et l'intérêt général s'entremêlent donc pour, *in fine*, ne former qu'une seule et même idée, à savoir la protection d'une paix sociale.

159. Caractère relatif de l'intérêt général. – Une seule ombre peut toutefois venir ternir ce tableau. L'intérêt général, que nous relierons inextricablement à la défense sociale, ne peut être que relatif, c'est-à-dire variable dans le temps et dans l'espace⁴²². Variabilité temporelle tout d'abord puisque la société est une entité mouvante dont les attentes et les craintes fluctuent en fonction notamment des évolutions économiques et des mœurs. Variabilité spatiale ensuite puisque les systèmes de défense sociale prévus ne peuvent prendre appui que sur des aspects propres à chaque type de sociétés. Aucune propagation excessive de l'intérêt général ne peut

⁴¹⁷ V. ROULAND (N.), *Anthropologie juridique*, op. cit., p. 328.

⁴¹⁸ DDHC, art. 4.

⁴¹⁹ DEMOGUE (R.), op. cit., p. 170.

⁴²⁰ TISSEIRE (F.), *thèse précit.*, p. 131. Cet auteur conserve toutefois un esprit optimiste : « *la conciliation entre le bonheur de chacun et le bonheur social se fait de plus en plus (...)* ; *l'humanité tend vers un état tel que la nature humaine, façonnée par la discipline sociale sera devenue si apte à la vie en société qu'elle n'aura plus besoin de contrainte extérieure et se contiendra elle-même* » (*ibid*, pp. 131 et s.).

⁴²¹ Nous voyons poindre ici la notion de droit social de punir ; V. *infra*, n^{os} *et ss.*

⁴²² Sur ce point, V. FRANCK (A.), op. cit., pp. 19 et s. Pour un regard critique sur la notion d'intérêt général, V. PONTIER (J.-M.), « *L'intérêt général existe-t-il encore ?* », *D.* 1998, chron. p. 327.

donc s'effectuer dans la mesure où la défense sociale reste propre à chaque spécificité sociale. Or, cette notion d'intérêt général est le ferment du droit de punir, de sorte qu'il est impossible de croire en l'existence d'un droit de punir général et universel tant les intérêts généraux sont la particularité de chaque société donnée.

b. Naissance du droit social de punir

160. Confusion entre défense sociale et droit social de punir. – Nous venons d'apprécier que « *la société a le droit de se défendre aussi bien que l'individu, et par les moyens qui lui sont propres* »⁴²³. Elle « *se défendra non seulement en empêchant le mal avant qu'il soit accompli, mais en frappant de diverses peines ceux qui ont déjà failli, afin d'intimider ceux qui pourraient les imiter* »⁴²⁴. Cette dernière précision fait expressément référence au droit de punir faisant de ce dernier l'une des consécration du droit de défense sociale ; l'autre consécration étant l'ensemble des systèmes préventifs. Ainsi, la société a le droit de punir, puisque c'est finalement l'un des meilleurs moyens pour elle de se conserver. René GARRAUD expose clairement dans son étude du droit de punir que « *la répression est un acte de défense sociale* »⁴²⁵. Les notions de défense sociale et de punition ne sont donc pas antinomiques, mais véritablement complémentaires. Il y a entre elles un jeu de délimitation ou d'extension réciproque⁴²⁶. Il devient illusoire d'établir une distinction entre punition et défense. Le droit social de punir et la défense sociale sont un seul et même phénomène s'exerçant sur des individus coupables afin de garantir la paix publique.

161. Supériorité du détenteur du droit de punir. – La théorie de la défense sociale reste fort prégnante et influe sur le concept même de *droit*. Celui-ci devient « *une nécessité inhérente à toute vie en société* »⁴²⁷ et apparaît « *comme une méthode spécifique permettant d'amener les hommes à se conduire d'une manière déterminée. Le trait caractéristique de cette méthode [étant] qu'un acte de contrainte sanctionne la conduite contraire à celle qui est désirée* »⁴²⁸. C'est alors qu'émerge le droit de punir établi comme « *l'exercice du pouvoir de*

⁴²³ FRANCK (A.), *op. cit.*, p. 73.

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 15.

⁴²⁵ GARRAUD (R.), *op. cit.*, p. 25. V. également BASSINET (M.), *op. cit.*

⁴²⁶ JOLY (H.), *op. cit.*, p. 23. « *Il est (...) certain que, dans les sociétés modernes surtout, on s'attache plus à restreindre la punition en la ramenant à un acte de défense qu'à étendre la défense pour y comprendre la punition* ».

⁴²⁷ TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 3.

⁴²⁸ KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 72.

coercition »⁴²⁹ et de sanction par le groupe social reconnu supérieur à chacun de ses membres. Dès lors que le droit de punir – et plus précisément le droit pénal – se définit comme la « défense *non d'un intérêt privé, mais de l'intérêt de la société elle-même, et [comme le] rétablissement de l'ordre public* »⁴³⁰, il apparaît de manière claire que ce droit acquiert une légitimité propre à justifier son existence même.

Toutefois, il n'en reste pas moins que le droit de punir s'exerce à travers une contrainte et une domination. Bien que soumise au droit, cette contrainte inhérente au droit de punir, pour être pleinement efficace et acceptée par l'ensemble des individus, se doit donc de devenir l'œuvre d'une institution reconnue prédominante. La société constituerait cette institution. A travers la régulation de la vengeance que celle-ci a mis en œuvre, il serait effectivement possible de l'apprécier comme telle. Or, le concept de société reflète certaines apories qui poussent à le transcender.

162. Déficience de la société en tant que détentrice du droit de punir. – La société apparaît comme l'antagonisme de deux forces que sont l'association et l'isolement⁴³¹ ; l'homme se plaisant à naviguer entre ces deux repères. Le concept de société devient alors « *une représentation virtuelle (...), une pure juxtaposition d'individus indépendants les uns des autres* »⁴³² incapable de pourvoir efficacement au maintien durable de la paix publique. C'est ainsi que nous devons dépasser cette notion et admettre que « *la domination sous l'autorité du droit présuppose le concept moderne d'Etat* »⁴³³. La légitimité de l'exercice du droit de punir par ce dernier provient ainsi de ce que cet exercice est l'œuvre d'une autorité souveraine. Certes la société – *via* éventuellement le pacte social – a permis de rationaliser la vengeance. Nous sommes en effet parvenus ici à une modération institutionnalisée de la vengeance et donc à une certaine éclosion d'un droit social de punir ; nous ne pouvons

⁴²⁹ DWORKIN (R.), *L'empire du droit*, trad. E. Soubrenie, Paris, P.U.F., 1994, p. 211.

⁴³⁰ GARRAUD (R.), *op. cit.*, 1934, n° 3.

⁴³¹ V. KANT (E.), *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, trad. J.-M. Muglioni, Paris, éd. Bordas, 1981, spéc. pp. 15 et s.

⁴³² TÖNNIES (F.), *Communauté et Société*, I, Paris, P.U.F., 1944, pp. 3 et ss.

⁴³³ COUTU (M.), *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 187. Pour une non-différenciation des concepts *société* et *Etat*, V. BRAUD (P.), *Science politique.2 : L'Etat*, Paris, éd. du Seuil, coll. Points-Essais, 1997, spéc. p. 13 ; il est nécessaire, selon cet auteur, de prendre garde à « *la tendance à exagérer la coupure entre l'Etat et la société civile comme si leurs rapports pouvaient être enfermés dans un schéma simpliste où l'un régirait purement et simplement l'autre. Il est réducteur et même inexact de s'en tenir à l'énoncé [suivant]: l'Etat gouverne la société (...) parce que l'Etat n'est pas une réalité séparée de la société civile* ». Malgré cette clarté, l'auteur énonce étrangement plus loin que l'Etat doit être analysé « *comme une organisation nettement séparée de la société civile qu'il régit* » (*ibid.*, p. 28) et qu'il existe une « *coupure société civile/Etat* » (*ibid.*, p. 33).

cependant nier le fait qu'un stade ultime doit être parcouru⁴³⁴. Afin de parvenir à la constitution d'une réaction sociale punitive pleinement légitime⁴³⁵ et garante de la paix sociale, seul le recours à l'institution étatique semble permis. L'Etat, à travers sa composante essentielle qu'est la souveraineté, permet seul une véritable sacralisation du droit de punir.

§ 2. – De la justice étatique : sacralisation du droit de punir

163. Dualité du concept de "fondement". – Le fondement du droit de punir, entendu dans son acception la plus large comme la justification de l'acte punitif, est révélé dans la lutte pour la garantie de la paix sociale. Cette raison d'être s'inscrit, nous l'avons vu, dans un utilitarisme social fort, tel que le préconisait BECCARIA. La société, et à présent l'Etat, s'inscrivent dans cette logique d'utilité et de défense sociale.

Mais le concept de *fondement*, confronté précisément à l'Etat, doit acquérir semble-t-il un sens nouveau dans la mesure où ce détenteur du droit de punir possède « *le monopole de la contrainte et de la violence* »⁴³⁶ ou, plus explicitement, « *le monopole de la violence physique légitime* »⁴³⁷ ; ces pouvoirs découlant précisément de son rôle de protecteur du bien public. Cette acception nouvelle, entrevue par le sociologue allemand MAX WEBER, n'est autre que la légitimité, non de l'action – celle-ci fut analysée précédemment à travers le concept de défense sociale – mais de l'entité détentrice du droit de punir.

164. Indétermination de la légitimité – Ce sera donc sur le terrain de la légitimité du détenteur du pouvoir que devra s'effectuer l'analyse du droit de punir étatique. « *La référence à l'Etat constitue [alors] un puissant moyen de légitimer l'exercice du pouvoir* »⁴³⁸ à la condition toutefois de déterminer pourquoi l'Etat est légitime et comment il est à même

⁴³⁴ Sur le caractère obligatoire de cette évolution, V. ROUSSEAU (J.-J.), *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité*, seconde partie, *op. cit.*, p. 185 : « *s'il n'y avait point de pouvoir supérieur qui pût être garant de la fidélité des Contractants, ni les forcer à remplir leurs engagements réciproques, les Parties demeureraient seules juges dans leur propre cause, et chacune aurait toujours le Droit de renoncer au [Contrat], sitôt qu'elle trouverait que l'autre a enfreint les conditions, ou qu'elles cesseraient de lui convenir* ».

⁴³⁵ Pour certains auteurs, « *le droit de punir n'est légitime que dans la mesure où il préserve le plus possible, voire constitue, la liberté des individus, y compris celle du "coupable"* » (PIRES (A. P.), « Kant face à la justice criminelle », *op. cit.*, p. 153).

⁴³⁶ VON HAYEK (F. A.), *Droit, législation et liberté*, vol. 3, trad. R. Audouin, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 1995, p. 153.

⁴³⁷ WEBER (M.), *Le Savant et le Politique*, trad. J. Freund, coll. 10-18, éd. Plon, 1959, p. 100.

⁴³⁸ BRAUD (P.), *op. cit.*, p. 15.

d'apporter une légitimité au droit de punir. La difficulté reviendra donc à préciser la signification du concept de légitimité. Celui-ci peut être perçu comme « *une notion imprécise, fuyante, peu mesurable et, à la limite, subjective* »⁴³⁹ ayant « *une sphère d'application très vaste* »⁴⁴⁰. De ce fait, établir une analyse du droit de punir sur la légitimité se présente comme une entreprise délicate. C'est pourquoi, au-delà de cette notion et afin de percevoir plus nettement ses rapports avec la théorie du droit de punir, nous devons étudier la légitimité à travers deux principes essentiels, consubstantiels à celle-ci, que sont la souveraineté (A) et l'Etat de droit (B). Rattachée au droit de punir, la légitimité apparaît alors comme un attribut étatique qui « *oblige au respect et à l'obéissance* »⁴⁴¹ grâce à une autorité suprême⁴⁴², la *souveraineté* et à des règles juridiques, le *droit*.

A. – La souveraineté, expression parfaite de la puissance légitime du droit de punir

165. Les notions de souveraineté et de légitimité sont interdépendantes l'une de l'autre ; la première se présentant comme l'attribut essentiel de la seconde (1°). Mais si nous analysons en détail ce concept de souveraineté, il devient impossible d'occulter l'une de ses composantes les plus fondamentales, qui n'est autre précisément que le droit de punir (2°).

1°/ La souveraineté, attribut essentiel de la légitimité d'un Etat

166. Selon M. BRAUD, la souveraineté, « *conception juridico-politique, doit son succès à sa capacité d'offrir une solution acceptable (...) à la question de la légitimation du pouvoir politique dans une société laïcisée qui ne peut plus admettre les conceptions de nature religieuse* »⁴⁴³. De ce fait, Dieu n'est plus présenté comme le fondement de toute vie sociale et

⁴³⁹ PACTET (P.), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Masson, 11^{ème} éd., 1992, p. 73.

⁴⁴⁰ KRIEDEL (B.), « Le principe de légitimité », *Mélanges F. Terré*, Dalloz, P.U.F., éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 47.

⁴⁴¹ POLIN (R.), « Analyse philosophique de l'idée de légitimité » in *L'idée de légitimité*, recueil d'essais publié par l'Institut international de Philosophie politique, Paris, P.U.F., Annales de Philosophie politique, t. 7, 1967, p. 23. L'auteur précise que la légitimité est « *essentielle à la vie en commun* » (*ibid.*, p. 19).

⁴⁴² BODIN (J.), *Methodus ad facilem historiarum cognitionem*, op. cit., p. 353. V. également pour des autres utilisations de cette expression, CARRÉ DE MALBERG (R.), op. cit., p. 71 ; ELLUL (J.), *Histoire des institutions. 3. Le Moyen Age*, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 1976, p. 259 ; RIGAUDIÈRE (A.), « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs*, Paris, P.U.F., 1993, n° 67, p. 5 ; BABOT (A.), BOUCAUD-MAÎTRE (A.) et DELAIGUE (P.), op. cit., p. 398 ; TRUYOL SERRA (A.), « Souveraineté », *Arch. phil. dr.*, t. 35, 1990, p. 313 ; CHEVALLIER-GOVERS (C.), *De la coopération à l'intégration policière dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 351. Pour une approche plus subtile de la définition précise de la souveraineté, V. MAIRET (G.), *Le principe de souveraineté. Histories et fondements du pouvoir moderne*, Paris, Gallimard, coll. Folio/Essais, 1997, p. 33.

⁴⁴³ BRAUD (P.), op. cit., p. 35.

« la souveraineté est dite ici fonder une politique profane »⁴⁴⁴. La légitimité d'un Etat est donc exclusivement à rechercher dans sa souveraineté. Parallèlement, « le long cheminement de la notion de souveraineté (...) est étroitement lié à la construction de l'Etat. Plus il renforce son assise et précise ses contours, mieux il fonde la légitimité et la continuité de son pouvoir »⁴⁴⁵. Dès lors, ce concept de souveraineté se présente comme un concept évolutif (a) dont le dessein essentiel est la légitimation du pouvoir de l'Etat (b).

a. La souveraineté et l'évolution du concept d'Etat

167. Définition. – Selon CARRÉ DE MALBERG, la souveraineté est « le caractère suprême d'un pouvoir : suprême, en ce que ce pouvoir n'en admet aucun autre ni au-dessus de lui, ni en concurrence avec lui »⁴⁴⁶. Malgré la richesse de cette définition classique de la souveraineté, une difficulté relativement prégnante demeure. La souveraineté ne semble être définie que négativement, c'est-à-dire en confrontation avec d'autres principes. Ce défaut du concept a été largement mis en lumière par CARRÉ DE MALBERG lui-même. Selon cet auteur en effet, « le mot souveraineté n'exprime donc jamais qu'une idée négative : la souveraineté, c'est la négation de toute entrave ou subordination (...) »⁴⁴⁷.

Néanmoins, la critique de cette appréhension négative de la souveraineté peut être tempérée par la plus basique de ses définitions. Selon une présentation traditionnelle et d'inspiration allemande, la souveraineté est "la compétence de la compétence" (Kompetenz Kompetenz). Ce fut notamment JELLINEK qui l'identifia ainsi « entendant par là qu'elle constituait le

⁴⁴⁴ MAIRET (G.), *op. cit.*, p. 12. V. également DABIN (J.), *Doctrine générale de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, 1939, p. 115 : « jamais Dieu n'a décrété le principe de la souveraineté ni investi personne de la souveraineté ». Paradoxalement, cette laïcisation ne fut pas au centre de l'œuvre de celui qui fut considéré comme le pionnier de la conceptualisation de la souveraineté, Jean BODIN. L'auteur des *Six Livres de la République*, consacrant l'unicité de la puissance souveraine, resta en effet très imprégné des idées théologiques : « tout prince [souverain] est tenu de faire justice par obligation divine et naturelle » (*Les Six Livres de la République*, Paris, Fayard, 1986, Livre III, chap. VI). Jean BODIN va même jusqu'à parler de « Dieu souverain » (*Methodus ad facilem historiarum cognitionem*, *op. cit.*, p. 281 ; *Les Six Livres de la République*, *op. cit.*, Livre VI, chap. IV) « sous la grandeur duquel tous les monarques du monde doivent faire joug, et baisser la tête en toute crainte et révérence » (*Les Six Livres de la République*, *op. cit.*, Livre I, chap. VIII).

⁴⁴⁵ RIGAUDIÈRE (A.), *op. cit.*, n° 67, p. 5.

⁴⁴⁶ CARRÉ DE MALBERG (R.), *op. cit.*, p. 70. ESMEIN tenait à peu près le même propos : « Cette autorité (...) ne reconnaît point de puissance supérieure ou concurrente quant aux rapports qu'elle régit (...) » (*Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8^{ème} éd. revue par H. Nézard, t. I, Paris, Sirey, 1927, p. 1). Ces définitions restent donc très proches de celle émise par BODIN. Celui-ci estimait en effet que « la souveraineté est la puissance absolue (sic) et perpétuelle d'une République » (*Les Six Livres de la République*, *op. cit.*, Livre I, chap. VIII).

⁴⁴⁷ CARRÉ DE MALBERG (R.), *op. cit.*, p. 72. « Dire que la puissance étatique possède, en vertu de sa souveraineté interne, le caractère d'une puissance (...) suprême (...), ce n'est nullement déterminer le contenu positif de cette puissance » (*ibid.*).

pouvoir originaire, illimité et inconditionné de l'Etat, de déterminer sa propre compétence »⁴⁴⁸. Suivant cette acception, le pouvoir souverain est la seule autorité à pouvoir définir l'étendue de ses prérogatives⁴⁴⁹. La souveraineté n'est donc plus seulement analysée négativement mais se voit au contraire transmettre un véritable contenu tenant notamment en un pouvoir de commandement... et de punition⁴⁵⁰.

168. Historique. – Comme le présentait JELLINEK, toute étude de la notion de souveraineté ne saurait faire l'économie d'une approche historique⁴⁵¹. Analyser ce concept nous confronte donc à une difficulté sémantique puisque la notion de souveraineté ne semble en effet posséder aucune équivalence d'origine romaine ou plus largement antique. La souveraineté est certes présentée comme étant la reprise des différents concepts que sont l'*imperium*, l'*auctoritas* et la *potestas*. Mais ces termes, tout en rendant compte d'une partie de la puissance suprême du souverain – que celui-ci soit l'empereur, l'autorité religieuse ou le peuple –, ne sauraient définir avec précisions cette puissance elle-même⁴⁵². Sous l'Ancien Régime, la souveraineté s'inscrit dans une logique théologico-politique dont le roi est le détenteur exclusif. Après Dieu, il est considéré comme l'autorité suprême ne pouvant souffrir d'aucune concurrence. Mais dès le XVI^{ème} siècle, cette conception se relativise nettement sous la plume novatrice de Jean BODIN. D'une part, on reconnaît à la souveraineté une limitation issue du droit naturel et, d'autre part, ce concept tend progressivement à investir la notion

⁴⁴⁸ NGUYEN QUOC DINH, DAILLIER (P.) et PELLET (A.), *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 7^{ème} éd., 2002, p. 423.

⁴⁴⁹ V. BEAUD (O.), *La puissance de l'Etat*, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 1994, p. 65 : « *Le triomphe de la souveraineté indique que c'est l'Etat, autorité civile, qui a conquis de haute lutte ce droit de juger en dernier ressort sa propre compétence (...)* » ; LEFEBVRE (J.-P.) et MACHEREY (P.), *Hegel et la société*, Paris, P.U.F., coll. Philosophies, 1984, p. 69 : « *La souveraineté de l'Etat, c'est donc le pouvoir absolu de la collectivité considérée comme une totalité organique, et qui tire d'elle-même le principe de ses propres décisions (...)* ».

⁴⁵⁰ V. *infra*, n^{os} et ss. L'approche négative de la souveraineté devient moins importante dès lors que l'on prend en considération le droit de punir lui-même. Celui-ci rend compte en effet de la consistance véritable de la souveraineté. *Contra*, V. CARRÉ DE MALBERG (R.), *op. cit.*, pp. 75 et s.

⁴⁵¹ JELLINEK (G.), *L'Etat moderne*, éd. française, t. II, p. 126 et 144. V. également BEAUD (O.), *op. cit.*, p. 13 : il convient « *de restituer aux notions de puissance de l'Etat ou de souveraineté toute leur densité historique, dogmatique et systématique* ». Lorsque Jean BODIN fait part de son analyse de la souveraineté, il ne revendique aucune paternité en la matière. S'il ne fait aucun doute quant à l'apport de cet auteur dans la conceptualisation de la souveraineté, il ne saurait en être le créateur. Il prétend seulement établir la définition d'une institution multiséculaire : « *Il est icy (sic) besoin de former la définition de souveraineté parce qu'il n'y a ni jurisconsulte, ni philosophe politique, qui l'ait définie (...)* » (*Les Six Livres de la République*, *op. cit.*, Livre I, chap. VIII)

⁴⁵² Sur la signification de ces concepts, V. RAYNAUD (P.) et RIALS (S.) (sous la dir.), *op. cit.*, pp. 626 et s. L'*imperium* désignerait la puissance de commandement militaire et la *potestas* une puissance de commandement plus général. Un autre concept peut également être avancé : la *majestas* ; celle-ci renvoie toutefois à un statut spécifique voire supérieur selon la pensée de Jean BODIN, et non strictement lié à l'idée de souveraineté. Devant ce manque de références terminologiques anciennes, l'affirmation de BODIN concernant le besoin de définir la souveraineté trouve alors toute sa force.

d'Etat. Selon BODIN en effet, la « République [l'Etat] est un droit gouvernement de plusieurs mesnages (sic), et de ce qui leur est commun avec puissance souveraine »⁴⁵³. Cet auteur entreprend donc, au-delà de la conceptualisation de la souveraineté, une véritable "étatisation" de cette notion. C'est donc « à BODIN lui-même que remonte la doctrine qui voit dans la souveraineté une condition essentielle de l'Etat »⁴⁵⁴.

169. Corrélation entre Etat et souveraineté. – La définition de la souveraineté s'induit très nettement de l'évolution historique de l'Etat. C'est qu'en effet, la souveraineté doit être définie comme la « puissance d'Etat, c'est-à-dire une puissance qui ne se conçoit qu'en l'Etat et qui forme son signe distinctif »⁴⁵⁵. Elément essentiel de l'Etat, la souveraineté ne peut donc acquérir une définition précise qu'en référence à celle de l'Etat. Or cette dernière induit nécessairement une logique évolutive. L'Etat serait effectivement « le résultat d'un processus d'unification et de centralisation à partir de groupements politiques locaux (...) »⁴⁵⁶. Retracer l'histoire de l'Etat revient donc à retracer celle de la souveraineté puisque « le principe de la souveraineté de l'Etat est aussi ancien que l'Etat lui-même »⁴⁵⁷. Par l'intermédiaire d'une métaphore⁴⁵⁸, Jean BODIN énonce un élément primordial dans la définition de la souveraineté, à savoir son caractère inéluctable pour la garantie d'une viabilité de la République⁴⁵⁹. La

⁴⁵³ BODIN (J.), *Les Six Livres de la République*, op. cit., Livre I, chap. I. BODIN donne ici une définition relativement absconse de la souveraineté.

⁴⁵⁴ CARRÉ DE MALBERG (R.), op. cit., p. 75. Notons toutefois que BODIN et d'autres – LOYSEAU par exemple – effectuent une distinction assez spacieuse entre la souveraineté *in abstracto* et la souveraineté *in concreto*. Alors que la première intéresse l'Etat lui-même, la seconde a pour sujet le roi qui se présente comme le seul vrai détenteur de la souveraineté. Cette distinction, opportune sous l'Ancien Régime, n'a selon nous que peu de perspicacité à l'heure actuelle. La souveraineté, qui a été consacrée dans les diverses constitutions françaises – notamment celles de 1791, 1946 et 1958 – s'intègre certes à une institution spécifique – le peuple ou la nation – mais renvoie inéluctablement à la sphère étatique dans la mesure où ces institutions désignent, sous certaines réserves, l'Etat lui-même.

⁴⁵⁵ CARRÉ DE MALBERG (R.), op. cit., p. 70. V. également LOYSEAU (C.), *Traité des seigneuries*, chap. II, n^{os} 4 et s. : « la souveraineté est (...) inséparable de l'Etat, [elle] est la forme qui donne l'être à l'Etat ». Un autre auteur présentera la souveraineté moins comme l'essence de l'Etat que comme une « conséquence nécessaire de l'Etat » (DABIN (J.), op. cit., p. 115). Suivant une conception moderne et technique de l'Etat, celui-ci « est communément défini comme une collectivité qui se compose d'un territoire et d'une population soumis à un pouvoir politique organisé [et] se caractérise par la souveraineté » (Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie, avis n^o 1, 29 nov. 1991, *R.G.D.I.P.*, 1992, p. 264 ; c'est nous qui soulignons).

⁴⁵⁶ DABIN (J.), op. cit., p. 122.

⁴⁵⁷ NGUYEN QUOC DINH, DAILLIER (P.) et PELLET (A.), op. cit., p. 423.

⁴⁵⁸ BODIN définit en effet le concept de souveraineté à l'aide d'une comparaison entre un navire et la République.

⁴⁵⁹ La souveraineté est, selon BODIN, le « fondement et le pivot sur lequel tourne l'état d'une Cité » de sorte que « la République sans puissance souveraine (...) n'est plus République » (*Les Six Livres de la République*, op. cit., Livre I, chap. II). Dans le même sens, V. DABIN (J.), op. cit., p. 122 : « Si l'Etat n'a pas le droit de commandement suprême, s'il est lui-même subordonné à d'autres ordres (...), le concept même d'Etat disparaît ».

souveraineté apparaît donc comme un élément inséparable, consubstantiel⁴⁶⁰ à l'autorité étatique. Elle ne peut être qu'étatique et l'Etat ne peut être que souverain puisque de la présence de cette souveraineté dépend sa légitimité et, par là, son existence même.

b. La souveraineté et la légitimité de l'Etat

170. Que l'on se place dans une logique libérale – SPINOZA, ROUSSEAU – ou dominatrice – HOBBS – de la souveraineté, le principe fondateur de cette dernière reste l'utilitarisme (1). Mais le concept de souveraineté se trouve rapidement confronté à un ensemble de termes dont l'acception souffre de généralité. Pour mieux cerner ce concept et son apport véritable quant à la légitimité de l'Etat, il sera nécessaire de développer cette confrontation des termes qui, dans l'absolu, prendra les traits d'une confusion (2).

1) *L'utilitarisme et la souveraineté*

171. *Souveraineté et protection du bien commun.* – Il est traditionnellement avancé que le pouvoir souverain présuppose un principe de légitimité c'est-à-dire une justification⁴⁶¹. Dès les prémices de la construction de l'Etat, il est patent en effet que l'on désire mettre en exergue un principe tendant à la légitimité du pouvoir dont l'objectif essentiel est précisément la recherche de la paix sociale. La souveraineté s'inscrit pleinement dans cette philosophie de légitimation de la puissance étatique et de réalisation du bien commun. L'autorité souveraine est donc nécessairement légitime dans la mesure où le principe de souveraineté concourt à la recherche de l'intérêt général et la paix publique qui se présente dès lors comme le critère de légitimation de toute action étatique punitive⁴⁶². « *Cette puissance de contraindre (...)*, précise Léon DUGUIT, [est] *utile pour la vie et le développement du groupe (...)* De ce qu'elle [est] *utile on a conclu qu'elle [est] légitime* »⁴⁶³. Ainsi, les détenteurs de l'autorité souveraine « *commandent [et contraignent] au nom du bien public et pour le bien public* »⁴⁶⁴. On retrouve

⁴⁶⁰ Sur cette idée de consubstantialité entre la souveraineté et l'Etat, V. BA MOHAMMED (N.), « La souveraineté étatique, quel avenir ? » in SEDJARI (A.) (sous la dir.), *Quel Etat pour le 21^{ème} siècle ?*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 285 ; BEAUD (O.), *op. cit.*, p. 10.

⁴⁶¹ En ce sens, V. RAYNAUD (P.) et RIALS (S.) (sous la dir.), *op. cit.*, p. 631 ; BEAUD (O.), *op. cit.*, p. 20. FERRERO (G.), *Le pouvoir, Les génies invisibles de la Cité*, Paris, Hachette, 1988, p. 24.

⁴⁶² Cette vision utilitaire a une explication historique. La souveraineté doit en effet être regardée comme la réponse à la situation politiquement et religieusement tourmentée du XVI^{ème} siècle.

⁴⁶³ DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, t. I, Paris, Fontemoing, 3^{ème} éd., 1927-1930, § 50, p. 542.

⁴⁶⁴ DABIN (J.), *op. cit.*, p. 121. « *La souveraineté n'existe que dans l'intérêt de l'Etat et du public, non au profit des gouvernants, individus ou peuple. Toute conception patrimoniale, égoïste (...), se trouve d'avance écartée* » (*op. cit.*, p. 117). En des termes plus généraux, V. ESMEIN (A.), *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, *op. cit.*, p. 2 : « *la souveraineté ne doit jamais être exercée que dans l'intérêt de tous* ».

alors ici l'acception première du concept de fondement. L'autorité étatique dispose d'une pleine légitimité parce qu'elle est souveraine (seconde acception) mais également parce que celle-ci tend à la préservation de la paix publique (première acception)⁴⁶⁵. La souveraineté se présente alors comme l'élément de jonction entre les deux types de fondement et de légitimité et comme le facteur indispensable du bien commun. Mais si le bien public ne peut être légitimement protégé qu'à travers l'action d'une autorité souveraine, l'inverse n'est-il pas exact ? La souveraineté ne se trouve-t-elle pas renforcée par la recherche du bien commun ?

172. Bien commun et pérennisation de la souveraineté. – Par le but qui lui est assigné, à savoir la garantie du bien public, l'autorité étatique détient le pouvoir suprême, la souveraineté⁴⁶⁶. Comme nous venons de préciser que la souveraineté est indispensable à la survivance de l'autorité étatique et de la paix sociale, le bien public devient identiquement essentiel quant à la pérennité de la souveraineté. Si « *en raison de sa fin, l'Etat est et doit être souverain, il n'a la souveraineté que dans le cadre de cette fin, qui marque les limites de sa compétence (...)* En dehors du bien public temporel (...), l'Etat n'est plus souverain, parce qu'il n'est plus compétent »⁴⁶⁷.

Comme on le voit ici avec le concept de bien commun, analyser la souveraineté revient à mêler, du fait de son importance, une multitude de concepts. Ainsi, après avoir perçu le rôle véritable de la souveraineté, il est temps pour nous de confronter cette dernière à ces différents termes qui, dans certains cas, peuvent être présentés comme de simples synonymes. Le concept central de souveraineté est ainsi très fortement lié aux notions de *pouvoir* et de *droit* et peut se confondre avec eux.

2) Confrontation et confusion des termes

⁴⁶⁵ Si nous relient cette idée au droit de punir, nous pouvons affirmer que la légitimité de la réaction punitive s'induit de la légitimité des motifs utilitaires de cette réaction et de la légitimité du détenteur du droit de punir.

⁴⁶⁶ DABIN (J.), *op. cit.*, p. 123 : l' « Etat, chargé de pourvoir au bien public, a, *en vertu de sa fin*, une compétence à la fois générale et supérieure, *d'où dérive son pouvoir souverain* » (c'est nous qui soulignons). *Contra*, SCHELLE (G.), *Précis de droit des gens (1^{ère} partie)*, Paris, Sirey, 1932, p. 79.

⁴⁶⁷ DABIN (J.), *op. cit.*, p. 123. La position de cet auteur est par trop restrictive dans la mesure où il refuse la présence d'une quelconque souveraineté dès lors que le bien public n'est plus en jeu : « *En ce cas, il s'agit moins d'une limitation de souveraineté que d'un défaut radical de souveraineté* » (*ibid.*). Comment alors admettre que nous puissions encore parler de souveraineté lorsque le domaine privé – et non le domaine public – est en cause. La réponse est qu'il s'agit non d'une souveraineté *de* l'Etat mais d'une souveraineté *dans* l'Etat. Sur ces expressions, V. BARTHÉLEMY (J.) et DUEZ (P.), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, pp. 51 et ss. ; pour l'étude de cette souveraineté *dans* l'Etat, V. *infra*, n^{os} **et ss.**

173. Souveraineté et pouvoir. – Selon Max WEBER, « le pouvoir est toute chance de faire triompher, au sein d'une relation sociale, sa propre volonté, même contre des résistances »⁴⁶⁸. Entendue comme l'ensemble des prérogatives supérieures d'un Etat, la souveraineté doit pouvoir être assimilée au concept de pouvoir. Cette confusion devient d'ailleurs prégnante dès lors que nous employons l'expression *pouvoir souverain*⁴⁶⁹. La souveraineté doit donc être considérée comme un pouvoir mais comme un pouvoir légitime voire comme « le *pouvoir légitime* »⁴⁷⁰ par excellence puisque ce pouvoir a été reconnu comme tel par l'ensemble des membres du groupe social⁴⁷¹. Que l'on suive la logique du pacte de soumission ou du pacte d'association⁴⁷², le principe reste donc celui d'une acceptation – contractée – du pouvoir souverain.

Une confusion des termes *souveraineté* et *pouvoir* semble donc ici se dessiner. Cette assimilation donne cependant naissance à une interrogation dans la mesure où le concept de pouvoir renvoie lui-même à une autre notion, celle de *domination*⁴⁷³. Mais en dehors de cette question, la principale difficulté demeure celle tenant au rapprochement des concepts de *souveraineté* et de *droit*.

174. Souveraineté et droit. – Confronter le pouvoir souverain et le droit revient rapidement à les assimiler dans la mesure où, finalement, la souveraineté est considérée comme « l'affirmation du droit de l'Etat »⁴⁷⁴. La souveraineté étatique correspond en effet à la puissance suprême non pas simplement à la suite de la démonstration d'une force mais également et surtout grâce à l'énoncé de règles de droit. Et, dès lors qu'une institution est fondée en droit, il est possible de lui assigner un caractère légitime. Ainsi la souveraineté, qui

⁴⁶⁸ WEBER (M.), *Economie et Société*, t. I, Paris, Plon, 1995, p. 95. La souveraineté permet donc une centralisation des activités multiples au sein d'un Etat provenant de diverses autorités. Elle serait ainsi, nous l'avons dit, l'élément fédérateur pour la recherche du bien commun.

⁴⁶⁹ V. BARRET-KRIEGEL (B.), *L'Etat et les esclaves*, Paris, Payot, 1989, spéc. p. 39.

⁴⁷⁰ KRIEGEL (B.), *Etat de droit ou Empire ?*, Paris, Bayard, 2002, p. 87 (c'est nous qui soulignons).

⁴⁷¹ Telle est l'idée qu'énonçait HOBBS dans le *Léviathan* : « Rien de ce que le représentant souverain peut faire à un sujet ne peut, à quelque titre, être proprement nommé injustice ou tort ; car tout sujet est auteur de toute action accomplie par le souverain de sorte qu'à celui-ci ne fait jamais défaut le droit à quoi que ce soit » (*Léviathan*, op. cit., 2^{ème} partie, chap. XXI).

⁴⁷² La théorie du double contrat – soumission et association – est une question récurrente pour tous les théoriciens du contrat social. Soit le pacte est entendu comme un assujettissement des hommes (*pactum et vinculum subjectionis*) soit comme une association libre (*universitas-societas*).

⁴⁷³ Définie par WEBER comme « la chance pour des ordres spécifiques (...) de trouver obéissance de la part d'un groupe déterminé d'individus » (*Economie et Société*, op. cit., p. 95), – supposant par là même une certaine forme de contrainte – le concept de domination et son analyse trouveront plus pertinemment leur place lors de l'étude du droit de punir ; V. *infra*, n° .

⁴⁷⁴ KRIEGEL (B.), *Etat de droit ou Empire ?*, op. cit., p. 87.

reste malgré tout un pouvoir de commandement et de contrainte, est foncièrement légitime puisque « *le droit apporte une justification d'ensemble à l'exercice du pouvoir de coercition par l'Etat* »⁴⁷⁵.

En théorie donc, l'arme du souverain pour se faire respecter est donc la loi, non la guerre ou la terreur. La « *norme ne peut [donc] se définir que comme "le commandement du souverain"* »⁴⁷⁶. Certes la souveraineté rend compte d'une supériorité voire d'une suprématie mais elle a également « *pour fonction en un même mouvement de justifier et de garantir un droit à la domination* »⁴⁷⁷ ou « *un droit à avoir le droit de commander* »⁴⁷⁸. La règle juridique est omniprésente voire omnipotente donnant ainsi naissance à une nouvelle confusion sémantique⁴⁷⁹. D'ailleurs, en affirmant que le droit est l'expression de la souveraineté, n'est-il pas possible également d'énoncer que la souveraineté est parallèlement le seul mode d'expression du droit ; le pouvoir souverain devenant ainsi la seule autorité capable de garantir le respect de la règle juridique ? Une réponse affirmative doit être avancée dans la mesure où la norme « *n'existe qu'à partir du moment où elle est sanctionnée par l'Etat* »⁴⁸⁰. Mais affirmer que le souverain règne prioritairement grâce à la loi et non grâce à l'épée ne signifie pas pour autant qu'il ne dispose d'aucune force et n'exerce aucune contrainte propre à lui garantir un respect immodéré de la part des gouvernés. L'Etat souverain jouit au contraire d'un élément caractéristique, à savoir sa force légale. Il s'agit précisément du droit de punir.

2°/ Le droit de punir, attribut essentiel de la souveraineté d'un Etat

175. Le droit souverain de punir. – Le droit de punir constitue indéniablement l'un des pans les plus notables de la souveraineté. Analysé comme l'autorité suprême, le pouvoir

⁴⁷⁵ DWORKIN (R.), *op. cit.*, p. 211.

⁴⁷⁶ ESMEIN (A.), *Eléments de droit constitutionnel*, t. I, 7^{ème} éd., mise à jour par H. Nézard, Paris, Sirey, 1921, p. 45. V. également BEAUD (O.), *op. cit.*, p. 62 ; MAULIN (E.), *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 2003, p. 87 : « *le pouvoir souverain ne peut donc exister que dans la forme du droit* ».

⁴⁷⁷ BA MOHAMMED (N.), *op. cit.*, p. 289.

⁴⁷⁸ BEAUD (O.), *op. cit.*, p. 20. V. également RAYNAUD (P.) et RIALS (S.) (sous la dir.), *op. cit.*, p. 626.

⁴⁷⁹ *Contra*, V. la subtile position de Georges SCELLE, selon lequel « *la souveraineté est incompatible avec la notion du droit (...)* [puisque] *le Droit seul est souverain* » (*Précis du droit des gens*, *op. cit.*, cité in BA MOHAMMED (N.), *op. cit.*, p. 286 note 1). Loin d'élaborer une simple confrontation des termes, SCELLE semble énoncer une véritable opposition : « *tout sujet qui se prétend souverain s'insurge immédiatement contre le Droit et le nie (...)* *Il n'y a pas de place dans un milieu juridique pour une volonté souveraine* » (*ibid*).

⁴⁸⁰ ESMEIN (A.), *Eléments de droit constitutionnel*, t. I, 7^{ème} éd., *op. cit.*, p. 45. V. également LEJBOWICZ (A.), « Les Etats face à la demande de justice internationale », *Esprit*, oct. 2003, p. 60 : « *la souveraineté exprime (...)* *l'indisponible pour ceux qui (...)* *veulent sauvegarder l'entreprise juridique et, partant, maintenir intacte et efficiente l'effectivité du droit : c'est-à-dire sa capacité à donner des droits et non, ce qui est la perversion du souverain, à les violer et les anéantir* ».

souverain détient nécessairement la prérogative supérieure constituée de « l'épée de justice »⁴⁸¹. Le droit *social* de punir devient ainsi le droit *souverain* de punir⁴⁸². Par nature, la justice pénale souveraine se présente en conséquence comme une discipline usant de force et de contrainte pour parvenir à son objectif principal, à savoir le maintien de la paix sociale⁴⁸³. Mais devant cette définition, ne sommes-nous pas en droit de croire que le droit de punir – via la souveraineté pénale – ne constitue qu'une violence étatique (a) entravant ainsi la légitimation de l'autorité publique (b) ?

a. Le droit de punir : une violence étatique ?

176. Si nous envisageons le droit de punir comme une violence étatique, cela revient à présenter la souveraineté comme source de domination. Mais suivre ce raisonnement serait oublier que la violence est une donnée inhérente à la nature humaine et que la domination, grâce à l'établissement progressif du droit et plus précisément du droit pénal, a laissé place au commandement.

177. *Nature humaine et violence.* – Empreint d'une nature péjorative, « *la violence est un terme ambigu* »⁴⁸⁴ auquel il convient toutefois de reconnaître une omniprésence dans l'évolution des sociétés occidentales. Selon MAX WEBER, « *s'il n'existait que des structures sociales d'où toute violence serait absente, le concept d'Etat aurait alors disparu et il ne subsisterait que ce qu'on appelle au sens propre l'"anarchie"* »⁴⁸⁵. La violence apparaît alors

⁴⁸¹ MAIRET (G.), *op. cit.*, p. 46.

⁴⁸² Cette corrélation entre le principe de souveraineté et le droit de punir n'a par ailleurs pas échappé à la Chambre criminelle de la Cour de cassation. Pour cette dernière en effet, la souveraineté apparaît très clairement comme le fondement de la justice pénale. Se prononçant sur le champ d'application de la loi pénale, la Haute juridiction a en effet précisé que l'article 3 du Code civil, « *en disposant que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire, établit le principe de la souveraineté nationale, en vertu duquel le souverain s'est réservé le droit de réprimer tous les faits délictueux commis sur le territoire (...)* » (Crim. 11 sept. 1873, S. 1874. I. 335, note Ch. Lyon-Caen ; c'est nous qui soulignons). V. également Crim. 21 mars 1862, S. 1862. I. 542, rapport F. Hélie, concl. Savary – Crim. 23 fév. 1884, *Bull.* n° 52 – Crim. 30 avril 1908, *D.* 1909. I. 241, note L. Delanney.

⁴⁸³ Pour présenter le droit pénal, MM. CONTE et MAISTRE DU CHAMBON utilisent une formule proche : « *Par les règles qu'il édicte, le Droit vise à promouvoir un ordre social. De ce point de vue, le droit pénal ne présente pas d'originalité particulière, si ce n'est que, d'une part, il ne s'intéresse qu'aux valeurs fondamentales de la société et laisse les valeurs de moindre importance aux autres disciplines, et que, d'autre part, il utilise pour garantir cet ordre social des moyens spécifiques, à savoir les sanctions répressives* » (*Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 29).

⁴⁸⁴ LOMBARD (J.), « Présentation » in LE ROY (E.) et VON TROTHA (T.) (sous la dir.), *La violence et l'Etat. Formes et évolution d'un monopole*, Paris, L'Harmattan, 1993, p. 6.

⁴⁸⁵ WEBER (M.), *Le Savant et le politique*, *op. cit.*, p. 100.

comme une donnée consubstantielle à l'Homme et à l'Etat⁴⁸⁶. Mais si la violence demeure un élément humain, il est cependant nécessaire sinon de la combattre du moins de la canaliser. Puisque « *la violence est inéluctable et (...) revient toujours* »⁴⁸⁷, il est illusoire de l'abolir ou de se persuader à l'abolir. C'est pourquoi seule une limitation de la violence se trouve imaginable. Cette canalisation n'est possible que par l'intervention de la sphère étatique ; l'Etat monopolisant ainsi la violence. Mais cette monopolisation n'a-t-elle pas pris les traits de la domination ?

178. Souveraineté et domination. – BODIN présentait, comme étant le premier attribut de la souveraineté, le pouvoir de donner et casser les lois⁴⁸⁸. Par cette prérogative, le pouvoir souverain domine la vie politique et sociale d'un Etat. Pour autant, la souveraineté doit-elle s'identifier à la domination du plus fort ?⁴⁸⁹ Une réponse positive semble devoir s'imposer puisque l'on associe classiquement à la souveraineté et à l'Etat un pouvoir illimité de commandement⁴⁹⁰, rendant impossible toute confrontation directe au pouvoir souverain. La domination du souverain sur ses sujets est donc un fait incontestable et ce pouvoir – s'imposant à tous – jouit d'une parfaite légitimité⁴⁹¹. La progression du droit substitue donc une logique de commandement à une logique de domination faisant ainsi du premier le creuset du droit de punir.

179. Souveraineté pénale et commandement. – Malgré sa pensée radicale, Joseph DE MAISTRE apporta de riches éléments à la théorie du droit de punir⁴⁹². Pour preuve, l'auteur des *Soirées de Saint-Pétersbourg* livra cette affirmation : « *Dieu ayant voulu faire gouverner les hommes par les hommes, du moins extérieurement, a remis aux souverains l'éminente*

⁴⁸⁶ Dans un passage de la Bible, cette idée se retrouve avec une intense clarté : « *Ne croyez pas que je sois venu apporter la paix sur la terre : je ne suis pas venu apporter la paix, mais le glaive* » (Evangile selon Saint Matthieu, chap. 10, verset 34). V. également l'Evangile selon Saint Luc : « *Pensez-vous que je sois venu mettre la paix dans le monde ? Non, je vous le dis, mais plutôt la division* » (chap. 12, verset 51).

⁴⁸⁷ KRIEDEL (B.), « La violence est-elle une composante de l'être humain ? », *Le Figaro*, 20 déc. 2002, p. 14.

⁴⁸⁸ BODIN (J.), *Les Six Livres de la République*, op. cit., Livre I, chap. X.

⁴⁸⁹ V. sur ce point, TERREL (J.), op. cit., p. 57.

⁴⁹⁰ Sur cette expression, V. LUCHAIRE (F.), « La souveraineté », *R.F.D.C.* 2000, p. 451 ; RAYNAUD (P.) et RIALS (S.) (sous la dir.), op. cit., p. 626.

⁴⁹¹ Une distinction classique entre puissance et pouvoir s'établit. La puissance de l'Etat peut être pure force ou violence, mais « *l'expression est polémique. En revanche, lorsque la puissance est légitimée par le droit, elle devient ce qu'on appelle communément le pouvoir. Mais les juristes nomment ce pouvoir imputé à l'Etat la puissance publique ou encore la souveraineté* » (BEAUD (O.), op. cit., p. 9).

⁴⁹² Reconnu pour la brutalité de sa pensée et son intransigeance, DE MAISTRE eut en effet une vision extrémiste du droit de punir. Selon lui, un innocent pouvait être puni dans la mesure où une faute quelconque pouvait lui être reprochée et « *la loi, si cruelle qu'elle puisse être, ne frappe jamais ni trop fort, ni trop souvent* ». Sur ce point, V. notamment VILLARD (E.), op. cit.

*prérogative de la punition des crimes (...) »*⁴⁹³. Ce serait donc du droit de commander que le pouvoir souverain détiendrait le droit de punir. Ces trois éléments – souveraineté, droit de commander et droit de punir – sont donc liés dans la perspective unique de maintenir la paix publique. « *Le droit social de punir dérive [donc] du droit social de commander ; il est un élément essentiel de la souveraineté. On ne peut punir que lorsqu'on peut commander, a dit Turgot »*⁴⁹⁴, supposant par là que le droit de punir est la sanction du non-respect du commandement.

La conduite de tout commandement et l'exercice corrélatif du droit de punir ne peuvent finalement constituer une réelle violence. Pour exprimer pleinement cette idée, il suffit de démontrer que le droit de punir, élément essentiel de la souveraineté pénale de l'Etat, favorise la légitimité de ce dernier.

b. Le droit de punir et la légitimité de l'Etat pénal

180. La légitimité de la souveraineté pénale s'exprime tout d'abord par le simple fait que le bien-être social soit recherché à travers une force publique, au sens premier du terme. Mais le critère fondamental de légitimation, inhérent à la force dite publique, est la progression du droit pénal dans les relations punitives.

181. Exercice de la force publique. – En otant toute connotation militaire au concept de souveraineté et en installant la norme au centre de la question, BODIN s'efforce de prouver que l'Etat est une puissance guidée par une logique de bien-être général et non simplement une puissance guerrière. En ce cas, « *la légitimation de l'utilisation de la force en découle presque naturellement, puisqu'elle est liée à la notion de souveraineté »*⁴⁹⁵ et à l'idée même de parvenir inexorablement à une paix publique.

L'accaparement de la force par l'Etat, c'est-à-dire la prise de possession par ce dernier du droit de punir, reste une avancée sociale majeure dans la mesure où la terreur issue des

⁴⁹³ DE MAISTRE (J.), *Les Soirées de Saint-Pétersbourg ou Entretiens sur le gouvernement temporel de la Providence*, 2 vol., Paris, in 8°, 1821 cité in DU CHAFFAUT (L.), *thèse précit.*, p. 52 (V. également p. 85).

⁴⁹⁴ BERTAULD (A.), *Le droit de punir et M. Franck*, Caen, 1864 (citant Turgot, *Première lettre d'un ecclésiastique à un magistrat*).

⁴⁹⁵ MAYER (D.), « La violence est-elle un mode légitime de contestation de la loi ? », *D.* 2003, p. 1315. Et l'auteur poursuit : « *dès lors qu'un individu s'estime souverain dans le choix des valeurs sociales, il revendique en même temps le droit d'utiliser la force pour défendre les valeurs qu'il prône (...) » (ibid.)*.

systèmes vindicatifs semble totalement anéantie⁴⁹⁶. Les théoriciens du contrat social ont parfaitement mis en lumière cette idée. Devant l'instabilité qui régnait dans l'état de nature, chaque homme a décidé de déléguer à un tiers « *le pouvoir qu'il avait de punir (...) et de juger lui-même des cas qui pouvaient se présenter* »⁴⁹⁷. En cela, les hommes confèrent à ce tiers la souveraineté et notamment la souveraineté pénale qui, par définition, se traduit par l'exercice de la force et de la contrainte.

182. Instauration du droit pénal. – La souveraineté, entendue comme « *le statut de celui qui a le pouvoir de gouverner sur un territoire et ses habitants (...) s'exprime [nécessairement] en compétences reçues de l'ordre juridique interne* »⁴⁹⁸. En matière punitive, le droit pénal constitue cet ordre juridique nécessaire à la pleine expression de la souveraineté. On avance en effet classiquement « *que le premier attribut de nos souverains a été d'être les juges de leurs sujets* »⁴⁹⁹ ; et dans cette fonction de jugement, l'une des prérogatives essentielles est précisément l'exercice du droit pénal, alors analysé comme le « *bastion traditionnel de la "parole souveraine" de l'Etat* »⁵⁰⁰. Manifestation la plus caractéristique de l'autorité suprême, « *l'exercice de la répression est aujourd'hui (...) la marque de [la] souveraineté* »⁵⁰¹ de l'Etat générant le plus d'inquiétudes quant au respect des libertés individuelles. Cette crainte donne naissance à ce que le Pr. M. DELMAS-MARTY nomme le « *paradoxe pénal* »⁵⁰². Selon cet auteur en effet, il y aurait paradoxe dans la mesure où « *le droit pénal semble tout à la fois protection et menace pour les libertés et droits fondamentaux* »⁵⁰³. En tant que rationalisation du droit de punir, l'Etat pénal permet effectivement une protection impartiale de ces droits et libertés. Mais il peut également être

⁴⁹⁶ Pour une conception inverse, V. VON TROTHA (T.), « La dépossession du pouvoir et la "déresponsabilisation" de l'individu dans l'évolution vers la constitution de l'Etat et l'acquisition de son monopole de la violence » in LE ROY (E.) et VON TROTHA (T.) (sous la dir.), *op. cit.*, pp. 15 et ss. (spéc. p. 16). Cet auteur estime en effet que le monopole étatique de la violence ne fait pas disparaître pour autant la terreur dans la mesure où il existe entre les individus et l'Etat « *un insurmontable déséquilibre auquel rien ni personne ne résiste et que nul ne peut concurrencer* » (*ibid.*).

⁴⁹⁷ LOCKE (J.), *Traité du Gouvernement civil*, Paris, Garnier-Flammarion, 1992, p. 208.

⁴⁹⁸ TRUYOL SERRA (A.), « Souveraineté », *Arch. phil. dr.*, t. 35, 1990, pp. 314 et 322.

⁴⁹⁹ LE LABOUREUR, *Histoire du gouvernement de la France, de l'origine et de l'autorité des pairs du Royaume et du Parlement*, 2 vol., La Haye et Francfort, 1740, p. 87.

⁵⁰⁰ BEAUD (O.), « L'honneur perdu de l'Etat ? », *Droits*, 1992, 15, p. 9. V. également Crim. 21 mars 1862 cité in MASSÉ (M.), « La souveraineté pénale », *Rev. sc. crim.* 1999, p. 905 : « *le droit de punir émane du droit de souveraineté* » ; DESPORTES (F.) et LE GUNHEC (F.), *op. cit.*, n° 37 : « *expression directe de la puissance publique, le droit pénal est, par là même, étroitement lié à la souveraineté de l'Etat* ».

⁵⁰¹ DESPORTES (F.) et LE GUNHEC (F.), *op. cit.*, n° 35.

⁵⁰² DELMAS-MARTY (M.), « Le paradoxe pénal » in DELMAS-MARTY (M.) et LUCAS DE LEYSSAC (C.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Seuil, coll. Points Essais, 2^{ème} éd., 2002, p. 437.

⁵⁰³ *Ibid.*

perçu comme une réelle menace pour ces derniers « *dès lors qu'il s'analyse comme le droit de "punir", c'est-à-dire de porter atteinte à certains droits fondamentaux de la personne* »⁵⁰⁴.

Cette crainte quant à l'atteinte portée aux libertés individuelles peut toutefois être aisément combattue en recourant au concept d'Etat de droit. Analyser la souveraineté pénale dans sa dimension juridique n'est-ce pas en effet tracer, s'agissant de la punition, les limitations issues du droit ?⁵⁰⁵ La légitimité de l'Etat pénal s'établit alors par le simple fait que « *tout en étant souverain, [il] demeure soumis au droit* »⁵⁰⁶.

B. – L'Etat de droit, expression de la limitation légitime du droit de punir et de la souveraineté pénale

183. Selon une présentation classique de la souveraineté, celle-ci serait composée de deux entités distinctes ; la première ferait référence à sa dimension politique, la seconde à sa dimension juridique : l'Etat, en tant qu'autorité politique est nécessairement souverain et cette souveraineté – notamment pénale – se manifeste dans sa dimension juridique. Si nous avons déjà pu analyser la souveraineté sous l'angle politique, l'intérêt à présent est de l'envisager sous son second visage. Pour se faire, il suffit de démontrer que l'Etat de droit pose des limites à l'exercice de la souveraineté, mettant ainsi en évidence son côté strictement juridique (1°). Dans cette logique, la souveraineté pénale, fragment du pouvoir étatique suprême, se trouve pareillement limitée. Aussi le droit de punir, lui-même attribut de la souveraineté pénale, trouvera-t-il dans le concept d'Etat de droit une régulation mais également et surtout son fondement même (2°).

1°/ L'Etat de droit, limitation essentielle de la souveraineté

184. L'Etat souverain trouve sa légitimité d'une part dans le fait qu'il établisse, *via* sa souveraineté, la norme considérée alors comme la volonté générale et, d'autre part, dans le fait qu'il soit soumis lui-même à cette norme. C'est ainsi que prend naissance l'Etat de droit. Bien que distincts, les deux concepts essentiels ici que sont la *souveraineté* et l'*Etat de droit* n'entretiennent pas moins d'étroites relations. C'est pourquoi, après une brève présentation du

⁵⁰⁴ *Ibid.*

⁵⁰⁵ HAURIUO analysait ceci comme une autolimitation de la souveraineté dans la mesure où, pour lui, le juridique ne serait qu'une forme de souveraineté (*Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, pp. 86 et ss).

⁵⁰⁶ DABIN (J.), *op. cit.*, p. 120 (c'est nous qui soulignons). V. également *supra*, n° .

concept d'Etat de droit (a), nous tenterons de dégager les rapprochements et les dissemblances pouvant être établis entre ce dernier et la souveraineté (b).

a. Le concept d'Etat de droit

185. Historique. – Les juristes français ont été en retard dans l'emploi de cette expression. Mais « *le rare emploi du terme ne signifie pas nécessairement absence du concept* »⁵⁰⁷ et l'idée selon laquelle l'Etat doit se soumettre à une norme était déjà largement prégnante dans le système français avant même les développements de DUGUIT, NÉZARD ou ESMEIN⁵⁰⁸. La période post-révolutionnaire est sans nul doute la plus caractéristique de la présence en France de la philosophie de l'Etat de droit. Issus de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, la souveraineté nationale (art. 3), la séparation des pouvoirs (art. 16) et le principe légaliste (art. 4 à 11) sont les manifestations les plus claires de cette théorie.

186. Interdépendance de l'Etat et du droit. – Mais au-delà de cette présentation historique, il est possible d'établir une relation plus étroite entre l'Etat et le droit. La doctrine allemande, qui reste très influente dans la philosophie du droit et de l'Etat⁵⁰⁹, mit effectivement en évidence l'interdépendance existant entre ces termes. Selon GIERKE en effet, « *il y a entre le droit et l'Etat une pénétration d'une nature particulière et intime. Le Droit est inné à l'Etat. Le Droit n'est pas plus enfanté par l'Etat que l'Etat n'est enfanté par le droit, mais tous les deux, quoique ayant des raisons d'être propres, sont développés l'un par l'autre* »⁵¹⁰. Selon cette théorie, l'Etat n'est donc pas simplement le réceptacle du droit, il en est l'essence même, il est le droit. « *Là où il y a de l'Etat, il y a probablement du Droit* »⁵¹¹ et là où il y a du Droit, il ne peut y avoir que l'Etat. Aussi l'expression "Etat de droit" ne serait que pure redondance.

⁵⁰⁷ REDOR (M.-J.), *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris, Economica, 1992, p. 10.

⁵⁰⁸ DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, 2 vol., Paris, Fontemoing, 1911 ; NÉZARD (H.), *Eléments de droit public*, Paris, Juven et Rousseau, 1911 ; ESMEIN (A.), *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 2 vol., 1921, *op. cit.*

⁵⁰⁹ Le concept d'Etat de droit est la traduction de l'expression allemande *Rechtsstaat* formée par les mots *Recht* qui signifie "droit" et *Statt* qui signifie "lieu", "pays", "Etat".

⁵¹⁰ GIERKE (O.), *Le fondement du droit public et les nouvelles théories du droit public*, Tübingen, 1874 cité in BOUTET (D.), *op. cit.*, p. 176. *Contra*, V. notamment DUGUIT (L.), *op. cit.* ; BATIFFOL (H.), *La philosophie du droit*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 1989, p. 18 : « (...) l'Etat ne saurait être la source de tout droit ».

⁵¹¹ DE BÉCHILLON (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 69.

Ainsi entendu, l'Etat de droit doit être défini comme « *un Etat dont la puissance est soumise au droit, dont toutes les manifestations sont légitimées et limitées par le droit* »⁵¹². Mais énoncer que le droit limite la puissance étatique, n'est-ce pas imposer une réflexion tendant à distinguer l'Etat de droit de la souveraineté ?

b. La distinction entre l'Etat de droit et la souveraineté

187. Apparente assimilation des concepts d'Etat de droit et de souveraineté. – Comme nous venons de le remarquer, c'est un sentiment d'assimilation et non de distinction qui nous envahit lorsque nous analysons ces deux concepts. Ils s'inscrivent dans une logique identique et peuvent se présenter comme une seule et même institution⁵¹³. C'est en ce sens qu'il convient de lire cette affirmation de CARRÉ DE MALBERG : « *le juriste (...) ne saurait chercher la source du droit positif au-delà de la puissance et de la volonté de l'Etat* »⁵¹⁴, cette puissance et cette volonté constituant précisément la souveraineté. Si nous obéissons donc à cette logique assimilatrice, la démonstration exposée précédemment concernant l'inévitable identification de l'Etat par le droit, peut se répéter à ce niveau-ci de notre analyse, incluant ainsi le concept de souveraineté. Cette assimilation s'intensifie dès lors que nous nous remémorons la définition élémentaire de la souveraineté. Nous avons en effet précisé que le pouvoir souverain devait s'analyser comme la "compétence de la compétence", c'est-à-dire la détermination par le souverain lui-même du champ d'application de ses prérogatives. Or, comment ne pas soulever une large similitude entre la souveraineté et le concept d'Etat de droit entendu, lui, comme la théorie de l'autolimitation de l'Etat par le droit ?

188. Autolimitation inhérente à l'Etat de droit et à la souveraineté. – Le droit s'immisce dans le concept de souveraineté non seulement pour lui permettre de s'exercer mais également pour la limiter. Il ne s'agit en l'espèce aucunement d'une limitation extrinsèque mais bien au

⁵¹² REDOR (M.-J.), *op. cit.*, pp. 10 et s. L'ensemble des auteurs ayant réfléchi sur les concepts d'Etat de droit et de souveraineté ont repris cette théorie de l'autolimitation de l'Etat par le droit. V. notamment CARRÉ DE MALBERG (R.), *op. cit.*, p. 231 ; DABIN (J.), *op. cit.*, p. 120 ; CHEVALLIER (J.), *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, coll. Clefs/Politique, 1992, p. 18 ; BOUTET (D.), *op. cit.*, p. 180 ; BILLIER (J.-C.) et MARYIOLI (A.), *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, A. Colin, 2001, p. 164 ; BRAUD (P.), *op. cit.*, p. 43 ; PALAYRET (G.), *La société, le droit et l'Etat moderne*, Paris, éd. Ellipses, 1998, p. 62.

⁵¹³ Si nous suivons la pensée d'ESMEIN, la souveraineté interne s'analyserait comme « *le droit de commander à tous les citoyens composant la nation et même à tous ceux qui résident sur le territoire national* » (*Droit constitutionnel*, Paris, Larose, 1909, p. 1) (c'est nous qui soulignons). *Contra*, V. BRAUD (P.), *op. cit.*, p. 34 : « (...) *la théorie juridique met en avant deux concepts classiques qui, de ce point de vue, ne s'harmonisent pas spontanément : celui de la souveraineté et celui de l'Etat de droit* ».

⁵¹⁴ CARRÉ DE MALBERG (R.), *op. cit.*, p. 239.

contraire d'une restriction provenant du pouvoir souverain lui-même : c'est la théorie de l'autolimitation⁵¹⁵. Mise en lumière par la doctrine allemande⁵¹⁶ et reprise en France par CARRÉ DE MALBERG, cette théorie s'appuie effectivement sur le pouvoir de l'Etat de limiter ses prérogatives souveraines : « *la souveraineté, en tant qu'elle est un pouvoir et une institution juridiques et non pas seulement une force ou un fait matériels, apparaît comme une puissance soumise à l'empire du droit et, comme telle, limitée* »⁵¹⁷. L'Etat souverain trouve donc sa part de légitimité tant dans sa manifestation – il ne s'exerce qu'à travers les voies du droit pour le bien commun – que dans son autolimitation – il ne s'exerce que dans les voies de droit définies par lui. Dans cette perspective, l'Etat de droit et la souveraineté s'intègrent dans une confusion sémantique. Mais cette assimilation, propre à une lecture négative et limitative de la souveraineté, ne peut-elle pas être relativisée dès lors que nous approchons positivement cette notion ?

189. Eloignement des concepts ? – Les concepts de souveraineté et d'Etat de droit, tout en étant naturellement très proches et très influents l'un envers l'autre ne peuvent se confondre catégoriquement. Si nous analysons la souveraineté de manière positive comme l'étendue effective de la puissance étatique, une subtile distinction semble finalement se dessiner. Dès lors que nous définissons le droit comme « *un vecteur de limitation de [la] puissance [étatique]* »⁵¹⁸, le concept même d'*Etat de droit* ne se présente alors plus comme la souveraineté elle-même mais davantage comme une délimitation extrinsèque de celle-ci. De ce fait, la souveraineté doit être considérée comme le principe et le concept d'*Etat de droit* comme la détermination – nécessairement limitative – de son champ d'application. Si la souveraineté doit être analysée comme le droit de l'Etat⁵¹⁹, l'Etat de droit doit quant à lui être entendu comme le droit dans l'Etat. C'est ainsi que, sans toutefois croire en un éloignement strict des concepts, leur confusion s'avère ici plus délicate.

⁵¹⁵ Il est possible de penser que Jean BODIN lui-même est à l'origine de cette théorie de l'autolimitation lorsqu'il précise que le souverain doit respecter non seulement les lois divines et naturelles mais également les lois du royaume ayant trait aux droits fondamentaux des individus (famille, propriété) : « *Quant aux lois qui concernent l'état du royaume et l'établissement d'icelui (sic), d'autant qu'elles sont annexées et unies avec la Couronne, le prince ne peut déroger, comme est la loi salique : et quoi qu'il fasse, toujours le successeur peut casser ce qui aura été fait au préjudice des lois royales, et sur lesquelles est appuyée et fondée la majesté souveraine* » (*Les Six Livres de la République*, op. cit., Livre I, chap. VIII).

⁵¹⁶ Sur la théorie allemande de l'autolimitation (*Selbstverpflichtung*, *Selbstbindung* ou encore *Selbstbeschränkung*), V. VON JHERING (R.), *L'évolution du droit*, Paris, Maresq, 1891 ; JELLINEK (G.), *L'Etat moderne et son droit*, Paris, 1911 ; CARRÉ DE MALBERG (R.), op. cit., p. 234 ; MAULIN (E.), op. cit., p. 96.

⁵¹⁷ CARRÉ DE MALBERG (R.), op. cit., p. 230.

⁵¹⁸ CHEVALLIER (J.), *L'Etat de droit*, op. cit., p. 16.

⁵¹⁹ V. KRIEGEL (B.), *Etat de droit ou Empire ?*, op. cit., p. 87 et *supra*, n° .

190. Grâce au concept d'Etat de droit, il est clair désormais que la légitimité de l'Etat que nous recherchons provient de la règle juridique. Selon Jacques CHEVALLIER en effet, « *l'Etat de droit est un Etat qui, dans ses rapports avec ses sujets, se soumet à un "régime de droit" : dans un tel Etat, le pouvoir ne peut user que des moyens autorisés par l'ordre juridique en vigueur, tandis que les administrés disposent de voies de recours juridictionnelles contre les abus qu'il est susceptible de commettre* »⁵²⁰.

Suivant en cela cette dernière définition, l'Etat – dans sa fonction punitive – n'est légitime qu'à travers les règles pénales. Ainsi, il ne peut intervenir de manière contraignante, afin de réaliser ses finalités propres, que par le seul intermédiaire des moyens juridiquement reconnus et délimités par lui, à savoir le droit pénal. De la même façon, les particuliers ne peuvent agir que par les seules voies légales et ne doivent accomplir que les seules actions légalement autorisées. En cas de non-respect de ces différentes obligations ou restrictions, le droit, entendu comme « *un ordre social basé sur la contrainte* »⁵²¹, se manifestera par une mesure afin de sanctionner ces comportements illégaux. Face au Droit, « *une obligation s'impos[e] aux individus membres du groupe de lui obéir ; [en] cas de refus, les détenteurs de la force pourraient légitimement en user pour imposer l'obéissance* »⁵²². Le droit de punir devient ainsi un attribut essentiel de l'Etat de droit et le critère même de sa conservation.

2°/ Le droit de punir, attribut essentiel de l'Etat de droit

191. L'importance du droit de punir au sein de l'Etat de droit se retrouve dans l'unité qui s'établit entre la sanction *lato sensu*⁵²³ et le droit (a). Malgré ce constat, nous serons forcés

⁵²⁰ CHEVALLIER (J.), *L'Etat de droit*, op. cit., pp. 12 et s. ; V. également p. 134 : « *Le concept d'Etat de droit est ainsi utilisé pour caractériser un type particulier d'Etat, dont il contribue en même temps à asseoir la légitimité : le bien-fondé de l'Etat dépend de son degré d'assujettissement au droit (...)* ». Sur la relation entre le souverain et les individus, V. également BOURGEOIS (B.), « La question de l'Etat de droit en France aujourd'hui » in COLAS (D.) (sous la dir.), *L'Etat de droit*, Paris, P.U.F., coll. Questions, 1987, p. 4 ; GOYARD (C.), « Etat de droit et démocratie », *Mélanges Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 299 et ss. ; CARRÉ DE MALBERG (R.), op. cit., pp. 488 et s. : « *Par Etat de droit il faut entendre un Etat qui, dans ses rapports avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit, et cela en tant qu'il enchaîne son action sur eux par des règles, dont les unes déterminent les droits réservés aux citoyens, dont les autres fixent par avance les voies et moyens qui pourront être employés en vue de réaliser les buts étatiques (...)* ».

⁵²¹ V. KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, op. cit., pp. 70 et ss. ; ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit*, Paris, Sirey, 1951, pp. 32 et s.

⁵²² DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, Fontemoing, 3^{ème} éd., 1927-1930, § 50, p. 542.

⁵²³ Nous entendons ici le mot *sanction* de manière relativement large et incluons dans cette acception les termes de contrainte et de coercition. Pour une distinction franche de ces concepts, V. *infra*, n^{os} et ss.

d'admettre que la sanction reste encore éloignée de notre préoccupation essentielle, à savoir la découverte des fondements du droit de punir (b).

a. L'unité entre la sanction et le droit : solidarité entre le droit de punir et l'Etat de droit

192. L'Etat de droit acquiert une prérogative punitive limitée par la norme. Mais cette norme ne peut parallèlement avoir de poids qu'à l'intérieur même de l'Etat dans la mesure où son non-respect n'est sanctionné qu'en son sein. C'est ainsi qu'un mouvement circulaire se dessine dans cette relation entre le droit de punir et l'Etat de droit. Le droit de punir est limité par l'Etat de droit (1) mais, parallèlement, le Droit présent au sein de l'Etat ne peut être garanti que par la seule existence du droit de punir (2).

1) *Le droit de punir limité par le concept d'Etat de droit*

193. Limitation de la contrainte étatique. – L'Etat possède le droit de commander et d'imposer des ordres. Pour accéder à un respect immodéré de ces prérogatives, l'Etat peut user de la force et de la contrainte. La caractéristique de l'Etat de droit est donc que cette situation fondée sur la norme ne fait nullement obstacle à l'emploi de la coercition. Cela peut apparaître contradictoire face à la stabilité et la paix sociales que l'Etat de droit doit garantir. Mais cette crainte d'une confusion des genres se trouve fortement relativisée par le fait que ce « *pouvoir de coercition n'est pas exercé arbitrairement [par les autorités de l'Etat] mais, au contraire, se trouve juridiquement codifié* »⁵²⁴. Le droit de punir, établi sous la forme du droit pénal, devient donc une prérogative étatique contraignante strictement délimitée.

Si, selon cette lecture des faits, l'Etat possède le monopole du droit de punir, l'exercice de ce droit est loin d'être absolu dans la mesure où il existe une définition rigoureuse de son champ d'application. Le droit de punir au sein d'un Etat de droit est donc un *droit de contrainte lui-même contraint*. Dans un tel système en effet, le droit « *permet [à l'autorité étatique] d'agir mais tout en pesant en même temps sur elle comme contrainte* »⁵²⁵. Alors que politiquement l'Etat de droit promeut la démocratie, il instaure juridiquement et devient le garant de la "démocratie pénale".

⁵²⁴ BRAUD (P.), *op. cit.*, p. 27. Intégré dans la logique de l'Etat de droit, « *tout usage de la force matérielle doit être fondé sur une norme juridique* » (CHEVALLIER (J.), *L'Etat de droit*, *op. cit.*, p. 13).

⁵²⁵ CHEVALLIER (J.), *ibid.*, p. 16.

194. Démocratie pénale. – La « *soumission de l'Etat au droit* » selon la formule de Jean DABIN, s'effectue dans un dessein très précis qui est celui de garantir les particuliers contre le caractère éventuellement discrétionnaire du pouvoir et notamment du pouvoir répressif. Ainsi présenté, « *le régime de l'Etat de droit est conçu dans l'intérêt des citoyens et a pour but spécial de les prémunir et de les défendre contre l'arbitraire des autorités étatiques* »⁵²⁶. C'est donc dans un souci de respect de l'ordre social et de l'intérêt général que l'Etat accepte de se lier par des chaînes normatives qu'il aura lui-même édictées. Sans cette délimitation, toute espérance de paix sociale semble impossible dans la mesure où cette paix serait confrontée, sinon à un véritable arbitraire étatique et juridique, du moins à une forte instabilité du traitement pénal. Plus qu'une insécurité juridique, il serait alors davantage question d'absence juridique.

En conséquence, l'Etat de droit garantirait une paix publique en respectant les intérêts des citoyens par une maîtrise de l'exercice du droit de punir. C'est en ce sens que l'on a pu affirmer que « *le droit est la garantie légitime de la coercition* »⁵²⁷ ; garantie ne pouvant exister qu'à travers l'Etat⁵²⁸. Mais au-delà de cette position traditionnelle quant au rôle de l'Etat de droit, ne pouvons-nous pas entrevoir ce dernier de manière plus passive et, corrélativement, considérer le droit de punir de façon plus active ? Dans l'affirmative, se dessine alors le maintien de l'Etat de droit grâce au droit de punir lui-même.

2) *L'Etat de droit garanti par le droit de punir*

195. Le droit : un ordre sanctionné. – Après avoir envisagé le droit de punir comme une prérogative nécessairement limitée, il convient à présent d'entrevoir ce concept de manière plus active. Ainsi, nous ne saurions occulter le fait que, tout en étant bridé juridiquement dans son action, l'Etat par l'intermédiaire du droit de punir est la seule institution à pouvoir « *donner au droit sa force obligatoire* »⁵²⁹. Pour ce faire, l'Etat use de la contrainte ou, selon

⁵²⁶ CARRÉ DE MALBERG (R.), *op. cit.*, p. 490.

⁵²⁷ DWORKIN (R.), *op. cit.*, p. 213.

⁵²⁸ Le droit « *n'arrive à sa complète réalisation et n'est revêtu d'une protection réellement efficace que lorsqu'il est reconnu par l'Etat. C'est l'Etat seul qui peut mettre à la disposition du sujet le moyen juridique destiné à assurer cette protection* » (MICHOUX (L.), *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. I, Paris, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 1932, p. 112). Notons toutefois que cet auteur ne reconnaît à l'Etat aucun pouvoir créateur de normes exclusif. Il estime en effet que le Droit « *existe en dehors de lui, tout au moins en tant qu'idée-force que l'Etat ne saurait méconnaître impunément* » (*ibid.*).

⁵²⁹ CHEVALLIER (J.), *L'Etat de droit*, *op. cit.*, p. 19. V. également CARRÉ DE MALBERG (R.), *op. cit.*, p. 239 : « *L'Etat seul possède la puissance de conférer aux règles destinées à régir la conduite et les relations humaines cette force exécutoire spéciale* ». Sur la relation entre l'Etat et la contrainte, V. *infra*, n^{os} *et ss.*

KELSEN, de la sanction. Le « *Droit serait donc composé par l'ensemble des normes susceptibles de recevoir la protection de l'Etat ; celles dont il punirait la violation* »⁵³⁰. En d'autres termes, pour rendre ou conférer au Droit toute sa fermeté, l'Etat fait usage de son droit de punir.

C'est ainsi que les notions de droit et de sanction sont présentées comme étant indissociables. En ce sens, KELSEN affirme clairement que « *le droit est un ordre de contrainte (...) [qui] prévoit des sanctions afin de provoquer une conduite humaine que le législateur estime désirable* »⁵³¹. Plus récemment, mais de manière toute aussi directe, le Pr. Ph. JESTAZ présentait la sanction comme « *le critère du droit* »⁵³² et précisait qu'elle « *paraît bien être avant tout une notion de droit* »⁵³³. Ainsi présentée, la sanction *lato sensu* serait l'élément indispensable de définition et d'affirmation du Droit⁵³⁴ ; sans sanction le Droit ne serait alors qu'une *lex imperfecta*⁵³⁵.

196. Le droit sanctionné : un ordre rétabli. – Suivant cette logique, l'exercice du droit de punir est louable dans la mesure où il rétablit le droit. Selon HEGEL, la sanction est la négation de la négation et constitue corrélativement le rétablissement du droit⁵³⁶. Si l'on poursuit ce raisonnement, il est possible d'énoncer que « *les délits n'annulent pas le Droit, (...) [mais] l'affirment plutôt* »⁵³⁷. Si un comportement se trouve sanctionné, c'est de toute évidence qu'au préalable il fut interdit par les autorités étatiques, qui, par cette sanction, revendiquent voire renouvellent le caractère obligatoire de la norme. La certitude de la contrainte, renforce l'obligation juridique dans sa nature même, de sorte que « *la promesse d'une punition, quelle*

⁵³⁰ DE BÉCHILLON (D.), *op. cit.*, p. 69 (c'est nous qui soulignons). V. également TERRÉ (F.), *Introduction au droit*, *op. cit.*, p. 32 : « *le propre de la règle de droit est d'être une règle sanctionnée par l'autorité étatique* ».

⁵³¹ KELSEN (H.), *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 70 et 101. V. également *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 70 et s. : la sanction « *est la réaction spécifique du droit contre les comportements qualifiés d'illicites ou de contraires au droit* ».

⁵³² JESTAZ (P.), « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chron. 32, p. 197.

⁵³³ *Ibid* (c'est nous qui soulignons).

⁵³⁴ CARRÉ DE MALBERG énonçait très nettement cette interdépendance : « (...) *la règle découlant de la justice (...) ne devient du droit au sens précis et positif de ce terme que du jour où elle a été consacrée et munie de sanction par un acte législatif* » (*op. cit.*, p. 60, en note). V. également p. 239 : « *la règle de droit se caractérise donc, non point par la nature idéale de ses dispositions, mais par la nature matérielle de sa sanction et par la force spéciale qu'elle tire de cette sanction en ce qui concerne son exécution* ».

⁵³⁵ C'est ainsi que le droit romain dénommait les lois qui se bornaient à édicter des interdictions ou des prescriptions sans prévoir la moindre sanction. Sur ce point, V. TERRÉ (F.), *op. cit.*, n° 575.

⁵³⁶ HEGEL (F.), *Principes de la Philosophie du Droit*, Paris, Gallimard, 1940, § 97 et 99 : « *La violation du droit (...) a sans doute (...) une existence positive extérieure, mais elle renferme la négation (...) La réalité du droit n'est autre que sa nécessité se réconciliant avec elle-même par la suppression de la violation du Droit* » (*ibid.*, § 97).

⁵³⁷ STRUPP (K.), « Règles générales du Droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1934-1, p. 207.

qu'en soit la teneur, vise bien à assurer l'effectivité de la norme »⁵³⁸ et à rétablir l'ordre juridique et social préexistant.

197. Préservation de l'Etat de droit par le droit de punir. – Si la sanction est l'indispensable condition pour qu'existe le Droit, cela revient nécessairement à énoncer que l'Etat de droit lui-même est garanti par le droit de punir. Ainsi, l'« *une des conditions essentielles de la formation de l'Etat, c'est en effet l'existence, au sein de la communauté étatisée, d'une puissance douée de force coercitive* »⁵³⁹. On retrouve alors ici très nettement l'interdépendance entre le droit de punir et l'Etat de droit énoncée plus haut sous la forme d'un mouvement circulaire. Un système ne serait donc juridique qu'à la seule condition qu'il soit contraignant. La corrélation et la préexistence de la sanction au Droit paraît alors inattaquable. Toutefois, pour exacte qu'elle soit, cette relation ne peut nous permettre de présenter la sanction comme le fondement du droit de punir.

b. La distance entre la sanction et le fondement du droit de punir

198. Arrivé à ce stade de notre exposé, il serait possible de définir sommairement le Droit comme le *droit de punir*. En effet, défini par le seul critère de la contrainte ou de la sanction, le Droit au sens le plus large du terme s'identifierait *in fine* au droit de punir. Ce caractère coercitif constituerait alors son signe distinctif et fondamental. Mais une telle analyse, bien qu'exacte dans une certaine mesure, ne saurait toutefois se maintenir de manière absolue.

199. La sanction, produit du droit de punir. – La question des liens unissant la sanction et le Droit fut souvent présentée de manière tautologique : sanctionne-t-on parce que c'est une norme ou est-ce une norme parce qu'elle est sanctionnée ? La sanction existe-t-elle parce qu'il y a une norme ou la norme existe-t-elle parce qu'il y a une sanction ? Dès lors que nous définissons brièvement le droit comme un ordre sanctionné, il est effectivement malaisé de

⁵³⁸ DE BÉCHILLON (D.), *op. cit.*, p. 61. Notons toutefois que cet auteur reste très sceptique sur la valeur matérielle de la sanction quant à l'effectivité du droit : « *il n'est possible à personne de décider d'emblée si la menace d'[une] sanction (...) poussera ou non tel sujet à respecter effectivement la règle* » (*ibid.*, p. 66). Et plus loin : « *Si c'est (...) à cette capacité répressive que l'on prête la propriété d'identifier le Droit, il faut se résoudre à un échec complet (...) Définir la règle de Droit, c'est largement expliquer en quoi l'obligation juridique paraît singulière. Or c'est ce que le critère de la sanction ne parvient pas à éclaircir* » (*ibid.*, p. 70). KELSEN au contraire semble convaincu de l'efficacité de la sanction : « *l'efficacité d'une norme commandant un certain comportement dépend par conséquent de l'efficacité des normes statuant des sanctions – les normes primaires* » (*Théorie générale des normes*, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 1996, p. 183).

⁵³⁹ CARRÉ DE MALBERG (R.), *op. cit.*, p. 57 (en note). Pour un Etat, la « *faculté de contraindre ce qui lui est nuisible est (...) liée en même temps [et nécessairement] au droit* » (KANT (E.), *Métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, p. 110).

définir la nature véritable de cette contrainte : essence ou produit du droit ? Une réponse peut être trouvée dans cette expression célèbre : « *Une règle n'est pas juridique parce qu'elle est sanctionnée ; elle est sanctionnée parce qu'elle est juridique* »⁵⁴⁰. La sanction ne se présente donc point comme le fondement du Droit mais comme la conséquence ou la manifestation de ce dernier. Les notions de *sanction*, *contrainte* ou encore *coercition* – qu'il est d'ailleurs peu judicieux de confondre⁵⁴¹ – ne peuvent donc fonder véritablement le droit de punir ; elles induisent toutes une extériorité alors même que l'étude des fondements d'une institution doit pousser à la révélation d'éléments intrinsèques à celle-ci⁵⁴². La sanction constitue une extériorisation du droit de punir et ne peut en aucune façon représenter son origine. Le fondement du droit de punir doit être recherché en lui-même et non en référence aux effets ou aux manifestations de ce droit. Il convient donc de ne pas se projeter dans l'avenir, c'est-à-dire dans l'expression même de ce droit, mais au contraire d'analyser la genèse et la raison d'être de cette institution.

200. La paix sociale, fondement du droit pénal et du droit de punir. – Malgré le rejet de la sanction comme fondement du droit de punir, nous ne pouvons toutefois nier notre certitude quant à la nature et au contenu véritables de ce fondement. Le Droit – et notamment le droit pénal – a été mis en place et le droit de punir s'exerce pour une unique raison, à savoir la conservation ou le rétablissement de la paix sociale. Certes la sanction aide à y parvenir ; si des attitudes tendent à contrarier cette recherche du bien-être général, « *l'autorité publique impose des sanctions pour en assurer l'observance* »⁵⁴³. Le droit de punir existe pour préserver la paix publique grâce au prononcé de sanctions mais n'existe pas pour que ces sanctions soient effectivement prononcées. N'étant pas le fondement du droit de punir, ces dernières sont qualifiées de moyens et non de fins vis-à-vis de ce droit et conservent une nature caractéristique. Pour établir pleinement cette spécificité, nous devons étudier en détails ces manifestations qui demeurent un simple élément de l'expression du droit pénal⁵⁴⁴. L'étude de ces dernières reste donc essentielle quant à une connaissance véritable du droit de

⁵⁴⁰ MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 1972, n° 34. V. également, WEILL (A.) et TERRÉ (F.), *op. cit.*, p. 16.

⁵⁴¹ Chacune de ces notions ont en effet une acception propre. Pour une étude plus détaillée de ce point, V. *infra*, n^{os} *et ss.*

⁵⁴² V. DE BÉCHILLON (D.), *op. cit.*, p. 76 : « *On n'a pas vraiment besoin d'aller chercher [le caractère propre de la règle de Droit] dans une sanction qui lui est extérieure, par définition même* » (c'est nous qui soulignons).

⁵⁴³ MALAURIE (P.) et AYNÈS (L.), *Cours de droit civil*, Paris, Cujas, 1994, p. 13.

⁵⁴⁴ Comme nous le verrons, un autre élément se joint à la sanction dans l'expression du droit pénal (V. *infra*, n^{os} *et ss.*).

punir, pour autant nous ne saurions négliger une autre facette de l'extériorisation du droit pénal, à savoir son caractère légal.

201. La Loi, fondement et expression du droit pénal et du droit de punir. – Nous venons d'apprécier l'importance du concept étatique dans l'étude du droit de punir. Mais analyser l'Etat de droit dans sa dimension punitive et pénale revient à disséminer la question de sa corrélation avec le droit de punir. En effet, si l'Etat de droit constitue une limitation et par là même une légitimation du droit de punir – ce qui rentre dans l'analyse des fondements de ce droit – il convient de préciser que cet Etat de droit, à travers la légalité qu'il génère, constitue également une manifestation, voire la seule manifestation possible du droit de punir. La Loi constituerait donc le fondement mais également la manifestation du droit de punir. Alors que nous nous sommes cantonnés au seul légalisme fondateur du droit de punir, nous devons à présent apprécier l'extériorisation légale du droit de punir.

Conclusion du chapitre 1

202. L'analyse des fondements du droit de punir et du droit pénal correspond, par la nature même de ces matières, à la recherche de leur légitimité. C'est alors qu'une dualité intervient dans l'examen de ces fondements ; car, en effet, il convient non seulement d'apprécier le fondement et la légitimité de l'action punitive mais il est nécessaire également de s'interroger sur le fondement et la légitimité du détenteur de ces droits.

S'agissant du fondement de l'acte punitif, la défense sociale apparaît comme la seule et unique raison d'être du droit de punir et du droit pénal. Ces deux droits convergent alors parfaitement pour assurer le maintien de la paix publique. C'est ainsi que, si nous nous écartons de l'intérêt général – comme cela peut être le cas en matière de légitime défense ou de vengeance – plus aucun *droit* de punir n'existe réellement et le droit pénal a la possibilité même de rejeter certaines actions punitives de son égide si celles-ci ne sont guidées que par une préoccupation strictement privée, à l'image des actes vindicatifs.

S'agissant de la légitimité du détenteur du droit de punir, la souveraineté constitue la notion maîtresse en la matière. Le droit de punir, accentué par la progression de l'Etat de droit, s'est substitué à toute forme vindicative en développant une véritable rationalité pénale. L'exercice

de la punition par l'autorité souveraine poursuit ainsi une logique utilitaire : défendre et maintenir la paix sociale. Si cette mission témoigne de la souveraineté pénale de l'Etat, elle demeure soumise aux exigences du Droit et se trouve, dès lors, délimitée par lui.

203. Si le droit de punir n'est pas présent dans l'ensemble des domaines pénaux et se trouve exclu notamment de la légitime défense, s'il ne peut dès lors constituer seul l'intégralité du droit pénal, on ne saurait occulter le point essentiel selon lequel le droit pénal est prioritairement punitif. La souveraineté pénale trouve ainsi dans le droit de punir un outil de légitimation mais également d'extériorisation rationnel et maîtrisé. Cette rationalité, révélée par les fondements du droit pénal et du droit de punir, se poursuit lors de l'exercice de la souveraineté pénale. Encore nous faut-il préciser toutefois qu'une certaine disparité existe entre les expressions du droit pénal et celles du droit de punir.

Chapitre 2

De la disparité dans l'expression du droit pénal et du droit de punir

204. *Insuffisance du droit de punir dans la manifestation du droit pénal.* – L'insuffisance du droit de punir quant à la détermination des fondements du droit pénal se retrouve dans les manifestations de ce droit. Le droit de punir est incapable d'exprimer de manière absolue et exclusive le droit pénal. Une dissemblance apparaît à nouveau ici, reprenant ainsi la restriction de la portée du droit de punir au sein du droit pénal.

Si le droit de punir ne peut garantir l'ensemble des manifestations du droit pénal, il convient toutefois d'apporter de larges précisions sur celles-ci afin d'entrevoir les différents points d'ancrage du droit de punir en ce domaine. Deux manifestations particulières peuvent être relevées. Les unes correspondent à la nature même du droit pénal. Ce dernier pose en effet « *des interdits reconnus dans une société donnée et veille à leur respect* »⁵⁴⁵. Il traduit donc en termes clairs les préceptes moraux, éthiques et collectifs essentiels pour sauvegarder une vie sociale exempte de tout désordre. Nous percevons donc ici très nettement le caractère

⁵⁴⁵ DEBOVE (F.) et FALLETTI (F.), *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, P.U.F., coll. Major, 2001, p. 3.

symbolique du droit pénal. Face à un tel signe distinctif, nous devons analyser la place qu'occupe le droit de punir au sein même de ce symbolisme (SECTION 1). Les autres manifestations, quant à elles, s'intéressent véritablement à l'exercice même du droit pénal. Dans sa dimension légaliste, ce dernier correspond certes à une consécration certaine des valeurs sociales ; mais une telle consécration ne peut recevoir d'effectivité qu'à partir du seul instant où le droit pénal met en œuvre des instruments juridiques nécessairement contraignants dont le seul souci est précisément de relever l'importance desdites valeurs. Face à cet aspect du droit pénal, tout aussi primordial, nous sommes en droit de nous demander quelle est alors l'influence véritable du droit de punir dans une telle perspective ou, plus nettement, quel lien entretient le droit de punir avec la contrainte pénale ? (SECTION 2).

– Section 1 –

Le droit de punir et le symbolisme pénal

205. *Ordre et paix publics.* – Le droit pénal protège l'*ordre* public entendu comme la *paix* publique. Cet ordre, en tant que fondement du droit pénal et du droit de punir doit être regardé comme le critère de restriction des libertés publiques⁵⁴⁶. S'il justifie de telles limitations, c'est-à-dire si sa protection légitime de telles bornes, il instaure parallèlement un droit de punir propre à réprimer les comportements pouvant l'atteindre⁵⁴⁷. Suivant une telle acception, l'ordre public serait donc une donnée en quête de conciliation avec l'exercice des libertés publiques⁵⁴⁸. L'ordre public reste donc une des seules possibilités de restriction de ces

⁵⁴⁶ V. *supra*, n° .

⁵⁴⁷ En ce sens, V. COMBACAU (J.), « Conclusions générales » in REDOR (M.-J.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 417 et ss. : « *L'idée d'ordre public évoque immédiatement le monde du pouvoir et de la limitation, par les autorités qui le détiennent, des facultés d'agir de ceux qui le subissent, au nom de nécessités collectives ; (...) ordre poliçant leurs conduites, et limitant par conséquent leurs libertés* ».

⁵⁴⁸ V. VIMBERT (C.), « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Rev. dr. publ.*, 1994, pp. 716 et ss. ; CAZE-GAILLARDE (N.), *L'ordre public pénal. Essai sur la dimension substantielle de la notion*, thèse, Lyon-III, 2003, pp. 29 et s. : « *l'ordre public agit comme une restriction à la liberté individuelle, dans la mesure où les normes qu'il organise consistent à interdire les comportements contraires aux valeurs indispensables au bon équilibre de la collectivité sociale* ». A titre d'exemple, la peine d'interdiction du territoire français rend parfaitement compte de cette situation. Cette sanction pénale, restriction de la liberté d'aller et venir, ne doit être prononcée « *que si le trouble inhérent à l'infraction commise par le délinquant rend incompatible avec les nécessités de l'ordre public, le maintien de sa présence sur le territoire* » (Circulaire CRIM 99-13 E1 du 17 novembre 1999 relative au prononcé et au relèvement des peines d'interdiction du territoire ; c'est nous qui soulignons). Citons encore la loi n° 2003-1176 du 10 décembre 2003 modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile (JO du 11 déc. 2003, p. 21080). L'article 1^{er} de cette loi, modifiant notamment l'article 2, IV de la loi de 1952, énonce expressément que « *la protection subsidiaire [accordée à toute personne*

libertés ; restriction rendue nécessaire pour parvenir à un certain équilibre entre les valeurs mises en cause.

206. Ordre public et droit pénal. – Le droit pénal, loin de se contenter de cette protection des éléments essentiels à la vie sociale, représente en outre un type particulier d'ordre public. C'est en ce sens que l'on a pu affirmer, s'agissant du *Droit* en général, qu'il « *ne se contente pas d'être une masse de règles techniques : il a aussi un esprit qui anime ses règles et ses catégories techniques* »⁵⁴⁹. Il est parfaitement possible de transposer cette affirmation au droit pénal et de lui adjoindre un tel esprit. Alors que nous fondions le droit de punir sur l'ordre social, la paix publique ou encore l'intérêt général, nous devons expressément viser ici le concept strict d'ordre public dans sa signification première, c'est-à-dire comme commandement officiel. Le droit pénal ne devra donc plus seulement être perçu comme la *protection* de « *ce qui est nécessaire au maintien de l'organisation sociale ou de l'existence même de la société* »⁵⁵⁰, mais sera également la *symbolisation* de valeurs "transgénérationnelles" et communes à un ensemble d'individus. En d'autres termes, le droit pénal ne forme plus simplement la garantie du rétablissement d'un certain « *kosmos ou ordre du monde* »⁵⁵¹ mais constitue véritablement, suivant cette nouvelle acception, ce *kosmos*. La vie sociale, retranscrite à travers l'ordre public, ne peut être satisfaite qu'à partir du seul instant où elle est soumise à des règles comme le droit pénal ; mais cette réglementation ne peut être effective que dans la mesure où, de manière rationnelle, elle constitue elle-même un ordre regroupant des valeurs sociales⁵⁵². De ce fait, le droit pénal doit être considéré comme le réceptacle d'un ordre public spécifique qui garantira *in fine* un ordre public plus général que constituera la paix sociale. L'ordre public strictement pénal sera donc constitué de l'ensemble des valeurs sociales retranscrites dans une formulation prohibitive implicite⁵⁵³. Le droit pénal

ne remplissant pas les conditions d'octroi du statut de réfugié mais exposée dans son pays à des menaces graves comme la peine de mort ou la torture] *n'est pas accordée à une personne s'il existe des raisons sérieuses de penser (...) que son activité sur le territoire constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sûreté de l'Etat* ».

⁵⁴⁹ PICARD (E.), « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique » in REDOR (M.-J.), *L'ordre public...*, op. cit., p. 20 (c'est nous qui soulignons).

⁵⁵⁰ LUSSIER (L.), « L'ordre public et la police sanitaire au Québec », *Mélanges Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 608.

⁵⁵¹ PLATON, *Gorgias*, Paris, GF Flammarion, 1987, mise à jour en 1993, 507-e, 508-a. Sur cette notion, V. notamment NÉGRIER-DORMONT (L.) et TZITZIS (S.), *Criminologie de l'acte et philosophie pénale. De l'ontologie criminelle des Anciens à la victimologie appliquée des Modernes*, Paris, Litec, 1994, pp. 28 et ss. et pp. 51 et ss.

⁵⁵² V. en ce sens, VAN DE KERCHOVE (M.) et OST (F.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988, p. 160 : « (...) le droit ne peut exercer cette fonction d'ordre, de sécurité et de stabilité qu'à condition d'atteindre lui-même un degré élevé d'abstraction et de généralité et de se présenter comme un ensemble logique et cohérent ».

⁵⁵³ V. en ce sens BADINTER (R.), *Projet de nouveau Code pénal*, Paris, Dalloz, 1988, p. 10.

forme ainsi un ordre public en négatif puisqu'il affirme uniquement et indirectement ce qui ne doit pas être et non ce qui doit être. Les valeurs sociales ne seraient donc perceptibles qu'à travers une lecture *a contrario* de cette discipline.

207. Construction délicate de l'ordre public pénal : le recours par le droit pénal au concept de "raison". – La difficulté qui persiste sur ce point est relative à l'élaboration de cet ordre. Affirmer que le droit pénal renferme un ordre public particulier n'apporte aucun élément de précisions quant au mode d'édification de cet ordre public criminel⁵⁵⁴ ou pénal⁵⁵⁵. Il faut donc souligner dès à présent les éléments indispensables à la structuration de cet ordre.

Le fait que le droit, et plus précisément le droit pénal, soit né de la conscience des hommes suggère la teneur de cet élément. Il apparaît en effet que ce soit la raison humaine qui détienne la clé de la détermination des contours de l'ordre juridique⁵⁵⁶ et par là même de l'ordre public pénal. Comme le souligne ROSSI, « *la justice humaine, qui est l'attribut le plus important du pouvoir social, ne doit être que la raison appliquée, dans sa plus grande pureté possible, aux faits illégitimes contraires à l'ordre social* »⁵⁵⁷. Pour maintenir la paix sociale, les hommes recherchent ainsi, à travers « *la lumière de la raison* »⁵⁵⁸, une stabilité et une prévisibilité de l'admissibilité de leurs actes. S'agissant plus spécialement du droit pénal, celui-ci détient une rationalité ou une logique qui lui est propre, le conduisant à des choix de valeurs impératives. Le droit de punir trouve alors ici matière à s'exprimer. La décision de rendre punissable un comportement donné entraîne en effet la reconnaissance d'une valeur sociale. La rationalité pénale entretient donc des liens très étroits avec le droit de punir dans la mesure où ce dernier incarnera le plus parfaitement les choix ainsi opérés (§ 1). Pour autant, toute raison n'est pas aveugle. Cette précision conduit ainsi à affirmer que la rationalité pénale ne saurait se

⁵⁵⁴ CINAMONTI (S.), « L'ordre public et le droit pénal » in REVET (T.) (sous la dir.), *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*, Paris, Dalloz, 1996, p. 89.

⁵⁵⁵ V. CAZE-GAILLARDE (N.), *thèse précit.*

⁵⁵⁶ V. en ce sens, PERELMAN (C.), *Ethique et droit*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1990, pp. 511 et ss. : « *L'idée de raison a toujours joué en droit un rôle non négligeable (...) Chaque fois qu'un droit ou un pouvoir quelconque, même discrétionnaire, est accordé à une autorité, ou à une personne de droit privé, ce droit ou ce pouvoir sera censuré s'il s'exerce d'une façon déraisonnable* » ; du même auteur, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *Arch. phil. dr.*, t. 23, Paris, Sirey, 1978, p. 42 : « *Tout droit, tout pouvoir légalement protégé est accordé en vue d'une certaine finalité : le détenteur de ce droit a un pouvoir d'appréciation quant à la manière dont il l'exerce. Mais aucun droit ne peut s'exercer d'une façon déraisonnable, car ce qui est déraisonnable n'est pas de droit* ».

⁵⁵⁷ ROSSI (P.), *op. cit.*, t. 1, p. 76. V. également DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, Paris, éd. du Seuil, 1994, p. 18 : « *le principe de raison [est un principe] par lequel le droit n'est pas seulement organisation de la vie en société mais [aussi] façon d'instituer et la société et l'homme* ».

⁵⁵⁸ DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, livre préliminaire, t. I, section III, cité in PERELMAN (C.), *Ethique et droit*, *op. cit.*, p. 511.

satisfaire du seul droit de punir. En effet, ce droit n'exprime pas, à lui seul, cette rationalité puisque la logique impose, dans certaines situations, la proclamation d'un droit de ne pas ou de ne plus punir (§ 2).

§ 1. – Le droit de punir, incarnation de la rationalité pénale

208. Rôle du droit de punir dans la fixation des valeurs sociales. – Selon une curieuse présentation du droit positif, le droit de punir ne semble pas immédiatement trouver sa place dans la phase dite d'incrimination. Les législations pénales nouvelles « *qui ne punissent plus des personnes (...) mais qui incriminent des faits* »⁵⁵⁹, semblent en effet, expressément l'exclure. Le droit de punir, davantage lié à une personne qu'à un fait, paraît seulement perceptible lors du prononcé de la sanction⁵⁶⁰ et non lors de la prévision du comportement délictueux.

Mais suivre une telle logique reviendrait à dévaloriser le droit de punir et à ne voir en lui que la chute du couperet ou l'ombre du pilori sur celui qui a fauté. Si le droit de punir renvoie incontestablement à la sanction, il doit être plus globalement analysé comme le gardien des incriminations et le révélateur de leur importance. Ainsi, avant même de rechercher de quelle manière le droit de punir, par son extériorisation ou sa matérialisation, parvient à pérenniser ou à sanctionner les valeurs sociales préétablies, il convient précisément d'examiner comment, dans son principe, ce droit parvient à fixer ces valeurs. Il est donc nécessaire, pour l'instant, d'occulter toute référence à la peine prononcée pour ne s'intéresser qu'à l'idée même de punition. Nous devons ici porter notre attention sur la portée de la seule intention d'exercer le droit de punir et non sur cet exercice *stricto sensu*. Il est alors utile de préciser comment le droit de punir, par la seule prévision de son application, peut jouer un rôle déterminant dans la manifestation de la rationalité pénale.

209. Importance de la prévision de l'exercice du droit de punir. – Le droit pénal s'exprime prioritairement par l'incrimination de comportements considérés comme étant antisociaux par le législateur. Il constitue un ordonnancement – l'ordre public pénal – propre à une culture et à un groupe social. Soumise au principe de légalité, « *l'énumération des infractions par la loi*

⁵⁵⁹ VÉRON (M.), « Note sous Crim. 23 avril 2003 », *Dr. pén.* 2003, comm. n° 107.

⁵⁶⁰ Pour une étude détaillée de ce point, V. *infra*, n°s *et ss.*

pénale apparaît (...) comme un code des valeurs »⁵⁶¹ qui doivent être protégées par la prévision de l'exercice du droit de punir. Cette prévision s'est imposée par l'incapacité du droit pénal à symboliser, en lui-même, c'est-à-dire par la simple déclaration de principe des attitudes délictueuses, les valeurs sociales. Il lui fallait une qualité supplémentaire qui ne pouvait être trouvée qu'en l'idée même de punition. La simple prévision de l'exercice du droit de punir suffit à garantir aux valeurs sociales émises par le droit pénal un plus grand respect et une plus grande reconnaissance. Le droit pénal apparaît donc sous un double visage : il est à la fois l'*expression* d'un ordre public spécifique et la *discipline sanctionnatrice* du non-respect de cet ordre⁵⁶². Ainsi, pour conforter l'ordre public établi par le droit pénal (A), l'intervention du droit de punir ou, plus précisément, la prévision de l'exercice de ce droit, apparaît indispensable (B).

A. – L'ordre public propre au droit pénal

210. La paix sociale, fondement du droit pénal, ne peut être assurée par cette discipline qu'à partir du seul instant où est établi un catalogue d'exigences sociales traduisant l'éclosion d'une morale collective⁵⁶³. Cette nomenclature révèle la conception pénale et les modalités de la protection pénale de la vie sociale. La notion de normalité ou de licéité apparaît comme l'axe de détermination de ces impératifs sociaux. Mais cette normalisation est également strictement liée au concept de rationalité. La reconnaissance d'un ordre public pénal doit en effet correspondre à la reconnaissance cohérente de valeurs sociales. La préoccupation essentielle des membres du groupe social est leur protection, de sorte que « *leur dessein n'est pas de s'obliger à ce qui pourrait être au-delà des bornes de la raison et de l'équité* »⁵⁶⁴.

Avant d'entrevoir substantiellement l'ordre public attaché au droit pénal (2°), il convient de s'intéresser à sa conception formelle (1°). Nous observerons que l'ordre public pénal est

⁵⁶¹ PINATEL (J.), « Infractions et valeurs morales », *Rev. sc. crim.* 1972, p. 665. Le Pr. Y. MAYAUD, pour sa part, parle d'un « *code de morale et de discipline sociale* » (« *Ratio legis* et incrimination », *Rev. sc. crim.* 1983, p. 611).

⁵⁶² VAN DE KERCHOVE (M.) et OST (F.), *op. cit.*, p. 160.

⁵⁶³ Définir la morale collective revient à définir le Bien commun ce qui revient à « *établir un système de valeurs considérées comme essentielles par la plupart des membres du groupe concerné* » (CARIO (R.), *Pour une approche globale et intégrée du phénomène criminel*, Paris, L'Harmattan, 2^{ème} éd., 1997, p. 128). Nous établirons plus loin la confusion qui peut s'installer à la suite d'une telle définition assimilant valeurs sociales essentielles et incriminations ; V. *infra*, n^{os} *et ss.*

⁵⁶⁴ DOMAT, *Les Lois civiles*, livre I, titre I, section III, parag. 1.

nécessairement retranscrit de manière légale ; la dimension axiologique qui s'en dégage demeurant ainsi pleinement légitime.

1°/ Un ordre public légal : conception formelle de la normalité

211. Il n'est pas du ressort de cette étude d'analyser le concept évolutif de *légalité criminelle*⁵⁶⁵. Notre préoccupation principale tient davantage à démontrer la fonction de la légalité dans la construction d'un ordre public pénal et de la logique pouvant s'en dégager. Il est déjà largement établi que « *le droit pénal n'est (...) légitime que s'il a sa source dans une loi* »⁵⁶⁶. Cela étant la forme légale de l'ordre public, et notamment de l'ordre public pénal, s'induit de l'importance même de cet ordre liée à son rôle de normalisation des conduites humaines (a). Mais distinguer le "normal" de l'"anormal" ne peut être un processus fermé et immuable. Une telle différenciation des comportements ne s'effectue en effet que pour une période précise et doit se renouveler si les mouvances sociales l'exigent (b).

a. Légalité et normalisation par l'ordre public pénal

212. *Légalité de l'ordre public et normalité sociale.* – L'ordre public s'inscrit traditionnellement dans une logique de sélection des valeurs théoriquement essentielles et impératives pour la vie sociale. Ainsi, et compte tenu du caractère impératif de cet ordre, sa teneur normative ne semble faire aucun doute. KELSEN estimait en effet que « *toute norme est l'expression d'une valeur* »⁵⁶⁷. Alors même que l'ordre public tend à « *assurer le respect d'une exigence sociale fondamentale* »⁵⁶⁸ mais également à symboliser cette exigence, nous ne pouvons alors nier que cet ordre prendra les traits du principe de légalité. Perçu comme

⁵⁶⁵ La bibliographie en la matière est très abondante. Pour une analyse plus approfondie de ce concept, V. notamment MERLE (R.) et VITU (A.), *op. cit.*, n^{os} 151 et ss., spéc. n^{os} 160 à 167 ; CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, pp. 57 et ss. ; JEANDIDIER (W.), *J-Class. pén.*, v^o « Le principe de légalité criminelle », fasc. 10, 1998 ; REBUT (D.), « Le principe de la légalité des délits et des peines » in CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.) et REVET (T.) (sous la dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 9^{ème} éd., 2003, p. 512 ; CERF-HOLLENDER (A.), *Le déclin du principe de la légalité en droit pénal du travail*, thèse, Montpellier I, 1992 ; ZEROUKI (D.), *La légalité criminelle. Enrichissement de la conception formelle par une conception matérielle*, thèse, Lyon-III, 2001 ; DELMAS-MARTY (M.), *Le flou du droit*, Paris, P.U.F., 1986, pp. 33 et ss. ; TERRÉ (F.), « La "crise de la loi" », *Arch. phil. dr.* 1980, t. 25, p. 17 ; PONCELA (P.), « Le droit pénal : au nom de la loi ou malgré la loi », *Arch. phil. dr.* 1980, t. 25, p. 29.

⁵⁶⁶ CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n^o 89, p. 62.

⁵⁶⁷ KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 28.

⁵⁶⁸ MALAURIE (Ph.), *L'ordre public et le contrat, étude de droit civil comparé, France, Angleterre, URSS*, Reims éd. Matot-Braine, 1953, p. 9.

l'ensemble des éléments supérieurs de la société, l'ordre public constitue la normalité sociale dominante que la loi consacra voire déterminera⁵⁶⁹. Le concept d'ordre public fixera par voie légale ce qui est conforme ou non à la norme en conservant le souci de promouvoir une indéniable rationalité. L'ordre légal ainsi établi, empreint d'une certaine moralité, doit en effet être « *une prescription de la raison en vue du bien commun, promulguée par celui qui a la charge de la communauté* »⁵⁷⁰. Cela étant, cette logique qui existe pour le droit et la loi en général se retrouve-t-elle avec cette même intensité en ce qui concerne plus précisément la justice pénale ? La réponse est nécessairement affirmative ; le droit pénal renforçant d'ailleurs une telle logique.

213. *Légalité de l'ordre public pénal et normalité sociale.* – Le concept d'ordre public trouve dans le droit pénal une manière très particulière de s'exprimer. Au sein de cette discipline, cette notion est omnipotente. L'ordre public se présente comme le fil conducteur, le guide de toute action pénale. Condition *sine qua non* de l'intervention du droit pénal, et conséquemment de la localisation du critère de l'anormalité, l'ordre public doit posséder une qualité essentielle : la précision. Or, quel autre principe que celui de la légalité est à même de garantir une telle qualité de l'ordre public pénal dont le rôle essentiel est précisément la détermination du licite et de l'illicite.

Point d'orgue de la modernité révolutionnaire, la légalité allait progressivement envahir l'ensemble du domaine juridique et « *le droit pénal ne devait pas [lui] échapper (...) mais, au contraire, en être un objet privilégié* »⁵⁷¹. Le droit pénal allait ainsi devenir, par ce principe de légalité, la révélation officielle d'une certaine normalité sociale. Cette structuration des comportements humains n'est, par ailleurs, pas dénuée de toute rationalité. Les choix effectués et retranscrits dans la loi induisent une certaine logique, favorisée par l'importance politique de l'organe législatif. Du fait de la légitimité de cet organe et de la mission qu'il poursuit, l'ordre public pénal doit nécessairement acquérir une assise légale. Selon le Pr. D. REBUT en effet, l'« *attribution du droit de punir au seul législateur s'explique par sa légitimité politique qui en garantit un exercice raisonnable* »⁵⁷² et une acceptation plus large au sein

⁵⁶⁹ C'est en effet « *la loi qui, bien souvent, définit la norme et le légal qui indique le normal, de sorte que le droit apparaît comme l'expression et le garant de la normalité* » (LOSCHAK (D.), « Droit, normalité et normalisation » in CHEVALLIER (J.) et al., *Le droit en procès*, Paris, P.U.F., Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, 1983, p. 52).

⁵⁷⁰ GILSON (E.), *Saint-Thomas d'Aquin*, Paris, 1925, p. 230 cité in LEPADATESCU (M.), *thèse précit.*, p. 37.

⁵⁷¹ PONCELA (P.), « Le droit pénal : au nom de la loi ou malgré la loi », *op. cit.*, p. 30.

⁵⁷² REBUT (D.), « Le principe de légalité des délits et des peines », *Rev. pénit. dr. pén.* 2001, p. 249.

même du groupe social. On perçoit donc très nettement ici la corrélation qui doit exister entre la fixation de la substance de l'ordre public pénal, c'est-à-dire la définition des attitudes permises, et la nécessité d'une donnée légale. La présence de la loi permet en effet de renforcer le caractère impératif et prescriptif de l'ordre public pénal et d'accélérer corrélativement le processus de normalisation et finalement de classement des comportements humains méritant ou non une approbation sociale⁵⁷³. « *L'existence d'un cadre de référence normatif unique indiscuté, et à partir duquel se définit le comportement inadapté et délinquant* »⁵⁷⁴ s'avère donc essentielle pour le maintien d'une vie sociale paisible. Pour autant les contours de l'ordre public pénal ne se trouvent nullement sclérosés par leurs délimitations légales préexistantes.

b. Légalité et évolution de l'ordre public pénal

214. *Légalité et diversification de l'ordre public pénal.* – Nous rejetons le raisonnement selon lequel la normalisation des comportements sociaux serait assimilée à leur standardisation⁵⁷⁵. Ce dernier terme renvoie à une asphyxie des libertés individuelles qui ne correspond nullement à l'objectif principal du processus de normalisation que nous venons d'énoncer. Certes, un tel processus induit la mise en place d'un cadre comportemental dans lequel chacun se doit de demeurer. Pour autant, nulle liberté n'est atteinte, nulle individualité n'est touchée puisque la normalisation n'en est pas moins diverse par les attitudes humaines permises. Une multitude d'activités sociales est reconnue légalement dès l'instant où celles-ci s'intègrent parfaitement dans un cadre prédéfini. Au sein même de cette structure, une liberté de comportement existe néanmoins. Ainsi, l'ordre public pénal en instituant un canevas des activités admises et en révélant par là même les valeurs sociales qui y sont liées, structure et guide les différentes conduites humaines dans le seul but de garantir la paix sociale. Nous ne pouvons nier qu'un carcan légaliste existe, établissant de ce fait la distinction entre le permis

⁵⁷³ Sur ce point, certains estiment que le groupe social créerait – formellement – la délinquance en édictant les normes de détermination des comportements déviants. D.-H. MATAGRIN fait référence à « *la théorie de l' "étiquetage"* » selon laquelle c'est « *la criminalisation qui fait le criminel* » (« Préférence pénale, préférence morale » in *Personne et responsabilité*, Paris, éd. Eska, 2002, p. 92). V. également BECKER (H. S.), *Outsiders, Studies in the sociology of deviance*, New York, The Free Press of Glencoe, 1963.

⁵⁷⁴ PONCELA (P.), « Le droit pénal : au nom de la loi ou malgré la loi », *op. cit.*, p. 35.

⁵⁷⁵ *Contra*, DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, *op. cit.*, p. 17 : les « *processus de normalisation (...)* n'imposent pas un devoir-être (la normativité juridique) mais tendent plutôt à modeler les comportements par rapport à la "normale", c'est-à-dire la moyenne observable, "l'étant" (la normalité sociale) ». Selon nous, la distinction effectuée reste discutable puisque l'ordonnement des comportements sociaux suivant une certaine normalité revient nécessairement à déterminer les conduites acceptables et à établir une part du *Sollen* kelsennien, c'est-à-dire le devoir être. En ce sens, V. DE BÉCHILLON (D.), *op. cit.*, pp. 174 et ss. (spéc. p. 175).

et l'interdit. Mais ce carcan n'est-il pas admissible dès lors que la survie de la société dépend principalement de la prévision stricte des conduites admises socialement⁵⁷⁶ ? La loi crée un ordre que nous devons, par une conscience collective, nécessairement suivre. Elle forge ainsi nos conceptions et nos actions, ce qui fit naître ces propos dans l'esprit de G. RIPERT : « *C'était autrefois la morale qui était une source du droit, c'est maintenant le droit qui est la source de la morale. La moralité consistera dans le respect de l'ordre social établi par le droit ; l'immoralité se confondra avec la violation de la loi* »⁵⁷⁷.

Mais si la loi a atteint cette ultime qualité consistant non seulement à retranscrire matériellement des valeurs diverses reconnues comme étant supérieures, mais également à inculquer dans la société le caractère impératif de celles-ci, c'est que ces valeurs traduisent pleinement les attentes des membres du corps social. Cette traduction devenant satisfaisante dès lors que l'ordre public pénal parvient à s'adapter aux mouvances sociales.

215. *Légalité et fluctuation de l'ordre public pénal.* – La diversité de la normalisation s'exprime également par le fait que l'ordre public pénal ne peut être assimilé à une structure normative rigide. Il fluctue nécessairement suivant les époques et les attentes sociales. Cette évolution se présente comme une véritable exigence puisque « *l'ordre pénal serait non seulement garant mais surtout condition d'une conduite morale, en visant à établir l'ordre social* »⁵⁷⁸. Sans viser spécifiquement l'ordre public pénal, le Pr. J. CHEVALLIER estime qu'en vertu de « *la fonction normative qui lui incombe, l'ordre juridique est tenu d'être en contact permanent avec la réalité sociale* »⁵⁷⁹. Tout système normatif se doit en effet de conserver tant une efficacité qu'une effectivité. Pour satisfaire une telle exigence, une adéquation doit s'installer entre la société et le système de droit qui la gouverne ; « *cette exigence expliqu[ant] qu'il [l'ordre juridique] se trouve vis-à-vis de la réalité sociale dans un véritable rapport d'adhérence – au point qu'il est difficile de distinguer la part du juridique dans les comportements sociaux qu'il transcrit* »⁵⁸⁰.

⁵⁷⁶ Nous ne partageons donc pas le pessimisme de Michel FOUCAULT pour qui la légalité pénale et, corrélativement, la pénalité judiciaire ont « *pour fonction essentielle de se référer, non pas à un ensemble de phénomènes observables, mais à un corpus de lois et de textes qu'il faut garder en mémoire ; non pas de différencier des individus, mais de spécifier des actes sous un certain nombre de catégories générales ; non pas de hiérarchiser mais de faire jouer purement et simplement l'opposition binaire du permis et du défendu* » (*op. cit.*, p. 215).

⁵⁷⁷ RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1955, p. 173.

⁵⁷⁸ CAZE-GAILLARDE (N.), *thèse précit.*, p. 53.

⁵⁷⁹ CHEVALLIER (J.), « L'ordre juridique » in CHEVALLIER (J.) *et al.*, *Le droit en procès*, *op. cit.*, p. 20.

⁵⁸⁰ *Ibid.*

Sans présumer que nous soyons parvenus, en ce qui concerne l'ordre public pénal, à ce stade de perfection menant à un accord véritable entre les sphères sociale et juridique, nous pouvons toutefois considérer cet ordre en harmonie certaine avec les aspirations les plus éclatantes de la société. L'ordre juridique pénal s'induit d'éléments factuels et cette interaction suit les exigences inhérentes à tel type de société. La raison impose que soit sans cesse mis en adéquation les textes et la réalité. Il y a dès lors un « *besoin de redéfinir les critères d'une rationalité pénale qui ne peut se fonder de façon unique et exclusive sur la logique linéaire d'un code et doit s'adapter à la complexité du monde actuel* »⁵⁸¹. Ordre public et données factuelles semblent alors se confondre donnant ainsi naissance à ce que l'on pourrait appeler « *un ordre de fait* »⁵⁸² garantissant la révélation de valeurs sociales précises. Mais entrevoir le processus de détermination des valeurs retenues revient à amorcer l'étude du caractère axiologique de l'ordre public pénal et, par là, à affirmer l'insuffisance de l'analyse formelle de cet ordre.

2°/ Un ordre public axiologique : conception substantielle de la normalité

216. *Insuffisance de l'approche formelle de l'ordre public pénal.* – Affirmer que l'ordre public se dévoile au travers de normes n'indique nullement la teneur de celles-ci. Enoncer qu'une normalisation s'effectue par la loi dans la diversité des conduites humaines n'est donc d'aucun apport quant à la détermination du contenu de l'ordre public pénal. C'est pourquoi il convient à présent, après avoir analysé la forme de cet ordre public, de se pencher plus spécifiquement sur sa substance et de percevoir les contours de cette normalisation. En somme, il importe d'examiner les mécanismes permettant à la loi de déterminer la normalité ou non de tels ou tels comportements et d'apercevoir en filigrane la teneur même de ceux-ci et des valeurs sociales sous-jacentes. Pour cela, il convient de préciser que l'ordre public pénal, dans sa dimension matérielle, se forme en deux temps. Il préexiste un ensemble de valeurs (a) dans lequel le législateur diffusera rationnellement – et non intégralement – sa protection (b).

⁵⁸¹ DELMAS-MARTY (M.), « Pour des principes directeurs de législation pénale », *Rev. sc. crim.* 1985, p. 225.

⁵⁸² POLIN (R.), « L'ordre public » in POLIN (R.) (sous la dir.), *L'ordre public*, Paris, P.U.F., 1996, p. 9 : « *L'état des mœurs, l'état des valeurs et des convictions qu'elles entraînent (...), la détermination des normes et des obligations, l'affirmation du permis et du défendu, constitue par lui-même un ordre de fait, un état de fait, qui varie avec les cultures et leurs histoires, avec les nations, avec les milieux sociaux que celles-ci comportent, sans qu'il puisse être question de définir jamais une morale vraiment universelle (...)* » (c'est nous qui soulignons).

a. Des valeurs préexistantes

217. Protection générale des valeurs sociales. – Nous pouvons établir une hiérarchisation entre les valeurs sociales et se représenter le droit pénal comme le bouclier de celles engageant « l'organisation d'une société en profondeur et dans ses racines »⁵⁸³. Des éléments apparaissent naturellement primordiaux, imposant par là même leur protection pénale. Selon le Pr. VITU en effet, « le droit pénal a pour tâche d'assurer (...) la protection des valeurs ou intérêts que le législateur estime dignes d'une attention particulière », tels que « la vie humaine, l'intégrité corporelle, la famille, certains sentiments tels la pudeur ou l'honneur, ou encore la sûreté de l'Etat et sa force dans l'ordre interne ou international, l'économie nationale [et] la santé publique »⁵⁸⁴. Nous pourrions également mentionner la dignité, la propriété, la liberté, l'égalité ou encore la solidarité sociale. Tous ces concepts peuvent ainsi être considérés comme des valeurs sociales nécessitant en toute logique l'intervention du droit pénal pour garantir leur respect. Reconnues fondamentales pour toute vie sociale, ces données constituent la quasi-totalité de la sphère de protection du droit pénal. A première vue, ce dernier apparaîtrait donc comme le garant exclusif des valeurs sociales les plus essentielles, c'est-à-dire d'une certaine « morale sociale »⁵⁸⁵. Nous pourrions alors parler d'un véritable "jus cogens pénal" constitutif d'un ensemble de valeurs à portée universelle et impératives.

Cette vision du droit pénal ne peut toutefois refléter la réalité dans la mesure où il est de nombreux cas dans lesquels une protection pénale intervient alors même qu'une valeur non spécifiquement fondamentale pour l'organisation sociale est en jeu. Il en est ainsi par exemple de toutes les contraventions intéressant notamment la discipline routière. Le droit pénal développe donc une protection générale des valeurs intéressant la société, que ces valeurs aient une importance fondamentale pour l'organisation sociale ou, au contraire, qu'elles n'aient point de caractère vital et foncièrement essentiel pour la société, se contentant alors de révéler ou de promouvoir une certaine discipline au sein de la société⁵⁸⁶. Le droit pénal reconnaît donc toute valeur et tout intérêt ; un choix n'intervenant qu'à l'intérieur même de ces valeurs.

⁵⁸³ MAYAUD (Y.), « Ratio legis et incrimination », *op. cit.*, p. 600.

⁵⁸⁴ VITU (A.), *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Paris, éd. Cujas, 1982, n° 22.

⁵⁸⁵ GARRAUD (R.), *op. cit.*, n° 7, p. 8 ; RIPERT (G.), *op. cit.*, p. 152 ; DEL VECCHIO (G.), *Leçons de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1936, p. 272 ; DU CHAFFAUT (L.), *op. cit.*, pp. 98 et ss. ; PALAZZO (F.), « Constitutionnalisme en droit pénal et droits fondamentaux », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 719.

⁵⁸⁶ En ce sens, V. DESPORTES (F.) et LE GUNEHÉC (F.), *op. cit.*, n° 52 : certaines infractions, les contraventions notamment, « sanctionnent moins des atteintes à des valeurs essentielles de la société que des manquements à la discipline sociale ».

218. Absence de choix des valeurs sociales. – Le droit pénal est perçu comme étant l'œuvre d'une culture et d'une époque précises. Par l'incrimination, le législateur pénal souhaite donner une certaine vision du monde et une certaine consistance des valeurs qui le forment⁵⁸⁷. S'il apparaît au premier abord que ce droit effectue une sélection des valeurs qu'il entend protéger⁵⁸⁸, on s'aperçoit rapidement qu'aucun choix véritable n'est fait et que le droit pénal s'accorde à instaurer une protection pour l'ensemble des valeurs sociales préexistantes, qu'elles soient ou non essentielles à l'équilibre social⁵⁸⁹. Celles-ci, considérées alors de manière objective, n'entraînent aucun choix de la part du droit pénal ; une réelle sélection n'interviendra qu'à partir de la seule personnalisation de ces valeurs, c'est-à-dire dès qu'un individu se mettra en contact avec l'une de ces valeurs. Ce n'est pas la valeur qui crée le choix mais la personne même du délinquant. Aucune valeur n'est spécifiquement – et compte tenu de son importance sociale – choisie par le droit pénal dans la mesure où tous les intérêts semblent identiquement précieux pour la vie sociale aux yeux du législateur pénal. Seule une sélection des comportements considérés comme des violations des valeurs sociales est réalisée postérieurement à la consécration initiale de ces dernières. On ne décidera donc pas de protéger telle ou telle valeur ; on choisira plus précisément de punir telle ou telle violation grave d'une valeur. La sélection intervient lors de la violation de la valeur, non en considération de la valeur elle-même.

219. Choix des frontières de la délinquance. – Le droit pénal tient une place particulière dans l'examen des comportements humains. Il étudie ceux-ci suivant une certaine éthique et

⁵⁸⁷ LOSCHAK (D.), *op. cit.*, p. 53 : « Dans la mesure où la loi positive s'inspire d'une certaine conception du bien et du mal et plus largement d'une idée a priori de ce que doit être la vie en société (...), il va de soi que les comportements prescrits ou autorisés par la loi sont aussi, globalement, ceux qui, à une époque et dans une société données, sont considérés comme "normaux" ».

⁵⁸⁸ Paul ROUBIER retenait cette conception s'agissant du Droit lui-même : « Le problème réside donc, pour l'établissement des règles juridiques, dans la recherche des "valeurs" sociales qui doivent être appréhendées par le droit, pour que celui-ci réalise ses fins dernières, à savoir l'établissement d'un ordre social harmonieux et la solution des différends entre les hommes » (*op. cit.*, p. 318).

⁵⁸⁹ Contra V. VITU (A.), « De l'illicéité en droit criminel français », *Bulletin de la société de législation comparée*, 1984, pp. 127 et ss. Cet auteur estime que « le législateur pénal a sélectionné un certain nombre de valeurs morales ou sociales qui lui sont apparues essentielles pour la vie communautaire ». Et il poursuit plus loin en indiquant que « toutes les valeurs morales ou sociales n'entrent pas, et de loin, dans les prévisions du législateur pénal ». V. également BERNARD (P.), *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1962, p. 36 : « Seul un minimum éthique est protégé par des règles particulièrement importantes et il figure dans le monde du droit en empruntant le vêtement de l'ordre public » ; DARGENTAS (E.), « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », *Rev. pénit. dr. pén.*, 1977, p. 413 : « La norme pénale protège des valeurs ou des intérêts essentiels pour la société ; autrement dit, elle protège des biens juridiques qui sont indispensables au bien commun » ; MAYAUD (Y.), « Ratio legis et incrimination », *op. cit.*, p. 599 : « la conception [de l'ordre public pénal] suppose nécessairement un choix préalable de valeurs (...) tenues pour essentielles à l'équilibre et à la survie d'une société » ; CAZE-GAILLARDE (N.), *thèse précit.*, pp. 130 et ss.

poursuit une logique manichéenne en érigeant une stricte séparation en termes de Bien et de Mal, c'est-à-dire en déterminant les comportements relevant ou non de la criminalité. Cette "conception sélective" du droit pénal ne peut toutefois être perçue comme un choix des valeurs méritant la protection du droit pénal. Une lecture de la loi pénale permet en effet de comprendre le droit pénal non comme une discipline de sélection des valeurs sociales devant être préservées par lui mais comme le choix des attitudes humaines – atteignant précisément cet ensemble de valeurs – devant être réprimées. Le droit pénal ne choisit nullement les valeurs sociales à respecter prioritairement – toutes doivent l'être de manière identique – mais seulement les comportements devant être bannis sous le sceau de l'illicéité. Par conséquent, il garantit par son action tant les intérêts sociaux reconnus comme supérieurs que ceux d'une valeur moindre. Les incriminations ne se réfèrent donc pas seulement à de graves impératifs sociaux, mais également à toute une série de valeurs sociales qui, sans être primordiales, n'en sont pas moins nécessaires à l'accomplissement d'une vie sociale satisfaisante. En d'autres termes, le droit pénal protège l'ensemble des valeurs intéressant de près ou de loin la paix sociale. Aucune sélection ne s'effectue donc à ce niveau-ci. Elle n'intervient qu'à partir du seul instant où, pour une valeur donnée, des options sont prises pour déterminer les critères d'apparition d'une atteinte intolérable à ladite valeur ; critères qu'il convient dès à présent d'analyser.

b. Un choix rationnel de protection pénale

220. Rationalité et responsabilité pénales. – La rationalité pénale se forge sur le principe essentiel de la responsabilité pénale. Considéré comme « *la clef de voûte du droit pénal* »⁵⁹⁰, cette responsabilité doit être perçue comme l'élément fédérateur des divers choix rationnels effectués par le législateur. Ceux-ci doivent en effet procurer une véritable consistance à la responsabilité pénale dont la mise en œuvre doit s'harmoniser avec les attentes sociales.

Cela étant, l'incrimination, considérée comme la genèse de la responsabilité pénale, constitue le produit initial des choix législatifs. La problématique générale liée à la responsabilité pénale ne peut toutefois se circonscrire à la seule étude de cet élément, c'est-à-dire à une

⁵⁹⁰ DESPORTES (F.) et LE GUNEHÉC (F.), *op. cit.*, n° 427. La responsabilité pénale doit être présentée comme l'élément essentiel, ce à quoi doit tendre l'analyse des différentes phases du droit pénal.

simple analyse de la rationalité objective de cette responsabilité (2). Doit s'adjoindre à cet examen l'appréciation de l'imputabilité, élément subjectif de la responsabilité pénale (1)⁵⁹¹.

1) *Rationalité subjective de la responsabilité pénale : l'imputabilité*

221. Responsabilité pénale et symbolisme pénal. – Le droit pénal, par les choix effectués légalement, évoque la symbolisation de valeurs dont le dessein principal est l'équilibre social. De manière négative, la mise en jeu de la responsabilité pénale d'une personne retranscrit également cette symbolisation. Engager une telle responsabilité revient effectivement à prendre part à la révélation de l'autorité de l'ordre public pénal. Certaines personnes, bien qu'intégrées objectivement dans la sphère pénale, ne peuvent pourtant être perçues comme le symbole de la transgression des valeurs préalablement mises en lumière, de sorte qu'en aucune façon cet ordre public ne se trouverait renforcé par l'engagement de leur responsabilité. Si un individu, ayant violé les valeurs sociales préétablies, symbolise de manière satisfaisante l'importance de l'ordre public, il est possible d'engager sa responsabilité. A l'inverse, aucune procédure ne pourra être engagée. Dans la mesure où une personne peut, par elle-même, être la représentation négative de l'ordre public pénal, elle pourra devenir effectivement responsable pénalement afin précisément de réaffirmer l'importance de cet ordre. En d'autres termes, une personne est délinquante dans la seule et unique mesure où la répression de sa violation de la règle pénale confirme l'importance de l'ordre public pénal. Le problème étant alors de savoir comment se détermine cette frontière.

222. Imputabilité, la capacité de subir une peine. – C'est par leur violation que les valeurs sociales se trouvent consacrées. Cette affirmation singulière est la base du droit pénal. Les valeurs sociales sont protégées par le droit pénal ; chaque intervention de ce dernier, et par là même chaque violation de ces valeurs, témoigne ainsi de l'importance de celles-ci. Il existe toutefois une condition *sine qua non* quant à la réalité de cette consécration. En effet, l'ordre public pénal ne peut être véritablement révélé qu'à partir du seul instant où il existe une opposition réelle et consciente à celui-ci, c'est-à-dire une imputabilité. Le Doyen DECOCQ présente d'ailleurs cette dernière comme l'ensemble des « *conditions auxquelles la société peut demander compte à un individu d'un acte constituant l'élément matériel d'une*

⁵⁹¹ Sur cette distinction entre les conceptions subjective de l'imputabilité et objective de la culpabilité, V. DESPORTES (F.) et LE GUNEHÉC (F.), *op. cit.*, n° 502.

infraction »⁵⁹². On parle alors de « *capacité pénale (...) de comprendre et de vouloir* »⁵⁹³. Souvent l'on présente cette capacité avant tout comme l'aptitude à subir une peine. P. BOUZAT écrivait à cet effet qu' « *il ne convient de punir que ceux sur qui la peine peut avoir une action utile* »⁵⁹⁴. Si cette dernière réflexion peut, à première vue, être perçue comme une adhésion à cette conception classique de l'imputabilité, elle permet également de conforter une autre opinion à laquelle d'ailleurs nous souscrivons.

223. Imputabilité, la conscience de violer une règle. – L'imputabilité constitue bien davantage selon nous une capacité à violer en toute connaissance de cause le droit pénal – et par là même l'ordre public pénal – et donc une capacité à connaître la qualité des valeurs ainsi mises en cause. En cela, l'imputabilité consiste à confirmer le lien existant entre le délinquant et la transgression des règles⁵⁹⁵. Si rien ne permet de réunir ces deux éléments, c'est-à-dire si la personne n'a aucune conscience de cette transgression, il conviendra alors de renoncer à toute intervention du droit pénal. Aucune mise en cause de la responsabilité pénale ne peut dès lors s'opérer ; celle-ci ne symboliserait en rien l'importance des valeurs atteintes dans la mesure où cette violation n'aurait été ni consciente, ni libre. Par cette absence de discernement, d'intelligence, de volonté ou encore de liberté⁵⁹⁶, la personne n'a nullement fait preuve de malveillance envers le droit pénal et les valeurs sociales qu'il représente, alors même que l'ordre public a été objectivement heurté. Définie comme « *une action humaine imputable* »⁵⁹⁷, l'infraction pénale ne peut être que le fruit de l'esprit humain, ce qui révèle la dimension morale de la responsabilité pénale⁵⁹⁸. Dans cette perspective, la seule logique possible est le refus de toute reconnaissance de responsabilité pénale mais également de toute

⁵⁹² DECOCQ (A.), *Droit pénal général*, op. cit., p. 202 (c'est nous qui soulignons).

⁵⁹³ *Ibid.*

⁵⁹⁴ BOUZAT (P.), *Rép. pén.*, v° « Responsabilité pénale », n° 1. Hans Kelsen fondait les notions d'imputation, de responsabilité et d'irresponsabilité sur cette idée : « *une sanction n'est imputée au comportement d'un individu que si celui-ci est capable de discernement* » (*Théorie pure du droit*, op. cit., p. 29). Précisons que le terme d'imputation reste impropre puisque s'agissant de la responsabilité pénale, seule l'imputabilité constitue une notion juridiquement reconnue. Pour une évolution possible et une admission du terme imputation (relatif aux faits et non à la responsabilité pénale), V. MAYAUD (Y.), « Les malades mentaux entre non-imputabilité et imputation », *AJ pén.* 2004, p. 303.

⁵⁹⁵ *Contra* V. DASKALAKIS (E.), *Réflexions sur la responsabilité pénale*, Paris, P.U.F., 1975, p. 14 et s.

⁵⁹⁶ Sur ce point, V. Crim. 13 décembre 1956, *Laboube*, *Bull. crim.* n° 840 ; *D.* 1957, p. 349, note M. Patin. Selon la Cour de cassation, « *toute infraction, même non intentionnelle, suppose en effet que son auteur ait agi avec intelligence et volonté* ».

⁵⁹⁷ DANA (A.-C.), *thèse précit.*, *passim* et spéc. p. 19.

⁵⁹⁸ En ce sens, V. également MAYAUD (Y.), « Les malades mentaux entre non-imputabilité et imputation », *op. cit.*, spéc. p. 304 : « *La responsabilité pénale a un fondement moral, et c'est l'imputabilité qui en rend compte* ».

mesure pénale y compris sanitaire pour les personnes atteintes de troubles psychiques ou neuro-psychiques ou éducative⁵⁹⁹ pour les mineurs⁶⁰⁰.

224. Imputabilité pénale et axiologie. – La violation de la règle ne correspond pas à l'ignorance de celle-ci mais manifeste au contraire son non-respect avec une parfaite perception de son impérativité. Ainsi, dans le cas où cette perception fait défaut, la rationalité pénale impose une absence totale de toute réponse répressive. Le droit pénal doit intervenir rationnellement, c'est-à-dire si la raison le lui dicte dans un cas précis. Un choix est alors effectué tenant en la présence ou non d'un discernement. On le voit, l'imputabilité pénale jouit donc d'une indéniable qualité axiologique⁶⁰¹. Elle détermine en effet les frontières du droit pénal qui apparaît réellement comme une discipline de choix, non des *valeurs* sociales, mais des *règles* sociales essentielles assurant la rationalité de son exercice. Ce caractère axiologique devenant davantage perceptible dès lors que nous nous intéressons à l'incrimination.

2) Rationalité objective de la responsabilité pénale : l'incrimination

225. Après avoir précisé le rôle exact que doit jouer l'incrimination pénale, il paraît indispensable de déterminer plus en détails la rationalité axiologique qui se dégage de cette phase du processus législatif pénal. La logique persistante étant celle de mettre en exergue non pas une valeur sociale mais un comportement antisocial.

226. Rôle précis de l'incrimination. – Certains estiment qu'il existe « *une réalité axiologique dépassant le législateur et s'imposant à lui* »⁶⁰², de sorte qu'il se trouverait contraint d'établir expressément une protection pénale pour ces valeurs. Niant une telle sélection, nous avons déjà précisé que le droit pénal entend protéger l'ensemble des valeurs

⁵⁹⁹ *Contra*, V. ANCEL (M.), *op. cit.*, p. 225. Sur l'assimilation des mesures de sûreté aux peines, V. *infra*, n^{os} *et ss.*

⁶⁰⁰ S'agissant des mineurs, la loi n^o 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, dite loi "Perben 1" (*JO* du 10 sept., p. 14934 ; *Cons. const.* 29 août, déc. n^o 2002-461 DC, *JO* du 10 sept. p. 14953) affirme très précisément leur responsabilité pénale. Le nouvel article 122-8 du Code pénal énonce notamment que « *les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables* ». Le discernement continue donc à déterminer l'application ou non du droit pénal. De ce fait, aucune mise en cause pénale ni « *aucune sanction pénale ou éducative ne peut être prise à l'encontre d'un mineur qui, ne comprenant pas la portée de ses actes, n'a pas pu commettre une infraction* » (PRADEL (J.) et VARINARD (A.), *Les grands arrêts du droit pénal général*, *op. cit.*, p. 587).

⁶⁰¹ Nous nous opposons en cela à la conception du Doyen DANA selon lequel « *l'imputabilité ne comporte en soi aucun jugement de valeur, aucune appréciation axiologique [mais] consiste à déterminer le seuil d'intervention du droit pénal* » (*thèse précit.*, p. 52).

⁶⁰² DARGENTAS (E.), *op. cit.*, p. 418.

sociales et ne saurait en aucune façon établir un choix. L'incrimination qui, pour certains, possède une « *dimension sélective* »⁶⁰³ des intérêts à protéger doit, selon nous, être perçue comme la mise en évidence non des valeurs essentielles de la société mais des atteintes à une valeur quelconque jugées les plus inadmissibles pour la garantie d'une paix sociale⁶⁰⁴. Alors que l'étude de l'imputabilité a permis de percevoir quelle catégorie de personnes pouvait être marquée du sceau de la délinquance, l'analyse de la phase d'incrimination donne l'occasion de discerner quel type de faits constitue une atteinte intolérable envers une valeur sociale.

Pour autant, affirmer que l'ensemble des valeurs sociales se trouve protégé par le processus pénal d'incrimination ne permet aucunement de percevoir la consistance des atteintes et la manière selon laquelle celles-ci doivent être révélées. Si l'on sait que le "mécanisme incriminateur" et la protection que celui-ci génère, ne sauraient différencier ou plus encore créer des valeurs sociales, les critères permettant de discerner les comportements considérés comme délictueux restent indéterminés. Il apparaît donc nécessaire à ce niveau-ci de l'étude de préciser les éléments guidant le législateur dans la structuration de l'"édifice infractionnel". Il faut donc à présent apporter une réponse à la question suivante : quel comportement lié à une valeur sociale quelconque devient une infraction et quels sont alors les critères permettant de suivre un tel raisonnement ? La réponse ainsi apportée reviendra à mettre en évidence, de manière générale, la rationalité du processus d'incrimination⁶⁰⁵.

227. Dynamique de la « rationalité incriminatrice »⁶⁰⁶. – Pour percevoir plus clairement les divers points de notre interrogation, il convient de préciser que « *la notion de tort social*

⁶⁰³ MAYAUD (Y.), « *Ratio legis et incrimination* », *op. cit.*, p. 599. V. également MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. 1, *op. cit.*, p. 263 ; DESPORTES (F.) et LE GUNEHÉC (F.), *op. cit.*, n° 50 ; CAZE-GAILLARDE (N.), *thèse précit.*, n° 248.

⁶⁰⁴ Il semble que nous retrouvons cette logique dans certains propos du Pr. Y. MAYAUD. Sur la question précise du mensonge, ce dernier souligne en effet qu'il convient de « *ne point sanctionner tout mensonge, mais de réserver la répression aux mensonges affectés d'un coefficient de crédibilité suffisante* » (« La non-représentation d'enfant "par stratagème", ou fausse stricte interprétation de la loi pénale », *D.* 2003, p. 1064). Paradoxalement, cette réflexion émane d'un auteur dont la pensée s'appuie incontestablement sur la logique selon laquelle le droit pénal, à travers l'incrimination, sélectionne les valeurs sociales essentielles.

⁶⁰⁵ A la différence de certains auteurs, nous estimons que cette rationalité se détermine non pas par la révélation des valeurs sociales ou des intérêts protégés – dans la mesure où nous sommes sur ce point dans le cas d'une reconnaissance générale – mais par la précision des attitudes admises au titre de l'antisocialité. *Contra*, V. LASCOUMES (P.) et PONCELA (P.), « Intérêts à protéger et classification des infractions. Autour du premier code pénal français de 1791 » in GÉRARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.) (sous la dir.), *Droit et intérêt*, vol. 3 : droit positif, droit comparé et histoire du droit, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 58 : « nous avons dégagé de la définition et de la structure même des textes d'incrimination l'intérêt protégé (...) Il s'agit là d'une manière de décrire un texte, de dégager une rationalité interne à l'énoncé lui-même en prenant en compte pleinement ce qu'il dit ».

⁶⁰⁶ LASCOUMES (P.) et PONCELA (P.), *op. cit.*, p. 69.

est toujours et partout définie selon un critère nécessairement extérieur à l'individu »⁶⁰⁷ ; de manière assez large, l'incrimination doit être perçue comme un mécanisme politique par lequel le législateur entend promouvoir l'ensemble des valeurs sociales et discerner le plus justement possible les attitudes – actions ou omissions – jugées antisociales à un instant et pour un espace donnés. Selon JHERING, « le délit est la mise en danger des conditions de vie de la Société »⁶⁰⁸ ; l'incrimination devenant alors la révélation officielle de ce péril. C'est alors que « le législateur façonne son droit pénal spécial en fonction des options morales, politiques, économiques ou sociales qu'il entend faire prévaloir »⁶⁰⁹. A un tel stade, un choix apparaît alors inéluctable, s'opérant sur les comportements humains et tenant compte de paramètres hétéroclites. Selon le Pr. A. VITU, « il est important que ses options apparaissent nettement : les choix effectués ont une valeur pédagogique pour les citoyens, qui trouvent dans le Code pénal le guide journalier du permis et du défendu, et qui y décèlent la philosophie sociale moyenne de la société dans laquelle ils vivent »⁶¹⁰. On perçoit donc ici très nettement qu'une rationalité pénale objective – empreinte d'un symbolisme particulier – se dégage de l'incrimination. Une prise en considération de la société dictera en effet les traits caractéristiques de la responsabilité pénale.

228. Support de la rationalité incriminatrice. – Si nous venons d'apprécier ce qui motive une sélection des comportements – garantir une paix sociale – nous sommes contraint maintenant de déterminer quels sont les appuis que le droit pénal possède pour asseoir sa rationalité et rendre compte de ce qu'il souhaite symboliser. Puisqu'une rationalité imprègne le droit pénal, il paraît indispensable de l'appréhender de manière précise puisque de celle-ci rejaillira un devoir de respect de la part des citoyens⁶¹¹. Il convient donc de rechercher la rationalité de l'incrimination, qu'elle s'attache à l'élément matériel ou à l'élément moral de l'infraction.

229. Support physique : l'élément matériel de l'infraction. – Le législateur n'opère aucune sélection par rapport à la qualité matérielle de l'infraction. Il décide de fonder les

⁶⁰⁷ ZAKI (M. S.), *Normes juridiques et valeurs sociales dans la faute pénale par imprudence*, thèse, Paris II, 1975, p. 500.

⁶⁰⁸ VON JHERING (R.), *op. cit.*, p. 322.

⁶⁰⁹ VITU (A.), *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 19, p. 25.

⁶¹⁰ *Ibid.*

⁶¹¹ Sur ce point précis, nous nous opposons à la démission du *Digeste*. « Il n'est pas toujours possible, nous précise la compilation justinienne, de rendre compte de la raison qui a décidé nos ancêtres et il vaut mieux ne pas la rechercher, car alors on risquerait d'ébranler tout l'édifice » (*Dig.* 1, 3, 20 et 21 cité in ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Locutions latines du droit français*, Paris, Litec, 4^{ème} éd., 1998, p. 409 (v° « ratio legis »).

incriminations sur des comportements de natures diverses. En toute logique, il s'agira tout d'abord des actes de commission dont la raison d'être est de présenter la prohibition d'attitudes positives hostiles à une valeur sociale. La rationalité pénale incriminatrice est ici la plus simple à déterminer puisque l'infraction est, dans sa forme primitive, un trouble à l'ordre public ; le trouble s'entendant avant toute autre chose d'un acte positif. Comme le présentait le doyen DECOCQ, « *la liberté souffre moins de l'interdiction d'une action positive... que celle d'une attitude passive* »⁶¹² expliquant par là l'attitude classique à définir positivement les infractions. L'interdiction pénale est ainsi originairement la stigmatisation d'une violation active d'une morale sociale intégrant ainsi les actes de commission dans la logique traditionnelle du droit pénal. Pour une valeur sociale déterminée, le législateur choisit les actes, et plus précisément les actions, la mettant en péril imposant par là un devoir de s'abstenir. Absentation que l'on retrouve à l'inverse comme génératrice de l'incrimination.

En effet, une omission peut tout autant constituer une attaque envers les intérêts de la société. Parce que l'antisocialité ne saurait simplement se comprendre d'un acte positif, activement hostile à ces intérêts, le législateur, pour établir le plus justement une rationalité pénale incriminatrice, a du prendre acte du fait qu'une simple omission pouvait tout aussi gravement porter atteinte à la société⁶¹³. Une inaction devient infractionnelle dès l'instant que ce comportement négatif entraîne des conséquences néfastes pour le maintien de l'ordre public. La loi impose donc ici un véritable devoir d'agir. L'action devenant l'attitude respectueuse de l'ordre social.

On le voit, la raison impose donc que l'ensemble des comportements – positifs et négatifs – puissent être incriminés dès lors qu'ils manifestent une violation socialement inadmissible, quel que soit d'ailleurs l'intérêt mis en cause. Une sélection intervient ici dans la mesure où l'on déterminera précisément quelles seront les actions et les abstentions devant être placées sous une étiquette infractionnelle. La rationalité axiologique pénale suppose une claivoyance

⁶¹² DECOCQ (A.), *Droit pénal général*, op. cit., p. 158.

⁶¹³ C'est pour rendre compte de ce point que le Pr. D. REBUT, dans les propos liminaires de sa thèse (*L'omission en droit pénal. Pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, thèse, Lyon-III, 1993), précise le concept d'abstention. Ce dernier doit être analysé comme un véritable acte de délinquance et « *ne renvoie pas au néant* » (p. 5) telle que pourrait le laisser penser son immatérialité. Ainsi « *le Bien et le Mal se font par action ou omission* » (p. 8. V. également p. 9).

dans le choix de la matérialité répréhensible⁶¹⁴. Il est en de même en ce qui concerne le support intellectuel de la rationalité incriminatrice.

230. Support intellectuel : l'élément moral de l'infraction. – La prise en considération de l'élément psychologique retranscrit parfaitement la logique de l'incrimination. Le choix de l'intention ou de la non-intention ne s'apparente nullement à la décision de protéger spécifiquement une valeur sociale. Elle correspond simplement à la mise en relief de la consistance des comportements contraires à cette valeur. On décide de sélectionner les comportements, de les stigmatiser, de les classer, de les rendre infractionnels ou non, suivant la psychologie de l'auteur. La culpabilité « se construit en fonction de l'intensité de l'atteinte à la valeur sociale protégée »⁶¹⁵ et non en fonction de la valeur sociale elle-même. A titre d'exemple, l'incrimination de vol protège le droit de propriété, entendu comme le « droit d'user, jouir et disposer d'une chose d'une manière exclusive »⁶¹⁶. Cette valeur sociale se trouve donc, en tant que telle, sous l'égide du droit pénal. Le législateur a toutefois choisi de n'incriminer qu'une atteinte particulière à cette valeur, à savoir l'intention expresse de soustraire la chose d'autrui ; tout acte ne coïncidant pas avec cette psychologie n'est pas, aux yeux de la loi, raisonnablement suffisant pour engager un processus répressif. Le législateur a très nettement retranscrit cette logique dans les textes. L'article 311-1 du Code pénal énonce clairement que la propriété ne peut être atteinte que par une « soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ». Sans ce caractère frauduleux et donc sans malveillance directe envers la propriété d'autrui, aucune valeur sociale ne saurait être violée. Dès lors que la valeur sociale en question n'est pas intellectuellement l'objet du comportement, il est impossible de voir en ce dernier une quelconque antisocialité et donc une quelconque délinquance⁶¹⁷.

⁶¹⁴ Pour un exemple d'absence totale de clarté, il suffit de se reporter à l'infraction de délaissement des articles 223-3 et 227-1 du Code pénal. En aucune façon ces dispositions ne nous renseignent sur la nature exacte que doit revêtir l'acte de délaissement. La jurisprudence a pris position sur ce point, exigeant pour la constitution d'une telle infraction un acte positif. L'interprétation jurisprudentielle semble alors contraire à la *ratio legis* dans la mesure où en aucune façon le législateur ne semble avoir tranché sur la nature exacte d'une telle infraction ; l'action tout autant que l'omission étant capable de caractériser un délaissement. Sur ce point, V. Crim. 23 février 2000, *Bull. crim.* n° 84 ; *Rev. sc. crim.* 2000, p. 610, obs. Y. Mayaud.

⁶¹⁵ CAZE-GAILLARDE (N.), *thèse précit.*, n° 254.

⁶¹⁶ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Propriété ».

⁶¹⁷ Sur ce point, V. JEANDIDIER (W.), *Droit pénal des affaires*, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 2005, n° 6 ; RASSAT (M.-L.), *Droit pénal spécial. Infractions des et contre les particuliers*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2004, nos 89 et ss. La soustraction du bien d'autrui accomplie dans la plus pure négligence ou indifférence, c'est-à-dire le vol involontaire, est d'une parfaite neutralité sur l'ordre public. Ainsi, puisqu'aucune valeur sociale n'est atteinte, aucune incrimination n'est donc rationnellement possible.

231. Dualité du symbolisme pénal. – Nous percevons ici à quel point la rationalité pénale impose un choix rigoureux quant aux éléments constitutifs des infractions. Cette rationalité impose la protection de l'ensemble des valeurs sociales mais non l'incrimination de la totalité des comportements liés à ces valeurs. Une raison d'être et un esprit de sélection doivent véritablement guider ces incriminations sous peine de tomber dans une désapprobation sociale⁶¹⁸.

Mais au-delà de cette sélection, le symbolisme pénal ne s'exprime-t-il pas également à travers le fait que le droit pénal, loin de simplement *choisir* entre les attitudes perçues comme de véritables violations des valeurs, prévoit de surcroît la possibilité de *punir* le non-respect de celles-ci ? L'approche symbolique du droit pénal est donc double : si des choix doivent être préalablement effectués, ils doivent également et surtout être impérativement respectés. Cette nécessaire obéissance constitue le second aspect de l'ordre public pénal dans lequel le droit de punir a un véritable rôle à jouer. C'est ce rôle que nous devons à présent analyser.

B. – L'ordre public pénal et le droit de punir⁶¹⁹

232. Fonction du droit de punir dans le symbolisme pénal. – Nous ne reviendrons pas ici sur la donnée essentielle selon laquelle « *la possibilité d'une sanction judiciaire fait partie intégrante de la règle de droit* »⁶²⁰. La problématique que nous devons résoudre ne tient plus simplement au caractère indissociable du droit de punir et de la norme mais est davantage relative à la place que tient le droit de punir dans l'établissement et le respect de l'ordre public pénal. Il importe donc de déterminer le rôle joué par le droit de punir face au symbolisme mis en lumière par l'ordre pénal. La réponse à ces interrogations doit être recherchée dans le

⁶¹⁸ C'est par exemple à cause d'une absence totale de rationalité que la mendicité fut exclue du champ des incriminations. Plus aucun trouble n'existait réellement de sorte que l'ordre public ne nécessitait plus, dès lors, une intervention pénale et une punition. Sur ce point, V. *infra*, n° .

⁶¹⁹ L'étude du droit de punir ne pourra se faire ici sans référence à la peine. Ce renvoi sera toutefois strictement limité à la prévision d'une peine dans le texte de loi, et non à la substance même de cette peine. C'est pourquoi, restant dans une logique idéale, l'analyse précise de la peine ne doit être nullement intégrée à ce niveau-ci de notre étude. L'examen détaillé de cette mesure intervenant naturellement lorsque nous considérerons les liens entre le droit de punir et la contrainte (V. *infra*, n° *et ss.*).

⁶²⁰ ROUBIER (P.), *op. cit.*, p. 37. Sur cette conception selon laquelle la sanction serait l'indispensable du Droit, V. *supra*, n° *et ss.* V. également, AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.), *Cours de droit civil français*, t. 1, Paris, Marchal et Billard, 1869, pp. 1-2 ; KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, spéc. pp. 70-77 ; « La validité du Droit international », *R.C.A.D.I.* 1932-IV, spéc. p. 124 ; GÉNY (F.), *Science et technique en Droit privé positif*, t. 1, Paris, Sirey, 1913 ; MALAURIE (P.) et MORVAN (P.), *Introduction générale*, Paris, Defrénois, 2003, n° 40.

constat selon lequel il n'y a pas de respect naturel des règles, de l'ordre public et de vie sociale « *sans un minimum de discipline* »⁶²¹. Ainsi, la fonction du droit de punir devient criante : celui-ci garantit l'efficacité et l'effectivité de la norme et devient, dès lors, éminent pour l'intégrité de l'ordre public pénal (1°) ; cette intégrité dévoilant sa logique par le recours à une hiérarchisation des peines et, corrélativement, des valeurs protégées (2°).

1°/ Rôle éminent du droit de punir dans la consécration de l'ordre public pénal

233. La mission du droit de punir dans la stabilisation de l'ordre public pénal ne peut être analysée sans un large retour sur l'importance de ce droit dans tout système normatif ou ordonné et sur son caractère inhérent à la nature humaine (a) ; c'est alors seulement que se révèlera l'exigence d'une intervention du droit de punir pour le maintien de l'ordre public spécifiquement pénal (b).

a. Importance et inhérence humaine du droit de punir

234. La révélation d'un ordre public pénal ne saurait simplement passer par le choix et la révélation publique de valeurs ; il passe également par la possible punition de leur inobservation. Ce mécanisme qui tend à infliger une souffrance est-elle une donnée inhérente à la nature humaine ou est-elle devenue indispensable par la faiblesse constante de la simple déclaration de l'interdit ? Le droit de punir s'est-il instauré dès les prémices de la vie humaine ou n'est-il que le produit de l'impéritie d'un droit pénal déclaratif de valeurs ? En d'autres termes, a-t-il existé un droit pénal déclaratif sans un droit pénal punitif ? La réponse à de telles interrogations peut tout d'abord résider dans une lecture théologique et historique (1) puis anthropologique (2) du droit de punir et de la punition.

1) Approche théologique et historique de la punition

235. Lecture de textes sacrés. – La lecture des textes sacrés permet de prendre acte de l'importance – voire du caractère naturel – de la punition dans l'existence humaine. Si l'on s'en tient ainsi à quelques données d'ordre théologique, et sans nullement s'inscrire dans une quelconque démarche exhaustive, il apparaît très clairement que l'acte de punition est une logique immédiate faisant suite à une violation d'une norme. La lecture de ce passage de la

⁶²¹ AULAGNON (L.), « Aperçus sur la force dans la règle de droit », *Mélanges Roubier*, t. I, Paris, Dalloz, 1961, p. 29. Egalement DARGENTAS (E.), *op. cit.*, p. 413

Genèse retranscrivant le crime originel de Caïn en donne la preuve : « Dieu dit : Qu'as-tu fait ? La voix du sang de ton frère crie de la terre jusqu'à moi. Maintenant, tu seras maudit de la terre qui a ouvert sa bouche pour recevoir de ta main le sang de ton frère. Quand tu cultiveras le sol, il ne te donnera plus sa richesse. Tu seras errant et vagabond sur la terre »⁶²². On perçoit ici la souffrance immédiate due au non-respect de l'ordre divin nécessitant dès lors un rééquilibrage. Pour garantir une paix durable entre les hommes, il est donc apparu naturel de leur rappeler les règles morales et divines à respecter en usant de la force en cas d'inobservation ou en faisant craindre d'un tel usage⁶²³. Punir est donc faire œuvre de justice divine en rappelant la Loi⁶²⁴ et la puissance de Dieu⁶²⁵.

236. Caractère incontournable du droit de punir. – Par la reprise de ces quelques sources, la punition apparaît inhérente à la nature humaine. L'homme ne saurait assurer sa conservation et son intégrité morale par la simple proclamation de l'interdit à la suite de la violation d'une règle. Il est nécessaire de symboliser matériellement cette transgression par une punition qui traduit le rétablissement de l'ordre. Le droit de punir, par sa fonction essentielle de purification d'un ordre sacré, est ainsi propre à l'Homme. Certes nous percevons ici l'importance du droit de punir dans le maintien de l'ordre à travers le prisme religieux. Pour autant, cette vision ne démontre pas moins la situation selon laquelle tout ordre a un besoin impératif de punition pour être respecté⁶²⁶. La paix nécessite donc l'exercice du droit de punir, que celui-ci soit d'origine divine ou profane.

⁶²² GENÈSE, IV, 15. Devant cette invective, Caïn comprend qu'il devient le sujet d'une punition et déclare : « Mon châtement est trop grand pour être supporté » (*ibid.*).

⁶²³ En ce sens, V. l'Évangile selon Saint Jean : chap. 5, verset 14 : « Te voilà guéri ; ne pêche plus, de peur qu'il ne t'arrive quelque chose de pire ».

⁶²⁴ GARAPON (A.), GROS (F.) et PECH (T.), *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, op. cit., pp. 17 et ss.

⁶²⁵ Des textes d'origines diverses témoignent ainsi de cette fonction. Le Coran précise ainsi que « Dieu voulait manifester la Vérité par ses paroles et exterminer les incrédules jusqu'au dernier » (Coran, Sourate VIII, 7). Notons toutefois que le *djihad* (combat) doit avant toute chose être intérieur. La guerre physique ne devant intervenir que comme l'ultime étape. La Bible énonce encore de manière tout aussi sévère la possibilité d'exercer le droit de punir : « Quant à mes ennemis, ceux qui n'ont pas voulu que je règne sur eux, amenez-les ici et mettez-les à mort devant moi » (Évangile selon Saint Luc, chap. 19, verset 27). L'application du châtement suprême se retrouve encore dans ce passage de la Genèse : « Qui versera le sang de l'homme, par l'homme, son sang sera versé » (*Gen.*, IX, 6). Citons également le Lévitique : « Celui qui a frappé une bête il la paiera ; celui qui a frappé un homme mourra » (*Lév.*, chap. XXIV, verset 21). Pour un exposé de ce texte et ses rapports avec la notion de vengeance et pour les lectures multiples de la loi du talion, V. *supra*, n^{os} *et ss.*

⁶²⁶ Le droit de punir, appliqué à ces domaines théologiques, a d'ailleurs une sévérité toute aussi intense qu'en droit pénal séculier. A titre d'exemple, le pontificat d'Innocent III de 1198 à 1216 fut marqué par une grande sévérité avec l'instauration de l'Inquisition pour réprimer l'hérésie (croisade contre les albigeois). Sur ce point, V. CARBASSE (J.-M.), *op. cit.*, spéc. n^{os} 86, 86 bis et 137 ; GUIRAUD (J.), *L'inquisition médiévale*, Tallandier, 1978. Sur la question de la sévérité du droit pénal canonique avec notamment l'existence de peines indéterminées, V. VALDRINI (P.), DURAND (J.-P.), ECHAPPÉ (O.) et VERNAY (J.), *Droit canonique*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 1999, n^{os} 612 et ss.

237. Approche historique du droit de punir. – Il serait vain d’approcher historiquement les concepts de *punition* et de *droit de punir* sans renvoi à certains fragments religieux. L’approche théologique que nous venons d’exposer doit pleinement s’insérer dans cette présentation historique. La religion et L’Histoire mêlent leur passé et leur avenir autour du thème fédérateur de châtement. L’histoire du droit pénal entretient dès lors des liens étroits avec la sphère théologique. Sur ce point, le Pr. J. PRADEL estime qu’« *il est hautement probable que, sur certains points précis, notre droit pénal [soit] inspiré par la pensée chrétienne* »⁶²⁷. Si une interpénétration existe entre la faute pénale et le pêché, les termes de *peine* et de *pénitence* semblent également se mêler. Les deux notions se rejoignent en effet sur le fait qu’elles s’inscrivent dans une même dynamique, à savoir la caractérisation du droit de punir⁶²⁸. Ce dernier reste donc le domaine fédérateur de nombreux ensembles normatifs, marquant par là son immanence envers l’Homme. Mais détachons l’étude du droit de punir de cette emprise théologique pour lui conférer une impulsion anthropologique.

2) Approche anthropologique de la punition

238. Limites de l’approche anthropologique. – Entreprendre une réflexion strictement anthropologique sur la punition revient à porter un regard nécessairement lacunaire et ce pour une double raison. D’une part, cette question est capitale et mériterait d’intenses développements à forte portée ethnologique et scientifique que nous ne pourrions retranscrire dans une étude strictement juridique. D’autre part et surtout, l’aspect religieux dont nous venons de grossir les traits imbibe inéluctablement toute étude sur l’Homme. La « *manière dont l’Eglise concevait le pêché et la pénitence a eu une influence considérable sur les conceptions contemporaines du crime et du châtement* »⁶²⁹, de sorte qu’il est quasiment impossible de percevoir en toute objectivité – c’est-à-dire sans aucune référence théologique – l’importance et le rôle exact joué par le droit de punir dans l’existence humaine. Malgré cette

⁶²⁷ PRADEL (J.), « Droit pénal et christianisme. Quelques observations brèves » in D’ONORIO (J.-B.) (sous la dir.), *La faute, la peine et le pardon*, Actes du XV^{ème} colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France, Paris, Pierre Téqui éditeur, 1999, p. 32.

⁶²⁸ L’imbrication de la peine et de la pénitence est flagrante lorsque la sanction pénale s’immisce dans l’arsenal répressif canonique. Le canon 1311 du Code de Droit Canonique du 25 janvier 1983 dispose en effet que l’« *Eglise a le droit inné et propre de contraindre par des sanctions pénales les fidèles délinquants* ». Notons toutefois que le droit pénal apparaît uniquement comme le recours ultime du droit canonique. L’excommunication, perçue comme l’archétype des sanctions canoniques et entendue comme « *l’exclusion de la communion des fidèles* » (c. 2257 § 1 du Code canonique de 1917) reste une sanction punitive mais dans laquelle le droit pénal ne saurait s’immiscer.

⁶²⁹ CUSSON (M.), *op. cit.*, p. 178.

omniprésente imprégnation de la religion, tentons toutefois de porter un regard neutre sur le droit de punir.

239. Constance du droit de punir. – Occultant toute référence théologique, nous pouvons affirmer que le droit de punir s'exerce dans l'ensemble des sociétés et ne semble nullement souffrir d'une quelconque remise en cause. Seules ses modalités d'application et les cas sur lesquels s'inflige la punition le sont ; jamais son principe n'a été mis en doute⁶³⁰ : « *on peut sans doute réduire (...) le nombre des cas qui doivent être traités pénalement, mais on ne peut supprimer en soi le droit de punir* »⁶³¹. Les formes de dépenalisation ou de décriminalisation sont des processus pouvant engendrer une perte d'autorité du droit pénal ; ces mécanismes s'effectuant en effet au profit de domaines étrangers au droit pénal comme par exemple le droit administratif, le droit disciplinaire ou le droit civil⁶³². Marqués du sceau de la rupture avec le domaine pénal, ils n'en conservent pas moins une dynamique strictement punitive, sauvegardant de ce fait le droit de punir de toute atteinte. Ainsi, et sans développer plus avant nos réflexions ultérieures, il est possible de remarquer que l'homme peut parfois être tenté de s'écarter du droit pénal mais reste immanquablement lié à une logique punitive dès lors que se trouve en jeu la garantie d'un ordre normatif préalablement établi.

Le droit de punir joue donc, dans tout ordre juridique, un rôle constant qui s'accroît toutefois sensiblement lorsque l'ordre public en question possède une nature spécifiquement pénale. Face à une telle spécificité, l'intervention du droit de punir apparaît à l'évidence inéluctable.

b. Respect de l'ordre public pénal et intervention inéluctable du droit de punir

240. Le droit de punir, garant de l'effectivité du droit pénal. – Le respect assuré de l'ordre public pénal ne peut seulement s'appuyer sur la proclamation des valeurs sociales. Sans l'exercice programmé du droit de punir, cet ordre public serait conforme certes aux attentes sociales mais souffrirait également d'une totale ineffectivité. Ses violations éventuelles ne seraient nullement réprimées, c'est-à-dire punies mais également et surtout atténuées et

⁶³⁰ Il suffit de se replonger dans les multiples débats – anciens ou actuels – sur la peine de mort ou les défauts de l'enfermement pour percevoir que le droit de punir n'est affecté que dans son exercice et non dans son principe.

⁶³¹ LALLEMAND (R.), « Le droit de punir et le dialogue ambigu du pénaliste et de la conscience publique » *in* RINGELHEIM (F.) (sous la dir.), *op. cit.*, p. 22.

⁶³² Nous étudierons plus largement ces mécanismes ultérieurement, V. *infra*, n^{os} *et ss.* V. également l'ensemble de notre seconde partie.

freinées⁶³³. Si le droit pénal reconnaît l'ensemble des valeurs inhérentes à la vie sociale, il est clair que c'est le seul droit de punir qui permet leur véritable protection rendant ainsi effectif la reconnaissance de ces valeurs : « *Lieu d'élection des grands interdits fondateurs, le droit pénal aurait pour fonction essentielle d'instituer la société en restaurant, par la peine, les valeurs offensées par le crime et d'instituer l'homme, par le repérage des limites* »⁶³⁴. Le droit de punir constitue ainsi une étape essentielle dans l'établissement de l'ordre public pénal. Il influence l'existence même de cette matière. C'est pourquoi loin de se contenter d'une simple prévision des comportements répréhensibles, il convient d'accentuer plus encore la consécration des valeurs sociales en instaurant la prévisibilité de l'exercice du droit de punir. Celui-ci apparaît donc comme le garant de l'ordre public pénal et se trouve fondé sur le maintien de la paix sociale. Ainsi, « [là] où les pouvoirs publics ont posé des règles jugées utiles au déroulement harmonieux de la vie sociale, il est nécessaire que ces règles soient respectées et que des sanctions interviennent contre ceux qui les violent »⁶³⁵. Le droit pénal doit donc user de la punition pour parvenir à conserver la pleine intégrité de son symbolisme⁶³⁶.

241. Le droit de punir, garant du symbolisme pénal. – Le droit de punir, en tant qu'élément constitutif du droit pénal, joue un rôle éminent dans le symbolisme formulé par ce dernier. Comme l'affirme très clairement le Pr. DELMAS-MARTY, « *c'est le lien de la culpabilité à la punition qui donne à l'interdit pénal sa force symbolique* »⁶³⁷. La prévision légale du comportement délictuel ne peut conduire à une pleine consécration du symbolisme pénal. Celui-ci n'existe véritablement qu'à partir du seul instant où le droit de punir intervient et institue de manière théorique une peine. Le droit pénal reste donc très largement dépendant de sa composante punitive⁶³⁸. Le droit de punir se présente donc comme l'impérativité de la règle, l'élément lui donnant sa force obligatoire auprès des membres du groupe social. Par sa seule intervention, il procure au droit pénal sa vraie symbolique en prévoyant le recours à des

⁶³³ Le verbe "réprimer" vient du latin *reprimere* signifiant refouler, empêcher d'avancer, contenir, arrêter, etc. La répression doit donc être entendue à la fois comme la punition d'un comportement mais également comme son endiguement.

⁶³⁴ DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, op. cit., p. 29 (c'est nous qui soulignons).

⁶³⁵ BOULOC (B.), *Pénologie*, op. cit., n° 5.

⁶³⁶ Selon un auteur, il n'y a « *pas de droit pénal sans punition* » (RINGELHEIM (F.), « Le souci de la justice » in RINGELHEIM (F.) (sous la dir.), op. cit., p. 8). Cette réflexion n'est pas totalement exacte puisque, comme nous l'avons vu durant notre chapitre premier, le droit pénal ne se résume pas à l'exercice du droit de punir. La légitime défense, en effet, est une branche du droit pénal mais n'entretient aucune relation avec la punition.

⁶³⁷ DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, op. cit., p. 19.

⁶³⁸ Dépendance que l'on retrouve s'agissant du droit *lato sensu* V. *supra*, n°5 et (bibliographie en note).

peines échelonnées suivant des paramètres et des objectifs divers. Par cette prévision, c'est-à-dire par la précision de la peine théorique – et non encore par le prononcé effectif de celle-ci – le législateur consacre véritablement les valeurs sociales. Cette consécration trouvant une pertinence particulière dans la mesure où la loi permet, par ce mécanisme, de hiérarchiser ces valeurs.

2°/ La hiérarchie, forme de consécration de l'ordre public pénal

242. Contrairement à ce qui peut être couramment avancé, c'est grâce à la gravité des peines que se déduisent l'importance des valeurs sociales et la gravité des infractions pénales (a). Dès cet instant, le droit de punir apparaît comme le critère de détermination de l'importance des intérêts en jeu et devient ainsi porteur d'un message pour les membres de la société (b).

a. La gravité des infractions dépendante de la gravité des peines

243. Gravité des infractions et logique doctrinale. – Classiquement, la *summa divisio* – crime, délit et contravention – repose sur la gravité des infractions. Ce principe, mis en lumière par l'article 111-1 du Code pénal, semble donc exclure toute référence à la nature et à la sévérité des peines pour déterminer la gravité des infractions et définir la distinction tripartite⁶³⁹. La gravité de l'infraction est donc présentée comme le seul pilier de la *summa divisio* qui relègue la plus ou moins grande sévérité de la peine à une conséquence naturelle de la détermination de cette gravité. L'article 1^{er} de l'ancien Code pénal a d'ailleurs fait naître sur ce point de nombreuses critiques. Bâtie sur un schéma faisant de la gravité de la peine l'élément prépondérant pour la construction de la classification tripartite, cette disposition se présentait, pour la doctrine, à contre-courant de toute donnée logique. Il était en effet reproché à la législation antérieure de faire dépendre la gravité des infractions de la gravité des peines. Par ses critiques, la doctrine a donc précisé le sens véritable de cet article : « *avant de déterminer la peine, le législateur a apprécié l'infraction* »⁶⁴⁰ faisant ainsi de cette dernière le

⁶³⁹ Le ministère de la Justice, dans son commentaire de l'article 1^{er} de l'avant-projet de réforme du Code pénal de 1983 – qui refusa le premier toute référence à la peine – posa de manière très précise que « *la distinction n'est plus établie par référence à la nature des peines encourues* » cité in ROBERT (J.-H.), « La classification tripartite des infractions selon le nouveau Code pénal », *Dr. pén.* 1995, chron. n° 1.

⁶⁴⁰ STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 180. V. également, PUECH (M.), *Droit pénal général*, Paris, Litec, 1988, n° 696 ; DESPORTES (F.) et LE GUNEHÉC (F.), op. cit., n° 118 ; JEANDIDIER (W.), *J-Class. pén.*, v° « Classification des infractions », n° 7.

critère initial de la distinction tripartite. L'article 1^{er}, quelle que soit sa rédaction, ne pouvait donc manifester un mécanisme légal contraire à l'antériorité de la gravité de l'infraction sur la gravité de la peine et donc remettre en cause sur ce point la logique... doctrinale.

Contre toute logique juridique, cette disposition devait donc être lue en suivant le canevas intellectuel dominant. Devant cet axiome, nous ne pouvons toutefois nous empêcher de croire en une préexistence de la détermination de la gravité de la peine par rapport à celle des infractions.

244. *Priorité de la gravité des peines : remède à la confusion de la législation.* – Le raisonnement suivi par la doctrine doit, selon nous, être remis en cause ou, tout du moins, rétabli dans une conception juridique rationnelle. Soucieux d'établir une classification tripartite des infractions sur une base plus logique, nous ne pouvons que mettre en lumière un point qui s'identifie à une évidence : comment s'effectue la répartition cardinale des infractions et comment se dessine la gravité corrélative de celles-ci sinon par rapport à la peine, c'est-à-dire à la prévisibilité de l'exercice du droit de punir ? La gravité des infractions peut-elle être déterminée autrement que par la stricte référence à la peine qui leur est associée et, par conséquent, au droit de punir qui éventuellement s'appliquera ? Nous estimons que seule la peine est à même de conférer objectivement à une infraction sa véritable gravité. Dans l'absolu, c'est-à-dire en l'absence de tout critère objectif, comment serait-il possible de déterminer l'importance de telle ou telle atteinte ? Certes, il serait possible de prendre appui sur des considérations morales ou éthiques et parfois même logiques ou naturelles⁶⁴¹. Mais le droit pénal ne peut systématiquement retranscrire ces données subjectives, émotionnelles et partant d'une spéciosité parfois soupçonnée⁶⁴², et ne saurait de ce fait établir une hiérarchie entre les valeurs sociales – c'est-à-dire déterminer la plus ou moins grande gravité des infractions – sans se référer à un critère extérieur d'appréciation de ces infractions⁶⁴³. En d'autres termes, la référence à la peine, « *reflet de l'importance de la valeur protégée par une incrimination* »⁶⁴⁴, est la première manifestation d'une évaluation qualitative objective des

⁶⁴¹ En toute logique et de manière naturelle, le meurtre par exemple est perçu comme infiniment plus grave que les blessures.

⁶⁴² Sur ce point, ROUBIER nous mettait en garde : « *des jugements fondés sur un état affectif sont affectés d'un coefficient fâcheux d'arbitraire, et ne peuvent donner naissance à une règle qui doit avoir des assises solides, comme la règle de droit* » (*op. cit.*, p. 318).

⁶⁴³ Comment par exemple déterminer la gravité du vol et de l'escroquerie et comment hiérarchiser ces infractions sans se référer à la peine ?

⁶⁴⁴ JEANDIDIER (W.), « La correctionnalisation législative », *JCP*, 1991.I.3487, n° 33.

différentes valeurs sociales ; évaluation constituant une hiérarchie juridique digne de ce nom⁶⁴⁵. Sur ce point, « *Jhering considère le "tarif des pénalités" comme la mesure de la valeur des biens sociaux* »⁶⁴⁶.

Par elles-mêmes, les valeurs révélées ne peuvent donc en aucune façon induire objectivement une classification. Au contraire, une telle structuration des intérêts sociaux doit être l'oeuvre d'un processus quasi vierge de toute considération tendancieuse et doit révéler le plus objectivement possible la substance de l'ordre public pénal. Seul le droit de punir permet donc d'établir, par la référence aux peines encourues pour chaque comportement répréhensible, une hiérarchie entre les infractions, c'est-à-dire la *summa divisio*.

245. Rapprochement avec la doctrine majoritaire. – La détermination de la nature et du quantum de la peine qui, selon nous, est la seule à conférer à l'infraction sa place dans la hiérarchie pénale, induit une prise en compte préalable d'éléments extra-pénaux, telles que la morale, l'éthique, la tradition, etc. Il serait vain de croire que la hiérarchisation des infractions par le droit de punir puisse s'effectuer sans de telles références. Le législateur, lorsqu'il décide de punir un comportement contraire à une valeur sociale donnée, prend appui sur un ensemble de considérations, tant morales que profanes. Occulter ce point reviendrait à trahir le processus législatif et occulter la logique inhérente à l'homme : « *des actes qui ont pour objet des biens indisponibles à l'homme, parce qu'ils touchent à des "valeurs" absolues, telle la vie d'un innocent, sont déjà, par eux-mêmes, porteurs d'une moralité. Et cela s'impose au législateur lui-même* »⁶⁴⁷. Il est en effet patent que certaines valeurs possèdent par nature une autorité évidente. En est-il ainsi de la vie qui, malgré certaines hésitations malheureuses de la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁴⁸, « *constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et (...) forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme* »⁶⁴⁹.

⁶⁴⁵ Dans son ouvrage de droit pénal des affaires, le Pr. JEANDIDIER réitère sa position lorsqu'il établit en annexe le « *tableau de la gravité comparée des principales infractions d'affaires* », gravité fondée sur la seule pénalité encourue pour ces infractions (*Droit pénal des affaires*, op. cit., annexe 1, p. 635). V. également MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. I, op. cit., n° 70 : « *le législateur, en choisissant la peine applicable, considère la gravité de l'infraction* ».

⁶⁴⁶ LASCOUMES (P.) et PONCELA (P.), op. cit., p. 57.

⁶⁴⁷ DE LA SOUJEOLE (B.-D.), « *Faute et peine : quelques précisions théologiques* » in D'ONORIO (J.-B.) (sous la dir.), op. cit., p. 90.

⁶⁴⁸ V. notamment sur le statut de l'enfant à naître, CEDH 8 juill. 2004, n° 53924/00, *Vo c/ France*, § 82 à 85, *JCP* 2004.II.10158, note M. Levinet ; *D.* 2004, p. 2456, note J. Pradel. Sur ce point, V. *infra* n°^{os} *et ss.*

⁶⁴⁹ CEDH 22 mars 2001, *Streletz et a. c/ Allemagne*, § 94. Sur ce point, V. également CEDH 12 mars 2003, *Öcalan c/ Turquie*, §§ 196 et 198, *Rev. dr. publ.* 2004, p. 801, obs. M. Levinet ; CEDH 13 févr. 2003, n° 42326/98, *Odièvre c/ France*, § 45, *RTD civ.* 2003, p. 375, obs. J.-P. Marguénaud et J. Raynard ; *JCP* 2003.II.10049, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre.

Pour autant, si ces éléments, reflets de la *gravité naturelle* des faits, guident le législateur dans l'élaboration d'un ordonnancement graduel, ils ne peuvent – du fait de leur caractère restreint ou de leur manque de rigueur juridique et de stabilité – être généralisés et être le critère pénal exclusif de la détermination de la gravité des diverses infractions. On s'appuiera donc sur le droit de punir pour retranscrire en termes juridiques clairs ces différentes données et construire une hiérarchie des valeurs sociales qui soit d'une objectivité incontestable. La gravité des peines permet donc de prendre connaissance de la gravité de chaque attitude répréhensible et de leur gradation, de sorte qu'il paraît impensable de croire que « *cette hiérarchie n'implique pas nécessairement celle des peines* »⁶⁵⁰.

246. Rationalité de la hiérarchie de l'ordre public pénal. – Devant l'instauration de ces échelles et la disparité dans le traitement punitif des comportements, se demander quelle peut être la raison de cette différenciation, devient légitime. L'objet de l'incrimination, la nature de la valeur soumise à la protection pénale, jouent naturellement un rôle majeur dans la prévision des peines. Qu'il s'agisse de la vie humaine, de l'intégrité physique, de la propriété, de la dignité humaine, de l'environnement, de l'autorité de l'Etat ou de tout autre intérêt, la peine prévue différera logiquement en considération de l'importance de l'atteinte qui lui est portée mais également et surtout de l'importance même de cet intérêt dans la vie sociale. Que la valeur sociale protégée soit statique (vie, intégrité physique) ou au contraire dynamique (environnement, propriété intellectuelle) favorise également une prise de décision diversifiée dans le traitement punitif des comportements. Pour percevoir la valeur morale, éthique, collective ou encore politique des intérêts mis en exergue, il convient donc de considérer l'incrimination et la pénalité par-delà leur simple textualité et de saisir par la seule référence à la peine encourue leur importance réelle. La grille de lecture des différentes infractions basée sur la sanction pénale deviendra alors la révélation d'une logique hiérarchisée au sein même de l'ordre public pénal. Sans l'intervention du droit de punir, les valeurs indiquées seraient, en toute objectivité, insusceptibles d'être comparées. Grâce à lui et à la hiérarchisation qu'il impose, s'élabore une symbolique pénale dont il devient le porteur.

b. Le droit de punir, porteur d'un message symbolique

⁶⁵⁰ MARCHAND (Ph.), *Rapport, Avant-projet de Code pénal (1986)*, Doc. AN, n° 896 (9^{ème} législature), p. 87 cité in ROBERT (J.-H.), « La classification tripartite des infractions selon le nouveau Code pénal », *op. cit.*

247. Le droit de punir, premier ordonnateur des valeurs sociales. – Par l'énoncé des peines encourues, les valeurs sociales se trouvent consacrées et ordonnées qualitativement puisque le législateur pénal brandit expressément « *la menace pénale pour indiquer le degré de leur importance* »⁶⁵¹. Considérant que le droit pénal inclut la totalité des valeurs inscrites dans la vie sociale, il devient nécessaire d'établir une première classification de ces intérêts. Le processus d'incrimination, dont nous avons précisé les traits généraux, ne correspond en rien à l'élaboration d'une telle hiérarchie dans la mesure où toutes les valeurs sociales se trouvent consacrées et par là même protégées ; seule une précision des atteintes retenues intervient à ce stade-ci. En revanche, dès lors qu'intervient le droit de punir dans l'établissement de l'ordre public pénal, s'instaure immédiatement un ordonnancement précis des valeurs permettant de percevoir clairement la graduation existant entre elles.

248. Droit de punir et développement du symbolisme pénal. – Par l'intervention du droit de punir dans le processus d'incrimination, le législateur entend accroître le message symbolique pénal. « *La peine, en effet, est là pour dire ce que vaut, au regard d'une norme sociale, le fait de sa transgression, et, donc, en même temps (...) ce que vaut la société qui a posé cette norme et réprouvé ce fait : c'est une affirmation de valeur* »⁶⁵². Déjà le symbolisme pénal s'induisait de la rationalité axiologique de l'ordre public pénal⁶⁵³. A présent, par l'immixtion de l'élément punitif au sein même des choix effectués, le législateur présente l'ordre public pénal sous un éclairage non plus seulement substantiel mais graduel. L'importance des valeurs avait en effet déjà été déduite du nombre plus ou moins conséquent des comportements considérés comme contraires à celles-ci. Par cette nouvelle étape d'insertion des peines, cette importance se trouve quantifiée et les valeurs sociales hiérarchisées : « *la société proclame le prix qu'elle peut avoir à ses propres yeux et celui qu'elle attache au respect de son ordre et de ses valeurs (...); c'est le moyen pour elle – et, sans doute, le plus dense symboliquement (...) –, de faire acte de présence dans le sens le plus fort du terme* »⁶⁵⁴. Le droit de punir permet donc à la société de prendre pleinement connaissance de sa et de ses valeurs. La prévision de la peine, tant dans sa nature que dans son quantum, informe les membres de la société sur l'importance de chacune des valeurs sociales.

⁶⁵¹ PROTHAIS (A.), « Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale », *JCP* 1999.I.129, p. 724.

⁶⁵² MATAGRIN (D.-H.), *op. cit.*, p. 91.

⁶⁵³ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

⁶⁵⁴ MATAGRIN (D.-H.), *op. cit.*, p. 92.

Par l'institution d'une punition à l'encontre d'un acte contraire à ces dernières, la société entend ainsi déterminer la supériorité de telle valeur sur telle autre.

249. Droit de punir et clôture du processus pénal. – Le droit de punir parvient à retranscrire tout le symbolisme et la rationalité que le droit pénal doit refléter. Nous savons que le droit pénal se construit en trois phases : il existe tout d'abord une phase d'observation des valeurs sociales à protéger. Nous avons remarqué à ce sujet que toutes devaient recevoir une protection pénale⁶⁵⁵. Ensuite, la construction du droit pénal passe par une constatation des comportements contraires aux valeurs observées. Enfin, la prévision d'une punition clôt cette élaboration. Cette dernière étape, apanage du droit de punir, permet de donner toute la force à l'ensemble du processus pénal. Le droit de punir préserve donc, par sa présence, l'efficacité et l'effectivité du droit pénal. Une dissociation entre le droit de punir et le droit pénal apparaît donc impossible.

Une telle conception est-elle toutefois immuable ? Rien n'est moins sûr tant l'absence de toute perspective punitive peut également garantir une réelle expression du droit pénal et participer même au développement de sa rationalité.

§ 2. – La rationalité pénale, illustration du droit de ne pas punir

250. Le droit de ne pas punir : affirmation du droit pénal. – Ce que nous appelons ici le *droit de ne pas punir* ne doit en aucune façon être analysé comme la non-intervention du droit pénal. Alors même que le droit de punir, dans sa forme originelle, ne peut exister qu'en référence au droit pénal, il est logique de ne percevoir son opposé qu'en cette même référence. Dans la négative, le "droit de ne pas punir" ne posséderait aucune raison d'être, aucune institution préalable sur laquelle se fonder. De plus, ce droit ne peut être analysé comme une négation du droit pénal. S'il est l'antithèse naturelle du droit de punir, il demeure – au même titre que le droit de punir lui-même – un mode symbolique d'expression du droit pénal. En décidant d'occulter toute référence punitive, l'on entreprend non de nier le droit pénal mais de lui donner une physionomie nouvelle, dont la rationalité reste la clé de voûte. Le droit de punir s'éclipse pour laisser poindre son contraire ; tous deux ayant une finalité commune : conférer au droit pénal, par la présence ou non d'une réaction punitive, sa pleine

⁶⁵⁵ V. *supra*, n° .

force symbolique en suivant une parfaite cohérence sociale. Analyser le "droit de ne pas punir" impose donc le maintien de notre étude dans le strict cadre pénal⁶⁵⁶.

251. Ambiguïté du droit de ne pas punir. – Le concept de "droit de ne pas punir" doit être précisé puisqu'il existe un risque d'assimilation avec la faculté laissée au juge de ne pas infliger une peine. L'élément auquel nous devons nous attacher s'induit d'un *commandement rationnel* de ne pas punir. Nous devons donc apprécier les cas dans lesquels l'idée même de punition devient impossible et non ceux pour lesquels l'éventualité d'une peine a été ou reste possible comme c'est le cas dans l'hypothèse d'une dispense de peine ou d'un ajournement de peine. La distinction qui doit alors être effectuée tient au fondement même de cette absence de punition. Soit elle revêt les formes d'une obligation, soit elle constitue une appréciation du juge. Nous n'aborderons point cette dernière éventualité pour une double raison. D'une part, elle rend compte de l'exercice effectif du droit pénal et non de sa fonction symbolique⁶⁵⁷. D'autre part, il peut paraître discutable de croire, dans une telle situation, à une absence totale de répression ; avant la décision de dispenser ou d'ajourner la peine, une déclaration de culpabilité est intervenue et l'idée même de punition lui est restée sous-jacente. Si aucune punition n'est effectivement infligée, ce n'est qu'à la suite d'une appréciation de la part des juges des circonstances de l'espèce. Une répression pénale n'en demeure pas moins, ce qui fait dire à un auteur qu'« *il est possible, en droit français, de faire de la répression sans peine* »⁶⁵⁸. En effet, si le droit de punir ne s'est pas manifesté dans sa matérialité, il demeure possible dans son principe. Il est donc question, dans ce genre de situations, d'un véritable *droit de punir* et non d'un *droit de ne pas punir*.

A ce stade-ci de notre étude, notre objectif n'est pas de traiter de la *possibilité* de ne pas punir mais de l'*obligation* qui est parfois faite de ne pas punir ; obligation formulée dans la seule perspective de l'utilité sociale et du symbolisme correspondant. Si cette utilité constitue, nous l'avons vu, l'élément fondateur du droit de punir, elle l'est identiquement en matière de "droit de ne pas punir"⁶⁵⁹. Limitant notre analyse à ce type de commandement négatif ("*ne pas*

⁶⁵⁶ A titre d'exemple et selon toute évidence, on ne saurait exclure le droit pénal du concept de classement sans suite alors même que ce dernier exclut précisément le droit de punir. En ce sens, V. VITU (A.), « Le classement sans suite », *Rev. sc. crim.* 1947, p. 521 : « *a le pouvoir de classer toute personne dont l'indépendance et la liberté sont législativement consacrées dans la mission d'ordre répressif qui leur est confiée* ».

⁶⁵⁷ Or, nous restons cantonnés, à ce niveau-ci de notre étude, à la stricte analyse de la fonction emblématique du *jus puniendi*, réservant l'aspect plus pragmatique de ce droit à un examen ultérieur V. *infra*, n^{os} *et ss.*

⁶⁵⁸ MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, op. cit., n^o 479.

⁶⁵⁹ Selon un auteur, « *si l'intérêt social (...) demande un mode de pénalité moins sévère que de justice, la grâce du condamné, l'excuse, voire même l'absence de toute poursuite, (...) le pouvoir non seulement peut, mais doit*

punir"), deux situations sont alors possibles : soit l'utilité sociale commande expressément l'absence d'exercice du droit de punir (A), soit elle ne le fait qu'implicitement du fait du passage du temps (B).

A. – Le commandement exprès de ne pas punir

252. Absence de punition : divergence entre l'intérêt social et l'intérêt privé. – Dans une telle situation, l'ordre donné de s'abstenir de punir a pour origine la société elle-même. L'ordre public pénal, représentation symbolique de la valeur – et des valeurs – du groupe social, impose parfois sans ambages une passivité totale en matière de punition. Ce commandement s'exprime dans le seul but de garantir une pleine rationalité à cet ordre public et, corrélativement, de pourvoir à sa parfaite effectivité. Paradoxalement, la raison impose donc la disparition du droit de punir pour que soit révélé l'ordre public pénal. Il ne s'agit pas ici d'une absence d'utilité sociale (*ratio civilis*) garantissant une justification du "droit de ne pas punir"⁶⁶⁰ mais, bien au contraire, d'une manifestation très explicite de cette utilité. Le "droit de ne pas punir" ne trouve de légitimité qu'à partir du seul instant où la rationalité pénale – et sociale⁶⁶¹ – réclame une telle indulgence, ce droit ne pouvant en effet se présenter autrement que comme une certaine mansuétude. Cette référence à l'indulgence devrait semble-t-il renvoyer notre réflexion à l'étude de la victime. Celle-ci, bien qu'exclue de toute requête punitive, trouve en effet dans l'exercice du droit de punir une reconnaissance de leur souffrance⁶⁶². De ce fait, l'éclosion d'un "droit de ne pas punir" rejaillira inévitablement sur ce soutien. Malgré cette interdépendance, l'analyse du devoir de ne pas punir ne pourra toutefois s'effectuer par référence directe à la victime⁶⁶³. Le commandement exprès qui sera fait de s'abstenir de punir, conformément à l'utilité sociale, s'accomplira donc que la victime veuille

en agir ainsi. Par intérêt, la société renonce au surplus » (MAUS (I.), *De la justice pénale. Etude philosophique sur le droit de punir*, Paris, Félix Alcan, 2^{ème} éd., 1891, p. 167).

⁶⁶⁰ V. *infra*, n° .

⁶⁶¹ L'ordre rationnel pénal ne peut valablement se comprendre qu'à travers le prisme social dans la mesure où le droit pénal poursuit la « défense *non d'un intérêt privé, mais de l'intérêt de la société elle-même*, et [le] rétablissement de l'ordre public » entendu largement (GARRAUD (R.), *op. cit.*, 1934, n° 3, p. 4). V. également CAZE-GAILLARDE (N.), *thèse précit.*, n° 70 : « *l'ordre social représent[e] le socle de l'ordre moral et la finalité de l'ordre pénal* ».

⁶⁶² Pour preuve de l'attachement des victimes à la punition, il convient de prendre acte de l' « *évolution des plaidoiries des parties civiles vers la question de la sanction pénale* » (COULON (J.-M.), « L'entrée de la victime dans la sphère pénale du procès » in *La victime et la sanction pénale*, conférence tenue à la Cour d'appel de Paris, 2 octobre 2001).

⁶⁶³ Notre travail dans sa globalité ne pourra, en revanche, faire l'économie d'une prise en considération directe de ce protagoniste spécifique, dès lors que cette attention exprime une certaine dénaturation du droit pénal. Sur ce point, V. *infra*, n°^{os} *et ss.*

punir ou bien pardonner : « Dès lors que triomphe l'Etat pénal, le pardon de la victime perd rapidement toute importance »⁶⁶⁴. Ainsi, attester de la rationalité pénale et reconnaître l'utilité sociale de la non-intervention du droit de punir est le domaine réservé des institutions étatiques ; cette reconnaissance pouvant dès lors être le fruit d'une décision judiciaire (1°) ou extra-judiciaire (2°).

1°/ Reconnaissance judiciaire de l'utilité de ne pas punir

253. Qu'il s'agisse du classement sans suite (a) ou des faits justificatifs (b), la rationalité sociale et pénale commande parfois d'exclure toute intervention du droit de punir.

a. Le classement sans suite

254. Pouvoir du procureur de la République et types de classements sans suite. – En indiquant que le « procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner », l'article 40 du Code de procédure pénale institue au bénéfice de ce dernier une faculté d'abandonner toute idée punitive. En décidant de ne pas déclencher l'action publique, c'est-à-dire en décidant de classer sans suite une affaire, le procureur de la République abolit toute chance d'intervention du droit de punir⁶⁶⁵. L'intensité de l'abolition de ce droit doit toutefois être précisée puisque celle-ci diffère suivant le type de classements sans suite. En effet, une dualité de classement peut être relevée : « la décision de ne pas poursuivre intervient quand le ministère public estime qu'une poursuite est illégale ou inopportune »⁶⁶⁶.

Le classement sans suite est tout d'abord dit *légal* quand il existe une cause d'extinction de l'action publique telle que définie par l'article 6 C. pr. pén.⁶⁶⁷. Dans de telles situations, il y a une véritable impossibilité légale d'engager des poursuites et de faire naître le droit de punir. Mais les causes d'extinction de l'action publique ne sont pas les seules causes légales de classement sans suite : l'inexistence d'une infraction, quelle qu'en soit l'origine – absence

⁶⁶⁴ CARBASSE (J.-M.), *op. cit.*, n° 4, p. 21. V. également NOZICK (R.), *op. cit.*, p. 174 et s. Par son manque d'influence directe en droit pénal (en ce sens, V. VAREILLE (B.), « Le pardon du juge répressif », *Rev. sc. crim.* 1988, p. 676 et s.), le pardon de la victime doit donc être exclu pour l'instant de notre propos.

⁶⁶⁵ Sur la distinction entre action publique et droit de punir, V. *supra*, n° .

⁶⁶⁶ RASSAT (M.-L.), *Traité de procédure pénale*, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, 2001, n° 285, p. 455.

⁶⁶⁷ Ces causes sont la mort du prévenu, la prescription, l'amnistie, l'abrogation de la loi pénale, la chose jugée, la transaction, le retrait de plainte (quand celle-ci est une condition nécessaire de la poursuite) et l'exécution d'une composition pénale.

d'un élément constitutif ou présence d'une cause d'irresponsabilité pénale – constitue un autre motif de non-engagement des poursuites. Proche de ce classement, il existe très souvent⁶⁶⁸ une impossibilité *matérielle* de poursuivre. Dans ce cas, un manque patent de données factuelles préjudiciable à l'identification précise du délinquant. Ces deux types de classement sans suite – légal et matériel – ne doivent pas nous retenir ici⁶⁶⁹ dans la mesure où ils sont moins des conséquences inéluctables d'un état de fait ou de droit que de véritables décisions judiciaires. Il en va autrement du classement dit *d'opportunité* qui renvoie expressément à un pouvoir d'appréciation du procureur de la République de déclencher ou non l'action publique. C'est à travers ce classement sans suite, véritable expression du principe de l'opportunité des poursuites, que se manifestera la rationalité pénale reliée au concept d'utilité sociale.

255. Classement sans suite d'opportunité et rationalité pénale. – De toute évidence, nous ne saurions comprendre le pouvoir d'opportunité et d'appréciation du procureur de la République comme une faculté discrétionnaire ou arbitraire⁶⁷⁰ de ne pas déclencher l'action publique. Comme l'expriment certains auteurs, « *la décision de classement sans suite n'est pas la marque d'un désintérêt manifesté par le procureur de la République (...) à l'égard des faits qui lui sont signalés* »⁶⁷¹, mais représente au contraire une large prise en considération tant du délinquant que de son action⁶⁷². Ce n'est donc pas une indifférence à l'infraction mais plus justement une large appréciation de celle-ci qui dicte ce renoncement au droit de punir. L'utilité sociale, clé de voûte des choix effectués dans le champ pénal, trouve ainsi une parfaite consécration dans cette décision du Ministère public : « *le magistrat du parquet en*

⁶⁶⁸ Pour une approche statistique de ce phénomène, V. SIMMAT-DURAND (L.), « Le Parquet et l'opportunité des poursuites », *Gaz. Pal.* 1996.I.Doctr. p. 649 ; RAYSEGUIER (C.), « Taux de classement sans suite des parquets : mythes et réalités », *Dr. pén.* 1998, ét. n° 8.

⁶⁶⁹ Pour une reprise de certaines causes légales, V. *infra*, n°s *et ss.* et n°s *et ss.*

⁶⁷⁰ Certains auteurs estiment que le système de l'opportunité des poursuites est discrétionnaire car « *non encadré par la loi* » au regard des motifs de classement, mais ne saurait pour autant être arbitraire puisque les parquets examinent les faits avec objectivité (VOLFF (J.), *Le ministère public*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 1998, p. 63. V. également PRADEL (J.), « Notre procédure pénale défend-elle l'intérêt général », *Rev. pénit. dr. pén.* 2005, p. 510).

⁶⁷¹ DEBOVE (F.) et FALLETTI (F.), *op. cit.*, p. 287.

⁶⁷² Considération rendue impossible dans un système tel que la légalité des poursuites. L'opportunité des poursuites et par là même la faculté laissée au procureur de la République de ne pas poursuivre permettent, à l'inverse, la plus parfaite « *individualisation de la répression* » (PRADEL (J.), *Procédure pénale*, Paris, éd. Cujas, 12^{ème} éd., 2004, n° 577). Cette individualisation s'exprime en effet par le fait que la répression sera exclue et ce en considération des dimensions factuelles et humaines de l'affaire en question. C'est en ce sens qu'est intervenue la loi du 9 mars 2004 intégrant dans le Code de procédure pénale un article 40-1 selon lequel « *lorsqu'il estime que les faits (...) constituent une infraction (...) pour laquelle aucune disposition légale ne fait obstacle à la mise en mouvement de l'action publique, le procureur de la République territorialement compétent décide s'il est opportun (...) de classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient* » (c'est nous qui soulignons).

classant en opportunité ne "vend pas son âme" et ne classe pas pour des motifs "inavouables" (...) La raison, le bon sens et l'humanité sont des valeurs partagées ! »⁶⁷³. Ce type de classement sans suite s'analyse donc comme la réponse à la demande de la société elle-même quant au maintien de son équilibre. Le Ministère public devient donc la bouche de la société⁶⁷⁴ qui, exigeante ou indulgente, requiert la répression ou le pardon. Le parquet ne peut ainsi être uniquement perçu comme l' « *agent automatique de répression* »⁶⁷⁵ tant l'utilité sociale lui dicte parfois l'attitude opposée⁶⁷⁶. Quelles sont alors ici les raisons précises du droit de ne pas punir ?

256. Raisons du classement sans suite d'opportunité. – L'utilité sociale de ne pas punir peut tout d'abord provenir de l'environnement de l'infraction. Des éléments provenant tant du délinquant (réparation d'office, trouble physique ou psychique) que de la victime (attitude critiquable, renoncement) sont à même de justifier un classement sans suite d'opportunité. Mais celui-ci peut également se présenter comme l'expression d'une exigence tenant non plus à des critères subjectifs mais ayant à l'inverse une dimension plus large et objective. Selon MM. MERLE et VITU, on se trouverait certaines fois « *dans une hypothèse où, eu égard aux circonstances politiques et sociales, la répression serait plus nuisible qu'utile à l'ordre public* »⁶⁷⁷. On perçoit donc ici l'interpénétration entre les rationalités pénale et sociale : la

⁶⁷³ RAYSSEGUIER (C.), *op. cit.*, p. 7.

⁶⁷⁴ Sur ce point, V. GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, t. I, Paris, Sirey, 1907, p. 162 : l'action publique « *est une action sociale, exercée dans l'intérêt et au nom de la collectivité toute entière* ». En ce sens, V. également BUISSON (J.), « Le rôle du Ministère Public dans le domaine pénal » in *Le rôle du ministère public dans une société démocratique*, éd. du Conseil de l'Europe, 1997, p. 60 : « (...) *une fois qu'il [le procureur de la République] a pris la décision de poursuivre, le droit français considère que l'action publique appartient à la société* ».

⁶⁷⁵ ROLLAND (M.), « Le Ministère public, agent non seulement de répression mais de prévention », *JCP* 1957.I.1342, n° 1.

⁶⁷⁶ V. sur ce point, MAUS (I.), *op. cit.*, p. 195 : « *Si la société a un intérêt quelconque plus grand (...) à ne pas punir tel fait dont la divulgation jetterait le trouble dans les familles, (...) il faudrait s'incliner et tolérer la criminalité. Le pouvoir serait dans la situation de tout homme raisonnable qui entre deux maux choisit le moindre* ». Egalement PRADEL (J.), « Notre procédure pénale défend-elle l'intérêt général », *op. cit.*, p. 510 : « *le magistrat du parquet peut considérer, en ayant égard à l'intérêt social, qu'une poursuite pourrait faire plus de mal que de bien (...). Ainsi le procureur est en fait un véritable "juge" de l'intérêt général* ».

⁶⁷⁷ MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. 1., *op. cit.*, n° 329, p. 393. Dans le même sens, V. VITU (A.), « Le classement sans suite », *op. cit.*, p. 508 : « *on classe parce qu'eu égard aux circonstances, la répression serait plus nuisible à la paix sociale que l'impunité accordée au délinquant* ». Pour un exposé plus générale sur la non-exécution de décisions judiciaires pour des motifs d'ordre public, V. SCARANO (J.-P.), *Institutions juridictionnelles*, Paris, éd. Ellipses, 6^{ème} éd., 2003, p. 20 : « *Dans [certaines] hypothèses, force est de constater que des décisions judiciaires ne seront jamais appliquées compte tenu de l'inaction de l'administration, au nom de valeurs supérieures que sont l'ordre public et la paix sociale* » ; VINCENT (J.) et al., *Institutions judiciaires*, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 2001, n° 131, p. 243 : « *[Il arrive] que l'autorité publique, pour des raisons d'opportunité, se refuse durablement à assurer l'exécution forcée [des] jugements* ».

première se déduisant de la seconde. Dans une telle situation, c'est la gravité de l'infraction qui sera l'élément déterminant de l'absence de poursuite. Nous sommes certes face à une infraction commise et à une valeur sociale touchée, pour autant, le Ministère public décidera de nier l'existence de cette infraction puisque l'atteinte portée à la société ne possède nullement l'intensité propre à caractériser une forte déstabilisation de l'ordre public.

Les « *circonstances particulières liées à la commission des faits* » – énoncées à l'article 40-1, 3° C. pr. pén. – qu'elles soient extrinsèques ou intrinsèques (gravité), n'imposent pas parfois de traitement pénal ; cette absence de réponse judiciaire n'engendrant pas ou peu de risques pour l'ordre public⁶⁷⁸. Ne pas user de cette appréciation, ne pas jauger l'intensité de l'atteinte et donc utiliser un système proche de celui de la légalité des poursuites reviendrait à déprécier ces valeurs. Une telle attitude placerait en effet sur un même pied des atteintes graves et des attaques plus vénielles à une même valeur sociale. Or, l'importance de celle-ci se trouve en partie révélée par la répression de ses violations. Si la totalité de celles-ci, quelle que soit leur gravité, se trouve réprimée, la dimension sociale de la valeur en question s'en trouverait sans nul doute amoindrie. Parallèlement, le risque d'une "banalisation" des comportements plus agressifs n'est pas impossible. Du fait de l'appréciation des circonstances factuelles, le classement sans suite d'opportunité comporte donc de nombreux avantages. Cet non-exercice du droit de punir reste toutefois provisoire et la menace de punition demeure.

257. *Maintien de la menace punitive.* – Le procureur de la République peut toujours engager les poursuites si elles deviennent possibles matériellement (identification du délinquant par exemple) ou opportunes (changement d'avis du procureur de la République). Les poursuites restent toujours latentes. Tant que la prescription n'est pas acquise, les individus restent sous l'emprise du droit pénal et sous la menace de résurrection du droit de punir. Le dossier ne fait l'objet que d'un archivage administratif⁶⁷⁹ de la part du Parquet et est susceptible de remonter à la surface judiciaire à tout moment. Les autorités judiciaires décident, en toute opportunité, de classer sans suite quand l'ordre public ne nécessite pas une intervention du droit de punir. Elles peuvent par la suite réintégrer cette logique punitive si

⁶⁷⁸ V. RAYSSEGUIER (C.), *op. cit.*, p. 7 : « *L'examen des motifs de classement (...) permet d'affirmer que les affaires classées sont très généralement de faible gravité et le fait qu'elles ne soient pas poursuivies ne touche pas à la sécurité de nos concitoyens ; (...) aucune de ces catégories ne touche à l'insécurité* ».

⁶⁷⁹ La décision de classer sans suite est un acte administratif et non une décision juridictionnelle. Sur ce point, V. notamment Crim. 12 mai 1992, *D.* 1992, p. 427, note D. Mayer ; *Rev. sc. crim.* 1992, p. 606, obs. A. Braunschweig.

l'utilité sociale l'exige de nouveau. Cette réintégration du droit de punir pouvant d'ailleurs être initiée par la personne ayant dénoncé les faits au procureur de la République. En effet, depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004⁶⁸⁰, cette personne peut, en vertu de l'article 40-3 C. pr. pén., « former un recours auprès du procureur général contre la décision de classement sans suite » qui aura du être préalablement motivée par le procureur de la République « en indiquant les raisons juridiques ou d'opportunité qui la justifient »⁶⁸¹. Et s'il juge le recours fondé, le « procureur général peut, dans les conditions prévues à l'article 36, enjoindre au procureur de la République d'engager des poursuites » (C. pr. pén., art. 40-3). On le voit, la technique du classement sans suite se caractérise par une grande fluctuation dans l'éventualité de l'exercice du droit de punir ; fluctuation qui ne saurait se retrouver en cas de constatation de faits justificatifs.

b. Les faits justificatifs

258. Choix des comportements justifiés et constance de la protection pénale des valeurs sociales. – Selon le Pr. A. VITU, on « entend par faits justificatifs des situations objectives, indépendantes de la psychologie du délinquant, qui neutralisent la réaction punitive contre l'infraction pénale »⁶⁸². Face à la justification d'une infraction, nous sommes en droit de revendiquer les raisons permettant au législateur de légitimer de tels actes et ainsi d'établir un "droit de ne pas punir". Si un trouble est perceptible au sein de la société, pourquoi donc admettre légalement la justification du comportement l'ayant fait naître et implicitement la persistance de ce désordre ? La réponse doit être vraisemblablement recherchée dans l'ampleur du trouble constaté. Dans toutes les situations où la question des faits justificatifs est posée, deux valeurs sociales sont opposées. Un choix devra alors être effectué. La valeur sociale qui sera la plus intensément atteinte, c'est-à-dire celle dont le trouble aura le plus de rejaillissement sur l'équilibre social, devra être reconnue comme étant, dans cette hypothèse précise, supérieure à la valeur qui lui est opposée⁶⁸³. En aucune façon, celle qui n'est pas

⁶⁸⁰ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (dite loi "Perben II"), JO du 10 mars 2004, p. 4567.

⁶⁸¹ C. pr. pén., art. 40-2, al. 2. Jusqu'au 31 décembre 2007, la notification motivée du classement sans suite pour toutes les infractions (et non plus seulement pour les seules infractions sexuelles sur mineurs selon l'ancien art. 40, al. 1^{er} C. pr. pén.) s'effectue simplement si l'auteur est identifié (par coordination, V. également C. pr. pén., art. 15-3, al. 3). A partir du 31 décembre 2007, la décision de classement sans suite doit être motivée même si l'auteur des faits n'est pas identifié.

⁶⁸² VITU (A.), « De l'illicéité en droit criminel français », *op. cit.* (c'est nous qui soulignons).

⁶⁸³ V. MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 390 : « Il en est de la légitime défense comme des autres faits justificatifs, à savoir qu'elle est destinée à trancher entre deux valeurs en concours, afin de promouvoir

reconnue par cette situation ne se voit pour autant exclue de toute protection pénale. Une telle protection perdure bien évidemment et ce n'est que le comportement qui lui a porté atteinte qui n'est plus considéré comme étant infractionnel. Le raisonnement à suivre doit tenir non sur les valeurs sociales elles-mêmes – puisque toutes sont protégées et ce de manière constante – mais sur les attitudes pouvant être considérées comme les violations de ces valeurs⁶⁸⁴.

La logique n'est donc pas de ne plus protéger la valeur sociale que certains croient "sacrifiée", mais de ne plus réprimer une violation précise de cette valeur. Admettre, dans des situations données, l'absence de protection pénale de certaines valeurs sociales engendrerait selon nous une négation de la transcendance de celles-ci. Or, leur préservation doit être immuable sous peine d'introduire de la fluctuation dans les éléments les plus fondateurs de la société. Reconnaître au contraire que telle attitude ne doit plus être placée sous le sceau de l'illicéité, en restreignant l'analyse à ce seul comportement, permet de ne pas remettre en cause la protection pénale des valeurs sociales. Comme nous l'avons vu, certaines violations de valeurs sociales doivent être incriminées et en aucune façon un choix de valeurs ne saurait intervenir. De la même façon ici, nous ne devons pas affirmer quelle valeur ne se trouve plus protégée, mais quelle attitude ne se trouve plus incriminée. Le problème quant à savoir selon quel processus et pour quelles raisons l'attitude en question peut être légitimée par la théorie des faits justificatifs reste toutefois entier. Pour répondre à une telle interrogation, et devant la faiblesse explicative du principe de légalité, ne devient-il pas indispensable de s'appuyer sur un concept trop longtemps décrié ?

259. Insuffisance du préalable légal de l'infraction. – Le principe de légalité est d'une importance telle en droit pénal que la théorie des causes objectives d'irresponsabilité pénale ne semble pouvoir être explicitée extérieurement à lui. On avance traditionnellement que les faits justificatifs mettent en retrait le préalable légal à toute infraction⁶⁸⁵. La logique d'un tel raisonnement, aussi irrécusable qu'elle soit, n'en demeure pas moins lapidaire. Si la loi reste

celle qui se situe à un niveau supérieur par rapport à l'autre (...) ».

⁶⁸⁴ V. *supra*, n^{os} *et ss.* et n^{os} *et ss.* Contra V. ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, op. cit., p. 249 : l'intérêt lésé « n'est plus protégé par la loi pénale parce qu'il est sacrifié à un intérêt supérieur » ; MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, op. cit., n^o 390 : les faits justificatifs poursuivent « un objectif bien ciblé d'ordre et de cohérence, par une juste sélection des valeurs sociales à protéger lorsque des conflits les mettent en opposition (...) [La] situation ne peut être autrement réglée que par le sacrifice de l'intérêt considéré comme moindre. » ; CAZE-GAILLARDE (N.), *thèse précit.*, n^o 286 : « l'incrimination (...) implique la justification de comportements qui, parce qu'ils ne troublent pas l'ordre social, portent atteinte à des valeurs sociales qui ne sont plus protégées par l'ordre pénal ».

une donnée essentielle pour l'infraction en cela même qu'elle constitue le préalable nécessaire à toute existence infractionnelle, il convient de ne pas exagérer son autorité. Une telle relativité dans la valeur de la légalité doit effectivement intervenir dès lors que nous voulons expliquer la raison d'être de la théorie générale des faits justificatifs. Énoncer que l'incrimination légale disparaît du fait de l'existence d'une telle cause d'irresponsabilité pénale se présente à nous comme une lapalissade. Nous ne percevons nullement par cette énoncé les *raisons* de cette disparition. Or, notre objectif ici est de savoir *pourquoi* l'individu peut, suivant certaines circonstances, être éloigné de toute perspective punitive. En aucune façon, il n'est question simplement de nous demander *comment* cette absence de droit de punir s'instaure. La réponse à cette seconde interrogation, et tenant au préalable légal, reste claire. Il en va tout autrement de celle relative à la première question. Pour pouvoir obtenir une réponse ou pour tenter d'en présumer certaines, il est indispensable de recourir à ce que René GARRAUD estimait être le quatrième élément constitutif de l'infraction, à savoir l'élément injuste⁶⁸⁶.

260. Élément injuste de l'infraction. – L'individu commettant un acte postérieurement justifié, accomplit sur l'instant une infraction. Il se place donc à ce moment même – mais à ce moment seulement – en dehors de la loi criminelle. Il réalise *a priori* les éléments constitutifs d'une infraction : l'élément matériel, l'élément moral mais également – et paradoxalement – l'élément légal d'incrimination. Nul ne saurait en effet réfuter le fait selon lequel l'acte *tel qu'incriminé et défini par la loi* est parfaitement réalisé. Le problème étant que, malgré cette réalisation, nulle infraction n'existe en vérité. Cela provient d'une donnée supplémentaire incluse dans la norme pénale, à savoir la loi de justification indépendante de la loi d'incrimination. C'est précisément cette indépendance et cette dualité d'éléments légaux qu'énonce ainsi le Pr. J. PRADEL : « *la loi d'incrimination est paralysée, mise en échec par une autre loi qui autorise l'agent à accomplir ce que la loi d'incrimination prohibe* »⁶⁸⁷.

⁶⁸⁵ La bibliographie est naturellement riche sur ce point. Citons toutefois STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 377 ; CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 241 ; PRADEL (J.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 307.

⁶⁸⁶ GARRAUD (R.), *Précis de droit criminel*, Paris, Sirey, 9^{ème} éd., 1907, pp. 212 à 228 et *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. I, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 2^{ème} éd., 1898, p. 217.

⁶⁸⁷ PRADEL (J.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 307. L'élément juste a donc une nature légale qui ne saurait toutefois être assimilée à l'élément légal classiquement entendu et se rapportant à la loi d'incrimination. En ce sens, V. DECOCQ (A.), *Droit pénal général*, op. cit., p. 150 : l'élément injuste « *aurait ainsi une existence propre et ne se diluerait pas dans la qualification légale (ou élément légal de l'infraction)* ». Notons pour être précis que si cet auteur présente parfaitement cet élément injuste il n'en reste pas moins très critique quant à son

Cet "élément légal bis" – retranscrit aux articles 122-4 à 122-7 du Code pénal – n'est autre que l'élément juste. *A contrario*, en l'absence de faits justificatifs, nous nous retrouvons face à un élément injuste et donc face à une infraction. La présence de cet élément justifie par conséquent le droit de punir, son absence celui de ne pas punir. La disparition de l'élément injuste donne ainsi la possibilité à l'agent de réaliser l'acte, tant matériellement que moralement, sans qu'aucune conséquence liée à la loi d'incrimination n'en découle : son action est alors pleinement légale et juste⁶⁸⁸. L'élément injuste se place donc au-dessus des autres composantes de l'infraction ; si celui-ci vient à disparaître c'est l'ensemble de l'édifice infractionnel qui se trouve atteint.

261. Rationalité pénale de la justification. – Nous voyons donc ici plus clairement que les raisons menant au retrait de l'incrimination et du droit de punir proviennent d'éléments supérieurs : la justice et l'utilité sociale de l'acte. Ainsi, « *la responsabilité n'est pas, parce qu'elle ne recoupe plus l'objectif premier du droit pénal, qui est de sanctionner ce qui va à l'encontre des intérêts supérieurs de la société* »⁶⁸⁹. La personne, commettant *a priori* une infraction, se voit *a posteriori* justifiée dans son action puisque cette dernière ne saurait être contraire à l'intérêt de la société⁶⁹⁰. L'élément juste, inscrit dans la loi, se présente donc comme l'indulgence de la société envers certaines personnes et surtout certains actes qui ne lui causent aucun tort. Cette indulgence peut même être assimilée à une véritable exigence sociale. Les faits justificatifs se rattachent en effet soit à un ordre que la société inscrit dans une loi, soit en une riposte à une agression injuste, soit à une nécessité sociale. Quelles que soient les raisons invoquées, il convient de considérer ces faits justificatifs comme des impératifs sociaux sous peine de discréditer les valeurs sociales alors menacées. Dès lors que l'action en cause rassemble un de ces impératifs, il acquiert l'élément juste et se trouve légitimé. Les faits justificatifs expriment donc pleinement la rationalité pénale en déterminant la justice ou l'injustice d'une action ; c'est pourquoi ils sont à la base de la détermination ou

existence. Pour une acceptation de l'élément injuste, V. RASSAT (M.-L.), *Droit pénal général*, Paris, éd. Ellipses, 2004, spéc. n° 230, pp. 267-268 : « *A côté des deux éléments positifs de l'infraction que sont l'élément matériel et l'élément moral existe donc un élément négatif tenant à l'absence de cause de justification et qu'on peut appeler, pour cette raison, l'élément injuste* ».

⁶⁸⁸ GARRAUD (R.), *Précis de droit criminel*, 1907, *op. cit.*, p. 214 : « *celui qui fait ce qu'il a le droit de faire, ne commet pas une infraction, même lorsqu'il cause sciemment un préjudice à autrui* ». V. également JIMENEZ DE ASUA (L.), « L'antijuridicité », *Rev. int. dr. pén.* 1951, pp. 278-279.

⁶⁸⁹ MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 372.

⁶⁹⁰ *Ibid.* : « *L'absence de responsabilité pénale tient à l'utilité de l'infraction commise, de sorte que la société ne saurait trouver à redire à son existence, avec pour effet d'en accepter la réalisation* ». V. également DESPORTES (F.) et LE GUNEHÉC (F.), *op. cit.*, n° 693.

non de l'infraction, acceptant ou refusant le rassemblement des éléments propres à l'incrimination. Ainsi, « toute loi d'incrimination cesse de s'appliquer lorsque sa raison-d'être n'a plus d'objet (ubi cessat ratio legis, cessat lex) : c'est ce qui a lieu lorsque l'acte apparemment délictueux est socialement utile, ou du moins socialement indifférent »⁶⁹¹, c'est-à-dire quand sa nature "juste" est établie.

L'élément juste est donc mis en évidence par le juge qui décidera de ne pas punir l'acte en question. Face à cette reconnaissance judiciaire de la justice et de l'utilité sociale de certaines actions et, corrélativement, face au caractère alors inéluctable du "droit de ne pas punir", est-il possible de croire en une identique reconnaissance hors du domaine judiciaire ?

2°/ Reconnaissance extra-judiciaire de l'utilité de ne pas punir : le pardon souverain

262. Dualité du pouvoir souverain. – Le caractère extra-judiciaire du "droit de ne pas punir" renvoie à une conception politique de ce droit. Déjà René GARRAUD présentait, face aux causes naturelles, les « causes politiques d'extinction de l'action publique »⁶⁹². Si cet auteur restreignait son analyse aux décisions politiques atteignant l'action publique, nous devons plus largement ici examiner les décisions touchant au droit de punir lui-même. Quelque soit le *modus operandi*, nous sommes confrontés ici à une absence de punition due à l'immixtion dans la sphère pénale du pardon, pure manifestation de souveraineté. La solidarité entre les termes de souveraineté et de droit de punir que nous avons déjà avancée se retrouve ici s'agissant du droit de ne pas punir. Celui qui détient un pouvoir spécifique de punition possède également le pouvoir de l'annihiler : « c'est l'éternel tandem répression et clémence (...) punir et pardonner »⁶⁹³. L'Etat souverain possède ainsi cette dualité de pouvoir⁶⁹⁴. Le droit de ne pas punir se retrouve alors sous les traits du législateur et du chef de l'Etat qui, à travers l'amnistie (a) et la grâce (b), rendent parfaitement compte de ce pardon souverain. La notion de souveraineté pénale s'éclaircit encore pleinement avec l'aide de concept.

a. L'amnistie

⁶⁹¹ VITU (A.), « De l'illicéité en droit criminel français », *op. cit.* (c'est nous qui soulignons).

⁶⁹² GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. I, *op. cit.*, p. 455.

⁶⁹³ RENAUT (M.-H.), « Le droit de grâce doit-il disparaître ? », *Rev. sc. crim.* 1996, pp. 575 et 579 (V. également p. 580) ; V. aussi CARBASSE (J.-M.), *op. cit.*, n^{os} 4 et 34.

⁶⁹⁴ Parallèlement, dans le domaine de la religion, l'autorité détenant un droit de punition possède également le pouvoir de miséricorde.

263. Droit de ne plus punir. – L’amnistie doit être davantage définie comme une manifestation du "droit de ne *plus* punir" que comme l’expression du "droit de ne *pas* punir". Cette précision terminologique n’est pas sans avoir son importance quant à une compréhension exacte de l’importance de ce concept envers l’absence de toute punition. En effet, l’amnistie ne s’appuie pas sur un mécanisme tendant à empêcher toute naissance du processus punitif mais repose bien davantage sur une véritable logique d’arrêt d’un processus déjà enclenché. Ces interruptions du droit de punir n’intervenant qu’après le déclenchement – plus ou moins avancé – de la procédure conduisant à une punition potentielle ou en cours d’exécution de peine. Ainsi, soit l’amnistie interdit tout droit de punir futur, soit elle cesse tout droit de punir existant.

264. Amnistie et extinction de l’action publique. – En vertu de l’alinéa 1^{er} de l’article 6 du Code de procédure pénale, l’amnistie est présentée comme une cause d’extinction de l’action publique. Le législateur entend ôter à une infraction ou à un groupe d’infractions, leur caractère répréhensible et ainsi les faire pénétrer dans la légalité. De ce fait, si plus aucune infraction n’existe dans un domaine précis grâce à la seule volonté législative, il devient naturel de détruire toute possibilité d’accéder à une punition ; l’action publique, élément d’accès à cette punition⁶⁹⁵, se trouve donc éteinte. Il convient cependant d’admettre que le droit de punir était possible et souhaité. Possible car l’action publique a pu être mise en marche avant même l’entrée en vigueur de la loi d’amnistie ; souhaité car le déclenchement de l’action publique à travers laquelle transparaissait le droit de punir a pu être relayé par l’exercice d’une action civile. Cette dernière, non principalement – et théoriquement – portée vers la punition, manifeste toutefois l’attachement des victimes vers un exercice effectif du droit de punir⁶⁹⁶. L’amnistie est donc indifférente aux attentes des victimes ; cette indifférence apparaissant avec d’autant plus d’intensité lorsque cette mesure a pour effet de mettre un terme à l’exécution même de la sanction pénale.

265. Amnistie et cessation de l’exécution de la peine. – L’absence d’intérêt envers les victimes s’inscrit ici avec une plus grande force. Dans une telle situation, le droit de punir, apparu originellement vraisemblable, ne conduit finalement et paradoxalement à aucune réelle punition. Certes, une exécution partielle de la condamnation et de la peine a pu intervenir. Mais une cessation de cette dernière est intervenue alors même qu’il n’y eut aucune prise en

⁶⁹⁵ V. *supra*, n^o .

⁶⁹⁶ V. *infra*, n^{os} *et ss.* et spéc. n^{os} *et ss.*

considération des efforts effectués par le délinquant, quant à son amendement par exemple. L'amnistie a donc ceci de pervers qu'elle semble être perçue comme un aménagement de la peine, « *un mode de gestion du contentieux de droit commun* »⁶⁹⁷, alors même qu'elle ne possède aucune des qualités requises par ce genre de mesures, dont la principale raison d'être est le mérite dû aux efforts du délinquant⁶⁹⁸. Au contraire, ici, le délinquant reste totalement passif par rapport à l'arrêt de l'exécution de sa peine. Même en cas d'amnistie personnelle, aucun véritable retour de la part du délinquant sur son acte n'est effectué. L'amnistie – donc l'impunité – trouve son origine simplement dans l'état pénal de la personne, et non dans son attitude de remord, de réflexion ou de réinsertion. D'une institution de politique criminelle et sociale, l'amnistie devient ainsi une pure technique pénitentiaire. Devant la vision péjorative que nous nous forgeons de l'amnistie, pouvons-nous tout de même déterminer le mécanisme rationnel qui la sous-tend ?

266. Rationalité de l'amnistie : oubli ou pardon ? – Quelle logique préside à la non-intervention du droit de punir en cas d'amnistie ? De manière classique, l'amnistie est présentée « *comme un geste d'oubli ou de pardon* »⁶⁹⁹. Présentation à choix multiples qui n'est pas sans faire naître de larges critiques. Bien que reprise assez fréquemment par la doctrine⁷⁰⁰, cette alternative entre *oubli* et *pardon* ne satisfait guère par son manque de rigueur. Bien qu'étymologiquement l'amnistie se rapproche de l'oubli⁷⁰¹, cette technique n'en reste pas moins le fruit d'une volonté étatique, incompatible *a priori* avec une attitude passive telle que le supposerait le concept d'oubli. Pour dissimuler cette anomalie, l'on évoque alors

⁶⁹⁷ LORHO (G.), « Pour en finir avec l'amnistie », *Dr. pén.* 1994, chron. 44, p. 2. V. également GONNARD (J.-M.), *J-Class. pén.*, v° « Amnistie », n° 5. Le reproche que l'on fait ici à l'amnistie est de devenir une réponse de principe à la surpopulation carcérale alors que son objectif originel est l'apaisement social.

⁶⁹⁸ Ce n'est toutefois pas le cas lorsque l'amnistie est appliquée à des condamnations avec sursis et mise à l'épreuve et exigeant de ce fait que le délai d'épreuve ait été partiellement ou totalement exécuté et que le sursis n'ait pas fait l'objet d'une mesure, même partielle de révocation ; l'attitude du délinquant étant, dans ces cas, directement prise en compte. Sur ce point, V. VITU (A.), « Amnistie et sursis avec mise à l'épreuve », *Rev. sc. crim.* 1991, pp. 558 et ss.

⁶⁹⁹ GONNARD (J.-M.), *op. cit.*, n° 1 (c'est nous qui soulignons). Également, V. par exemple, GARRAUD (R.), *Précis de droit criminel*, 1907, *op. cit.*, n° 256, pp. 356-357 ; *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. I, *op. cit.*, n° 216, p. 462 ; CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 290.

⁷⁰⁰ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, v° « Amnistie » ; MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. II, *Procédure pénale*, Paris, Cujas, 5^{ème} éd., 2001, n° 942 ; PUECH (M.), *op. cit.*, n° 1542, p. 533 ; STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *op. cit.*, n° 798 ; PRADEL (J.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, nos 352 et 360 ; CARBASSE (J.-M.), *op. cit.*, n° 4.

⁷⁰¹ "Amnistie" vient du grec *amnēstia* qui signifie "oublié".

un "oubli volontaire" imposé par l'Etat ; MM. MERLE et VITU estiment en effet que « le pouvoir décide de faire sombrer dans l'oubli certains faits délictueux »⁷⁰².

A l'inverse d'une telle présentation, certains auteurs préfèrent présenter prioritairement l'amnistie sous l'angle du pardon⁷⁰³. Cette notion permet en effet de rendre compte plus justement du caractère volontaire de l'amnistie et semble donc préférable dans la mesure où cette technique est loin d'être un simple mécanisme d'oubli. Certes, l'amnistie regroupe les caractères d'un oubli pénal⁷⁰⁴ mais elle rassemble également et surtout des qualités propres au pardon.

267. Rationalité de l'amnistie et manifestation de la volonté souveraine. – Le pardon, dès lors qu'il agit dans le domaine pénal, suppose un pouvoir spécifiquement tourné vers ce but : le droit de ne pas punir. Or, qui peut légitimement mettre à néant le droit de punir sinon le détenteur même de ce droit ? Le caractère souverain de l'amnistie devient alors évident⁷⁰⁵.

Quelle est alors la rationalité de ce pardon souverain ? La réponse résulte de l'existence même de cette souveraineté. N'agissant qu'en vue de l'intérêt général, le pouvoir souverain décide, par le vote d'une loi spéciale, d'abolir pour des domaines particuliers le droit de punir : « à certains moments, le pouvoir fait plus pour la paix et la justice en pardonnant qu'en exigeant la continuation d'une répression minutieuse et tatillonne »⁷⁰⁶. Les circonstances politiques ou sociales, la gravité minime de certaines infractions, la dépenalisation future de certains comportements ou encore la qualité de certains agents sont autant de possibilités de refuser la persistance du droit de punir. Dans de telles situations, l'importance très réduite de l'atteinte portée à l'ordre public ne justifie pas que soit exercé le droit de punir. L'exercice de celui-ci

⁷⁰² MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. II, *op. cit.*, n° 942 (c'est nous qui soulignons). M. PUECH, quant à lui, exprime très clairement le fait que l'amnistie est « l'oubli dans lequel la société veut qu'on laisse un fait » (*op. cit.*, n° 1542, p. 533 ; c'est nous qui soulignons). V. également CARBASSE (J.-M.), *op. cit.*, n° 4 : « le législateur, en décidant de faire tomber la faute dans l'oubli, efface ipso facto la peine qui en était la conséquence » (c'est nous qui soulignons).

⁷⁰³ ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 178 ; BOULOC (B.), « Quelques propos sur l'amnistie », *D.* 2002, p. 1847 (cet auteur parle de « pardon législatif »). Egalement, Dictionnaire LITTRÉ, v° « Amnistie ». MM. MERLE et VITU, parallèlement à l'oubli volontaire, traitent également de l'amnistie entendue comme une forme de pardon.

⁷⁰⁴ V. notamment C. pén., art. 133-9 (effacement de la condamnation, remise des peines, rétablissement du bénéfice du sursis) ; C. pén., art. 133-11 (interdiction du rappel de condamnations ou sanctions) ; C. pr. pén., art. 769, al. 2 (retrait du casier judiciaire) ; C. pr. pén., art. 773-1 (retrait du sommier de police technique).

⁷⁰⁵ Selon GARRAUD, l'« amnistie est un acte de souveraineté (...) » (*Précis de droit criminel*, 1907, *op. cit.*, n° 256). V. également la définition de l'amnistie donnée par le dictionnaire LITTRÉ : « Pardon collectif accordé par le souverain » (*ibid.*).

⁷⁰⁶ MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. II, *op. cit.*, n° 942, p. 1108.

serait plus nuisible que son absence. L'intérêt général impose le pardon puisque « *l'une des causes fondamentales du droit de punir [vient] à manquer, [et] ce droit même cesse [alors] d'exister* »⁷⁰⁷.

268. Limites de l'amnistie. – Devant cette mission de paix publique dévolue à l'amnistie, nous sommes en droit de nous demander si sa rationalité perdure malgré ses nombreuses déficiences. D'une part, le pardon peut ne pas être relayé par les juges. En cas d'amnistie sur le taux de la peine par exemple, les juges pourront, en connaissance de la loi d'amnistie, prononcer des peines légèrement supérieures à celles prévues dans le texte et ainsi mettre en échec la raison d'être de la loi⁷⁰⁸. Le droit de punir s'exerçant alors dans des situations où son contraire aurait dû primer. D'autre part et à l'inverse, l'amnistie se présente comme venant « *trop souvent perturber les mécanismes de la répression* »⁷⁰⁹ et ainsi se mettre en total décalage avec les nécessités de l'ordre public désirant une plus utile persistance du droit de punir. L'inopportunité de l'amnistie se manifeste plus clairement lorsqu'elle s'applique contre des mesures de rééducation ou de probation, envisageables seulement dans le cadre d'un mécanisme répressif⁷¹⁰. Dans cette situation, l'amnistie perd pied alors avec la rationalité pénale existante et l'exercice de la souveraineté faiblit par ce manque de logique où le pardon se substitue inconsidérément au droit de punir. Cette souveraineté pénale se rétablit toutefois et se manifeste avec d'autant plus d'acuité par le recours à la technique de la grâce.

b. La grâce

269. L'interdépendance entre le "droit de ne pas punir" et la souveraineté s'exprime très clairement dans l'étude du droit de grâce. Celui-ci est en effet « *un droit d'essence constitutionnelle dont l'exercice se rattache à la souveraineté nationale* »⁷¹¹. Attribuée de manière exclusive à l'institution supérieure de l'Etat⁷¹², cette clémence possède une autorité toute particulière. Elle désigne véritablement ce que nous avons dénommé *souveraineté pénale*. Sur ce point, le Pr. CARBASSE précise que « *le monopole de la grâce, lié à celui de la*

⁷⁰⁷ GARRAUD (R.), *Précis de droit criminel*, 1907, *op. cit.*, n° 256, p. 357. V. également MAYAUD (Y.), « *Ratio legis et incrimination* », *op. cit.*, note n° 62.

⁷⁰⁸ En ce sens, V. MICHAUD (J.), « Justice et amnistie », *JCP* 1969.I.2274, spéc. n°s 2 et 3 (*in fine*) ; LORHO (G.), « Pour en finir avec l'amnistie », *op. cit.* ; BOULOC (B.), « Quelques propos sur l'amnistie », *op. cit.*, p. 1848.

⁷⁰⁹ PRADEL (J.), « Les limites de l'amnistie en droit pénal », *D.* 1967, chron. p. 234.

⁷¹⁰ Sur ce point, V. VITU (A.), « Amnistie et sursis avec mise à l'épreuve », *op. cit.*

⁷¹¹ RENAUT (M.-H.), *op. cit.*, p. 576 ; ETIENNE (C.), *J.Class. pén.*, v° « Grâce », n° 2.

⁷¹² Selon le lapidaire article 17 de la Constitution du 4 octobre 1958, « *le Président de la République a le droit de faire grâce* ».

*sanction répressive, caractérise un droit pénal entièrement "publicisé" »*⁷¹³. Le pardon qui résulte d'un tel processus a donc pour but de rétablir une paix en acceptant d'affaiblir – et non d'anéantir – une œuvre de justice par la disparition ou la réduction de l'exécution de la peine. De ce fait, la grâce peut se présenter comme un droit, sinon limité, du moins délimité malgré sa nature constitutionnelle (1). Il conviendra toutefois de percevoir très nettement la portée sociale d'une telle faculté souveraine. Malgré la rupture qu'elle exprime avec le principe de la séparation des pouvoirs, la grâce reste un outil étatique indispensable au maintien de la rationalité pénale (2).

1) La grâce et ses frontières

270. Grâce et droit de punir stricto sensu. – Pour que la grâce puisse s'exercer, il est indispensable qu'une condamnation définitive soit intervenue et qu'une peine soit en cours d'exécution. Cette technique de clémence s'intéresse donc exclusivement à l'exercice du droit de punir en le mettant en échec. L'article 133-7 du Code pénal précise avec une grande clarté ce point en énonçant que « *la grâce emporte seulement dispense d'exécuter la peine* »⁷¹⁴. Cette expression, à portée restrictive, démontre clairement que la grâce constitue uniquement une composante du droit de ne *plus* punir⁷¹⁵. Son seul objectif est d'annihiler toute manifestation, toute matérialisation punitive. En revanche, tout ce qui ne ressort pas strictement de la punition – c'est-à-dire de l'exécution effective de la peine – reste actif. L'infraction pénale et, corrélativement, la condamnation judiciaire, perdurent. La grâce « *ne porte donc pas atteinte à l'autorité de la chose jugée* »⁷¹⁶ mais n'affecte que l'autorité matérielle de la punition. L'autorité juridique de la peine, en revanche, survit dans la mesure où la délinquance de la personne reste visible au sein du casier judiciaire et entraîne les conséquences classiques en ce domaine⁷¹⁷. La grâce, plus encore que les formes précédentes (classements sans suite, faits justificatifs et amnistie), a pour objet le seul droit de punir, pris dans son sens le plus restreint. C'est sur cette punition *stricto sensu*, et sur cette punition seulement, que la grâce aura une réelle influence. Cantonnée à ce domaine précis, il est

⁷¹³ CARBASSE (J.-M.), *op. cit.*, n° 4, p. 20.

⁷¹⁴ C'est nous qui soulignons. Dans le même sens, l'article 133-1 du Code pénal énonce que « *la grâce (...) empêch[e] ou arrêt[e] l'exécution de la peine* ».

⁷¹⁵ Notons toutefois que la commutation de peine, catégorie particulière de la grâce, ne correspond pas spécifiquement à la négation du droit de punir. Elle est simplement la réduction, la mise en conformité de la rigueur de la peine avec la paix sociale.

⁷¹⁶ ETIENNE (C.), *op. cit.*, n° 100.

⁷¹⁷ Prise en compte de la condamnation ayant fait l'objet d'une grâce pour la preuve de la récidive ou pour faire obstacle à l'octroi du sursis.

possible d'entrevoir la grâce comme le seul véritable droit de ne plus punir. Les autres catégories précédemment analysées, compte tenu de leur action sur l'opportunité d'un procès ou sur l'existence même de l'infraction, élargissent leur zone d'influence ; elles agissent certes sur le droit de punir mais celui-ci n'est pas leur objet exclusif. Son inexistence n'est que l'incidence logique d'un processus niant l'infraction pénale ou la possibilité de poursuivre l'auteur d'une telle infraction. La grâce, en revanche, tend directement à l'évaporation du droit de punir lui conférant une rationalité toute particulière.

2) La grâce et la rationalité pénale

271. Intérêt social de la grâce. – L'aspect relativement limité du droit de grâce doit-il être présenté comme un inconvénient ? Nul ne saurait conclure de la sorte. La grâce met certes fin au seul droit de punir mais cette limitation ne peut être perçue comme une réduction de l'intérêt de cette mesure. En se concentrant exclusivement sur l'exécution de la peine, la grâce joue un rôle très particulier de complément dans l'arsenal des mesures d'aménagement de la peine⁷¹⁸. Mais avant de considérer cette caractéristique comme l'expression de la rationalité pénale, ne convient-il pas de s'interroger sur l'existence ou non d'une dépréciation de cette institution du fait même de son analogie avec une certaine compassion ? La grâce n'est-elle pas parfois présentée comme la dernière chance offerte à un individu, mêlant ainsi pardon et pitié du souverain ?

272. Rationalité de la grâce : pardon ou pitié ? – Eu égard à l'importance et à la qualité du destinataire du recours en grâce, il est légitime de percevoir en cette technique les traits du désespoir. « *La clémence du prince* [Président de la République], précise un auteur, *est tout ce qui reste au condamné quand toutes les voies de recours sont épuisées* »⁷¹⁹. La grâce est ainsi traditionnellement présentée comme l'ultime recours « *à n'employer qu'en l'absence d'autre disposition légale applicable* »⁷²⁰. La détresse pouvant émaner de la demande de grâce accentue donc le pouvoir du souverain de mettre un terme au droit de punir. Mais le risque en ce domaine reste celui de considérer la grâce non comme un acte de souveraineté pénale mais comme « *une survivance, un peu anachronique, d'une prérogative régalienn*e »⁷²¹ et quasi-

⁷¹⁸ PONCELA (P.), « Les grâces collectives à la recherche d'une identité », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 926 : « *Le droit de faire grâce est à la fois une prérogative régalienn*e chargée d'histoire et une mesure d'exécution des peines résolument pragmatique ». V. également pp. 930 à 933.

⁷¹⁹ RENAUT (M.-H.), *op. cit.*, p. 581.

⁷²⁰ PRÉTOT (X.), « Le pouvoir de faire grâce », *Rev. dr. pub.*, 1983, p. 1555.

⁷²¹ PRADEL (J.) et VARINARD (A.), *Les grands arrêts du droit pénal général*, *op. cit.*, p. 724.

divine. La grâce serait davantage une décision circonstancielle de compassion qu'un pouvoir souverain de clémence.

Cette crainte de voir la grâce comme de la pitié et non comme un pardon, relativement prégnante jusqu'en 1981, doit toutefois être tempérée dans la mesure où le champ d'application de la grâce est important et n'induit en aucune façon et de manière exclusive une situation extrême de désespoir liée à la très grande sévérité de la peine⁷²². Certes la condamnation doit être définitive mais ses traits sont indifférents, de sorte que la grâce est une possibilité commune de recours. Le Pr. J.-H. ROBERT estime ainsi que « *dans la pratique, la grâce est devenue une activité administrative comme les autres et non pas un privilège romantique du prince* »⁷²³. Devant une telle évolution du droit de faire grâce, la question qu'il convient à présent de se poser est de savoir si celle-ci ne lui a pas fait perdre pour autant toute sa rationalité ? Nul ne peut le croire et les raisons militant au maintien de ce droit restent vivaces.

273. Rationalité de la grâce : individualisation du pardon et paix sociale. – Il apparaît indispensable de conserver le droit de faire grâce dans la mesure où « *il permet de tenir compte dans l'application des peines de considérations humanitaires ou politiques* »⁷²⁴. Le droit de grâce peut être perçu comme un mode d'individualisation de la répression. Sur ce point, le chef de l'Etat se trouve concurrencé par l'autorité judiciaire qui, en toute logique, possède des outils spécifiquement tournés en ce sens⁷²⁵. La grâce individuelle constitue toutefois une mesure de clémence théoriquement abordable pour tout délinquant. Elle doit intervenir dans le seul but de mettre un terme à l'exécution de la peine dans une situation où celle-ci ne se justifie plus ; le droit de punir, qui a su trouver initialement un fondement, n'est plus légitime dans sa matérialisation. La peine constitue une mesure sinon incohérente du moins abusive parce que la situation de la personne n'autorise plus une telle mesure. Jean

⁷²² Il est souvent avancé que le caractère humanitaire du droit de grâce doit être largement atténué depuis la loi n° 81-908 du 9 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort (*BLD* 1981, p. 347). Certes ce droit avait une coloration plus dramatique et, corrélativement, plus prestigieuse lorsqu'il permettait de commuer la peine capitale en peine de réclusion criminelle à perpétuité. Pour autant, il ne semble pas opportun aujourd'hui de rabaisser exagérément cette technique par le simple fait de la disparition d'une peine. Serait-ce à dire alors que l'arsenal répressif français actuel ne possède pas de gravité suffisante justifiant l'exercice éventuel de la grâce ?

⁷²³ ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, op. cit., pp. 526-527. Sur la mise en évidence de l'aspect plus administratif que souverain de la grâce, V. également RENAUT (M.-H.), op. cit., p. 599 et s. ; PRÉTOT (X.), op. cit., pp. 1555 et 1563.

⁷²⁴ RENAUT (M.-H.), op. cit., p. 592.

⁷²⁵ Suspension de peine, fractionnement de l'exécution de la peine, semi-liberté, placement à l'extérieur ou sous surveillance électronique, libération conditionnelle, sursis, travail d'intérêt général.

BODIN prévoyait très précisément cette possibilité ; dans son énumération des prérogatives souveraines, il soulignait celle « *d’octroyer grâces et dispenses contre la rigueur des lois* »⁷²⁶. Le souverain doit restaurer une logique juridique, affirmer que la paix sociale sait s’imposer en dehors de l’exécution d’une peine et « *rétablir [ainsi] l’équilibre entre la justice et l’humanité* »⁷²⁷.

Dans la mesure où aucune automaticité n’intervient en ce qui concerne la mesure de grâce, il n’y a aucune difficulté à reconnaître au Chef de l’Etat le droit de faire grâce pour n’importe quel type d’infractions et de sanctions. Cette mesure n’interviendra qu’à la suite de l’appréciation circonstanciée de la situation en question. Ne pas affirmer une telle liberté du politique resterait une marque de désaveu envers son pouvoir souverain. L’exercice de la souveraineté s’effectue conformément à la recherche de la paix sociale. La grâce étant un des instruments de cette recherche.

274. Artificialité de la grâce collective et utilité de la grâce individuelle. – Nous raisonnons ici sur le plan de la grâce individuelle qui, selon nous, conserve une véritable rationalité. La grâce collective, à l’inverse, par le manque d’appréciation de la situation, perd sa cohérence⁷²⁸. Nous restons donc convaincus que la grâce doit demeurer une mesure très largement individualisée, une véritable faveur ne pouvant qu’être propre à un individu. La grâce doit donc être perçue comme « *une application plus souple [du principe d’égalité], fondée sur l’adéquation des mesures répressives à chaque type de situation répréhensible* »⁷²⁹. La raison d’être de la grâce ne doit pas tendre à l’octroi d’une faveur à un ensemble de délinquants, sous peine de la confondre avec l’amnistie réelle. La grâce doit, au contraire, être le résultat d’une considération appuyée d’une situation déterminée prenant par exemple en compte la potentialité de réinsertion de la personne. Cet amendement possible étant par ailleurs favorisé par le maintien dans l’esprit même du délinquant de son infraction et,

⁷²⁶ BODIN (J.), *Les Six Livres de la République*, op. cit., I, X, p. 223 (c’est nous qui soulignons). V. également CONSTANT (B.), *De la liberté chez les modernes* cité in PRÉTOT (X.), op. cit., p. 1550. La grâce serait, selon Benjamin CONSTANT, un moyen de réparer « *les erreurs de la justice humaine, ou ses sévérités trop inflexibles qui sont aussi des erreurs* » (c’est nous qui soulignons) ; PONCELA (P.), « Les grâces collectives à la recherche d’une identité », op. cit., spéc. p. 927.

⁷²⁷ GARRAUD (R.), *Précis de droit criminel*, 1907, op. cit., n° 259. V. également DONNEDIEU DE VABRES (H.), *La justice pénale d’aujourd’hui*, Paris, A. Colin, 3^{ème} éd., 1948, p. 194 : la grâce « *prévient le divorce du droit et de l’équité* » ; DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, t. II, op. cit., p. 315.

⁷²⁸ Sur la particularité des grâces collectives, V. PONCELA (P.), « Les grâces collectives à la recherche d’une identité », op. cit.

⁷²⁹ PRÉTOT (X.), op. cit., p. 1553.

parallèlement, de sa responsabilité pénale. S'intéressant exclusivement au droit de punir, la grâce permet de conférer à la politique criminelle une coloration préventive. Laissant trace de la délinquance de la personne, cette mesure, certes limitée au droit de punir *stricto sensu*, possède une mission relativement large et fort louable.

Si le droit de grâce parvient à conserver ces qualités, il restera l'expression la plus manifeste de l'influence de la souveraineté étatique sur le droit de punir et « *une nécessité qui s'impose à tout gouvernement (...) figur[ant] dans une législation rationnelle comme le complément de la justice sociale* »⁷³⁰. Si la répression exercée n'est en effet plus en conformité avec l'utilité sociale, elle doit logiquement disparaître ; logique que nous retrouvons à l'identique s'agissant de la prescription.

B. – Le commandement implicite de ne pas punir

275. Le "droit de ne pas punir" intervient ici non plus de manière affichée comme nous venons de le voir, mais au contraire sous une forme plus occulte. C'est en effet l'écoulement du temps qui décidera de démettre le droit pénal de son droit de punir. Sur ce point, le Pr. A. VARINARD souligne que « *le temps influence obligatoirement la constitution et la répression d'une infraction* »⁷³¹. La prescription constituera ainsi ce passage du temps propre à détruire toute possibilité d'intervention du droit de punir. En effet, que la prescription touche aux effets de l'infraction ou à ceux de la condamnation, elle remet en cause dans ces deux situations le droit de punir afin de réinstaurer au sein de la réaction pénale une vraie rationalité ; la prescription s'associant ainsi nécessairement avec le droit de ne pas punir (1°). Toutefois, cette rationalité pénale reposant sur une approche temporelle de la politique criminelle et tendant à exclure dans certaines circonstances précises toute réponse punitive, se trouve parfois totalement rejetée. Une nouvelle logique prend alors le pas laissant perdurer plus facilement le droit de punir (2°).

1°/ Le "droit de ne pas punir" fondée sur la prescription

⁷³⁰ GARRAUD (R.), *Précis de droit criminel*, 1907, *op. cit.*, n° 259 (c'est nous qui soulignons).

⁷³¹ VARINARD (A.), *La prescription de l'action publique. Sa nature juridique : droit matériel, droit formel*, thèse, Lyon-II, 1973, n° 2, pp. 3-4.

276. La seule définition de la prescription est incapable d'établir la rationalité de cette technique. C'est pourquoi, après avoir défini la prescription (a), nous devons appréhender, outre sa manifestation, son véritable fondement (b).

a. Définition de la prescription

277. **Le rôle du temps.** – Le concept de temps joue un rôle fondamental à chaque étape du procès pénal *lato sensu*⁷³². Comme il peut jouer un rôle actif dans le domaine de l'instruction ou de la détention provisoire à travers les notions de délai raisonnable et de célérité, il peut également effacer toute incidence pénale⁷³³, comme en matière de prescription⁷³⁴. Mais le temps n'est pas à lui seul un élément destructeur du droit pénal. Il ne l'est qu'en fonction « *de l'usage que l'homme en fait* »⁷³⁵, et ce n'est que « *si à sa durée s'associe une inactivité* »⁷³⁶ que l'on parlera alors de destruction et donc de prescription.

278. **Approche négative de la prescription.** – Dans son *Précis de droit criminel*, René GARRAUD présentait la prescription non par rapport à ce qu'elle est ou ce qu'elle crée mais par rapport à ce qu'elle n'est pas et ne crée pas : « *Les droits que la prescription pénale est destinée à éteindre, sont ou bien les droits d'action qui prennent naissance dans l'infraction, ou bien les droits d'exécution qui prennent naissance dans la condamnation* »⁷³⁷. Cet exposé est fort judicieux dans la mesure où la prescription n'est que la constatation d'une omission, d'un oubli ou d'une inertie de la part des autorités judiciaires pendant un laps de temps

⁷³² Sur ce point, V. LUCAZEAU (G.), *Le temps en droit pénal. Recherche comparative sur l'influence du temps en droit pénal étatique et dans le système coutumier de Nouvelle-Calédonie*, *Rev. sc. crim.* 1990, p. 521.

⁷³³ ORTOLAN présentait le temps de la manière suivante : « *le temps, ce grand changeur, ne transforme-t-il pas, ne détruit-il pas toute chose ?* » (*Éléments de droit pénal*, t. II, Paris, 4^{ème} éd., 1875, p. 331 ; c'est nous qui soulignons).

⁷³⁴ Outre la prescription, le temps peut également avoir une incidence quant à l'existence même d'une infraction. Le délit de filouterie de logement de l'article 313-5, 2^o du Code pénal n'est plus répréhensible si l'occupation a excédé dix jours, c'est-à-dire si l'exigence de la part du logeur du paiement effectif du logement est intervenu après dix jours d'occupation. Sur ce point, *Crim.* 25 mars 1965, *Bull. crim.* n° 90 ; *JCP* 1965.II.14235, note Combaldieu ; *D.* 1965, p. 452 – *Crim.* 13 janv. 1966, *D.* 1966, p. 400. Sans être une cause d'extinction de l'infraction, le temps peut également être une cause légale de diminution de la peine ; en est-il ainsi en matière de détention ou de séquestration arbitraire pour laquelle son auteur encourt une peine moindre si la libération de la personne intervient avant le septième jour de détention ou de séquestration (C. pén., art. 224-1, 224-3 et 224-4).

⁷³⁵ MALAURIE (P.) et MORVAN (P.), *Introduction générale*, op. cit., n° 10.

⁷³⁶ *Ibid.*

⁷³⁷ GARRAUD (R.), *Précis de droit criminel*, 1907, op. cit., n° 398. Plus prosaïquement, dans son *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, il énonce que « *la prescription pénale est un moyen de se libérer des conséquences d'une infraction ou d'une condamnation pénale, par l'effet du temps* » (t. I, op. cit., n° 217, p. 463 et s.).

légalement déterminé. Ainsi entendu comme le constat d'actes purement négatifs, la prescription n'a donc que des conséquences extinctives envers toute éventualité d'action pénale. Elle met ainsi un terme à toute possibilité de poursuite ou à toute exécution de condamnations pénales. Définir la prescription serait donc mettre en relief le fait que l'écoulement du temps, complété d'une inaction des autorités judiciaires, supprime toute possibilité d'accéder à une répression pénale puisque toute raison d'être du droit de punir a disparu. L'analyse de cette disparition permet ainsi d'entrevoir la rationalité pénale de la prescription et d'établir ses fondements.

b. Fondement et manifestation de la prescription

279. Quel que soit le type de prescription (prescription de l'action publique ou de la peine), ce mécanisme, manifesté par une absence totale du droit de punir (1) se fonde sur l'inutilité même de ce droit (2).

1) Manifestation de la prescription : atteinte au droit de punir

280. *Négligence dans le traitement pénal de l'infraction.* – Le droit de ne pas punir qui s'induit de la prescription provient d'une véritable inertie de la part des institutions étatiques. La non-commission d'actes tendant à la reconnaissance juridique de la criminalité de l'agent ou d'actes strictement punitifs et sanctionnateurs prouvent « *la négligence prolongée (...) de l'autorité publique* »⁷³⁸ face au traitement pénal de l'affaire considérée. L'Etat n'a pas su instaurer, dans un temps imparti, les moyens nécessaires pour punir la personne ou pour mettre en marche le processus pénal. La « *société per[d] son droit de punir parce qu'elle ne l'[a] pas exercé en temps utile* »⁷³⁹.

281. *Prescription de la peine et atteinte directe au droit de punir.* – S'agissant de la prescription de la peine, la référence au droit de punir est assez évidente. La peine, devant être subie par une personne à la suite d'un jugement définitif, n'a pas été exécutée. Devant cet état

⁷³⁸ ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, op. cit., pp. 538 et 540. *Contra*, V. la proposition de loi déposée par le sénateur FOURNIER "tendant à instaurer une prescription trentenaire pour l'action publique en matière de crime" : « *l'idée de négligence de la société fondant la prescription cède, quant à elle, devant les nouvelles formes de criminalité qui laissent apparaître des mécanismes de perversion et parfois d'organisation mafieuse que l'époque ancienne ne connaissait pas* » (SÉNAT, n° 157, 2000-2001, spéc. p. 4).

⁷³⁹ STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 19^{ème} éd., 2004, n° 203. Egalement GAVALDA (C.), « La théorie de la prescription des actions en procédure pénale » in STÉFANI (G.) (sous la dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Paris, Dalloz, 1956, p. 81, note 13.

de fait, la loi reconnaît qu'au bout d'un certain laps de temps la personne en question doit bénéficier de l'inaction de l'Etat à engager les démarches propres à garantir l'exécution de la condamnation pénale et l'exercice du droit de punir. Cette faveur, bien qu'étant non négligeable, ne concerne toutefois que l'exécution de la peine. C'est pourquoi nous estimons être face à une impunité relative : la prescription n'a ici aucune influence sur la condamnation et donc sur l'existence de l'infraction. Seul le droit de punir *stricto sensu* se trouve ici expressément atteint⁷⁴⁰.

282. Prescription de l'action publique et atteinte indirecte au droit de punir. – S'agissant à présent de la prescription de l'action publique, le rapport immédiat avec le droit de punir est moins flagrant. Ce type de prescription n'aurait en effet qu'un lien assez distant avec le droit de punir *stricto sensu*. Selon le Pr. VARINARD en effet, « la prescription de l'action publique (...) aboutit indirectement à entraver l'exercice du droit de punir »⁷⁴¹. L'effet immédiat de cette prescription est d'empêcher tout déclenchement des poursuites. L'action publique s'éteint et aucun jugement ne pourra jamais être prononcé. « C'est donc le droit de prononcer un jugement de condamnation que la prescription frappe en première ligne et le droit de punir n'est atteint que par contrecoup »⁷⁴². Nous retrouvons alors la logique que nous avons mise en lumière s'agissant du classement sans suite ou des faits justificatifs. La disparition du droit de punir n'est que la répercussion de l'absence de procès pénal *lato sensu* ou la conséquence logique de la disparition de toute éventualité de condamnation⁷⁴³. Si le droit de punir n'est donc pas toujours l'objet directement touché par la prescription, il constitue en revanche, à cause de son inutilité, l'explication première de celle-ci.

⁷⁴⁰ L'inscription sur le casier judiciaire demeure, laissant ainsi subsister les conséquences classiques en ce domaine : constitution possible du premier terme d'une récidive, opposition à l'octroi d'un sursis simple. Un rapprochement peut donc ici être effectué avec la grâce (V. *supra*, n°).

⁷⁴¹ VARINARD (A.), *thèse précit.*, n° 5 (c'est nous qui soulignons). V. également n° 248 *in fine*.

⁷⁴² BINDING (K.), *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1885, p. 311 cité in GARRAUD (R.), *Traité de droit pénal français*, t. II, Paris, 3^{ème} éd., 1914, note sous n° 723. V. également LEVASSEUR (G.) et DOUCET (J.-P.), « Note sous Civ. 2^{ème} 29 avril 1970 », *Gaz. Pal.* 1971.I.39 : « ce que fait disparaître la prescription c'est non le pouvoir de punir, mais le droit de poursuivre. Le ministère public, une fois écoulé le délai de prescription, se heurte en effet à une exception de type procédural » ; VARINARD (A.), *thèse précit.*, n° 249, p. 232 : « la prescription, en supprimant l'action publique, donc le droit de poursuivre, entraîne obligatoirement l'impossibilité de punir ».

⁷⁴³ V. *supra*, n°s *et ss.* et n°s *et ss.*. Le Pr. VARINARD induit implicitement cette idée lorsqu'il décide d'analyser « l'impossibilité de sanctionner un fait prescrit » (*thèse précit.*, p. 247) après l'étude de l'extinction de la procédure dirigée contre une personne déterminée. Cela démontre que « l'extinction de l'action publique (...) [est une] incidence directe » (*ibid.*) faisant de l'impossibilité de l'exercice du droit de punir une incidence indirecte de la prescription. L'incidence négative de la prescription de l'action publique serait donc beaucoup plus importante que celle de la prescription de la peine se limitant, quant à elle, au seul exercice du droit de punir et n'atteignant pas l'action publique.

2) *Fondement de la prescription : inutilité du droit de punir*

283. Une répression devenue inutile. – Le droit de punir, associé au concept de temps, permet seul d’apporter une explication rationnelle de la prescription. Selon René GARRAUD, c’est en effet « la cessation de la raison de punir » qui fonde cette technique, « le véritable motif de la prescription pénale [tenant] aux bases mêmes du droit de punir »⁷⁴⁴. Que l’on se place au niveau de la prescription de l’action publique ou au niveau de la prescription de la peine, le principe directeur reste celui de la non-justification du droit de punir. Celui-ci devient illégitime et infondé dès l’instant que sa raison d’être a totalement disparu. Or l’utilité sociale, qui demeure le seul fondement de l’exercice du droit de punir, semble inexistante. La prérogative punitive ne peut donc exister sans son objectif d’intérêt public sous peine de perdre toute rationalité. L’écoulement du temps et la prescription ont ruiné l’intérêt que la société possédait envers la répression de l’infraction et du délinquant, et ont de ce fait annihilé les chances de mettre en œuvre le droit de punir⁷⁴⁵.

Pour connaître au plus juste la rationalité pénale de la prescription, nous ne pouvons toutefois nous contenter d’apporter comme explication la seule absence du droit de punir. Nous nous devons en outre d’explicitier plus profondément cette disparition de l’intérêt à la punition ; une telle dissipation du désir punitif intervenant à la suite soit du retour de la paix sociale, soit d’un retard dans la répression.

284. Retour à un équilibre social. – Il est tout d’abord possible de soulever que le droit de ne pas punir reste, dans certaines situations, la meilleure option pour garantir une paix publique. La prescription jouerait alors un rôle de cohésion ou de structuration sociale voire de dépenalisation⁷⁴⁶ : « dans un intérêt de paix et de tranquillité sociale, mieux vaut oublier l’infraction [ou la peine] qu’en raviver le souvenir »⁷⁴⁷. Si l’ordre public a été déstabilisé, il fut toutefois rétabli par l’effet du temps comme il l’aurait été par une décision de justice. Le passage du temps a détruit tout intérêt social de la punition. Il n’y a donc plus aucune raison

⁷⁴⁴ GARRAUD (R.), *Précis de droit criminel*, 1907, *op. cit.*, n° 398. Pour une expression quasi-similaire, V. ORTOLAN (J.), *op. cit.*, p. 331. V. également VARINARD (A.), *thèse précit.*, n° 33 : « (...) on ne voit pas comment il serait possible de lui [le législateur] interdire de fixer le temps après lequel le droit social de punir n’a plus de raison d’être ! ».

⁷⁴⁵ En ce sens, V. ORTOLAN (J.), *op. cit.*, p. 331 : La prescription « fait disparaître les nécessités ou utilités publiques (...) [et] fait tomber des mains de la société le droit de punir, parce qu’elle fait évanouir l’intérêt social à la punition ».

⁷⁴⁶ V. PIGACHE (C.), « La prescription pénale, instrument de politique criminelle », *Rev. sc. crim.* 1983, pp. 56 et 61.

⁷⁴⁷ STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 203.

sociale de punir puisque le temps a joué le rôle d'apaisement social normalement dévolu à la répression pénale⁷⁴⁸. La prescription devient par là une nécessité voire une obligation, le délinquant lui-même ne pouvant y renoncer. Si le droit de punir venait toutefois à s'exercer, il serait perçu non comme l'expédient d'une paix sociale fuyante mais comme une perfidie pénale sans aucune rationalité. La prescription rend ainsi compte du fait selon lequel « *le système judiciaire ne doit pas intervenir quand son intervention risque d'être plus dangereuse qu'efficace* »⁷⁴⁹. Cette technique de la prescription pénale s'inscrit donc implicitement dans le cadre des mesures d'"humanisation" du droit pénal : « *lorsqu'un délit est resté longtemps plongé dans l'obscurité, l'exemple de l'impunité perd toute importance, et le coupable garde la possibilité de s'amender* »⁷⁵⁰. Mais si cet amendement existe n'est-ce pas simplement parce que le placement de l'infraction dans une sorte d'oubli – par l'effet du délai de prescription – a entraîné la dissipation totale de celle-ci ?⁷⁵¹ Dans l'affirmative, cela revient à démontrer le déclenchement tardif de la répression ; au moment d'intervenir, celle-ci devient impossible du fait même de l'absence d'infraction.

285. Retard dans la répression de l'infraction. – L'Etat doit faire preuve d'une certaine promptitude dans sa réaction face à la délinquance⁷⁵². Si un retard venait à survenir, le droit de punir – manifesté par la peine – n'aurait plus de véritable lien avec le délit et le délinquant. Des évolutions ont pu les atteindre tous les deux : le délit a éventuellement changé dans la perception sociale, son ancienneté pouvant à elle seule justifier une certaine acceptation de la part de la société ; le délinquant a pu également évolué et ne plus être le délinquant d'autant⁷⁵³. Une rupture nette s'installerait alors entre le délit ou le délinquant et la peine, détruisant ainsi toute rationalité du droit de punir. Le risque de ne pas pouvoir relier scrupuleusement ces idées doit pousser la raison à ne pas enclencher le processus répressif.

⁷⁴⁸ En ce sens, V. PIGACHE (C.), *op. cit.*, p. 57. L'auteur précise que « *la réprobation a existé, mais [qu']elle s'est apaisée d'elle-même* » (*ibid.*).

⁷⁴⁹ PIGACHE (C.), *op. cit.*, p. 58. V. également GAUTIER (P.-Y.), « De la prescription des infractions commises sur l'internet... et dans le monde physique », *D.* 2002, pp. 1852 et ss. spéc. p. 1854, n° 11 : la prescription est le fait « *après l'écoulement d'un certain délai qui a suivi la commission de l'infraction, de ne plus troubler la paix sociale par des procès, de recouvrir le délit du manteau bienfaisant de l'oubli* ».

⁷⁵⁰ BECCARIA, *op. cit.*, § XXX.

⁷⁵¹ VARINARD (A.), *thèse précit.*, nos 250 et s.

⁷⁵² BECCARIA a mis en exergue la promptitude du châtement que la justice doit développer : « *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 (...)* Un long retard ne fai[sant] que séparer toujours plus ces deux idées » (*op. cit.*, § XIX).

⁷⁵³ Nous retrouvons ici l'amendement possible de la personne que nous évoquions précédemment. Sur cette question précise, V. ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 538 ; PIGACHE (C.), *op. cit.*, p. 59 et s.

Une démonstration identique peut être tenue s'agissant du lien existant *a priori* entre le délit et le jugement. A mesure que la distance temporelle se creuse entre ces deux concepts, un plus large dépérissement des preuves se fait ressentir. La loi prévoit donc qu'aucun jugement ne peut intervenir si celui-ci est trop éloigné et isolé de l'acte infractionnel. Pour qu'il y ait prescription, il est donc nécessaire d'avoir cette dualité : éloignement et isolement. Le jugement peut parfois être très éloigné de l'infraction. Il n'en est toutefois nullement isolé dans la mesure où des actes interruptifs du délai de prescription interviennent, restaurant ainsi le lien entre le délit et le jugement⁷⁵⁴.

286. Prescription et analyse critique du système pénal. – Quelles que soient les raisons invoquées pour asseoir la prescription, il est patent que cette technique s'apparente ouvertement à une critique de l'inaction de la justice pénale. Elle pouvait – voire devait – intervenir, et pourtant elle a négligé de le faire. Un auteur a d'ailleurs énoncé durement ce point en précisant que « *la prescription de l'action publique est la sanction de l'impuissance [voire] de la volonté des autorités chargées de son exercice* »⁷⁵⁵. La prescription est certes une faveur mais ses fondements restent très extérieurs à la personne même du délinquant ; elle est une indulgence envers un fait, non un mérite envers une personne⁷⁵⁶.

Cette subtilité ne dissimule toutefois pas le fait selon lequel, cette personne jouit dans ce cas d'une réelle impunité. Aussi, différentes techniques sont-elles mises en place afin précisément de conserver le plus longtemps possible la faculté d'exercer le droit de punir et afin d'éviter cette impunité qui peut, parfois, être jugée inadmissible par le groupe social tant elle révèle la faiblesse du système pénal.

2°/ Le maintien du droit de punir motivé par un rejet de la prescription

287. L'indulgence – la disparition du droit de punir – qu'induit la prescription et qui se trouve, dans certaines situations, quelque peu anachronique, a conduit à la mise en place de

⁷⁵⁴ Sur ce point, V. *infra*, n^{os} *et ss.*

⁷⁵⁵ HERZOG (J.-B.), « Etude des lois concernant la prescription des crimes contre l'humanité », *Rev. sc. crim.* 1965, p. 362.

⁷⁵⁶ L'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 4 décembre 1952 confirme ce point : « *la prescription, en matière pénale, ne constitue pas un bénéfice personnel, mais s'applique au fait lui-même* » (*Gaz. Pal.* 1953.I.92 cité in GAVALDA (C.), *op. cit.*, p. 91). V. également GRAVEN (J.), « Les crimes contre l'humanité », *R.C.A.D.I.* 1950, p. 427. *Contra*, V. PRADEL (J.) et VARINARD (A.), *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2003, n^o 8, p. 97 : « *Parce qu'un certain laps de temps s'est écoulé depuis la réalisation de l'infraction, le délinquant acquiert un droit à l'impunité* ».

procédés spécifiques tendant au maintien du droit de punir : soit ces techniques réalisent une augmentation du délai de prescription de l'action publique (a), soit elles abolissent la prescription elle-même (b). Dans ces deux hypothèses, le droit de punir perdure et constitue la *manifestation* du rejet de la prescription ; il en représente également le *fondement* : c'est parce que la société conserve un intérêt à punir que la prescription doit être supprimée ou affaiblie.

a. Augmentation du délai de prescription de l'action publique

288. La mise en lumière des techniques permettant d'augmenter le délai de prescription de l'action publique rend compte d'une volonté de maintenir actif le droit de punir le plus longtemps possible ; ce maintien se faisant soit par un retardement du point de départ du délai de prescription de l'action publique (1), soit par une suspension ou une interruption de ce délai (2).

1) Retardement du point de départ du délai de prescription de l'action publique

289. Naissance de la prescription retardée. – Dans cette hypothèse, ce n'est pas le délai de prescription qui se trouve atteint, mais bien la naissance de la prescription elle-même. Cette naissance reste possible mais elle est techniquement repoussée afin de laisser le champ libre à la répression. Ainsi, dans différentes situations, le principe selon lequel le point de départ du délai de prescription de l'action publique est fixé au jour où l'infraction a été commise doit être mis en échec ou, tout au moins, relativisé. Puisque les conditions offrant la possibilité au droit de punir de se manifester ne sont pas parfaitement réunies, un retardement du point de départ du délai de prescription est alors préconisé dans différents cas.

290. Retardement du délai de prescription et clandestinité. – La prescription court, dans certaines situations précises, à partir de l'apparition et de la constatation du délit dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique⁷⁵⁷. Ce retardement se fonde sur le fait

⁷⁵⁷ En est-il ainsi par exemple en matière d'abus de biens sociaux : Crim. 7 déc. 1967, *Bull. crim.* n° 321 ; *D.* 1968, p. 617 note J.-M. Robert ; *Rev. sociétés* 1969, p. 237 – Crim. 27 juill. 1993, *Dr. pén.* 1994 comm. 89, J.-H. Robert – Crim. 6 sept. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 61 note Dezeuze – Crim. 27 juin 2001, *Bull. crim.* n° 164 ; *Dr. pén.* 2001, comm. 129, note J.-H. Robert ; *Bull. Joly* 2001, p. 1117, note J.-F. Barbiéri ; *Rev. sociétés* 2001, p. 873, note B. Bouloc ; *Rev. sc. crim.* 2002, p. 339, obs. J.-F. Renucci – Crim. 8 oct. 2003, *JCP éd. E* 2004.425, p. 467 note J.-H. Robert ; *JCP* 2004.II.10028, note S. Jacopin ; *D.* 2003, p. 2695, note A. Lienhard ; *AJ pén.* 2003, p. 67, obs. A. P. ; *Dr. pén.* 2004, comm. 147, obs. J.-H. Robert ; sur ce dernier arrêt, V. également MAYAUD (Y.), « Appel à la raison ou pour une approche cohérente de la prescription de l'abus de biens sociaux », *D.* 2004, chron. p. 194 – Crim. 22 sept. 2004, *Rev. sociétés* 2005, p. 205, obs. B. Bouloc – Crim. 8 mars 2006, *Dr. pén.* 2006, comm. 85, note J.-H. Robert ; *JCP* 2006.10.112. De manière générale, V. LIENHARD (A.), « Les particularités de la prescription de l'abus de biens sociaux », *AJ pén.* 2006, p. 295.

que la répression, matériellement possible du fait de l'existence d'une infraction, ne pouvait nullement l'être juridiquement dès lors que les autorités publiques n'avaient aucunement conscience du fait délictueux. En théorie, le droit de punir devrait s'exercer – ou plus précisément être préparé par l'engagement des poursuites – dès la commission d'une infraction⁷⁵⁸. Mais dans certaines situations, cette commission n'a que peu d'importance puisque généralement ignorée de la partie poursuivante. Or, la prescription est, nous l'avons vu, la sanction de « *la négligence du titulaire d'une action qui reste inactif pendant trop longtemps* »⁷⁵⁹. La prescription induit donc le fait que l'autorité publique avait les moyens d'agir, c'est-à-dire connaissait l'existence de l'infraction et qui, malgré cela, fit preuve de passivité ; aucune clandestinité ne doit alors exister⁷⁶⁰. La spécificité de certaines infractions tenant à leur caractère occulte – comme c'est le cas par exemple pour le délit d'obstacle à la manifestation de la vérité (C. pén., art. 434-4)⁷⁶¹ – impose alors un retard du point de départ du délai afin de créer les conditions permettant l'exercice de l'action publique. Une naissance fictive ultérieure de ces infractions sera alors décidée et constituera le point de départ de la prescription dès lors que le ministère public prendra véritablement acte de ces infractions. Ce retard s'explique d'autant plus facilement pour un type particulier d'infractions comme par exemple les faits de simulation et de dissimulation d'enfant (C. pén., art. 227-13) qui

Il en est de même en matière d'abus de confiance : Crim. 26 févr. 1990, *Dr. pén.* 1990, comm. 191 – Crim. 30 nov. 1993, *Dr. pén.* 1994, comm. 110 obs. M. Véron ; *Rev. sc. crim.* 1994, p. 764, obs. R. Ottenhof – Crim. 7 mai 2002, *Bull. crim.* n° 107 ; *Dr. pén.* 2002, comm. 104 (1^{er} arrêt) obs. M. Véron – Crim. 8 févr. 2006, *D.* 2006, Jurisp. p. 2297, note L. Saenko.

En est-il également en matière de délit de tromperie (Crim. 7 juill. 2005, *Dr. pén.* 2005, comm. 132, note J.-H. Robert et M. Véron ; *D.* 2005, IR p. 2038), de favoritisme (Crim. 27 oct. 1999, *Bull. crim.* n° 28 et 239 ; *Rev. sc. crim.* 2000, p. 618, obs. Delmas-Saint-Hilaire : le point de départ du délai de prescription de l'action publique court à partir du jour où sont apparus et ont pu être constatés les actes irréguliers jusqu'alors dissimulés. Pour un exemple d'absence de dissimulation, V. CA Toulouse 19 janv. 2005, *JCP* 2005.IV.2316), de malversation (Crim. 9 févr. 2005, *D.* 2005, p. 1152 ; *Dr. pén.* 2005, comm. 80, note J.-H. Robert) ou d'atteintes à l'intimité de la vie privée (Crim. 4 mars 1997, *Bull. crim.* n° 83 ; *Dr. pén.* 1997, comm. 75).

⁷⁵⁸ GAVALDA (C.), *op. cit.*, p. 87 : « Normalement, le jour de la commission des faits délictueux n'est-il pas l'origine de l'effacement par le temps ? ».

⁷⁵⁹ VARINARD (A.), *thèse précit.*, n° 124 *in fine*. V. également *supra*, n° .

⁷⁶⁰ Sur cette notion de clandestinité, V. spéc. VÉRON (M.), « Clandestinité et prescription », *Dr. pén.* 1998, chron. 16. Pour une approche critique de la position jurisprudentielle relative aux infractions clandestines, V. LECUYER (G.), « La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique », *Dr. pén.* 2005, ét. 14. Pour une réaffirmation récente du rôle de la dissimulation de l'acte répréhensible sur la prescription de l'action publique, V. Crim. 16 nov. 2005, *JCP* 2006.II.10110, note P. Conte.

⁷⁶¹ Crim. 17 déc. 2002, *Bull. crim.* n° 233 ; *Dr. pén.* 2003, comm. 29, note M. Véron ; *D.* 2003, somm. p. 1731, obs. J. Pradel ; *JCP* 2003.IV.1258 ; *Procédures* 2003, comm. 72, note J. Buisson ; *Rev. sc. crim.* 2004, p. 94, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire : « le point de départ de la prescription du délit d'altération de preuves en vue de faire obstacle à la manifestation de la vérité doit être fixé au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique », c'est-à-dire au jour où cesse l'ignorance des procédés frauduleux dans laquelle a été tenue la partie lésée.

« constituent des infractions clandestines par nature dont le point de départ de la prescription se situe au jour où elles sont apparues et ont pu être constatées dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique »⁷⁶². Du fait que l'objet même du droit de punir était inconnu – et non pas inexistant – permet d'exclure du délai de prescription cette zone d'ombre. La prescription suppose donc que le droit de punir puisse être exercé ultérieurement à la lumière des éléments factuels ; la méconnaissance prolongée de l'infraction annihilant profondément toute clarté dans le cheminement punitif. Il faut donc « suspendre⁷⁶³ la prescription tant que le ministère public n'a pas pu avoir connaissance de l'infraction ou la poursuivre »⁷⁶⁴.

291. Retardement du délai de prescription et infractions commises sur des mineurs. –

C'est un raisonnement différent qui motive le retardement du point de départ du délai de prescription de l'action publique en matière d'agressions sexuelles sur mineur. Dans ces cas légaux⁷⁶⁵, ce point de départ court à partir de la majorité de la victime (C. pr. pén., art. 7 et 8)⁷⁶⁶. Ce retardement se fonde ici sur les difficultés spécifiques auxquelles peut être confronté

⁷⁶² Crim. 23 juin 2004 (c'est nous qui soulignons), *Bull. crim.* n° 173 ; *Dr. pén.* 2004, comm. 143, note M. Véron ; *D.* 2005, *Jurisp.* p. 1399, note M. Royo ; *Rev. sc. crim.* 2004, p. 883, obs. Y. Mayaud. V. également RASSAT (M.-L.), *Traité de procédure pénale*, op. cit., n° 300, p. 481 ; *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 162 où l'auteur parle de « nature occulte particulière de certains délits » (citant notamment Crim. 12 juill. 1956, *Bull. crim.*, n° 531). Précisons que le délit de tromperie, infraction instantanée, a rejoint la catégorie des infractions clandestines par nature par un arrêt du 7 juillet 2005 de la Chambre criminelle (*Dr. pén.* 2005, comm. 132, note J.-H. Robert).

⁷⁶³ Certains auteurs estiment qu'on ne saurait parler de suspension à l'encontre d'une prescription qui n'a pas commencé à courir. En ce sens, V. ROYO (M.), « Note sous Crim. 23 juin 2004 », *D.* 2005, *Jurisp. spéc.* p. 1402.

⁷⁶⁴ HERZOG (J.-B.), op. cit., p. 362. Sur la non-imputation de l'ignorance en matière de prescription, V. également VARINARD (A.), *thèse précit.*, n°s 460, 461 et 469 *in fine*. Certains auteurs estiment qu'il conviendrait de clarifier cette tendance au retardement. D'origine jurisprudentielle, cette solution souffre d'un trop fort pragmatisme et d'une insuffisante sécurité juridique puisque les réponses apportées restent du cas par cas. En ce sens, V. VÉRON (M.), « Note sous Crim. 23 juin 2004 », op. cit. ; RENUCCI (J.-F.), « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », *D.* 1997, *chron.* p. 23 et *spéc.* p. 29. Un exemple symptomatique peut être trouvé dans la fixation du point de départ du délai de prescription du faux au jour de l'accomplissement de l'acte d'altération. Malgré la possible dissimulation du comportement, aucun report au jour de la découverte de l'infraction n'est admise. Sur ce point précis, V. Crim. 25 mai 2004, *Dr. pén.* 2004, comm. 183, obs. M. Véron ; *JCP* 2005.I.106, p. 138, note M. Véron.

⁷⁶⁵ D'autres retards du point de départ du délai de prescription de l'action publique trouvent leur fondement dans la loi. Il en est ainsi par exemple du délit d'usure de l'article L. 313-5 C. cons. Selon l'alinéa 4 de cette disposition, « la prescription de l'action publique (...) court à compter du jour de la dernière perception, soit d'intérêt, soit de capital ». Sur ce point, V. Crim. 26 sept. 1996, *Bull. crim.* n° 337. V. également en matière militaire, l'article 94 al. 1^{er} C. just. milit. qui énonce que « la prescription de l'action publique résultant de l'insoumission ou de la désertion ne commencera à courir qu'à partir du jour où l'insoumis ou le déserteur aura atteint l'âge de cinquante ans ». V. enfin l'art. 244-7 C. sécu. soc. qui précise que « les délais de prescription de l'action publique commencent à courir à compter de l'expiration du délai d'un mois qui suit (...) l'avertissement (...) [ou] la mise en demeure ».

⁷⁶⁶ Ces articles ont été modifiés à de nombreuses reprises : V. notamment L. n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance (*JO* du 14 juill.

un mineur dans ce genre de situations. Face au traumatisme ressenti par ce dernier et/ou devant la pression émise par l'agresseur – notamment si celui-ci est un ascendant – le droit pénal a su s'adapter et prendre en considération la particularité de cette délinquance et la très grande vulnérabilité des victimes. Dès lors, porter devant la justice de tels faits nécessite un délai proportionnel à la souffrance. La majorité, même si elle ne constitue pas une réparation ou un rempart contre tout malaise, est toutefois la manifestation d'une plus grande capacité à afficher son état de victime ; la minorité étant parallèlement perçue, pour certaines infractions seulement, comme un obstacle de droit suspendant alors le cours de la prescription de l'action publique⁷⁶⁷.

Dans le but de protéger la moralité des mineurs et de les respecter pleinement dans leur dignité, le retardement du point de départ du délai de prescription de l'action publique est donc apparu comme une évidence. Evidance qui se trouve partiellement renforcée par la loi du 9 mars 2004. Celle-ci ne touche pas directement au point de départ du délai ; elle ne modifie bien évidemment pas la logique de ce retardement mais augmente le délai de prescription en matière de crimes et délits sexuels sur mineurs⁷⁶⁸. Il est impossible toutefois de considérer cette loi comme une reprise irréprochable de la volonté de protéger cette catégorie de victimes particulièrement vulnérables. Tout en augmentant les délais de prescription, elle écarte du bénéfice de ce retardement nombre d'infractions qui avaient été incluses aux articles 7 et 8 du C. pr. pén. par les lois de 1989 et 1998⁷⁶⁹. En revanche, une manifestation parfaite d'un tel désir de protection est issue de la loi du n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique⁷⁷⁰. Ce texte introduit au sein du Code pénal une nouvelle catégorie de crimes – les "crimes contre l'espèce humaine" tels l'eugénisme et le clonage reproductif⁷⁷¹ – pour lesquels

1989, p. 8869) ; L. n° 95-116 du 4 février 1995 portant diverses dispositions d'ordre social (*JO* du 5 févr. 1995, p. 1992) ; L. n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs (*JO* du 18 juin 1998, p. 9255) ; L. n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure (*JO* du 19 mars 2003, p. 4761) ; L. n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (*JO* du 10 mars 2004, p. 4567).

⁷⁶⁷ Pour un exemple de rejet de la minorité comme obstacle de droit à la mise en mouvement de l'action publique, V. Crim. 23 juin 2004, *op. cit.*

⁷⁶⁸ La loi du 9 mars 2004 énonce que la prescription est de 20 ans pour les crimes mentionnés à l'article 706-47 C. pr. pén. ainsi que pour les délits prévus aux articles 222-30 et 227-26 C. pén. ; elle précise également que la prescription est de 10 ans pour les délits mentionnés à l'article 706-47 C. pr. pén. (C. pr. pén., art. 7 et 8).

⁷⁶⁹ Sur ce point, V. GUÉRY (C.), « Kafka II ou "pourquoi faire simple quand on peut faire... une nouvelle loi sur la prescription des infractions commises contre les mineurs ?" », *D.* 2004, chron. p. 3015.

⁷⁷⁰ *JO* du 7 août 2004, p. 14040.

⁷⁷¹ Selon l'article 214-1 C. pén., l'eugénisme est « le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes ». L'article 214-2 C. pén. définit quant à lui le clonage reproductif comme « le fait de procéder à une intervention ayant pour but de fait naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée ».

le délai de prescription de l'action publique est de 30 ans (C. pén., art. 215-4 al. 1^{er}). En outre, s'agissant du crime de clonage reproductif, ce délai ne commence à courir qu'à compter de la majorité de l'enfant né de ce procédé (C. pén., art. 215-4 al. 2). Ce régime dérogatoire suit la logique relative aux infractions sexuelles sur mineurs avec cette particularité que l'enfant n'est plus seulement victime mais devient l'objet même de l'infraction. Le droit pénal devait prendre acte de cette spécificité et de la protection d'une nouvelle valeur sociale – l'espèce humaine – en permettant au droit de punir de s'exprimer au-delà des règles et des délais traditionnels. A valeur sociale particulière doit correspondre un régime répressif particulier.

292. Retardement du délai de prescription et infractions continues. – Un retardement du point de départ du délai de prescription de l'action publique peut enfin se manifester par le régime suivi en matière d'infraction continue. Pour ce type d'infractions, ce point de départ est fixé au jour où l'infraction cesse « *dans ses actes constitutifs et dans ses effets* »⁷⁷², c'est-à-dire « *à compter du jour où la situation illicite a pris fin* »⁷⁷³. Cette spécificité des infractions continues et le retardement corrélatif du point de départ du délai de prescription ne sont qu'apparents dans la mesure où le régime de la prescription suit celui appliqué en matière d'infractions instantanées. Dans ces deux domaines en effet, le délai ne commence à courir qu'au jour où l'infraction a été commise⁷⁷⁴. Concernant les infractions continues, la différence tient simplement à ce que cette commission est diluée dans le temps, et donc d'une certaine manière retardée. Mais la prescription ne court qu'à la commission effective et intégrale de l'infraction. Quand bien même la durée d'accomplissement de l'infraction serait importante, on ne pourrait imaginer le point de départ du délai de prescription durant celle-ci ; cela reviendrait à permettre l'ouverture de la prescription pendant l'infraction et non après sa pleine réalisation comme la logique devrait y conduire.

Précisons toutefois que s'il est cohérent d'admettre cette attente d'achèvement de la situation illicite et de prendre en considération l'exécution complète de l'infraction, il ne saurait en être

⁷⁷² Crim. 19 févr. 1957, *Bull. crim.* n° 166.

⁷⁷³ Crim. 30 sept. 1992, *Bull. crim.* n° 300. Pour un exposé complet de la jurisprudence en matière d'infraction continue, V. STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Procédure pénale*, op. cit., n° 207. Pour une réaffirmation récente de ce principe, V. Crim. 17 janv. 2006, *JCP* 2006.II.10120, note B. Bouloc ; *D.* 2006, *Jurisp.* p. 1437, note Ch. Courtin (point de départ du délai de prescription de l'action publique en matière de délit de publicité en faveur du tabac sur Internet ; C. santé publ., art. L. 3511-3).

⁷⁷⁴ Pour une présentation identique, V. RENUCCI (J.-F.), « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », *op. cit.*

de même s'agissant de ses effets⁷⁷⁵. S'il est vrai que ceux-ci peuvent cesser en même temps que les actes constitutifs pour certaines infractions – recel⁷⁷⁶, proxénétisme, affichage publicitaire illicite, stationnement irrégulier de caravane – il peut en être autrement pour d'autres délits. En est-il ainsi en matière d'urbanisme et d'exécution de travaux en méconnaissance des obligations imposées par le Code de l'urbanisme⁷⁷⁷. Devant la définition donnée par les juges de ce délit, comment est-il possible d'imaginer que l'effet direct⁷⁷⁸, le résultat, cesse à la date d'achèvement des travaux ? Dès lors, est-il raisonnable de croire que la prescription ne court qu'à compter de la cessation des effets de l'infraction, pouvant constituer une échéance fort lointaine voire illusoire ? Cette particularité, reconnue non sans difficulté par la doctrine considérant cette infraction comme une infraction permanente⁷⁷⁹, n'a pas échappé à la jurisprudence qui précise avec raison qu'« *indépendamment de la permanence de ses effets* »⁷⁸⁰, ce type d'infractions demeurent instantanées. Ceci démontre donc le peu de pertinence de la référence faite aux effets du délit et le bien-fondé de la justification du régime spécifique de prescription à partir de la réalisation intégrale des actes constitutifs et de la fin de la situation illicite. La prescription est alors comme suspendue jusqu'à la cessation de l'activité délictueuse puisqu'on ne peut « *reprocher une négligence à celui qui ne saurait agir tant que l'infraction n'est pas commise* »⁷⁸¹. Cela renvoie à

⁷⁷⁵ Nous préférons donc le constat établi par l'arrêt du 30 septembre 1992 à la formule ambiguë de l'arrêt du 19 février 1957. Sur ce rejet de toute importance des effets sur la prescription, V. MAYAUD (Y.), « Appel à la raison... », *op. cit.*, pp. 195-196 : « *Les effets n'ajoutent rien à ce que l'on sait déjà de l'infraction, à la connaissance bien acquise de sa matérialité (...) [et] n'ont donc pas à être retenus comme un critère de prescription* ».

⁷⁷⁶ Précisons que le régime de prescription du recel est particulier à un double titre. Le point de départ de la prescription est d'une part reporté au moment de la cessation de la détention de l'objet volé. D'autre part, cette infraction est soumise à une infraction préalable qui, elle, peut également voir son point de départ du délai de prescription reporté. Par la dépendance existant entre les deux infractions, le retard de l'infraction préalable s'applique également pour le recel. Pour un exemple de recel d'abus de biens sociaux, V. Crim. 6 févr. 1997, *Bull. crim.* n° 48 ; *D.* 1997, p. 334, note J-F. Renucci ; *Gaz. Pal.* 8 avril 1997, p. 22, note J-P. Doucet ; *JCP éd. E.* 1997.107, note M. Pralus ; *Rev. sociétés.* 1997, p. 146, note B. Bouloc ; *Dr. pén.* 1997, comm. 61, obs. M. Véron et comm. 63, obs. J.-H. Robert. Pour un exemple de recel d'abus de confiance, V. Crim. 7 mai 2002, *Bull. crim.* n° 108.

⁷⁷⁷ C. urb., art. L. 480-4. Sur ce point, V. Crim. 18 mai 1994, *Bull. crim.* n° 197 : « *le délit prévu à l'article L. 480-4 du Code de l'urbanisme s'accomplit pendant tout le temps où les travaux sont exécutés ; (...) sa perpétration s'étend jusqu'à l'achèvement des travaux* ».

⁷⁷⁸ Par cette expression, nous souhaitons établir une distinction entre les effets juridiquement reconnus d'une infraction (la mort d'autrui en cas de meurtre, la chose soustraite en cas de vol, l'atteinte à l'intégrité corporelle en matière de violences et/ou d'agressions sexuelles, etc.) et ses effets, certes réels, mais non reconnus juridiquement par le droit pénal comme étant le résultat de l'infraction. La prise en considération de ces derniers effets par le droit pénal tendrait à généraliser la catégorie des infractions permanentes.

⁷⁷⁹ V. notamment PRADEL (J.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 366 ; CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 207.

⁷⁸⁰ Crim. 30 avril 1968, *Bull. crim.* n° 135 – Crim. 16 avril 1992, *Bull. crim.* n° 167 ; *Dr. pén.* 1992, comm. 258.

⁷⁸¹ MAYAUD (Y.), « Appel à la raison... », *op. cit.*, p. 195.

l'exigence posée par l'adage *Contra non valentem agere non currit praescriptio* (« la prescription ne court pas contre celui qui ne peut agir en justice »). Toutefois, retardement et suspension du délai de prescription ne sauraient être strictement confondus ; proche de la technique de retardement, la suspension doit cependant être analysée isolément.

2) Suspension et interruption du délai de prescription de l'action publique

293. Suspension du délai de prescription de l'action publique. – Le recours au droit de punir permet d'apporter une explication à la technique de la suspension qui demeurerait semblait-il délicate à fonder. L'absence d'énumération claire des causes de suspension milite d'ailleurs en ce sens. Il est possible de comprendre ces causes comme des obstacles (de fait ou de droit) à l'exercice de l'action publique. Le délai de prescription de l'action publique se trouve ici suspendu pour deux raisons : les autorités publiques n'avaient nullement la possibilité de déclencher cette action et donc de mettre en mouvement le processus menant au droit de punir ; ou bien elles n'avaient pas souhaité initialement mettre en œuvre une réelle action répressive préférant se diriger vers une alternative aux poursuites.

C'est donc l'absence de toute éventualité d'exercice du droit de punir qui permet de stopper la prescription et de rétablir ce droit au centre du processus pénal si les conditions juridiques et/ou factuelles le permettent⁷⁸². La suspension doit donc être analysée comme une incapacité matérielle ou juridique de prévoir l'application ultérieure du droit de punir. C'est afin de restaurer cette répression que la technique de la suspension s'est progressivement développée au sein de notre droit. Le souci de l'effet suspensif est de pouvoir garder intact le droit de punir pendant une période non propice à sa révélation ou à la suite d'une procédure n'ayant pas mis prioritairement en relief l'opportunité de ce droit⁷⁸³. Dans cette hypothèse de suspension du délai de prescription de l'action publique, le droit de punir reste cependant l'objet indirect de cette protection dans la mesure où celle-ci agit *plus directement* sur l'action publique. L'interruption du délai de prescription de l'action publique, mécanisme proche de la suspension, poursuit ce raisonnement.

⁷⁸² Ceci est très net dans le cas de la suspension du délai de prescription de l'action publique en matière de dénonciation calomnieuse (C. pén., art. 226-10 et 226-11). Ce délai est suspendu jusqu'au jour où la décision concernant le fait dénoncé est devenue définitive. Sur ce point, V. Crim. 24 sept. 2002, *Bull. crim.* n° 171 ; D. 2002, IR p. 3060 ; *JCP* 2002.IV.2970 ; *Dr. pén.* 2003, comm. 17, obs. M. Véron.

⁷⁸³ S'il est mis en œuvre la procédure alternative aux poursuites de l'article 41-1 C. pr. pén., le droit de punir est exclu de ce mécanisme. Pour autant, ce droit ne disparaît pas totalement et la prescription est simplement suspendue (C. pr. pén., art. 41, al. 2). Le droit de punir était simplement mis entre parenthèses ; il peut dès lors être pleinement rétabli si les mesures prononcées ne sont finalement pas exécutées.

294. Interruption du délai de prescription de l'action publique. – Le droit de punir peut apparaître de prime abord comme étant au centre du développement des actes interruptifs de la prescription. Dans cette situation, et contrairement à la suspension, c'est en effet la révélation du droit de punir qui donne naissance à l'interruption. Les autorités publiques, ayant déjà agi sur le terrain répressif, ont de ce fait interrompu le délai de prescription. C'est donc « *la volonté répressive [qui] explique, une fois de plus ici, à n'en pas douter, le développement technique propre à l'interruption de la prescription pénale* »⁷⁸⁴.

S'agissant ici de la seule prescription de l'action publique, il convient toutefois de préciser que le droit de punir, s'il est la raison principale de cette « *paralysie* »⁷⁸⁵, n'en est cependant que la cause indirecte⁷⁸⁶. Le fait de rétablir un nouveau délai comme c'est le cas ici – ou d'allonger celui existant dans le cas de la suspension – n'a logiquement de fondement que dans le processus antérieur à l'application du droit de punir. L'article 7 du Code de procédure pénale énonce très clairement que la prescription doit s'entendre d'une mesure d'extinction de l'action publique dans le cas où, pendant un temps déterminé, « *il n'a été fait aucun acte d'instruction ou de poursuite* » ; de tels actes constituant alors des actes interruptifs. C'est donc la volonté de mettre en oeuvre *ultérieurement* le droit de punir qui induit l'augmentation du délai de prescription. Le droit de punir constitue donc indirectement la raison d'être de l'interruption de ce délai ; interruption s'intensifiant à mesure que les juges étendent la notion d'actes interruptifs.

295. Extension de la notion d'actes interruptifs. – Cette notion doit, selon une jurisprudence extensive constante⁷⁸⁷, avoir pour finalité la recherche ou la poursuite des infractions, intégrant par là tant les actes de poursuite et d'instruction que les actes d'enquête ou émanant de la victime⁷⁸⁸. A titre d'exemple, un arrêt du 20 février 2002 de la Chambre

⁷⁸⁴ GAVALDA (C.), *op. cit.*, p. 93.

⁷⁸⁵ SOYER (J.-C.), *Droit pénal et procédure pénale*, Paris, L.G.D.J., 14^{ème} éd., 1999, n° 694.

⁷⁸⁶ V. *supra*, n° .

⁷⁸⁷ Crim. 15 avril 1937, *Cardi et autres*, *Bull. crim.* n° 76 ; S. 1938.I.233, note L. Huguency ; PRADEL (J.) et VARINARD (A.), *Les grands arrêts de la procédure pénale*, *op. cit.*, n° 8 – Crim. 19 oct. 1976, *Bull. crim.* n° 295 – Crim. 2 avril 1998, *Bull. crim.* n° 131 – Crim. 26 févr. 2002, *Dr. pén.* 2002, comm. 75, note J.-H. Robert et comm. 79 (2^{ème} espèce), note A. Maron ; *Procédures* 2002, comm. 145, note J. Buisson – Crim. 1^{er} déc. 2004 (n° 03-87.883), *D.* 2005, IR p. 797 – Crim. 1^{er} déc. 2004 (n° 04-83.079), *D.* 2005, IR p. 737 (délit de favoritisme constaté par les membres d'une mission interministérielle d'enquête).

⁷⁸⁸ Il s'agira alors pour la partie civile d'une plainte avec constitution de partie civile ou de tout acte d'assignation du prévenu à l'une des audiences des juges du fond pour interrompre le délai de prescription. En ce sens, V. Crim. 25 févr. 2003, *Bull. crim.* n° 51 ; *Dr. pén.* 2003, comm. 72, note M. Véron.

criminelle de la Cour de cassation⁷⁸⁹, « en décidant que tout acte du procureur de la République tendant à la recherche et à la poursuite d'une infraction interrompt le cours de la prescription de l'action publique (...), témoigne encore de ce que la catégorie des actes interruptifs est toujours en expansion »⁷⁹⁰. On se trouve face à « une véritable politique jurisprudentielle »⁷⁹¹ de destruction du concept de prescription afin de laisser intacte l'éventualité de l'exercice du droit de punir. L'action publique et l'application ultérieure du droit de punir seront donc possibles quel que soit le temps écoulé entre eux et l'infraction. Ne s'engage-t-on pas alors ici dans une solution jurisprudentielle proche de l'imprescriptibilité dans la mesure où une interruption pourra intervenir aussi souvent qu'il est possible ?⁷⁹²

b. Abolition de la prescription : l'imprescriptibilité

296. La véritable justification de la prescription, nous l'avons vu, réside dans l'inutilité de punir un fait oublié. L'inopportunité du droit de punir forme ainsi la base justificative de la technique de la prescription. Le droit de punir n'existe plus parce qu'il est devenu *inutile* par l'*oubli* issu de l'écoulement du temps. De ce fait, et à l'inverse, le droit de punir doit perdurer si, malgré le passage du temps, il conserve une utilité ou si aucun oubli de l'infraction ne peut se faire ressentir. Le concept d'imprescriptibilité prend alors corps, que celui-ci s'attache à certaines infractions (1) ou à certaines sanctions pénales comme les mesures de sûreté (2).

1) Absence d'oubli et imprescriptibilité de certaines infractions

297. *Persistance de l'utilité sociale du droit de punir.* – La rupture que nous avons dénoncée précédemment entre les autorités publiques et les victimes quant à l'exercice du droit de punir⁷⁹³ doit être ici remise en cause. La prise en considération de ces dernières aurait même l'effet inverse de la prescription, proscrivant par là toute abstention de punir. En effet,

⁷⁸⁹ Crim. 20 févr. 2002, *Bull. crim.* n° 42 ; *D.* 2002, p. 1115 ; *JCP* 2002.II.10075, note P. Maistre du Chambon ; *Rev. sc. crim.* 2003, p. 585, obs. A. Giudicelli. Et déjà, Crim. 23 juin 1998, *Bull. crim.* n° 203 – Crim. 4 déc. 2001, *Dr. pén.* 2002, comm. 79 (1^{ère} espèce), note A. Maron.

⁷⁹⁰ GIUDICELLI (A.), « Les disparues de l'Yonne ou l'impossible prescription », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 587. V. plus récemment Crim. 8 févr. 2005, *Dr. pén.* 2005, comm. 76, note J.-H. Robert ; *Rev. sc. crim.* 2005, p. 857, obs. J.-H. Robert (demande de renseignements adressée par le procureur de la République à une administration de l'Etat sans constituer expressément une réquisition à des officiers de police judiciaire) – Crim. 28 juin 2005, *Dr. pén.* 2005, comm. 152, note A. Maron – Crim. 12 oct. 2005, *Dr. pén.* 2006, comm. 20, note M. Véron (dénonciation officielle de faits commis par un français à l'étranger effectuée par le ministre de la Justice de l'Etat étranger au ministre de la Justice française).

⁷⁹¹ PRADEL (J.) et VARINARD (A.), *Les grands arrêts de la procédure pénale*, op. cit., n° 8, p. 99.

⁷⁹² En ce sens, *ibid.*, p. 109.

⁷⁹³ V. *supra*, n° .

la gravité extrême de certaines infractions, se traduisant naturellement par les dommages causés aux personnes, empêchera tout "droit de ne pas punir" de se manifester. Dans de telles situations, plus aucun oubli n'existe. Les infractions ont existé et perdurent encore largement dans la conscience collective. Le droit de punir conserve donc son objet premier d'intervention – l'acte infractionnel – ainsi que son fondement – la paix sociale ; du fait de la survivance de l'infraction, cette paix n'est pas encore rétablie. Seul le droit de punir est enclin à produire l'apaisement social attendu. L'imprescriptibilité des infractions est donc une technique répressive qui s'inscrit dans la pure rationalité du droit de punir. Celui-ci ne doit pas subir les effets de la prescription puisque, pour le groupe social, il conserve pour certaines catégories d'infractions un fort intérêt à s'exercer. L'intérêt défendu par la prescription – le droit pour le délinquant à l'oubli – reste inférieur à la valeur que l'imprescriptibilité entend préserver – la paix publique. Ainsi, « *dès lors que l'utilité sociale qui fonde la nécessité de la répression, ne peut pour certaines infractions disparaître par l'écoulement d'un délai, il est logique de les déclarer imprescriptibles* »⁷⁹⁴. Leur gravité et la demande des victimes à ce que justice soit rendue transcendent le passage du temps. La souffrance endurcie et l'atrocité des crimes commis sont toujours aussi prégnantes, empêchant le droit de punir de s'évanouir. Pour justifier l'imprescriptibilité de certains crimes – crimes contre l'humanité (C. pén., art. 213-5) ou certaines formes de désertion et d'insoumission (C. just. milit., art. 94 al. 2) – il suffit de se rendre compte que tous les éléments caractérisant l'utilité du droit de punir restent fortement présents au sein de la société ; le souvenir reste, le besoin de l'exemple perdure, l'utilité sociale demeure : le droit de punir doit donc encore exister⁷⁹⁵. L'oubli, l'un des fondements essentiels du "droit de ne pas punir", ne peut de ce fait emplir ce genre d'infractions. La souveraineté pénale, par le maintien de l'exercice du droit de punir, trouve ici une occasion de se révéler pleinement.

298. Souveraineté pénale et imprescriptibilité des crimes contre l'humanité. – La manifestation d'un "droit de ne pas punir" peut être perçue comme l'expression forte de la souveraineté pénale et de l'aptitude de l'Etat à instaurer la paix sociale en dehors de toute répression⁷⁹⁶. En matière de crimes contre l'humanité, nous ne saurions suivre une telle logique puisqu'aucune souveraineté ne peut s'exprimer par une telle abstention punitive.

⁷⁹⁴ VARINARD (A.), *thèse précit.*, n° 33.

⁷⁹⁵ On se réfère ici à ORTOLAN qui présentait la prescription de la façon suivante : « *Après un certain temps écoulé, le souvenir du fait coupable s'en est allé, le besoin de l'exemple a disparu, une des bases essentielles du droit de punir, l'utilité sociale, manque : le droit de punir n'existe donc plus* » (*op. cit.*, p. 331 ; c'est nous qui soulignons).

Lorsque l'Etat se trouve confronté à des actes mettant en cause l'humanité elle-même, il apparaît clairement en effet que son devoir, en tant qu'institution souveraine, est précisément d'exclure toute composante temporelle et de ne percevoir que la nécessité juridique, morale et sociale de poursuivre ces actes. La souveraineté, entendue comme la puissance de commander et d'établir la paix publique, impose une telle attitude étatique⁷⁹⁷. Dans cette perspective, dès lors que le crime contre l'humanité possède une dimension internationale, il induit un devoir pour les autres Etats d'intervenir afin de faire respecter leurs engagements communs, véritables composantes de leur souveraineté⁷⁹⁸. Nier le caractère imprescriptible des crimes contre l'humanité serait, pour un Etat, nier cette humanité et finalement se nier soi-même. En effet, le « *crime contre l'humanité sanctionne l'effondrement de l'idée centrale de souveraineté* »⁷⁹⁹ de l'"Etat délinquant" mais met également en péril la souveraineté de tout autre Etat.

299. Souveraineté pénale et imprescriptibilité de certaines infractions militaires. – N'est-ce pas également une menace qui pèse sur la souveraineté des Etats en matière d'insoumission ou de désertion justifiant par là même une identique imprescriptibilité ? Parce que certaines formes de soustractions aux obligations militaires manifestent tant un mépris qu'une indéniable mise en péril de la Nation⁸⁰⁰, le législateur ne pouvait nier une telle spécificité et ne pas retranscrire celle-ci dans les dispositions relatives à l'action publique. Nous avons précisé⁸⁰¹ que cette matière possède déjà une particularité en ce sens qu'un retardement du point de départ du délai de prescription s'effectue. Prolongeant et accentuant cette logique, l'imprescriptibilité participe ici à la mise en relief d'un impossible oubli de tels actes

⁷⁹⁶ Comme l'exposait GARRAUD, s'intéresser à la prescription revient à se poser la question « *de savoir si la réalisation du but que se propose l'Etat, en poursuivant et en punissant les coupables, peut être atteinte lorsqu'un long temps s'est écoulé, sans poursuite (...), depuis l'infraction* » (*Traité de droit pénal français*, t. II, *op. cit.*, n° 723).

⁷⁹⁷ MASSÉ (M.), « Garder espoir dans le droit » in LATARJET (B.) et al., *Le crime contre l'humanité : origine, état et avenir du droit*, actes du séminaire tenu à Izieu et à l'ENS de Lyon, 19 et 20 oct. 1996, éd. Comp'Act, 1998, p. 125 : « *Les Etats restent à l'origine du droit, mais (...) le droit peut prendre au mot les Etats : "Vous avez écrit cela, vous avez édicté cette règle, maintenant, on vous prend au mot"* », c'est-à-dire on vous enjoint d'exercer pleinement votre souveraineté.

⁷⁹⁸ En ce sens, V. l'article 16 de la Constitution française du 4 octobre 1958 soulevant l'existence d'une menace pour la souveraineté de la France en cas de risque d'inexécution de ses engagements internationaux.

⁷⁹⁹ GARAPON (A.), *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner. Pour une justice internationale*, Paris, Odile Jacob, 2002, p. 140.

⁸⁰⁰ Suivant les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 94 C. just. milit., l'action publique ne se prescrit pas en matière de désertion à bandes armées, de désertion à l'ennemi ou en présence de l'ennemi (C. just. milit., art. 408, 409 et 410) « *ou lorsqu'un déserteur ou un insoumis s'est réfugié ou est resté à l'étranger en temps de guerre pour se soustraire à ses obligations militaires* ».

⁸⁰¹ V. *supra*, n° (en note).

d'insubordination et du caractère inacceptable de la prescription de l'action publique. Le temps ne peut donc déposer son voile d'obscurité sur ces infractions qui tendent à affaiblir la puissance de commandement de l'Etat, qualité première de la souveraineté⁸⁰², et ne peut donc bannir en ce domaine l'exercice du droit de punir. Puisque ces actes atteignent ouvertement l'essence de l'Etat, il est naturel de rétablir la puissance souveraine par un exercice possible du droit de punir.

On s'aperçoit ainsi que le droit de punir garde une utilité fondamentale pour l'Etat. Mais si cette notion d'utilité sociale conserve une logique en matière d'infraction, elle ne semble pas l'entretenir en matière de sanctions pénales et plus précisément de mesures de sûreté.

2) *Utilité du droit de punir et imprescriptibilité des mesures de sûreté*

300. Prescription de la peine : retard dans la répression et inutilité sociale. – Une peine est prescriptible, c'est-à-dire qu'elle s'éteint suivant l'écoulement d'un certain délai dans la mesure où elle n'a plus de raison d'être⁸⁰³. Dans la mesure où son lien avec l'infraction est trop distendu, son objectif initial de répression et de maintien de l'ordre public ne peut être pleinement rempli. L'utilité sociale n'est plus d'une intensité telle que le droit de punir doive s'exercer après une longue période de vacances punitives. De plus, n'ayant pas mis en œuvre les actes d'exécution forcée, les autorités publiques se trouvent sanctionnées pour leur inaction⁸⁰⁴ ; leur action intervenant trop tard, une fois l'utilité sociale passée.

301. Imprescriptibilité souhaitée des mesures de sûreté. – Les mesures de sûreté, qui ont pour objectif affiché de prévenir, de protéger, de corriger et non de punir, joueraient un rôle fondamental en terme d'utilité sociale et ce malgré le passage du temps. Puisque la prescription est fondée, comme nous l'avons vu, sur l'inutilité du droit de punir, il est donc illogique de soumettre certaines mesures de sûreté au régime de la prescription puisque celles-ci sont, *a priori*, totalement étrangères à ce droit. La conclusion devrait donc être celle tenant

⁸⁰² Sur ce point, V. BODIN (J.), *Les Six Livres de la République*, op. cit., Liv. I, chap. VIII. V. également *supra*, n°

⁸⁰³ Restent toutefois imprescriptibles les peines prononcées suite à un crime contre l'humanité (C. pén., art. 213-5) ou à un acte de désertion ou d'insoumission dans les cas prévus à l'article 375 alinéa 2, C. just. milit.

⁸⁰⁴ La conséquence est que seules les peines nécessitant des actes d'exécution forcée sur la personne (peines privatives de liberté) ou sur les biens (peines pécuniaires) se trouvent soumises à la prescription. En revanche, les peines ou mesures privatives de droit (interdictions, incapacités, déchéances), soumises à aucune contrainte extérieure à elles-mêmes, résultant automatiquement ou expressément de la condamnation et ne nécessitant pas d'actes d'exécution forcée, ne sont pas prescriptibles. Sur ce point, V. PRADEL (J.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 763, p. 675.

à reconnaître à l'ensemble des mesures de sûreté le caractère imprescriptible – que celles-ci exigent ou non un acte d'exécution forcée⁸⁰⁵ – puisque ces mesures sont précisément liées à l'intérêt du délinquant. Cette conclusion devrait donc s'imposer pour des raisons d'utilité publique dans la mesure où les mesures de sûreté poursuivent une logique directe de prévention.

Malgré cela, on remarque que certaines de ces mesures restent prescriptibles, telles par exemple les diverses mesures intervenant en matière de sécurité routière⁸⁰⁶. Devant la finalité louable des mesures de sûreté, la raison commanderait de généraliser leur imprescriptibilité tout en permettant, lors de l'application effective de ces mesures, et compte tenu de l'incertitude quant à la dangerosité de la personne, de moduler leurs modalités d'application et leur ampleur. Cette imprescriptibilité assouplie et étendue à l'ensemble des mesures de sûreté permettrait alors de prendre acte tant des spécificités factuelles que de l'utilité sociale de ces mesures. Cette évolution paraît concevable à moins que cette absence de généralisation n'ait une origine plus profonde.

302. Imprescriptibilité illusoire des mesures de sûreté. – Si le principe de l'imprescriptibilité des mesures de sûreté n'a pu véritablement s'imposer de manière intangible, n'est-ce pas du à la nature même de ces mesures ? L'incertitude envers leur prescriptibilité ou leur imprescriptibilité ne provient que de l'ignorance de leur nature véritable ou de l'impossibilité à les intégrer dans le domaine répressif ou dans le domaine préventif. La tendance à refuser l'imprescriptibilité conduit à n'entrevoir en elles qu'un aspect prioritairement répressif et donc empreint de coercition. Négligeant la prévention, les mesures de sûreté seraient alors une forme particulière de peines ; l'imprescriptibilité ne se justifierait donc plus dans la mesure où, par leur caractère punitif, les mesures de sûreté se rapprocheraient du principe inhérent au droit de punir et aux peines *stricto sensu*, à savoir la prescription⁸⁰⁷. Mais s'interroger sur la substance – punitive – de la réaction sociale à travers

⁸⁰⁵ Le seul exemple de mesure de sûreté nécessitant un acte d'exécution forcée et imprescriptible est celui de la démolition de constructions édifiées illégalement et la mise en conformité des lieux. V. Crim. 23 nov. 1994, *Bull. crim.* n° 375 ; *Dr. pén.* 1995, comm. 72 (3^{ème} espèce), obs. J.-H. Robert.

⁸⁰⁶ V. Crim. 9 févr. 1994, *Bull. crim.* n° 62 ; *Dr. pén.* 1994, comm. 111 (pour l'interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis de conduire) ; Crim. 2 févr. 1983, *Bull. crim.* n° 44 ; *D.* 1983, p. 534, note J.-M. Robert ; *Gaz. Pal.* 1983.II.263, obs. J.-P. Doucet ; *Rev. sc. crim.* 1984, p. 98, obs. J. Robert et p. 301, note J. Laruier (pour l'interdiction de séjour).

⁸⁰⁷ Les peines sont en effet toutes prescriptibles ; les seuls cas d'imprescriptibilité que nous avons précisé, telles que les interdictions, incapacités, déchéances ne concernaient que des mesures pouvant être théoriquement qualifiées de mesures de sûreté. Cette distinction devient selon nous inopérante puisque les mesures de sûreté se

les mesures de sûreté revient déjà à esquisser le cadre coercitif dans lequel le droit de punir doit inéluctablement prendre corps.

– Section 2 –

Le droit de punir et la contrainte pénale

303. *Recours nécessaire à la double contrainte*⁸⁰⁸. – Un auteur présentait le droit de la façon suivante : « *Ce qui différencie essentiellement la règle de Droit des autres règles de vie, c'est qu'elle est susceptible de sanctions sociales, au besoin même coercitives* »⁸⁰⁹. Nous percevons déjà ici la distinction qui s'établit entre les concepts de *sanction* et de *coercition*. Le droit apparaît donc comme une discipline détentrice d'armes diverses pour assurer son respect. Ainsi, suivant cette même logique, considérer le droit pénal comme le réceptacle protecteur de la moralité sociale impose une manifestation spécifique de ce droit. Dès lors que les règles pénales traduisent l'importance de cette moralité, il s'avère indispensable d'attribuer au droit pénal les moyens nécessaires pour parvenir à l'imposition d'un respect incontestable de ces valeurs. La notion de contrainte, entendue dans son acception procédurale *stricto sensu*, apparaît donc en toute logique comme l'outil indispensable à l'effectivité des règles sociales établies. Nous avons vu en effet⁸¹⁰ que la contrainte avait une importance non seulement dans l'exercice du droit mais plus généralement dans la définition même du droit. Prenant les traits plus spécifiques de la sanction, la contrainte apparaît « *comme inhérente à la règle de droit* »⁸¹¹ et notamment pénale, poursuivant prioritairement un objectif répressif. Cette identité entre la sanction et le droit pénal, bien qu'étant en grande partie exacte, n'en demeure pas moins parcellaire. Elle occulte un pan entier de la notion de contrainte qui pourtant fonde l'un des piliers de l'édifice pénal. Elle exclut l'acception de la contrainte selon laquelle cette dernière est constituée de l'ensemble des moyens de coercition,

trouvent intégrées dans le régime prescriptible des peines. Le critère de l'acte d'exécution forcée ne serait alors plus d'aucune pertinence ; les mesures de sûreté, ne nécessitant aucun acte spécifique de contrainte, deviennent en effet soumises à la prescription au regard de leur teneur punitive.

⁸⁰⁸ Précisons, pour la suite de l'exposé, que nous utiliserons indifféremment les termes de *contrainte* et de *coercition*.

⁸⁰⁹ AULAGNON (L.), *op. cit.*, p. 29. V. également AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français*, *op. cit.*, p. 1 ; GARRAUD (R.), *Précis de droit criminel*, 1934, *op. cit.*, p. 7.

⁸¹⁰ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

⁸¹¹ TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n^o 31.

certes préalables à toute décision de justice, mais non moins intégrés et indispensables au droit pénal.

Ainsi, nous devons entrevoir la contrainte suivant une double approche, propre à retranscrire ses diverses formes. Eu égard à la décision de condamnation, elle intervient de ce fait *a priori* ou *a posteriori* – c'est-à-dire d'une façon immédiate ou médiate⁸¹² – et apparaît de ce fait durant toutes les phases d'intervention du droit pénal. Elle peut donc être analysée tout d'abord comme un acte coercitif préparatoire ou préliminaire à la phase de jugement : dans une telle situation le droit de punir est alors étranger à toute idée de contrainte et, consécutivement, à ce domaine précis du droit pénal ; cette coercition ne s'analysant nullement en une punition. La contrainte peut ensuite être perçue comme un acte punitif, faisant en cela référence au concept de sanction : dans ces conditions, le droit de punir recouvre une partie de la réalité pénale. De ce fait, si le droit de punir est incapable de rendre compte de l'exercice intégral du droit pénal du fait de son exclusion du champ de la coercition préparatoire (§ 1), nous serons amenés à le réintégrer dans la sphère pénale grâce notamment à un mode "finalisé" de coercition (§ 2). Ainsi, s'il existe des modes de contrainte sans punition, il ne saurait exister de punitions sans contrainte.

§ 1. – Exclusion du droit de punir du domaine de la coercition préalable

304. Exclure toute référence punitive de la phase procédurale antérieure au jugement relève, semble-t-il, de l'évidence. En effet, une punition ne peut être analysée comme un élément provisoire, utile à une finalité immédiate d'enquête, d'information ou de jugement. Le droit de punir doit, bien au contraire, être exclu de la coercition préliminaire et constituer la pièce maîtresse et définitive d'un processus pénal dont l'ensemble des objectifs a été atteint en l'absence précisément de punition. Le souci, à ce stade préalable du procès pénal *lato sensu*, n'est pas tant d'apporter une réponse pénale définitive à un acte infractionnel, mais bien plutôt de préparer le socle probatoire et l'environnement juridique propices au prononcé futur de la décision et de la sanction éventuelle. Ainsi, ce n'est nullement parce que l'Etat intervient dans la sphère pénale en exerçant une force qu'il exerce aussitôt son droit de punir. Certes il y a en matière de coercition une référence au monopole étatique (A) ; mais ce

⁸¹² V. BUISSON (J.), *L'acte de police*, thèse, Lyon-III, 1988, pp. 296-298, spéc. p. 297.

monopole ne peut en rien s'identifier à celui existant lorsqu'est exercé le droit de punir. Si les moyens mis en œuvre renvoient implicitement, par leur rigueur, au droit de punir, les finalités sont effectivement distinctes. Il n'y aurait donc, en matière de coercition préalable, qu'une référence trompeuse au droit de punir (B).

A. – Monopole étatique en matière coercitive

305. Retour de l'obéissance à la loi. – L'intervention exclusive du pouvoir étatique en matière de coercition pénale préparatoire peut se justifier par le fait que l'Homme, une fois son forfait accompli, refuse la plupart du temps toute responsabilisation, écartant toute « *servitude volontaire* »⁸¹³ permettant à la justice de se prononcer sans violence. Pourtant, il est indispensable de replacer l'Homme devant son acte⁸¹⁴ et de restituer une part de sérénité au procès pénal. Par la mise en œuvre d'actes coercitifs, l'Etat parvient à rétablir au sein de la justice pénale une obéissance à la loi que l'infraction avait réduite à néant. En d'autres termes, la coercition dite préparatoire – et strictement étatique – doit donc être perçue comme une « *réalité qui entraîne les hommes à faire ou à accepter ce qu'il ne désire pas* »⁸¹⁵, c'est-à-dire à participer à leur propre jugement.

A ce stade-ci de notre raisonnement, la question n'est pas encore celle de savoir ce qui différencie cette coercition avec le véritable droit de punir mais bien celle relative aux raisons déterminant l'intervention inéluctable de l'Etat. Ainsi, avant même d'analyser les divergences entre coercition et droit de punir, il convient pour l'instant de nous limiter à l'étude des éléments tendant à les rapprocher. Le monopole étatique est naturellement l'élément fédérateur de ce rapprochement, mais il convient de préciser que cet élément se dédouble : si seul l'Etat doit intervenir, c'est précisément parce qu'il a un intérêt particulier à le faire (1°) et qu'il est le seul à pouvoir efficacement agir (2°).

1°/ Intérêt exclusif de l'Etat en matière d'intervention coercitive

⁸¹³ LA BOÉTIE (E.), *Discours de la servitude volontaire*, Paris, éd. Payot, 1976.

⁸¹⁴ V. SUR CE POINT, SARTRE (J.-P.), *L'existentialisme est un humanisme*, Paris, éd. Nagel, coll. Pensées, 1970, p. 24 : « *Mais si vraiment l'existence précède l'essence, l'homme est responsable de ce qu'il est. Ainsi, la première démarche de l'existentialisme est de mettre tout homme en possession de ce qu'il est et de faire reposer sur lui la responsabilité totale de son existence. Et, quand nous disons que l'homme est responsable de lui-même, nous ne voulons pas dire que l'homme est responsable de sa stricte individualité, mais qu'il est responsable de tous les hommes* ».

⁸¹⁵ LOBROT (M.), *Pour ou contre l'autorité*, Paris, Gauthier-Villars, 1973, p. 115.

306. Double finalité de la coercition préliminaire : maintien et rétablissement de l'ordre public. – La coercition, qui s'exerce préalablement à toute décision juridictionnelle, a pour point d'ancrage une situation avérée ou redoutée, propice à déséquilibrer l'ordre public. La mise en œuvre de la force publique a donc pour finalité unique⁸¹⁶ ou première⁸¹⁷ le maintien de cet ordre qui suppose en son sein différents degrés : la coercition s'exerce de fait soit pour prévenir une atteinte à l'ordre public, soit pour mettre fin au désordre, soit encore pour parvenir à une connaissance précise des conditions de ce désordre, c'est-à-dire pour parvenir à la manifestation de la vérité. La distinction cardinale entre police administrative et police judiciaire se retrouve dans cette échelle. Le premier stade, se référant à la prévention, renvoie naturellement au concept de police administrative ; les deuxième et troisième stades, se référant à l'existence même d'une infraction pénale, correspondent au strict concept de police judiciaire. Pour établir cette distinction, « *le critère discriminant entre les activités de police* »⁸¹⁸ est dit "finaliste", c'est-à-dire attaché « *au but de la décision ou de l'opération en cause* »⁸¹⁹. Si l'objectif reste cantonné au maintien de l'ordre public ou si, au contraire, la contrainte est destinée à rétablir cet ordre, les actes ou les décisions de police seront administratifs ou judiciaires⁸²⁰.

Toutefois, cette *summa divisio* se trouve dépassée puisque, par ses divers aspects, l'ordre public doit être analysé comme une composante de l'intérêt général qui, suivant une acception plus large, est perçu comme un concept fédérateur.

307. Intérêt de la coercition préliminaire : garantie de la stabilité de l'Etat. – S'attacher à la notion d'ordre public permet d'établir l'intérêt que l'Etat possède lors de la mise en œuvre de la coercition préalable. L'ordre public, considéré comme l'institutionnalisation d'une paix sociale⁸²¹, reflète les caractéristiques essentielles d'une nation, d'un peuple et d'une culture, c'est-à-dire renvoie aux composantes fondamentales de l'Etat. Une interdépendance se développe alors entre l'Etat et l'ordre public : « *l'Etat [est] investi de la mission de maintenir l'ordre public, [et] celui-ci tend naturellement à préserver la stabilité de l'organisation*

⁸¹⁶ DECOCQ (A.), MONTREUIL (J.) et BUISSON (J.), *Le droit de la police*, Paris, Litec, 1991, n° 504.

⁸¹⁷ BUISSON (J.), *thèse précit.*, pp. 474- 508, spéc. p. 485.

⁸¹⁸ MICHEL (J.), « Concl. sous CAA Douai 18 juin 2002 (Police judiciaire et police administrative : les difficultés de la mise en œuvre du critère finaliste) », *Petites affiches*, 11 mars 2003, p. 10.

⁸¹⁹ *Ibid.* V. également MAISTRE DU CHAMBON (P.), « Observations hétérodoxes sur quelques évolutions de la procédure pénale », *Mélanges Pradel*, Paris, Cujas, 2006, spéc. pp. 399 et ss.

⁸²⁰ V. *infra*, n° .

⁸²¹ VINCENT-LEGOUX (M.-C.), *L'ordre public. Etude de droit comparé interne*, Paris, P.U.F., 2001, p. 397.

étatique »⁸²². Pour imposer un tel respect, la mise en place de mesures coercitives propres devient inéluctable. La coercition jouera donc le rôle de garantie de cet équilibre vital. L'Etat possède donc un intérêt spécifique à intervenir de manière coercitive dans la lutte pour le maintien de l'ordre public puisqu'en garantissant cet ordre, il se préserve lui-même ; cette préservation de l'Etat entraînant naturellement la protection de ses diverses composantes au titre desquelles se trouve l'ensemble des citoyens et de leurs attributs. Le risque étant alors de constater une ouverture de la notion d'ordre public⁸²³ et, par là, la multiplication des domaines d'intervention potentiels de la coercition préliminaire.

308. Evolution de la notion d'ordre public et risque d'extension de la coercition préliminaire. – Si cette coercition intervient effectivement lorsque sont menacées ou atteintes les « conditions essentielles à une vie convenable »⁸²⁴, nous sommes tentés de croire en une accentuation prochaine de telles incursions coercitives si les contours de l'ordre public se font plus extensifs⁸²⁵. Reconnaître plus largement la notion d'ordre public, tout en étant bénéfique pour le groupe social, entraîne corrélativement des potentialités plus larges pour les différentes formes de coercition. Cette conséquence ne saurait toutefois être perçue comme une régression sociale dans la mesure où cette contrainte, aux formes plus larges, interviendrait précisément pour éradiquer ou affaiblir tout risque de désordre. Cette inclination à la coercition, du fait même de son utilité sociale, ne se trouverait remise en cause que par la seule expansion inopportune de la notion d'ordre public. Fort heureusement, l'évolution du concept d'ordre public ne semble pas souffrir de tels dévoiements⁸²⁶, caractérisant en cela une efficacité réelle de l'intervention coercitive de l'Etat.

⁸²² VINCENT-LEGOUX (M.-C.), *ibid.*

⁸²³ VEDEL (G.), « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », *JCP* 1948.I.682.

⁸²⁴ VEDEL (G.) et DEVOLVE (P.), *Droit administratif*, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 8^{ème} éd., 1982, p. 61.

⁸²⁵ En matière de police administrative, le Conseil d'Etat a admis en qualité de composante de l'ordre public, le respect de la dignité de la personne humaine. V. C.E. Ass. 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge* (lancer de nain), *Leb.* p. 372 ; *RFD adm.* 1995, p. 1204, concl. P. Frydman ; *AJDA* 1995, p. 878, chron. Stahl et Chauvaux ; *D.* 1996, p. 177, note G. Lebreton ; *JCP* 1996.II.22630, note F. Hamon ; *Petites Affiches* 24 janv. 1996, note Rouault ; *Rev. dr. publ.* 1996, p. 536, notes Gros et Froment ; *G.A.J.A.* n° 119.

⁸²⁶ Les évolutions les plus caractéristiques, pouvant par exemple être relevées dans les arrêts *Société "les films Lutétia"* et *Commune de Morsang-sur-Orge* du Conseil d'Etat, ne paraissent pas détourner l'ordre public de son acception originelle ; le premier faisant effectivement référence à la projection de films « contraires à la décence et aux bonnes mœurs » et le second au "divertissement" nocturne de lancer de nains. Ces faits ont donné naissance à une modification de la notion d'ordre public qui reste dans la droite ligne de sa signification traditionnelle. C'est ainsi que la moralité publique et la dignité humaine ont été reconnues comme des composantes de l'ordre public. V. C.E. Sect. 18 déc. 1959, *Société "les films Lutétia"*, *Leb.* p. 693 ; *S.* 1960.94, concl. Mayras ; *D.* 1960, p. 171, note P. Weil ; *AJDA* 1960.I.21, chr. Combarrous et Galabert ; *Rev. adm.* 1960.31, note Juret ; *JCP* 1961.II.11898, note Mimin – C.E. Ass. 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, op. cit.

2°/ Efficacité exclusive de l'Etat en matière d'intervention coercitive

309. Que l'Etat ait l'exclusivité en matière d'*intérêt* à agir se comprend aisément de par l'objectif essentiel suivi par la contrainte. Mais soutenir ce point ne revient pas pour autant à avancer le fait que l'Etat ait l'exclusivité en matière d'*intervention* coercitive. La réalité suit toutefois une telle logique. L'Etat s'immisce directement dans le mécanisme de contrainte parce qu'il y possède certes un intérêt mais également et surtout parce que seule cette intervention aura une réelle efficacité. Quelles sont alors les raisons conduisant à cet état de fait ? Le caractère inévitable (a) et souverain (b) de la contrainte peut constituer la réponse essentielle à cette interrogation.

a. Efficacité de l'intervention étatique et présence inévitable de la contrainte

310. La règle de droit ne peut, à quelque titre que ce soit, faire l'économie de la contrainte⁸²⁷. Le « *citoyen peut obéir spontanément à la loi* »⁸²⁸, pour autant, « *la question reste posée de savoir si cette obéissance se produirait sans l'existence d'une coercition toujours possible* »⁸²⁹. Pouvons-nous raisonnablement croire que le citoyen respecterait ces règles avec la même intensité en l'absence de toute faculté de contraindre ? Rien n'est moins sûr. L'acte coercitif se présente ainsi comme une donnée consubstantielle à la règle de droit. Celui-ci permet en effet d'obtenir sinon un respect du moins un assujettissement direct (1) ou indirect (2) à la norme et parvient à travers cela à une garantie efficace de l'ordre préétabli. L'intervention étatique en matière coercitive possède donc cette qualité de mettre en avant ses bases normatives et d'assurer leur respect.

1) Assujettissement direct à la norme

311. Contrainte "directe". – La contrainte *directe* serait celle qui permettrait d'obtenir d'un individu une soumission à la règle de droit⁸³⁰. L'Etat est dans l'obligation d'user de la

⁸²⁷ Cette position contredit l'optimisme de ROUBIER pour lequel le « *recours à la contrainte n'est par hypothèse qu'exceptionnel* » (*op. cit.*, p. 32). *Contra*, V. BUISSON (J.), *thèse précit.*, p. 295 qui rétorque à Paul ROUBIER que « *la coercition (...) n'est aucunement "exceptionnelle" si on veut bien la resituer dans l'ensemble de la matière juridique sans la limiter à la mise en œuvre des décisions administratives* ».

⁸²⁸ BUISSON (J.), *Rep. pén.*, v° « Force publique », n° 70 ; du même auteur, V. également, *thèse précit.*, p. 860 et s.

⁸²⁹ *Ibid.*

⁸³⁰ La sanction *stricto sensu*, empreinte en toute logique de coercition, traduit peut-être le plus parfaitement cet assujettissement direct. Mais notre propos ne sera ici nullement dirigé vers cette contrainte bâtie sur une décision de justice mais bien au contraire vers l'utilité de l'exercice de la contrainte préparatoire, isolée de toute

contrainte avant tout jugement définitif dans le but précisément de parvenir à ce jugement dans les meilleures conditions juridiques possibles. La contrainte, mise en œuvre dans une optique déterminée, devient un impératif pour l'autorité étatique, détentrice de la force publique. L'acte de contrainte s'exerce ici dans une logique de maintien immédiat de l'ordre public ou dans la perspective de la phase de jugement qui ne peut véritablement se comprendre sans une étape préparatoire contraignante.

312. *Contrainte et maintien immédiat de l'ordre public.* – L'obligation d'accomplir un acte de contrainte se comprend aisément lorsque la coercition a pour fonction d'endiguer une atteinte immédiate à l'ordre public. La gravité de cette atteinte doit toutefois être d'une intensité telle que seul un acte de contrainte peut forcer les individus à un assujettissement à la règle. L'usage d'une arme par exemple, qui peut être définie comme l'acte de coercition par excellence, ne peut raisonnablement avoir pour origine qu'une stricte nécessité prescrite par l'importance des faits⁸³¹. Ce n'est donc qu'après appréciation de la part des juges, tant de la nécessité réelle que de la proportionnalité de la mesure prise, que la coercition sera ou non retenue comme une modalité légale et suffisamment efficace d'assujettissement direct à la norme.

313. *Contrainte et préalable au jugement.* – La soumission à l'ensemble des actes procéduraux menant jusqu'à la décision de justice reste le plus souvent une illusion. Pour accéder à une œuvre de Justice satisfaisante, le législateur a prévu des actes de contrainte. Ceux-ci renvoient notamment à l'ensemble des mesures limitant le droit à la sûreté reconnu constitutionnellement à chaque citoyen⁸³². Ce type de contrainte – comme par exemple la garde à vue, les perquisitions, la détention provisoire, les mandats, les mesures de contrainte envers les témoins défaillants – s'appuie exclusivement sur une exigence dont le cheminement correct vers le jugement et le rétablissement de l'ordre public restent les principaux objets⁸³³. Mais au-delà de cette fonction immédiate, la contrainte peut jouer un rôle plus subtil dans lequel la référence à un nécessaire respect des règles n'est qu'indirecte.

conception finalisée, c'est-à-dire sanctionnatrice ou punitive. Pour l'étude de l'exercice de la coercition reliée à l'existence d'une sanction, V. *infra*, n^{os} *et ss.*

⁸³¹ Sur l'usage des armes à feu par la force publique, V. CEDH 27 sept. 1995, *Mc Cann et a. c/ Royaume-Uni* – Crim. 27 janv. 1987, *Bull. crim.* n° 41 – Crim. 18 févr. 2003, *D.* 2003, p. 1317, note F. Defferrard et V. Durtette ; *Rev. sc. crim.* 2003, p. 387, note J. Buisson.

⁸³² V. les articles 2, 7, 8 et 9 de la DDHC, l'article 66 de la Constitution de 1958 et l'alinéa 7 de l'article préliminaire du Code de procédure pénale.

⁸³³ Nous pouvons citer, d'un point de vue administratif, d'autres atteintes à la sûreté ayant pour objet de préserver l'ordre public ; en est-il ainsi de l'hospitalisation d'office ou de la rétention administrative.

2) Assujettissement indirect à la norme

314. Contrainte et menace pour l'ordre public. – La notion de contrainte ne doit pas être strictement perçue suivant son acception classique, c'est-à-dire comme la mise en œuvre de la force publique suite à la commission d'une infraction ; la contrainte doit également prendre les traits de la réaction étatique face à un risque de trouble à l'ordre public. L'existence d'une infraction n'est plus une exigence pour l'application d'une coercition et, corrélativement, celle-ci n'est plus destinée à préparer un terrain procédural satisfaisant en vue d'un jugement. La contrainte joue ici un rôle de prévention ; la norme n'est pas encore atteinte par des comportements contraires mais un risque existe en ce sens. La seule possibilité donnée aux agents de la force publique de garantir le respect des règles, et finalement d'assujettir indirectement les citoyens à celles-ci, reste d'exposer ces derniers à une forme particulière de coercition. Cette modalité empêchera les comportements redoutés de s'exprimer et, de ce fait, garantira une pleine effectivité de la règle de droit. Toutefois, cette coercition préventive ne peut exister qu'autant qu'existent effectivement des risques d'atteintes à l'ordre public ; cette précision sauvegarde ainsi la condition *sine qua non* de nécessité. En est-il ainsi par exemple en matière de port de menottes. La Cour européenne des droits de l'homme rappelle en effet que « le port des menottes ne pose normalement pas de problème au regard de l'art. 3 de la Convention [de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales] lorsqu'il est lié à une détention légale et n'entraîne pas l'usage de la force⁸³⁴, ni l'exposition publique, au-delà de ce qui est raisonnablement considéré comme nécessaire »⁸³⁵. Cette mesure coercitive guidée par un risque de fuite ou par la dangerosité de l'individu se trouve donc légitimée si elle s'inscrit strictement dans le cadre de la nécessité.

315. Menace de contrainte et préservation de l'ordre public. – Plus largement, il est possible de croire en une qualité plus importante de la contrainte. Après avoir vu que la coercition peut s'exercer suite à la seule menace d'atteinte à l'ordre public, nous pouvons à présent avancer l'idée selon laquelle la simple menace de coercition permet d'assujettir les citoyens à la loi. C'est pourquoi, l'Etat conserve le souci permanent de laisser peser la menace coercitive, que celle-ci soit strictement limitée à la contrainte préalable⁸³⁶ ou qu'elle soit

⁸³⁴ Remarquons que la CEDH fait œuvre ici d'une certaine subtilité dans la rédaction de son arrêt. L'usage des menottes n'est certes pas la manifestation d'une violence exercée par les autorités publiques ; en revanche, nous ne pouvons nier le fait que cette mesure est une contrainte qui renvoie en toute logique au concept générique de *force*. Pour une distinction identique, V. BUISSON (J.), *thèse précit., passim* et spéc. p. 300.

⁸³⁵ CEDH 27 nov. 2003, *Hénaf c/ France* (c'est nous qui soulignons), *D.* 2004, p. 1196, note D. Roets.

également accoudée à la punition⁸³⁷. Cette forme de coercition a l'avantage de s'exprimer constamment – certes sous une forme atténuée et d'une intensité différente envers chaque citoyen – mais également de manifester une nouvelle fois l'omnipotence souveraine de l'Etat.

b. Efficacité de la contrainte et manifestation de la souveraineté pénale de l'Etat

316. L'Etat possède une fonction spécifique en matière de coercition dans la mesure où, nous l'avons vu, cette dernière permet de soumettre les citoyens à ses règles. Parallèlement, la contrainte trouve une efficacité particulière puisqu'elle constitue une représentation de la souveraineté pénale de l'Etat. A travers cette forme originale d'extériorisation, l'Etat parvient à démontrer son *summum imperium* (autorité suprême), sa *plenitudo potestatis* (plénitude de puissance). La contrainte favorise donc la démonstration du caractère souverain de l'Etat intervenant en matière pénale. Tout en étant bornée dans le strict cadre de la nécessité et de la proportionnalité, la contrainte est le mode d'expression exclusif de la souveraineté pénale⁸³⁸. Celle-ci s'exprime en effet à travers la force que la contrainte génère ; force ne pouvant être légitime qu'à partir du seul instant où elle émane de l'Etat⁸³⁹ puisque celui-ci impose que tout acte de coercition soit mis en œuvre en vertu d'une loi. Il s'agit d'un titre de contrainte qui, dans « *un Etat de droit, (...) est un moyen prévu par la loi d'employer la contrainte sur les personnes et/ou les choses, confié à la force publique qui en est le seul instrument* »⁸⁴⁰.

⁸³⁶ Les règles relatives aux témoins par exemple (C. pr. pén., art. 62 al. 2, 78, 109, 110, 153, 326, 438, 439 et D. 13 ; également C. pén., art. 434-15-1) permettent en effet de les dissuader de ne pas comparaître. Notons que la loi du 9 mars 2004 va plus loin puisqu'elle permet de contraindre à comparaître des témoins *susceptibles* d'être défaillants (C. pr. pén., art. 62, al. 2 *in fine*).

⁸³⁷ A titre d'exemple, la discipline pénitentiaire se présente comme la menace d'une sanction constamment brandie au-dessus de la personne exécutant une peine privative de liberté. Sur ce point, V. *infra*, n^{os} *et ss.*

⁸³⁸ J. BUISSON a d'ailleurs parfaitement démontré que la contrainte ne pouvait s'entrevoir autrement qu'à travers le prisme de la force publique qui reste « *un élément important de l'existence de l'Etat comme de son fonctionnement* » (*Rép. pén.*, op. cit., n^o 1). V. également HIRT (F.), « Du droit de la force publique », *Rev. dr. publ.*, 1954, p. 970 : « *on pourrait presque dire que [la contrainte] constitue une des raisons d'être de l'Etat* ».

⁸³⁹ Sur ce point, V. BURDEAU qui énonçait clairement que « *le droit de commander et de contraindre n'a qu'un titulaire permanent et exclusif, c'est l'Etat* » (*L'Etat*, Paris, Seuil, coll. Points Essais, 1970, p. 73). Du même auteur, *Traité de science politique*, t. II (L'Etat), Paris, L.G.D.J., 1980, p. 317. V. également GUINCHARD (S.) et al., *Droit processuel*, op. cit., n^o 783 : « *le juge étatique, et celui-là seulement, parce qu'il est un organe de l'Etat, est investi (...) d'une part de l'imperium étatique, c'est-à-dire d'une part du pouvoir de contrainte, qui est un attribut de l'Etat* » (notons que les auteurs font notamment référence ici à la contrainte affiliée à la punition) ; CORNU (G.) (sous la dir.), op. cit., v^o « Contrainte ».

⁸⁴⁰ DECOCQ (A.), MONTREUIL (J.) et BUISSON (J.), op. cit., p. 260. V. également BUISSON (J.), *Rép. pén.*, op. cit., n^o 78 ; *thèse précit.*, p. 577. En l'absence de loi spéciale, la technique de l'exécution forcée permet de pallier cette carence et de permettre à l'Etat de contraindre les citoyens à obéir à la loi. Cette possibilité, d'origine jurisprudentielle, provient du constat selon lequel « *la loi (...) doit être obéie, et [qu']elle [doit l'être] par la force s'il n'y a aucun autre moyen possible* » (LONG (M.) et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 11^{ème} éd., 1996, p. 63 (observations sous T. confl., 2 déc. 1902, *Société immobilière de Saint-Just*). Sur cet arrêt, V. S. 1904. 3. 17, concl. Romieu, note M. Hauriou ; D. 1903. 3. 41,

L'importance et l'omniprésence de l'Etat que nous présentons ici en matière coercitive ne saurait constituer un élément analogique avec le droit de punir. Que l'Etat intervienne de manière contraignante n'induit pas nécessairement qu'il exerce son droit de punir. S'il existe effectivement une analogie entre la contrainte préalable et le droit de punir – tous deux constituant des monopoles étatiques – de nombreuses dissemblances existent par ailleurs entre eux.

B. – Référence trompeuse au droit de punir en matière coercitive

317. Si la logique doit rester celle de l'exclusion du droit de punir de la contrainte préalable du fait de l'existence de nombreuses dissemblances entre ces deux concepts (1°), nous ne pourrions occulter en dernier lieu certaines correspondances (2°).

1°/ Dissemblances entre droit de punir et contrainte

318. Le droit de punir est écarté de la phase coercitive intervenant antérieurement au jugement pour une double raison. Tout d'abord, l'origine formelle de ces deux moyens de pression sociale diffère très largement (a). Ensuite, l'objectif poursuivi durant le stade préliminaire du procès pénal, ne saurait être matériellement rempli par l'exercice du droit de punir (b).

a. Origines formelles distinctes

319. Le droit de punir et la contrainte préalable nécessitent un titre spécifique garantissant ainsi la légalité et la légitimité de leur exécution. Qu'il soit question de la coercition préliminaire ou de l'acte définitif de punition, chacun prend naissance dans un acte juridique propre ; il s'agira d'un titre de contrainte pour la première (1) et d'une déclaration de culpabilité pour le second (2).

1) Coercition et titre de contrainte

320. *Précision et spécialité du titre de contrainte.* – En tant qu'expression de la souveraineté pénale, la coercition préalable exige un *titre* de contrainte. Celui-ci représente la justification de l'*acte* de contrainte exercé par la puissance publique. Toute forme de

concl. Romieu).

coercition constitue objectivement une restriction à l'exercice des libertés publiques nécessitant ainsi l'aval d'une disposition légale précise. Le titre légal de contrainte prévoira en effet la possibilité d'user de la contrainte dans certaines circonstances mais déterminera également les modalités d'application de celle-ci. Les mesures de coercition préalable ne peuvent donc être considérées comme des mesures s'exerçant de manière absolue et inconditionnée. Dès lors que les autorités publiques désirent mettre en mouvement une forme de contrainte préalable, elles ne peuvent faire l'économie de la recherche d'une autorisation légale spéciale, tournée précisément vers la situation de l'espèce à l'origine de l'exigence coercitive. L'intervention de la force publique se trouve conditionnée par un titre qui peut être soumis ou non à un acte juridictionnel⁸⁴¹.

321. Imprécision du titre de contrainte : recours à la nécessité et à la proportionnalité. –

La précision du titre de contrainte ne constitue pas une condition absolue. Certaines mesures coercitives peuvent en effet être prévues et reposer sur une disposition législative non détaillée. Dans ces hypothèses, l'intensité de la contrainte sera fonction des circonstances de l'espèce et sera, par voie de conséquence, imprévisible lors de la rédaction de la loi. Pour autant, cette contrainte indéterminée n'est pas laissée à l'arbitraire des protagonistes. Si une marge d'appréciation existe de leur part, en aucune façon ces mesures coercitives ne doivent dépasser ce qui est nécessaire pour le maintien de l'ordre public. Les conditions cardinales en matière de contrainte que sont la nécessité⁸⁴² et la proportionnalité prennent ainsi une importance toute particulière lorsque la contrainte ne possède aucun cadre légal précis. Ces conditions pallient cette carence et encadrent implicitement l'exécution de tout acte de contrainte préliminaire⁸⁴³. Cette délimitation se retrouve-t-elle en matière de punition ?

⁸⁴¹ A titre d'exemple, l'alinéa 1^{er} de l'article 63 C. pr. pén. relative au placement en garde à vue permet aux officiers de police judiciaire de restreindre le droit à la sûreté 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 ». Cette faculté, relevant naturellement du pouvoir de coercition, n'est subordonnée à aucune décision émanant de magistrat. Seule est prescrite une information auprès du procureur de la République « dès le début de la garde à vue ». Mais ce communiqué postérieur à la contrainte ne peut en toute logique être reconnu comme son fondement. L'alinéa 2 de l'article 63 en revanche, énonce clairement que « la garde à vue peut être prolongée (...) sur autorisation écrite du procureur de la République ». Dans ce cas précis, la mesure coercitive – le prolongement de la garde à vue – est soumise à un préalable judiciaire qui en constitue alors le fondement.

⁸⁴² Selon J. BUISSON, « la nécessité constitue, en toute hypothèse, une condition essentielle à la mise en œuvre de toute contrainte » (« Note sous Crim. 18 février 2003 (L'usage de l'arme à feu par les gendarmes) », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 391). Du même auteur et sur le point précis de l'indétermination possible de la contrainte : V. *thèse précit.*, op. cit., pp. 604 et ss.

⁸⁴³ Un exemple de cette possible imprécision peut être trouvé dans le traitement des attroupements, dont la différence principale avec une manifestation tient au fait que le premier génère intrinsèquement un trouble ou un risque de trouble à l'ordre public. Si l'article 431-3 C. pén. prévoit le recours à la force sans aucune autre précision sinon celle tenant aux motifs de ce recours (violences ou voies de fait exercées contre la force publique

2) Puniton et déclaration de culpabilité

322. Postériorité de l'acte punitif. – Le droit de punir ne peut formellement être mis en œuvre qu'après la déclaration de culpabilité dont fait l'objet la personne présentée devant les juges. Réponse à une responsabilité pénale, la puniton – prenant les traits de la sanction pénale⁸⁴⁴ – ne saurait s'exercer si cette responsabilité n'a pas été engagée et prouvée. Le procès pénal suit donc une trame constante. MM. STÉFANI, LEVASSEUR et BOULOC exposent cette structure de la manière suivante : « *Dans toutes les juridictions de jugement, c'est une seule et même délibération qui porte successivement sur les deux points : la culpabilité d'abord, la peine ensuite, à moins que le tribunal (...) n'ait statué que sur la culpabilité, ajournant la décision à prendre sur la peine* »⁸⁴⁵. Ainsi, qu'il y ait ou non unité de délibération, la puniton ne peut que suivre la décision quant à la culpabilité de la personne. Cette postériorité de la puniton sur la culpabilité se comprenant aisément par un simple recours à la logique. Comment imaginer le prononcé d'une peine sur une personne encore protégée par le principe de la présomption d'innocence ?

Parallèlement, et confirmant ce point, le Conseil constitutionnel souligne que la présomption d'innocence et la liberté individuelle ne sont pas atteintes si une puniton – prenant la forme d'un mandat de dépôt – intervient le jour de l'audience. En effet, cette mesure « *s'attache à une peine d'emprisonnement ferme prononcée par la juridiction répressive après que celle-ci [ait] décidé que la culpabilité du prévenu est légalement établie* »⁸⁴⁶.

323. Nécessaire individualisation de la peine. – Au-delà de l'évidente postériorité de la puniton, nous pouvons soulever un aspect plus technique. En vertu de l'article 132-24 C. pén., est mis en place un système de personnalisation des peines. Suivant ces dispositions, « *la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de*

ou moyen unique de défendre le terrain occupé), il est impératif de recourir à certains préalables (sommations). Ce n'est qu'en cas d'échec de ces préalables que la force pourra être utilisée. Rien n'est expressément énoncé quant aux mesures coercitives qui pourront être prises. En revanche, les conditions essentielles de la contrainte existent véritablement. L'échec des sommations rend effectivement compte de la nécessité de recourir à la contrainte. La première condition est donc établie. S'agissant de la proportionnalité, celle-ci sera contrôlée *a posteriori* et les faits révéleront ou non son respect. Sur l'ensemble de ce point, V. LEBRETON (G.), *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Paris, A. Colin, coll. U, 7^{ème} éd., 2005, pp. 512-513 ; LECLERCQ (C.), *Libertés publiques*, Paris, Litec, 5^{ème} éd., 2003, pp. 302 et ss. ; MONTREUIL (J.), *J.-Class. pén.*, v^o « Attroupements », n^{os} 1 à 7.

⁸⁴⁴ Sur ce point, V. *infra*, n^{os} et ss.

⁸⁴⁵ STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Procédure pénale*, op. cit., n^o 875, p. 841 (c'est nous qui soulignons).

⁸⁴⁶ Cons. const. 8 déc. 2005, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, déc. n^o 2005-527 DC, JO du 13 déc. 2005, p. 19162, consid. 5.

l'infraction et de la personnalité de son auteur »⁸⁴⁷. Si ces deux critères de personnalisation de la peine se dessinent progressivement lors du procès pénal – enquête, instruction, débats – ils ne deviendront incontestables qu'à partir du seul instant où sera précisée l'ampleur réelle de la responsabilité pénale de la personne. Ce sera donc bien la seule déclaration de culpabilité qui permettra d'adapter avec le plus d'exactitudes la punition à venir. Nous nous opposons donc à la technique de la césure du procès qui remet en cause l'interdépendance nécessaire entre la condamnation et la punition⁸⁴⁸. Celle-ci ne sera pleinement fondée et légitime qu'au regard de l'ensemble des éléments ayant conduit à une telle conclusion punitive. La punition ne saurait effectivement s'appliquer en toute indifférence aux données tant circonstancielles que subjectives contenues précisément dans la déclaration de culpabilité⁸⁴⁹. Mais entrevoir les qualités de la punition, n'est-ce pas déjà faire état de sa finalité ?

b. Finalités matérielles distinctes

324. Qu'il s'agisse de la coercition ou du droit de punir, il est permis de penser, au regard de tous les éléments énoncés précédemment, que leur objectif principal est la protection de l'ordre public. Défini comme « *le bon fonctionnement des institutions indispensables à la*

⁸⁴⁷ La loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales (JO du 13 déc. 2005, p. 19152) compléta l'article 132-24 en y adjoignant un nouvel alinéa rédigé comme suit : « *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* ». Sur cette nouvelle rédaction, V. spéc. RASSAT (M.-L.) et ROUJOU DE BOUBÉE (G.), « A propos de l'article 4 de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales », *D.* 2006, p. 593.

⁸⁴⁸ Cette technique consisterait à séparer la phase de déclaration de culpabilité de celle de la peine. La première ne devant être alors le résultat que de purs éléments factuels. La seconde en revanche pourra s'appuyer, très largement d'ailleurs, sur la personnalité de l'agent. La césure du procès pénal reviendrait donc à aseptiser la phase de déclaration de culpabilité et finalement rompre la cohérence globale de ce procès. Il paraît inconcevable pourtant que la personnalité d'une personne ne soit nullement prise en considération lors de la détermination de sa culpabilité dans la mesure où ce sera l'intensité de cette culpabilité qui dictera l'énoncé de la peine. Ainsi, refuser la prise en considération de la personnalité à une phase précise du procès revient à déstabiliser l'ensemble du procès pénal. Sur cette question de la césure du procès, V. ANCEL (M.) (sous la dir.), *L'individualisation des mesures prises à l'égard du délinquant*, Paris, Cujas, 1954, *passim.* ; CORNIL (P.), « La césure entre la condamnation et le prononcé de la peine », *Rev. pén. suisse*, 1955, p. 225 ; ANCEL (M.), « La césure du procès pénal », *Mélanges Huguency*, Paris, Sirey, 1964, p. 205 ; VITU (A.), « La division du procès pénal en deux phases », *Rev. int. dr. pén.*, 1969, p. 485 ; VERHAEGEN (J.), « La deuxième césure. A propos de la déclaration de culpabilité, notion complexe du jugement pénal » in RINGELHEIM (F.) (sous la dir.), *op. cit.*, p. 172 ; SAAS (C.), *L'ajournement du prononcé de la peine. Césure et recomposition du procès pénal*, Paris, Dalloz, 2004.

⁸⁴⁹ Paul CORNIL semble réfuter tout aspect subjectif de la première étape du procès pénal lorsqu'il écrit que « *la phase suivante de [la déclaration de culpabilité] consistera à choisir la peine. Tâche d'une tout autre nature, puisque nous passons de l'objectif au subjectif* » (*op. cit.*, p. 232).

collectivité »⁸⁵⁰, l'ordre public peut, à juste titre, apparaître comme la préoccupation principale des deux concepts qui nous occupent ici. Devant cette logique d'assimilation, des subtilités peuvent toutefois surgir. Si leur finalité absolue – c'est-à-dire vers ce à quoi ils tendent inexorablement – s'avère identique, leur finalité matérielle immédiate⁸⁵¹ diffère quelque peu. Ainsi, alors que la contrainte préalable, en ne poursuivant pas en elle-même une finalité, renvoie à une logique transitoire (1), la punition quant à elle s'inscrit pleinement dans une logique finalisée (2).

1) *Logique transitoire de la coercition préalable*

325. Dépendance de la coercition préalable envers le jugement. – Soumise au principe de la présomption d'innocence, la procédure pénale antérieure à toute condamnation exclut toute forme d'irrévocabilité. Le souci à cette phase du procès pénal *lato sensu* n'est pas d'apporter une réponse pénale définitive à un acte infractionnel, mais bien plutôt de préparer le socle probatoire au prononcé futur de la décision de condamnation et de la sanction éventuelle. Sa fonction n'est donc pas une fin en soi. Même si cette contrainte peut s'exercer dans le but précis d'atteindre un rétablissement immédiat – mais partiel – de l'ordre public, elle n'est qu'une étape vers le but ultime de la répression constituant quant à elle une stabilisation durable de la paix sociale. Les actes de contrainte préliminaire prescrits et accomplis n'ont pas pour vocation la réalisation d'un objectif autonome, c'est-à-dire étranger à toute référence au jugement futur. Ils sont donc subordonnés à l'accomplissement ultérieur de cette œuvre juridictionnelle définitive. Comme nous l'avons dénommée, la coercition n'est que le préalable, la préparation de la seconde phase de la procédure pénale et non la manifestation d'une force ayant une raison d'être propre et indépendante de toute perspective de jugement.

Précisons toutefois que si cette contrainte doit être présentée comme une étape de la procédure pénale, ayant une position intermédiaire entre l'infraction et la punition, aucune automaticité ne saurait exister entre l'acte de contrainte préalable et la décision juridictionnelle, qui ne demeure qu'une éventualité. Il y a certes une dépendance entre ces deux étapes, mais il ne s'agit que d'une simple dépendance artificielle dans la mesure où la contrainte exercée pour la préparation de la phase ultérieure pourra dans certains cas n'être suivie d'aucun jugement. Son fondement est alors à rechercher dans la simple éventualité

⁸⁵⁰ MALAURIE (Ph.) cité in CATALA (P.), « A propos de l'ordre public », *Mélanges Draï*, Paris, Dalloz, 2000, p. 511 et s.

⁸⁵¹ M. BUISSON parle quant à lui de « *finalité intermédiaire* » (*thèse précit.*, pp. 592 et ss.).

d'une seconde phase procédurale, la « *phase décisoire du procès* »⁸⁵². La coercition préalable ne jouit pas pour autant d'une réelle autonomie puisqu'elle n'existe que dans l'optique, certes encore imprécise voire inaccessible, de parvenir à une phase ultime de répression. Sa logique fonctionnelle reste donc profondément transitoire.

326. *Indépendance de la coercition préalable envers la répression.* – Enoncer que la contrainte est au service de la répression ne saurait signifier que la coercition préalable est elle-même répressive. Cette assimilation est à bannir puisque cela reviendrait à confondre deux phases procédurales aux finalités matérielles immédiates distinctes. Cette précaution est d'autant plus importante que la décision juridictionnelle peut, elle aussi, être totalement étrangère à toute référence répressive. Si la coercition prépare à la réalisation de la phase de jugement, elle ne prépare pas automatiquement à la phase répressive. L'ensemble des actes de police effectués avant le jugement trouvent logiquement une utilité certaine pour la phase décisoire du procès ; mais dans l'éventualité d'une relaxe ou d'un acquittement ces éléments n'ont naturellement aucune résonance dans une quelconque phase répressive. La coercition peut donc se trouver très éloignée du concept de répression, laquelle doit dès lors être entendue comme la seule phase de punition, possédant une finalité propre.

2) *Logique finalisée de la punition*

327. *Postériorité de l'acte punitif.* – Bien que ce point fera l'objet de développements ultérieurs⁸⁵³, précisons déjà le décalage immédiat qui existe entre la punition et la coercition préalable. La principale différence tient à ce que la première est soumise à une forte obligation, celle de constituer l'acte final du procès pénal⁸⁵⁴. Dès lors que le juge décide de prononcer une peine, il décide dans le même temps de mettre un terme définitif à l'ensemble

⁸⁵² PRADEL (J.), *Procédure pénale*, op. cit., p. 830.

⁸⁵³ V. *infra*, n^{os} *et ss.*

⁸⁵⁴ En ce sens, V. RENAUT (M.-H.), « Le droit de grâce doit-il disparaître ? », *op. cit.*, p. 579, note n° 26 : « *L'épée ne lui [le roi] est remise qu'après la main de justice, pour bien montrer qu'elle doit servir à l'exécution des arrêts de sa justice* ». Notons toutefois que la distinction entre la main de justice et l'épée peut, en ce qui concerne la peine, ne pas être si franche. L'épée, entendue comme le pouvoir souverain de faire la guerre, se sépare très sensiblement de la main de justice. En revanche, s'agissant du pouvoir d'infliger une peine, il paraît plus critiquable de le séparer de l'œuvre de justice ; la peine participant très sensiblement à celle-ci par les diverses fonctions qui lui sont assignées. Sur le caractère nécessairement postérieur de la sanction, V. par exemple la définition qu'en donnait le doyen CARBONNIER. Selon cet auteur, la sanction doit être entendue comme « *toute réaction de la société (ou d'un groupe) à certaines conduites, réaction d'approbation ou de réprobation qui tend à encourager ou à combattre cette conduite* » (*Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2^{ème} éd., 2004, p. 330).

de la procédure pénale et de résoudre pleinement le litige⁸⁵⁵. Une fois la punition décidée, c'est-à-dire dès le choix de la nature et de la mesure de la peine, et une fois celle-ci mise à exécution, aucun retour sur la culpabilité ne peut avoir lieu⁸⁵⁶. Cela se comprend aisément à la lecture de l'article 132-24 C. pén. : compte tenu de l'importance de la personnalité de l'auteur, de la gravité de l'infraction et du degré de responsabilité de l'agent dans la détermination des divers contours de la peine prononcée, il s'avère naturel de percevoir cette dernière comme la conclusion répressive de la phase juridictionnelle où se mêlent ces divers éléments. En amont de cette conclusion, nulle répression n'est perceptible dans les actes juridictionnels antérieurs, sinon une simple coercition garantissant un déroulement correct des débats⁸⁵⁷. Coercition et punition sont donc proches temporellement l'une de l'autre. Mais proximité ne signifie pas assimilation quand bien même des correspondances peuvent finalement être relevées entre le droit de punir et la contrainte.

2°/ Correspondances entre droit de punir et contrainte

328. Tout rapprochement entre le droit de punir et la contrainte peut sembler à première vue paradoxal. Pourtant, à considérer plus intensément ces concepts, on s'aperçoit que des recouvrements peuvent s'effectuer. Tout d'abord, un lien peut être établi sur la base des fondements animant le droit de punir et la coercition préalable. Dans les deux cas, c'est la nécessité de maintenir la paix publique grâce à l'intervention de l'Etat qui guide l'action de la puissance publique⁸⁵⁸. Ensuite, une corrélation s'instaure grâce à l'analyse de certaines caractéristiques du droit de punir et de la coercition préalable. Si l'on considère la fonction préventive de cette contrainte, un rapport peut effectivement s'effectuer (a). Le lien le plus

⁸⁵⁵ Sur la présentation du droit de punir de nature pénale, et plus précisément du jugement pénal, comme une résolution véritable d'un conflit, V. *infra*, n^{os} *et ss.*

⁸⁵⁶ Une interrogation peut surgir s'agissant des voies de recours. Une peine a été prononcée suite à la mise en évidence de la responsabilité pénale de la personne et pourtant une remise en cause de celle-ci peut intervenir. La résolution à cette problématique peut être trouvée, s'agissant de l'appel et du pourvoi en cassation, dans leur effet suspensif (C. pr. pén., art. 506 et 569 al. 1^{er}). La décision n'est pas exécutée, c'est-à-dire que la punition n'est pas mise en oeuvre. Si la personne se trouve placée en détention provisoire, elle restera en prison en conservant le statut de prévenu. Elle ne sera donc pas emprisonnée au titre de sa condamnation pénale, puisque n'étant pas définitive, elle n'existe toujours pas juridiquement.

⁸⁵⁷ Citons notamment la possibilité pour les juridictions de jugement de prendre un mandat d'arrêt (C. pr. pén., art. 465, 469 et 519) ou d'amener (C. pr. pén., art. 310) ou encore de prendre des mesures de contrainte à l'égard de témoins défaillants (C. pr. pén., art. 326, 438, 439 et 536).

⁸⁵⁸ Intéressant les fondements et non l'expression du droit de punir, cette question n'a pas à être développée ici.

flagrant tient toutefois à la similitude de l'intensité matérielle des mesures coercitives et punitives (b).

a. Rapport entre le caractère préventif de la contrainte préalable et le droit de punir

329. Possibilité d'une logique finalisée de la coercition préalable. – Comme nous l'avons vu, la fonction principale de la coercition préalable tient à son caractère transitoire, c'est-à-dire d'aide à l'élaboration d'une phase décisive ultérieure. Mais la coercition peut également avoir un rôle préventif. *A priori*, aucun rapport n'est alors possible entre le droit de punir et la contrainte dans la mesure où la punition reste éloignée de toute idée préventive et, parallèlement, la coercition préalable n'a pas de caractère répressif⁸⁵⁹.

Un rapprochement peut toutefois intervenir. Nous avons admis précédemment que la contrainte poursuivait une logique transitoire alors que la punition avait seulement une logique finalisée. Or, il est des cas dans lesquels la coercition préalable suit, à l'image de la punition, un objectif qui lui est propre, c'est-à-dire finalisé. C'est le cas de la coercition préventive. Conclure à une nature non finalisée pour une partie de la contrainte préalable ne revient donc pas à exclure toute possibilité de finalité propre pour une autre partie de celle-ci. La coercition peut parfois suivre une logique finalisée comme cela se manifeste en matière de protection de l'ordre public contre tout risque de trouble.

330. Logique finalisée de la police administrative et contrainte. – C'est dans le cadre de la police administrative que la prévention devient le maître mot de l'action de la force publique. Pour autant, le terme *prévention* n'exclut pas la coercition ; cette dernière étant l'une des manifestations de la prévention. Ainsi, restant dans une sphère coercitive – et non répressive – nous observons l'accomplissement d'actes de contrainte ayant une finalité autonome, indépendante de toute phase juridictionnelle ultérieure. Sur ce point, les contrôles d'identité constituent une parfaite illustration de la dualité coercitive de la force publique. Alors que les alinéas 1 et 2⁸⁶⁰ de l'article 78-2 C. pr. pén. rendent compte des contrôles effectués dans le cadre de la police judiciaire⁸⁶¹, les dispositions du troisième alinéa au contraire s'intéressent

⁸⁵⁹ V. *supra*, n° . V. également BUISSON (J.), *thèse précit.*, pp. 160 à 173 et spéc. p. 168 : « Non, la police n'est pas "répressive", elle n'est que coercitive ».

⁸⁶⁰ Sur la qualification judiciaire de ce type de contrôles, nous nous reporterons aux discussions sur le projet de loi devenu la loi n° 93-992 du 10 août 1993, *JOAN (CR)*, 2^{ème} séance du 10 juin 1993, p. 1345.

⁸⁶¹ Contrairement à ce qu'énonce le Pr. PRADEL, nous considérons que ces actes sont coercitifs même si la liberté des citoyens n'est que légèrement entravée. Comme les contrôles d'identité n'imposent en eux-mêmes aucune

au contrôle administratif et précisent que le contrôle d'identité peut être effectué « *pour prévenir une atteinte à l'ordre public* ». Bien que cette disposition soit très explicite quant à la finalité de la mesure, une incertitude en revanche semble régner s'agissant des modalités d'application. La question que nous sommes alors en droit de nous poser est la suivante : un tel contrôle administratif peut-il user de la contrainte ? Si rien n'est clairement énoncé sur ce point⁸⁶², il est possible de penser que le contrôle, même préventif, reste un acte de police, engendrant une restriction, aussi minime soit-elle, de la liberté individuelle. Ainsi, nous ne pouvons que conclure à l'existence de coercition dans la phase de police administrative. Cette coercition s'inscrit donc dans une pure logique de prévention, c'est-à-dire qu'elle est étrangère à toute infraction pénale et à toute phase juridictionnelle et répressive future. Si un jugement pourra effectivement être prononcé, il ne constitue pas le fondement même du contrôle de police administrative qui possède une raison d'être spécifique, totalement indépendante, et se rapprochant par là de l'esprit finalisé qui caractérise la punition. Mais n'y a-t-il pas un autre critère de rapprochement, moins abstrait que cette comparaison des finalités respectives des concepts ?

b. Rapport entre l'intensité matérielle de la contrainte préalable et du droit de punir

331. Si l'exclusion du droit de punir du domaine de la contrainte préalable doit rester le principe, celui-ci doit toutefois être tempéré puisque nous ne pouvons nier le fait que le spectre du droit de punir peut, dans une certaine mesure, envahir la coercition préliminaire. Mais de quelle manière le droit de punir s'immiscerait-il dans la contrainte préalable ? La réponse est à rechercher dans la gravité des mesures prises. L'intensité respective de la contrainte et du droit de punir semble se rapprocher dans la mesure où ces concepts font identiquement référence à la notion de force et développent une gravité matérielle comparable.

réention, le Pr. Jean PRADEL estime qu'ils « *ne sont pas coercitifs* » (*Procédure pénale*, op. cit., n° 520, p. 461) contrairement aux vérifications d'identité. Cet auteur semble entrevoir la notion de coercition d'une manière restrictive comme la seule contrainte physique, alors que cet aspect n'est qu'une composante des mesures coercitives (sur ce second aspect de la contrainte, V. *infra*, n°). *Contra*, V. MAYER (D.), « Prévention et répression en matière de contrôle d'identité : une distinction trompeuse », *D.* 1993, chron. p. 273. L'auteur précise que « *par essence, le contrôle d'identité touche la liberté de la personne* ».

⁸⁶² Pour une approche plus subtile de l'inexistence de coercition dans le domaine des contrôles administratifs, V. BUISSON (J.), *J-Class. pr. pén.*, v° « Contrôles et vérifications d'identité », fasc. 10, n°s 4 à 6.

332. Contrainte et force. – Qu'elle s'exerce dans le cadre de la police administrative ou dans le cadre de la police judiciaire, la coercition préalable doit constamment œuvrer avec une certaine force. Le problème étant alors de savoir quels sont les différents contours de l'idée de *force*. Une dualité semble se dessiner. Cette force sera parfois très réduite ; dans d'autres situations au contraire elle deviendra plus franche.

La première situation ne paraît pas immédiatement accessible ; elle concerne les cas de pressions psychologiques dans lesquels nous ne pensons pas pouvoir ignorer le concept de force. Celle-ci ne peut se contenter d'une manifestation strictement matérielle. Le croire serait cantonner l'homme dans sa seule composante organique, physique, purement corporelle sans prise en considération de son esprit, de sa psychologie ainsi que de ses craintes ou de ses remords. La coercition use *toujours* de force même si celle-ci n'est que morale ; elle constitue alors une véritable pression psychologique qui ne peut être que contraignante. La seconde hypothèse en revanche ne pose pas de difficultés particulières. Elle concerne les divers cas d'usage de la force physique. Même s'il est vrai que la « *contrainte existe effectivement en dehors de l'usage de la force physique* »⁸⁶³, force est toutefois d'admettre que cette stricte matérialité constitue l'extériorisation la plus représentative de la notion de contrainte. Cette référence à la force physique renvoie inmanquablement à l'expression de Max WEBER qui utilisait le concept de *violence physique légitime* qui, nous l'avons déjà précisé⁸⁶⁴, rend compte du monopole étatique en matière de punition. Reprendre ce concept, en matière de coercition préalable, revient donc à resserrer les liens entre celle-ci et le droit de punir sur la base exclusive de leur gravité matérielle. Si l'on s'intéresse effectivement à certains actes de contrainte préalable, certains rapprochements deviennent manifestes et l'identification de cette dernière avec le concept de punition peut être envisagée.

333. Détention provisoire. – Il paraît très délicat de ne pas percevoir dans l'exécution de cette mesure une intensité matérielle qui ne se rapproche pas de celle discernable en matière de peine privative de liberté. La nature – c'est-à-dire la restriction effective de la liberté d'aller et venir – ainsi que la durée de ces deux types de détention peuvent être comparables. Dans sa modalité d'exercice, la détention provisoire peut donc s'identifier à la punition. L'imputation de la durée de la détention provisoire sur la durée totale de la peine prononcée⁸⁶⁵

⁸⁶³ BUISSON (J.), *thèse précit.*, p. 443. V. plus généralement pp. 442 et ss.

⁸⁶⁴ V. *supra*, n° .

⁸⁶⁵ C. pr. pén., art. 716-4, al. 1^{er}.

atteste parfaitement de la similitude entre la gravité de ces deux mesures. En revanche, s'agissant de leur finalité respective, aucun rapprochement n'est possible. La détention provisoire est imposée par les strictes nécessités de l'instruction et, en aucune façon, cet objectif ne peut semble-t-il être assimilé à de pures finalités punitives. Si ce constat reste vrai dans la très grande majorité des cas, précisons tout de même que la détention provisoire prend parfois les traits d'une sanction. En cas de révocation du contrôle judiciaire⁸⁶⁶, la mise en détention provisoire peut effectivement être perçue comme une punition face au non-respect par la personne mise en examen de ses obligations⁸⁶⁷.

334. Cautionnement. – Si nous nous intéressons à la mesure de cautionnement, le rapport entre la contrainte préalable et le droit de punir s'intensifie encore davantage. Cette mesure, pouvant être définie comme « *la consignation par la personne mise en examen, entre les mains du greffier, d'une partie de sa fortune* »⁸⁶⁸, peut largement s'identifier à une punition. Le cautionnement a une double finalité : il garantit d'une part la représentation de la personne mise en examen à tous les actes de la procédure et le respect par celle-ci de ses diverses obligations et, d'autre part les intérêts tant de la victime que du Trésor public (C. pr. pén., art. 142). L'effort financier que devra effectuer la personne se rapproche matériellement de celui pouvant être réalisé par une personne condamnée au versement d'une amende. Ainsi, l'intensité de la mesure se lie à celle de la punition.

Mais le parallélisme, en ce qui concerne le cautionnement, ne s'arrête pas à cette approche matérielle et nous pouvons élargir le lien avec la punition en recourant au critère relatif à la finalité de la mesure. Si le premier objet du cautionnement reste purement procédural, le second en revanche jouit d'une finalité quasi-punitiv⁸⁶⁹. Le versement de la somme a un lien direct avec la sanction qui sera éventuellement prononcée et constitue même un début d'exécution de cette sanction. La similitude entre les finalités assignées au cautionnement et à l'amende et le rapport existant entre ces mesures ne sauraient être plus nets. La coercition

⁸⁶⁶ C. pr. pén., art. 141-2, 141-3 et 143-1, dernier al.

⁸⁶⁷ V. GUINCHARD (S.) et BUISSON (J.), *Procédure pénale*, Paris, Litec, 3^{ème} éd., 2005, n° 1630 : « *la détention provisoire demeure possible sans condition de peine ou de finalité, lorsqu'elle sanctionne la violation volontaire, par la personne qui y était soumise, des obligations du contrôle judiciaire* » (c'est nous qui soulignons).

⁸⁶⁸ PRADEL (J.), *Procédure pénale*, op. cit., n° 732, p. 641.

⁸⁶⁹ Précisons toutefois qu'est inclus dans le premier objectif du cautionnement la garantie de l'exécution du jugement et, le cas échéant, des autres obligations pouvant être imposées à la personne. Ceci s'apparente également à une forme de punition, ce qui prouverait alors la nature punitive des deux objectifs poursuivis par cette mesure.

préalable et la répression s'avèrent ainsi très proches l'une de l'autre. Mais cette proximité conduit-elle pour autant à une confusion des termes ?

335. *Rapprochement ou confusion ?* – S'il peut effectivement exister des similitudes évidentes entre les diverses mesures, nous ne pouvons conclure catégoriquement à une assimilation des deux concepts. Leur distinction s'est bâtie sur un faisceau de critères et la gravité matérielle des mesures ne peut entraîner à elle seule la confusion de la contrainte et du droit de punir. Ainsi, ce n'est nullement parce que l'Etat intervient dans la sphère pénale en exerçant une force certaine qu'il exerce aussitôt son droit de punir. La coercition préalable existe sans nullement avoir recours au droit de punir. En revanche, le droit de punir ne saurait faire l'économie d'une certaine forme de coercition.

§ 2. – Immixtion de la coercition dans le droit de punir

336. *Persistance de la contrainte.* – Si le droit de punir ne remplit aucune mission préalablement à l'acte de jugement⁸⁷⁰ – malgré la projection de son ombre sur certaines mesures coercitives⁸⁷¹ – sa présence ultérieure constitue un élément fondamental pour la souveraineté pénale de l'Etat. Nous avons vu précédemment que le droit de punir avait une fonction symbolique envers le droit pénal, cette fonction ne pouvant trouver une pleine signification qu'au regard d'une certaine matérialité, prenant alors les traits de la sanction pénale, indissociable de la notion de contrainte ou de coercition⁸⁷². Au-delà même du jugement, nous constatons une persistance de l'idée de contrainte. Puisqu' « *une sanction est un mal infligé à une personne comme conséquence d'un acte contraire au droit* »⁸⁷³, il apparaît inéluctable en effet de recourir à une action coercitive propre à garantir ce prononcé. Le droit de punir, par la sanction qu'il génère, garantit alors l'intégrité du droit pénal ; le doyen DECOCQ précise d'ailleurs sur ce point que « *la spécificité du droit pénal s'impose, dès*

⁸⁷⁰ Dans la mesure où ce droit est nécessairement postérieur à l'œuvre de justice : V. *supra*, n° .

⁸⁷¹ V. *supra*, n°s *et ss.*

⁸⁷² V. notamment KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, op. cit., pp. 70 et ss. : « *Dans le domaine du droit (...) un acte de contrainte (...) est appelé sanction* » (p. 70) ; ROUBIER (P.), op. cit., n° 5 ; DECOCQ (A.), *Droit pénal général*, op. cit., p. 13 : « *Sa spécificité [de la sanction pénale] réside peut-être, déjà, dans son caractère contraignant (...) Certes, dans l'opinion la plus courante, sanction et acte de contrainte sont tenus pour synonymes (...) celle-ci [la sanction pénale] est, par essence, acte de contrainte (...)* » ; JESTAZ (P.), « La sanction ou l'inconnu du droit », op. cit., passim ; DEBUYST (C.), DIGNEFFE (F.) et P. PIRES (A.), op. cit., p. 29 : « *La sanction renvoie à la dimension coercitive de tout le système de droit organisé (...)* ».

⁸⁷³ ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, op. cit., p. 54 (c'est nous qui soulignons).

l'abord, par sa sanction »⁸⁷⁴. En conséquence, la sanction pénale poserait les frontières du droit pénal et, dès lors qu'il n'y aurait plus de sanction pénale théoriquement prévue, il n'y aurait plus de droit pénal.

337. Notre préoccupation n'est plus celle de savoir quelle est la fonction principale de la sanction dans l'Etat de droit⁸⁷⁵ ; nous devons à présent nous pencher plus intensément sur la teneur même de la notion, parfois indiscernable, de *sanction pénale* et percevoir si celle-ci peut se confondre avec le concept de punition, c'est-à-dire être l'expression parfaite du droit de punir. Pour échafauder ces deux points, nous devons prendre appui sur deux conceptions distinctes de la sanction qui, malgré cette différence, suit deux logiques interdépendantes. Ainsi, des éléments de définition tant formels (A) que substantiels (B) devront être avancés afin de discerner le plus nettement possible le concept de sanction pénale et d'avoir ainsi une vue authentique de la manifestation du droit pénal grâce au droit de punir.

A. – Conception formelle de la sanction pénale

338. Le concept de contrainte, entendue comme la manifestation d'une certaine force, ne se retrouve pas de manière franche dans cette conception. Pour autant, si nous ne pouvons relever ici l'existence de la contrainte, nous ne pouvons nier l'existence de *certaines* contraintes dans la détermination du concept de sanction pénale. Prises dans leur seconde acception comme « *l'obligation à laquelle on doit se soumettre* »⁸⁷⁶, des contraintes tant textuelles (1°) qu'organiques (2°) interviennent pour définir les contours de cette notion.

1°/ Contraintes et exigences textuelles dans la définition de la sanction pénale

339. Nulla poena sine lege. – Nul ne saurait nier l'exigence selon laquelle la sanction pénale doit nécessairement présenter un caractère légal. Compte tenu du principe de légalité régnant sur le droit pénal, aucune sanction ne peut exister si elle n'a pas été légalement

⁸⁷⁴ DECOCQ (A.), *Droit pénal général*, op. cit., p. 13. Sur cette idée de reconnaissance de la spécificité du droit pénal grâce à la sanction pénale, V. également LARGUIER (J.), *Le droit pénal*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 10^{ème} éd., 1990, p. 77 : « *C'est la peine [sanction pénale] qui donne son aspect fondamental au droit pénal* » ; DESPORTES (F.) et LE GUNEHÉC (F.), op. cit., n^{os} 22 et 23. ; CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, op. cit., n^o 441 : « *La sanction pénale constitue, d'un certain point de vue, l'élément fondamental, parce que déterminant, au sens premier du terme, de l'infraction* ». Pour une approche plus nuancée, V. ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, op. cit., p. 72 : « (...) la pénalité (...) est l'élément déterminant, quoique à lui seul non suffisant, du texte répressif ».

⁸⁷⁵ Sur ce point, V. *supra*, n^{os} *et ss.*

⁸⁷⁶ Dictionnaire Hachette, v^o « Contrainte ».

prévue. Suivant l'adage latin *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, le principe de légalité demeure l'élément essentiel de définition de la sanction⁸⁷⁷. Consacré par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen en son article 8⁸⁷⁸, ce principe ne semble souffrir d'aucun tempérament tant il est synonyme de certitude, d'équité et de justice. Ainsi, aucune inconstance ne semble aujourd'hui permise sur la définition de la sanction pénale. Il suffit d'entreprendre une lecture de la loi – les articles 131-1 et suivants du Code pénal – pour savoir non seulement ce qu'est véritablement une sanction pénale mais également pour déterminer quelle est la nature de l'infraction en cause (crime, délit ou contravention). Mais pour que puisse s'effectuer une telle lecture, le législateur a dû prouver tant la nécessité (a) que la proportionnalité de la peine (b) constituant ainsi les conditions légales d'existence de la sanction pénale.

a. Nécessité de la sanction pénale

340. Le principe de nécessité de la sanction pénale apparaît comme un concept ambivalent (1) dont il conviendra de mettre en évidence le véritable fondement (2).

1) Ambivalence du principe de nécessité de la sanction pénale

341. Solidarité entre la nécessité et la proportionnalité de la sanction pénale. – La nécessité de la sanction pénale n'apparaît pas de prime abord comme un principe autonome. Déjà, la rédaction de l'article 8 DDHC laissait présager sa dépendance envers le principe de proportionnalité. Dès lors, aujourd'hui, il est classique de reconnaître que « *le principe de nécessité des peines qui s'impose au législateur doit également inspirer l'appréciation du juge en matière de recherche d'une sanction proportionnée à la faute pénale, dans les limites définies par le code pénal* »⁸⁷⁹. La nécessité ne deviendrait alors qu'un élément d'évaluation

⁸⁷⁷ MM. MERLE et VITU évoquent à ce sujet un véritable « *monopole du législateur dans la création du droit criminel* » et donc dans la prévision des sanctions pénales (*Traité de droit criminel*, t. I, *op. cit.*, n° 155). V. également JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (L.), *De la règle « nulla poena sine lege »*, thèse, Paris, 1910.

⁸⁷⁸ DDHC, art. 8 : « *La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* ». V. sur ce point, DELMAS-SAINT-HILAIRE (J.-P.), « 1789 : un nouveau droit pénal est né », *Mélanges Jaubert*, Presses universitaires de Bordeaux, 1992, p. 161. Le texte de la DDHC se voulait notamment le réceptacle des idées nouvelles en matière de droit de punir, notamment celles issues de la pensée de Cesare BECCARIA qui « *formule l'éthique punitive de l'Etat de droit qu'instaurera la Révolution de 1789* » (PORRET (M.), *Beccaria. Le Droit de punir*, Paris, éd. Michalon, 2003, p. 105). V. également sur ce point, LASCOUMES (P.), PONCELA (P.) et LENOËL (P.), *Au nom de l'ordre*, *op. cit.*, p. 28 et s.

⁸⁷⁹ Circulaire du Garde des sceaux du 17 novembre 1999 dite « *circulaire de politique pénale relative au prononcé et au relèvement des peines d'interdiction du territoire français* », Direction des Affaires Criminelles et

de la proportionnalité de la sanction. Cette idée ressort notamment d'une décision du Conseil constitutionnel du 15 mars 1999 relative à la sanction d'inéligibilité. Selon le Conseil, « *le principe de nécessité des peines implique que l'incapacité d'exercer une fonction publique élective ne peut être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée*, en tenant compte des circonstances propres à l'espèce »⁸⁸⁰ ; une telle appréciation des faits induisant nécessairement la proportionnalité de la mesure.

342. Indépendance du principe de nécessité de la sanction pénale. – La solidarité entre la nécessité et la proportionnalité ne peut faire oublier que, parallèlement, le caractère nécessaire de la sanction pénale peut avoir une signification propre. Elle permet d'établir la nécessité quant à une intervention du droit pénal et permet également d'affirmer le caractère infractionnel d'un comportement.

343. Intervention nécessaire du droit pénal et détermination des infractions. – Enoncer que le législateur ne doit prévoir que des sanctions pénales strictement et évidemment nécessaires signifie, indépendamment de tout excès dans la gravité de ces mesures, que seule une approche pénale permettrait de résoudre la situation en question. Le caractère originel du principe de nécessité revient donc à démontrer « *que le droit pénal est l'ultime voie à laquelle le législateur peut recourir quand il ne peut pas faire autrement* »⁸⁸¹. En d'autres termes, une mesure ayant une nature contraignante est donc une sanction pénale si et seulement si le législateur l'a définie comme telle, c'est-à-dire a expressément décidé d'insérer cette mesure dans une disposition pénale au regard des exigences du maintien de l'ordre public. Ce serait donc la seule volonté du législateur qui déterminerait si une mesure doit être ou non qualifiée de sanction pénale⁸⁸².

En établissant la nature pénale d'une sanction, le législateur ne se contente pas de prévoir une réaction pénale pour un acte anti-social mais décide véritablement si un comportement constitue ou non une infraction pénale et, dans l'affirmative, détermine *in fine* sa nature. Par ce mécanisme, le législateur finalise véritablement la phase d'incrimination puisqu'« *il ne*

des Grâces, CRIM 99-13 E1/17-11-99.

⁸⁸⁰ Cons. const. 15 mars 1999, déc. n° 99-410 DC (c'est nous qui soulignons), *JO* du 21 mars 1999 ; *Dr. pén.* 1999 comm. 68, note J.-H. Robert ; *D.* 2000, somm. p. 116, obs. G. Roujou de Boubée.

⁸⁸¹ PRADEL (J.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 150, p. 142. V. également SCIORTINO-BAYART (S.), « Droit pénal et droit constitutionnel », *Rev. pénit. dr. pén.* 2001, p. 403.

⁸⁸² Selon Jacques-Henri ROBERT, « *sont pénales les sanctions qu'il plaît au législateur de qualifier ainsi* » (*Droit pénal général*, op. cit., p. 55). V. également SOYER (J.-C.), *Droit pénal et procédure pénale*, op. cit., n° 307 : « *Il y a peine, lorsqu'elle figure au catalogue des peines édictées par le Code pénal (...)* ».

peut y avoir d'infraction pénale si l'un de ces deux éléments [incrimination et sanction] fait défaut »⁸⁸³. Mais préciser que le législateur, par la prévision de la nature pénale des sanctions, souligne le caractère infractionnel de certains comportements, ne donne aucune indication quant aux raisons profondes de ce choix. Tentons d'entrevoir quelques explications.

2) Fondement du caractère nécessaire de la sanction pénale

344. Le caractère légal de la sanction pénale présuppose la reconnaissance par le législateur d'une valeur sociale précise. C'est la phase d'incrimination. L'importance de cette valeur est révélée à la société par la prévision, le prononcé et l'exécution d'une sanction pénale déterminée⁸⁸⁴. L'incrimination aurait ainsi « *une fonction mnémotechnique [qui] (...), par la menace de la sanction, et par la sanction, rendrait présentes et vivantes les exigences des règles sociales* »⁸⁸⁵. Elle joue certes le rôle principal – puisque liminaire – de la consécration d'un ordre social préexistant et devant être protégé ; mais la sanction pénale, à son niveau, ne joue-t-elle pas un rôle identique manifestant ainsi sa nécessité mais encourageant parallèlement l'émergence d'un paradoxe au sein du mécanisme de politique criminelle ?

345. Exposé du paradoxe. – Le processus législatif repose sur un raisonnement apparemment contraire à toute cohérence. Dès lors qu'un choix de politique criminelle se pose, la logique devrait conduire au questionnement suivant : en fonction des circonstances économiques, sociales et politiques, tel comportement considéré doit-il devenir anti-social ? Le problème devrait donc se poser conformément à l'acte lui-même et à ses incidences, tant dans sa matérialité qu'éventuellement sa moralité. Ensuite seulement la question de la sanction pénale devrait intervenir, constituant dès lors une simple incidence des choix antérieurement pris.

Mais tel n'est pas le raisonnement suivi. Ce n'est pas tant le comportement que la sanction pénale qui se trouve au creux des tergiversations politiques. Cette dernière, présentée seulement comme l'expression du droit de punir, se trouve paradoxalement placée en tête des préoccupations de politique criminelle. Alors qu'elle est considérée en pratique comme la "simple" conséquence de l'infraction, on s'aperçoit qu'elle est en théorie à l'origine même de l'incrimination. La question initiale du raisonnement devient alors la suivante : tel

⁸⁸³ DESPORTES (F.) et LE GUNEHÉC (F.), *op. cit.*, n° 22.

⁸⁸⁴ V. sur ce point, FOUCAULT (M.), *op. cit.*, p. 317 et s.

⁸⁸⁵ LALLEMAND (R.), *op. cit.*, p. 23. L'auteur reprend notamment la conception de NIETZSCHE sur le système pénal.

comportement considéré doit-il être puni ? Doit-il recevoir une sanction pénale ? Si ces interrogations renvoient nécessairement à la question de la reconnaissance ou non de l'antisocialité de l'acte, force est de constater que ce renvoi n'est qu'indirect. La réponse à la question de l'antisocialité du comportement n'est finalement que la conséquence du choix effectué relativement à la "punissabilité" de celui-ci. Le problème premier repose sur la sanction et consiste à savoir s'il doit être prévu ou non une punition. La prise de conscience de l'instauration d'une incrimination, c'est-à-dire du caractère infractionnel et donc anti-social de l'acte, ne vient quant à elle qu'incidemment⁸⁸⁶.

346. Rejet du paradoxe. – Devant cette relative confusion quant à savoir quelle est la place exacte de la sanction pénale dans le processus législatif de pénalisation, force est de constater que ce paradoxe n'est qu'artificiel. La sanction pénale constitue, à juste titre, le fondement même du raisonnement législatif et de la politique criminelle. Nous avons précisé plus haut que le droit de punir, manifestation de la souveraineté étatique, se trouve au cœur même de la recherche de la paix publique et participe dès lors au bien-être social⁸⁸⁷. Il est donc un outil politique au sens large mais également et surtout l'un des plus précieux instruments de politique criminelle. Il est donc tout à fait cohérent que la sanction pénale, incarnation matérielle du droit de punir, soit l'élément prioritairement considéré lors des débats de politique criminelle. On se réfère donc inexorablement à la sanction pénale pour déterminer les contours d'une délinquance : tel comportement mérite-t-il une sanction pénale et doit-il, conséquemment, intégrer le champ de la criminalité ? La sanction pénale n'est plus seulement l'expression du droit de punir ; elle est le droit de punir en ce que celui-ci correspond – lorsqu'il s'attache au droit pénal – à un droit normatif⁸⁸⁸.

347. Fonction normative de la sanction pénale ? – La sanction pénale ne peut être perçue uniquement comme la manifestation du droit de punir révélée à travers les choix législatifs d'incrimination. Elle est plus largement le guide de ces incriminations. Ainsi, *ce n'est pas parce qu'un comportement est antisocial qu'il est puni, mais c'est parce qu'il est puni qu'il est anti-social*. La prévision légale d'une sanction pénale devient finalement l'élément

⁸⁸⁶ C'est en ce sens qu'il convient de lire ces propos du Pr. DELMAS-MARTY : « on en vient à se demander [devant le processus de pénalisation] (...) si le législateur se rend vraiment compte qu'il crée une incrimination pénale dès lors qu'il prévoit l'application d'une peine » (« La création des lois et leur réception par la société », *Ann. intern. crim.* 1985, vol. 23, p. 98).

⁸⁸⁷ V. *supra*, titre premier, chap. 1.

⁸⁸⁸ Selon BECCARIA, les « peines punissent les délits qu'elles ont fait naître » (*op. cit.*, § VI).

produisant un impact des plus importants au sein de la société et devient un élément primordial dans la conduite et la détermination d'une politique criminelle. La sanction pénale n'acquerrait-elle pas dès lors une fonction normative développant un large processus de pénalisation ?

348. Incitation à la pénalisation. – Le fait de savoir si la sanction pénale est ou non à l'origine de la norme peut, de prime abord, recevoir une réponse positive. « *L'étude du droit pénal spécial*, précisent MM. MERLE et VITU, *démontre en effet que la sanction pénale intervient le plus fréquemment pour renforcer* [des règles extra-pénales] »⁸⁸⁹. Le choix de la sanction pénale intervient donc, sinon systématiquement, du moins à de maintes reprises, dans le processus de politique criminelle⁸⁹⁰. C'est donc la sanction pénale, par ses diverses qualités, qui est la plus intensément sélectionnée par le législateur, générant par là même le phénomène d'inflation pénale tant décriée aujourd'hui⁸⁹¹. La sanction pénale incite donc à la production de la législation pénale, ce qui révèle son caractère nécessaire quant au maintien de la paix sociale. Bien qu'elle n'ait pas un rôle direct de création de l'ordre public pénal, on perçoit de manière implicite son influence sur cet ordre. Par sa présence plus ou moins soutenue, la sanction pénale joue un rôle plus ou moins intense dans l'établissement de cet ordre et concourt ainsi à la consécration des valeurs sociales.

349. Consécration des valeurs sociales. – L'acte même par lequel le législateur prévoit ce type de sanctions démontre la portée de chaque valeur officiellement identifiée. Le choix de la sanction pénale n'est pas anodin mais sous-tend la recherche d'une protection effective de cette valeur. Dès lors, la sanction pénale devient ambivalente : elle protège les valeurs fixées par le législateur mais consacre également, par sa seule prévision, l'importance de ces dernières. Pour conserver cette double qualité, la sanction pénale devra donc être retenue par le législateur pour les seules situations qui le nécessitent⁸⁹² et devra également réunir une autre

⁸⁸⁹ MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. I, *op. cit.*, n° 146, p. 216.

⁸⁹⁰ Il faut entendre ici l'expression politique criminelle de manière large comme « *l'ensemble des procédés par lesquels le corps social organise les réponses au phénomène criminel* » (DELMAS-MARTY (M.), *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, P.U.F., 1992, p. 13) et non pas simplement comme la politique aux dimensions strictement et exclusivement pénales.

⁸⁹¹ V. notamment DEBOVE (F.), « L'overdose législative », *Dr. pén.* 2004, étud. n° 12 ; LAZERGES (C.), « De la fonction déclarative de la loi pénale », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 194.

⁸⁹² Nous verrons plus loin en quoi la sanction pénale joue un rôle plus critiquable lorsque les références à cette mesure apparaissent plus intenses. Au-delà de la pénalisation et de la fonction de la sanction dans la détermination des contours du droit pénal, il sera alors question de sur-pénalisation et d'éventuelle dénaturation du droit pénal : V. *infra*, n°s *et ss.*

qualité : l'existence de la sanction au sein de la légalité criminelle ne sera influente qu'en rapport direct avec sa mesure et son caractère corrélativement proportionnel à la gravité de l'acte⁸⁹³.

b. Proportionnalité de la sanction pénale

350. Proportionnalité et organisation de la sanction pénale. – Notre analyse des éléments formels permettant de définir la sanction pénale trouve avec la condition de proportionnalité une référence au concept de contrainte plus explicite que ne pouvait le faire la condition de nécessité. La sanction pénale, avons-nous dit, ne saurait se comprendre en dehors de toute idée de coercition. Le Pr. JESTAZ, en apportant une définition claire de la sanction liée au concept de contrainte, soulève implicitement l'idée même de proportionnalité : « *la sanction, précise cet auteur, s'identifierait donc à la contrainte ou, pour être précis, à la contrainte de droit, c'est-à-dire prévue et organisée par le droit* »⁸⁹⁴. Par cette référence à l'organisation de la sanction par le droit, l'auteur semble aiguiller le lecteur vers le critère de proportionnalité notamment⁸⁹⁵. Si la sanction pénale se présente en effet comme un élément géré par la loi, cela signifie que son intensité trouvera ses limites au sein même de ce texte.

351. Proportionnalité et limites de l'intensité de la sanction pénale. – Le principe de proportionnalité de la sanction pénale signifie que cette dernière « *ne doit pas être d'une sévérité excessive au regard de la gravité réelle du comportement interdit* »⁸⁹⁶. Si une mesure ne respecte pas cette condition, il serait vain d'espérer en elle une quelconque existence juridique. Ainsi, une sanction pénale ne peut être qualifiée comme telle qu'à partir du seul instant où elle s'inscrit dans un cadre d'intensité strict selon la gravité naturelle de l'infraction⁸⁹⁷. La sanction pénale doit être ainsi perçue comme le résultat d'un dosage rigoureux entre un fait et une réaction étatique. Sur ce point, BECCARIA affirmait que « *plus les délits sont nuisibles au bien public, plus forts doivent être aussi les obstacles qui les en*

⁸⁹³ Prenant appui plus largement sur la règle pénale, un auteur tient des propos comparables : « *le fait que la norme pénale soit issue de la loi n'est plus une garantie suffisante en soi, elle doit être, en plus, socialement fondée et objectivement mesurée* » (CHAVENT (A.-S.), *La proportionnalité et le droit pénal général*, thèse, Lyon-III, 2002, n° 311).

⁸⁹⁴ JESTAZ (P.), « La sanction ou l'inconnue du droit », *op. cit.*, p. 197 (c'est nous qui soulignons).

⁸⁹⁵ Le terme d'organisation est une référence implicite à la condition de proportionnalité mais peut également renvoyer à la mise en œuvre de la sanction par l'autorité judiciaire. Sur ce point, V. *infra*, n° .

⁸⁹⁶ CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 100.

⁸⁹⁷ Sur cette notion, V. *supra*, n° .

écartent »⁸⁹⁸ ; le législateur doit ainsi se garder « d'appliquer aux délits du premier degré les peines du dernier »⁸⁹⁹ sous peine de ne pouvoir appeler le fait répréhensible *délit* et la réaction prévue *sanction*. Malgré la prudence du Conseil constitutionnel en matière d'appréciation du respect par le législateur du principe de proportionnalité⁹⁰⁰, nous ne pouvons conclure à un affaiblissement de ce dernier. La résistance de ce principe provient notamment de décisions constitutionnelles censurant la disproportion manifeste des sanctions prévues⁹⁰¹, mais également de l'activité de la Chambre criminelle qui, « par l'intermédiaire du contrôle de légalité des actes administratifs ou par celui des dispositions conventionnelles ou communautaires, (...) n'hésite plus aujourd'hui à écarter une incrimination ou une sanction pénale qu'elle estime non fondée ou excessive au regard du trouble à l'ordre public »⁹⁰². Enfin, si le principe de proportionnalité perdure, cela est du incontestablement à ses incidences indirectes, telles que le non-cumul ou la personnalité des peines.

352. Non-cumul des peines. – Enoncer qu'une sanction n'est pénale que si elle est proportionnée aux faits pour lesquels elle est prévue entraîne une conséquence qui n'est pas, de prime abord, évidente. La proportionnalité de la sanction pénale implique un rapport équilibré entre les faits et la sanction. Mais ce rapport tombe dès lors que plusieurs faits – générant plusieurs qualifications pénales – sont en concours. Dans une telle hypothèse, seule une peine n'excédant pas celle encourue pour l'infraction la plus grave pourra être prononcée⁹⁰³. La proportionnalité des sanctions pénales ne doit donc pas s'entendre d'une proportionnalité multiple, c'est-à-dire d'une addition de sanctions pénales elles-mêmes proportionnées. Pour les juges constitutionnels, il y aurait au contraire disproportion dans la réponse pénale apportée à la délinquance de la personne quand bien même cette délinquance

⁸⁹⁸ BECCARIA (C.), *op. cit.*, § VI.

⁸⁹⁹ *Ibid.*

⁹⁰⁰ Selon une décision du 3 septembre 1986, le Conseil constitutionnel précise « qu'en l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité [et la proportionnalité] des peines attachées aux infractions définies par celui-ci » (Cons. const. 3 septembre 1986, déc. n° 86-215 DC, *RJC*, I-278, consid. n° 7 ; c'est nous qui soulignons) ; la censure du Conseil constitutionnel n'intervenant donc qu'en cas d'erreur manifeste d'appréciation.

⁹⁰¹ Pour des cas de censure, V. notamment Cons. const. 30 déc. 1987, déc. n° 87-237 DC, *RJC*, I-324 (amende fiscale) – Cons. const. 16 juill. 1996, déc. n° 96-377 DC, *JO* du 23 juill. 1996 p. 11108 ; *JCP* 1996.II.22709, note Nguyen Van Tuong (aggravation de la répression du délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irrégulier d'un étranger).

⁹⁰² CHAVENT (A.-S.), *thèse précit.*, n° 310. L'auteur poursuit en soulignant que le « principe de proportionnalité acquiert donc aujourd'hui, grâce à la Cour de cassation, une portée que le juge constitutionnel ne lui a jamais vraiment donnée » (*ibid.*, pp. 246-247).

⁹⁰³ V. Cons. const. 28 juill. 1989, déc. n° 89-260 DC, *RJC*, I-365, consid. n° 22 ; Cons. const. 16 juin 1999, déc. n° 99-411 DC, *JO* du 19 juin 1999, p. 9018, consid. n° 14.

se serait révélée par plusieurs infractions. Le principe de proportionnalité de la sanction doit donc être rationnel, conforme à l'entendement humain, ce qui implique une pleine compréhension par le délinquant de la peine prononcée ; compréhension ne pouvant être effective par la multiplication des sanctions encourues.

353. Proportionnalité et personnalité de la peine. – L'assimilation, la compréhension par le délinquant de sa sanction pénale renvoient par ailleurs à une des qualités essentielles de cette mesure, à savoir son caractère personnel. Outre la proportionnalité de la mesure, l'efficacité de la sanction doit pouvoir compter sur son attribution ciblée vers une personne précise. La personnalité apparaissant alors comme un nouveau critère de définition de la sanction pénale. Pour que cette mesure ait un sens, il paraît indispensable d'admettre celle-ci comme la conséquence néfaste propre à un délinquant déterminé à la suite de son forfait. Sans la personnalité de la sanction pénale, il serait dérisoire de considérer son caractère proportionnel comme un progrès de la justice pénale. Si la sanction devient une mesure générale affectant non seulement le délinquant mais atteignant également des personnes étrangères à l'infraction, nous serions alors face à un nouveau cumul de peines ; la même sanction s'additionnant en fonction de la pluralité de personnes.

Accolée à la personnalité de la sanction pénale, l'exigence de proportionnalité devient plus intense encore puisque l'intelligibilité de la mesure ne pourra provenir que de cette double qualité. Mais si la peine doit être rigoureusement calculée, cela sous-entend qu'elle doit être expressément prononcée par le juge, conduisant ainsi à l'interdiction des sanctions dites automatiques⁹⁰⁴. On remarque alors que l'organe juridictionnel devient lui-aussi un critère fondamental dans la définition de la sanction pénale.

2°/ Contraintes et exigences organiques dans la définition de la sanction pénale

354. Outre le caractère légal, la sanction pénale doit être juridictionnelle. En effet, « le principe de légalité impose (...) qu'une sanction pénale ne puisse être ramenée à exécution que si elle a été préalablement prononcée (c) par une juridiction légalement habilitée (a), et à la suite d'un procès mené régulièrement (b) »⁹⁰⁵. Cette exigence se divise donc en plusieurs

⁹⁰⁴ V. *infra*, n° .

⁹⁰⁵ MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. I, *op. cit.*, n° 666. Les auteurs citent sur ce point l'adage *nemo damnatus sine iudicio* qui résume cet aspect du principe de légalité.

composantes, participant toutes – plus ou moins directement – à la détermination précise du concept de sanction pénale.

a. Sanction pénale et juridiction légalement habilitée

355. Importance de l'autorité judiciaire. – Dans une décision du 22 novembre 1978, le Conseil constitutionnel estime qu'aucune disposition constitutionnelle « *n'exclut que les modalités d'exécution des peines privatives de liberté soient décidées par des autorités autres que des juridictions* »⁹⁰⁶. *A contrario*, les autorités juridictionnelles et notamment judiciaires, paraissent détenir une fonction exclusive en matière de prononcé – et non plus d'exécution – des peines, qu'elles soient ou non privatives de liberté. S'il est vrai que le concept d'autorité judiciaire renvoie incontestablement et prioritairement au juge du siège, il convient de ne pas occulter les magistrats du parquet qui, tout en n'ayant aucune véritable fonction dans le prononcé de la peine, jouissent d'attributions certaines en matière d'exécution, complétant par là les critères distinctifs de la sanction pénale.

356. Le juge du siège. – Le caractère juridictionnel de la sanction pénale rend tout d'abord compte de la nécessité du recours au juge pénal. La sanction prononcée est une atteinte évidente – mais légitime – à la liberté individuelle. De ce fait et en vertu de l'article 66 de la Constitution de 1958, cette mesure ne peut naturellement résulter que d'une décision d'une autorité judiciaire et plus spécifiquement répressive⁹⁰⁷. En effet, « *il paraît naturel que ce soit le juge pénal qui connaisse de toute accusation [et sanction] pénale[s] puisque la liberté et, en tout cas, l'honneur des personnes accusées est en cause* »⁹⁰⁸. Cette importance du juge pénal entraîne donc l'interdiction de prononcer une sanction pénale à la suite d'une procédure non strictement judiciaire, c'est-à-dire d'une nature purement administrative⁹⁰⁹.

⁹⁰⁶ Cons. const. 22 nov. 1978, déc. n° 78-98 DC.

⁹⁰⁷ Selon l'article 66 de la Constitution en effet, « *nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ». Ces dispositions ont une forte connotation pénale dans la mesure où c'est le plus souvent dans le domaine pénal que les personnes verront leur droit à la sûreté réduit (garde à vue, contrôle judiciaire, détention provisoire, mandats, exécution d'une peine privative de liberté...). L'autorité judiciaire en question revêt alors généralement les traits du juge pénal.

⁹⁰⁸ GUINCHARD (S.) et BUISSON (J.), *op. cit.*, n° 338. Ces auteurs s'appuient davantage sur la coercition préliminaire que sur la contrainte affiliée à la sanction. Toutefois, une assimilation est ici possible car si le juge pénal doit être le seul à connaître de la première, il ne peut *a fortiori* qu'être le seul à connaître de la seconde.

⁹⁰⁹ Nous verrons (V. *infra*, Partie II, Titre premier) que le passage par une procédure non judiciaire pour des sanctions administratives reste très critiquable dans la mesure où il apparaît que « *la pratique des sanctions administratives fait peser une lourde menace sur les libertés individuelles* » (MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. I, *op. cit.*, n° 666, p. 838). V. également GARRAUD (P.) et LABORDE-LACOSTE (M.), *Exposé*

Précisons toutefois que le juge pénal doit s'entendre exclusivement du juge de jugement ; les juridictions de l'application des peines, rassemblant pourtant des magistrats du siège⁹¹⁰, sont dès lors expressément écartées de toute prérogative punitive⁹¹¹. C'est en substance ce qui ressort de la décision du Conseil constitutionnel du 8 décembre 2005 à propos de la loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales. La surveillance judiciaire, issue de cette loi, constitue selon le Conseil, « *une modalité d'exécution de la peine qui a été prononcée par la juridiction de jugement* »⁹¹². Ordonnée par la juridiction de l'application des peines, cette mesure de contrôle qui « *repose non sur la culpabilité du condamné, mais sur sa dangerosité, (...) a pour seul but de prévenir la récidive (...) [et] ne constitue ni une peine ni une sanction* »⁹¹³. Le Conseil constitutionnel suit donc le Gouvernement qui estime que cette mesure, en tant que simple modalité d'exécution de la sanction pénale, « *ne saurait, en soi, être qualifié[e] de peine* », ⁹¹⁴ permettant ainsi son application rétroactive.

357. Le magistrat du parquet. – Devant la prégnance du *juge répressif* en matière de sanction pénale, se pose la question de la fonction du ministère public en ce domaine. La juridiction de jugement est, en toute logique, un indice permettant de déterminer ce qu'est une sanction pénale. Mais *quid* du ministère public ? Peut-il identiquement apporter son aide à cette définition ?

La réponse est incontestablement positive. Si la sanction pénale est le produit d'une décision d'une juridiction de jugement, cette décision demeure subordonnée à des réquisitions ; or, en matière de sanction pénale, le pouvoir de requérir n'appartient qu'aux seuls membres du ministère public⁹¹⁵. En outre, suivant l'article 707-1 C. pr. pén., l'exécution de la sanction

méthodique de droit pénal, Paris, Sirey, 4^{ème} éd., 1942, n° 174, p. 120 : « *La sanction administrative peut apparaître comme plus arbitraire que la peine [i.e. la sanction pénale]* ».

⁹¹⁰ Le juge de l'application des peines (J.A.P.) est désigné par décret après avis du Conseil supérieur de la magistrature.

⁹¹¹ Précisons toutefois que les prérogatives du J.A.P. en matière de retrait de réductions de peines (C. pr. pén., art. 721) peuvent s'analyser comme des prérogatives punitives. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé en effet qu' « *une condamnation à des jours de détention supplémentaires constitue une nouvelle privation de liberté infligée à des fins punitives et revêt un caractère "pénal"* » (CEDH 9 oct. 2003, *Ezeh et Connors c/ Royaume-Uni*, *Rev. dr. publ.* 2004, p. 808, obs. C. Picheral. V. également CEDH 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/Royaume-Uni*, série A, n° 80).

⁹¹² Cons. const. 8 déc. 2005, *op. cit.*, consid. 13.

⁹¹³ *Ibid.*, consid. 14.

⁹¹⁴ Observations du Gouvernement sur le recours dirigé contre la loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales, *JO* du 13 déc. 2005, p. 19166 (II-B-2).

⁹¹⁵ C. pr. pén., art. 346, 458 et 536.

pénale est en partie l'œuvre du ministère public⁹¹⁶. Il décide seul de mettre à exécution la sanction pénale issue de la condamnation et se trouve *in fine* le seul véritable détenteur matériel du droit de punir. En effet, outre le pouvoir purement formel de décider de l'exécution de la sanction, le ministère public possède un pouvoir strictement matériel, à savoir « *le droit de requérir directement l'assistance de la force publique à l'effet d'assurer cette exécution* »⁹¹⁷. Le parquet est donc indispensable dans la détermination des contours de la sanction pénale tant son rôle est important, voire grandissant⁹¹⁸. Par sa présence et par référence à ses pouvoirs de réquisition et de mise à exécution de la peine, le ministère public apparaît comme un élément supplémentaire et indispensable à la définition de la sanction pénale. Nous remarquons donc que cette mesure impose une double présence judiciaire, celle du siège et celle du parquet ; encore faut-il, pour que la sanction pénale soit inattaquable, que ces derniers aient respecté les règles du procès.

b. Sanction pénale et procès mené régulièrement

358. Régularité du procès pénal lato sensu : le cas particulier de l'ordonnance pénale. –

Le juge répressif, seul à l'origine de la sanction pénale, doit respecter les principes fondamentaux du droit pénal et de la procédure pénale⁹¹⁹. La sanction pénale est donc le résultat d'une décision prise par une juridiction répressive compétente à la suite d'une instance respectant les voies de droit. Devant cette exigence de la conduite régulière d'un procès, une question peut alors se poser s'agissant de la procédure de l'ordonnance pénale qui, dans sa forme simplifiée, ne prévoit précisément aucune audience publique⁹²⁰. Pour répondre à cette interrogation, il convient de préciser que la nécessité de suivre une instance

⁹¹⁶ Selon cet article, le « *ministère public et les parties poursuivent l'exécution de la sentence chacun en ce qui le concerne* ». Le parquet poursuivra donc la seule exécution de la condamnation intéressant l'action publique ; la victime poursuivant quant à elle l'exécution du seul aspect de la condamnation lié à l'action civile.

⁹¹⁷ C. pr. pén., art. 709.

⁹¹⁸ Sur ce point, V. *infra*, n^{os} *et ss.* V. également, DESDEVISES (M.-C.), « Le pouvoir d'appréciation du parquet dans la mise à exécution de la sanction », *Mélanges Couvrat*, Paris, P.U.F., 2001, p 429. L'auteur énonce l'idée selon laquelle le parquet exercerait un véritable pouvoir d'opportunité dans la mise à exécution de la sanction pénale (spéc. pp. 430, 431 et 444 et s.).

⁹¹⁹ A titre d'exemple, citons les principes d'équité et du contradictoire, le respect des droits de la défense et de la présomption d'innocence, les principes de légalité et de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, le droit à l'information... La liste peut être augmentée et l'apport symbolique de la loi du 15 juin 2000 ayant intégré un article préliminaire en tête du Code de procédure pénale doit, à ce titre, être signalé. Sur cet apport strictement symbolique ou pédagogique de l'article préliminaire du Code de procédure pénale, V. par exemple GUINCHARD (S.) et BUISSON (J.), *op. cit.*, n^o 335, p. 248 ; THOMAS (D.), « Le concept de procès pénal », *Mélanges Couvrat*, *op. cit.*, p. 410, n^{os} 27 et s.

⁹²⁰ C. pr. pén., art. 495 et ss. et art. 524 et ss.

selon les strictes voies du droit s'entend du procès pénal *lato sensu* et non simplement de l'audience publique devant la juridiction de jugement⁹²¹. Ainsi, l'ordonnance pénale simplifiée ne pose, du seul fait de l'absence de débats, aucun problème particulier. D'autant que les garanties affichées lors de l'utilisation de cette procédure consacrent la régularité du procès. En effet, l'article 495 C. pr. pén. dispose en son dernier alinéa que le « *ministère public ne peut recourir à la procédure simplifiée que lorsqu'il résulte de l'enquête de police judiciaire que les faits reprochés au prévenu sont établis et que les renseignements concernant la personnalité de celui-ci, et notamment ses charges et ses ressources, sont suffisants pour permettre la détermination de la peine* ». L'ordonnance pénale évacue certes une étape importante de la phase procédurale mais ne ruine pas pour autant l'intégrité de la procédure⁹²². Les faits doivent être clairement prouvés suivant des règles processuelles incontestables : « *Il appartient aux magistrats saisis de la procédure et à eux seuls, qu'ils soient organe de poursuite ou organe de jugement, d'apprécier si les faits leur paraissent établis, avec ou sans aveu et d'en tirer les conséquences* »⁹²³. On retrouve donc ici les éléments essentiels de toute procédure et, comme nous l'avons vu, l'intervention nécessaire de magistrats, notamment le président du tribunal de grande instance ou le juge de police, conférant à l'ordonnance pénale les effets d'une décision de justice⁹²⁴. La sanction mise en œuvre à la suite de l'ordonnance pénale jouit donc, comme toute autre sanction pénale, d'une légitimité irréfutable puisque fondée sur une décision juridictionnelle portant condamnation de la personne.

359. Régularité du procès pénal : la nécessité d'une décision définitive. – De la même façon que la coercition préliminaire requiert un titre de contrainte, la coercition attachée à la sanction pénale nécessite un titre d'exécution qui n'est autre que la condamnation pénale

⁹²¹ Précisons tout de même que l'ordonnance pénale reste une procédure facultative et qu'une audience publique reste toujours possible : C. pr. pén., art. 495 (2°), 495-1 (al. 3), 495-3, 524 (dern. al.), 525, 527 et 528-2.

⁹²² Cette intégrité a été confirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 29 août 2002 relative à la loi n° 2002-1138 du 9 sept. 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (déc. n° 2002-461 DC, *JO* du 10 sept. 2002 ; *D.* 2003, somm. p. 1127, obs. L. Domingo et S. Nicot). Cette loi a étendu la procédure de l'ordonnance pénale aux délits prévus par le Code de la route. La loi Perben II du 9 mars 2004 a, quant à elle, étendu cette procédure aux contraventions connexes prévues par le Code de la route et aux délits en matière de réglementation des transports terrestres.

⁹²³ VOLFF (J.), « L'ordonnance pénale en matière correctionnelle », *D.* 2003, chron. p. 2778 (c'est nous qui soulignons). Cet auteur précise encore que ce « *qui ouvre la voie à la procédure simplifiée, ce n'est pas un aveu formel ou même implicite, mais une enquête judiciaire jugée complète, bien menée et convaincante* » (*ibid.*).

⁹²⁴ L'ordonnance pénale doit être motivée simplement en matière correctionnelle : C. pr. pén., art. 495-2 et 526 al. 2.

devenue irrévocable⁹²⁵. Si le procès pénal n'a pas atteint ce stade ultime de la force de chose jugée ou de l'irrévocabilité, aucune sanction pénale ne peut s'exécuter, sous peine sinon d'être déclarée illégale⁹²⁶. L'exigence d'une condamnation pénale impose donc que la décision définitive contienne précisément les sanctions pénales qui doivent être effectuées ; chaque sanction devant dès lors être expressément prononcée par les juges.

c. Sanction pénale expressément prononcée et interdiction des peines accessoires

360. Individualisation expresse de la sanction pénale. – Les diverses exigences organiques imposées par la loi, entraînent cette nouvelle condition selon laquelle toute sanction pénale doit être formellement incluse dans la condamnation⁹²⁷. Compte tenu de la présence impérative d'une juridiction pénale, aucune peine ne peut être appliquée si elle n'a pas été expressément prononcée par cette dernière. Nous retrouvons ici l'interdiction des peines accessoires énoncée à l'article 132-17 du Code pénal. En forte opposition avec les préceptes de nécessité et de proportionnalité intégrés à l'article 8 DDHC, ces peines accessoires – ou automatiques – doivent être bannies de tout le processus pénal qui se trouve irrigué par une volonté d'individualisation de la sanction pénale. Il apparaît en effet pour le moins criant que l'automatisme de ces peines est à contre-courant de toute cette philosophie pénale progressiste. Bien que la disparition des peines accessoires du champ répressif demeure pour partie un vœu et non une réalité⁹²⁸, nous ne pouvons pour autant nier l'aspect purement

⁹²⁵ C. pr. pén., art. 708. V. notamment MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. I, op. cit., n° 667 ; PRADEL (J.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 707 ; CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 596.

⁹²⁶ Précisons qu'au-delà de l'illégalité de la sanction, il s'agit du fondement même de cette mesure qui est en cause. Nous avons vu précédemment (V. *supra*, n°) que la sanction pénale est le fruit d'une discussion et d'une décision juridictionnelles sur l'ampleur de la responsabilité pénale de l'individu. En l'absence d'une telle prise de décision, la sanction ne trouve ni raison d'être ni justification. Le procès pénal perd alors toute rationalité. S'agissant d'une privation de liberté, les articles 432-4 et suivants du Code pénal relatifs aux détentions arbitraires trouveraient ici une application ; l'article 432-6 précise d'ailleurs les incidences de cette absence de jugement : « *Le fait, par un agent de l'administration pénitentiaire, de recevoir ou retenir une personne sans mandat, jugement ou ordre d'écrou établi conformément à la loi, ou de prolonger indûment la durée d'une détention, est puni de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende* ».

⁹²⁷ Cette exigence s'induit également des principes de nécessité et de proportionnalité de la sanction (V. *supra*, n°^{os} *et ss.*). Ces qualités ne pouvant s'apprécier face au prononcé de sanctions accessoires prononcées de manière automatique.

⁹²⁸ De nombreuses législations pénales extérieures au Code pénal contiennent des dispositions auxquelles sont intégrées des peines accessoires étant pour la plupart des interdictions professionnelles ; en ce sens, V. décret-loi du 8 août 1935 instituant l'interdiction et la déchéance du droit de gérer et d'administrer une société aux gérants et administrateurs de sociétés ; loi n° 47-1635 du 30 août 1947 relative à l'assainissement des professions commerciales et industrielles ; loi n° 84-46 du 24 janv. 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit ; loi n° 95-65 du 19 janv. 1995 relative au financement de la vie politique (élimination automatique des listes électorales) ; loi n° 96-597 du 2 juill. 1996 dite "loi de modernisation des activités

théorique du caractère personnel de la sanction pénale, tel qu'énoncé à l'article 132-24 C. pén. Ainsi, une sanction ne peut être juridiquement pénale qu'à partir du seul instant où elle se modèle tant en fonction de l'infraction que de la personnalité, des ressources et des charges du délinquant. Cette adaptation de la sanction pénale au plus proche du sujet délinquant semble être une véritable nécessité si l'on souhaite conférer à cette sanction une véritable mission d'ordre social. Cette mission ne pouvant être menée à bien que si le contenu de la sanction est conforme aux exigences du législateur, de la société et parallèlement, adapté à chaque catégorie de délinquants.

Devant ces exigences diverses, nous sommes en droit de formuler une question : cette perception de la sanction – qui est celle d'une mesure véritablement adaptée aux sujets – est-elle en adéquation avec la réalité tant pénale que sociale ? Répondre à cette question revient à entreprendre l'étude de la substance même de la sanction pénale. Ainsi, au-delà des approches organique et formelle qui finalement révèlent des critères de distinction extrinsèques à la sanction pénale, nous devons à présent soulever un élément de définition qui lui est plus immanent.

B. – Conception substantielle de la sanction pénale

361. Complexité de l'analyse. – L'approche substantielle de la sanction pénale – que certains présentent sous le terme de critère matériel⁹²⁹, fonctionnel⁹³⁰ ou encore finaliste⁹³¹ – s'intéresse à la teneur même de la sanction pénale. Elle permet d'apporter une réponse au problème de la détermination exacte de la ou des fonctions de ce type de sanctions. En d'autres termes, aborder la sanction pénale sous un angle substantiel revient à se demander dans quel(s) but(s) cette dernière est infligée, quelles qualités et quel contenu doit-elle de ce

financières" (interdiction d'administrer des entreprises d'investissement) ; C. pr. pén., art. 256 (incapacité d'être juré) ; C. route, art. L. 234-13 (annulation automatique du permis de conduire) et art. L. 223-1 (retrait administratif automatique des points du permis de conduire) ; C. civ., art. 21-27 (impossibilité d'acquérir la nationalité française) ; C. santé pub., art. L. 3352-10 al. 2 (fermeture définitive du débit de boissons).

⁹²⁹ V. entre autres MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. I, *op. cit.*, n° 655.

⁹³⁰ DESPORTES (F.) et LE GUNEHÉC (F.), *op. cit.*, n° 26.

⁹³¹ V. ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 55. Précisons que cet auteur reste sceptique quant à une acceptation du critère finaliste. Ce scepticisme envers l'importance accordée à ce critère fait écho à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, reconnaissant le caractère punitif d'une sanction, même non pénale, en fonction notamment de sa finalité ; sur ce point, V. KLUGER (J.), « L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Rev. sc. crim.* 1995, p. 505 et spéc. p. 514.).

fait détenir. Ces interrogations, de prime abord accessibles, révèlent en réalité de profondes difficultés puisque certaines confusions peuvent intervenir. C'est pourquoi, afin de déterminer ici le plus justement notre sujet, nous devons tout d'abord entreprendre une délimitation du critère substantiel de la sanction pénale (1). Ce n'est qu'ensuite qu'interviendra l'exposé de la finalité essentielle, voire exclusive, de la sanction pénale (2).

1°/ Délimitation de l'étude substantielle de la sanction pénale

362. La délimitation d'une telle étude passe tout d'abord par une mise en évidence de la distinction entre le fondement et la finalité de la sanction pénale. Eu égard à l'assimilation que nous pouvons pour l'instant établir entre la sanction pénale et le droit de punir, établir la teneur de la sanction pénale revient à exclure de notre raisonnement toute référence directe au fondement même du droit de punir. Ainsi, dans cette perspective de recherche de la finalité de la sanction pénale, et dans cette perspective seulement, nous devons exclure toute référence aux origines (*a*) ; la teneur de la sanction ne se comprenant ici qu'en rapport à l'avenir (*b*).

a. Teneur de la sanction pénale et exclusion des origines

363. Exclusion du fondement juridique. – Enoncer que la sanction pénale est une réponse à une infraction ne peut longtemps satisfaire notre réflexion. En effet, cette explication ne renvoie qu'à une pure technique juridique selon laquelle une infraction pénale est nécessairement suivie de l'*idée de sanction*⁹³², que celle-ci soit réelle ou simplement potentielle. En aucune façon nous n'avons par cette indication la moindre précision quant aux qualités intrinsèques de la sanction pénale et aux fonctions qui lui sont dévolues suivant les exigences de la politique criminelle. Le retour en arrière vers l'infraction reste ici évident dans la mesure où la sanction pénale n'existe qu'en rapport à la présence antérieure d'un tel acte. Le truisme selon lequel toute infraction est suivie, sinon réellement du moins virtuellement, d'une sanction pénale rend compte des bases strictement matérielles et du fondement purement juridique de la sanction et non de la teneur même de celle-ci.

364. Exclusion du fondement social. – Identiquement au fondement dit juridique, avancer que l'intérêt général et la recherche d'une paix sociale sont à la base du droit de punir et de la

⁹³² Nous employons sciemment ici l'expression "idée de sanction" dans la mesure où, dans certaines situations, il ne s'agira que d'une menace de sanction (potentialité de la sanction) ; dans d'autres situations au contraire, il sera question d'une exécution véritable (réalité de la sanction).

sanction pénale ne permet pas de percevoir la teneur de la sanction pénale et le but dans lequel celle-ci est prononcée ou demeure latente. Exprimer l'utilité sociale du droit de punir quant au maintien d'une paix publique durable, renvoie à sa justification, à ce qui permet son existence même et non à son contenu. Remarquons qu'il ne s'agit pas ici de la *finalité* sociale de la sanction pénale mais bien de son *fondement* social. Cela répond exclusivement à la question "pourquoi punir ?"⁹³³. Autrement formulée, cette interrogation essentielle peut s'exprimer de la façon suivante : "Quel est l'élément imposant l'existence et l'exercice du droit de punir ?". La réponse apparaît aussi lapidaire qu'évidente : le droit de punir n'existe et ne s'exerce à travers la sanction pénale uniquement pour garantir à la société son équilibre. A l'inverse, cette référence à la paix sociale ne peut être perçue comme une réponse à l'interrogation nouvelle qui est celle de savoir "pour quoi punir ?", c'est-à-dire "dans quel(s) but(s) punir ?". Alors que cette dernière question renvoie notre étude à une logique subséquente, l'indication du fondement social du droit de punir et de la sanction pénale renvoie, quant à elle, à une logique originelle, incapable de percevoir le contenu substantiel de la sanction, ses traits distinctifs, ses caractéristiques.

b. Teneur de la sanction pénale et rapport à l'avenir

365. Comme nous venons de le voir, la sanction pénale existe tout d'abord pour le maintien de la paix publique à la suite de la commission d'une infraction ; elle est ensuite prononcée dans le but de parvenir à une finalité qui lui est propre et ne pouvant être atteinte qu'en vertu d'un contenu spécifique. Seul ce second aspect de la sanction pénale doit nous retenir ici. Il constitue la réponse aux questions "pour quoi et comment punir ?" qui se rapportent directement à l'avenir. Ce qu'il convient à présent d'analyser est en effet l'exercice même du droit de punir grâce à l'application de la sanction pénale. Nous prenons donc appui ici sur une logique dynamique et sur les incidences attendues ou inévitables d'une telle application. La sanction pénale possède un contenu et une fonction spécifiques dictés par les impératifs sociaux. Ce sont précisément ces spécificités que nous devons à présent déterminer afin d'établir une définition claire de la sanction pénale.

2°/ Détermination de la finalité essentielle de la sanction pénale

⁹³³ Les auteurs confondent souvent les termes *fondements* et *finalités* alors qu'ils expriment les deux extrémités de la réflexion sur le droit de punir. Pour un exemple de confusion, V. par exemple DONNEDIEU DE VABRES (H.), *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Paris, Sirey, 1938, n° 15.

366. Déterminer la qualité substantielle de la sanction pénale revient à explorer les missions assignées à celle-ci. Si la mission punitive reste une évidence (a), une large interrogation demeure en revanche s’agissant des autres fonctions continuellement et désespérément affichées tant par la doctrine que par la jurisprudence et la loi. Une incertitude demeure donc sur la réalité de ces fonctions annexes – autres que punitive – laissant penser que la sanction pénale, uniquement rétributive, résume à elle seule la théorie générale du droit de punir (b).

a. Evidence de la mission punitive de la sanction pénale

367. Avant d’entreprendre l’étude plus approfondie de la fonction punitive de la sanction pénale à travers la philosophie rétributive (2), il convient de différencier cet objet de divers autres concepts pouvant, sinon se rapprocher de celui-ci, du moins commander quelques précisions (1).

1) Puniton et diversité des concepts

368. Si une première distinction traditionnelle peut être établie sans discussion entre la punition et la réparation, des doutes peuvent s’élever s’agissant du rapport entre la punition et la coercition.

369. *Distinction entre punition et réparation.* – Notre souci à ce niveau-ci de notre analyse est de relever la finalité première – voire exclusive – de la sanction pénale. Suivant la conception que nous avons du droit pénal, la sanction n’existerait que pour *punir*. Elle doit donc, à ce titre, être perçue comme une *mesure totalement déconnectée de toute idée de réparation*. Classiquement, une distinction fondamentale peut ainsi être établie entre les sanctions punitives et les sanctions réparatrices ; les sanctions pénales se plaçant naturellement dans la première catégorie. Malgré une histoire pour partie commune, le droit pénal et le droit civil, dans leur manifestation traditionnelle respective – punition pour le premier et réparation pour le second – ont conservé une réelle indépendance. Il y a certes un lien étroit entre ces fonctions – le mot *poena* en est la preuve marquante – mais ce lien ne saurait se présenter comme une véritable confusion. Dès lors que l’autorité publique s’est développée, elle s’est sans cesse efforcée de garantir le clivage entre réparation civile et punition pénale⁹³⁴.

⁹³⁴ Les systèmes proches du droit pénal et du droit civil, comme celui de la loi des XII Tables notamment, respectent la distinction dominante entre punition et réparation. Soit les mesures se succèdent, la composition

370. Incertitude quant au rapport entre punition et coercition. – Le rapport qui apparaît prioritairement entre la punition et la coercition ne semble pas révéler une quelconque distinction. Nous avons en effet débuté l'étude de la sanction pénale en effectuant une assimilation entre les deux concepts⁹³⁵. Si nulle séparation ne semble alors possible⁹³⁶, précisons toutefois qu'une clarification des termes reste envisageable. Aussi est-il nécessaire de confronter le concept de coercition avec ceux de sanction et de punition.

371. Coercition et sanction. – S'il est exact qu'une stricte séparation reste inconcevable entre la sanction et la coercition, nous pouvons établir un bornage plus précis du rôle de chacun des deux concepts. La contrainte et la sanction sont des notions proches l'une de l'autre, voire interdépendantes, mais ne peuvent pour autant s'identifier ou se confondre de manière absolue. Une certaine différenciation peut dès lors être établie : la sanction *stricto sensu* ne devrait être entendue que comme la prévision textuelle de l'exécution d'une coercition en cas de non-respect du texte d'incrimination. La sanction ne serait alors que le pendant d'un texte que HOBBS dénommait *prohibitoire* : « la loi aurait peu d'effet, si elle ne comprenait l'une et l'autre parties, celle qui défend de commettre des offenses, et celle qui punit ceux qui commettent »⁹³⁷. Suivant ainsi cette acception, la sanction ne serait qu'abstraite et ne se concrétiserait alors qu'au contact de la coercition. La contrainte serait de ce fait perçue comme la seule extériorisation de la sanction, c'est-à-dire la modalité permettant à cette dernière d'atteindre une certaine effectivité. En tant que technique d'application de la sanction, la coercition ne se rapproche-t-elle pas alors de la punition ?

372. Coercition et punition. – Au stade de l'exécution de la sanction pénale, nul doute ne semble permis quant à une assimilation entre les idées de coercition et de punition. Si, durant la phase procédurale préalable au jugement, aucune identification n'était possible, c'est désormais une confusion des termes qui semble régner. La sanction punit puisqu'elle exerce une contrainte matérielle indéniable. Devant cette concordance entre la punition et la coercition, une dernière distinction semble malgré tout pouvoir s'élever. Cette différenciation

pécuniaire s'étant progressivement substituée au talion ; soit elles coexistent, maintenant une stricte séparation entre les deux fonctions, comme la distinction entre le *fredus* et le *faidus*. Sur ce point, V. GAZZANIGA (J.-L.), *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, 1992, pp. 233-252, spéc. pp. 234-235 et p. 239 ; CARBASSE (J.-M.), *op. cit.*, n° 30. V. également *supra*, n°s -. Pour une remise en cause de la distinction entre réparation et punition, V. toutefois *infra*, n°s *et ss.*

⁹³⁵ V. *supra*, n° et la bibliographie en note.

⁹³⁶ Seule la coercition dite préliminaire doit être naturellement écartée de la sphère punitive.

⁹³⁷ HOBBS (T.), *Le Citoyen ou les fondements de la politique*, Paris, Flammarion, 1982, p. 247.

tend d'une part à reconnaître à la coercition un caractère strictement matériel et, d'autre part, à percevoir la punition comme l'élément théorique, voire philosophique, en la matière. Ce dernier prenant alors appui sur une idéologie particulière du droit de punir, à savoir la rétribution. Mais révéler ce critère distinctif de la punition ne revient-il pas déjà à analyser le fait que la fonction essentielle, voire exclusive, de la sanction pénale est la rétribution ?

2) Punition et exclusivité de la fonction rétributive de la sanction pénale

373. L'étude de la fonction rétributive de la sanction pénale passe nécessairement par la précision des éléments caractéristiques de celle-ci. Ainsi, nous verrons successivement que la sanction pénale revêt obligatoirement les traits de la souffrance, du mal ou, à tout le moins, d'une « *amertume ressentie* »⁹³⁸ (α), qu'elle est le fruit d'une véritable exigence morale et sociale (β) ou encore qu'elle émane d'elle une réelle fonction expiatoire de la punition (γ).

α) Rétribution et souffrance

374. Dualité de la souffrance. – La sanction pénale se présente comme une réaction sociale, dont le but essentiel est d'infliger à un délinquant un mal en réponse au mal commis. De façon évidente, « *la notion de souffrance est [alors] inséparable de l'idée de peine* »⁹³⁹. Cette conception de la sanction pénale renvoie ainsi à la double nature de la souffrance – physique et morale – et aux « *aspects matériels et moraux* »⁹⁴⁰ de cette mesure, à savoir ses caractères afflictif et infamant. Même si aujourd'hui le nouveau Code pénal occulte toute référence à ces éléments, il est impossible de ne pas percevoir avec une intensité certaine la prégnance de l'affliction ou même de l'infamie. Le terme de *châtiment* qui est un élément récurrent dans la définition de la sanction pénale permet de prendre acte de la douleur matérielle et du retrait symbolique inhérents à ce type de mesure⁹⁴¹. La sanction pénale ne

⁹³⁸ CARBONNIER (J.), « Le double visage du droit pénal aux lueurs de sa triple genèse », *Mélanges Lombois*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2004, p. 18.

⁹³⁹ DONNEDIEU DE VABRES (H.), *op. cit.*, n° 460. Pour une reprise de la notion de souffrance, V. également JOUSSE (D.), *Traité de la justice criminelle*, Paris, Debure père, 1771, I-36 ; HAUS (J.-J.), *Principes généraux du droit pénal belge*, Paris, E. Thorin, 3^{ème} éd., 1879, I, 28. La Cour européenne des droits de l'homme a elle-même fait part de la relation inévitable existant entre la peine et la souffrance en prenant appui sur la détention : V. CEDH 14 nov. 2002, *Mouisel c/ France*, *Dr. pén.* 2003, comm. 52, note A. Maron et M. Haas ; *RTDH* 2003, p. 999, obs. J.-P. Céré. Dans cet arrêt, les juges de Strasbourg ont affirmé « *le droit de tout prisonnier à des conditions de détention conformes à la dignité humaine de manière à assurer que les modalités d'exécution des mesures prises 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* » (§ 40) (c'est nous qui soulignons).

⁹⁴⁰ MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. I, *op. cit.*, n° 655.

⁹⁴¹ Selon MM. CONTE et MAISTRE DU CHAMBON en effet, les sanctions pénales doivent être perçues « *comme des châtements infligés au condamné en rétribution de l'infraction qu'il a commise et du résultat néfaste qui en a*

peut donc faire l'économie de l'affliction d'une souffrance tant celle-ci demeure son signe distinctif permettant notamment de la distinguer d'autres procédés coercitifs⁹⁴², comme la contrainte préalable.

375. Distinction entre la sanction pénale et la coercition préalable. – Malgré l'existence inexorable d'une force ou même d'une violence au sein de la coercition préalable⁹⁴³, il paraît improbable de voir en ses diverses modalités une quelconque souffrance, à l'image de celle présente en matière punitive. Une distinction fondamentale existe entre la souffrance durable de la sanction et la gêne provisoire de la contrainte préalable. La force inhérente à la première tient lieu d'une véritable douleur car celle-ci manifeste, de façon irrémédiable, l'"antisocialité" et par là même la marginalisation de l'individu. La contrainte préalable, quant à elle, ne peut – et ne doit théoriquement – atteindre une telle intensité puisque tel n'est pas son but ; elle n'est qu'une modalité permettant de savoir si cette antisocialité existe et non l'expression même de cette dernière.

376. Souffrance sociale : restriction d'une liberté publique. – Comme nous l'avons vu, la souffrance inhérente à la sanction pénale est à la fois une souffrance morale et une souffrance physique. Elle peut également posséder une connotation sociale ; le caractère infamant de la sanction pénale faisant précisément part de ce type de souffrance. Quelle que soit sa nature, la sanction pénale possède en effet une manifestation unique : elle est toujours la restriction d'une liberté publique ou d'un droit fondamental⁹⁴⁴. Qu'il s'agisse par exemple, pour notre système juridique⁹⁴⁵, de la liberté d'aller et venir, de l'éligibilité, de la liberté du commerce et de

découlé » (*Droit pénal général*, op. cit., n° 76). Pour des définitions similaires, V. notamment, DONNEDIEU DE VABRES (H.), op. cit., n° 460 ; DECOCQ (A.), *Droit pénal général*, op. cit., p. 14 ; MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. I, op. cit., n°s 654-655 ; CARBASSE (J.-M.), op. cit., p. 267 ; CORNU (G.) (sous la dir.), op. cit., v° « Peine ». Le terme de *châtiment* peut apparaître relativement ancien et même détenir une connotation religieuse. Face à l'accusation d'hérésie, Galilée, dans son abjuration, tint les propos suivants : « si je manquais à quelque-une de ces promesses ou de ces serments, ce dont Dieu me garde, je me soumetts à toutes les peines et aux châtimens qui sont par les sacrés canons et autres constitutions générales et particulières, imposés et promulgués contre de tels criminels ». Le terme de *châtiment* reste tout de même moins empreint de théologie que peut l'être l'idée de *pénitence*. Sur les rapports entre la sanction pénale et la pénitence, V. GARÇON (E.), *Le droit pénal. Origines, évolution, état actuel*, op. cit., p. 84 : « le droit répressif moderne porte les traces ineffaçables de la théologie chrétienne et le concept du crime et de la peine est modelé, dans l'âme populaire, sur la notion du péché et de la pénitence ». On se reportera également à l'ouvrage de référence de Roger MERLE, *La pénitence et la peine*, Paris, éd. du Cerf, 1985.

⁹⁴² DONNEDIEU DE VABRES (H.), *ibid.*

⁹⁴³ V. *supra*, n° .

⁹⁴⁴ Sur ces diverses définitions, V. LEBRETON (G.), op. cit., p. 10 et ss. et spéc. pp. 13 et ss.

⁹⁴⁵ Pour d'autres systèmes répressifs, d'autres atteintes aux droits fondamentaux peuvent être notées. L'application de la peine de mort (Etats-Unis, Chine) ou de la lapidation (Pakistan, Nigéria, Iran, Soudan, Afghanistan) constitue des violations légales du droit à la vie et du droit à l'intégrité physique.

l'industrie ou du droit de propriété, une liberté fondamentale de l'homme se trouve précisément et nécessairement atteinte par la sanction pénale. Puisque la liberté est considérée comme le plus bel attribut de la personne, il devient alors logique qu'elle devienne l'objet de ce type de sanction, perçue comme la pire des mesures pouvant atteindre l'homme. Un lien inextricable s'établit alors entre eux du fait même de leur importance respective. Ainsi, paradoxalement, « *le concept de liberté est inséparable de celui de peine* »⁹⁴⁶.

377. Constante rétribution. – Que l'on utilise les termes de *souffrance* ou de *mal*⁹⁴⁷, on s'aperçoit que persiste l'idée de rétribution. L'ensemble des auteurs admettent en effet que la sanction pénale ne peut s'entendre, globalement ou partiellement, qu'en référence à ce concept⁹⁴⁸. La sanction pénale est une réaction face au crime, « *une peine attribuée en retour de la commission d'une infraction* »⁹⁴⁹. Elle constitue ainsi la négation de la délinquance ce qui tend à confirmer l'existence d'une obligation morale de punir.

β) Rétribution et obligation morale et sociale de punir

378. Du droit de punir au devoir de punir. – La rétribution n'est pas aisément discernable dès lors que cette notion intervient en matière pénale. Par référence au domaine économique, le principe répressif de rétribution exprime le prix que doit payer le délinquant en réaction à son infraction ou le poids (ποικμη)⁹⁵⁰ que ce dernier doit subir en conséquence de son acte. Suivant la logique rétributive, la sanction pénale apparaît comme une incidence inéluctable de la commission d'une infraction. Ainsi, la punition existe seulement *quia peccatum est*, parce qu'une faute a été commise. Celle-ci, ayant déstabilisé l'ordre social, doit être contrebalancée par une force étatique qui, si elle n'a pu lui résister ou s'opposer à elle, doit annihiler son influence sur l'équilibre social. Ainsi, décider d'infliger une sanction pénale signifie que l'on

⁹⁴⁶ JACOMET (P.), *Essai sur les sanctions civiles de caractère pénal en droit français*, thèse, Paris, Arthur Rousseau éd., 1905, p. 10.

⁹⁴⁷ PLATON, *Gorgias*, 469 b ; ORTOLAN (J.), *Elements de droit pénal*, op. cit., n° 1323, p. 2 ; GARRAUD (P.) et LABORDE-LACOSTE (M.), *Exposé méthodique de droit pénal*, op. cit., n° 177 ; ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, op. cit., p. 54.

⁹⁴⁸ Sur ce point, V. spéc. BOULOC (B.), *Pénologie*, op. cit., n° 6 ; BLONDIEAU (F.) *et al.*, *Rétribution et justice pénale*, Paris, P.U.F., Travaux et recherches de l'Université Paris II, 1983, *passim* (et spéc. PONCELA (P.), « Eclipses et réapparitions de la rétribution en droit pénal », p. 11).

⁹⁴⁹ PONCELA (P.), « Eclipses et réapparitions de la rétribution en droit pénal », *op. cit.*, p. 11.

⁹⁵⁰ Le mot "peine" vient certes du latin *poena* (correspondant initialement à la compensation pécuniaire) mais également du grec ποικμη signifiant poids. Sur ce point, V. MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. I, op. cit., n° 654, note 1 ; PANSIER (F.-J.), *La peine et le droit*, Paris, P.U.F., coll Que sais-je ?, 1994.

se trouve devant un impératif de punition. La société doit répondre par une souffrance au mal initialement répandu dans le groupe par le délinquant.

379. D'un devoir moral à un devoir social. – Cette obligation, cette « *nécessité morale* »⁹⁵¹ de punir est issue principalement de la philosophie kantienne⁹⁵². Selon le philosophe allemand, « *la peine juridique (...) ne peut jamais être considérée simplement comme un moyen de réaliser un autre bien, soit pour le criminel lui-même, soit pour la société civile, mais doit uniquement lui être infligée, pour la seule raison qu'il a commis un crime* »⁹⁵³. Même si KANT possède une vision davantage morale que sociale de l'ordre à rétablir, sa pensée irrigua profondément le droit pénal de cette idée de compensation impérative du crime par la sanction et du nécessaire rééquilibrage à instaurer au sein du groupe social⁹⁵⁴.

Cependant, l'héritage (profane) le plus net en matière de conception rétributive du droit pénal est sans conteste celui que nous avons reçu de GROTIUS. Cet auteur précise en effet que « *celui qui a fait le mal doit subir le mal* »⁹⁵⁵, c'est-à-dire qu' « *un mal de passivité [doit être] infligé à cause d'un mal d'activité* »⁹⁵⁶. Il conclut par ailleurs en exposant que « *le caractère essentiel de la peine proprement ainsi nommée, est d'être la rétribution du crime* »⁹⁵⁷ et d'assainir ainsi la vie sociale. Un lien s'établit ici entre le fondement et la substance même de la sanction pénale. Sa caractéristique essentielle tient en la rétribution puisque celle-ci se présente comme la meilleure garantie d'une stabilité sociale. Occulter cette exigence de stabilité reviendrait à anéantir l'importance de l'ordre public et des valeurs sociales qu'il véhicule. Nous comprenons alors très nettement l'importance de la formule suivant laquelle punir serait un « *impératif catégorique* »⁹⁵⁸ ; la rétribution, par l'automatisme de la réponse pénale qu'elle génère, assure le plus parfaitement cette exigence.

⁹⁵¹ MOUTON (E.), *Le devoir de punir. Introduction à l'histoire et à la théorie du droit de punir*, op. cit., p. 225 et s.

⁹⁵² Précisons que si KANT est l'auteur ayant le plus parfaitement mis en évidence ce devoir moral de punir, en revanche, le concept de rétribution – ou de "rétributivisme" – n'est pas classiquement présenté comme étant issu de sa pensée. Sur ce point, V. DEBUYST (C.), DIGNEFFE (F.) et P. PIRES (A.), op. cit., p. 157 et s.

⁹⁵³ KANT (E.), *Métaphysique des mœurs*, op. cit., p. 214. V. également *Critique de la raison pratique*, Paris, P.U.F., 1985, p. 185.

⁹⁵⁴ Le droit pénal a tout de même laïcisé cette pensée philosophique. Selon J. LACROIX en effet, « *le droit pénal accomplit une mission sociale, non pas une mission morale (...)* » (*Philosophie de la culpabilité*, Paris, P.U.F., 1977, p. 113).

⁹⁵⁵ GROTIUS (H.), op. cit., Liv. II, chap. XX, I, 2.

⁹⁵⁶ *Ibid.*, Liv. II, chap. XX, I, 1.

⁹⁵⁷ *Ibid.*, Liv. II, chap. XX, I, 3.

⁹⁵⁸ KANT (E.), op. cit., passim.

380. Caractère automatique et insipide de la peine rétributive. – Ce devoir social de punir prend donc naissance par le seul fait que l'on doit punir tout comportement contraire au seul ordre social. Rien de plus ne semble conduire à cette application, sinon le rétablissement nécessaire d'un équilibre rompu. De ce fait, ne pouvons-nous pas nous demander si cet exercice du droit de punir et l'application corrélative d'une sanction pénale ne reviendraient pas, suivant le principe de rétribution issu de la pensée de GROTIUS ou de KANT, à apporter une réponse inexpressive et insipide à une infraction ? Le doute reste permis dans la mesure où la punition intervient ici de manière absolue, quelles que soient les circonstances et même s'il n'y a plus d'intérêt spécifique à prononcer une sanction pénale⁹⁵⁹. La punition existant uniquement parce qu'une infraction a été commise. La rétribution ne conférerait donc *a priori* aucune véritable utilité à la sanction pénale. Elle ne serait qu'une réponse automatique face à un acte antisocial.

Cette vision de la sanction rétributive peut sembler au premier abord logique puisque nous admettons de l'inclure non dans une théorie utilitariste mais dans un pur système de compensation. Pour autant, bien que cette approche reste sans faille, il est toutefois possible de déterminer, paradoxalement, une certaine utilité à la fonction rétributive de la sanction pénale.

γ) Rétribution et effacement social de l'infraction

381. Fonction expiatoire de la sanction pénale et effacement social de l'infraction. – Reprendre traits pour traits la pensée de KANT dans ce qu'elle a de plus extrême reste inadmissible pour le droit pénal moderne. La sanction pénale ne peut être seulement ce blâme que le délinquant "mérite" à la suite de son acte. Derrière l'apparente inertie du droit de punir à travers la sanction rétributive, se dissimule une finalité *directe* certaine⁹⁶⁰. Par cette précision, une contradiction semble émerger puisque la théorie rétributiviste se trouverait

⁹⁵⁹ Selon E. KANT, une réponse pénale doit être apportée et ce quel que soit l'avenir de la société prenant cette décision. Cet auteur prend l'exemple d'une île qui sera prochainement désertée (*Métaphysique des mœurs*, op. cit., p. 216). Face à une telle situation, pouvons-nous encore parler de réponse dans la mesure où cette sanction pénale, froidement infligée, ne trouverait nul homme pour lui faire écho ?

⁹⁶⁰ Henri DONNEDIEU DE VABRES utilise une terminologie assez proche (*op. cit.*, n° 16). Selon lui, la sanction pénale à un ou plusieurs but(s) immédiat(s) alors qu'elle n'a qu'un seul but final qui serait l'intérêt social ; les buts immédiats étant alors les fonctions traditionnellement citées telles que l'intimidation collective ou générale, l'amendement, l'élimination, etc. Précisons que si nous acceptons l'expression "buts immédiats", nous rejetons en revanche le concept "but final" puisque cela reviendrait à confondre le fondement et la finalité de la sanction pénale. Or nous avons vu qu'une nette distinction devait sur ce point être effectuée (*V. supra*, n°).

alors paradoxalement investie d'une empreinte utilitariste. Mais, contrairement à ce que la rétribution semblait révéler, la sanction pénale n'est pas simplement destinée à rectifier mécaniquement la balance⁹⁶¹, mais consiste également et surtout à effacer symboliquement l'infraction. A l'opposé de la pensée de PLATON, selon laquelle aucun effacement n'est possible dans la mesure où « *ce qui est fait est fait* »⁹⁶², le rétributivisme énonce que, par le rapport d'équivalence relative⁹⁶³ existant entre l'infraction et la sanction pénale, cette dernière acquiert une connotation magique⁹⁶⁴ voire mythique⁹⁶⁵ de destruction sociale de l'acte commis et du déséquilibre engendré par lui. Pour DURKHEIM, cet effacement proviendrait d'une volonté propre du délinquant. Malgré une utilisation inopportune de l'idée de réparation, cet auteur expose clairement cette thèse de la façon suivante : « *ce serait la douleur infligée au coupable qui réparerait [annulerait] le mal dont il a été la cause ; elle le répare [l'annule] parce qu'il expie. La peine serait essentiellement une expiation* »⁹⁶⁶.

382. Gravité de la sanction et effacement social de l'infraction. – Si la fonction expiatoire de la sanction pénale peut en partie se révéler exacte, elle ne peut, du fait de son caractère strictement intérieur, être généralisée. Ainsi, l'effacement *symbolique* du crime par la sanction pénale au sein de la conscience collective ne peut provenir pleinement que de la qualité *proportionnelle* de cette mesure. La sanction pénale, par sa gravité, parviendra donc à annihiler, sinon la totalité, du moins une partie de l'infraction. Mais se référer ainsi au symbolisme pénal et à la proportionnalité de la sanction pénale rétributive, n'est-ce pas implicitement constater que cette dernière est le réceptacle de la théorie générale du droit de punir ?

b. Sanction pénale rétributive : réceptacle de la théorie générale du droit de punir ?

383. Analyser le concept de *sanction pénale rétributive* revient à analyser le droit de punir. A elle seule, l'ensemble des traits du droit de punir semblent être réunis (1). Mais se pose alors la question des fonctions utilitaristes traditionnellement – et inopportunément – dévolues à la sanction pénale et étrangères au droit de punir (2).

⁹⁶¹ VON HIRSCH (A.), *Doing Justice. The Choice of Punishment*, New York, Hill and Wang, 1976, p. 51.

⁹⁶² PLATON, *Protagoras*, 324 a.

⁹⁶³ Nous parlons ici d'*équivalence relative* puisqu'il est évident que jamais une sanction pénale ne sera fidèlement l'image inversée d'une infraction. Son intensité sera toujours éloignée de celle de l'acte.

⁹⁶⁴ V. DELMAS-MARTY (M.), *Les chemins de la répression*, op. cit., pp. 11 à 13.

⁹⁶⁵ RICOEUR (P.), *Le mythe de la peine*, Paris, éd. Aubier/Montaigne, 1967, *passim* et spéc. p. 24.

⁹⁶⁶ DURKHEIM (E.), *L'éducation morale*, Paris, P.U.F., 1974, p. 138.

1) *La sanction pénale rétributive ou l'expression a priori parfaite du droit de punir*

384. La sanction pénale rétributive rassemble les concepts clés du droit de punir, tels que la proportionnalité de la sanction, le symbolisme pénal ou encore le fondement même du droit de punir. Elle effectue seule un retour sur les contours les plus saillants de ce droit.

385. *Sanction pénale rétributive et proportionnalité.* – La théorie rétributive de la sanction pénale ne peut actuellement s'entendre qu'en rapport direct à l'évaluation, la quantification de cette mesure. La conception substantielle de la sanction pénale ne peut donc s'enrichir et se comprendre qu'en référence à sa conception formelle, vue précédemment. Si le délinquant doit supporter une sanction pénale en raison du mal qu'il a engendré, ce n'est qu'à la stricte condition que cette sanction soit proportionnée à la gravité de l'acte. La logique de cette nécessaire proportionnalité est simple : puisque l'expiation n'est pas accessible systématiquement, il convient de s'en approcher sensiblement grâce à une compréhension *a minima* du délinquant de sa propre punition ; compréhension favorisée par une proportion de cette mesure. La sanction pénale doit ainsi demeurer d'une intensité raisonnable, c'est-à-dire susceptible de l'entendement humain. La rétribution, par sa terminologie économique, n'est donc pas étrangère à cette proportionnalité et se présente même comme la technique la plus objective pour y parvenir. Mais la sanction pénale rétributive n'a pas seulement un avantage matériel dans l'expression du droit de punir. Elle confirme également l'apport symbolique de ce droit qui, nous allons le voir, reste très proche de la proportionnalité.

386. *Sanction pénale rétributive et symbolisme pénal.* – La manifestation même du droit de punir à travers l'exercice d'une sanction pénale renvoie au symbolisme pénal, première forme expressive du droit pénal. Par son action, la rétribution permet, sinon d'annuler intégralement, du moins de réduire sensiblement l'impact de l'infraction pénale sur le groupe social. De manière très épurée, un auteur définit la peine comme « *la compensation du désordre social généré par la responsabilité de l'auteur de l'infraction* »⁹⁶⁷. La conscience collective parvient donc à se détacher de l'antisocialité de la personne alors condamnée, à exorciser⁹⁶⁸ le mal subi par un nouveau mal. Mais, répétons-le, cette prise de distance ne reste concevable qu'à partir du moment où une sanction a été infligée et respecte deux conditions

⁹⁶⁷ MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 439.

⁹⁶⁸ Sur cette notion d'exorcisme, V. DELMAS-MARTY (M.), *Les chemins de la répression*, op. cit., p. 12.

essentielles : d'une part, avoir pour objectif principal de répondre uniquement à la délinquance de la personne (*quia peccatum est*) et, d'autre part, posséder une intensité proportionnée à l'infraction afin de garantir une véritable compensation et un effacement corrélatif de celle-ci. Un rapprochement de gravité entre le crime et la sanction permettrait tout d'abord d'opposer deux forces quasi-équivalentes – mais contraires – puis d'annuler de manière symbolique l'intensité de l'infraction et enfin de revenir à un *statu quo ante* lui-même symbolique. La sanction pénale rétributive apparaît donc comme un retour en négatif sur l'infraction, rendant nulles ou moindres ses conséquences sociales. Ainsi, une « *manifestation de la dimension symbolique du droit pénal réside dans le maintien de la fonction rétributive de la peine* »⁹⁶⁹. La rétribution, par cette seule mission symbolique d'annulation sociale du crime, se trouve alors en lien direct avec les exigences sociales fondatrices du droit de punir.

387. Sanction pénale rétributive et fondement du droit de punir. – La garantie de la paix sociale – raison d'être du droit de punir – se trouve pleinement accomplie par le recours à la rétribution. Celle-ci, qui n'a continuellement d'autre ambition que d'appliquer le droit de punir en raison de la seule commission d'une infraction, parvient à assurer un équilibre social. Punir parce que la réalité le commande sans rechercher d'autre finalité que celle de rééquilibrer un ordre public, répond aux aspirations essentielles de la société. Le Pr. GASSIN exprime magnifiquement ce point : « *les fonctions véritables qu'est appelé à remplir le système des peines du nouveau Code pénal seront au fond de même nature que celles que remplissait déjà, plus ou moins bien, l'ancien Code pénal, depuis un certain nombre d'années. Il s'agit non pas de ces fonctions instrumentales qui ont pour objectif de réduire la criminalité, mais de ces fonctions symboliques qui répondent au besoin des hommes de se sentir en sécurité dans la société* »⁹⁷⁰. Suivant cette logique, le droit de punir n'existe que pour additionner un mal à un autre mal afin de soustraire le crime commis du sein même de la collectivité. Ce droit, fondé sur le maintien de la paix publique, ne possède que la sanction

⁹⁶⁹ VAN DE KERCHOVE (M.), « Symbolique et instrumentalité. Stratégies de pénalisation et de dépenalisation dans une société pluraliste », *op. cit.*, p. 131. V. également PONCELA (P.), « Par la peine, dissuader ou rétribuer », *Arch. phil. dr.*, 1981, p. 68 : « *la peine rétributive serait la vengeance abolie dans un système symbolique par la médiation de la loi* ».

⁹⁷⁰ GASSIN (R.), « Les fonctions sociales de la sanction pénale dans le nouveau Code pénal », *Cah. séc. intér.*, 1994, n° 18 (Le nouveau Code pénal), p. 64. Dans le même sens, V. LEIBNIZ (W. G.), *Essais de théodicée*, § 73 : « *Il y a une espèce de justice qui n'a point pour but l'amendement, ni l'exemple, ni même la réparation du mal ; [elle] n'est fondée que dans la convenance qui demande une certaine satisfaction pour l'expiation d'une mauvaise action* ».

pénale rétributive comme solution pour rendre compte le plus parfaitement de sa raison d'être, c'est-à-dire pour remplir sa mission sociale. En d'autres termes, *le droit de punir existe pour garantir l'intérêt général et dispose d'un moyen objectif, la sanction pénale qui devra suivre une finalité propre, la rétribution*. Celle-ci apparaît donc comme la seule fonction concevable de la sanction pénale. Cette position revenant finalement à nier les fonctions annexes traditionnellement dévolues à cette mesure.

2) *La sanction pénale rétributive et le mythe de ses fonctions annexes*

388. Fonctions utilitaires et morales de la sanction pénale. – Face au caractère exclusivement rétributif de la sanction pénale, comment faut-il alors considérer ses autres fonctions telles que l'intimidation, la prévention, l'éducation, l'amendement, la réinsertion... ? Ces finalités ont fait l'objet de multiples présentations doctrinales⁹⁷¹. Notre but n'est pas ici de les exposer à nouveau. Nous devons simplement souligner si la rétribution constitue l'unique fonction de la sanction pénale ou si cette mesure peut se voir appliquer des finalités empreintes d'utilitarisme.

Ces fonctions dites utilitaires – que l'on peut très grossièrement opposer aux fonctions morales⁹⁷² – sont naturellement loin d'être critiquables ou condamnables. Quand nous décidons d'établir la rétribution comme fonction principale de la sanction pénale, cela ne signifie nullement que nous soyons opposés aux fonctions plus "humanistes" de cette mesure ou, plus largement, que nous ayons une vision strictement négative de la réaction punitive. Si nous plaçons la rétribution au centre de la sanction pénale, cela provient de deux raisons essentielles : d'une part, l'utilitarisme ne peut prétendre jouer un quelconque rôle au sein de la sanction pénale puisque cette fonction demeure une simple aspiration imprécise et non une réalité pénale ; d'autre part, la rétribution reste l'élément essentiel puisqu'elle parvient à se modérer et à s'extirper de son image totalement inexpressive.

⁹⁷¹ Il est impossible pour nous d'établir une quelconque bibliographie dans la mesure où l'ensemble des auteurs ayant analysé la sanction pénale ou, plus simplement, présenté succinctement cette mesure, ont repris inlassablement ces différentes fonctions. Nous nous reporterons donc aux divers ouvrages cités précédemment.

⁹⁷² En ce sens, V. BOULOC (B.), *Pénologie*, op. cit., n^{os} 5 et ss. Nous ne portons qu'une approbation partielle à cette classification puisqu'une telle distinction ne peut être absolue. Nous avons vu précédemment que la rétribution, fonction morale par principe, possédait une utilité particulière. A l'inverse, nous verrons que certaines fonctions purement utilitaires – comme la prévention générale ou spéciale – n'ont aucune efficacité réelle.

389. Apparence des fonctions utilitaires de la sanction pénale. – La finalité de réinsertion, d'amendement de l'agent – la prévention spéciale – et le désir d'intimidation collective – la prévention générale – sont inclus dans une vision utopique de la sanction pénale. Ce ne sont que des finalités souhaitées et donc incertaines alors même que la rétribution est, sans doute possible, la substance même de la sanction pénale et, par là même, du droit pénal. Comme l'exprime le Pr. VAN DE KERCHOVE, « *quelle que soit l'importance, voire même partiellement le bien-fondé, de telles idées [utilitaires], il importe cependant d'apercevoir qu'elles ne concernent en réalité que les "objectifs" que l'on est susceptible d'assigner à la peine, et non ses "caractères" essentiels qui, même s'ils sont parfois occultés corrélativement, n'en demeurent pas moins réellement présents* »⁹⁷³. Il y a donc une certitude quant au caractère rétributif de la sanction pénale alors que ses autres fonctions sont seulement hypothétiques. La sanction pénale punit et, dans le meilleur des cas, satisfait éventuellement à d'autres exigences ; mais elle punit avant tout et de manière certaine⁹⁷⁴. Nombre d'auteurs admettent en effet que ces fonctions annexes, entretenues indûment par la doctrine, sont infructueuses. Pouvait-il en être autrement dans la mesure où existait inexorablement dans la loi et la jurisprudence une contradiction des termes ?⁹⁷⁵ Déjà au XIX^{ème} siècle, un rapport du garde des Sceaux au président de la République rendait compte de cet échec : « *L'inefficacité de la peine, au triple point de vue de la correction, de l'intimidation et de l'amendement, ressort chaque jour davantage des indications de la statistique : le flot de la récidive monte*

⁹⁷³ VAN DE KERCHOVE (M.), *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, pp. 35-36.

⁹⁷⁴ Selon Marc ANCEL, il faut instaurer « *un système appelé à rendre la Société meilleure en rendant meilleurs également les citoyens* » (*La Défense Sociale nouvelle*, op. cit., p. 31). Cette perspective d'une société meilleure grâce à la mise en place d'une politique criminelle de *Défense sociale* est-elle devenue une réalité quotidienne ? Les difficultés matérielles, perceptibles notamment au sein de l'univers carcéral, donnent un éclairage criant du leurre entretenu par les finalités artificielles attribuées à la sanction pénale.

⁹⁷⁵ Pour ce qui est du seul domaine pénitentiaire, les paradoxes sont patents. Selon la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire, la prison « *participe à l'exécution des décisions et sentences pénales et au maintien de la sécurité publique [et] favorise la réinsertion sociale des personnes confiées par l'autorité judiciaire* » ; cette dernière mission devant théoriquement être remplie par le fait que le service public pénitentiaire « *est organisé de manière à assurer l'individualisation des peines* » (V. également C. pr. pén., art. D. 189). Cette loi reprend ainsi les souhaits émis par Paul AMOR en 1945 : « *la peine privative de liberté, précisait le directeur de l'Administration pénitentiaire, a pour but essentiel l'amendement et le reclassement social du condamné* » (« La réforme pénitentiaire en France », *Rev. sc. crim.* 1947, p. 6). Notons également que la philosophie générale de cette loi fut confirmée par une décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1994 affirmant 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 permettre son éventuelle réinsertion* » (déc. n° 93-334, JO du 26 janv. 1994 ; *Gaz. Pal.* 1994. 1, Lég. 220). Précisons enfin que la loi du 9 mars 2004 a intégré un nouvel article 707 C. pr. pén. disposant que « *l'exécution des peines favorise (...) l'insertion ou la réinsertion des condamnés* » et que la loi du 12 décembre 2005 a modifié l'article 132-24 C. pén. en ce sens.

toujours »⁹⁷⁶. Le Pr. DELMAS-MARTY fait part de ce même pessimisme lorsqu'elle précise que « la menace de la peine dissuade peu (...) et [que] son application aboutit rarement à cet amendement qui garantirait au moins contre une éventuelle récidive »⁹⁷⁷.

390. Imprécision des fonctions utilitaires de la sanction pénale. – Outre leur faiblesse dans l'expression du droit de punir, les fonctions utilitaires de la sanction pénale restent très largement imprécises, voire contradictoires⁹⁷⁸. Le concept de dissuasion, par exemple, qui relève semble-t-il très clairement de l'utilitarisme, fait part d'une certaine pression psychologique, c'est-à-dire « implique l'idée d'une souffrance possible, d'un châtement en suspens, peu compatible avec un autre rôle de la peine [comme] le traitement du délinquant et son amendement »⁹⁷⁹. La dissuasion (ou intimidation), qui exerce sur la société toute entière (prévention générale) ou plus spécialement sur l'agent lui-même (prévention spéciale) une contrainte spécifique, se rapproche alors sensiblement de la sanction pénale rétributive. Nous en arrivons donc à la situation paradoxale selon laquelle l'utilitarisme parviendrait, par un recours à la dissuasion, à créer et développer une contrainte qui, par principe, semble prioritairement liée à la rétribution.

Tout en confirmant ce rapprochement, nous ne pouvons toutefois aller jusqu'à une confusion entre le rétributivisme et l'utilitarisme *via* la dissuasion. Celle-ci semble en effet détenir une utilité particulière qui est la lutte contre la récidive. A l'inverse, la rétribution ne possède pas de finalité spécifiquement empirique sinon celle de l'expiation ou du rétablissement symbolique de l'équilibre social par l'affliction d'un mal et le rappel corrélatif des valeurs de la société. Si absence de confusion il y a, notons toutefois que ce simple rapprochement met en échec ou réduit l'intensité de la distinction doctrinale cardinale entre rétributivisme et utilitarisme. L'analyse de la modération de la rétribution en rapport avec la modernité pénale confirme ce recouplement.

⁹⁷⁶ Rapport du garde des Sceaux au président de la République, 1885 cité in MOUTON (E.), *op. cit.*, p. 1.

⁹⁷⁷ DELMAS-MARTY (M.), *Les chemins de la répression*, *op. cit.*, p. 10. V. également MOUTON (E.), *op. cit.*, p. 1 : « Plus on croit perfectionner les peines, plus elles acquièrent de virulence pour corrompre les condamnés » ; DEL VECCHIO (G.), « Essai sur la justice pénale et la réparation du préjudice », *Rev. sc. crim.* 1951, p. 206. En outre, V. l'approche plus neutre de P. PONCELA in « Eclipses et réapparitions de la rétribution en droit pénal », *op. cit.*, p. 12 : « cette conception [utilitariste] de la peine s'est nourrie d'une illusion (...) celle de l'éradication de la délinquance. Ce "mirage" contribuera largement à la perception d'un soi-disant échec de la politique pénale (...) La principale erreur de tout utilitarisme juridique est de croire que l'on peut assigner au droit des buts précis » (c'est nous qui soulignons).

⁹⁷⁸ DELMAS-MARTY (M.), *ibid.*

⁹⁷⁹ *Ibid.*

391. Modération de la rétribution et aménagements de la sanction pénale. – La vision que l'on forge de la sanction pénale peut apparaître pour le moins pessimiste. Suivant la logique rétributive, elle ne serait qu'un ajout de souffrance⁹⁸⁰, une réciprocité proportionnelle de violence et de mal⁹⁸¹.

Mais ce caractère strictement rétributif est-il à ce point négatif ? Rien n'est moins sûr dans la mesure où, d'une part, découlent de ce caractère les deux principes essentiels du droit pénal que nous avons déjà énoncés : la nécessité et la proportionnalité de la sanction pénale⁹⁸². D'autre part, il semble indispensable de relativiser le caractère péjoratif de la qualité rétributive de la sanction pénale puisque derrière elle se dessine progressivement l'exigence d'une considération de la personne humaine. Les aménagements de peines pouvant intervenir lors de leur exécution, n'ont pas pour objectif immédiat de réadapter socialement les individus. Ces mesures sont avant tout des outils essentiels de modération de la punition qui, ultérieurement seulement, pourront œuvrer pour une resocialisation des personnes. D'un point de vue strictement matériel, ces aménagements adaptent prioritairement la punition à la personne délinquante. De manière hypothétique seulement, ils peuvent favoriser la prévention de la délinquance et la réinsertion de la personne. On retrouve la dualité entre les fonctions certaines et aléatoires de la sanction pénale.

392. Modération de la rétribution et victimes. – Outre ces aménagements, la rétribution se trouve également modérée par son rapport avec la victime. En tant que compensation punitive face à une infraction, la sanction pénale rétributive ne pouvait longtemps être écartée de la victime. Ainsi, la sanction pénale est progressivement détournée de son objectif principal – compenser un mal social par un autre mal social – pour atteindre un but plus étroit – compenser un mal par une "punition réparatrice". Alors que punir signifiait rétablir un ordre social, punir tend aujourd'hui à développer une solidarité avec la victime⁹⁸³. La sanction pénale peut toujours être dénommée *rétributive* puisqu'un équilibre s'établit encore ici. Mais face à une telle perspective, la rétribution ne semble plus posséder le même objet et, à l'image des fonctions mythiques (utilitaires) de la sanction pénale, n'est pas sans apporter son lot de

⁹⁸⁰ V. DE GIRARDIN (E.), *op. cit.*, p. 388 : « Chaque condamnation (...) double le mal de la société, puisqu'au lieu d'un de ses membres qui souffrait avant, il y en a deux après : l'un par le crime, l'autre par le châtement ».

⁹⁸¹ Sur ce concept de réciprocité, V. CUSSON (M.), « Le sens de la peine et la rétribution », *Rev. int. crim. pol. techn.* 1985 p. 281 ; PONCELA (P.), « Par la peine, dissuader ou rétribuer », *op. cit.*, pp. 67 et 69.

⁹⁸² V. *supra*, n^{os} *et ss.* et n^{os} *et ss.*

⁹⁸³ CUSSON (M.), « Le sens de la peine et la rétribution », *op. cit.*, p. 283.

dénaturation du droit pénal. Si la justice pénale n'est plus guidée par cette volonté de rendre le mal par le mal, dans le seul but de parvenir à une paix publique – et non simplement personnelle – il est à craindre qu'elle devienne inerte et inconsistante⁹⁸⁴.

Conclusion du chapitre 2

393. Dans son expression même, le droit pénal ne peut s'appuyer exclusivement sur le droit de punir. S'il est vrai que ce dernier parvient le plus parfaitement à satisfaire, symboliser et garantir l'ordre public pénal, il est indispensable de garder à l'esprit que l'absence de punition peut, dans certaines situations, être le gage de la stabilité de la paix sociale. Le droit pénal, pour être pleinement rationnel, doit donc dépasser le droit de punir et accepter de plonger par exemple l'infraction dans l'oubli. Révélatrice des valeurs sociales devant être défendues par le droit, la souveraineté pénale doit rendre compte d'une certaine rationalité punitive en acceptant notamment, si le bien commun le commande, de ne point imposer de punition.

Au-delà de l'acception symbolique du droit pénal, la distance pouvant exister entre ce dernier et le droit de punir se retrouve au sein de la dimension matérielle de la souveraineté pénale. Là encore, le droit de punir ne peut révéler les moindres aspects de la manifestation du droit pénal. Si la loi demeure la seule expression possible tant du droit pénal que du droit de punir, celui-ci n'intègre pas pour autant chaque pan du droit pénal. La contrainte demeure certes une constante ; cette contrainte se dédouble toutefois et le droit pénal, lorsqu'il exerce le droit de punir, ne peut pleinement s'exprimer qu'en référence à la sanction. C'est elle qui en est le révélateur essentiel. Inscrite dans une logique purement rétributive, la sanction pénale devient ainsi la manifestation la plus parfaite du droit de punir et l'outil essentiel de l'effectivité du droit pénal.

⁹⁸⁴ *Ibid.*, p. 284.

Conclusion du titre I

394. Le droit de punir reste pour l'Etat l'une des modalités d'exercice de sa souveraineté les plus achevées. Définie comme la puissance suprême, la souveraineté étatique jouit avec ce droit d'une fabuleuse occasion d'exposer sa supériorité. Conformément à la théorie de l'Etat de droit, cette supériorité est principalement représentée à travers une discipline juridique, le droit pénal. C'est alors que, parallèlement à l'évolution de l'autorité étatique, se développe une souveraineté pénale basée notamment sur le droit de punir. Ce dernier doit donc être perçu comme une composante essentielle du droit pénal, le moteur même de son évolution et de sa rationalisation ; il en devient même l'élément exclusif dès lors que nous considérons uniquement l'expression du droit pénal par le biais de sa sanction.

Pourtant cette représentation maximaliste du droit de punir ne peut être pleinement satisfaisante. Si le droit de punir est effectivement un élément essentiel de la souveraineté pénale, force est de constater que celle-ci est formée de données non strictement punitives. La légitime défense ou les diverses formes du "droit de ne pas punir" en constituent les exemples topiques. C'est pourquoi, au sein même de cette souveraineté, il convient d'établir une distinction entre ses aspects punitifs et non punitifs et d'apprécier la relativité du lien existant entre le droit pénal et le droit de punir. Cette précision effectuée, il reste alors à entreprendre une nouvelle étape dans l'analyse des relations entre ces deux matières. Alors que nous venons d'apprécier l'apport du droit de punir dans l'évolution de la souveraineté pénale, il est désormais nécessaire de nous interroger sur le rôle du droit pénal dans la progression des aspects punitifs de cette dernière. Paradoxalement, c'est un constat pessimiste qui s'impose ; le droit pénal constituant lui-même, par son évolution, un obstacle majeur à un développement rationnel de la souveraineté punitive de l'Etat.

TITRE II

LE DROIT PÉNAL, UN FREIN DANS L'ÉVOLUTION DE LA SOUVERAINETÉ PUNITIVE PÉNALE DE L'ÉTAT

395. Affaïssement de la souveraineté pénale face au droit de punir lato sensu. –

L'analyse de l'importance – non de l'exclusivité – du droit de punir au sein du droit pénal a permis de considérer ce dernier comme le "droit punitif ou répressif" par excellence, c'est-à-dire comme la discipline juridique dans laquelle la punition semble prendre tout son sens. C'est pourquoi il nous est nécessaire désormais de qualifier la souveraineté, lorsque nous considérons le droit pénal en relation avec le droit de punir, de souveraineté pénale *et* punitive.

Devant cette mise au point, il paraît inconcevable de croire à une inversion de la tendance, à un manque d'enrichissement mutuel des concepts de *droit de punir* et de *droit pénal* ou, plus raisonnablement, à une distanciation de leur lien. Pourtant, le droit positif fait état de cette apparente contradiction qui revient à percevoir le droit pénal non plus comme le droit punitif principal mais bien comme un des droits punitifs ou répressifs qui se développent à l'heure actuelle⁹⁸⁵. Alors que le droit de punir était un élément du droit pénal, c'est l'inverse que nous observons aujourd'hui : le droit pénal est devenu une composante du droit de punir *lato sensu*. Le droit pénal n'a plus désormais le monopole punitif et la prérogative souveraine inhérente à l'exercice du droit de punir ne possède donc plus de caractéristiques pénales exclusives.

396. Recherche des raisons de l'affaïssement de la souveraineté punitive de nature pénale indépendamment de l'évolution des autres droits répressifs. –

Devant une telle situation, il est impératif de déterminer le rôle joué par le droit pénal dans l'émergence de cette "nouvelle souveraineté punitive" au regard de laquelle la justice pénale ne serait qu'un élément constitutif et non le cadre d'exercice exclusif. De quel phénomène a-t-il souffert pour

⁹⁸⁵ Nous étudierons ce point plus en détails dans notre seconde partie.

être devenu une discipline, sinon subalterne, du moins équivalente aux autres droits dits répressifs dans l'ordonnement punitif ? La détermination de ces raisons témoignant des occasions ayant facilité l'essor de ces nouveaux droits.

La réponse devant être avancée s'appuie sur une considération exclusive du développement du droit pénal. S'il est aujourd'hui rétrogradé en matière punitive, c'est en vertu d'une dénaturation progressive produite par des causes qui lui sont inhérentes. Les autres disciplines juridiques, que l'on peut alors dénommer "droits extra-pénaux"⁹⁸⁶, ont alors profité de cette altération pour laisser le droit de punir les envahir lentement. C'est ainsi que de simples droits extra-pénaux, ces disciplines sont devenues des droits extra-pénaux progressivement et expressément *répressifs*.

397. Disparition ou simple dénaturation du droit pénal. – Lorsque nous utilisons, pour le droit pénal, le concept de dénaturation, nous souhaitons véritablement mettre en évidence la « *déformation, l'altération de la nature* »⁹⁸⁷ de ce droit et non rendre compte de sa mort ou de son agonie. Le terme *dénaturation* recouvre le déclin de l'authentique conception que l'on doit avoir du droit pénal et non le déclin du droit pénal lui-même. Si cette altération s'appuie sur une lisibilité plus délicate de plusieurs concepts du droit pénal, entraînant de ce fait une certaine incompréhension de ce dernier, nous ne pouvons en aucune façon croire à sa mort. Reposant lui-même sur la souveraineté étatique, il est en effet illusoire d'imaginer l'anéantissement du droit pénal. Ainsi, sans pousser notre réflexion jusqu'à la disparition du droit pénal, il est toutefois possible d'avancer la mort *d'un* droit pénal⁹⁸⁸. Le problème reste cependant entier : de quel droit pénal s'agirait-il ?⁹⁸⁹ Devant cette impasse, nous pensons bon d'user de termes plus sobres. Ainsi, pour suffisamment relativiser notre propos, nous conserverons donc l'expression *dénaturation du droit pénal*.

⁹⁸⁶ Le terme latin *extra* signifiant "en dehors de" ou "à l'extérieur" traduit parfaitement notre souci de rendre compte d'un ensemble de disciplines juridiques n'ayant parfois aucune relation entre elles, ni aucun point commun sinon celui d'être totalement étrangères au droit pénal. On citera dès à présent et de manière non exhaustive le droit civil, le droit administratif, le droit disciplinaire, le droit fiscal ou encore le droit de la concurrence. Pour une utilisation de l'expression "extra-pénal", V. notamment PRADEL (J.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 549, p. 503.

⁹⁸⁷ Dictionnaire Hachette, v° « Dénaturation ».

⁹⁸⁸ V. LARGUIER (J.), « Mort et transfiguration du droit pénal », *Mélanges Ancel*, t. II, Paris, Pedone, 1975, *passim* et spéc. pp. 127 et 139.

⁹⁸⁹ Pour les tenants du positivisme pénal mêlé de quelques considérations de Défense sociale, et devant le flot des mesures d'individualisation de la sanction pénale, ce serait le droit pénal classique qui, sans nul doute, entendraient sonner le glas. Mais paradoxalement, ces mêmes partisans seraient également enclins à percevoir dans la persistance effrontée de la solution carcérale, l'effondrement et le trépas annoncé du droit pénal moderne et humaniste.

398. Origines et progression de la dénaturation du droit pénal. – Devant le triste constat selon lequel le droit pénal souffre d'une dénaturation, favorisant par là même l'émergence d'une souveraineté punitive nouvelle, il est utile de se demander quelles sont les origines de ce mouvement et quels sont les mécanismes ayant permis à cette dénaturation d'avoir une telle influence ? Contrairement à ce que l'on pourrait croire de prime abord, le droit pénal ne se dénature pas des seules attaques portées par d'autres disciplines juridiques⁹⁹⁰. Il perd également de sa consistance par des agressions qu'il s'inflige. C'est en effet par une mauvaise utilisation du droit de punir que le droit pénal s'est progressivement dénaturé. Aussi pouvons-nous constater d'une part que le droit pénal perdrait toute logique dès lors que le droit de punir se trouverait excessivement et inconsidérément employé par lui : "trop de droit de punir tuerait le droit pénal" ou, plus exactement, annihilerait la rationalité issue originellement de ce droit. Un usage excessif du droit de punir, conduisant par là même à une incohérence punitive, affaiblirait donc la souveraineté punitive de nature pénale détenue par l'Etat. D'autre part et à l'inverse, la gangrène dénaturante se propagerait au sein du droit pénal si ce dernier ne pourrait assumer son rôle essentiellement punitif dicté par le maintien de la paix publique. Par ce mécanisme, l'Etat affaiblirait alors sa souveraineté pénale par un usage détourné du droit de punir.

399. Entre acceptation et rejet du concept de droit de punir. – Ces deux mouvements distincts et complémentaires⁹⁹¹ – usage abusif et usage détourné du droit de punir – engendrent ainsi les mêmes effets : la perte par le droit pénal de sa nature propre et du symbolisme punitif qui lui était inhérent. Le droit pénal se situe donc entre deux eaux tendant à le faire s'abîmer dans une incohérence dont il ne pourrait se rétablir.

Dans cette perspective d'une inexorable dénaturation du droit pénal, l'usage abusif du droit de punir, tout en traduisant une acceptation de celui-ci, exprime clairement la marche incessante d'une incohérence du système répressif pénal (**Chapitre 1**). Parallèlement, l'usage détourné du droit de punir participe du rejet de l'acceptation traditionnelle de ce dernier et manifeste de

⁹⁹⁰ V. notamment *infra*, n^{os} *et ss.* Nous verrons en effet que la dénaturation peut s'induire de l'intervention d'une autorité extérieure au droit pénal comme l'Administration par exemple.

⁹⁹¹ Nous remarquons que certains éléments se retrouvent dans ces deux mouvements, manifestant ici un excès dans l'utilisation du droit de punir, exprimant là un détournement de ce dernier. C'est notamment le cas pour la sanction pénale, expression même du droit pénal, qui traduit l'émancipation abusive et inconsidérée du droit de punir mais constitue également un détournement avéré de la fonction essentielle attribuée au droit de punir. Sur l'ambivalence possible des systèmes répressifs, V. PRADEL (J.), *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 2002, n^o 89, p. 126.

manière encore plus évidente la dénaturation du droit pénal (**Chapitre 2**). Ainsi, face à de telles défaillances, seul un usage d'une précision chirurgicale du droit de punir permettrait de circonscrire le droit pénal dans ses limites traditionnelles et rationnellement concevables. Le tableau de la dénaturation du droit pénal que nous allons dresser est majoritairement sombre et s'oppose à une telle perspective. Toutefois, nous ne pourrions occulter le fait que cette description reste, çà et là, pure apparence et trompe-l'oeil.

Chapitre 1

Dénaturation du droit pénal par l'usage excessif du droit de punir

400. Exercice abusif du droit de punir et irrationalité punitive. – Le droit de punir, avons-nous précisé, garantit au droit pénal une dimension symbolique tant dans la généralité des valeurs sociales protégées que dans la manière d'assumer cette protection à travers la sanction pénale⁹⁹². C'est donc en rapport avec les phases d'incrimination et de pénalité que le droit de punir a permis au droit pénal de se révéler comme une prérogative souveraine. Curieusement, il convient de remarquer que ces mêmes phases sont également celles à l'origine de la dénaturation du droit pénal. Poussant encore plus loin le paradoxe, c'est l'utilisation excessive du droit de punir qui introduirait une logique irrationnelle au sein même du droit pénal, dans les deux domaines précités. Ainsi, par le choix d'une certaine politique criminelle tenant à l'élargissement des concepts d'incrimination (**SECTION 1**) et de sanction (**SECTION 2**) pénales, le droit de punir et le droit pénal entretiennent des relations n'ayant plus la moindre cohérence. Que ce soit dans sa prévision ou dans sa manifestation même, le droit de punir favorise donc au sein du droit pénal l'émergence d'une irrationalité punitive.

⁹⁹² V. *supra*, n^{os} *et ss.* et n^o.

– Section 1 –

L’incrimination pénale élargie,
incarnation de l’irrationalité punitive

401. Surpénalisation et dénaturation du droit pénal. – Cette approche, consistant à entrevoir la dénaturation du droit pénal à travers une utilisation par trop large du droit de punir, peut sembler pour le moins paradoxale. Il est classique en effet d’analyser les faiblesses du droit pénal par les pertes progressives que celui-ci endure lorsque se mettent en place des phénomènes de dépénalisation. Si ce type d’appauvrissements ne peut être nié dans la mesure où il favorise à son niveau une forme de dénaturation du droit pénal⁹⁹³, il convient de remarquer à quel point le phénomène inverse – la pénalisation voire la surpénalisation – peut avoir les mêmes incidences. C’est ainsi que l’élargissement légal de la répression et corrélativement des incriminations, c’est-à-dire l’élargissement de l’intervention du droit pénal *via* le droit de punir, ôte toute forme de rationalité au droit pénal.

Entendue comme « *le fait pour le législateur de rendre un comportement criminel* »⁹⁹⁴, l’incrimination prend naturellement appui sur deux éléments distincts : les personnes et leur comportement⁹⁹⁵. La difficulté intervient dès lors que la mise en évidence de certaines personnes délinquantes – les personnes morales – et de certains comportements devenus infractionnels réduit la logique au sein du droit pénal. Le droit de punir est donc ici utilisé abusivement conduisant ainsi à l’irrationnelle mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales (§ 1) et à l’instauration d’excès punitifs dans le choix des comportements incriminés (§ 2).

§ 1. – Une délinquance sans cohérence : les personnes morales

402. Impossible expression du droit pénal. – La question qu’il convient de se poser ici est de savoir si le droit pénal s’enrichit de la naissance de la responsabilité pénale des personnes

⁹⁹³ Nous étudierons en toute logique l’impact de la dépénalisation lorsque nous analyserons l’utilisation détournée du droit de punir. V. *infra*, n^{os} *et ss.*

⁹⁹⁴ PRADEL (J.), *Droit pénal général*, op. cit., n^o 258.

⁹⁹⁵ Selon une présentation épurée, une infraction est un acte antisocial commis par un individu devenu par là même délinquant. Puisque l’incrimination est la « *description légale* » (ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, op. cit., p. 103) de l’infraction, il est naturel que les deux éléments sus-énoncés soient ainsi repris. Ceci n’est que la reprise de la dualité inhérente à l’infraction pénale qui nécessite pour sa démonstration l’existence d’éléments objectifs et subjectifs. Sur ce point, V. par exemple STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Droit pénal général*, op. cit., n^{os} 210 et ss. ; DANA (A.-C.), *thèse précit.*, passim.

morales. Une réponse positive semble tout d'abord s'imposer. Ce type de responsabilité semble acquérir une légitimité certaine dans la mesure où elle permet prioritairement de protéger une catégorie particulière de valeurs sociales, à savoir les valeurs en lien avec la vie économique et financière⁹⁹⁶. Ces valeurs n'ont pu, de ce fait, être véritablement consacrées qu'à partir du seul instant où la responsabilité pénale des personnes morales fut instaurée dans la mesure où ces personnes constituaient précisément les principaux contrevenants de ces règles.

Mais cette responsabilité pose finalement problème car le droit pénal n'est pas simplement la protection des valeurs mais constitue également la symbolisation de celles-ci et donc la représentation d'une certaine éthique. Et, de ce point de vue, l'apport de la responsabilité pénale des personnes morales sur le droit pénal devient négatif. Cette responsabilité – satisfaisant à un effet de mode⁹⁹⁷ – traduit nettement, selon nous, l'incohérence qui se dégage du droit pénal par l'utilisation excessive qui est faite du droit de punir. Par l'incursion de cette responsabilité, c'est-à-dire par l'usage irraisonné du droit de punir dans un nouveau domaine, c'est l'expression même du droit pénal qui se trouve atteinte. Sur ce point, les Pr. CONTE et MAISTRE DU CHAMBON se demandent à juste titre s'il est possible d' « *accoler les termes de responsabilité pénale et de personne morale sans dénaturer le droit pénal* »⁹⁹⁸. En reprenant les deux composantes de l'expression du droit pénal, nous ne pouvons répondre que négativement tant le dévoiement de ce dernier devient patent. Par l'impersonnalité qui se dégage de la mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales, le symbolisme pénal (A) et l'extériorisation matérielle qui découle de la sanction pénale (B) souffrent d'une

⁹⁹⁶ Sur la circonscription originelle de la responsabilité pénale des personnes morales aux domaines économique, commercial, financier et fiscal, V. STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 308.

⁹⁹⁷ BOULOC (B.), « Rapport de synthèse » in BOULOC (B.) (sous la dir.), *Où en est la dépénalisation dans la vie des affaires ?*, colloque de la Baule des 15 et 16 juin 2001, *RJ com.* n° spécial, nov. 2001, p. 157.

⁹⁹⁸ CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 367. V. également CONTE (P.), « La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal » in ROBERT (J.-H.) et TZITZIS (S.) (sous la dir.), *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, Actes du colloques du 18 oct. 2001, Paris, éd. Panthéon-Assas, L.G.D.J., 2002, spéc. p. 120 où le Pr. Ph. CONTE confesse « *ne pas comprendre ce que pourrait bien signifier la "responsabilité pénale des personnes morales"* ». V. également SAINT-PAU (J.-C.), « La responsabilité pénale des personnes morales : réalité et fiction » in CONTE (P.), GIRAUD-VAN GAVER (C.), ROBERT (J.-H.) et SAINT-PAU (J.-C.), *Le risque pénal dans l'entreprise*, Paris, Litec, 2003, p. 71, spéc. note 1. Cet auteur doute de l'opportunité du recours à la responsabilité pénale pour les personnes morales : « *Le législateur n'a-t-il pas rapidement fait l'économie d'interrogations simples : était-il nécessaire d'instaurer une responsabilité pénale afin de sanctionner des personnes morales ? Des mécanismes civils ou administratifs pouvaient-ils suffire ?* ».

profonde singularité ; le droit pénal se trouve détourné de son origine et ses liens avec le droit de punir réduits à un pur désordre.

A. – La révélation d'un symbolisme singulier :

la responsabilité pénale impersonnelle

403. Si le symbolisme qu'exprime ordinairement le droit pénal ne peut être retranscrit en matière de personnalité morale, cela est essentiellement dû à une véritable impersonnalité de ces personnes se traduisant par des singularités techniques et remettant ainsi en cause la nature même du droit pénal. Celui-ci repose en effet sur le principe de la responsabilité pénale personnelle. Or, en matière de personnalité morale, cette responsabilité apparaît impersonnelle (1°) voire inexistante (2°).

1°/ Impersonnalité de la responsabilité pénale des personnes morales et singularités techniques

404. La doctrine assimile l'existence juridique d'une personne morale à son existence pénale⁹⁹⁹, alors même qu'une très nette distinction doit être effectuée entre ces concepts (a). Suivant ce malentendu regrettable, ce type de responsabilité fait aujourd'hui partie du droit positif malgré des incohérences tenant à son caractère impersonnel ; un doute subsiste en effet quant à la détermination des personnes à l'origine de la réalisation des infractions (b).

a. Existence juridique et existence pénale : une automaticité contestable

405. Possibilité d'une simple inexistence pénale des personnes morales. – Le débat majeur qui anime la mise en place de la responsabilité pénale des personnes morales repose sur la possibilité ou non d'établir une réalité juridique, et plus spécialement pénale, de celles-ci. Nul ne saurait mettre en doute le caractère immatériel des personnes morales. Les plus farouches partisans de l'insertion de ces personnes dans la sphère pénale ne peuvent nier leur incorporalité. Les personnes morales sont, par exemple, de simples statuts déposés en préfecture ou une inscription au registre du commerce et des sociétés. Elles ne respirent pas,

⁹⁹⁹ JEANDIDIER (W.), « La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales », *Cah. dr. entr.* 2006, n° 1, dossier « Le risque pénal dans l'entreprise », p. 27 : « On mesure (...) combien l'existence pénale de la personne morale demeure problématique ».

ne parlent pas ; elles ne sont que fiction et artifice sociaux¹⁰⁰⁰. Suivant cette logique, nous pourrions alors valablement douter de leur faculté de penser et donc d'imaginer une réalisation criminelle. C'est d'ailleurs en ce sens que s'était originellement prononcée la jurisprudence : « *attendu qu'on ne peut poursuivre devant les tribunaux de répression que des êtres réels, sur lesquels peut porter une peine (...), une société commerciale, être moral, ne saurait répondre pénalement d'un délit* »¹⁰⁰¹.

Si nous rejetons ici la réalité des personnes morales, précisons qu'il ne s'agit toutefois que de leur réalité pénale¹⁰⁰². Ecarter toute introduction des personnes morales au sein du droit pénal ne revient nullement à exclure toute existence juridique de ces personnes dans les autres branches du droit. Est-ce parce que l'Etat ne peut être responsable pénalement, qu'il disparaît de toute approche constitutionnelle, internationale ou administrative du droit ? Inexistence pénale ne signifie donc pas inexistence juridique et impossibilité de mettre en jeu une responsabilité extra-pénale¹⁰⁰³.

406. Impossible assimilation des responsabilités. – Par comparaison à ce que nous venons d'avancer, une existence juridique dans certains domaines ne saurait systématiquement signifier l'existence pénale des personnes morales. La mise en jeu de la responsabilité de la puissance publique¹⁰⁰⁴ induit-elle nécessairement l'émergence de sa responsabilité pénale ? Nullement. Ainsi, l'argument en faveur de la responsabilité pénale des personnes morales assis sur l'existence d'une responsabilité civile ou administrative et sur la possible réalisation de fautes de telles natures est inopérant. Comment pourrions-nous établir une comparaison entre des disciplines juridiques distinctes et ayant des finalités divergentes (droit civil, droit administratif et droit pénal) ? Suivant quelle logique une responsabilité pénale naîtrait-elle d'une mise en œuvre possible d'une responsabilité civile ou administrative ? Nulle logique ne préside justement à ce genre d'assimilation, et ce alors même qu'elle fut l'une des raisons

¹⁰⁰⁰ Pour une reprise de ces concepts de fiction et d'artifice, V. JEANDIDIER (W.), « La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, p. 24. Citons ici la réflexion de Gaston JÈZE, auteur sceptique sur l'existence des personnes morales : « *on ne peut manger avec une personne morale* » (*Les principes fondamentaux du droit administratif* cité in RONTCHEVSKY (N.) et COMPORTE (M.), « La notion d'entité personnifiée », *Petites affiches* 11 déc. 1996, n° 149, p. 7).

¹⁰⁰¹ Crim. 10 mars 1877, S. 1877.I.336.

¹⁰⁰² Pour preuve des diverses réalités juridiques, retenons l'arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 28 janvier 1954 reconnaissant l'existence civile des personnes morales grâce d'ailleurs à ce que l'on appelle la théorie de la réalité (*D.* 1954, p. 217, note G. Levasseur).

¹⁰⁰³ V. SAINT-PAU (J.-C.), *op. cit.*, p. 71, note 1.

¹⁰⁰⁴ Sur ce type de responsabilité, V. l'arrêt de principe *Blanco*, T. confl. 8 févr. 1873, *Leb.* 1^{er} suppl 61, concl. R. David ; *D.* 1873.3.20, concl. R. David ; S. 1873.3.153, concl. R. David.

invoquées pour consacrer la nouveauté du Code pénal de 1994¹⁰⁰⁵. Chaque droit doit s'appliquer envers des personnes pour lesquelles il est opportun pour lui de répondre suivant la logique qui l'irrigue. Le droit pénal, par sa spécificité liée notamment à l'important rôle joué en son sein par le droit de punir, aurait dû rester hors de toute référence à ce type de personnalité fictive. A défaut de cette logique, le droit pénal – et corrélativement le droit de punir – s'applique envers des personnes n'ayant aucune véritable relation directe et personnelle avec l'infraction alors même que ceci reste l'assise de toute rationalité punitive.

b. Personnes morales et éléments constitutifs des infractions : une relation illusoire

407. Si nous refusons l'existence d'une responsabilité pénale des personnes morales, c'est que celle-ci ne peut respecter les aspects techniques – et par là fondamentaux – du droit pénal¹⁰⁰⁶. On avance traditionnellement, pour justifier ce type de responsabilité¹⁰⁰⁷, que la personne morale réunit en elle les éléments constitutifs d'une infraction. Mais énoncer cela revient à commettre une hérésie juridique et à engager une réflexion contraire « à la plus élémentaire logique »¹⁰⁰⁸. La personne morale ne peut être l'auteur de ces éléments – matériel et moral – et ne saurait être raisonnablement déclarée *personnellement* responsable.

408. Élément matériel. – Il n'est point besoin ici de faire d'intenses développements pour reconnaître l'incapacité de la personne morale d'agir personnellement dans la réalisation

¹⁰⁰⁵ Selon le rapporteur de la Commission des lois du Sénat, Marcel Rudloff, « il n'a pas paru choquant à la Commission (...) d'envisager qu'une personne morale, responsable de ses fautes civiles, puisse être responsable de ses fautes pénales » (cité in GUÉRIN (D.), « L'introduction en droit français de la responsabilité pénale des personnes morales », *Petites affiches* 11 déc. 1996, n° 149, p. 4). Pour une identique assimilation, V. également MAGNOL (J.), *L'avant-projet de révision de Code pénal français*, Paris, Sirey, 1934 : « A la liberté de l'activité collective ou corporative, au sens large, doit correspondre une responsabilité pénale, également collective et corporative » (cité in RICHIER (G.), *De la responsabilité pénale des personnes morales*, thèse, Lyon, 1943, p. 132) ; DECOCQ (A.), *Droit pénal général*, op. cit., p. 256 : « étant donné que le principe de la réalité des personnes morales est aujourd'hui [avant le nouveau C. pén.] admis par la jurisprudence civile et par la majorité de la doctrine, on ne peut plus soutenir que celles-ci sont incapables de commettre une infraction » ; MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 312.

¹⁰⁰⁶ V. CONTE (P.), « La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal », op. cit., p. 119 : « la responsabilité qui pèse sur les personnes morales est une fausse responsabilité pénale, à l'évidence sans grand rapport avec les principes axiologiques qui gouvernent celle des personnes physiques (...) Confrontée au réalisme du droit pénal, la personnalité morale ne peut que faire figure de fiction et sa responsabilité "pénale", de construction totalement artificielle ».

¹⁰⁰⁷ On remarque d'ailleurs ici, par l'énoncé répétitif de la part de la doctrine des éléments rendant selon elle possible la responsabilité pénale des personnes morales, que celle-ci ne se justifie pas immédiatement. Même pour ses partisans, cette responsabilité ne s'explique et ne se légitime pas d'elle-même ; elle ne saurait être, de ce fait, un concept spontanément admissible en droit pénal.

¹⁰⁰⁸ MAISTRE DU CHAMBON (P.), « L'amendement Garraud. Retour sur un procès en sorcellerie », *Rev. pénit. et dr. pén.* 2004, p. 317.

matérielle d'une infraction. Un arrêt du 2 décembre 1997¹⁰⁰⁹ imposa en effet la réunion des éléments constitutifs de l'infraction sur la tête de la personne physique. La fictivité et la raison imposent cette présence humaine ; mais celle-ci, concevable en matière civile ou commerciale, devient une véritable interférence en matière pénale. Même s'il s'agit d'organes ou de représentants agissant pour le compte de la personne morale, on ne peut concevoir que cette délinquance matérielle soit l'œuvre authentique de la personne morale elle-même¹⁰¹⁰. De plus, l'agissement pour le compte du groupement retranscrit une action ayant pour finalité l'intérêt de l'être fictif¹⁰¹¹. Or, celui qui a intérêt à la commission de l'infraction n'est pas nécessairement l'auteur de l'infraction, celui-là même supportant l'exercice du droit de punir. Et, par principe, une personne morale ne peut être que la personne espérant tirer bénéfice de la délinquance et de l'infraction... dont elle ne sera jamais l'auteur matériel.

Le droit pénal et le droit de punir ne sont envisageables qu'au regard d'une délinquance directe dans la mesure où ils imprègnent leur exercice d'une connotation morale. Garants privilégiés des valeurs sociales, ils doivent s'appliquer avec une rigueur certaine, porteuse d'une incidence particulière – voire bénéfique – sur le délinquant, qui ne peut se concilier avec le caractère indirect de la responsabilité pénale des personnes morales. Cette inadéquation se fonde sur la nature même du droit pénal et ce contrairement aux autres branches juridiques dans lesquelles ce caractère indirect des relations reste indifférent ; le retentissement symbolique étant en effet moins prégnant¹⁰¹². Le droit pénal et le droit de punir ne devraient donc, en toute logique, trouver aucune application envers une personne morale.

¹⁰⁰⁹ Crim. 2 déc. 1997, *Bull. crim.* n° 408 ; *JCP* 1998.II.10023, rapp. F. Desportes.

¹⁰¹⁰ *Contra*, pour une quasi-reconnaissance du fait propre de la personne morale, V. Crim. 24 mai 2005, *Dr. pén.* 2005, comm. 151, note J.-H. Robert – Crim. 31 mai 2005, *Dr. pén.* 2005, comm. 143, note J.-H. Robert – Crim. 21 févr. 2006, *Dr. pén.* 2006, comm. 71, note J.-H. Robert.

¹⁰¹¹ Nous rejetons les autres lectures de l'expression "pour le compte" tendant à l'explicitement relativement au fonctionnement et à la composition de la personne morale. Nous restons proches de l'acception suivant laquelle "pour le compte" signifierait "au nom de" ou "dans l'intérêt de", comme celle qui était présente dans les expressions de l'avant-projet de réforme du Code pénal de 1978 (art. 38). V. également JEANDIDIER (W.), « La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, p. 27.

¹⁰¹² En matière contractuelle, la jurisprudence admet qu'un groupement dont « *le consentement est exprimé par ses représentants légaux, personnes physiques vis-à-vis desquels la violence* [vice de consentement des articles 1109 et ss. C. civ.] *peut avoir effet* », puisse être lui-même victime de violence et demander la nullité de la convention sur ce fondement (V. Soc. 8 nov. 1984, *Bull. civ.* V n° 423 ; *RTD civ.* 1985, p. 368, obs. J. Mestre). Par cet exemple, on s'aperçoit qu'en matière civile, le lien indirect existant entre la personne morale et le vice du consentement – objet du procès comme peut l'être l'infraction en matière pénale – n'est pas un obstacle à la reconnaissance de l'existence "contractuelle" de la personne morale. Ceci s'explique vraisemblablement par l'intensité symbolique moindre existant en matière contractuelle par rapport à celle existant en droit pénal. La conclusion viciée d'un contrat, bien que regrettable, suit une pure logique mercantile et économique mais n'atteint pas la moralité et la représentation sociale spécifique du droit pénal.

Quelle que soit la teneur de l'intérêt obtenu (réel ou non, important ou léger, commercial, économique ou autre), cette personne reste extérieure à l'accomplissement infractionnel. Cette extériorité de la personne morale vis-à-vis de l'infraction qu'on lui reproche et qu'on lui impute¹⁰¹³ devient plus flagrante dès lors que l'on s'attache à l'élément moral.

409. Élément moral. – Suite au développement du subjectivisme pénal, il paraît incontestable de nier la présence de cet élément pour les personnes morales. Toute faute, intentionnelle ou non, et par là même toute infraction, ne peuvent prendre appui que sur l'homme, personne physique et... psychique¹⁰¹⁴. En ce qui concerne les fautes non intentionnelles, l'autonomie du groupement est illusoire tant il est impératif de prouver « *le comportement imprudent de la personne morale au travers des actes matériels, [éventuellement] non punissables, des organes ou représentants* »¹⁰¹⁵. S'agissant de l'intention, on peut penser que, dans son fonctionnement normal, un groupement exprime une volonté par ses différentes décisions et délibérations. Pour autant, cette volonté ne lui est pas propre mais constitue davantage la réunion des opinions émises par les diverses personnes physiques¹⁰¹⁶. Le Code pénal, en restant muet sur la teneur ou même l'existence de l'élément moral en cette matière, avait sans doute perçu la difficulté que les avant-projets avaient relevée¹⁰¹⁷. C'est donc la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui, progressivement, rendit illusoire la démonstration d'une quelconque faute de la personne

¹⁰¹³ Encore faut-il ici parler d'imputation et non d'imputabilité ; en ce sens, V. PUECH (M.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 1085 et nos 1179 et ss. ; ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, op. cit., p. 286 et pp. 372 et ss. ; CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 367 ; PLANQUE (J.-C.), *La détermination de la personne morale pénalement responsable*, Paris, L'Harmattan, 2003, n° 414, p. 282 ; STOLOWY (N.), « La disparition du principe de la spécialité dans la mise en cause pénale des personnes morales », *JCP* 2004.I.138, p. 995, spéc. n° 2 ; CONTE (P.), « La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal », op. cit., spéc. p. 113.

¹⁰¹⁴ Sur ce point, V. DONNEDIEU DE VABRES (H.), « Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. int. dr. pén.* 1950, p. 339 ; DANA (A.-C.), *thèse précit.*, p. 34, note 2. Même le système anglo-saxon, partisan invétéré de la responsabilité pénale des personnes morales, ne nie pas cette évidence : « *Une personne physique a un esprit qui est capable de connaissance, de volonté ou de négligence et elle a des mains pour mettre en œuvre ses intentions. Une personne morale n'a rien de tel : elle doit agir par l'intermédiaire de personnes physiques (...)* » (Lord REID, *Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass* [1972] A. C., 170-171).

¹⁰¹⁵ PLANQUE (J.-C.), op. cit., n° 412, p. 280. Cette remarque démontre d'ailleurs parfaitement que la personne morale n'est personnellement détentrice ni de l'élément matériel, ni de l'élément moral.

¹⁰¹⁶ *Contra*, V. Crim. 11 mai 1999, *Bull. crim.* n° 93 ; *Dr. pén.* 1999, comm. 140, note M. Véron ; *JCP* 1999.IV.2783 ; *JCP* 2000.I.207 ; *Rev. sc. crim.* 2000, p. 197, obs. Y. Mayaud. Une décision collective (délibération d'un conseil municipal) serait celle de la personne morale et non point celle des personnes physiques ayant favorablement voté cette décision.

¹⁰¹⁷ Selon l'article 38 de l'avant-projet définitif de réforme du Code pénal de 1978, « *sans préjudice des poursuites exercées contre les personnes physiques, tout groupement est pénalement responsable du délit qui a été commis par la volonté délibérée de ses organes, en son nom et dans l'intérêt collectif* » (c'est nous qui soulignons).

morale. Outre l'arrêt précité de la Cour de cassation du 2 décembre 1997, c'est l'apport implicite de l'arrêt du 18 janvier 2000¹⁰¹⁸ qui est le plus pertinent. Cet arrêt relève la nécessaire commission d'une faute d'imprudence par un organe ou un représentant, rejetant par là même la solution admise par les juges du fond selon laquelle la personne morale puisse « *par elle-même* » être l'auteur d'une telle négligence. Cette position a trouvé une utile confirmation dans l'arrêt du 26 juin 2001 de la Chambre criminelle¹⁰¹⁹ constatant l'inutilité – et implicitement l'impossibilité – d'établir une faute distincte de la personne morale. Ainsi, que l'on s'efforce d'énoncer que « *les organes ou les représentants de la personne morale (...) expriment sur le plan juridique la volonté même de celle-ci* »¹⁰²⁰ ou encore que le « *représentant est la personne morale* »¹⁰²¹, il n'en reste pas moins que seule une personne physique est à l'origine de la faute ; une identification des fautes devant alors s'effectuer subséquemment entre la personne physique et la personne morale¹⁰²².

410. Illusion d'une responsabilité pénale personnelle indirecte. – Au vu des précisions concernant les éléments matériel et moral de l'infraction, l'inévitable *substratum* humain procure un caractère indirect à la responsabilité pénale de la personne morale qui resterait, malgré tout, selon la doctrine et la jurisprudence, personnelle. Mais énoncer cela, n'est-ce pas faire preuve d'artifice face à une responsabilité qui ne se rattache que de manière illusoire à une personne fictive ? La non-immédiateté dans la réalisation des éléments constitutifs d'une infraction ne peut s'accorder avec l'exigence du caractère personnel de la responsabilité pénale¹⁰²³. Si le droit de punir est prévu pour s'exercer envers un être purement fictif et ne

¹⁰¹⁸ Crim. 18 janvier 2000, *Bull. crim.* n° 28 ; *JCP* 2000.II.10395, note F. Debove ; *Dr. pén.* 2000, comm. 72, obs. M. Véron ; *D.* 2000, p. 636, note J.-C. Saint-Pau.

¹⁰¹⁹ Crim. 26 juin 2001, *Bull. crim.* n° 161 ; *Dr. pén.* 2002, comm. 8, obs. M. Véron ; *Rev. sc. crim.* 2002, p. 99, obs. B. Bouloc ; *JCP éd. E.* 2002. 375, note D. Ohl.

¹⁰²⁰ DESPORTES (F.), « Rapport sur Crim. 2 déc. 1997 », *JCP* 1998.II.10023.

¹⁰²¹ *Ibid.*

¹⁰²² M. PLANQUE, défenseur de l'existence de la volonté propre des personnes morales, ne cache pas le manque d'autonomie – évidente – de la volonté de celles-ci : « *les juridictions (...) identifient la volonté de la personne morale à celle des dirigeants pour la déclaration de culpabilité (...)* » (*op. cit.*, n° 411, p. 279). L'auteur estime que l'indépendance pouvant naître provient du seul fait que les juges « *tiennent compte des différences qui peuvent exister en pratique pour déterminer la peine à appliquer à chacun* » (*ibid.*). On le voit, la preuve de l'indépendance des personnes morales reste peu convaincante.

¹⁰²³ Il ne faut pas confondre ici la non-immédiateté dans la réalisation des éléments constitutifs de l'infraction et la non-immédiateté dans la réalisation du dommage. Une personne peut être l'auteur direct de l'infraction mais être parallèlement l'auteur indirect du dommage. Tel est le cas énoncé par l'alinéa 4 de l'article 121-3 C. pén. issu de la loi du 10 juillet 2000 ; l'auteur a permis et favorisé indirectement la réalisation du dommage mais reste directement et donc personnellement l'auteur des éléments constitutifs de l'infraction, à savoir la faute qualifiée. En revanche, une personne qui ne peut être l'auteur direct de l'infraction, ne peut naturellement être ni l'auteur direct, ni l'auteur indirect du dommage et, de ce fait, ne peut être personnellement responsable.

pouvant tant matériellement que psychologiquement être l'auteur personnel et direct de l'infraction, le droit pénal perd incontestablement toute logique à vouloir ainsi punir des personnes qui, pénalement parlant, ne possède aucune existence, ni délinquance propre¹⁰²⁴.

Malgré ces diverses incohérences, la personne morale est aujourd'hui un agent pénal potentiel. Toutefois, devant cet état du droit, « *il apparaît d'évidence que l'imputation d'une responsabilité pénale aux personnes morales est de nature à bouleverser des théories déjà passablement fragiles* »¹⁰²⁵ et de remettre ainsi en cause l'essence même du droit pénal.

2°/ Impossible responsabilité pénale des personnes morales et remise en cause de l'essence du droit pénal

411. Le droit pénal repose sur le principe cardinal de la responsabilité personnelle. Or, nous venons d'apprécier à quel point le caractère personnel de la responsabilité pénale des personnes morales reste très largement critiquable. Allons à présent plus loin dans notre démarche en démontrant l'impossible existence rationnelle de toute responsabilité pénale pour ce genre de personnes et, corrélativement, l'illogisme dans l'intervention du droit pénal et du droit de punir dans ces cas.

Si, de prime abord, la responsabilité pénale des personnes morales possède une forte particularité par rapport à la logique poursuivie en matière de responsabilité pénale des personnes physiques (a), force est de constater que cette particularité, loin de révéler les composantes essentielles de la responsabilité pénale, et par là même les fondements même du droit pénal, les ignore très largement (b).

a. Particularité de la responsabilité pénale des personnes morales

¹⁰²⁴ *Contra*, V. notamment MESTRE (A.), *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, thèse, Paris, 1899, p. 15 ; RICHIER (G.), *thèse précit.*, pp. 119 et ss. et spéc. p. 120 : « *Les personnes morales, qui peuvent faire des actes licites, et les vouloir, qui peuvent être sujets actifs de délits, peuvent aussi vouloir ces actes illicites* » ; MASSIN (E.), « L'œuvre de l'esprit de la personne morale », *RJ com.* 1978, p. 289.

¹⁰²⁵ CARTIER (M.-E.), « Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau Code pénal français », *Petites affiches* 11 déc. 1996, n° 149, p. 18.

412. Particularité ou inanité de la responsabilité pénale des personnes morales ? – Par l’impersonnalité – ou les trop nombreuses personnalités¹⁰²⁶ – qui se dégagent des personnes morales, le droit pénal se dénature et perd son âme¹⁰²⁷. Admettre que la responsabilité pénale des personnes morales est une responsabilité pénale personnelle mais indirecte – ou par reflet, par ricochet, par substitution, etc. – revient à mettre en avant sa particularité par rapport à la responsabilité pénale des personnes physiques. Mais le concept de responsabilité pénale, attribut essentiel et inconditionné de tout être humain, ne peut être retranscrit en matière de personnalité morale et ce malgré les divers éléments traditionnellement avancés. La particularité de la responsabilité pénale des personnes morales reflèterait alors son inconsistance.

Bien évidemment nous ne remettons nullement en cause la nécessité de recourir à une personne physique – organe ou représentant – pour donner la possibilité à une personne morale de s’exercer. Nier ce point reviendrait à occulter toute réalité juridique des personnes morales ; or, tel est l’écueil que nous voulons éviter. Nous ne condamnons pas le fonctionnement d’une personne morale qui ne peut exister qu’à travers les traits d’une personne physique apte à la représenter et agir en son nom. Nous souhaitons simplement démontrer que ce mécanisme ne peut avoir une quelconque efficacité en matière pénale. Projeter l’infraction sur la personne morale à travers le prisme de la personnalité physique est-ce encore reconnaître une véritable responsabilité pénale envers la personne morale ? Nous en doutons largement tant le concept de responsabilité pénale est empreint d’un symbolisme fort¹⁰²⁸, manifesté notamment par l’imputabilité et la culpabilité de la personne mise en cause¹⁰²⁹. L’acception morale de la responsabilité pénale impose que celle-ci s’applique aux personnes ayant la pleine conscience d’atteindre la valeur sociale protégée. Or, l’imputabilité et, plus largement, les fondements de la responsabilité pénale, semblent exclus en matière de personnalité morale.

¹⁰²⁶ La personne morale est en effet définie comme un « groupement [de personnes] doté, sous certaines conditions, d’une personnalité juridique plus ou moins complète » (CORNU (G.) (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v^o « Personne » « – morale » ; c’est nous qui soulignons).

¹⁰²⁷ CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, op. cit., n^o 369.

¹⁰²⁸ *Contra*, V. notamment RICHIER (G.), *thèse précit.*, p. 129. L’auteur estime, avec une trop grande légèreté selon nous, qu’« une responsabilité n’[est] qu’illusion si une sanction n’intervient pas ».

¹⁰²⁹ Eu égard à ce symbolisme, la responsabilité pénale ne peut être comparée à la responsabilité civile ou administrative pouvant parfaitement s’harmoniser avec la présence d’une personne physique délinquante qui, dans certains cas, reporterait sa responsabilité sur l’être moral.

b. Fondements du droit pénal et responsabilité pénale des personnes morales

413. Personnes morales et irrationalité de la conception morale de l'imputabilité. – Nul ne saurait douter de l'importance de la notion d'imputabilité – conjointement à celle de culpabilité – dans l'engagement de la responsabilité pénale d'une personne¹⁰³⁰. Cette « *qualité fondamentale de la structure mentale du délinquant* »¹⁰³¹, si elle ne pose pas de sérieuses difficultés pour les personnes physiques, se trouve plus largement discutée en matière de personnalité morale. Les personnes morales rassemblent-elles cette conscience interne et cette faculté de percevoir la moralité des actes, cette détermination à choisir sa conduite ? Par l'inévitable *substratum* humain auquel elles sont soumises, nous pensons qu'il est délicat de pouvoir conférer un tel attribut aux personnes morales elles-mêmes ; attribut restant semble-t-il l'apanage des personnes physiques, seules dotées d'un sens moral et d'un libre arbitre. Les personnes morales restent totalement étrangères à de telles considérations puisque leur conscience reste artificielle et se présente comme la réunion des conceptions de chacun des organes ou représentants. Comme ces personnes sont « *incapables de discerner le bien et le mal* »¹⁰³², leur imputabilité n'a donc aucune signification¹⁰³³ dans la mesure où la société n'aura nullement en retour l'assurance d'une consécration efficace de ses valeurs. Engager la responsabilité pénale d'une personne inconsciente de l'ordre établi, ne peut produire que peu d'effets bénéfiques sur celui-ci. Cette faiblesse génère alors par principe un premier obstacle à la reconnaissance de ce type de responsabilité.

414. Personnes morales et irrationalité de la conception utilitaire de l'imputabilité. – Si l'on définit autrement l'imputabilité comme la capacité de subir une peine, il est intéressant de remarquer à quel point cela renforce le fait qu'elle est une notion étrangère aux personnes morales. Cette capacité pénale, concept criminologique, se présente comme « *l'aptitude d'un délinquant à bénéficier de la sanction après son jugement (...) orientée vers l'avenir et guidée par des impératifs de resocialisation* »¹⁰³⁴. Si l'on reconnaît donc l'imputabilité, c'est que l'on admet que l'amendement de la personne est possible par la pénalité. Or, comme nous le verrons plus loin¹⁰³⁵, aucune fonction utilitaire n'est concevable en matière de délinquance

¹⁰³⁰ Sur cette question de l'importance de l'imputabilité, V. nos développements précédents (*supra*, n°^{os} *et ss.*).

¹⁰³¹ MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. I, *op. cit.*, n° 616, p. 773.

¹⁰³² ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 374.

¹⁰³³ CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 367.

¹⁰³⁴ OTTENHOF (R.), « Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal », *Arch. pol. crim.*, 2000, n° 22, p. 76. MM. les Pr. MERLE et VITU parlent d' « *aptitude à mériter la sanction* » (*Traité de droit criminel*, t. I, *op. cit.*, n° 616).

¹⁰³⁵ V. *infra*, n° .

des personnes morales. De ce point de vue, l'imputabilité n'a alors encore aucun sens. En intégrant la responsabilité pénale des personnes morales, le Code pénal admet curieusement la prévision du droit de punir en l'absence de toute conscience propre de la personne d'enfreindre les valeurs communes. On donne ainsi légalement la possibilité de punir celui qui ne pourra jamais avoir la moindre conscience de sa délinquance et, corrélativement, la moindre capacité de s'amender.

Certains auteurs passent outre cette difficulté en évoquant non l'imputabilité mais l'imputation de l'infraction à des personnes morales¹⁰³⁶. Mais l'essence du droit pénal n'en reste pas moins remise en cause puisque, par la généralisation du domaine d'application de la responsabilité pénale des personnes morales, l'imputation ne suit plus aucune logique.

415. Personnes morales et irrationalité de l'imputation générale. – La législation récente a renforcé l'irrationalité du droit pénal en réformant l'étendue de la responsabilité pénale des groupements. Devancé par un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 5 février 2003¹⁰³⁷, l'article 54 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 introduit le principe de la généralité dans la responsabilité pénale des personnes morales en soustrayant de l'article 121-2 C. pén. l'expression « *dans les cas prévus par la loi ou le règlement* »¹⁰³⁸. En excluant le principe de spécialité et en se rapprochant des systèmes anglo-saxon et belge, le droit pénal français rompt une logique salutaire, alors même que cette suppression « *est envisagée, dit-on sans ambages, au nom de la simplification et d'une volonté de cohérence de cette matière du droit pénal* »¹⁰³⁹. Nous avons vu à quel point l'inclusion de la responsabilité pénale des êtres moraux dans le droit positif était une marque de désaveu quant à la nature même du droit pénal. Face à cette fatalité juridique – et la dénaturation corrélatrice du droit pénal – nous vîmes le principe de spécialité comme les ultimes sursauts de lucidité et de rationalité. Le droit de punir, attaché au droit pénal, pouvait certes s'exercer envers des personnes morales...

¹⁰³⁶ V. *supra*, n° (en note).

¹⁰³⁷ Crim. 5 févr. 2003, *D.* 2003, p. 2855, note J.-C. Planque ; *Rev. sc. crim.* 2003, p. 554, obs. B. Bouloc. Cet arrêt énonçait déjà en substance que l'article 399 du Code des douanes s'applique aux personnes morales alors même que le droit douanier ne prévoit pas explicitement la mise en œuvre de la responsabilité pénale de ce genre de personnes.

¹⁰³⁸ V. également la circulaire CRIM 06-3/E8 du 13 février 2006, *D.* 2006, p. 714 ; *Dr. pén.* mai 2006, p. 2. Également PLANQUE (J.-C.), « Faute de loi... se contentera-t-on de circulaire ? (à propos de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales) », *D.* 2006, p. 1836 ; CARTIER (M.-E.), « De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres propos, *Mélanges Bouloc*, Paris, Dalloz, 2006 (à paraître).

¹⁰³⁹ STOLOWY (N.), *op. cit.*, p. 996, n° 3.

mais exclusivement dans des situations infractionnelles logiquement concevables¹⁰⁴⁰. On percevait donc que tout ne pouvait pas être commis pas une personne morale même si la raison dicte plus nettement que *rien* ne peut être commis personnellement par une personne morale.

Déjà mis à mal par la loi du 12 juin 2001¹⁰⁴¹, la logique punitive devient désormais chimérique. Malgré quelques bévues et illogismes¹⁰⁴², le principe de spécialité avait l'avantage d'imposer au législateur une réflexion sur la possibilité de prévoir la responsabilité pénale d'un être moral dans tel ou tel cas. Contrairement à l'affirmation de certains, cette technique assurait un minimum de cohérence dans l'application du droit pénal et non pas simplement un alourdissement et une complication de ce dernier¹⁰⁴³.

416. Exceptions à l'imputation générale. – Dans un dernier éclair de clairvoyance, le législateur de mars 2004 n'est pas allé jusqu'au bout de sa logique et semble avoir perçu l'irrationalité de cette généralité. L'article 55 de la loi du 9 mars 2004 introduit un article 43-1 dans la loi du 29 juillet 1881 sur la presse¹⁰⁴⁴. Ce dernier expose en substance que les entreprises de presse ne sont pas soumises au principe de généralité. Nonobstant le fait que cette prise de conscience reste tout de même bien maigre dans la mesure où elle ne s'intéresse

¹⁰⁴⁰ B. BOULOC souligne qu'en posant le principe de spécialité « *le législateur a voulu rester dans le domaine du vraisemblable* » (« Le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales » in *La responsabilité des personnes morales*, colloque du 7 avril 1993, Paris I, *Rev. sociétés* 1993, p. 291).

¹⁰⁴¹ Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, *JO* du 13 juin 2001, p. 9337. Ce texte a étendu la responsabilité pénale des personnes morales à certaines infractions inscrites dans le Code pénal comme par exemple le meurtre, certaines agressions sexuelles, les tortures et actes de barbarie, les violences volontaires, la provocation au suicide ou encore l'abandon de famille. Il a également introduit la responsabilité pénale des groupements pour certaines incriminations extérieures au Code pénal comme l'exercice illégal de la médecine (C. santé pub., art. L. 4161-5), la tromperie et les falsifications (C. consom., art. L. 213-1 à L. 213-4) ou la publicité mensongère (C. consom., L. 121-6).

¹⁰⁴² Il apparaît que l'ensemble des textes pénaux et des domaines répressifs (droit du travail et droit des sociétés) n'ait pas fait l'objet d'un examen quant à la prévision de la responsabilité pénale des personnes morales. En ce sens, V. PLANQUE (J.-C.), « Plaidoyer pour une suppression réfléchie de la spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales », *Petites affiches* 7 janv. 2004, n° 5, spéc. pp. 4 et 6. Sur les incohérences perceptibles au sein du Code pénal et, plus largement, de la législation pénale, V. STOLOWY (N.), *op. cit.*, p. 998, n° 15 ; JEANDIDIER (W.), « La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, p. 26.

¹⁰⁴³ *Contra*, V. PLANQUE (J.-C.), « Plaidoyer pour une suppression... », *op. cit.*, p. 4 : « *Face à cette technique [de la spécialité] reposant, en théorie, sur le choix du législateur, l'on peut se demander s'il existe une certaine cohérence au sein des infractions rendues imputables aux êtres moraux. Une réponse négative s'impose assez rapidement* ».

¹⁰⁴⁴ Pour un exemple d'exclusion de la responsabilité pénale des personnes morales en matière de presse, V. Crim. 1^{er} sept. 2005, *Dr. pén.* 2005, comm. 171, obs. M. Véron. V. également l'exclusion par l'article 55 de la loi du 9 mars 2004 de toute responsabilité pénale des personnes morales en matière de communication audiovisuelle (L. 29 juill. 1982, art. 93-4).

qu'aux seules entreprises de presse, il semble qu'un doute s'inscrit dans l'esprit de certains auteurs quant à la pertinence du principe de la généralité. Contre toute attente, un auteur en vient même jusqu'à conclure à « *des impossibilités d'imputation* »¹⁰⁴⁵ dans certains cas, écartant de ce fait toute utilité et toute rationalité de la réforme de mars 2004. Cette irrationalité peut également être perceptible à travers le fait qu'il est précisément inopportun d'exclure de manière expresse la responsabilité pénale des personnes morales en matière de presse ; en ce domaine, il est en effet patent que les êtres moraux constituent automatiquement le moyen exclusif de réalisation de l'infraction.

Malgré ces exceptions, l'imputation générale est aujourd'hui le principe en matière de responsabilité pénale des personnes morales. Ecarter le principe de spécialité consiste donc à rendre éventuellement coupable un être moral de manière absolue alors même que celui-ci ne pourra jamais parfaitement rassembler les éléments de culpabilité.

417. Personnes morales et irrationalité de la culpabilité. – La disparition du principe de spécialité renforce l'impossibilité de reconnaître une quelconque culpabilité à la personne morale. En effet, « *la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales semble officiellement sonner le glas de la conception indirecte ou par ricochet* »¹⁰⁴⁶. Ainsi, l'être moral sera, dans certaines situations, le seul acteur – moral et matériel – possible et ainsi le seul coupable potentiel. Or, cette perspective est sans la moindre cohérence dès lors qu'est illusoire le rassemblement d'une quelconque culpabilité ou le regroupement des éléments matériel et moral de l'infraction sur la tête d'une personne morale en l'absence de référence directe à une quelconque personne physique. Eu égard à l'impossibilité pour la personne morale de réaliser directement et personnellement les éléments constitutifs d'une infraction, la doctrine en vient donc à affirmer qu'en matière de personnalité morale, c'est « *une responsabilité sans culpabilité pour le fait d'autrui* »¹⁰⁴⁷ dont il s'agit. On ne peut être plus explicite ici quant à l'impossible culpabilité directe de la personne morale.

Cette absence de culpabilité, attachée à l'absence d'imputabilité, devrait conduire à une impossible responsabilité pénale de la personne morale. Contrairement à toute rationalité, le droit positif en reconnaissant cette responsabilité, fait donc de cette notion générique un

¹⁰⁴⁵ STOLOWY (N.), *op. cit.*, p. 999, n° 22. L'auteur évoque notamment les limitations pratiques – et logiques – dues à la nature des infractions comme celles perceptibles en matière de mœurs.

¹⁰⁴⁶ PLANQUE (J.-C.), « Plaidoyer pour une suppression... », *op. cit.*, p. 10.

¹⁰⁴⁷ ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 375.

concept purement matériel d'attribution, d'imputation d'une infraction à une personne, écartant par là toute considération morale¹⁰⁴⁸. On occulte ainsi toute acception symbolique originelle de la responsabilité pénale et du droit pénal lui-même. Mais outre l'altération de ces fondements, ne sont-ce pas finalement les raisons d'être du droit de punir lui-même qui se trouvent mises à mal ?

418. Personnes morales et fondements du droit de punir. – La protection de la société, fondement imperturbable du droit de punir, ne saurait trouver une quelconque expression dans la mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales. N'étant pas véritablement une délinquance puisque ne rassemblant pas *a priori* les éléments propres à la caractérisation de celle-ci, la mise en cause des groupements ne reflète aucun symbolisme et n'est d'aucune incidence sur la garantie d'une paix sociale¹⁰⁴⁹. Celle-ci est assurée dans la seule mesure où le droit de punir intègre une rationalité le conduisant à traduire une réelle réprobation de la société. Reconnaître coupable d'une infraction un groupement, quel qu'il soit, ne peut retranscrire une parfaite désapprobation de l'attitude suivie par la personne morale et ce pour deux raisons essentielles. D'une part, la personne morale prendra très souvent les traits de ses dirigeants, de sorte que si réprobation il y avait, elle aurait pour objet ces dirigeants et non la personne morale elle-même qui reste, pour le corps social, très largement irréaliste voire inexistante. D'autre part, la délinquance des personnes morales, par son caractère majoritairement économique, se trouve excentrée par rapport aux préoccupations sociales essentielles qui restent naturellement la personne elle-même, qu'il s'agisse de sa vie, de son intégrité physique ou de sa dignité¹⁰⁵⁰. Aussi est-il illusoire de croire qu'à travers la

¹⁰⁴⁸ Pour le Pr. PUECH au contraire, l'imputation sociale « est fortement spiritualisée et imprégnée de considérations d'ordre moral » (*Droit pénal général*, op. cit., n° 1085). A l'inverse de notre conception, cet auteur admet donc d'une part que l'imputation ne soit pas un concept purement matériel ; d'autre part et surtout, il considère comme possible la relation entre moralité et personne morale.

¹⁰⁴⁹ En aucune façon nous ne pouvons donc affirmer, à l'image de G. RICHIER, que « ce n'est que par l'admission et l'organisation d'une véritable responsabilité pénale des personnes morales qu'on assurera le plus équitablement cette défense sociale » (*thèse précit.*, p. 134). L'auteur poursuit en précisant que « la responsabilité corporative aura alors pour fondement le maintien et la restauration en vue du bien commun, des droits de l'Etat ou de l'Individu » (*ibid.* ; c'est nous qui soulignons).

¹⁰⁵⁰ Sur ce point, V. VÉRON (M.), *Droit pénal spécial*, Paris, A. Colin, 7^{ème} éd., 1999, p. 11. Une même différenciation de la supériorité de la personne sur les choses peut être perçue en matière de libertés publiques. S'agissant plus précisément du droit au secret de sa vie privée, une distinction peut en effet être effectuée entre le droit au secret de l'être qui est absolu et le droit au secret de l'avoir dont la protection reste relative (sur ce point, V. LEBRETON (G.), *op. cit.*, p. 306). De manière purement formelle, nous pouvons relever la supériorité de la personne humaine à travers l'organisation même du Code pénal : le Livre II relatif aux « crimes et délits contre les personnes » est le premier élément du Code pénal présentant les incriminations, avant même l'exposé des « crimes et délits contre les biens » (Liv. III) et les « crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique » (Liv. IV).

reconnaissance d'une délinquance artificielle et insipide, l'on puisse retrouver les fondements du droit de punir et ne pas percevoir à quel point le droit pénal se délabre par l'introduction de ce type de responsabilité. En ce sens, n'est-il pas vrai qu'en ces domaines, la répression devient progressivement un risque devant être prévu dans la gestion globale de l'entreprise plutôt que l'affirmation symbolique et publique de l'antisocialité du groupement ?¹⁰⁵¹

Si un doute demeure malgré tout quant à l'inconsistance du symbolisme généré par la mise en place de cette responsabilité, il suffit de s'attacher à la seconde expression du droit pénal – la pénalité – pour admettre l'irrationalité de cette utilisation excessive du droit de punir.

B. – La révélation d'une pénalité singulière : la sanction pénale impersonnelle

419. La singularité de la présence des personnes morales au sein du droit pénal ne s'arrête pas à une pure question de symbolisme. En effet, l'idée même selon laquelle une personne morale puisse être déclarée pénalement responsable et se voir infliger une sanction pénale, est contraire à une qualité essentielle de cette mesure, déjà analysée plus haut : son caractère personnel¹⁰⁵² (2°). Toutefois, avant même d'analyser cette contrariété, il est intéressant de remarquer qu'existe en ce domaine une illisibilité de l'ensemble des fonctions de la sanction pénale (1°). Aussi le droit pénal, par cette utilisation hasardeuse du droit de punir, est-il loin de trouver une quelconque cohérence.

1°/ Illisibilité des fonctions de la sanction pénale

420. Réalité ou irréalité du droit de punir appliqué aux personnes morales. – Par l'émergence de la responsabilité pénale des personnes morales, le droit pénal devient un droit purement sanctionnateur dans la mesure où ce type nouveau de responsabilité occulte toute autre facette de la discipline pénale telle que l'imputabilité ou la culpabilité à travers lesquelles s'inscrit le symbolisme pénal. Devant la révélation du caractère essentiellement punitif du droit pénal en cette matière, un paradoxe surgit néanmoins. Si, comme nous l'avons vu, les personnes morale ne peuvent respirer, parler..., elles ne peuvent non plus souffrir. Depuis plus d'une décennie pourtant, les juges punissent ce genre de personnes. Comment dès

¹⁰⁵¹ A ce titre, aux Etats-Unis, les personnes morales mettent en place des "programmes de conformité" (*corporate compliance*) pouvant, en cas d'infractions et de mises en cause de leur responsabilité pénale, être une circonstance atténuante. Sur ce point, V. TOURNÉ (B.), « Responsabilité pénale des personnes morales : un changement drastique de régime... », *Gaz. Pal.* 18-20 déc. 2005, p. 6.

¹⁰⁵² V. *supra*, n° .

lors expliquer cette contradiction et l'incompatibilité pouvant exister entre personne morale et droit pénal ?

Notre scepticisme en matière de responsabilité pénale des êtres moraux ne tient pas à l'impossible prévision de sanctions pénales envers de telles personnes. Il est possible au contraire d'envisager des sanctions pénales contre les personnes morales. L'arsenal répressif français permet en effet de faire de ces personnes des sujets normaux de certaines sanctions pénales spécifiquement déterminées¹⁰⁵³. Si aucune contestation ne peut être trouvée dans l'existence même de sanctions pénales propres aux personnes morales, il convient de s'interroger plus profondément sur l'effectivité des fonctions de ces mesures. Aussi devons-nous nous demander si le rétributivisme (a) et l'utilitarisme (b) – les deux finalités principales théoriquement concevables – ont une quelconque signification en matière de personnalité morale.

a. Rétributivisme et personne morale

421. Convergence. – La rétribution est, nous l'avons vu, la fonction exclusive de la sanction pénale¹⁰⁵⁴. Cette fonction semble parfaitement remplie dès lors que les sujets de la sanction pénale se trouvent être des entités fictives. Le Pr. BOULOC énonce d'ailleurs sur ce point que « *pour les personnes morales on assiste au retour ou à la réhabilitation de la sanction pure et dure (...) d'inspiration néo-classique* »¹⁰⁵⁵, courant doctrinal favorable au prononcé d'une sanction pénale à connotation strictement rétributive¹⁰⁵⁶. Dans cette perspective, il paraît délicat d'énoncer une inadéquation entre le droit pénal et les personnes morales, ces dernières apparaissant en effet comme des délinquants permettant à la fonction principale de la sanction pénale de s'exprimer sans conteste. En tant que réponse systématique

¹⁰⁵³ L'amende bien évidemment mais également la dissolution ou encore les peines complémentaires comme l'interdiction de faire appel public à l'épargne ou la publication de la décision de justice sont des sanctions pénales envisageables face à la délinquance des personnes morales. Selon certains auteurs, outre cette prévision textuelle possible, l'application de ces sanctions ne posent, corrélativement, pas de problème. Sur ce point, V. DECOCQ (A.), *Droit pénal général*, op. cit., p. 257 : « *dans le régime des sanctions (peines et mesures de sûreté) du droit français, rien ne paraît incompatible avec la condamnation de personnes morales* ». Selon nous, aucune application, quelle que soit la sanction pénale, n'est véritablement concevable (V. *infra*, n^{os} *et ss.* et spéc. n^o).

¹⁰⁵⁴ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

¹⁰⁵⁵ BOULOC (B.), « Généralités sur les sanctions applicables aux personnes morales » in *La responsabilité des personnes morales*, op. cit., p. 328.

¹⁰⁵⁶ Selon A. VON HIRSH, tenant du néo-classicisme moderne, la peine est « *une réponse méritée à l'acte de l'auteur, rétablissement de l'équilibre au sens kantien et expression de la réprobation de l'auteur pour le mal* » (*Doing Justice*, op. cit., p. 51).

à une délinquance et étrangère à toute idée d'amendement du délinquant – inconcevable en matière de personnalité morale – la peine rétributive constitue la réaction punitive adéquate en cette matière.

Puisque la répression particulière des êtres incorporels semble confirmer sa convergence avec les principes punitifs essentiels du droit pénal, quel reproche pouvons-nous alors formuler ?

422. Divergence : absence de moralité. – Pour exclure le paradoxe qui semble ici se faire jour, précisons que la rétribution n'est pas un simple mécanisme de réponse pénale envers une criminalité. Certes la logique initiale est celle tenant à prononcer une peine suite à l'accomplissement d'une infraction ; pour autant, ceci ne saurait occulter l'acceptation morale de la sanction pénale qui perdure à travers la théorie rétributiviste imposant une véritable obligation morale de punir. Or, en matière de personnalité morale, la sanction pénale satisfait certes à la première exigence de la rétribution qui est celle de répondre à une infraction. En revanche, aucune moralité ne saurait s'en dégager. Le droit pénal des personnes morales serait alors un droit de la sanction *stricto sensu*¹⁰⁵⁷, sans moralité, insipide et sans le moindre intérêt pour l'ordre social ; absence d'intérêt plus largement mise en lumière par l'échec de l'utilitarisme en cette matière.

b. Echec de l'utilitarisme

423. Révélation d'un utilitarisme stérile. – La finalité essentielle de la répression pénale des personnes morales est présentée comme prioritairement utilitaire. « *Il s'agit d'empêcher la personne morale de continuer son activité délictueuse, soit en la contrôlant, soit en limitant sa capacité, soit en la supprimant* »¹⁰⁵⁸. Les peines qui sont ainsi infligées, qu'il s'agisse de l'amende, des diverses interdictions, des fermetures ou encore de la dissolution expriment le souci de parvenir à une neutralisation partielle ou totale de la liberté d'action de la "personne morale délictueuse". Devant cette forme de répression, la difficulté reste cependant celle tenant à l'artificialité des êtres moraux et à leur possible absorption. Dès lors, face à la malléabilité de l'existence juridique et de la délinquance des personnes morales, force est de regretter le manque patent d'utilité – et d'effectivité – dans la réponse pénale

¹⁰⁵⁷ CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 369.

¹⁰⁵⁸ VINEY (G.), « Conclusions » in *La responsabilité des personnes morales*, op. cit., p. 389.

alors apportée¹⁰⁵⁹. L'utilitarisme trouve donc en cette délinquance de profondes limites. N'oublions pas en effet que « *pour que la répression soit efficace, il ne suffit pas qu'elle puisse s'exercer chaque fois qu'une infraction est constatée. Encore faut-il qu'elle se traduise par l'application des peines les plus propres à dissuader les éventuelles délinquants* »¹⁰⁶⁰. Or, sur ce point, n'est-il pas illusoire d'espérer une quelconque intimidation ou resocialisation de l'être moral ?

424. Illusoire resocialisation des personnes morales. – Devant l'échec relatif du rétributivisme, comment imaginer et mettre en œuvre des concepts tels que l'*amendement*, la *réinsertion* ou encore l'*intimidation* à l'encontre de la délinquance des êtres moraux ? Il paraît inconcevable de croire en l'application d'un quelconque utilitarisme en cette matière. N'ayant pas de conscience, les personnes morales restent totalement étrangères à toute action nécessitant un retour sur soi ; l'expiation devient sur ce point absurde. N'ayant aucune véritable raison de se réinsérer dans la sphère sociale dans la mesure où la commission de leurs infractions ne les a pas véritablement écartées de la collectivité, les concepts d'amendement et de réinsertion sont inutiles¹⁰⁶¹. Ainsi, de manière globale, est-il raisonnablement possible de croire en une intimidation, une prévention spéciale envers ces personnes qui ne sont que des sujets de droit fictifs¹⁰⁶² ? Si elles « *peuvent, en droit civil, avoir un patrimoine et supporter des obligations, elles sont inaccessibles à la crainte, comme elles le sont à l'amour ou à la haine* »¹⁰⁶³. De plus, en punissant la personne morale, ce ne sont finalement, nous le verrons¹⁰⁶⁴, que les personnes physiques qui se trouvent atteintes. L'intimidation espérée de la personne morale est ainsi déviée vers une intimidation des personnes physiques concernées (dirigeants, délégués...)¹⁰⁶⁵. Comment croire en une

¹⁰⁵⁹ Pour un exemple récent des effets de l'absorption sur la répression pénale, V. Crim. 14 oct. 2003, *Bull. crim.* n° 189 ; *Rev. sc. crim.* 2004, p. 339, obs. E. Fortis ; *Dr. pén.* 2004, comm. 20, obs. M. Véron.

¹⁰⁶⁰ VINEY (G.), « Conclusions », *op. cit.*, p. 385.

¹⁰⁶¹ A simple titre d'exemple, la société Carrefour a-t-elle été ostracisée ou a-t-elle perdu sa clientèle après la réalisation d'une vente au déballage non autorisée devant l'un de ses établissements et après condamnation de ce chef ? (Crim. 26 juin 2001, *op. cit.*). V. toutefois, PLANQUE (J.-C.), « Plaidoyer pour une suppression... », *op. cit.*, p. 8 où l'auteur parle étrangement de « *la "resocialisation" de la personne morale* ».

¹⁰⁶² CORNU (G.) (SOUS la dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* Selon J.-H. ROBERT, « *la mission intimidatrice du droit pénal* » serait impossible puisque les personnes morales, quelle que soit leur organisation, seraient punies. A demi-mot, cet auteur admet que « *la responsabilité des personnes morales ne repose pas, comme celle des personnes physiques, sur l'intimidation des justiciables et l'amendement des coupables* » (*Dr. pén.* 2002, comm. 8, p. 19).

¹⁰⁶³ ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 374 ; V. également *Dr. pén.* 2002, *op. cit.*

¹⁰⁶⁴ V. *supra*, n° .

¹⁰⁶⁵ Bien avant la phase répressive, la phase préparatoire du procès pénal exige l'intervention d'une personne physique représentant la personne morale. Sur ce point précis, V. ROBERT (J.-H.), « *La représentation devant les juridictions pénales des personnes morales poursuivies ou le syndrome de Pyrrhon* », *Mélanges Lombois*,

quelconque incidence efficace de la répression alors que la sanction pénale n'a plus le même interlocuteur ou, plus précisément, ne peut avoir pour interlocuteur la personne morale elle-même ? Non seulement l'intimidation ne se fonde pas directement sur la personne morale, mais elle peut encore faire preuve d'une certaine inefficacité sur les personnes physiques de substitution. Lorsque celles-ci remplacent la personne morale comme objet de pénalité, il est difficile de croire en une quelconque dissuasion. Déjà celle-ci reste sinon vaine du moins très délicate quand ces personnes physiques sont directement punies ; comment serait-elle alors plus effective lorsque ces personnes ne sont que les liens entre les personnes morales et la punition ? Le caractère interchangeable du *substratum* humain affaiblit, voire annihile, toute forme de répression manifestant par là l'illusoire punition des personnes morales ; illusion confirmée non plus seulement par l'inconsistance de la sanction pénale mais plus largement par son impersonnalité.

2°/ Impersonnalité des sanctions pénales

425. Avant de percevoir pourquoi l'un des dogmes du droit pénal – la personnalité des sanctions pénales – se trouve atteint en matière de délinquance des personnes morales (b), précisons que la personnalisation des sanctions est au préalable totalement inconcevable (a).

a. Personnalisation des sanctions pénales impossible

426. Selon l'article 132-24 C. pén., le juge doit prononcer les peines et fixer leur régime en fonction des circonstances de l'infraction, élément objectif, et de la personnalité du délinquant, élément subjectif. S'agissant des personnes morales, ces deux critères de détermination de la peine sont inopérants.

427. *Elément objectif.* – En fondant principalement la répression des personnes morales sur l'application de la peine d'amende, la loi ne favorise pas l'adaptation de la sanction pénale à l'infraction commise¹⁰⁶⁶. La nature et la sévérité de la sanction ne se modulent que très

Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2004, p. 539.

¹⁰⁶⁶ Sur ce point, V. MARON (A.) et ROBERT (J.-H.), « Cent personnes morales pénalement condamnées », *Dr. pén.* 1998, chron. 22, 24 et 28, spéc. chron. 28, pp. 5 et 6 : « *les peines applicables aux personnes morales ne sont que des peines de substitution, prononcées à la place de celles que la loi attache à l'infraction dans le texte d'incrimination et de pénalité (...) [et] sont indifféremment appliquées pour sanctionner des crimes ou des délits. Et leur rattachement à telle ou telle infraction (...) est vague dans [le cas] des personnes morales, puisque les peines qui leur sont applicables sont fixées par des dispositions qui embrassent des groupes étendus d'infractions* ».

faiblement à la gravité de l'acte. Alors que les personnes morales peuvent voir aujourd'hui leur responsabilité pénale engagée pour tout type d'infractions¹⁰⁶⁷, force est de reconnaître que la réaction pénale prévue est, quant à elle, uniforme et nullement assortie à la consécration de la valeur sociale violée. La réponse pécuniaire avancée suite à une atteinte à la vie, à l'intégrité ou à la dignité des personnes¹⁰⁶⁸ jouit-elle alors d'une quelconque qualité axiologique ? Prévoir pour certaines incriminations la peine d'amende alors que celle-ci est expressément exclue pour les personnes physiques¹⁰⁶⁹ témoigne de la gêne du législateur à punir des entités fictives pour des infractions dont seuls des êtres humains peuvent raisonnablement se rendre coupables. Le législateur a prévu une responsabilité pénale généralisée sans s'assurer de la possibilité de prononcer une punition rationnelle des personnes effectivement reconnues responsables. Certes, il est possible d'infliger à la personne morale une peine restrictive ou privative de droits cumulée à la peine d'amende. Remarquons toutefois que la sanction pénale pourra rester en décalage avec l'atteinte à la valeur sociale, niant alors la finalité rétributive et symbolique de la peine.

428. Élément subjectif. – Outre les circonstances de l'infraction et la situation financière de l'auteur, l'état d'esprit et la personnalité de la personne à punir doivent être pris en compte dans la détermination de la nature, du montant et du régime des sanctions pénales. La conséquence purement matérielle de la délinquance – le prononcé et l'exécution d'une sanction pénale – n'occulte nullement l'étude d'éléments subjectifs : la « *peine reste subordonnée à la prise en considération de la volonté qui a engendré le fait matériel* »¹⁰⁷⁰. Ces dispositions sont générales et s'appliquent tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales. Malgré cette généralité, il reste peu probable voire impossible de reconnaître une quelconque individualisation des sanctions pénales en matière de personnalité morale¹⁰⁷¹. Comme nous l'avons vu précédemment, la perception de l'intention coupable ou

¹⁰⁶⁷ V. toutefois l'exclusion des infractions de presse et des infractions commises par un moyen de communication audiovisuelle (*supra*, n°).

¹⁰⁶⁸ Prémisses de la loi du 9 mars 2004, les dispositions de la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 relative aux mouvements sectaires prévoyaient la possible atteinte à la personne humaine par les personnes morales.

¹⁰⁶⁹ C. pén., art. 131-38, al. 2 introduit par l'art. 55-I de la loi du 9 mars 2004.

¹⁰⁷⁰ OTTENHOF (R.), *op. cit.*, p. 77.

¹⁰⁷¹ *Contra*, V. PLANQUE (J.-C.), « Plaidoyer pour une suppression... », *op. cit.*, p. 7 : « *il est indéniable que la personnalisation des peines est un principe qui s'applique aux condamnés, personne morale comme personne physique* ». V. également DINTILHAC (J.-P.) et CORBI (F.), « Des peines et de leur exécution », *Petites affiches* 11 déc. 1996, n° 149 : « *si le législateur [a] préféré le mot de "personnalisation" à celui d'"individualisation", c'[est] justement pour qu'il soit clair que le principe ne concern[e] pas seulement les individus mais aussi bien les personnes physiques que les personnes morales* ». Malgré cette apparente assurance, les auteurs estiment tout de même que « *la prise en compte de la "personnalité" (...) soulève des interrogations* ». De ce fait, ils évacuent

de l'imprudence dans de tels cas reste illusoire, comme l'est également la reconnaissance d'une véritable personnalité à l'être moral. Du fait du caractère indirect de la responsabilité pénale de la personne morale, celle-ci n'exécute nul élément moral et ne possède nulle individualité ; l'arrêt du 26 juin 2001 sus-énoncé prouvant implicitement cette absence. Certes, il est possible de croire en la sanction d'une « *politique défectueuse* »¹⁰⁷² ou d'une « *organisation dangereuse* »¹⁰⁷³ de telle ou telle personne morale. Mais ce fondement reste en deçà des exigences requises en matière de répression des personnes physiques et de la prise en considération d'éléments réellement subjectifs. Substituer à cette subjectivité l'analyse d'éléments fonctionnels témoigne du contraste qui demeure entre les êtres physiques et moraux et du manque évident de personnalité de ces derniers. Finalement, le problème essentiel tient moins à l'impossible aménagement de la sanction pénale prononcée à l'encontre d'une personne morale, qu'à l'impossibilité de conférer à cette sanction un caractère personnel dès lors qu'elle se trouve confrontée à un être fictif.

b. Personnalité des sanctions pénales impossible

429. Le non-respect du principe de la personnalité des peines a ici une double acception. Cela signifie d'une part que si nous persistons dans l'irrationnelle répression des personnes morales, nous devons nous résigner à appliquer des sanctions à des personnes étrangères à toute forme de délinquance (1) ; d'autre part, cela signifierait éventuellement que tout groupement serait personnellement étranger à la sanction pénale qui lui est infligée (2).

1) Personnes physiques sanctionnées étrangères à la délinquance

430. *Dissémination de la punition.* – La justification du rejet de la responsabilité pénale des personnes morales sur le fondement de la pénalité est claire : une peine doit frapper uniquement la personne responsable et non un groupe d'individus étant pour certains totalement étrangers à cette délinquance. Or, « *frapper de peine une personne morale c'est atteindre derrière elle ceux qui la composent sans avoir pour autant pris part à la*

de la technique de personnalisation des peines cette prise en compte de la personnalité, alors même qu'elle reste le critère essentiel de toute individualisation.

¹⁰⁷² DELAGE (P.-J.), « Brèves propositions pour une effectivité de la responsabilité pénale des personnes morales », *Dr. pén.* 2005, ét. 2, n° 7.

¹⁰⁷³ ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, op. cit., p. 381.

délibération qui a déterminé son activité délictuelle »¹⁰⁷⁴. Cet obstacle classique envers la responsabilité pénale des groupement s'oppose à un argument favorable à cette responsabilité. En nous attardant sur celui-ci, il semble avoir finalement peu de poids.

431. Il est souvent avancé par la doctrine¹⁰⁷⁵ que le non-respect du principe de la personnalité des peines ne peut être une réelle entrave à la responsabilité pénale des personnes morales dans la mesure où ce principe est pareillement ignoré en matière de responsabilité pénale des personnes physiques. De manière caractéristique, il est vrai qu'en matière d'emprisonnement, la famille du détenu se trouve atteinte par la peine prononcée : manque affectif, manque de revenus, vulnérabilité plus importante, etc. S'agissant des personnes morales également, de nombreuses personnes physiques – et/ou morales – vont pouvoir être affectées par la condamnation du groupement "délinquant". Les salariés, les clients, les fournisseurs ou encore les administrés seront atteints. L'impersonnalité de la répression rime alors avec son iniquité.

432. Cette dissémination de la punition, parce qu'elle est constante pour les personnes tant physiques que morales, peut-elle justifier la reconnaissance de la responsabilité pénale et la répression actuelle des personnes morales ? Une réponse négative doit ici s'imposer : ce n'est pas parce que le principe de la personnalité des peines n'est que peu observé, qu'il n'existe pas. En aucune façon sa violation envers les personnes physiques ne peut justifier un schéma identique pour les personnes morales. Une peine ne devrait affecter que la seule personne morale. Si elle ne le peut pas, cela manifeste un manque de rationalité dans l'exercice du droit de punir au sein du droit pénal ou, plus franchement, une impossibilité de soumettre la personne morale à une quelconque punition. En d'autres termes, si le droit de punir est dans l'incapacité de s'intéresser exclusivement à la personne morale, cela ne provient-il pas du fait selon lequel celle-ci reste totalement étrangère à toute forme de punition ?

2) Personne morale étrangère à la peine prononcée

433. Societas delinquere non potest. – L'exclusion jurisprudentielle – déjà lointaine – de la responsabilité pénale des personnes morales se fondait précisément sur l'inadéquation qui

¹⁰⁷⁴ ROUX (J.-A.), « Rapport au Congrès de l'Association internationale de droit pénal tenu à Bucarest », *Rev. int. dr. pén.* 1929, p. 240.

¹⁰⁷⁵ A titre indicatif, V. RICHIER (G.), *thèse précit.*, p. 125 ; BOUZAT (P.) et PINATEL (J.), *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. 1, *op. cit.*, n° 229 ; DESPORTES (F.) et LE GUNEHÉC (F.), *op. cit.*, n° 573, p. 548.

existe entre ce type de personnes et l'application d'une sanction pénale. Si l'amende demeure aujourd'hui la sanction pénale de principe en la matière, très tôt les juges ont perçu – malgré son caractère strictement matériel – son incompatibilité avec l'impersonnalité de la personne morale. Selon un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 8 mars 1883, « l'amende est une peine (...) toute peine est personnelle (...) [et] ne peut donc être prononcée contre une société commerciale, être moral, laquelle ne peut encourir qu'une responsabilité civile »¹⁰⁷⁶. Le Conseil constitutionnel est revenu d'une manière très nette sur cette objection et ce avant même l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal. Dans sa décision du 30 juillet 1982, il précise en effet qu'« il n'existe aucun principe constitutionnel s'opposant à ce qu'une amende puisse être infligée à une personne morale »¹⁰⁷⁷. Malgré ce désaveu officiel de la jurisprudence antérieure et l'acceptation progressive de la répression pénale d'êtres fictifs, nous ne pouvons pour autant nous résigner à un tel acquiescement, synonyme pour nous d'altération du droit pénal.

Notre rejet de la responsabilité pénale des personnes morales et de leur répression s'appuie alors sur l'absence totale de punition personnelle de l'être moral. Le principe de la personnalité des peines ne peut être respecté dans la mesure où la personne morale n'a, suivant notre conception du droit pénal, aucune existence délinquantielle possible : *Societas delinquere non potest*¹⁰⁷⁸. Toute peine prononcée envers une personne morale est une mesure fallacieuse, n'ayant aucun destinataire précis. En prononçant une peine contre la personne morale, on en revient à punir sournoisement les personnes physiques qui la composent,

¹⁰⁷⁶ Crim. 8 mars 1883, S. 1885.I.470. A la même époque, le droit anglais semblait tenir une position radicalement différente. Dans un arrêt de 1880, Lord BLACKBURN s'exprimait ainsi : « Je suis dans une certaine mesure d'accord que, dans un sens, une corporation ne peut pas commettre un crime ; une corporation ne peut pas être emprisonnée, si l'emprisonnement est la peine pour le crime en question (...) Mais une amende peut être infligée à une corporation (...) ; par conséquent je suis totalement en désaccord (...) avec l'idée selon laquelle une entité juridique ou une corporation créée dans le but de publier un journal ne pourrait pas être jugée et condamnée à une amende » (*The Pharmaceutical Society v. The London and Provincial Supply Association Ltd.* [1880] 5 App. Cas. 857 cité in KENEL (Ph.), *La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais*, Genève, Droz, 1991, p. 143). Mais la position anglo-saxonne n'est *in fine* pas aussi éloignée de l'attitude adoptée par les juges français en 1883 dans la mesure où, dans les deux systèmes, l'on s'accorde sur un fait : on ne reconnaît la possibilité de mettre en jeu la responsabilité pénale des personnes morales si et seulement si une peine reste concevable pour ce type de personnes ; la jurisprudence française de l'époque se différenciant de la *Common Law* par le refus de reconnaître à l'amende une quelconque applicabilité en matière de personnalité morale.

¹⁰⁷⁷ Cons. const. 30 juill. 1982, *Loi sur les prix et les revenus*, déc. n° 82-143 DC.

¹⁰⁷⁸ Sur la valeur de ce principe et l'absence d'obligation textuelle expresse pour les Etats quant à l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales dans leur droit interne, V. DELMAS-MARTY (M.), « Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité pénale » in *La responsabilité des personnes morales*, op. cit., spéc. pp. 301 et 302.

qu'elles aient effectivement une relation avec l'infraction ou, au contraire, qu'elles soient étrangères à celle-ci. La personne morale ne peut en aucune façon être punie elle-même par le droit pénal. Ainsi, le principe de la personnalité des peines acculerait la responsabilité pénale des groupements à la révélation de son inutilité sociale. Si une sanction pénale est effectivement prononcée, elle n'a, pour diverses raisons, aucune réelle efficacité ; ou, si elle parvient à en avoir une, c'est au regard seulement des personnes physiques et nullement, en toute logique, au regard de la personne morale. La singularité de la pénalité en matière de personnalité morale résonne donc en terme de stérilité envers la lutte contre cette délinquance purement artificielle.

Le droit pénal, en usant du droit de punir contre des personnes morales, perd ainsi toute rationalité¹⁰⁷⁹. La dénaturation du droit pénal s'intensifiant par ailleurs à cause de l'incrimination excessive, et dès lors injustifiée au regard de l'intérêt général, de certains comportements.

§ 2. – Des comportements infractionnels injustifiés : les excès punitifs

434. Le droit de punir, par son intervention tous azimuts au sein du droit pénal, écarte toute construction rationnelle de ce dernier. S'il participe de la vocation même du droit pénal et constitue l'une de ses assises, nous percevons ici des excès punitifs qui tendent à contrarier l'équilibre de cette matière. Pour modérer ce fléchissement du droit pénal, il serait quelquefois opportun que le droit de punir n'intervienne en aucune façon (A) ou que le mécanisme spécifique que constitue le "droit de ne pas punir" s'investisse plus intensément et expressément dans le débat (B).

A. – Intervention inopportune du droit de punir : l'exigence d'une dépénalisation positive

435. *Dépénalisation positive.* – Le droit de punir procède de la fonction symbolique du droit pénal¹⁰⁸⁰ qui élabore grâce à lui un ordre public spécifique basé sur la protection de valeurs sociales. Par l'intervention du droit de punir, il semble que ces valeurs obtiennent le statut de valeurs *supérieures* de la société ; le droit de punir leur donnant en effet leur plus ou

¹⁰⁷⁹ Le droit français s'oppose alors ici au droit allemand qui, par la non-pénalisation des comportements dévolus aux personnes morales, a su « *garder le droit pénal dans des limites raisonnables* » (LEGEAIS (R.), « Les réponses du droit anglais et du droit allemand aux problèmes de la responsabilité pénale des personnes morales », *Mélanges Legeais*, Paris, Cujas, 2003, p. 429).

¹⁰⁸⁰ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

moins grand prestige au sein du groupe. Mais ce processus de sélection ou de détermination des valeurs sociales dignes de recevoir une protection pénale serait acceptable si une sélection était effectivement pratiquée. Or, il est remarquable qu'en l'état du droit positif, aucun choix rationnel n'est véritablement effectué¹⁰⁸¹. Pour pallier cette lacune, nous devons alors plaider pour une dépénalisation positive, c'est-à-dire « *soustraire un agissement à la sanction du droit pénal* »¹⁰⁸², contribuant ainsi à l'éclaircissement de la matière. Il faut savoir effectuer un choix pour redonner au droit pénal toute sa cohérence. A défaut, nous serions inévitablement confrontés à une perte de lisibilité des valeurs protégées (1°) suivie d'une dépréciation de la légalité criminelle (2°).

1°/ Illisibilité des valeurs sociales protégées par le droit pénal

436. Conséquences de la protection générale des valeurs sociales. – Toutes les valeurs perceptibles au sein de la société trouvent une protection dans le droit pénal. Nous avons vu précédemment qu'un choix n'intervient que secondairement au sein même desdites valeurs. Ayant simplement précisé cet état de fait, nous devons à présent apprécier en quoi cette protection généralisée et l'exercice tardif d'un choix influent négativement sur le droit pénal. En refusant d'exclure certaines valeurs sociales de la protection pénale, le législateur rassemble au sein de ce droit des valeurs insignifiantes (*b*) ou d'origine hétérogène (*a*). Il est dès lors difficile de conférer au droit pénal une quelconque rationalité punitive. Il se perd au contraire dans une fonction de préservation de valeurs sociales vénielles qui n'est plus la sienne.

a. Hétérogénéité des valeurs sociales protégées par le droit pénal

437. Diversité de natures des valeurs sociales protégées. – Confronté au concept de *valeurs sociales*, le droit pénal se caractérise par la diversité. Tout d'abord, diversité de valeurs sociales elles-mêmes. Comme nous l'avons déjà précisé, le droit pénal garantit en effet le respect de l'ensemble de ces valeurs. Diversité ensuite par la nature des valeurs

¹⁰⁸¹ Combattant une idée reçue selon laquelle le droit pénal assurerait la protection des valeurs sociales les plus importantes, nous avons déjà indiqué qu'aucune réelle sélection n'était réalisée en cette matière (V. *supra*, n^{os} *et ss.*). Alors que nous exposons simplement cette absence de choix, il est désormais nécessaire d'engager une réflexion critique.

¹⁰⁸² CORNU (G.) (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v^o « Dépénalisation ».

protégées. Sans prétendre à une quelconque exhaustivité, signalons simplement quelques-unes de ces valeurs et de ces natures pour rendre compte de la teneur de cette diversité.

438. Les personnes et leur environnement. – La nature humaine est vraisemblablement la première valeur sociale protégée par le droit pénal. Cette nature se subdivise en divers sous-ensembles comprenant l’humanité, l’espèce humaine¹⁰⁸³ et la personne humaine. Cette dernière par exemple se distinguant elle-même en une multitude d’intérêts tels que la vie, l’intégrité physique, la liberté, la dignité, la personnalité ou encore la sphère familiale. Ainsi, par l’importance quantitative et qualitative de cette nature, la personne humaine *lato sensu* est la valeur sociale prioritairement placée sous l’égide de la loi pénale. Mais la nature humaine ne peut être circonscrite à cette pure acception. La protection du milieu naturel de l’homme, son environnement, doit également être envisagée.

La protection de la Nature *stricto sensu*, avec l’instauration d’un droit pénal de l’environnement, est l’un des aspects marquants du caractère évolutif de l’ordre public pénal. Considéré comme un pan technique du droit pénal, il met en évidence la prise en considération d’une valeur sociale nouvellement reconnue¹⁰⁸⁴ et pour laquelle la pénalisation est en marche¹⁰⁸⁵. A travers cette protection, nous saisissons pleinement l’éclectisme du droit pénal ; éclectisme s’intensifiant par la protection des biens des personnes.

439. Les personnes et leurs biens. – Bien qu’éloignée de toute considération naturelle, cette branche du droit pénal – auquel s’attache prioritairement le droit pénal des affaires – rejoint toutefois le droit pénal de l’environnement quant à ses incidences sur la diversité et par là même l’illisibilité croissante de la logique punitive du droit pénal. Protéger le monde des affaires et de l’économie peut apparaître, de prime abord, éloigné de la place bien originale que le droit pénal détient en raison de sa fonction de défense de l’ordre social¹⁰⁸⁶. Les

¹⁰⁸³ Sur ce point, V. les articles 214-1 à 215-4 C. pén. issus de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique. L’espèce humaine apparaît dès lors comme une valeur nouvellement reconnue et protégée par le droit pénal. Les revendications du Pr. PROTHAIS quant à une reconnaissance d’un véritable droit pénal de la bioéthique semblent avoir été entendues (« Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », *Rev. sc. crim.* 2000, p. 57).

¹⁰⁸⁴ Notons toutefois que les condamnations concernant des infractions relevant du Code de l’environnement représentent moins de 1 % des condamnations délictuelles en France. Sur ce point, V. BERTELLA-GEFFROY (M.-O.), « L’ineffectivité du droit pénal dans les domaines de la sécurité sanitaire et des atteintes à l’environnement. Le point de vue d’un praticien », *Envir.* 2002, chron. 19, p. 8 ; ROBERT (J.-H.), « Le droit pénal de l’environnement » in BOULOC (B.) (sous la dir.), *Où en est la dépenalisation dans la vie des affaires ?*, op. cit., p. 104.

¹⁰⁸⁵ ROBERT (J.-H.), « Le droit pénal de l’environnement », op. cit., p. 110.

¹⁰⁸⁶ PRADEL (J.), *Droit pénal général*, op. cit., p. 74.

préoccupations mercantiles issues de cette nouvelle discipline contrastent avec les attentes du droit pénal traditionnellement plus sociales. S'il est vrai que ce pan du droit pénal souffre parfois d'une certaine incohérence¹⁰⁸⁷, il ne peut être perçu comme une excroissance du droit pénal ou un pur artifice protégeant des valeurs mineures¹⁰⁸⁸; l'importance sociale des intérêts protégés, comme l'économie et la propriété, en témoigne. Mais évoquer l'économie d'un Etat renvoie indirectement à la politique suivie par ce dernier et à ses diverses institutions.

440. La "polis". – L'organisation politique et la stabilité institutionnelle de l'Etat ne sont pas délaissées par le droit pénal. Avant l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, ceci était même l'intérêt prioritairement protégé par lui¹⁰⁸⁹. Aujourd'hui, bien que rétrogradée au livre IV du Code pénal après la protection des personnes et des biens, nul ne saurait contester l'importance de cette valeur et la nécessité de sa protection par le droit pénal¹⁰⁹⁰. Pour autant, la reconnaissance de cet intérêt participe une fois encore de la dispersion du droit pénal dans la sauvegarde des valeurs de la société. Bien qu'essentielle, la protection de la Nation et de l'Etat accroît les valeurs sociales devant être placées sous l'égide du droit pénal, prolongeant ainsi notre questionnement sur l'opportunité de l'incessante ingérence du droit de punir à travers le prisme pénal.

441. Conséquences de la diversité de natures : le constat d'un droit pénal chaotique. – Devant ce florilège de valeurs sociales protégées, il est difficile de croire au maintien, au sein du droit pénal, d'une logique punitive. Le droit de punir intervient sans réelle rationalité dans la mesure où l'objet même de son action se montre très disparate, alors que ses modalités d'expression demeurent monotones. Les valeurs défendues par son intermédiaire ressortissent de natures par trop différentes les unes des autres. Dès lors, par ce manque d'homogénéité dans l'intervention du droit de punir, le droit pénal souffre, plus qu'aucune autre discipline, de cette disparité. Même s'il est vrai que cette diversité s'induit de sa nature même – selon laquelle le droit pénal serait « *moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes*

¹⁰⁸⁷ V. *infra*, n^{os} *et ss.*

¹⁰⁸⁸ Sur l'ambivalence du droit pénal des affaires, V. JEANDIDIER (W.), *Droit pénal des affaires*, op. cit., n^o 55; GUYON (Y.), « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », *Pouvoirs*, 1990, p. 41.

¹⁰⁸⁹ Dans l'ancien Code pénal, le titre premier du livre troisième relatif aux incriminations et aux punitions était consacré aux « *crimes et délits contre la chose publique* »; l'exposé des « *crimes et délits contre les particuliers* » n'intervenant qu'au titre deuxième.

¹⁰⁹⁰ Nous pouvons même nous demander si l'ancien Code pénal n'était pas plus cohérent que le droit positif puisqu'il est manifeste qu'aucune protection des personnes ou des biens n'est concevable sans préservation de la Nation, de l'Etat et de la paix publique.

les autres »¹⁰⁹¹ – il est fort probable que, loin de l'éclaircir, elle génère au contraire en son sein une certaine confusion.

Ce désordre s'exprime d'autant plus intensément que cette pluralité de natures se double d'un échec du droit pénal à faire respecter de manière inconditionnée les diverses valeurs sociales ainsi mises en exergue. Chaque intervention du droit pénal démontre un peu plus encore la faillibilité de ce droit à remplir sa mission d'apaisement du groupe social et ce quelle que soit la valeur considérée¹⁰⁹². C'est un paradoxe inhérent au droit pénal. Si ce dernier s'applique, c'est précisément parce que sa prétendue fonction dissuasive a largement échoué. Aussi, l'exposé que nous venons de bâtir aurait-il dû s'établir sur le critère de la tentative de protection plutôt que sur la protection elle-même qui reste, somme toute, pure illusion. Pluralité et impuissance, telles sont donc les faiblesses du droit pénal participant à l'incohérence de son action et de l'intervention en son sein du droit de punir. Mais ce n'est pas tant la diversité des valeurs que l'insignifiance de certaines d'entre elles qui entraîne le plus une dénaturation du droit pénal. Dès lors, et malgré l'ampleur des handicaps déjà exposés, une nouvelle faille doit être présentée : la non pertinence de l'intervention pénale vis-à-vis de certaines valeurs jugées mineures.

b. Insignifiance de certaines valeurs sociales protégées par le droit pénal

442. Des avancées ont eu lieu afin de conférer au droit pénal le statut de protecteur des valeurs *essentielles* de la société. La doctrine le présente classiquement de cette manière pour deux raisons qu'il conviendra d'énoncer. Toutefois, malgré ces efforts, le droit pénal continue de pécher par excès d'intérêt envers des valeurs ne méritant pas précisément l'égard de ce droit. L'utilisation excessive du droit de punir devient ici un élément manifestant avec précision la faiblesse continue du droit pénal.

443. Efforts réalisés. – Quelles sont tout d'abord les raisons tendant à considérer le droit pénal comme le garant des valeurs sociales fondamentales ?

¹⁰⁹¹ ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, op. cit., Liv. II, chap. XII. Pour une affirmation similaire, V. PORTALIS (J.-E.), *Discours préliminaire au projet de Code civil* in *Naissance du Code civil*, Paris, Flammarion, 1989, p. 49. ; BENTHAM (J.), *Vue générale d'un corps complet de législation*, chap. III. V. également DELMAS-MARTY (M.), « L'enjeu d'un Code pénal (réflexions sur l'inflation des lois pénales en France) », *Mélanges Legros*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 168 : la loi pénale doit « assurer le respect de la norme extra-pénale ».

¹⁰⁹² Sur ce point, V. la sagacité des propos de MM. les Pr. CONTE et MAISTRE DU CHAMBON : « l'histoire du droit pénal serait celle d'un épouvantable échec » (*Droit pénal général*, op. cit., n° 3).

En premier lieu, et comme nous venons de le voir, le droit à la vie, à l'intégrité physique et à la dignité ou encore le droit de propriété, la protection de l'environnement ou la sûreté de l'Etat, qui constituent les intérêts fondamentaux de la société¹⁰⁹³, sont les objets principaux du droit pénal. Celui-ci a donc très justement déterminé quelles devaient être les priorités de la protection pénale.

En second lieu, les valeurs les plus vénielles ont été écartées. N'a-t-on pas vu le droit pénal se décharger de plusieurs comportements ne méritant plus aucune qualification pénale ? A titre d'exemple, le refus de vente fut dépénalisé par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et devint un délit civil¹⁰⁹⁴. Une démonstration identique pourrait être faite s'agissant de l'évolution qu'a connue l'adultère¹⁰⁹⁵. Si l'on désire citer un comportement toujours répréhensible mais dénué de toute qualification et réprobation pénales, l'émission de chèques sans provision en est un parfait exemple. Ce comportement ne ressortit plus du droit pénal mais demeure une action susceptible de recevoir les griefs du droit bancaire à travers le pouvoir sanctionnateur du banquier¹⁰⁹⁶. D'autres actions ne comportant qu'une incidence infime sur la paix publique ont quant à elles été plus directement exclues de toute qualification juridique : tel est le cas du suicide¹⁰⁹⁷ ou, plus récemment, du vagabondage et de la mendicité¹⁰⁹⁸. Mais que ces comportements puissent encore ou non recevoir une qualification juridique n'est pas notre

¹⁰⁹³ A titre d'exemple, il est intéressant de se rappeler qu'en vertu de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la propriété est un des « *droits naturels et imprescriptibles de l'homme* ».

¹⁰⁹⁴ Ord. 1^{er} déc. 1986, art. 36, 2^o. Notons toutefois que cette faute fut totalement supprimée par la loi n^o 96-588 du 1^{er} juill. 1996. Sur ce point, V. JEANDIDIER (W.), *Droit pénal des affaires*, op. cit., n^o 373 ; DECOCQ (A.), « Sur l'abolition du délit civil de refus de vente », *JCP* 1997.I.3997. V. également *infra*, n^o.

¹⁰⁹⁵ L'adultère fut dépénalisé par la loi n^o 75-617 du 11 juill. 1975 sur le divorce mais demeure une faute civile dans la mesure où il peut être invoqué à l'appui d'une demande de divorce pour faute conformément à l'article 242 C. civ. Précisons à ce sujet que la nouvelle rédaction de l'art. 242 issue de la loi n^o 2004-439 du 26 mai 2004 réformant le divorce n'a aucune incidence sur ce point.

¹⁰⁹⁶ C'est la loi n^o 91-1382 du 30 déc. 1991 qui exclut l'émission de chèques sans provision et institua une régulation de nature bancaire. Sur ce point, V. DELMAS-MARTY (M.), *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., p. 301 et s.

¹⁰⁹⁷ Le suicide et la tentative de suicide furent réprimés jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. Jusqu'au Code pénal de 1791, le cadavre du suicidé était ainsi déshonoré et la personne ayant tenté de se suicider était quant à elle... condamnée à mort ! Sur ce point, V. BECCARIA (C.), *op. cit.*, § XXXII ; VANDEKERCKHOVE (L.), *La punition mise à nu. Pénalisation et criminalisation du suicide dans l'Europe médiévale et d'Ancien Régime*, Bruxelles, Bruylant, 2004. Sur la difficulté de reconnaître le suicide comme un droit, V. BAILLEUL (D.), « Le droit de mourir au nom de la dignité humaine. A propos de la loi relative aux droits des malades et à la fin de vie », *JCP* 2005.I.142, spéc. n^o 4.

¹⁰⁹⁸ Les incriminations des articles 269 à 276 de l'ancien Code pénal ne furent point reprises dans le Code pénal de 1994 qui ne réprimait que les seuls actes de provocation d'un mineur à la mendicité (C. pén., art. 227-20). Signalons toutefois que la loi n^o 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure a abrogé ce dernier article en incriminant des comportements annexes à l'état de mendicité et de vagabondage. Sont aujourd'hui réprimés les actes d'exploitation de la mendicité (C. pén., art. 225-12-5 et 225-12-6) et de sollicitation agressive de fonds sur la voie publique (C. pén., art. 312-12-1).

préoccupation principale. Ce qui importe est désormais la non-intervention du droit pénal – la dépenalisation¹⁰⁹⁹ – dans ces domaines protégeant des intérêts, sinon mineurs, du moins ne méritant plus véritablement de protection pénale. Un tel mouvement répond aux préoccupations du Conseil de l'Europe qui nourrissait des « *doutes quant au bien-fondé de l'application systématique de sanctions pour réprimer des comportements qui ne représentent pas une menace réelle pour les valeurs sociales (...) [et] qui n'entraînent pas de dommage social* »¹¹⁰⁰. Toutefois, ces avancées partielles en vue de faire du droit pénal le garant des seules valeurs sociales majeures ne peuvent dissiper une indéniable critique.

444. Efforts à réaliser. – Le droit pénal protège toujours des intérêts dont l'importance peut être très largement discutée sur le plan pénal. Ainsi, et à titre d'exemples, le droit pénal préserve les liens du mariage en réprimant la bigamie (C. pén., art. 433-20), l'hygiène publique en incriminant l'abandon d'ordures et de déchets (C. pén., art. R. 632-1) ou encore la liberté de représentation collective des salariés en réprimant l'entrave à une institution représentative du personnel (C. trav., art. L. 483-1). Nous ne remettons bien évidemment nullement en cause la légitimité et la nécessité de la garantie de ces intérêts. Nous souhaitons simplement mettre en doute l'opportunité d'inclure une telle protection dans le champ pénal. La pertinence de telles incriminations pénales reste en effet très largement douteuse.

Notre perplexité sur ce point provient de deux éléments principaux. D'une part, la gravité relativement faible des comportements mis en cause – gravité établie par rapport à la faiblesse des peines encourues – témoigne d'une intervention par trop anachronique du droit pénal. Il est clair que ce dernier joue un rôle cardinal dans la réglementation et l'apaisement des comportements humains¹¹⁰¹. Dès lors, il semble inopportun de placer sous l'égide des règles pénales des intérêts d'une valeur secondaire en réprimant des fautes vénielles¹¹⁰². Nous ne doutons pas de la qualité du droit pénal à s'intéresser à de tels domaines. Le droit pénal a la

¹⁰⁹⁹ La dépenalisation est, à ce stade de notre étude, un phénomène bénéfique pour le droit pénal. Nous verrons toutefois par la suite que ce même phénomène peut engendrer des effets négatifs quant à l'essence même de ce droit (V. *infra*, n^{os} *et ss.*).

¹¹⁰⁰ CONSEIL DE L'EUROPE, Comité européen pour les problèmes criminels, *Rapport sur la décriminalisation*, Strasbourg, 1980, p. 10.

¹¹⁰¹ GARÇON soutenait même que le droit pénal détient dans le maintien de la paix publique, une mission identique à celle confiée à la morale ou aux religions (*Le droit pénal. Origines, évolution, état actuel*, op. cit., p. 5).

¹¹⁰² Y. MAYAUD expose cette idée de la manière suivante : « *il convient de toujours réserver l'incrimination à ce qui engage l'organisation d'une société en profondeur et dans ses racines, et [une] certaine prudence permet de douter du bien-fondé politique, de l'opportunité sélective, qu'il y a à soumettre aux lois sévères de l'incrimination certains écarts de conduite à la limite du fondamental* » (« Ratio legis et incrimination », op. cit., n^o 7, p. 600).

capacité de prendre en considération des agissements d'origines diverses et la protection des intérêts en question serait alors d'une efficacité certaine. Le problème est davantage celui de la répercussion de l'inclusion de ce type d'intérêts sur le droit pénal lui-même. Ainsi, en second lieu, il convient de se demander s'il est véritablement de son ressort – même s'il en a les capacités – de protéger des valeurs d'une telle diversité et d'une telle insignifiance et, parallèlement, s'il ne souffre pas d'une certaine dénaturation ? S'interroger de la sorte revient à tracer les frontières que l'on souhaite conférer au droit pénal et, corrélativement, la physionomie que l'on désire lui attribuer. Une controverse quant à la détermination des incriminations peut alors prendre naissance. Mais dès lors que s'engage un tel débat, n'est-ce pas la portée symbolique de la légalité criminelle qui se trouve affectée ?

2°/ Dépréciation de la légalité criminelle

445. Le droit pénal s'engage dans un processus de protection légale généralisée où l'accomplissement d'un choix reste superfétatoire. Compte tenu du danger que génère cette généralisation, il est nécessaire que s'instaure un mouvement législatif de dépénalisation afin de redonner au droit pénal tout son symbolisme et « *son pouvoir de signification* »¹¹⁰³. Cette exigence est en effet imposée par la prolifération de la loi pénale (a) conduisant mécaniquement à sa dévalorisation (b).

a. Facteur quantitatif de dépréciation de la légalité criminelle : la prolifération de la loi pénale

446. Traitant de la légalité *lato sensu*, un auteur affirme sans ménagement qu'une « *diarrhée législative et réglementaire déferle depuis des années* »¹¹⁰⁴ sur notre système juridique. S'agissant plus précisément de la législation pénale, il est reconnu de manière unanime que la prolifération des lois est une profonde entorse, et à la fonction pratique (1), et à la fonction symbolique du droit pénal (2).

¹¹⁰³ CAZE-GAILLARDE (N.), *thèse précit.*, p. 495.

¹¹⁰⁴ DEBBASCH (C.), « L'injustice française », *Mélanges Cohen-Jonathan*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 610. Et l'auteur poursuit : « *La société régleme l'inutile et oublie l'essentiel, se noie dans les détails et perd de vue les principes* » (*ibid.*). Nous trouvons cette même logique in LE BARS (T.), « La méthode législative et l'histoire de la colonisation », *D.* 2005, p. 788. Pour une réponse critique à cette position doctrinale de dénigrement de la législation, V. MBONGO (P.), « De "l'inflation législative" comme discours doctrinal », *D.* 2005, p. 1300. V. enfin MAZEAUD (P.), « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *JCP* 2005, act. 70 ; VERPEAUX (M.), « Neutrons législatifs et dispositions réglementaires : la remise en ordre imparfaite », *D.* 2005, chron. p. 1886.

1) Atteinte à la fonction pratique du droit pénal

447. Complexité croissante de la légalité criminelle. – Comment imaginer encore recevable la présomption selon laquelle "nul n'est censé ignorer la loi" lorsque le recensement de l'ensemble des incriminations pénales est pratiquement impossible¹¹⁰⁵ ? Parallèlement à cette ignorance, pouvons-nous raisonnablement croire que la sécurité juridique soit encore l'assise de l'Etat de droit ou, selon Paul ROUBIER, « la première valeur sociale à atteindre »¹¹⁰⁶ ? Le nombre considérable de dispositions pénales ainsi que la complexité qui leur est inhérente ne favorisent en rien leur maniabilité. Alors que ce postulat était classiquement reconnu pour "l'homme de la rue", un phénomène nouveau semble s'amplifier aujourd'hui. Les juristes eux-mêmes deviennent de plus en plus désemparés face à des textes non pas nécessairement plus techniques – le droit est une science et contient dès lors sa part naturelle de technicité – mais toujours plus denses¹¹⁰⁷ et plus nombreux. En pratique, certaines incriminations ne sont que rarement utilisées par les magistrats puisqu'ignorées par eux¹¹⁰⁸.

De plus, ces textes sont de plus en plus hétéroclites. Ainsi, une loi comportant des dispositions pénales peut ne pas s'intéresser à cette seule discipline¹¹⁰⁹. Si toutefois, par chance, elle ne se soucie que du droit pénal, quelle n'est pas notre déception lorsque nous découvrons que ce texte est davantage une loi d'adaptation que de création. C'est alors un processus de référence et de renvoi¹¹¹⁰, de modification de tels mots, de telles phrases à tel ou tel endroit qui s'instaure ; processus niant ainsi la cohérence qui fondait originellement le droit pénal. On surajoute sans scrupuleusement respecter l'harmonie de la matière.

¹¹⁰⁵ Sur cette impossibilité matérielle, V. DELMAS-MARTY (M.), « Les conditions de rationalité d'une dépenalisation partielle du droit pénal de l'entreprise » in *Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise*, 9^{ème} Congrès de l'Association Française de Droit Pénal (Lyon, 26-28 nov. 1987), Paris, Economica, pp. 90 et ss.

¹¹⁰⁶ ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 269.

¹¹⁰⁷ Signalons ici l'exemple caractéristique de la loi du 9 mars 2004 dite « Perben II » qui, forte de ses 224 articles, crée ou modifie 350 articles du Code de procédure pénale, 80 du Code pénal et diverses dispositions du Code de la route, du Code général des collectivités territoriales, du Code de la propriété intellectuelle, du Code de la santé publique, du Code de l'environnement, du Code de l'organisation judiciaire, etc.

¹¹⁰⁸ Tel est le cas par exemple en droit pénal de l'entreprise. Sur ce point, V. DELMAS-MARTY (M.), « Les conditions de rationalité d'une dépenalisation... », *op. cit.*, spéc. p. 91.

¹¹⁰⁹ V. la loi du 9 mars 2004 précitée. Citons également l'exemple de la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique qui est fondamentale pour le droit pénal en ce sens qu'elle reconnaît une nouvelle valeur sociale, mais qui, parallèlement et plus intensément, s'intéresse à des domaines complètement étrangers à notre discipline.

¹¹¹⁰ Pour une critique de la technique du renvoi, V. DELMAS-MARTY (M.), « Les conditions de rationalité d'une dépenalisation... », *op. cit.*, p. 99.

448. Opportunisme pernicieux de la légalité criminelle. – Désormais, qu'il s'agisse des juristes ou des justiciables, tous font face à des monuments législatifs¹¹¹¹ dont les plans semblent toujours plus illisibles et dont les architectes eux-mêmes ne parviennent pas à rétablir l'esthétique. Trop nombreux ou trop influencés, ces derniers semblent en effet perdre de vue leurs idées premières.

Le dysfonctionnement lié à la prolifération des textes pénaux se double ainsi d'une multiplicité d'objectifs au sein même d'un système répressif donné¹¹¹². Le processus législatif, par sa complexité technique et les querelles politiques qu'il peut faire naître, représente souvent un mouvement insuffisamment réfléchi. Les pressions sociales – réelles ou amplifiées – tendant à la pénalisation de tels ou tels comportements favorisent cet élan opportuniste. La législation pénale traduit certes les attentes sociales mais elle doit le faire sans poursuivre inexorablement une logique conjoncturelle¹¹¹³. Suivre cette voie reviendrait à prendre le risque de briser la fonction symbolique du droit pénal qui contient en germe, sinon l'idée d'une intemporalité, du moins celle d'une relative sérénité dans son élaboration.

2) Atteinte à la fonction symbolique du droit pénal

449. Adaptabilité excessive de la légalité criminelle. – Que le droit pénal soit aujourd'hui bâti sur des considérations conjoncturelles favorise nécessairement une surproduction législative. La conjoncture étant par essence une donnée temporelle et par là même inconstante, le droit pénal devra obligatoirement s'adapter à chaque nouvelle situation entraînant autant de modifications et de créations législatives. Le droit pénal, par cette faculté de réactivité, est un moyen de réalisation d'une fin précise et circonstanciée. La loi pénale n'est donc plus seulement cette œuvre construite tendant à mettre en relief des impératifs

¹¹¹¹ Pour une utilisation de cette expression, V. SAUVAGEOT (A.), « Dévaluation de la loi », *Rev. pol. et parl.* 1946, p. 122 ; LE GUNEHÉC (F.), « Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Première partie : dispositions de procédure pénale immédiatement applicables : pragmatisme, cohérence, sévérité et simplifications », *JCP* 2004, act. 177, p. 597.

¹¹¹² Sur ce point, V. CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport sur la décriminalisation*, op. cit., p. 23 ; DELMAS-MARTY (M.), « La création des lois et leur réception par la société », op. cit., pp. 83 et ss., spéc. p. 85 ; SAUVAGEOT (A.), op. cit., p. 31 : la loi se présente « *comme un compromis entre diverses tendances orientées vers des finalités distinctes, voire opposées* ».

¹¹¹³ En ce sens, V. DELMAS-MARTY (M.), « La création des lois et leur réception par la société », op. cit., pp. 85-86 et p. 99 ; DEBOVE (F.), « L'overdose législative », *Dr. pén.* 2004, ét. 12, spéc. p. 7 où l'auteur parle de « *lois saisonnières* » ; CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport sur la décriminalisation*, op. cit.

catégoriques de morale sociale. Elle apparaît également comme l'écho des pressions sociales effectuées sur le politique, faisant naître chez elle une nouvelle fonction ; c'est ce que le Pr. LAZERGES nomme « *la fonction déclarative de la loi pénale* »¹¹¹⁴. Mais par cette traduction des attentes sociales – aux justifications plus ou moins fondées – la loi pénale s'imprègne encore d'une autre fonction tout aussi pragmatique. Par la réponse apportée grâce à la norme, le droit pénal poursuit une dimension purement utilitaire mettant ainsi en exergue sa « *dimension instrumentale* »¹¹¹⁵.

450. Dispersion instrumentalisée de la légalité criminelle. – S'il est vrai que l'approche symbolique du droit pénal peut se concilier avec une telle approche instrumentale ou utilitaire¹¹¹⁶, nous ne pouvons nier le phénomène selon lequel privilégier la seconde revient souvent à réduire l'importance de la première. S'attacher à répondre aux préoccupations quotidiennes, et non moins légitimes, de la société est chose louable. Mais réagir au coups par coups rend toujours plus précaire la règle de droit. Celle-ci se reformera en effet au gré des changements politiques, économiques ou sociaux et se dessaisira inévitablement du critère de stabilité devant caractériser toute règle essentielle au maintien de la paix publique. Sans compter que se reporter constamment au droit pénal tend à dévaloriser les normes édictées. En effet, la loi pénale, originellement perçue comme le creuset de la défense des « *états forts et définis de la conscience collective* »¹¹¹⁷ et des libertés publiques, se présente progressivement comme le réceptacle protéiforme de valeurs sociales surabondantes. De plus, cette pluralité de valeurs sociales de natures diverses est nécessairement accompagnée d'un éparpillement de la législation pénale. Cette dernière n'est pas, loin s'en faut, présente uniquement dans le Code pénal. Celui-ci est le cadre originel de la légalité criminelle et non le foyer exclusif. Par la technique de renvoi ou, plus simplement, par l'incorporation de dispositions pénales au sein même de lois extra-pénales, la légalité criminelle apparaît comme un phénomène éclaté et par là même incontrôlable. C'est ainsi que « *la multiplication des incriminations s'est retournée*

¹¹¹⁴ LAZERGES (C.), « De la fonction déclarative de la loi pénale », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 194. L'auteur met en évidence quatre incriminations rendant compte de cette fonction déclarative : le bizutage (C. pén., art. 225-16-1 à 225-16-3), la manipulation mentale (C. pén., art. 223-15-2), le racolage (C. pén., art. 225-10-1) et les attroupements portant atteinte à la libre circulation dans les parties communes d'immeuble (C. constr., art. L. 126-3).

¹¹¹⁵ VAN DE KERCHOVE (M.), « Symbolique et instrumentalité... », *op. cit.*, passim. V. également MBONGO (P.), *op. cit.* : suivant cet auteur, les attentes du corps social contraindraient le législateur à agir.

¹¹¹⁶ VAN DE KERCHOVE (M.), *ibid.*, p. 134 et s. L'auteur souligne même qu'un renforcement mutuel des fonctions peut s'effectuer.

¹¹¹⁷ DURKHEIM (E.), *La division du travail social*, *op. cit.*, p. 47.

*contre le droit pénal : le phénomène est fréquent en matière juridique, d'une institution qui perd en efficacité profonde ce qu'elle gagne en étendue »*¹¹¹⁸.

L'incohérence s'immisce donc dans le principe fondamental de la légalité des délits et des peines. Par la dispersion de la légalité criminelle, apparaissent alors une délicate accessibilité de la norme et une imprécision des incriminations. Mais une telle affirmation ne revient-elle pas à considérer la qualité même de la loi pénale et à faire preuve de pessimisme quant à sa valeur ?

b. Facteur qualitatif de dépréciation de la légalité criminelle : la dévalorisation de la loi pénale

451. *Légalité criminelle, un colosse aux pieds d'argile ?* – Au sortir de la guerre, un magistrat redoutait l'évolution de la loi *lato sensu* : « *son vice quasi-congénital serait, précise-t-il, de voir s'étendre son domaine à une multitude d'objets secondaires (...); sa déconcertante faiblesse pourrait lui venir de son caractère éphémère (...); son risque majeur serait de se laisser emporter par les seules passions politiques en dehors de la sérénité et des seules considérations d'intérêt général qui assurent aux institutions force et stabilité* »¹¹¹⁹. La transposition de ces propos à la légalité criminelle est pleinement envisageable. Nous venons d'énoncer les risques matériels d'une précarité grandissante et d'une contextualisation politique et sociale trop intense. Soulignons maintenant la menace que fait peser la dispersion du domaine d'action de la norme pénale sur sa valeur intrinsèque.

Le droit pénal est le "réfèrent" en matière de protection des valeurs sociales. Mais « *à tout demander au pénal, à tout espérer du pénal, on dévalorise la loi pénale (...)* [alors même] *qu'elle est expressive des valeurs essentielles d'une société* »¹¹²⁰. Cette crainte se retrouve prioritairement dans l'analyse que nous pouvons porter au domaine contraventionnel, mais il ne saurait être le seul.

452. *Le cas des contraventions.* – L'insignifiance que nous avons exposée précédemment se retrouve en ce domaine. Si nous écartons les contraventions de 5^{ème} classe, ce type

¹¹¹⁸ LARGUIER (J.), *Le droit pénal*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 1990, p. 12. Et l'auteur poursuit : « *A trop élargir son domaine, la peine a perdu de sa force ; la création de certaines incriminations, pour des faits qui n'appelaient dans l'opinion qu'une réprobation mesurée, a pu persuader bien des gens qu'on pouvait aller en prison sans être pour autant réellement malhonnête* » (*ibid.*).

¹¹¹⁹ SAUVAGEOT (A.), *op. cit.*, p. 121.

¹¹²⁰ LAZERGES (C.), « De la fonction déclarative de la loi pénale », *op. cit.*, p. 202.

d'infractions est par essence d'une gravité très réduite. D'ailleurs, il est largement reconnu que les contraventions traitent davantage d'une indiscipline sociale que d'une réelle anti-socialité¹¹²¹. Récemment, le décret n° 2006-1099 du 31 août 2006 relatif à la lutte contre les bruits du voisinage et modifiant le Code de la santé publique¹¹²² est venu rappeler ce point. Des contraventions de cinquième et troisième classes répriment en effet le simple fait, pour un particulier ou pour un professionnel, d'émettre des bruits troublant le voisinage (C. santé publ., art. R. 1337-6 à R. 1337-10).

La division tripartite française des infractions fondée sur la gradation de leur gravité, repose sur l'intensité des peines encourues¹¹²³. De ce fait, en matière contraventionnelle, cette intensité est faible parfois même dérisoire. Or, comment est-il encore concevable que le droit de punir s'exprime dans des domaines si peu propices au prononcé de sanctions pénales expressives et dissuasives ? Au contraire, les sanctions contraventionnelles prennent part à la non-perception de l'importance sociale du droit pénal, le plaçant à un niveau qui n'est pas le sien. Deux raisons essentielles tenant à l'inconsistance des peines contraventionnelles expliquent cette tendance.

453. Inconsistance des peines contraventionnelles. – Cette catégorie de sanctions est tout d'abord inexpressive. Comment raisonnablement penser qu'une valeur sociale essentielle – tel est l'objet présumé du droit pénal – soit reconnue lorsqu'est prononcée une amende de 38 euros pour une contravention de 1^{ère} classe ? Le droit pénal peut-il encore être présenté comme le garant des intérêts *fondamentaux* du groupe social après une telle condamnation ? Dans la négative, les contraventions dénaturent véritablement le droit pénal puisqu'elles déforment l'objet même de son intervention en prévoyant la protection de valeurs mineures.

Ensuite, si les peines contraventionnelles dissuadent, il ne s'agirait que de dissuasion immédiate. En aucune façon, il n'est question ici de cette forme d'amendement que l'on recherche dans l'application du (véritable) droit de punir¹¹²⁴. Même si cet amendement reste

¹¹²¹ V. notamment MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 268 : les contraventions « ne sont que des atteintes à l'organisation de la vie sociale et à ses contraintes quotidiennes, (...) ont une portée essentiellement pragmatique et disciplinaire (...) [et] sont destinées à sanctionner les divers et nombreux écarts de conduite (...) ne port[ant] pas la marque de l'hostilité ou de l'indifférence aux valeurs » dites supérieures de la société.

¹¹²² JO du 1^{er} septembre 2006, p. 13042 ; D. 2006, p. 2120.

¹¹²³ Sur ce point, V. *supra*, n^{os} *et ss.*

¹¹²⁴ *Contra*, MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 268 *in fine*. Pour renforcer notre position prenons l'exemple topique des flash-radars automatiques mis en place par la loi n° 2003-495 du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière. Nous pouvons légitimement penser que la dissuasion est davantage due à la

parfois illusoire pour les autres types d'infractions, il n'en reste pas moins un objectif constamment recherché. Au contraire, s'agissant des contraventions, cet amendement est inconcevable puisque tel n'est pas leur but premier. Considérées comme des infractions matérielles ou normatives, en ce sens que la seule violation matérielle de la règle suffit à la caractérisation de l'infraction¹¹²⁵, les contraventions ne poursuivent qu'un but rétributif. Devant la violation de la norme, la fonction du droit de punir revient ici simplement à apporter une réponse de manière mécanique. D'ailleurs, le caractère majoritairement normatif des contraventions emporte une plus faible reconnaissance de la présomption d'innocence, instaurant ainsi de véritables présomptions de culpabilité, pour lesquelles on ne peut passer outre qu'en établissant sa bonne foi ou un événement de force majeure¹¹²⁶. S'il est vrai qu'il s'agit parfois que d'une condamnation pécuniaire ou d'une « *responsabilité pécuniaire* »¹¹²⁷ et non d'un réel engagement de sa responsabilité pénale, force est de constater qu'une punition n'en est pas moins appliquée sans que celle-ci n'ait le moindre effet dissuasif. Tel est le cas par exemple de l'article L. 121-3 du Code de la route qui précise que le titulaire du certificat d'immatriculation est redevable du paiement de l'amende, c'est-à-dire de la sanction pénale, ... sans être pour autant pénalement responsable.

454. Dans ces hypothèses, le droit pénal poursuit une logique que la Logique ne connaît point et la rétribution que nous énonçons reste alors très éloignée de la rétribution à connotation morale que nous avons pu attribuer au droit de punir¹¹²⁸. D'une part en effet, le paiement de l'amende forfaitaire¹¹²⁹ pourra être supporté par une personne étrangère à l'infraction¹¹³⁰ ; d'autre part, cette procédure s'inscrit davantage dans une démarche

"réticence" des automobilistes à verser le montant de l'amende forfaitaire qu'à modifier leur conduite.

¹¹²⁵ Cela suppose donc une indifférence quant à la nécessité d'établir l'existence d'un élément moral (sur ce point, V. DANA (A.-C.), *thèse précit.*, n^{os} 233 et ss. et spéc. n^{os} 240 à 258 ; également Cons. const. 16 juin 1999, déc. n^o 99-411 DC ; D. 1999, Jurisp. p. 589, note Y. Mayaud ; *Rev. dr. publ.* 1999, chron. F. Luchaire ; *AJDA* 1999, p. 736, obs. J.-E. Schoettl. Selon le Pr. Y. MAYAUD, cette décision ajoute une « *présomption de matérialité* » (*op. cit.*, p. 592) à la présomption préexistante sur l'élément moral). V. toutefois les cas particuliers de contraventions nécessitant un tel élément moral : C. pén., art. R. 624-1, R. 625-1, R. 625-2, R. 625-3 et R. 635-1.

¹¹²⁶ Sur les présomptions de culpabilité, V. GUINCHARD (S.) et BUISSON (J.), *Procédure pénale*, *op. cit.*, n^{os} 494 et ss. ; BUISSON (J.), « Les présomptions de culpabilité », *Procédures* 1999, chron. 15.

¹¹²⁷ Pour un emploi de cette expression, V. CÉRÉ (J.-P.), « Le titulaire du certificat d'immatriculation et l'exonération du paiement de l'amende », D. 2004, Jurisp. p. 1192 et spéc. p. 1193.

¹¹²⁸ V. *supra*, n^{os} *et* ss. et spéc. n^{os} *et* .

¹¹²⁹ Sur la procédure de l'amende forfaitaire, V. C. pr. pén., art. 529 et ss. et R. 48-1 et ss.

¹¹³⁰ Cela peut également être le cas lorsqu'est appliqué l'article L. 121-2 C. route. Toutefois, pour un cas d'exonération sur le fondement de l'article L. 121-3 C. route, V. Crim. 17 févr. 2004, D. 2004, Jurisp. p. 1192, note J.-P. Céré.

transactionnelle ou consensualiste que dans une démarche expressément punitive¹¹³¹. L'automatisme de cette procédure tranche enfin avec l'individualisation caractérisant logiquement l'exercice du droit de punir.

Les contraventions usent, comme toute infraction pénale, du droit de punir ; mais par l'analyse de l'utilisation qui en est faite – absence de signification et de dissuasion – nous doutons profondément de l'opportunité de leur présence au sein du droit pénal. Mais au-delà des contraventions, une volonté de dépenalisation existe également pour d'autres infractions.

455. *Autres dépenalisations possibles.* – Sans qu'il soit possible d'évoquer précisément l'insignifiance de certains actes comme en matière contraventionnelle, une tendance à la dépenalisation s'instaure pour certains comportements. Nous avons cité plus haut la bigamie, mais une discussion pourrait également s'engager s'agissant par exemple de l'abandon de famille (C. pén., art. 227-3) ou de l'entrave à la liberté des enchères (C. pén., art. 313-6). Une controverse peut effectivement naître sur l'opportunité de réprimer pénalement ces infractions¹¹³². Nous ne discutons pas l'importance de tels intérêts mais doutons simplement de la priorité de leur protection pénale. En acceptant de s'étendre à ce genre d'actions, la légalité criminelle s'expose à une certaine dépréciation et à une perte « *de sa force dissuasive, par la confusion qui ne manque pas alors de se créer entre ce qui est essentiel et ce qui devrait rester secondaire* »¹¹³³. La loi pénale ne doit donc intervenir qu'en cas d'atteintes graves à l'ordre public et non lorsque « *le trouble social est minime, sinon inexistant* »¹¹³⁴. Dès lors, il faut admettre que certaines infractions pénales ne se justifient pas et que, dans ces situations, l'intervention du droit de punir tel qu'exercé au sein du droit pénal est anachronique.

¹¹³¹ V. SALVAGE (P.), « Le consentement en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1991, spéc. p. 700.

¹¹³² Sur une remise en cause de la pénalisation de l'abandon de famille, V. CRÉMIEUX (M.), « Réflexions sur la peine privée moderne », *Etudes Kayser*, t. I, P.U.A.M., 1979, p. 268, note 17 : la sanction pénale « *est souvent inefficace, voire nuisible dans ce cas particulier, et il paraît aujourd'hui préférable d'organiser l'exécution forcée des obligations alimentaires* ». S'agissant du délit d'entrave à la liberté des enchères, un doute peut néanmoins surgir quant à l'opportunité d'une dépenalisation totale de cette infraction. En effet, certaines attitudes se rapprochent sensiblement du délit d'escroquerie et ne peuvent, dès lors qu'elles s'intéressent aux enchères dans une adjudication publique, être subitement dépenalisées. La mise à l'écart de cette infraction devant alors être établie de manière rationnelle et au cas par cas. Pour un exemple récent de rapprochement entre entrave à la liberté des enchères et escroquerie, V. *Crim.* 30 mars 2005, *Dr. pén.* 2005, comm. 111, note M. Véron.

¹¹³³ MAYAUD (Y.), « *Ratio legis* et incrimination », *op. cit.*, n° 7, p. 600.

¹¹³⁴ CRÉMIEUX (M.), *op. cit.*, p. 268.

Nous ne pouvons nier le fait qu'un droit de punir doive s'exprimer face à ce type d'infractions ; nous ne saurions toutefois le confondre avec le droit de punir qui s'exprime traditionnellement dans le droit pénal. Même si le fondement de ces incriminations demeure le maintien de la paix publique, leur expression est à ce point divergente que toute assimilation est inconcevable. Le droit de punir inhérent au droit pénal doit donc être ici exclu et intervenir dans les seules hypothèses où cela est véritablement opportun. Si tel n'est pas le cas, ce droit de punir doit laisser la place soit à une forme nouvelle de punition – infligée par d'autres disciplines que le droit pénal et empreintes d'un droit de punir propre¹¹³⁵ – soit, plus directement, à son reflet négatif, à savoir le droit de ne pas punir.

B. – Intervention souhaitable du droit de ne pas punir : l'irrationalité pénale issue de la prescription

456. La prescription, un objet d'étude idéal. – Comme nous l'avons déjà précisé¹¹³⁶, le droit de ne pas punir est empreint du concept d'utilité sociale qui commande expressément ou implicitement l'absence de punition. Alors que nous nous interrogeons sur les causes de dénaturation du droit pénal à travers une utilisation excessive du droit de punir, un type particulier de "commandement de ne pas punir" doit être ici mis en exergue. C'est par rapport à la prescription que l'intervention excessive du droit de punir paraît effectivement la plus inappropriée pour maintenir un droit pénal rationnel¹¹³⁷. Ce dernier a certes comme mission première de punir des comportements jugés contraires aux valeurs de la société. Mais cette mission ne saurait être absolue sous peine d'occulter l'autre logique du droit pénal – trop souvent méconnue – consistant à refuser de punir si une telle réaction devenait anachronique au regard de l'utilité sociale ; utilité qui, on le sait, a précisément bâti le mécanisme de prescription propre à commander le droit de ne pas punir.

¹¹³⁵ V. *infra*, notre seconde partie.

¹¹³⁶ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

¹¹³⁷ S'agissant du commandement exprès de ne pas punir, un exemple d'une utilisation excessive du droit de punir semble pouvoir être trouvé à travers la non-reconnaissance de la légitime défense face à une infraction involontaire (Crim. 16 févr. 1967, *Cousinet*, *Bull. crim.* n° 70 ; *JCP* 1967.II.15034, note Combaldieu ; *Rev. sc. crim.* 1967, p. 659 obs. G. Levasseur ; *Rev. sc. crim.* 1967, p. 659 obs. Légal – Crim. 9 juill. 1984, *D.* 1986, IR p. 106, obs. G. Roujou de Boubée ; *Gaz. Pal.* 1984.2.751, note J.-P. Doucet – Crim. 28 nov. 1991, *Bull. crim.* n° 446 ; *D.* 1993 Somm. 18 obs. Azibert ; *Rev. sc. crim.* 1992, p. 751 obs. G. Levasseur ; *Rev. sc. crim.* 1993, p. 90 obs. B. Bouloc). La doctrine – poussée en cela par la logique juridique et une rédaction lacunaire de la loi – milite pour une modification jurisprudentielle tendant à reconnaître l'état de légitime défense à l'auteur d'une infraction non-intentionnelle. Eu égard à la récurrence et la stagnation de ce problème, nous décidons d'écarter ce point de notre étude afin de porter exclusivement notre attention sur les difficultés liées à l'utilisation actuelle du mécanisme de prescription.

La prescription va ainsi nous permettre de relever des distorsions au sein du droit pénal manifestées par des absences du "droit de ne pas punir" demeurant contraires à toute rationalité pénale.

457. La prescription, entre respect et dénaturation du droit pénal. – La prescription de l'action publique, dont le point de départ est traditionnellement fixé au jour de la commission de l'infraction, s'inscrit véritablement dans une logique de légitimation de l'absence d'exercice répressif. Au-delà d'un certain délai depuis l'exécution de l'infraction, celle-ci bénéficie d'un oubli et le délinquant d'une impunité. Ainsi, et comme nous l'avons laissé présager¹¹³⁸, toute extension de la réalisation effective de l'infraction au-delà de sa matérialité immédiate – en intégrant notamment dans cette réalisation les effets de cette infraction – deviendrait inacceptable. Cette position serait contraire d'une part au droit pénal général mais également et surtout à la raison d'être du "droit de ne pas punir" et à la logique de la prescription, à savoir l'utilité sociale.

Malgré cette légitimité de la prescription, il n'est pas toujours naturel tant pour le corps judiciaire que pour le corps social d'accepter l'éventualité d'une non-intervention du droit de punir. Certaines infractions, du fait de leur fort impact social, entraînent une importante réticence quant à leur possible extinction¹¹³⁹. Comme le souligne le Pr. A. VARINARD, « [i]l est certain que l'opposition des juridictions répressives est largement confortée par la réticence assez générale de l'opinion publique à accepter l'idée d'une impunité du délinquant, au seul motif qu'un délai s'est écoulé depuis l'accomplissement des faits. La grande loi de l'oubli paraît bien peu convaincante lorsque les faits apparaissent encore très actuels notamment dans la mémoire des victimes »¹¹⁴⁰.

Pour contrecarrer cette extinction de toute perspective punitive, il existe deux techniques principales : les actes interruptifs du délai de prescription¹¹⁴¹ et le report du point de départ de

¹¹³⁸ V. *supra*, n° .

¹¹³⁹ Les infractions contre les personnes font naturellement partie de cette catégorie. Du reste, l'imprescriptibilité est devenue la règle pour les plus atroces des infractions contre les personnes, les crimes contre l'humanité.

¹¹⁴⁰ VARINARD (A.), « La prescription de l'action publique : une institution à réformer », *Mélanges Pradel*, Paris, Cujas, 2006, p. 606.

¹¹⁴¹ V. *supra*, n°^{os} et .

ce délai¹¹⁴². Alors que la première respecte entièrement le droit pénal, tel n'est pas le cas en revanche de la seconde¹¹⁴³.

458. Actes interruptifs et respect du droit pénal. – Le mécanisme du « droit à l'oubli »¹¹⁴⁴ a toujours suscité l'hostilité de la société. Pour donner corps à cette opposition, une tendance jurisprudentielle parvient à étendre certaines règles pénales pour éluder la prescription et maintenir intact le droit de punir. Nous avons précédemment mis en évidence ce courant en précisant que les actes interruptifs de la prescription tendent effectivement à se multiplier. Toutefois, cette expansion des modes d'interruption du délai de prescription de l'action publique ne peut être présentée comme une modalité de dénaturation du droit pénal. Même s'il est incontestable que s'exprime à travers cette expansion « la défaveur de la jurisprudence à l'égard de l'idée même de prescription »¹¹⁴⁵, les juges n'altèrent pas pour autant cette technique dans la mesure où la multiplication des actes interruptifs s'effectue dans un cadre strict. Ces derniers, capables de stopper le cours de la prescription, possèdent une qualité particulière ; ils sont la manifestation expresse de la *volonté* de sortir l'infraction de l'oubli. Aussi est-il possible d'avancer que tout en étant une méconnaissance pratique de la prescription, l'interruption reste en harmonie avec l'esprit guidant celle-ci, à savoir l'incitation à rester vigilant. La prescription doit sanctionner la négligence et, à l'inverse, disparaître face à une démarche tendant à l'exercice du droit de punir.

Mais si cette position de la part des juges reste acceptable, il en va tout autrement du courant jurisprudentiel qui détourne véritablement les règles pénales pour dénier la prescription, sauvegarder le droit de punir et refuser toute expression du droit de ne pas punir.

459. Report du délai et dénaturation des infractions pénales. – Des actes interruptifs ne peuvent être systématiquement relevés et représenter un obstacle à la prescription, de sorte qu'en certaines circonstances, la disparition juridique de toute possibilité de poursuites devient le seul épilogue concevable. C'est la raison pour laquelle, refusant cette issue, les juges dérogent au droit commun. Ils décident de reporter artificiellement le point de départ du délai de prescription de l'action publique et donc de déterminer de manière discrétionnaire la

¹¹⁴² V. *supra*, n^{os} et ss.

¹¹⁴³ Sur la particularité de certaines techniques liées aux actes interruptifs ayant une incidence sur le fondement initial de la prescription pénale, V. toutefois VARINARD (A.), « La prescription de l'action publique : une institution à réformer », *op. cit.*, spéc. pp. 612-613.

¹¹⁴⁴ COSTAZ (C.), « Le droit à l'oubli », *Gaz. Pal.* 1995, 2, Doctr. p. 961.

¹¹⁴⁵ GIUDICELLI (A.), « Les disparues de l'Yonne ou l'impossible prescription », *op. cit.*, p. 587.

réalisation effective de l'infraction. Cette technique n'est, de toute évidence, pas sans conséquence sur la cohérence du droit pénal et « *manifeste un dévoiement de l'institution de la prescription de l'action publique* »¹¹⁴⁶. Le problème qu'elle pose ne tient pas prioritairement au report lui-même – puisque celui-ci s'exerce dans l'intérêt de la société pour lutter contre l'impunité d'infractions, le plus souvent clandestines et dès lors empreintes d'une forte dangerosité¹¹⁴⁷ – mais repose davantage sur la réelle dénaturation des infractions qui en découle.

En effet, si le mécanisme de report assure l'effectivité de la répression, il altère parallèlement l'une des composantes de l'infraction, à savoir son élément matériel. Traditionnellement présentée comme la réunion de deux paramètres, l'un constant (le comportement), l'autre variable (le résultat)¹¹⁴⁸, la structure matérielle de l'infraction peut donc craindre ici une atteinte sur ces deux aspects. Aussi est-il possible d'appréhender le retardement du point de départ du délai de prescription comme une transgression de la nature de certaines infractions, que cette nature découle du seul comportement (1°) ou qu'elle procède plus largement du comportement et du résultat (2°).

1° Dénaturation des infractions et transgression partielle de l'élément matériel

460. Par la technique du report de la prescription, certaines infractions perdent leur nature issue des caractéristiques du comportement de l'agent. L'abus de confiance par exemple, infraction instantanée, converge en effet vers un caractère quasi-continu, ce qui revient à une négation de sa nature propre et originelle (b).

Ce constat négatif mérite quelques précisions. On ne peut en effet généraliser cette conclusion à l'ensemble des infractions instantanées puisque la dénaturation peut être parfois purement captieuse, telle que celle perceptible en matière d'escroquerie (a) ? Cette précision n'affaiblit pas pour autant notre pessimisme quant à la consistance du droit pénal puisque l'essentiel est

¹¹⁴⁶ LECUYER (G.), « La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique », *op. cit.*, n° 6.

¹¹⁴⁷ RENUCCI (J.-F.), « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », *op. cit.*, p. 29.

¹¹⁴⁸ Cette présentation est classique en doctrine. Pour des exemples, V. MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. I, *op. cit.*, n°s 479 et ss. ; PRADEL (J.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 361 ; CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBRON (P.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 302 ; DESPORTES (F.) et LE GUNEHÉC (F.), *op. cit.*, n° 434 ; MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 151. V. toutefois pour un exposé original, PUECH (M.), *op. cit.*, n°s 579 et ss.

de remarquer que les techniques gravitant autour de la prescription peuvent être détournées de leur objectif originel et bouleverser la nature des infractions pénales.

a. Fausse dénaturation de l'escroquerie

461. Report effectif de la prescription et dénaturation fictive de l'escroquerie. – Selon une jurisprudence désormais établie, « la prescription, en matière d'escroquerie, ne commence à courir qu'à partir de la dernière remise lorsque les manœuvres frauduleuses constituent, non pas une série d'escroqueries distinctes, mais une opération délictueuse unique »¹¹⁴⁹. Cette solution semble poursuivre la logique issue de la nature doublement spécifique du délit d'escroquerie et ne peut être qu'accueillie avec intérêt¹¹⁵⁰ et ce pour deux raisons. D'une part, et contrairement à ce que l'on aurait pu croire de prime abord, ces arrêts respectent pleinement la nature instantanée de ce délit. Cette jurisprudence estime en effet que le point de départ du délai de prescription de l'action publique commence à courir au jour de la réalisation effective de l'infraction. Seule la remise permet de faire courir ce délai, la découverte de l'escroquerie étant sur ce point inefficace¹¹⁵¹. D'autre part, ces arrêts prennent en considération le caractère naturellement complexe de l'escroquerie. Si ce délit est en effet instantané, sa prescription ne courant qu'à compter de sa pleine commission, on ne peut nier le fait que cette réalisation n'est possible qu'après la réunion de deux éléments dont la remise de fonds. Or, celle-ci peut elle-même être complexe et se trouver constituée de diverses remises. Dès lors, ce second élément, indispensable à l'existence de l'escroquerie, pourra s'étendre dans le temps en raison précisément de cette pluralité de sous-éléments. En toute logique, il faudra donc attendre l'accomplissement de chacun de ces termes pour fixer le point

¹¹⁴⁹ Crim. 26 sept. 1995, *Bull. crim.* n° 288 ; *Dr. pén.* 1996, comm. 61, obs. M. Véron (dans cette affaire, la dernière remise avait eu lieu 23 ans après les manœuvres initiales). Pour une reprise de l'expression « opération délictueuse unique » ou du caractère indissociable des actes d'escroquerie, V. Crim. 11 déc. 1997, *inédit* – Crim. 19 janv. 2000, *inédit*. Pour d'autres exemples de prise en considération de la dernière remise comme point de départ du délai de prescription du délit d'escroquerie, V. Crim. 5 mai 1999 (n° 98-82024), *inédit* – Crim. 27 fév. 2001 (n° 00-85089), *inédit*. Au-delà de l'escroquerie, cette logique se retrouve pour d'autres infractions : Crim. 4 oct. 2000, *Bull. crim.* n° 287 (prise illégale d'intérêts) – Crim. 29 juin 2005, *D.* 2005, IR p. 2244 ; *Dr. pén.* 2005, comm. 150, note M. Véron (prise illégale d'intérêts) – Crim. 27 mai 2004, *Bull. crim.* n° 179 ; *Rev. sc. crim.* 2004, p. 866, note R. Ottenhof et p. 881, note Y. Mayaud ; *D.* 2004, p. 2750, obs. S. Mirabail ; *Dr. pén.* 2004, comm. 130, note M. Véron (abus de faiblesse) – Crim. 5 oct. 2004, *AJ pén.* 2005, p. 71, note J. Leblois-Happe (abus de faiblesse) – Crim. 29 juin 2005, *Dr. pén.* 2005, comm. 163, note M. Véron (corruption active).

¹¹⁵⁰ *Contra*, RENUCCI (J.-F.), « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », *op. cit.*, p. 25.

¹¹⁵¹ Sur le rejet de la découverte de l'infraction comme modalité de report du délai, V. Crim. 2 avril 1996, *Dr. pén.* 1996, comm. 185, note M. Véron – Crim. 29 juin 1999, *inédit*.

de départ du délai de prescription de l'action publique ; avant la réalisation de l'ensemble de ces éléments, l'escroquerie n'existe pas encore juridiquement dans son intégralité¹¹⁵².

462. Escroquerie : infraction complexe véritable. – Le régime juridique de l'escroquerie en matière de prescription, souvent présenté comme une dénaturation de cette technique en ce sens qu'il tendrait à retarder le point de départ du délai de prescription, est finalement la victime d'un faux procès. La jurisprudence en ce domaine s'inspire de la logique émise par l'article L. 313-5 C. consom. en matière d'usure pour lequel le jour de la dernière perception d'intérêt ou de capital constitue le point de départ du délai de prescription de l'action publique. Aucun retard n'intervient en l'espèce puisqu'avant la dernière remise de fonds, ce n'est que la silhouette de l'escroquerie que nous observons, non l'escroquerie elle-même. Dès lors, le point de départ de la prescription n'est pas reporté mais court à juste titre où jour de la réalisation de l'infraction. L'escroquerie conserve donc sa nature instantanée à l'image du délit d'usure¹¹⁵³.

Il semble qu'un tel constat ne puisse être établi en matière d'abus de confiance ; les juges semblent véritablement intégrer cette infraction, par nature instantanée, dans la catégorie des infractions continues, caractérisant par là même une réelle dénaturation.

b. Véritable dénaturation de l'abus de confiance

463. Report fictif de la prescription et dénaturation réelle de l'abus de confiance. – En cette matière, la jurisprudence retarde le point de départ du délai de prescription de l'action publique au jour de la découverte du détournement, c'est-à-dire « *au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique* »¹¹⁵⁴. Si la doctrine discute cette solution, cela tient essentiellement à la violation des articles 7 et 8 C. pr. pén. fixant ce point de départ au jour de la commission du délit. Malgré la

¹¹⁵² Crim. 20 juin 1994, *Dr. pén.* 1994, comm. 260 ; *Rev. sc. crim.* 1995, p. 103, obs. R. Ottenhof – Crim. 6 oct. 2004, *Dr. pén.* 2005, comm. 27, obs. A. Maron. Un raisonnement identique est suivi en matière de blessures ou d'homicides involontaires lorsque le dommage – élément constitutif de l'infraction – est survenu ultérieurement. Sur ce point, V. GUINCHARD (S.) et BUISSON (J.), *op. cit.*, n° 1138 et la jurisprudence citée. Pour un rejet récent de cette logique sur la base de l'incertitude du lien de causalité entre la faute et le dommage, V. Crim. 5 oct. 2004, *Bull. crim.* n° 230 ; *Rev. sc. crim.* 2005, p. 71, obs. Y. Mayaud.

¹¹⁵³ Précisons toutefois que le délit d'usure constitue une infraction continuée : elle demeure instantanée dans la mesure où elle est réputée commise dès le contrat usuraire mais elle est réitérée au fur et à mesure de la perception des intérêts excessifs (V. JEANDIDIER (W.), *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n° 157, p. 203). Au contraire l'escroquerie, qui suit un régime juridique sensiblement identique, est une pure infraction instantanée. Elle ne se réitère pas par les remises successives mais se forge progressivement jusqu'à l'échéance de la dernière remise.

réponse *contra legem* des juges face à cette catégorie particulière d'infractions, l'opportunité de cette dérogation n'est nullement contestable au vu de la nécessaire protection des personnes vulnérables. La critique tient donc ici au fait que l'intervention du droit de punir ne devrait pouvoir être retardée par les juges dans la mesure où la loi détermine précisément les conditions de cette intervention. L'abus de confiance, comme toute infraction instantanée¹¹⁵⁵, devrait ainsi suivre un régime de prescription classique selon lequel le point de départ est fixé au jour de la commission de l'acte.

Mais devant la possible complexité et la fréquente clandestinité de l'infraction, l'application des règles légales aurait vraisemblablement conduit à une solution incohérente dans la mesure où la prescription aurait été acquise avant toute connaissance de l'infraction. Dès lors, la critique des auteurs tient davantage au non respect du principe d'interprétation stricte de la loi pénale qu'à la pertinence voire la légitimité de cette solution¹¹⁵⁶. Au contraire, et compte tenu de la « *nature occulte particulière* »¹¹⁵⁷ de ce délit, il devenait délicat de ne pas mettre en conformité les règles relatives à la prescription avec cette nature spécifique.

464. Révélation d'une inadéquation originelle du droit pénal. – Le contournement de la règle dans un but évident de répression laisse toutefois subsister le problème qui nous occupe. Alors que seul le droit de ne pas punir était légalement admis, c'est une survivance artificielle – *contra legem* – du droit de punir qui a investi cette situation. Si cette solution reste opportune dans son principe, elle n'en révèle pas moins l'inadéquation originelle des règles pénales envers la protection de certains intérêts. Ce n'est paradoxalement qu'après dénaturation de ces règles qu'une telle protection est devenue envisageable. Même si cette construction jurisprudentielle dérogatoire s'explique socialement¹¹⁵⁸, elle ne peut être admise

¹¹⁵⁴ Crim. 26 fév. 1990, *op. cit.* ; Crim. 30 nov. 1993, *op. cit.* ; Crim. 8 févr. 2006, *op. cit.* (pour les références, V. *supra*, n° , en note).

¹¹⁵⁵ Pour une démonstration du caractère instantané de l'abus de confiance, V. notamment VARINARD (A.), *thèse précit.*, n°s 456 et ss.

¹¹⁵⁶ V. notamment RENUCCI (J.-F.), « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », *op. cit.*, p. 29 : « certaines infractions d'affaires doivent faire l'objet d'un traitement spécifique. La clandestinité fréquente de certains faits justifie une règle dérogatoire ». V. également VARINARD (A.), *thèse précit.*, n° 460 : « il n'est pas impossible d'admettre, dans une perspective particulièrement sévère, que l'ignorance de la partie poursuivante, la mettant dans l'impossibilité d'agir, puisse entraîner » un retardement du point de départ du délai de prescription de l'action publique.

¹¹⁵⁷ Crim. 12 juillet 1956, *Bull. crim.* n° 531 – Crim. 16 mars 1970, *D.* 1971, p. 497, note J.-M. R.

¹¹⁵⁸ En est-il également de la jurisprudence relative à l'acceptation d'un bien incorporel comme objet du délit : Crim. 19 mai 2004 (2 arrêts), *Bull. crim.* n°s 125 et 126 ; *D.* 2004, Somm. p. 2748 ; *Dr. pén.* 2004, comm. 129, obs. M. Véron – Crim. 22 sept. 2004, *AJ pén.* 2005, p. 22 ; *JCP* 2005.II.10034, note A. Mendoza-Caminade ; *D.* 2005, Jurisp. p. 411, note B. de Lamy.

sans nier le caractère absolu du principe de légalité et de l'interprétation stricte de la loi pénale¹¹⁵⁹. On ne peut donc admettre une telle mise à l'écart de la loi et l'insuffisante manifestation du droit de ne pas punir, sauf à admettre en cette matière la faiblesse du droit pénal à reconnaître la spécificité de chaque infraction.

Il apparaît que le contournement de la règle n'entraîne ici qu'une faible dénaturation de l'abus de confiance, dans la mesure où le mécanisme de prescription dérogatoire intervient dans l'unique but de pallier la clandestinité courante de cette infraction. L'abus de biens sociaux, infraction voisine de l'abus de confiance, suit également un régime de prescription fort dérogatoire mais semble parallèlement souffrir d'une dénaturation plus conséquente.

2°/ Dénaturation des infractions et transgression élargie de l'élément matériel

465. La technique du report atteint ici l'élément matériel tant en ce qui concerne le comportement lui-même que la prise en considération du résultat dans la détermination de cet élément. Cette dénaturation trouve son point d'ancrage spécialement dans le délit d'abus de biens sociaux qui rassemble nombre d'autres difficultés et génère souvent les critiques de la doctrine¹¹⁶⁰ (a). La prise illégale d'intérêt voit également son élément matériel se diluer parallèlement à l'évaporation de son élément moral, nous amenant ainsi à croire en une dénaturation totale de cette infraction (b).

a. Querelle autour de l'abus de biens sociaux

466. Report fictif de la prescription et dénaturation réelle de l'abus de biens sociaux. – La jurisprudence estime qu' « en matière d'abus de biens sociaux, le point de départ de la prescription triennale doit être fixé au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique »¹¹⁶¹. Outre le fait que le report

¹¹⁵⁹ Les juges ne procèdent pas à une interprétation extensive des dispositions des articles 7 et 8 C. pr. pén. mais semblent bien davantage les occulter totalement.

¹¹⁶⁰ Parmi les difficultés relatives à la caractérisation de l'abus de biens sociaux, citons par exemple la délicate question de son élément intentionnel qui, balancé entre un dol général et un dol spécial, reste encore ambigu. Sur ce point, V. spéc. JEANDIDIER (W.), « L'élément moral des infractions d'affaires ou l'art de la métamorphose », *Mélanges Decocq*, Paris, Litec, éd. du Juris-Classeur, 2004, spéc. p. 372 ; URBAN (Q.), « De la difficulté pour le juge de caractériser l'abus de biens sociaux », *JCP* 2005.I.165. Plus généralement, V. BOULOC (B.), « Dévoiement de l'abus de biens sociaux », *RJ com.* sept.-oct. 1995, p. 301 ; VÉRON (M.), « L'abus de biens sociaux : évolution ou dérive ? », *Gaz. Pal.* 1996, p. 623 ; MASCALA (C.), « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », *D.* 2004, spéc. p. 3051.

¹¹⁶¹ Crim. 10 août 1981, *Bull. crim.* n° 244 ; *Rev. sociétés* 1983, p. 368, note B. Bouloc ; *Gaz. Pal.* 1981, 2, p. 696, note J.C.

entraîne une incohérence du mécanisme de la prescription en droit pénal des affaires¹¹⁶² mais également au sein du droit pénal lui-même¹¹⁶³, ce sont les caractéristiques même du délit d'abus de biens sociaux qui se trouvent atteintes. Dans l'unique but de maintenir vivace l'espoir d'un exercice ultérieur du droit de punir, les juges échafaudent une jurisprudence tendant à éloigner cette infraction de ses propres attributs, allant ainsi à l'encontre de toute construction juridique raisonnée¹¹⁶⁴.

467. Abus de biens sociaux : infraction continuée ? – Un arrêt du 28 mai 2003 de la Chambre criminelle de la Cour de cassation affirme sans ambages la nature instantanée de l'abus de biens sociaux : « *le délit d'abus de biens sociaux résultant du versement de salaires rémunérant un emploi fictif est une infraction instantanée, consommée lors de chaque paiement indu* »¹¹⁶⁵. En l'absence de référence expresse à la nature instantanée du délit, on aurait légitimement pu voir en ce dernier une infraction continuée. Les utilisations successives des biens sociaux poursuivent un but frauduleux unique (rémunération excessive d'une entreprise de management en l'espèce) et répondent donc à la définition de ce type particulier d'infractions. Toutefois, devant la frilosité des juges à consacrer cette catégorie – laissant ce soin au législateur¹¹⁶⁶ –, nous devons délaissier cette probable assimilation entre l'abus de biens sociaux et l'infraction continuée pour nous concentrer sur une confusion beaucoup plus certaine et par là même contestable.

468. Abus de biens sociaux : infraction continue ? – Préciser que la consommation du délit s'effectue lors de chaque utilisation abusive des biens de la société revient à percevoir les

¹¹⁶² Aucun mécanisme unique de fixation du point de départ du délai de prescription de l'action publique n'existe en droit pénal des affaires. A titre d'exemple, le délit d'initié (C. mon. et fin., art. L. 465-1) qui renferme par principe une forte clandestinité, ne souffre nullement d'un report de la prescription mais suit un régime de prescription classique tel qu'énoncé par les articles 7 et 8 C. pr. pén. Le point de départ du délai de prescription est fixé au jour de l'utilisation ou de la communication de l'information privilégiée. Sur ce point, V. RENUCCI (J.-F.), « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », *op. cit.*, p. 29 ; FREYRIA (C.), « Imprescriptibilité du délit en droit pénal des affaires ? », *JCP éd. E* 1996, 563, p. 244, spéc. n^{os} 6 et 7 (l'auteur énonce notamment la distorsion flagrante entre d'une part les délits de fraudes et falsifications (C. consom., art. L. 213-3 1^o) pour lesquels la prescription court à compter du jour de la livraison et non au jour de la découverte et, d'autre part, la publicité trompeuse (C. consom., art. L. 121-5) qui voit quant à elle son point de départ du délai de prescription retardé au jour de la constatation du délit).

¹¹⁶³ La clandestinité n'est pas le propre des délits d'affaires. Toute infraction porte en elle une part de dissimulation puisque rares sont les délinquants souhaitant dévoiler ostensiblement leur acte répréhensible.

¹¹⁶⁴ Pour une référence à l'irrationalité de cette jurisprudence, V. MAYAUD (Y.), « Appel à la raison ou pour une approche cohérente de la prescription de l'abus de biens sociaux », *op. cit.*

¹¹⁶⁵ Crim. 28 mai 2003, *Bull. crim.* n^o 109. V. également Crim. 8 oct. 2003, *op. cit.* (pour les références, V. *supra*, n^o, en note) : l'infraction d'abus de biens sociaux est « *consommée lors de chaque usage abusif des biens de la société* ».

¹¹⁶⁶ V. le cas de l'usure (C. consom., art. 313-5).

effets de l'infraction comme ayant une importance certaine dans la réalisation effective de cette infraction. Or, si les effets ont un rapport avec la matérialité de l'infraction, ils n'en sont pas pour autant les éléments constitutifs. De fait, l'infraction est réalisée par le seul accomplissement de l'opération litigieuse faisant craindre une utilisation anormale des biens de la société, réaffirmant ainsi le caractère instantané de l'abus de biens sociaux. Les effets ne peuvent prolonger l'infraction et retarder corrélativement le point de départ du délai de prescription sous peine de conférer à toutes les infractions un caractère imprescriptible. En forgeant une nature "quasi-continue" à l'abus de biens sociaux, les juges pallient les difficultés liées à la clandestinité de l'infraction ; ils ne doivent pour autant donner de l'importance à un fait étranger à l'effectivité immédiate de l'infraction. La prise en considération des effets par la Cour de cassation dans la détermination de l'abus de biens sociaux s'inscrit dans une volonté d'étendre cette infraction au-delà de ses frontières temporelles traditionnelles et de reporter le point de départ de la prescription. Mais une telle analyse de cette infraction ne peut être acceptable tant les effets sont impuissants à conférer un caractère continu (et continué) au délit. Le seul report possible en matière d'abus de biens sociaux ne peut provenir que de l'ignorance de l'activité délictueuse du fait de sa clandestinité¹¹⁶⁷, la prescription ne commençant alors à courir qu'« à compter de la présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses litigieuses sont mises indûment à la charge de la société »¹¹⁶⁸ ou « au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique »¹¹⁶⁹. La jurisprudence fut contrainte de mettre en œuvre cette alternative : la présentation des comptes annuels n'est pas systématiquement le révélateur de l'infraction¹¹⁷⁰, de sorte qu'un autre critère – strictement lié à la découverte de l'infraction et non à ses effets – dû être identifié¹¹⁷¹. Ce report-ci est

¹¹⁶⁷ En ce sens, V. VARINARD (A.), *thèse précit.*, n° 469 *in fine*.

¹¹⁶⁸ Crim. 5 mai 1997, *Bull. crim.* n° 159 ; *Rev. sociétés* 1998, p. 127, obs. B. Bouloc ; *Rev. sc. crim.* 1998, p. 336, obs. J.-F. Renucci – Crim. 13 oct. 1999, *Bull. crim.* n° 219 ; *D.* 2001, Somm. p. 2351, obs. G. Roujou de Boubée ; *Rev. sociétés* 2000, p. 360, obs. B. Bouloc ; *Rev. sc. crim.* 2000, p. 410, obs. J.-F. Renucci ; *JCP éd. E* 2000, p. 1380, note D. Ohl ; *Dr. pén.* 2000, comm. 17, obs. J.-H. Robert – Crim. 27 juin 2001, *op. cit.* (pour les références, V. *supra*, n° , en note).

¹¹⁶⁹ Crim. 10 août 1981, *op. cit.* (pour les références, V. *supra*, n° , en note) – Crim. 28 mai 2003, *Bull. crim.* n° 108.

¹¹⁷⁰ Selon un auteur il serait même l'outil le plus subtil de la dissimulation de l'abus de biens sociaux : « *La dissimulation n'est pas seulement la clandestinité totale. Il en existe une version plus sophistiquée, qui se sert de ce que l'on montre ostensiblement pour dissimuler ce que l'on veut cacher* » (OHL (D.), « Note sous Crim. 13 oct. 1999 », *op. cit.*, p. 1382.

¹¹⁷¹ Tel est par exemple le cas de la dénonciation faite au procureur de la République, le point de départ de la prescription étant alors fixé au jour de la réception de cette dénonciation : Crim. 27 juill. 1993, *Dr. pén.* 1994, comm. 89, obs. J.-H. Robert – Crim. 14 mai 2003, *Bull. crim.* n° 97 ; *D.* 2003, AJ p. 1766, obs. A. Lienhard – Crim. 4 nov. 2004, *Dr. pén.* 2005, comm. 44, note J.H. Robert ; *JCP* 2005.II.10051, note J.-H. Robert. En

légitime puisqu'il repose sur la méconnaissance de l'infraction paralysant à bon droit toute prescription¹¹⁷² ; un tel mécanisme d'oubli ne pouvant s'activer si les détenteurs du pouvoir de poursuite n'ont aucune connaissance de l'existence de l'infraction. Comme vient de le rappeler la Chambre criminelle de la Cour de cassation, « *une dissimulation [de l'infraction est] de nature à retarder le point de départ de la prescription* »¹¹⁷³ puisque l'infraction n'existait pas encore aux yeux de l'autorité de poursuite.

La situation est en revanche toute différente lorsque le report ne repose pas sur le fondement même de la prescription mais sur une construction artificielle de l'abus de biens sociaux faisant de celui-ci une infraction continue. Le report du délai de prescription doit s'expliquer par la seule ignorance de l'infraction, non par les effets de celle-ci. Mais s'intéresser aux effets de l'abus de biens sociaux revient non seulement à inclure dans sa matérialité un élément étranger à tout élément constitutif mais également à nier le caractère formel de l'infraction.

469. Abus de biens sociaux : infraction matérielle ? – La manifestation du délit d'abus de biens sociaux n'est pas facilement décelable¹¹⁷⁴. Pour autant, la nature formelle de cette infraction est incontestable. Ce qui importe ici est le risque financier inhabituel que fait courir l'opération litigieuse à la société et non le résultat effectivement préjudiciable pour le patrimoine social. Le délit est consommé par la seule exposition de la société à un risque pour ses intérêts¹¹⁷⁵.

Dès lors, la prise en considération du résultat, inutile pour la définition de l'infraction, doit être tout aussi inefficace à déterminer le point de départ du délai de prescription. La fixation de cet élément ne doit s'effectuer qu'au regard du comportement tendant à exposer la société à un risque financier et non au regard de la concrétisation de ce risque qui représente *in fine*

revanche, des indices de mauvaise gestion ne peuvent constituer à eux seuls cet élément révélateur d'un abus de biens sociaux : Crim. 7 mai 2002, *D.* 2002, AJ p. 2336, obs. A. Lienhard.

¹¹⁷² V. *supra*, n^{os} *et ss.* (spéc. n^{os} et). Pour une position contraire critiquant un tel report, V. notamment RASSAT (M.-L.), « Note sous CA Rouen 17 janv. 1979 », *JCP* 1979.II.19182.

¹¹⁷³ Crim. 16 nov. 2005, *op. cit.* Commentant cet arrêt, le Pr. P. CONTE craint que la Cour de cassation ne soit tentée par une modification de l'acceptation de la dissimulation. Selon lui, on ne s'attacherait plus alors à sa seule existence mais l'on serait enclin à évaluer son efficacité (néfaste) auprès des associés par exemple (*JCP* 2006II.10110, spéc. p. 1342).

¹¹⁷⁴ Sur ce point, l'article L. 242-6 C. com. reste lacunaire. Sur le polymorphisme de l'abus de biens sociaux, V. ROBERT (J.-H.), « Note sous Crim. 8 oct. 2003 », *JCP éd. E* 2004.425, p. 469.

¹¹⁷⁵ Sur la notion de risque dans l'abus de biens sociaux, V. JEANDIDIER (W.), *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n^o 272. V. également MAYAUD (Y.), « Appel à la raison... », *op. cit.*, p. 196.

un effet de l'infraction et non un de ses éléments constitutifs. Donner ici de l'importance aux effets, étrangers à la constitution de l'infraction, revient à élargir abusivement l'infraction et à lui ôter sa nature formelle. Pour prolonger l'espoir d'un exercice futur du droit de punir, les juges dénaturent alors l'abus de biens sociaux. Ils lui confèrent le statut d'infraction matérielle où les effets deviennent précisément son résultat, se présentant lui-même comme un de ses éléments constitutifs. Une telle position viole incontestablement l'esprit général de la prescription puisque la négligence dans les poursuites n'est plus sanctionnée mais au contraire alimentée par une interprétation judiciaire de l'abus de biens sociaux. Si le délai initialement admis est échu, l'inertie des autorités publiques est alors absoute par une distension jurisprudentielle de ce délit¹¹⁷⁶. « *Il est donc choquant que, pour éviter les effets de cette prescription (...) la Cour de cassation ait préféré dénaturer l'infraction* »¹¹⁷⁷ en niant ses attributs caractéristiques¹¹⁷⁸.

470. Vers une nouvelle éviction du droit de ne pas punir. – De cette contrariété dans la structure légale du délit d'abus de biens sociaux surgit une contrariété dans la logique du droit de ne pas punir. Si les juges établissent en effet une nature particulière pour l'abus de biens sociaux et s'ils repoussent le point de départ du délai de prescription, cela est destiné à détourner le droit de ne pas punir de son objectif premier, à savoir écarter la répression du fait de son inopportunité. Ainsi, la logique issue de ce développement jurisprudentiel conduit à ce que « *le respect des termes et des textes ne s'impose qu'à la condition qu'il ne fasse pas obstacle*

¹¹⁷⁶ Le Pr. D. REBUT parle quant à lui d'une « *dilution des éléments constitutifs de l'abus de biens sociaux* » (« L'abus de biens sociaux par abstention », *D.* 2005, chron. p. 1290).

¹¹⁷⁷ MAYAUD (Y.), « Appel à la raison... », *op. cit.*, p. 199. Plus loin, l'auteur parle encore de « *l'approche dénaturante [que la Cour] a faite de la matérialité de l'infraction (ibid.)*. V. également MASCALA (C.), *op. cit.*, p. 3051 : « *Ce raisonnement conduit la jurisprudence à dénaturer l'infraction en confondant sa matérialité et ses effets* ».

¹¹⁷⁸ Le Pr. YVES MAYAUD estime qu'une autre dénaturation peut être établie à la lecture de l'arrêt du 8 octobre 2003. En précisant que l'abus de biens sociaux est reconduit à chaque versement, la Cour de cassation reprocherait aux dirigeants une négligence. Ils n'ont point réagi, à la fin de chaque exercice, à la présentation du rapport spécial relative à l'opération litigieuse. Les juges ont donc ainsi transformé l'abus de biens sociaux, infraction de commission, en une infraction d'omission (MAYAUD (Y.), « Appel à la raison... », *op. cit.*, p. 197). Cette crainte fut partiellement confirmée par un arrêt du 28 janvier 2004 de la Chambre criminelle selon lequel « *l'usage des biens ou du crédit de la société contraire à l'intérêt de celle-ci peut résulter non seulement d'une action, mais aussi d'une abstention volontaire* » (*Rev. sociétés* 2004, p. 722, note B. Bouloc ; *Bull. Joly* 2004, p. 861, note J.-F. Barbièri). L'abus de biens sociaux devient une infraction matérielle double, c'est-à-dire avec deux éléments constitutifs (sur ce point, V. l'analyse du Pr. REBUT in « L'abus de biens sociaux par abstention », *op. cit.*). Au vu de ce que nous avons précisé s'agissant des effets du délit, il nous est même possible de conclure plus largement à une nature triple de l'abus de biens sociaux. Outre l'élément constitutif initial (l'usage abusif), ce délit peut se voir affublé de deux autres éléments, l'un antérieur (l'acte positif ou négatif à l'origine de l'usage) et l'autre postérieur (les effets de l'usage).

à [la] *mission répressive* [des juges] »¹¹⁷⁹. Si cela est manifeste pour l'abus de biens sociaux à travers l'éviction de la prescription, le désir de répression devient plus évident encore lors de l'analyse de la jurisprudence en matière de prise illégale d'intérêt, recherchant l'exercice du droit de punir non par le rejet de la prescription mais par l'élargissement des éléments constitutifs de l'infraction.

b. Dénaturation totale de la prise illégale d'intérêt : nouvelle extension du droit de punir

471. *Facilitation de la répression pénale : conséquence nouvelle de la dénaturation des infractions.* – Les exemples précités de dénaturation du droit pénal par une utilisation par trop soutenue du retardement de la prescription de l'action publique démontrent qu'une application aléatoire du droit de punir contrarie les diverses classifications issues de la théorie générale du droit pénal. Pour conférer au droit de punir une chance plus importante de se manifester, les juges n'hésitent pas à déroger au droit commun et à nier la nature propre des infractions. Celles-ci, théoriquement réparties suivant la complexité ou la durée de leur exécution en infractions simples ou complexes, matérielles ou formelles, instantanées ou continues, se trouvent pour certaines d'entre elles démunies de leur caractéristiques¹¹⁸⁰, le juge parvenant en effet à modifier cette classification et, corrélativement, les règles de la prescription.

Mais si le retardement de la prescription constitue le point cardinal de la dénaturation des infractions, une autre technique conduit au résultat identique dans le même objectif de parvenir à une utilisation élargie du droit de punir. Si le dessein du juge n'est plus ici de modifier la constitution des infractions pour retarder le point de départ du délai de prescription de l'action publique, une telle modification intervient néanmoins afin d'offrir au droit de punir de plus larges chances de s'exercer. En élargissant le champ d'application de la prise illégale d'intérêt tant dans sa dimension matérielle que morale, les juges poursuivent en effet une logique de répression manifestée par un usage excessif – voire abusif du fait de sa contrariété avec le principe d'interprétation stricte de la loi pénale – du droit de punir.

¹¹⁷⁹ REBUT (D.), « L'abus de biens sociaux par abstention », *op. cit.*, p. 1293. Plus généralement, un auteur souligne qu'« afin que l'élaboration séculaire de règles protectrices de l'individu ne constitue pas un empêchement dirimant à une répression efficace, l'idéologie des droits de l'homme doit comporter des limites » (HENNION-JACQUET (P.), « L'encadrement relatif de la liberté de la preuve par la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 2005, *Jurisp.* pp. 2577-2578).

¹¹⁸⁰ Bien qu'aucune répartition dans l'une ou l'autre catégorie ne soit parfois effectuée par le législateur, il est possible malgré tout de connaître la nature réelle des infractions.

472. *Prise illégale d'intérêt : infraction formelle.* – L'infraction décrite à l'article 432-12 C. pén., si elle poursuit un objectif incertain de prévention tendant à « *moraliser toujours davantage la vie publique* »¹¹⁸¹, suit prioritairement – et certainement – une finalité répressive envers une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public qui prend, reçoit, conserve directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou une opération dont elle assure la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement.

Outre l'élargissement des concepts de surveillance et d'administration¹¹⁸², la jurisprudence possède une vision compréhensive des intérêts dont il est question. Grâce à l'utilisation de l'adjectif « *quelconque* », l'article 432-12 C. pén. permet au juge de retenir cette incrimination face à un intérêt tant matériel ou pécuniaire que moral, tel un intérêt familial¹¹⁸³. Si le profit financier n'est donc pas un élément constitutif de la prise illégale d'intérêt, le délit est parallèlement constitué par le seul acte d'ingérence indépendamment de l'existence d'un résultat dommageable pour la collectivité. Aussi la poursuite pour prise illégale d'intérêt – et non tentative – est-elle possible lorsque, pour des raisons indépendantes de la volonté du prévenu, l'opération en question n'a pu aboutir¹¹⁸⁴. Nier l'existence d'un résultat sans pour autant conclure à la répression de la tentative conduit à la révélation – officieuse – de la nature formelle de la prise illégale d'intérêt.

473. *Prise illégale d'intérêt : infraction purement matérielle.* – Le passage d'une exigence d'une dualité de dol (général et spécial) à une exigence d'un dol unique par l'arrêt du 15

¹¹⁸¹ DELMAS SAINT-HILAIRE (J.-P.), « Observations sous Crim. 9 févr. 2005 (Prise illégale d'intérêt : l'amenuisement de la consistance de ses composantes tant matérielles que morales se poursuit) », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 560. Dans le même sens, V. JEANDIDIER (W.), *Droit pénal des affaires*, op. cit., n° 216 qui précise que cette incrimination est « *un régulateur économique car elle assure une égalité des chances pour l'obtention de marchés par les partenaires de l'autorité publique* ».

¹¹⁸² L'infraction de l'article 432-12 C. pén. peut s'appliquer envers des personnes dont les fonctions se limitent au simple pouvoir d'émettre un avis en vue d'une prise de décision par une autre personne. Sur ce point, V. Crim. 22 sept. 1998, *Bull. crim.* n° 221 ; *Dr. pén.* 1999, comm. 21, note M. Véron – Crim. 9 mars 2005, *Dr. pén.* 2005, comm. 115, obs. M. Véron.

¹¹⁸³ Pour un exemple récent de cette jurisprudence, V. Crim. 9 févr. 2005, *Bull. crim.* n° 48 ; *Dr. pén.* 2005, comm. 114, obs. M. Véron ; *Rev. sc. crim.* 2005, p. 560, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire. Egalement, Crim. 5 nov. 1998, *Bull. crim.* n° 289 – Crim. 29 sept. 1999, *Bull. crim.* n° 202 ; *Dr. pén.* 2000, comm. 15, note M. Véron – Crim. 3 mai 2001, *Bull. crim.* n° 106 ; *Dr. pén.* 2001, comm. 99, note M. Véron ; *Rev. sc. crim.* 2002, p. 111, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire.

¹¹⁸⁴ Crim. 16 déc. 1975, *Bull. crim.* n° 279 ; *Gaz. Pal.* 1976.1.233 ; *Rev. sc. crim.* 1976, p. 713, obs. A. Vitu ; *Rev. sociétés* 1976, p. 353, obs. M. Guilberteaud – Crim. 21 févr. 2001, *Bull. crim.* n° 46 ; *D.* 2001, IR p. 1591 ; *D.* 2001, somm. p. 2353, obs. Segonds.

décembre 1905 de la Chambre criminelle¹¹⁸⁵ ne constitua que les prémices de l'évolution du délit de prise illégale d'intérêt, s'agissant plus particulièrement de son élément moral. Les nouveaux horizons¹¹⁸⁶ du droit de punir vis-à-vis de cette infraction apparurent lorsque la mauvaise foi du prévenu devint inutile quant à la caractérisation du délit¹¹⁸⁷. Comme l'expose le Pr. JEANDIDIER, au vu de cette jurisprudence, la « *nature traditionnelle* [de la prise illégale d'intérêt] *risque d'en être affectée (...). Le délit reste certes apparemment intentionnel mais en profondeur il ne l'est plus vraiment* »¹¹⁸⁸. La simple matérialité des faits suffit à présumer la faute de l'agent public qui, du fait de ses fonctions, connaît les dispositions légales et ne peut arguer de sa bonne foi.

Mais l'évolution jurisprudentielle du délit d'ingérence ne s'arrête pas là. A la présomption de responsabilité pénale induite de la participation de l'agent à l'opération en question se substitue une présomption de responsabilité pénale du fait de la seule qualité de cet agent. En effet, un arrêt récent stipule que sa responsabilité pénale est encourue – ou présumée d'une manière irréfragable¹¹⁸⁹ – alors même qu' « *il s'était abstenu de participer au vote* »¹¹⁹⁰. La faute d'ingérence n'est plus déduite d'une appréciation rationnelle du comportement du prévenu¹¹⁹¹ mais se trouve révélée par la simple qualité de l'agent. On le voit, dans un but apparent de prévention, les juges usent très largement du droit de punir envers des agents publics et refusent toute défaillance de leur part ; leurs fonctions induisant une infaillibilité. Si toutefois une faiblesse les emplit, le droit pénal intervient au mépris d'une lecture rationnelle de cette incrimination et d'une utilisation modérée du droit de punir.

474. *Appréciations finales sur le droit de ne pas punir.* – Alors que les techniques de maintien du droit de punir par une dissipation de toute possibilité de prescription ou par une extension du champ d'application des incriminations étaient prioritairement attendues en

¹¹⁸⁵ Crim. 15 déc. 1905, *Bull. crim.* n° 554 ; *DP* 1907.1.195, rapp. Mercier.

¹¹⁸⁶ JEANDIDIER (W.), « L'élément moral des infractions d'affaires ou l'art de la métamorphose », *op. cit.*, p. 371, n° 6.

¹¹⁸⁷ La bonne foi n'est donc plus une modalité d'exonération : Crim. 18 févr. 1987, *Bull. crim.* n° 80 ; *Rev. sc. crim.* 1988, p. 83, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire – Crim. 21 juin 2000, *Bull. crim.* n° 239.

¹¹⁸⁸ JEANDIDIER (W.), « L'élément moral des infractions d'affaires ou l'art de la métamorphose », *op. cit.*, p. 377, n°s 12 et 13.

¹¹⁸⁹ DELMAS SAINT-HILAIRE (J.-P.), « Observations sous Crim. 9 févr. 2005 », *op. cit.*, p. 564.

¹¹⁹⁰ Crim. 9 févr. 2005, *op. cit.*

¹¹⁹¹ Cette attitude jurisprudentielle, bien que tendant à diminuer l'intensité de l'élément moral de l'infraction, conservait une certaine rationalité en ce sens qu'elle se fondait sur une participation effective de l'agent à l'opération en question. L'ingérence renvoie en effet à un acte d'intrusion de sorte que le juge ne peut dès lors faire l'économie de toute considération matérielle.

matière d'atteintes aux personnes, c'est dans le domaine des affaires qu'elles se sont finalement accomplies de manière la plus complète. Si ces dérogations aux règles de droit commun conduisent à un élargissement des possibilités punitives, il convient de remarquer que cette extension se manifeste avec une plus grande acuité lorsqu'elle touche non plus aux comportements punissables mais à la réaction punitive elle-même. Ainsi, les confusions et les dénaturations s'aggravent dès lors que, dépassant le stade de l'incrimination, le concept de sanction pénale lui-même devient illisible.

– Section 2 –

La sanction pénale élargie, conséquence de l'irrationalité punitive

475. Parallèlement à l'élargissement du concept d'incrimination, le droit pénal perd plus intensément de sa substance à travers son élément le plus caractéristique, la sanction pénale. De prime abord, ce type de dénaturation du droit pénal n'apparaît toutefois pas évidente. Etudiant ici le rôle d'un usage excessif du droit de punir sur la nature même du droit pénal, nous devrions présenter par conséquent l'application immodérée de la sanction pénale comme une réelle pierre d'achoppement pour lui. Or, nous verrons que tel ne peut pas être le cas ; la dénaturation du droit pénal étant alors dans cette situation une pure illusion (§ 1).

C'est finalement ailleurs qu'il conviendra de rechercher la dénaturation réelle du droit pénal par la sanction et, par là, l'évidente irrationalité punitive. Il en est ainsi de l'extension du modèle de la sanction au-delà des frontières traditionnelles de son acception première (§ 2). Aussi est-ce davantage une extension de la conception de la sanction pénale qu'une application excessive de celle-ci qui fragilise le droit pénal.

§ 1. – Apparente dénaturation du droit pénal par suite d'une application excessive de la sanction pénale

476. Entrevoir l'usage excessif de la sanction pénale comme une cause de dénaturation du droit pénal ne peut raisonnablement relever que de l'apparence. Deux raisons militent en ce sens. D'une part, user du droit de punir de manière excessive à travers la sanction pénale n'est que la conséquence logique d'un phénomène préalable de criminalisation galopante (A).

D'autre part, l'usage rigoureux de la sanction pénale – souvent mis en avant avec la peine privative de liberté – ne traduit pas nécessairement un dévoiement du droit pénal dans lequel la punition serait totalement indifférente à la personne même du délinquant. En effet, par la multiplication des mesures d'individualisation, l'approche subjective du droit pénal n'est pas occultée. Aussi sommes-nous davantage confrontés à une simple évolution d'un droit pénal – le droit pénal classique¹¹⁹² – qu'à une réelle dénaturation du droit pénal lui-même (B).

A. – Application excessive de la sanction pénale, simple conséquence d'une dénaturation initiale

477. La surpénalisation, dont nous avons précédemment esquissé les contours¹¹⁹³, conduit naturellement à une prévision plus large du droit de punir et à une application corrélative plus fréquente de sa manifestation exclusive, la sanction pénale. Dès lors, il paraît exagéré d'entreprendre ici la moindre critique sur la seule application excessive du droit de punir ; la sanction pénale n'ayant sur ce plan-là aucun rapport avec la dénaturation initiale du droit pénal¹¹⁹⁴ (2°). Mais ce détachement entre les deux phénomènes ne doit pas occulter le fait

¹¹⁹² Pour un exposé clair de la théorie classique du droit pénal, nous nous reporterons aux incomparables développements des Pr. MERLE et VITU (*Traité de droit criminel*, t. I., *op. cit.*, pp. 101 et ss.). Selon ces auteurs, et suivant une approche nécessairement synthétique, la conception classique du droit pénal consiste à affirmer que « la mission du droit pénal consiste moins à lutter contre la délinquance (...) qu'à canaliser, limiter et contrôler la distribution des sanctions » (*ibid.*, n° 59, p. 109) ; car, en effet, « [d]epuis qu'il y a des délinquants sur la Terre, ils ont toujours été, et sont encore en presque tous les lieux du monde, l'objet d'une répression, c'est-à-dire d'une réaction brutale dirigée contre leur vie, contre leur liberté, contre leurs biens, ou contre leurs droits » (*ibid.*, pp. 101-102).

¹¹⁹³ V. *supra*, n°s *et ss.*

¹¹⁹⁴ Dépassant la sanction pénale, il est plus largement possible d'affirmer que le droit pénal lui-même ne saurait être pleinement responsable de sa relative altération. Nous faisons ici référence au débat reposant sur la nature de ce droit : est-il simplement sanctionnateur ou est-il également normatif ? Si nous estimons que le droit pénal est purement sanctionnateur, force est alors de constater que son intervention toujours plus fréquente n'est que le résultat d'une demande plus intense des autres disciplines qui seraient, elles, normatives. Considéré comme le "gendarme du Droit", le droit pénal se doit d'intervenir et de protéger davantage les autres disciplines juridiques si celles-ci ressentent une menace que seul le droit criminel pourrait résorber (sur ce point, V. notamment MERLE (R) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. I, *op. cit.*, n° 146, p. 216). Nous pouvons cependant raisonnablement penser que le droit pénal cumule les fonctions : il garantit certes la pérennité des normes extra-pénales mais établit également un ensemble de valeurs (V. *supra* nos développements sur l'ordre public pénal, n°s *et ss.*. V. également MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 20 ; RASSAT (M.-L.), *Droit pénal général*, Paris, éd. Ellipses, 2004, n°s 79 et ss et spéc. n° 84 où l'auteur a une conception relativement technique de la fonction normative du droit pénal rendant ainsi difficile la perception de la place et de la mission réelles du droit pénal).

précis selon lequel l'inflation pénale a paradoxalement pour cause efficiente le choix effectué par le législateur de privilégier la sanction pénale (1°).

1°/ La sanction pénale, cause efficiente de l'inflation pénale

478. *Recours à la sanction pénale et inflation législative.* – La sanction pénale, expression subséquente du droit de punir, se trouve étrangement au centre du processus de pénalisation. Suite à un mécanisme *a priori* paradoxal de la politique criminelle¹¹⁹⁵, la sanction pénale se présente comme l'origine de la surproduction de la norme pénale. Face à ce rôle normatif, pouvons-nous pour autant assimiler la sanction pénale à un véritable fondement du droit de punir ?

479. *La sanction pénale : fondement du droit de punir ?* – L'idée selon laquelle la sanction pénale participe au phénomène de pénalisation et de sur-pénalisation, ne remet nullement en cause notre conception initiale envers cette mesure. La sanction pénale ne peut être en aucune façon le fondement du droit de punir¹¹⁹⁶. Puisque ce dernier est établi sur la base de la recherche ou du maintien de la paix publique, il est évident que la sanction pénale ne puisse se confondre avec ce fondement. Pour autant, il est vrai qu'en appréhendant la sanction de manière plus active quant au phénomène de pénalisation, nous avons pu remarquer qu'elle jouait un rôle déterminant d'incitation. En tant qu'expression spécifique du droit de punir, la sanction pénale est le premier élément pris en considération lors des débats de politique criminelle. Elle protège effectivement l'ordre public pénal mais concourt également à la création de cet ordre. Cette participation se trouve d'ailleurs contestée dès lors que le recours à la sanction pénale est, sinon systématique, du moins relativement intense. Loin de simplement participer à la production législative pénale, la sanction pénale est accusée de favoriser davantage une surproduction.

480. *La sanction pénale : origine de la surproduction normative pénale ?* – La question qu'il convient ici de se poser est celle de savoir quelle est la part de responsabilité de la sanction pénale dans le processus législatif de sur-pénalisation. Pour répondre, précisons que la sanction pénale *incite* à la production de normes pénales, le législateur étant encouragé à choisir la voie pénale s'il désire une véritable garantie des valeurs sociales qu'il vient de

¹¹⁹⁵ V. *supra*, n° .

¹¹⁹⁶ V. *supra*, n° .

reconnaître. Par ses qualités intrinsèques, la sanction pénale accule donc le législateur à la privilégier. La politique législative s'établit alors exagérément sur le droit criminel « *comme si la sanction pénale était à l'évidence la seule concevable* »¹¹⁹⁷. Devant les choix législatifs qui sont ainsi réalisés, pouvons-nous encore réellement imputer la sur-pénalisation et la dénaturation corrélative du droit pénal à la sanction pénale ? Nul ne saurait l'admettre.

2°/ La sanction pénale, cause déficiente de la dénaturation initiale du droit pénal

481. Choix politiques et sanctions pénales. – Refuser la sanction pénale comme l'*ultima ratio* et se référer constamment à cette mesure sont des problèmes de politique législative auxquels la sanction reste étrangère. Si la sanction pénale incite effectivement à privilégier la voie pénale, seul le législateur assume la charge de ses choix. En aucune façon, la constante référence légale à la sanction pénale ne peut être à elle seule une dénaturation du droit pénal ; c'est le recours initial à l'incrimination qui produit ce phénomène d'inflation et d'altération pénales. Dès lors, la sanction pénale, cause indéniable de l'inflation pénale, n'est *in fine* qu'une cause déficiente dès qu'il s'agit de l'appréhender comme l'origine même de la dénaturation du droit pénal.

Par l'incitation qu'elle crée au regard de son utilisation, la sanction pénale joue un rôle incontestablement normatif. La référence quasi-unanime à cette manifestation du droit de punir est la cause directe de la sur-pénalisation. Mais cette dernière n'est qu'une décision politique qui accepte de généraliser le recours à la sanction pénale. Ce n'est donc pas la sanction qui dénature le droit pénal, mais le seul législateur qui prévoit par trop souvent la sanction pénale pour des comportements ne le méritant pas nécessairement. Ainsi, la dénaturation du droit pénal provient seulement du fait que la sanction pénale n'est plus prévue comme l'*ultima ratio*. Un usage modéré de la répression pénale aux situations jugées essentielles au maintien de la paix sociale ne poserait aucune difficulté particulière. Ce n'est que la fréquence du recours à la sanction pénale qui entraîne le droit pénal dans une irrationalité punitive. On fait appel à lui pour des domaines étrangers à ceux auxquels il est originairement destiné. Les critiques, parfois virulentes, portées à la répression pénale apparaissent dès lors infondées.

482. Illusoire abolition. – Si nous acceptons d'analyser l'inflation pénale comme un problème de pure politique législative, un reproche peut être formulé à l'encontre des

¹¹⁹⁷ DELMAS-MARTY (M.), « La création des lois et leur réception par la société », *op. cit.*, p. 98.

positions abolitionnistes¹¹⁹⁸ qui rejettent l'utilisation excessive de la sanction pénale – voire le système pénal lui-même – sans remettre véritablement en question les choix politiques effectués initialement. Les accusations de ces thèses portent sur les déficiences inhérentes au système pénal sans se demander, au préalable, si l'approvisionnement même de ce système est véritablement conforme à sa nature. Le droit pénal ne peut être considéré comme le responsable de son utilisation excessive dès lors que le processus législatif antérieur part du postulat selon lequel la sanction pénale est la meilleure protection envisageable. Si les théories abolitionnistes souhaitent anéantir le système pénal, ne faudrait-il pas avant tout qu'elles s'intéressent à la pertinence des choix législatifs ? Rechercher l'abolition du droit pénal sur la base de ses imperfections et d'un usage abusif de la sanction pénale, sans s'interroger sur l'origine même de ces imperfections, relève de la pure incohérence.

483. Si le droit pénal souffre de dénaturation par rapport à la sanction pénale, c'est uniquement parce que celle-ci devient la référence quasi-automatique. Le droit de punir manifesté par la sanction pénale ne se présente plus comme le recours ultime dans la protection des normes mais devient au contraire le principe.

Faut-il pour autant analyser cette automaticité comme une dénaturation véritable du droit pénal ? Une réponse affirmative semble devoir être avancée puisque l'inflation législative dissipe le droit pénal et sa sanction dans des valeurs sociales n'étant pas nécessairement essentielles. N'étant plus l'*ultima ratio*, la sanction pénale oblige le droit pénal à intervenir dans des domaines devant pourtant rester pour lui secondaires.

D'un autre côté, nous ne pouvons analyser cette prolifération de sanctions pénales comme une dénaturation systématique. D'un point de vue quantitatif le droit pénal s'altère indéniablement ; mais qualitativement parlant, l'utilisation excessive de la sanction pénale ne se confond nullement avec excès de sévérité. L'inflation perdure certes mais la sanction gagne en individualisation. Le droit pénal ne saurait dès lors se dénaturer du fait de cet élément ;

¹¹⁹⁸ Citons par exemple la célèbre thèse abolitionniste soutenue par Louk HULSMAN. Sur ce point, V. HULSMAN (L.) et BERNAT DE CELIS (J.), *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, Le Centurion, 1982 ; « Fondements et enjeux de la théorie de l'abolition du système pénal » in RINGELHEIM (F.) (sous la dir.), *Punir mon beau souci*, op. cit., p. 297. D'autres thèses, tendant à l'abolition du système pénal, sont plus modérées (ROBERT (C.-N.), « L'abolition » in *Comment sanctionner le crime ?*, éd. érès, 2002, p. 35) ou sans réel fondement (BAKER (C.), *Pourquoi faudrait-il punir ? Sur l'abolition du système pénal*, Lyon, éd. tahin party, 2004).

seul *un* droit pénal semble alors perdre certaines de ses caractéristiques : le droit pénal dit "classique"¹¹⁹⁹.

B. – Application excessive de la sanction pénale, simple évolution du droit pénal classique

484. L'incohérence des thèses abolitionnistes que nous venons d'exposer s'amplifie ici. Pourquoi rechercher la disparition du droit pénal dès lors que son expression la plus caractéristique – la manifestation du droit de punir *via* la sanction pénale – ne révèle en rien une quelconque incidence négative sur le groupe social ? Une telle perspective abolitionniste se justifierait si l'application excessive de la sanction pénale s'accompagnait d'une absence de considération des attentes sociales. Or, nul ne saurait reconnaître un tel démerite au droit pénal positif et à sa sanction. Le développement de l'application et de l'exécution des peines vers une plus grande individualisation impose en effet une retenue (2°). L'opprobre dont on couvre trop souvent la sanction pénale et reposant sur le postulat d'un excès de rigueur doit donc être ravalé (1°).

1°/ Application excessive et excès de rigueur de la sanction pénale : une équation incertaine

485. *La sanction pénale punitive : une mesure nécessairement inflexible ?* – Un auteur a exposé récemment l'évolution contemporaine de la peine : « *L'adoucissement des mœurs a conduit à une diminution contemporaine très importante de la force punitive de la peine qui a, en pratique, renoncé à tout absolutisme, tant dans ses buts que dans ses caractères* »¹²⁰⁰. S'il est exact qu'une certaine atténuation de la peine se fait ressentir, nous sommes toutefois réticents à entrevoir un quelconque déclin du caractère punitif de la sanction pénale. Cet affaiblissement de l'importance du droit de punir s'inscrit dans une vision pessimiste ou dépréciative de la sanction pénale qui ne pourrait, selon cette thèse, avoir une nature complexe. On présuppose qu'elle est soit punitive et donc nécessairement sévère, soit individualiste donc non punitive et finalement humaine. Mais ceci relève de la pure affabulation théorique. L'exercice effectif de la sanction pénale a démontré sa complexité mais également le fait que l'harmonisation des concepts était possible.

¹¹⁹⁹ Pour une définition du droit pénal classique, V. *supra*, n° , en note.

¹²⁰⁰ RASSAT (M.-L.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 433. Cela renvoie à l'expression de IHERING selon laquelle « *l'histoire de la peine se résume en une abolition constante* » (cité notamment in STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 31, p. 26.

486. Les concepts. – L’histoire du droit pénal est jalonnée de l’existence et du développement de diverses Ecoles doctrinales, elles-mêmes subdivisées en différents courants¹²⁰¹. Certains sont réduits à de simples souvenirs¹²⁰², d’autres perdurent sous des traits plus ou moins saillants. Le *Mouvement de la Défense sociale nouvelle*, par exemple, trouve aujourd’hui un certain écho dans la prise en considération toujours plus importante de la dangerosité du délinquant mais aussi dans le souci de prévenir les actes antisociaux. Outre la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu’à la protection des mineurs victimes qui constitua le point d’orgue de la traduction des idées de la Défense sociale nouvelle dans notre droit positif¹²⁰³, l’ombre de cette Ecole doctrinale plane notamment sur les innovations issues de la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive. La surveillance judiciaire ainsi que le placement sous surveillance électronique mobile sont effectivement des mesures permettant de lutter contre le risque de récidive et dont la mise en œuvre intervient une fois constatée la dangerosité du condamné (C. pr. pén., art. 723-31 et 763-10 ; C. pén., art. 131-36-10).

Une intense prise en considération de l’humain s’établit donc dans notre droit pénal dans le but de parfaire la réaction étatique contre le crime, tant d’un point de vue préventif que d’un point de vue répressif. En effet, malgré ces avancées néo-positivistes, d’innombrables poches de résistance du droit pénal classique demeurent. Si ce dernier a aujourd’hui évolué, il n’est pas pour autant agonisant, le droit pénal moderne¹²⁰⁴ s’inscrivant immuablement et majoritairement dans une logique classique ; classicisme qui, on le voit, a toutefois mûri et s’est enrichi d’éléments caractéristiques des courants de défense sociale.

¹²⁰¹ De manière schématique, nous pouvons ainsi distinguer : l’*Ecole classique* comprenant l’Ecole de la Justice absolue, l’Ecole pénitentiaire, l’Ecole néo-classique et l’Ecole éclectique ; l’*Ecole positiviste* représentée par l’Ecole italienne réunissant LOMBROSO, FERRI et GAROFALO ; et enfin l’*Ecole de la Défense sociale* composée de la Défense sociale d’Adolphe PRINS, de la Défense sociale de Felippo GRAMATICA et de la Défense sociale nouvelle de Marc ANCEL.

¹²⁰² L’Ecole de la Justice absolue (KANT et DE MAISTRE) n’a, depuis fort longtemps, plus aucun retentissement.

¹²⁰³ Sur ce point, V. CASTAIGNÈDE (J.), « Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement », *D.* 1999, chron. p. 24 : « *c’est bien la dangerosité potentielle du sujet qui fonde le suivi socio-judiciaire* ».

¹²⁰⁴ Par cette expression, empruntée notamment au Pr. R. MERLE, nous souhaitons seulement renvoyer au droit pénal contemporain, c’est-à-dire au droit positif. Cette dernière formule (*droit pénal positif*) reste toutefois d’un usage maladroit s’agissant du droit criminel ; une confusion pourrait en effet s’instaurer entre le droit pénal positif entendu comme le droit posé et le droit pénal positif entendu comme le droit pénal inspiré de l’Ecole positiviste italienne. Or, le terme *moderne* renvoie, selon nous, non pas à une Ecole doctrinale précise mais au droit pénal actuel.

487. Harmonisation des concepts : « du classicisme ou néo-classicisme »¹²⁰⁵. – Le droit pénal moderne reste un droit pénal de type *classique* mais adhère toutefois à certaines données qui ne ressortissent pas exclusivement au classicisme¹²⁰⁶. Le droit pénal classique n'a pas un visage unique – celui de la sévérité et de la rétribution – mais devient plus largement un concept évolutif contenant « *encore en germe des développements d'une grande richesse* »¹²⁰⁷. Si le droit pénal reste profondément imprégné de l'idée de répression marquant ainsi son attachement à la théorie classique, on ne saurait occulter l'utilisation particulière pouvant être faite par lui du droit de punir, témoignant du glissement possible du classicisme pénal vers une considération plus vive du délinquant.

C'est précisément cette évolution qui a été envisagée par les tenants du courant néo-classique contemporain (fin XIX^{ème}-XX^{ème}). Cette doctrine, sous l'influence de Raymond SALEILLES, allait effectivement conférer au droit pénal ses traits actuels et son plus parfait équilibre entre punition et considération de la personne. Reposant sur l'axiome *Punitur quia peccatum est, punitur ne peccetur*¹²⁰⁸, cette école n'a relevé aucun obstacle à ce qu'une sanction pénale demeure rétributive – la réponse obligatoire à une infraction – et soit, parallèlement, empreinte d'ambitions individualistes. L'enseignement de ce glissement de la conception classique est que la *Défense sociale nouvelle* n'a pas le monopole de l'humanisme, contrairement à ce que laissait présager sa présentation par Marc ANCEL¹²⁰⁹. Ces deux courants doctrinaux ont pareillement pressenti qu'il était nécessaire « *de substituer la considération du*

¹²⁰⁵ MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. I, *op. cit.*, n° 62. Par l'expression *néo-classicisme*, nous nous référons à l'ensemble des doctrines ayant pour finalité de tempérer la pensée classique. Nous embrassons donc l'Ecole néo-classique du XIX^{ème} siècle, la pensée de R. SALEILLES et le mouvement néo-classique contemporain perceptible en France ou dans les pays anglo-saxons. Sur l'ensemble de ce point, V. MERLE (R.) et VITU (A.), *ibid.*, n°s 54 à 93 et spéc. n° 89.

¹²⁰⁶ Nous verrons plus loin en quoi cet emprunt d'éléments étrangers au droit pénal classique doit être limité sous peine de favoriser une dénaturation du droit pénal (V. *infra*, n°s *et ss.*).

¹²⁰⁷ MERLE (R.), « L'évolution du droit pénal moderne », *Mélanges Merle*, Paris, éd. Cujas, 1993, p. 70. V. également MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. I, *op. cit.*, n° 58 : « *la doctrine dite du droit pénal classique (...) a continué à s'épanouir jusqu'à nos jours et à s'enrichir des alluvions ou des correctifs, que lui ont apportés les théories "néo-classiques" postérieures* ».

¹²⁰⁸ Trad. : « *On punit parce qu'un crime a été commis et pour qu'un autre crime ne puisse être commis* ».

¹²⁰⁹ L'ouvrage de Marc ANCEL est titré de la manière suivante : *La défense sociale nouvelle (un mouvement de Politique criminelle humaniste)*. Ce sous-titre semblait effectivement insuffler à ce mouvement l'exclusivité de l'humanisme pénal.

criminel à l'appréciation exclusive du crime »¹²¹⁰ et qu'il fallait s'enrichir des diverses données criminologiques propres à garantir une plus grande compréhension du délinquant¹²¹¹.

488. Compatibilité des concepts : le fond et la forme. – Prôner l'incompatibilité entre la rétribution et l'individualisation revient d'une part à nier les capacités d'auto-mutation du système pénal mais également et surtout à confondre le fond – ou fondement – et la forme – ou modalité d'application – de la sanction pénale. Celle-ci est en effet infligée parce qu'une infraction a été commise et qu'une réaction étatique doit se faire jour (le fond) et elle s'exerce par une appréciation des caractéristiques personnelles du délinquant et des circonstances entourant l'infraction (la forme). La punition du délinquant se fonde donc sur la réalisation de son acte antisocial et s'exprime en référence à ces qualités propres.

Suivant cette présentation, une coexistence des éléments doctrinaux (classiques et de défense sociale) est possible puisque ceux-ci se situent sur des plans différents. L'aspiration classique du droit pénal s'analyse ainsi comme le fondement de son intervention, ces ambitions néo-classiques – voire de défense sociale – s'intégrant quant à elles dans ses modalités d'application. En d'autres termes, *le droit pénal repose sur une assise classique de rétribution, mais se pare de sanctions individualistes et humanistes*. Une telle présentation confère bien évidemment une autorité certaine à la théorie éclectique du droit pénal dans laquelle le droit de punir parvient à s'unir à des concepts auxquels il pouvait, de prime abord, être détaché.

489. Inévitable éclectisme doctrinal. – Le droit pénal classique ou, de manière plus précise encore, le droit pénal néo-classique contemporain, est finalement assez proche de la *Défense sociale nouvelle*. Si aucune assimilation n'est toutefois possible dans la mesure où l'attachement au droit criminel et à sa vertu rétributive reste contradictoire pour ces deux thèses, il n'en reste pas moins qu'elles restent intimement liées. Par leurs qualités respectives,

¹²¹⁰ SALEILLES (R.), *L'individualisation de la peine*, Paris, Alcan, 1927, p. 106. Plus avant, SALEILLES énonce de manière contestable qu' « une fois soumis à l'exécution de la peine, il faut le [le criminel] traiter beaucoup plus d'après ce qu'il vaut que d'après le crime qu'il a commis, qu'il faut donc oublier le crime pour ne voir que l'homme » (*ibid.*, p. 102 ; c'est nous qui soulignons). Selon nous, à aucun moment du procès pénal *lato sensu*, ne doit être occultée l'infraction commise, sous peine de ruiner les fondements même du droit de punir reposant précisément sur la déstabilisation de la paix sociale.

¹²¹¹ La criminologie, considérée avant tout comme la « science du délinquant » (GASSIN (R.), *Criminologie*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 5^{ème} éd., 2003, n° 12. Le Pr. GASSIN cite notamment G. HEUYER pour lequel l' « étude du criminel est l'objet de la criminologie »), devient alors l'élément fédérateur des multiples conceptions du droit de punir et des diverses qualités – recherchées ou appréhendées – de la sanction pénale.

elles sont complémentaires dans l'élaboration d'un système pénal et punitif équilibré. L'exercice du droit de punir au sein du droit pénal doit donc suivre cet éclectisme pour atteindre un certain degré de satisfaction.

Or, l'état actuel de la pénalité fait-il précisément écho d'une telle qualité ? Même si nous convenons de la perfectibilité constante de l'institution pénale, il est indéniable que notre système de pénalités possède aujourd'hui des propriétés d'une certaine valeur. Un équilibre a semble-t-il été trouvé dans l'exercice du droit de punir. Dès lors, aucune application excessive de ce dernier ne saurait d'une part occulter ses efforts d'humanisation et, d'autre part, manifester un quelconque dépérissement du droit pénal.

2°/ Application excessive et individualisation de la sanction pénale : une équation probable

490. Le droit pénal dans une constance classique et punitive. – La persistance du modèle carcéral dans notre droit positif peut, sans conteste, manifester à lui seul le maintien du droit pénal dans le système classique. Les réformes pénitentiaires ne sont finalement autre chose que des réformes purement classiques tendant cependant, çà et là, à introduire des éléments inhérents à la *Défense sociale nouvelle*. Dans cette même logique, le recours favorisé aux alternatives à l'emprisonnement n'affaiblit en rien le caractère classique du droit pénal ; ces "pénalités extra-carcérales" restent de pures sanctions pénales en rétribution d'une infraction. De ce fait, et dès l'instant où des aménagements du régime répressif interviennent, nul ne saurait admettre que le classicisme pénal s'amoindrit pour autant. Bien au contraire, par ces transformations, celui-ci se corrige et par là même évolue. Si l'utilisation du droit de punir par le droit pénal se modifie, le premier perdure inlassablement et demeure le critère essentiel du second, bornant ce dernier à une conception classique, punitive et rétributive.

Ainsi, le maintien de toute logique classique au sein du droit pénal ne doit pas pour autant conduire à une conclusion hâtive selon laquelle le classicisme pénal n'use que de rigueur. Nous devons dans notre compréhension du droit pénal moderne dépasser le stade des concepts doctrinaux pour apprécier la pratique législative en la matière. Et sur ce point, nul ne saurait soutenir aujourd'hui que l'application excessive du droit de punir s'accompagne d'une surabondance d'affliction et d'infamie. On ne peut effectivement nier les mesures tendant à

individualiser la sanction pénale prononcée. Même si la logique rétributive doit perdurer¹²¹², le législateur parvient à résoudre l'équation tenant d'une part à la continuation du prononcé de sanctions pénales (parfois lourdes) et, d'autre part, au respect des éléments personnels du délinquant. Le droit pénal actuel, issu du néo-classicisme contemporain, fait part d'humanisme parallèlement à son exercice naturellement rétributif. C'est ce qui résulte très clairement de la réforme de l'application des peines issue de la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la Justice aux évolutions de la criminalité.

491. Principe d'individualisation issu de la loi du 9 mars 2004. – Marquée du sceau de l'amélioration de l'efficacité de la justice pénale en matière de lutte contre les diverses formes de criminalité – et plus spécialement de la criminalité dite "organisée" – la loi Perben II du 9 mars 2004 semblait, de prime abord, peu propice à un développement de l'individualisation des peines. Mais ce pessimisme était sans compter sur la richesse de ce texte et la spécificité de la matière. Aussi cette loi se présente-t-elle au contraire comme une étape importante dans la reconnaissance d'un exercice humaniste et individualiste du droit de punir.

L'article 707 nouveau du Code de procédure pénale – relayé par ailleurs par la nouvelle rédaction de l'article 132-24 C. pén. issue de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 – est la manifestation la plus éclatante de cet esprit de promotion de l'individualisation de la peine. Comparée à l'article préliminaire du même code¹²¹³, cette disposition fait montre de la volonté du législateur de mettre en exergue dans l'exécution de la peine tout mécanisme d'individualisation. Des aménagements de peine doivent effectivement intervenir « *en cours d'exécution pour tenir compte de l'évolution de la personnalité et de la situation du condamné* » (al. 3). Ce type de politique pénale dans l'exécution de la peine est ainsi présenté

¹²¹² MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. I, *op. cit.*, n° 90 : « *Les néo-classiques contemporains considèrent comme une nécessité sociale particulièrement importante de conserver à la condamnation pénale son fondement rétributif en liaison avec la responsabilité du délinquant* ».

¹²¹³ Pour une telle comparaison, V. COUV RAT (P.), « Dispositions générales et nouvelle organisation judiciaire de l'application des peines », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 683 ; HERZOG-EVANS (M.), « Principes directeurs d'une réforme », *AJ pén.* 2004, p. 385 ; GIACOPELLI (M.), « Réforme du droit de l'application des peines (dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 relatives à l'exécution des peines privatives de liberté) », *D.* 2004, chron. p. 2590.

comme l'un des moyens de favoriser « l'insertion¹²¹⁴ ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive » (al. 2).

492. Modalités d'individualisation issues de la loi du 9 mars 2004. – Pour démontrer l'humanisme croissant du droit de l'application des peines¹²¹⁵, de nombreux instruments d'individualisation sont mis en place. Sur ce point, le renforcement des pouvoirs du juge de l'application des peines reste un élément essentiel de cette progression. Outre la poursuite de la juridictionnalisation de l'application des peines¹²¹⁶, la loi "Perben II" offre à ce juge des possibilités nouvelles d'intervention – et donc d'individualisation – à chaque étape de l'exécution des peines. Il demeure compétent pour l'ensemble des mesures d'aménagements de peines¹²¹⁷, hormis celles relevant expressément de la compétence du tribunal de

¹²¹⁴ Signalons l'originalité – voire l'incohérence – de cette notion qui suppose que le délinquant soit, à l'origine, exclu ou, plus objectivement, extérieur au groupe social. Un tel postulat reste sans le moindre fondement et dénué de toute rationalité. Notre époque, plus encore que les précédentes, n'est-elle pas au contraire le règne de l'omniprésence de l'Etat et du groupe social dans la sphère privée ? Et les délinquants ne sont-ils pas le plus souvent pleinement intégrés voire parfois sur-adaptés au milieu social dans lequel ils vivent ? Comment le législateur peut-il, dès lors, nier l'indéniable par l'emploi de notions sans aucune pertinence, ni valeur véritable sinon celle de la démagogie ? (Sur l'idée de sur-adaptation possible des délinquants, V. DELMAS-MARTY (M.), *Les chemins de la répression*, op. cit., p. 95).

¹²¹⁵ Nous entendons par "humanisme croissant", la prise en considération toujours plus intense de la personne humaine dans le prononcé de la sanction pénale. Celle-ci s'applique donc de plus en plus pour lui que contre lui. Pour l'utilisation de cette expression, V. GENINET (B.), *Etude critique de la personnalisation de la peine*, thèse, Paris 1, 2000, n^{os} 1 et 26.

¹²¹⁶ Cette juridictionnalisation de l'application des peines fut initiée par la loi du 15 juin 2000 (sur ce point, V. notamment CARTIER (M.-E.), « La judiciarisation de l'exécution des peines », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 87). Elle s'est poursuivie avec la loi du 9 mars 2004. Toutefois, au lendemain de cette loi, ce processus demeure selon nous incomplet. Toutes les décisions du juge de l'application des peines sont certes devenues des décisions juridictionnelles – ce qui supprime par là même la notion de "mesure d'administration judiciaire" – mais il n'en reste pas moins que ces décisions suivent un régime dualiste. La distinction entre d'une part les *ordonnances* (C. pr. pén., art. 712-5) n'imposant aucun débat contradictoire et, d'autre part, les *jugements* (C. pr. pén., art. 712-6) nécessitant quant à eux la tenue d'un débat contradictoire en chambre du conseil, nous pousse à analyser la loi du 9 mars 2004 comme une étape, non comme une consécration, de la juridictionnalisation de l'application des peines. *Contra*, V. CÉRÉ (J.-P.), « La consécration de la juridictionnalisation du droit de l'application des peines par la loi n^o 2004-204 du 9 mars 2004 », *Rev. pénit. dr. pén.* 2004, p. 433 ; JANAS (M.), « Le nouveau rôle du JAP », *AJ pén.* 2004, p. 394 : « Le législateur de 2004 a poursuivi et terminé cette œuvre de juridictionnalisation ».

¹²¹⁷ C. pr. pén., art. 712-4 à 712-6 : ressortissent à la compétence du JAP, les mesures concernant les réductions de peines, les autorisations de sorties sous escorte, les permissions de sortir, les placements à l'extérieur, les semi-libertés, les fractionnements et les suspensions de peines, les placements sous surveillance électronique, les libérations conditionnelles et, sauf dispositions légales contraires, les peines de suivi socio-judiciaire, d'interdiction de séjour, de travail d'intérêt général, d'emprisonnement avec sursis assorti de la mise à l'épreuve ou de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, ou les mesures d'ajournement du prononcé de la peine avec mise à l'épreuve. Notons enfin que, depuis la loi du 12 décembre 2005, le JAP peut décider de la mise en place d'une *surveillance judiciaire* (C. pr. pén., art. 723-29).

l'application des peines¹²¹⁸. Il possède également un pouvoir de révocation et de conversion¹²¹⁹ des peines lui permettant ainsi de prendre en considération les déficiences ou les efforts du condamné, mais aussi d'apprécier l'exécution de peines qui lui est la plus adaptée. Il parvient ainsi à modeler la peine, dans son exécution et dans sa nature, en fonction de la personnalité et de la situation socio-économique du délinquant. Cette tendance à perfectionner l'exécution de la peine dans un sens toujours plus individualiste, se ressent notamment à travers l'application de l'article 474 du Code de procédure pénale. Cette disposition – peu commentée en doctrine¹²²⁰ – doit retenir l'attention car elle permet au juge de l'application des peines, après convocation personnelle du condamné remise par la juridiction de jugement et avant toute exécution, de connaître de la détermination des modalités de cette exécution. Le rôle d'individualisation de la justice pénale s'inscrit donc dans l'ensemble des phases procédurales : du prononcé de la peine à son épilogue¹²²¹ en passant naturellement par son exécution effective¹²²².

Avec le panel dont disposent le juge de l'application des peines et les conseillers d'insertion et de probation, la technique d'individualisation de la peine effectue du véritable sur-mesure. En sondant davantage encore les cœurs et les reins, le droit pénal use aujourd'hui d'une réelle personnalisation de la sanction pénale¹²²³. Mais une telle précision dans le prononcé et

¹²¹⁸ C. pr. pén., art. 712-7 : en est-il ainsi de la libération conditionnelle ou de la suspension de peine pour motif médical lorsqu'il s'agit de condamnations à une peine d'emprisonnement supérieure à 10 ans et lorsqu'il reste à subir une période d'incarcération supérieure à 3 ans (C. pr. pén., art. 720-1-1 et 730). Le tribunal de l'application des peines est encore compétent en matière de relèvement de la période de sûreté (C. pr. pén., art. 720-4).

¹²¹⁹ C. pén., art. 132-57 et C. pr. pén., art. 733-1.

¹²²⁰ V. toutefois, l'exposé de Mme HERZOG-EVANS in « Principes directeurs d'une réforme », *op. cit.*, p. 392.

¹²²¹ Précisons que les articles 723-20 et ss. du Code de procédure pénale ont mis en place ce que la doctrine a dénommé le « *sas de sortie* ». Afin d'éviter les remises en liberté dites "sèches", c'est-à-dire dénuées de tout aménagement, le directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation fait au JAP une proposition d'aménagement de peines des condamnés, « *la mieux adaptée à leur personnalité* » précise l'article 723-21. Après notification et avis éventuel du procureur de la République, le JAP refuse la proposition ou l'accepte et l'homologue. A défaut de réponse du JAP, le directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation peut ramener à exécution la mesure d'aménagement proposée.

¹²²² Nous rejetons l'idée selon laquelle la détermination légale de la peine serait une forme d'individualisation. Hormis la prise en considération de certaines circonstances aggravantes liées aux personnes, qu'elles soient délinquantes (réunion, personne ayant autorité sur la victime, dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public...) ou victimes (vulnérabilité due à l'âge ou l'état de santé), la fixation de la sanction pénale par la loi reste un processus très largement objectif.

¹²²³ Signalons que le Code pénal méconnaît l'expression "individualisation des peines". Au sein du titre III relatif aux peines, le législateur utilise l'expression "personnalisation des peines". Selon certains auteurs, cette différence proviendrait moins d'une distinction conceptuelle que de la conséquence nécessaire liée à la reconnaissance depuis 1994 de la responsabilité pénale des personnes morales. En ce sens, V. BEZIZ-AYACHE (A.), *Dictionnaire de droit pénal général et procédure pénale*, Paris, éd. Ellipses, 3^{ème} éd., 2005, p. 133 ; DESPORTES (F.) et LE GUNHEC (F.), *op. cit.*, n° 936 ; GENINET (B.), *thèse précit.*, n°s 28 et 32.

l'exécution de la sanction pénale modifie-t-elle pour autant le paysage répressif ? Annihile-t-elle tout classicisme dans le droit pénal moderne ?

493. Modération de l'individualisation issue de la loi du 9 mars 2004. – Les éléments propres à l'application d'un régime pénal dit "progressif" témoignent de l'inclusion des idées de défense sociale au sein de notre appareil répressif. L'évolution de la peine à chaque stade du procès pénal renvoie effectivement à la pensée de Marc ANCEL selon lequel « *la peine comminée, la peine prononcée et la peine exécutée sont, la plupart du temps, foncièrement différentes* »¹²²⁴. Mais ces efforts législatifs tendant à conférer au droit pénal un visage plus humain n'occulent pas pour autant sa volonté rétributive inhérente à tout processus punitif. Le législateur parvient certes à modérer l'application excessive du droit de punir en y intégrant une plus grande considération du délinquant, mais il ne peut parallèlement modifier la nature classique et rétributive du droit pénal. Même si personne ne peut plus soutenir aujourd'hui que l'utilisation de la peine privative de liberté s'effectue dans la seule perspective de rétribution, force est de constater, qu'en pratique, cette logique reste la seule fonction réalisée de manière certaine¹²²⁵. Ainsi, « *le but de la privation de liberté, tel qu'il est vécu par le principal intéressé, est la punition quelle que soit la rhétorique dont on habille le processus sanctionnateur* »¹²²⁶.

494. Finalement, nous ne trouvons aucune véritable marque de dénaturation du droit pénal suite à une application excessive de la sanction pénale. Est-ce à dire pour autant que cette dernière ne peut être en aucune façon à l'origine d'un dévoiement du droit qui l'a vu naître ? Une réponse positive est espérée tant il paraîtrait tragique d'appréhender, sinon le déclin, du moins l'affadissement d'un droit au regard de son élément le plus caractéristique ; il s'agirait alors davantage d'une implosion que d'une dénaturation. L'espoir d'une réponse positive est vain dès lors que l'on ne s'intéresse non plus à l'application de la sanction pénale mais à son acception.

¹²²⁴ ANCEL (M.), « La peine dans le droit classique et selon les doctrines de la défense sociale », *Rev. sc. crim.* 1973, p. 192.

¹²²⁵ Sur ce point, V. *supra*, n^{os} *et ss.*

¹²²⁶ FOGEL (D.), « Traitement pénitentiaire et contrainte », *Déviance et société*, 1979, vol. 3, n^o 2, p. 156.

§ 2. – Réelle dénaturation du droit pénal par suite d'une acception extensive de la sanction pénale

495. Alors que nous pensions être en possession de critères permettant d'obtenir une lecture satisfaisante de la sanction pénale¹²²⁷, nous sommes contraints de reconnaître, à ce stade-ci de notre analyse, que ses éléments distinctifs restent très largement défailants. La sanction pénale, manifestation la plus claire de l'immixtion du droit de punir au sein du droit pénal, s'obscurcit nettement tant en ce qui concerne sa conception formelle (A) qu'en ce qui concerne sa conception substantielle (B). Or, si nous ne pouvons avoir une réelle lisibilité de la sanction pénale, c'est notre perception même du droit pénal qui s'en trouvera assombrie. Ne point retrouver les éléments intrinsèques de la sanction pénale, revient en effet à s'égarer de l'acception première du droit pénal.

A. – Illisibilité de la conception formelle de la sanction pénale

496. Malgré l'apparente connaissance du concept, force est de constater que la notion même de *sanction pénale* reste difficilement perceptible. L'évolution du droit pénal semble effectivement favoriser l'extension de la sanction au-delà de ses frontières légales (1°) et organiques (2°) traditionnelles. Une telle extension reste préjudiciable puisque le concept élargi de sanction pénale tend à inclure des éléments n'ayant que peu de liens avec son origine même.

1°/ Une délicate lecture légale de la sanction pénale

497. *Déclin du principe légaliste ?* – L'impossibilité ou, plus raisonnablement, la difficulté d'apporter une définition de la sanction pénale *via* l'approche formelle prend naissance dans une défaillance beaucoup plus profonde et atteignant le principe de la légalité lui-même. Ce précepte, que nous avons précédemment sacralisé, se trouve largement remis en cause¹²²⁸ laissant planer le doute quant aux capacités de la loi à retranscrire parfaitement les diverses composantes du droit pénal dont fait partie la sanction¹²²⁹.

¹²²⁷ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

¹²²⁸ Certains auteurs allant même jusqu'à affirmer « *le déclin manifeste du principe de légalité* » (REBUT (D.), « Le principe de la légalité des délits et des peines » in CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.) et REVET (T.) (sous la dir.), *op. cit.*, p. 512). Cet auteur conserve toutefois un très large optimisme quant au rôle et à l'importance actuels du principe de légalité. V. également CERF-HOLLENDER (A.), *thèse précit.* ; ZEROUKI (D.), *thèse précit.* ; TERRÉ (F.), « La "crise de la loi" », *op. cit.*

¹²²⁹ Devant un tel pessimisme, il est intéressant de noter que l'affaiblissement du légalisme pénal reste une question controversée voire réfutée ; la légalité étant effectivement devenue un objet aux contours extensibles.

Conférer un rôle éminent à la loi dans la définition de la sanction pénale entraîne deux conséquences. Tout d'abord, la loi doit donner une définition précise de la sanction pénale ; cette dernière, légalement déterminée, doit ensuite être la seule réponse possible à l'infraction. En d'autres termes, la norme doit définir non seulement *la* sanction pénale (a) mais *toutes les* sanctions pénales (b). Or, nous nous rendons compte qu'aucune de ces deux exigences n'est parfaitement remplie.

a. Définition de *la* sanction pénale

498. Ignorance légale de la sanction pénale. – L'importance accordée au caractère légal de la sanction pénale impose tout d'abord que la loi définisse cette dernière de manière rigoureuse. Pour déterminer ce qu'est une telle sanction, nous devrions logiquement nous contenter de lire la loi, laquelle serait alors tenue d'apporter une définition claire et précise de ce concept.

La forme conditionnelle irrigue sciemment notre propos puisque nous ne pouvons nier le triste constat selon lequel la loi ne précise en rien ce qu'est une sanction pénale. Elle ne définit en effet nullement ce concept et le Code pénal n'utilise pas le terme spécifique de sanction. Il s'appuie exclusivement sur le concept de *peine*, sans d'ailleurs apporter la moindre définition générale de celle-ci. Il énonce ce que regroupe les « *peines criminelles* », les « *peines correctionnelles* », les « *peines contraventionnelles* » ou encore les « *peines complémentaires* », mais rien n'est spécifiquement avancé sur *la* peine et encore moins sur la sanction. L'objet même de notre étude est donc ignoré par la loi.

499. Assimilation incertaine des concepts de "sanction pénale" et de "peine". – Si nous occultons le manque de définition légale de la sanction pénale, pourrions-nous toutefois assimiler celle-ci à la peine ? Le langage courant effectue en effet cette assimilation. Mais une telle démarche retranscrirait-elle la réalité pénologique et positive de notre système répressif français ? La réponse demeure malheureusement négative de sorte que toutes nos tentatives pour parvenir à une acception stricte de la sanction pénale s'avèrent infructueuses.

La norme pénale n'est plus circonscrite à la loi *stricto sensu* mais intègre des règles non écrites, non législatives et extra-nationales. Le principe de légalité pénale se modifie devenant ainsi plus riche. Est-il pour autant plus apte à établir une définition formelle de la sanction pénale ? Rien n'est moins sûr. La loi pénale interne restant le critère prioritaire – mais défaillant – de la détermination de la sanction.

L'assimilation des concepts est en effet impossible si l'on se réfère à une présentation traditionnelle des sanctions pénales. Classiquement, celles-ci constituent un ensemble composé de deux sous-ensembles que sont les "peines" et... les "autres sanctions pénales", ces dernières étant constituées de l'énigmatique catégorie des *mesures de sûreté*¹²³⁰. Si les peines – déterminées et reconnues par la loi – permettraient effectivement d'apporter un éclaircissement du concept générique de sanction pénale, la seconde catégorie en revanche – non spécifiquement reconnues par les textes – fait obstacle à toute clarification de la matière. Mais en énonçant les mesures de sûreté – cet ensemble particulier de sanctions non prévu expressément par la loi – nous en arrivons à notre seconde exigence posée par l'approche formelle et conduisant à ce que la loi définisse toutes les sanctions pénales.

b. Détermination de *toutes les sanctions pénales*

500. Raison d'être des mesures de sûreté. – Comme nous venons de le voir, il existerait donc, à côté des peines, d'autres sanctions pénales ; coexistence interdisant par ailleurs l'identité peine-sanction pénale. Nous pourrions parfaitement concevoir que les sanctions pénales puissent être composées de deux sous-ensembles distincts : les peines et les mesures de sûreté. Malgré la timide reconnaissance légale des mesures de sûreté, nous connaissons en effet avec précisions leur objectif. Il s'agit moins de punir que de protéger la société. Contrairement à la peine qui n'a comme fin que la seule application d'une certaine souffrance, les mesures de sûreté quant à elles visent un objectif plus profond et, *a priori*, plus utile. Elles tendent en effet « à garantir la société contre le délinquant, soit en l'éliminant s'il n'est pas amendable, soit en l'amendant par des mesures appropriées, si la chose paraît possible (...) [et] s'inspire[nt] seulement de l'intérêt social auquel elle[s] associe[nt] (...) celui du coupable »¹²³¹. La mise en exergue des mesures de sûreté a été favorisée par la *Défense sociale nouvelle* qui prônait non seulement une meilleure considération du délinquant par ces mesures mais également et surtout une « intégration de la peine et de la mesure de sûreté dans un régime unitaire de sanctions pénales »¹²³². Ainsi, les mesures de sûreté demeurent

¹²³⁰ Pour une telle présentation dualiste, V. MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. I, *op. cit.*, n^{os} 654 et ss. ; ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 409 (cet auteur rejette toutefois cette distinction) ; STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n^{os} 463 et ss. ; PRADEL (J.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n^{os} 551 et ss. Pour un exposé reposant uniquement sur le concept de *peine*, V. MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n^{os} 439 et ss.

¹²³¹ PATIN (M.), « La place des mesures de sûreté dans le droit pénal positif moderne », *Rev. sc. crim.* 1948, p. 415.

¹²³² ANCEL (M.), *La défense sociale nouvelle*, *op. cit.*, p. 232.

une simple catégorie de sanctions pénales ne pouvant naturellement être assimilées à des peines ; leur nature utilitaire et non strictement répressive interdisant en effet une telle confusion.

Mais si la finalité des mesures de sûreté reste, en théorie, connue, un problème intervient cependant. Ces autres sanctions pénales, en dehors de la référence aux peines, n'ont en effet aucune existence légale. Paradoxalement, une distinction sémantique est faite en doctrine entre les peines et les mesures de sûreté alors même qu'aucune distinction textuelle réelle n'est établie ; les sanctions pénales *lato sensu* s'entendant donc des seules peines¹²³³.

501. Ignorance légale des mesures de sûreté. – Il y a bien aujourd'hui quelques références au concept de *mesure de sûreté* dans certaines dispositions légales. Hormis la référence furtive à l'article 137 du Code de procédure pénale¹²³⁴, les mesures de sûreté semblent avoir trouvé un plus profond écho dans la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005. Le législateur a en effet décidé de traiter les nouvelles mesures de surveillance judiciaire et de placement sous surveillance électronique mobile comme des mesures de sûreté. Les articles 723-29 C. pr. pén. relatif à la surveillance judiciaire et 131-36-9 C. pén. relatif au placement sous surveillance électronique mobile précisent que ces mesures peuvent être ordonnées « à titre de mesure de sûreté »¹²³⁵. Par ces dispositions, la loi du 12 décembre 2005 apparaît jusqu'alors comme la plus complète reconnaissance légale des mesures de sûreté¹²³⁶.

Pourtant, et l'ambiguïté de la formule « à titre de » est là pour le rappeler, ces mesures demeurent de véritables peines ou certains de leurs éléments. La surveillance judiciaire tout

¹²³³ Nous verrons plus loin que cette absence de distinction textuelle est d'une inébranlable logique puisqu'aucune différence n'existe en pratique entre *peine* et *mesure de sûreté*. Toutes deux jouent un rôle identiquement punitif. Sur ce point, V. *infra*, n^{os} *et ss.*

¹²³⁴ Cet article fait effectivement référence à la mesure de sûreté en énonçant qu' « en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté, elle [la personne mise en examen] peut être astreinte à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire ». Et cet article poursuit : « Lorsque celles-ci [les obligations] se révèlent insuffisantes au regard de ces objectifs [nécessité de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté], elle [la personne mise en examen] peut, à titre exceptionnel, être placée en détention provisoire ».

¹²³⁵ Sur le placement sous surveillance électronique mobile, V. également les articles 763-10 à 763-14 C. pr. pén. inclus dans un Titre VII ter intitulé « Du placement sous surveillance électronique mobile à titre de mesure de sûreté ».

¹²³⁶ La loi du 9 mars 2004 avait déjà largement intégré cette catégorie dans les dispositions relatives au mandat d'arrêt européen qui envisagent l'émission possible d'un tel mandat pour des faits punis d'une « mesure de sûreté privative de liberté » (C. pr. pén., art. 695-11, 695-12, 695-23) ; mais, selon la circulaire du 11 mars 2004 (CRIM-04-2/CAB-11.03.2004), notre « ordre juridique ne connaissant pas de telles mesures, l'article 695-12 du code de procédure pénale ne sera applicable que pour l'exécution de mandats d'arrêt émis par les autorités judiciaires étrangères qui connaissent ce type de mesure » (p. 9).

d'abord a été reconnue par le Conseil constitutionnel comme une « *simple modalité d'exécution de la peine qui a été prononcée par la juridiction de jugement* »¹²³⁷. Le placement sous surveillance électronique mobile, ensuite, a été intégré dans une sous-section 7 incluse dans les dispositions relatives à la nature des peines applicables aux personnes physiques. On remarque donc, par cet emplacement au sein du troisième titre du Livre 1^{er} du Code pénal, que même dénommé "mesure de sûreté" par le texte, le placement sous surveillance électronique mobile est une peine. Il appert donc que les mesures de sûreté, contrairement à la présentation traditionnelle qui peut en être faite, deviennent une catégorie particulière de peine, plongeant le concept de sanction pénale dans un abîme d'incertitudes.

502. Limite de la lecture légale de la sanction pénale. – Il ne suffirait donc pas de lire la loi pour avoir une connaissance précise de ce qu'est la sanction pénale. En effet, une partie de cet ensemble – les mesures de sûreté – n'est pas expressément précisée dans la loi ou, si elle l'est, se trouve étrangement intégrée au concept de peine ! Si toutes les dispositions considérées comme des mesures de sûreté sont, de manière implicite, incluses dans la loi, elles ne le sont donc qu'en rapport à la catégorie des peines, trouvant dès lors leur fondement au seul titre III du Livre 1^{er} du Code pénal¹²³⁸. Ce n'est qu'indirectement et par une lecture positiviste¹²³⁹ de ces dispositions textuelles que les mesures de sûreté peuvent être révélées et qu'une nouvelle catégorie – toujours officieuse – de sanctions pénales peut naître.

Si l'objectif de cette dernière entreprise est louable – établir l'existence des mesures de sûreté – on ne saurait nier le fait que ces difficultés et ces légèretés dans l'interprétation de la loi tranchent avec la rigueur du principe de légalité.

503. Aujourd'hui, aucune définition, ni aucune énumération exhaustive des mesures de sûreté ne peut donc être avancée. La loi, en ignorant d'une certaine façon les mesures de sûreté¹²⁴⁰, ne parvient pas à instituer au sein de la législation pénale actuelle la particularité de

¹²³⁷ Cons. const. 8 déc. 2005, *op. cit.*, consid. 13.

¹²³⁸ Un exemple caractéristique peut être trouvé dans le suivi socio-judiciaire (C. pén., art. 131-36-1 à 131-36-8) qui doit être considéré à plusieurs titres comme une mesure de sûreté mais qui, textuellement parlant, est une peine. Il pourrait encore en être ainsi de la confiscation, de l'interdiction de séjour, du retrait du permis de conduire, de la fermeture d'établissement ou de l'interdiction professionnelle. Sur ce point, V. STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 492.

¹²³⁹ Il faut entendre le terme "positiviste" dans le sens de l'École positiviste italienne née à la fin du XIX^{ème} siècle sous l'impulsion de LOMBROSO, FERRI et GAROFALO.

¹²⁴⁰ Cachant difficilement leur déception sur cette non-prévision légale des mesures de sûreté, les Pr. STÉFANI, LEVASSEUR et BOULOC énoncent plus modérément que ces mesures « *ne sont pas nettement mises en relief par le législateur* » (*Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 478).

ce type de sanction pénale qui, dans l'absolu, possède pourtant une utilité certaine. La loi ne détermine donc pas toutes les facettes des sanctions pénales ou, plus précisément, toutes les particularités de chacune d'entre elles. A l'inverse, nous avons aujourd'hui un régime de pénalité unitaire dans lequel la catégorie des peines exerce une certaine hégémonie. Malgré les propos de Marc ANCEL selon lequel l'important tient au « *contenu et [à] la coloration de la sanction, et non [à] sa dénomination formelle* »¹²⁴¹, il demeure que la faveur du législateur pour la peine est incontestable et caractéristique du privilège donné à une lecture prioritairement répressive de la réaction sociale. Cette référence exclusive à la peine renvoyant, plus ou moins systématiquement, à une réalité punitive étrangère à la finalité première des mesures de sûreté. L'unité créée est alors éloignée de l'idéal imaginé par ANCEL.

504. Pour se pourvoir d'une définition satisfaisante de la sanction pénale, aucune aide n'est donc à rechercher dans la loi. L'expression y est tout d'abord ignorée ; le terme légal renvoie ensuite à divers sous-ensembles. De manière plus contestable, pourraient également pénétrer le concept de sanction pénale, certaines mesures décidées par le procureur de la République. Mais s'intéresser à ces dernières revient davantage à rendre compte de la faiblesse inhérente à l'approche organique de la sanction pénale.

2°/ Une lecture organique incertaine de la sanction pénale

505. *Risque tempéré de dénaturation de la sanction pénale.* – Nous vîmes précédemment l'importance du juge dans l'élaboration d'une définition de la sanction pénale¹²⁴². Détenteur exclusif de la compétence en matière de prononcé de la sanction, il reste le critère privilégié pour déterminer les contours formels de la sanction pénale. Or, un certain nombre de mécanismes tendent à obscurcir ce principe en conférant au ministère public des prérogatives relatives au droit de punir. Outre le pouvoir de réquisition propre au ministère public, l'évolution du droit pénal confère progressivement à ces magistrats des attributions plus précises en matière de détermination de la sanction pénale. Mais, dès lors que l'on considère plus intensément ces pouvoirs, il devient indispensable de relativiser quelque peu nos craintes. En effet, que le procureur de la République ait, d'une part, un pouvoir spécifique dans la mise à exécution de la peine (a) et, d'autre part, un pouvoir de proposition d'une mesure pénale ou d'une véritable peine (b), il demeure que le *prononcé* de la sanction reste l'apanage du juge.

¹²⁴¹ ANCEL (M.), *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 230.

¹²⁴² V. *supra*, n^{os} *et ss.*

a. Ministère public et mise à exécution de la peine

506. En matière d'exécution des peines, le ministère public jouit d'une certaine opportunité pouvant avoir des incidences néfastes non négligeables sur l'acceptation de la sanction pénale (1). Parallèlement, le pouvoir d'injonction qu'il peut également exercer en ce domaine n'apparaît pas non plus de nature à éclaircir cette acceptation (2).

1) *Opportunité dans la mise à exécution des peines*

507. Célérité et exécution des peines. – Même si le législateur précise de manière liminaire en son article 707 C. pr. pén. relatif à l'exécution des sentences pénales que « *les peines prononcées par les juridictions pénales sont, sauf circonstances insurmontables, mises à exécution de façon effective et dans les meilleurs délais* », il est à craindre qu'un mécanisme d'opportunité se maintienne. A l'image de la loi du 15 juin 2000, il est possible d'avancer que la loi du 9 mars 2004 ne modifie pas le pouvoir d'appréciation du ministère public dans la mise à exécution des peines¹²⁴³. Ainsi, le parquet conservera diverses possibilités lui permettant de jouer un rôle non négligeable dans la mise à exécution de la sanction, lui procurant dès lors une fonction indéniable dans la signification et la détermination de celle-ci. Toutefois, avant même l'exercice de ces prérogatives, le parquet sera souvent confronté à des difficultés pratiques ; difficultés faisant obstacle à une claire détermination de la sanction pénale.

508. Difficultés pratiques et détermination délicate de la sanction pénale. – L'aggravation de la délinquance et le manque manifeste de moyens et de personnes sont les principales causes du taux récurrent d'inexécution des peines¹²⁴⁴. Atteignant près de 32 % des condamnations à une peine d'emprisonnement¹²⁴⁵, ce phénomène traduit la crainte que

¹²⁴³ Sur la relation entre la loi du 15 juin 2000 et le rôle du ministère public, V. DESDEVEISES (M.-C.), « Le pouvoir d'appréciation du parquet dans la mise à exécution de la sanction », *op. cit.*, spéc. pp. 439 et ss.

¹²⁴⁴ Le ministère de la Justice a annoncé pour l'année 2006 une affectation de 550 fonctionnaires (greffiers en chef, greffiers, secrétaires) dans les juridictions françaises afin d'améliorer l'exécution des peines (*JCP* 2005, act. 456).

¹²⁴⁵ TIMBART (O.), LUMBROSO (S.) et BRAUD (V.) (avec la collaboration de la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces), *Le taux d'exécution des peines d'emprisonnement ferme*, Rapport final, Ministère de la Justice, avril 2002 (<http://www.justice.gouv.fr/publicat/Rapp090402a.htm>). V. également UNION SYNDICALE DES MAGISTRATS, « Le livre blanc sur la justice », *Le nouveau pouvoir judiciaire*, numéro spécial, avril 2002, p. 6 où il est avancé un taux de 37 %. S'agissant des peines *lato sensu*, on avance le chiffre de 39 % (« Le traitement de la récidive des infractions pénales », *Gaz. Pal.* 13 et 14 oct. 2004, act. pp. 23 et ss., spéc. p. 24) ou 32 % (*AJ pén.* 2005, p. 6). Plus récemment, V. le *Rapport sur la mise en place des bureaux d'exécution des peines*, Inspection générale des services judiciaires, Inspection générale de l'administration, avril 2006, spéc. p. 3 ; *JCP* 2006, act. 432. Ce rapport confirme que les taux d'exécution des peines sont globalement insuffisants.

nourrissait BECCARIA quant à l'existence d'une corrélation entre l'incertitude de la punition et la progression de la délinquance : « *Un des moyens les plus sûrs de réprimer les délits, ce n'est pas la rigueur des châtiments, mais leur caractère infaillible* »¹²⁴⁶. Etablir cette proportion d'ineffectivité des peines revient à nier les caractéristiques fondamentales de celles-ci. S'agissant tout d'abord des fonctions désirées de la peine, l'intimidation et la resocialisation sont naturellement inapplicables puisque n'ayant, en ces cas précis, aucun objet. Ensuite, la fonction certaine de la peine – la rétribution – demeure elle-aussi indéniablement sans objet. Aucun équilibre n'est en effet réalisé par le simple prononcé de la peine : le désordre social engendré par l'infraction perdurera même avec une acuité plus intense. Par le manque d'appui de ses fonctions, la sanction pénale n'a dès lors plus de réelle consistance et sa signification même semble s'altérer. De quel symbolisme la sanction est-elle encore empreinte lorsque celle-ci ne s'inscrit dans aucune véritable matérialité ? Nous remarquons ici à quel point l'utilisation matérielle de la sanction pénale peut influencer son acception même.

509. L'espoir né de la mise en place des bureaux de l'exécution des peines. – En faisant obligation à chaque parquet de tenir un « *registre d'exécution des peines* », l'article D. 48 issu du décret n° 60-898 du 24 août 1960 avait institué un instrument utile quant à la gestion de l'exécution des peines sans pour autant prévoir toutes les questions matérielles pouvant s'y reporter. Ce vide a été comblé par le décret n° 2004-1364 du 13 décembre 2004¹²⁴⁷ qui prévoit l'assistance des magistrats du ministère public par un « *secrétariat-greffe chargé de l'exécution des peines* » (C. pr. pén., art. D. 48-1). Le nouvel article D. 48-2 C. pr. pén. énonce ainsi le rôle du greffier en ce domaine. Celui-ci peut, à l'issue de l'audience, recevoir le condamné non incarcéré « *pour lui expliquer la condamnation dont il a fait l'objet* ». Outre cette fonction "pédagogique", le greffier se voit attribuer une mission plus matérielle tenant à la délivrance de convocations devant le juge de l'application des peines, le service pénitentiaire d'insertion et de probation ou encore le service chargé de mettre en œuvre la peine de stage de sensibilisation à la sécurité routière ou la peine de stage de citoyenneté (C. pr. pén., art. art. 48-2, 1°, 2° et 4°). Au-delà de ces convocations, le greffier a en charge enfin

¹²⁴⁶ BECCARIA (C.), *op. cit.*, § XXVII. Et plus loin : « *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 (...)* » (*ibid.*).

¹²⁴⁷ Décret n° 2004-1364 du 13 décembre 2004 modifiant le Code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif à l'application des peines, *JO* du 15 décembre 2004, p. 21247 ; *JO* du 26 décembre 2004, p. 22031 (rectificatif).

de préciser au prévenu condamné à la peine d'amende ou de jour-amende les modalités pratiques pour s'acquitter du montant fixé (art. D. 48-2, 3°).

Au regard de l'importance reconnue à la partie civile par la loi du 9 mars 2004 et notamment son droit constant à être informée, le décret du 13 décembre 2004 poursuit cette reconnaissance. Parallèlement à la possibilité pour le greffier de recevoir le prévenu, l'article D. 48-3 C. pr. pén. dispose de cette même possibilité s'agissant de la partie civile. Cette dernière, à l'issue de l'audience et assistée le cas échéant par son avocat, pourra être informée des modalités pratiques lui permettant d'obtenir le paiement de ses dommages et intérêts ainsi que des démarches nécessaires et du délai quant à la saisine de la commission d'indemnisation des victimes d'infractions.

On le voit, le nouveau système fondé sur le bureau de l'exécution des peines est riche et permet de mettre en adéquation les différents protagonistes chargés, à des degrés divers, de l'exécution des sentences pénales. Ce mécanisme constitue donc une interface indispensable pour renforcer l'efficacité de la justice pénale : « *La mise en place des BEX aura un impact sur l'effectivité de la peine, quelle qu'en soit la nature ; en favorisant l'exécution des peines (...), les BEX contribueront à rendre la justice pénale plus crédible et lui permettront de mieux atteindre ses objectifs en termes de protection de l'ordre public et de réinsertion des délinquants* »¹²⁴⁸. Il convient donc aujourd'hui d'être optimiste sur la généralisation prochaine de ces bureaux qui, à l'heure actuelle, n'ont été établis que sous une forme expérimentale dans certains tribunaux de grande instance.

2) Pouvoir d'injonction dans la mise à exécution des peines

510. Contrainte judiciaire et effectivité de la sanction pénale. – Associé dans certains cas au juge de l'application des peines, le ministère public possède parfois une réelle faculté non seulement de mise à exécution des peines mais également d'incitation à la personnalisation des peines¹²⁴⁹. Dans d'autres situations encore, le ministère public peut jouir d'un véritable moyen de pression sur le délinquant. En cas de non-paiement d'une sanction pécuniaire en effet, « *le procureur de la République peut requérir le juge de l'application des peines de*

¹²⁴⁸ *Rapport sur la mise en place des bureaux d'exécution des peines*, op. cit., p. 7.

¹²⁴⁹ C. pr. pén., art. D. 48-2 issu du décret n° 2004-1364 du 13 déc. 2004 modifiant le Code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif à l'application des peines (*JO* du 15 décembre 2004, p. 21247 ; *JO* du 26 décembre 2004, p. 22031, rectificatif).

prononcer la contrainte judiciaire »¹²⁵⁰. Analysée comme une « mesure privative de liberté comminatoire garantissant le recouvrement de créances pécuniaires »¹²⁵¹, la contrainte judiciaire permet effectivement au procureur de la République de jouer un rôle actif en matière de sanction pénale, confirmant par là son importance dans la définition de cette dernière. Garantissant une certaine effectivité à la sanction pénale, la contrainte judiciaire permet de promouvoir une définition plus intègre de celle-ci. Mais cette définition tend inlassablement à s'obscurcir puisque la contrainte judiciaire elle-même pénètre insidieusement la catégorie juridique de sanction pénale.

511. Nature sanctionnatrice de la contrainte judiciaire. – L'influence du ministère public sur l'évolution de l'acception même de la sanction pénale s'exprime par la mise en œuvre de la contrainte judiciaire, mais peut également s'induire de la nature juridique de cette dernière. Définie vaguement comme une « mesure à caractère pénal »¹²⁵², la contrainte judiciaire ne possède pas une nature juridique clairement établie. Si, comme on l'a justement précisé¹²⁵³, la contrainte judiciaire conserve incontestablement une nature d'exécution des peines, elle poursuit également sur certains points la logique inhérente à la sanction pénale. Ainsi, elle possède une incidence identique à celle de la peine en matière de réhabilitation¹²⁵⁴ et se présente aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme comme une véritable peine au sens de l'article 7 § 1 de la Conv. EDH relatif à l'application du principe de la non-rétroactivité des peines¹²⁵⁵. D'autres raisons militent encore pour un rattachement de la contrainte judiciaire au concept de peine comme par exemple l'application des règles *non bis in idem* et de non-cumul. L'ensemble de ces raisons ont conduit le Pr. JEANDIDIER à établir le

¹²⁵⁰ C. pr. pén., art. 754 al. 3. Nouveauté issue de la loi Perben 2 du 9 mars 2004, la contrainte judiciaire remplace la contrainte par corps sans apporter de réelles modifications de fond, sinon celle tenant à une application désormais possible en matière d'infraction politique.

¹²⁵¹ DETRAZ (S.), « Rémanence et renaissance d'une institution : de la contrainte par corps à la contrainte judiciaire », *Dr. pén.* 2004, ét. 14, p. 11.

¹²⁵² Crim. 12 mai 1960, *Bull. crim.* n° 259 ; *D.* 1960, *Jurisp.* p. 706, note J.-M. R. ; *Rev. sc. crim.* 1961, p. 107, obs. A. Légal – Crim. 29 févr. 1996, *Bull. crim.* n° 100 ; *Dr. pén.* 1996, comm. 135, obs. J.-H. Robert – Crim. 29 mai 1997, *Bull. crim.* n° 212 ; *Dr. pén.* 1997, comm. 152, obs. M. Véron.

¹²⁵³ DETRAZ (S.), *op. cit.*, n°s 14 et 15. V. également Crim. 24 sept. 1996, *Bull. crim.* n° 328 ; *D.* 1996, IR p. 259 – Crim. 29 janv. 2003, *Bull. crim.* n° 20 ; *D.* 2003, IR p. 807 ; *JCP* 2003.IV.1597 ; *D.* 2004, chron. p. 1100.

¹²⁵⁴ C. pén., art. 133-13, 1° ; C. pr. pén., art. 788 (al. 2).

¹²⁵⁵ CEDH 8 juin 1995, *Jamil c/ France*, série A, n° 317-B ; *D.* 1996, somm. p. 197, obs. J.-F. Renucci ; *JCP* 1996.II.22677, note G. Bourdeaux ; *Rev. sc. crim.* 1995, p. 855, obs. L.-E. Pettiti ; *Rev. sc. crim.* 1996, p. 471, obs. R. Koering-Joulin ; *Rev. sc. crim.* 1998, p. 662, obs. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire ; *Rev. sc. crim.* 1998, p. 851, obs. B. Bouloc. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, la contrainte judiciaire (par corps) doit être assimilée à une peine dès lors qu'elle est prononcée par une juridiction répressive, qu'elle est destinée à exercer un effet dissuasif et qu'elle pourrait aboutir à une privation de liberté à caractère punitif (V. spéc. § 32).

caractère dualiste de cette mesure ; selon cet auteur en effet, « *la contrainte [judiciaire] n'est pas uniquement une mesure d'exécution civile mais aussi à divers titres une peine* »¹²⁵⁶.

Au vu de la contrariété des critères relatifs à la nature de la contrainte judiciaire, nous sommes en droit de nous demander si une telle dualité est authentique ? Cette mesure n'est-elle pas finalement qu'un simple moyen incitant au recouvrement des amendes ?

512. Nature incitative de la contrainte judiciaire. – S'il est vrai que la contrainte judiciaire se rapproche sur certains points du concept de sanction pénale, nous devons reconnaître que cette mesure demeure très largement une simple voie d'exécution, un moyen de pression sur la mauvaise foi d'un débiteur récalcitrant¹²⁵⁷. Il ne faut pas oublier en effet que l'exécution de cette mesure ne libère pas la personne de sa condamnation pécuniaire. La contrainte judiciaire ne peut dès lors être nullement présentée comme une peine privative de liberté se substituant à la sanction pécuniaire¹²⁵⁸. Plusieurs conséquences découlent alors de cette solution. Ne constituant pas une peine, et suivant une interprétation stricte des articles 434-27 et 434-28 C. pén., le délit d'évasion n'est pas applicable à la personne soumise à une contrainte judiciaire. De même, les dispositions des articles 729 et suivants du Code de procédure pénale relatifs à la libération conditionnelle ou encore celles des articles 721, 721-1 et 721-3 relatifs aux réductions de peine sont étrangères à cette mesure¹²⁵⁹. Enfin, le divorce entre contrainte judiciaire et peine peut être entièrement prononcé dès lors que nous nous attachons aux aspirations sociales et resocialisantes de la peine, aspirations inexistantes en matière de contrainte judiciaire.

513. Malgré de telles limitations, la contrainte judiciaire possède le mérite de renforcer notre interrogation quant à une possible définition éclairée de la sanction pénale et de

¹²⁵⁶ JEANDIDIER (W.), *Droit pénal général*, Paris, Montchrestien, 2^{ème} éd., 1991, n° 142, p. 160. Sur la dualité de la contrainte judiciaire, V. également RENAUT (M.-H.), « La contrainte par corps. Une voie d'exécution civile à coloris pénal », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 808 où l'auteur parle de « *caractère mixte de la mesure* » ; SPINEDI (M.), « La responsabilité de l'Etat pour "crime" : une responsabilité pénale ? » in ASCENSIO (H.), DECAUX (E.) et PELLET (A.) (sous la dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp. 111-112, n° 48.

¹²⁵⁷ Sur cette idée, V. RENAUT (M.-H.), *op. cit.*, p. 806 et s.

¹²⁵⁸ En ce sens, V. Crim. 29 févr. 1996, *op. cit.* – Crim. 24 sept. 1996, *op. cit.* – Crim. 29 mai 1997, *op. cit.*

¹²⁵⁹ Alors que la loi PERBEN II du 9 mars 2004 avait judiciarisé la contrainte par corps en la transformant en contrainte judiciaire – tendant alors à rapprocher celle-ci de la lecture européenne – le décret n° 2004-1364 du 13 décembre 2004 vise à maintenir la stricte qualification de *mesure d'exécution forcée* pour la contrainte judiciaire. Les articles D. 115-5, 3° et D. 116-1, 3° C. pr. pén. issus de ce décret exposent clairement l'exclusion de la contrainte judiciaire du crédit de réduction de peine, de la réduction de peine supplémentaire et de la réduction de peine exceptionnelle, niant ainsi la volonté initiale du législateur. Sur ce point précis, V. HERZOG-EVANS (M.), « Le décret du 13 décembre 2004. Application et inapplication de la loi Perben 2 », *D.* 2005, chron. p. 1597, spéc. pp. 1597-1598.

percevoir l'éclatement de ce concept comme une menace probable. Le concept de sanction pénale, s'il bénéficie d'une certaine intégrité, reste toutefois bien fragile.

Quelle que soit la teneur de ces affirmations, il convient d'admettre que le rôle du ministère public reste ici cantonné à la mise à exécution de la sanction pénale. L'instauration par la loi du 9 mars 2004 du rapport annuel public sur l'état et les délais d'exécution des peines devant être remis par le procureur de la République¹²⁶⁰ ne bouleverse pas catégoriquement la situation ; l'influence du parquet dans la définition de la sanction pénale ne devenant véritablement significative et incontestable qu'à partir du seul instant où celui-ci possède une réelle fonction dans le choix de cette mesure.

b. Ministère public et proposition d'une mesure ou d'une sanction pénale

514. Deux techniques procédurales permettant au procureur de la République de jouer un rôle plus actif dans la résolution des conflits témoignent d'un élargissement du concept de sanction pénale et font craindre une perte de lisibilité de son approche organique. Que le procureur de la République propose une mesure pénale à travers la procédure de *composition pénale* ou qu'il propose une véritable peine grâce à la technique de *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*¹²⁶¹, la notion de sanction pénale semble effectivement s'étendre (1). Le procureur acquiert effectivement un rôle plus accru dans le prononcé de la sanction pénale et le juge conserve difficilement ses prérogatives essentielles en cette matière (2). Le critère organique, principal élément de définition des sanctions pénales, devient alors progressivement inaccessible.

1) Propositions du procureur de la République et extension du concept de sanction pénale

515. Si, à travers la récente technique de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, le concept de sanction pénale se trouve davantage modifié qu'étendu (β), il est en revanche plus aisé de croire en un élargissement de la notion grâce à la composition pénale (α). Dans les deux situations, le glissement de la sanction au-delà de son acception originelle reste, de prime abord, incontestablement néfaste pour le droit pénal.

¹²⁶⁰ C. pr. pén., art. 709-2 et art. A. 38-2 (Arrêté du 17 févr. 2005 modifiant le Code de procédure pénale et relatif au rapport annuel sur l'état et les délais d'exécution de peines, *JO* du 5 mars 2005, p. 3836, rectific. *JO* du 26 mars 2005).

¹²⁶¹ Les expressions *plaidoyer de culpabilité* ou *plaider-coupable* sont également utilisées pour traiter de cette technique.

α) *La composition pénale, un élargissement de la sanction pénale*

516. Composition pénale et nouvelle logique pénale. – La composition pénale est un mode de résolution des conflits alternatif aux poursuites et à vocation transactionnelle. Dès lors, reconnaître le statut de sanctions pénales aux diverses mesures pouvant être prises par le procureur de la République en vertu de l'article 41-2 C. pr. pén. reviendrait *ipso facto* à reconnaître un élargissement sans précédent du concept de sanction pénale. Encore faut-il que le pouvoir du procureur de la République soit effectivement reconnu en la matière comme un pouvoir expressément sanctionnateur.

La doctrine semble favorable à une telle reconnaissance, défendant ainsi – et souvent de manière inconsciente – l'élargissement de la sanction pénale¹²⁶². Le procureur prendrait en ce domaine des mesures à valeur de sanctions, ce qui n'est pas sans obscurcir notre vision du concept originel de sanction pénale. En effet, ces sanctions interviendraient d'une part dans un type de justice dite "transactionnelle" qui reste éloignée de la logique rétributive inhérente au droit pénal. La notion de sanction pénale serait d'autre part curieusement reliée aux prérogatives punitives – encore incertaines – du procureur de la République, alors même qu'en cette matière, son rôle traditionnel doit rester secondaire.

517. Justice transactionnelle ? – La loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale¹²⁶³ fut présentée comme instaurant « *une nouvelle forme de transaction pénale* »¹²⁶⁴ et inscrivant les prérogatives du procureur de la République en matière de composition pénale « *dans une sorte de nouvelle échelle du pouvoir sanctionnateur* »¹²⁶⁵. Devant une telle présentation, une certaine ambiguïté apparut. Comment est-il possible d'assigner à la composition pénale les fonctions *a priori* contradictoires que sont la transaction et la sanction ? Il est en effet un principe selon lequel toute justice transactionnelle induit une absence totale de recours à la contrainte et à la sanction. L'avantage de ce mode de résolution des conflits est effectivement de mettre fin à la violation d'une norme sans que

¹²⁶² En ce sens, V. PONCELA (P.), « Quand le procureur compose avec la peine », *Rev. sc. crim.* 2002, spéc. p. 638 ; SAAS (C.), « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 827. V. également PRADEL (J.), *Procédure pénale*, op. cit., n° 588 : l'auteur précise qu'il « *ne s'agit pas de peines (...) [mais qu'il] s'agit malgré tout de sanctions punitives fondées sur l'idée de blâme* ». Du même auteur, V. également « Une consécration du "plea-bargaining" à la française : la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 », *D.* 1999, chron. p. 381.

¹²⁶³ *JO* du 24 juin 1999, p. 9247 ; *D.* 1999, Lég. p. 311.

¹²⁶⁴ PONCELA (P.), « Quand le procureur compose avec la peine », op. cit., p. 638.

¹²⁶⁵ *Ibid.*

cette violation soit spécifiquement sanctionnée¹²⁶⁶. Dès lors, l'apparition de la composition pénale, présentée comme la combinaison de ces deux principes antagonistes, devient semble-t-il injustifiable.

518. Transaction et imposition d'une sanction. – Pour surpasser cette apparente aporie, appréhendons de manière plus précise la composition pénale. Est-il aussi net que celle-ci ne puisse rationnellement réunir logique transactionnelle et logique sanctionnatrice ?

Si, de manière explicite, aucune référence n'est faite à la transaction, il convient de remarquer que la composition pénale s'inscrit dans une démarche volontariste et conciliatoire propre aux résolutions transactionnelles des conflits. Les mesures prononcées durant cette phase par le procureur de la République sont donc des mesures débattues entre le délinquant et le ministère public. La composition pénale parvient donc à conjuguer les deux logiques précédentes, menant à cette incohérence selon laquelle la justice pénale, à travers ce mécanisme, prononcerait des sanctions sinon négociées¹²⁶⁷ du moins "discutées". Bâtie sur les idées d'imposition et d'affliction, le droit pénal se voit affublé d'une dimension conciliatoire lors du prononcé de la sanction. Cette dernière ne possède dès lors plus sa nature obligatoire et forcée. Le concept de sanction pénale sort de ses frontières traditionnelles pour traduire une réalité différente du droit pénal devant être classiquement imposé. L'élargissement de ce concept manifeste donc une dénaturation indéniable du droit pénal. Notre seul salut serait celui tenant à l'absence de tout pouvoir de sanction reconnu au procureur de la République en matière de composition pénale. S'il ne détient un tel pouvoir, le juge du siège conserverait en effet cette prérogative sanctionnatrice, garantissant la sanction pénale de tout dévoiement conceptuel.

519. Elargissement et dénaturation subordonnés au pouvoir de sanction du procureur de la République. – Une incertitude règne quant au fait de savoir si le procureur de la République jouit d'un réel pouvoir de sanction, c'est-à-dire si les mesures de composition prises par lui sont de véritables peines. A la lecture de l'article 41-2 C. pr. pén. et de la circulaire d'application de la loi du 23 juin 1999, il apparaît que ces « *mesures présent[ent] un caractère de sanction* »¹²⁶⁸. Le laconisme de cette formule et l'emploi du terme général de

¹²⁶⁶ Sur ce point, V. TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, op. cit., n°s 583 et 587.

¹²⁶⁷ Sur cette idée, V. Dossier spécial « Vers une peine négociée ? », *AJ pén.* 2003, pp. 45 et ss. ; également ALT-MAES (F.), « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ? », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 501.

¹²⁶⁸ Circ. du 11 juill. 2001, CRIM 2001-14F1, *BOMJ* 2001, n° 83, pp. 61 et ss.

sanction – et non de sanction pénale – permettent-ils de conclure à la nature punitive de ces mesures ? Aucune certitude n'est ici possible et la doctrine reste sur ce point fort hésitante¹²⁶⁹.

Un élément permettrait cependant de conférer aux mesures de composition pénale la nature spécifique de peine. Depuis la loi du 9 septembre 2002, le bulletin n° 1 du casier judiciaire porte en effet la mention de l'exécution d'une composition pénale dûment constatée par le procureur de la République¹²⁷⁰. Placée au même rang que la condamnation contradictoire, cette alternative aux poursuites s'apparente donc très largement à une décision de justice sanctionnatrice « *rapprochant ainsi la mesure de composition pénale de la notion de "peine"* »¹²⁷¹. Après validation par le juge¹²⁷², la composition pénale possède donc les caractéristiques d'une véritable condamnation : elle acquiert l'autorité de la chose jugée, est inscrite au casier judiciaire, est exécutoire et éteint l'action publique en vertu de l'article 6 alinéa 3 C. pr. pén. Mais, à considérer plus intensément ces qualités formelles et l'intervention obligatoire du juge, rien n'indique une nature spécifiquement sanctionnatrice¹²⁷³ ; le souci porté à la victime dans le prononcé de la mesure de composition pénale renforçant par ailleurs cette position.

520. Importance de la logique réparatrice de la composition pénale : naissance d'une ambiguïté ? – Un paradoxe semble ici être établi : on est enclin à conférer au procureur de la République un pouvoir sanctionnateur tout en doutant, s'agissant des mesures de l'article 41-2 C. pr. pén., de leur intégration expresse dans la catégorie des *sanctions pénales*. Ce doute provient principalement du fait que la composition pénale induit également une démarche réparatrice du dommage subi par la victime¹²⁷⁴. La composition pénale aurait donc une nature hybride : elle tendrait certes au prononcé de mesures pénales de nature répressive mais elle

¹²⁶⁹ V. notamment la présentation du Pr. PRADEL de la nature juridique de ces mesures (*supra*). Plus directement, nombre d'auteurs ne prennent pas position sur cette nature, occultant ce point : STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Procédure pénale*, op. cit. ; DEBOVE (F.) et FALLETTI (F.), op. cit. ; GARÉ (T.) et GINESTET (C.), *Droit pénal, procédure pénale*, Paris, Dalloz, coll. Hyper-cours, 2^{ème} éd., 2002. V. toutefois la formule du Pr. SOYER : « *la composition pénale renonce à l'exemplarité de la peine au profit de la réinsertion toujours espérée* ». L'auteur définit même cette technique de « *désarmement pénal* » (*Droit pénal et procédure pénale*, op. cit., n° 676, p. 275).

¹²⁷⁰ C. pr. pén., art. 768, 9°.

¹²⁷¹ CÉRÉ (J.-P.) (avec la collaboration de P. Remilleux), « De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le "plaider coupable" à la française », *AJ pén.* 2003, p. 50.

¹²⁷² L'article 8 de la loi n° 2005-47 du 26 janvier 2005 relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance donne la possibilité au juge de proximité de valider une mesure de composition pénale.

¹²⁷³ Seule la substance de la mesure permettrait de lui assigner une telle nature. Sur l'importance du critère substantiel, V. *infra*, n^{os} *et ss.*

¹²⁷⁴ C. pén., art. 41-2 al. 2.

poursuivrait également et surtout un objectif civil ; cette perspective extra-pénale de la composition pénale faisant quelque peu obstacle à l'introduction des diverses mesures de l'article 41-2 dans la catégorie des sanctions pénales.

Pourtant, en les considérant de manière plus précise, en examinant leur intensité et leur sévérité, elles possèdent manifestement des liens étroits avec les sanctions pénales *stricto sensu*¹²⁷⁵. Il est difficile de ne pas reconnaître par exemple l'amende pénale sous les traits de l'amende de composition, le travail d'intérêt général sous ceux du travail non rémunéré au profit de la collectivité ou encore les retraits et suspensions de permis sous ceux des remises prévues par l'article 41-2, 4° et 5° C. pr. pén. Dès lors, on remarque une très forte similitude entre les peines correctionnelles des articles 131-3 et suivants du Code pénal et les mesures de composition pénale. Certaines se retrouvent même sous une dénomination identique comme l'accomplissement d'un stage de citoyenneté (C. pén., art. 131-3, 4° ; C. pr. pén., art. 41-2, 13°) ou l'interdiction d'émettre des chèques et d'utiliser des cartes de paiement (C. pén. 131-6, 9° ; C. pr. pén., art. 41-2, 8°) ; la seule distinction pouvant alors être effectuée entre ces mesures tient à leur modalité d'exercice ou, le plus souvent, à leur durée.

521. On le voit, la lecture organique du concept de sanction pénale reste malaisée du fait de l'intrusion de la composition pénale dans la législation. Bien que le pouvoir de sanction du procureur de la République ne puisse être établi de manière indiscutable et que l'affiliation de la nature des mesures prises à celle des sanctions pénales semble délicate, un assombrissement de la notion de sanction pénale demeure. L'intervention plus ou moins directe du parquet dans ce concept et le manque de précision expresse et légale sur ce point favorisent en effet la dispersion de la définition de la sanction pénale. Ce concept ne peut, dès lors, trouver un quelconque enrichissement. Cette difficulté, tenant à la caractérisation de la mesure prononcée, ne se retrouve pas s'agissant du plaidoyer de culpabilité qui conduit précisément au prononcé d'une *peine*.

¹²⁷⁵ Certains auteurs posent même le postulat selon lequel il s'agit indiscutablement de sanctions pénales : PONCELA (P.), « Quand le procureur compose avec la peine », *op. cit.*, spéc. p. 640 ; SAAS (C.), *op. cit.*, spéc. p. 830. Pour une approche plus modérée, V. GUINCHARD (S.) et BUISSON (J.), *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 1259 : la composition pénale « peut être qualifiée de punitive dans la mesure où elle tend à sanctionner la personne impliquée ».

β) *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, une évolution de la sanction pénale*¹²⁷⁶

522. Symbolisme fuyant. – La mise en place par la loi du 9 mars 2004 du plaidoyer de culpabilité ne pouvait qu’entraîner une modification de l’acceptation de la sanction pénale. L’objectif de cette nouvelle modalité de jugement¹²⁷⁷ consiste à « *alléger les audiences correctionnelles, à diminuer les délais de jugement et à conduire au prononcé de peines mieux adaptées et plus efficaces car acceptées par l’auteur du délit* »¹²⁷⁸. Cette procédure poursuit donc l’œuvre engagée par la loi du 23 juin 1999 relative à la composition pénale et mettant en place une véritable justice négociée¹²⁷⁹. Si nous ne remettons pas en cause la nécessaire acceptation morale par le prévenu de sa sanction – afin notamment que celle-ci puisse jouer une fonction préventive minimale – ou la salutaire coopération de ce dernier à la manifestation de la vérité, nous récusons le dévoiement de la justice pénale tendant à lui faire perdre sa fonction symbolique procédant du caractère imposé de la seule punition. Sous couvert de parvenir à un traitement plus rapide des affaires pénales¹²⁸⁰, le législateur ne doit pas réduire la nature contraignante du droit pénal. Remettre en cause le caractère imposé du droit pénal par le jeu de procédures négociées revient à nier la particularité même de ce droit. Originellement, le droit pénal est un droit punitif subi et exprime le paradoxe suivant lequel il constitue une atteinte aux libertés publiques afin précisément de les garantir¹²⁸¹. Cette justice ne peut donc qu’être inscrite dans une logique de prescription et non dans une simple démarche consensuelle.

¹²⁷⁶ Il est davantage question ici d’une évolution que d’un élargissement de la sanction pénale dans la mesure où la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité se fonde sur le concept même de *peine*, contrairement à la composition pénale qui, extérieure à cette notion, supposait nécessairement l’extension de cette dernière.

¹²⁷⁷ Contrairement à la composition pénale – contenue dans le livre 1^{er} C. pr. pén. relatif à l’action publique et l’instruction – qui constitue une alternative aux poursuites, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité – contenue dans le livre 2^{ème} relatif aux juridictions de jugement – représente un réel mode de jugement, alternatif à l’audience classique.

¹²⁷⁸ Circ. du 2 sept. 2004, CRIM 04-12E8, p. 5. La circulaire précise également que l’audience d’homologation « *ne saurait par définition être assimilée à une audience devant le tribunal correctionnel donnant lieu à un débat contradictoire entre l’accusation et la défense* » (p. 27).

¹²⁷⁹ Avant même la loi du 23 juin 1999, nous devrions citer la loi du 4 janv. 1993 instituant la médiation pénale. Révélatrice d’une certaine privatisation de la justice pénale, nous analyserons ce point plus loin dans notre étude (V. *infra*, n^{os} *et ss.*).

¹²⁸⁰ Le Pr. PRADEL qualifie ce genre de traitements de « *TGV de la procédure pénale* » (*Procédure pénale*, op. cit., n^{os} 609 et 610). Un autre auteur parle de « *diminutif au jugement* » (GIUDICELLI (A.), « Observations sous Cass. avis 18 avril 2005 et CE ord. réf. 11 mai 2005 (Repenser le plaider coupable) », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 593).

¹²⁸¹ Sur ce paradoxe pénal, V. DELMAS-MARTY (M.) et LUCAS DE LEYSSAC (C.) (sous la dir.), op. cit., p. 437.

523. Critique de la logique transactionnelle. – Pour relativiser l’amenuisement du caractère imposé du droit pénal, on a discuté¹²⁸² le fait que le consentement n’ait pour objet que le recours à une procédure simplifiée et non l’adhésion à une peine. Cette dernière restant alors un élément imposé¹²⁸³. Mais s’il est vrai que la préoccupation originelle demeure le règlement rapide du conflit et hors instance classique, nous ne pouvons nier la logique transactionnelle qui se met inéluctablement en place. Même si le plaidoyer de culpabilité reste – restera ? – éloigné du *plea-bargaining* anglo-saxon en refusant toute institution d’une négociation directe et explicite sur la peine, nous ne devons pas occulter l’évidence : le droit pénal perd incontestablement une part de sa nature imposée dès l’instant que la personne délinquante détient le pouvoir d’accepter ou de refuser la ou les peines alors proposées, en acceptant ou refusant la procédure l’y amenant. Sans œuvrer dans le sens d’une sévérité exacerbée, nous ne pouvons récuser le fait selon lequel l’acte punitif n’a plus, dans une telle logique "quasi-contractuelle"¹²⁸⁴, de portée véritable. Une négociation implicite sur la peine existe puisque le prévenu accepte cette procédure en sachant, préalablement à la proposition, que la peine sera inférieure – sauf en ce qui concerne l’amende – à celle encourue durant une instance classique. Si l’individu ne négocie pas directement la peine avec le procureur, il négocie plus largement – en avouant être l’auteur des faits – une réduction légale de sa sanction ; le caractère imposé du droit pénal étant, par ce biais-là, tout aussi atteint.

Poursuivre cette démarche consensuelle reste concevable, mais qu’elle s’institue alors en dehors du droit pénal sous peine d’annihiler le symbolisme de ce dernier et d’aggraver l’illisibilité déjà patente de sa sanction. Si sanction pénale il doit y avoir, celle-ci ne peut qu’être l’issue d’une procédure subie puisque telle est l’essence du droit pénal.

524. Rôle du ministère public dans la détermination du droit de punir. – Dans le domaine de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, la sanction pénale se trouve modifiée par l’immixtion du procureur de la République dans le *choix* de la sentence. Dépassant sa fonction originelle d’engagement de l’action publique, caractérisant déjà les

¹²⁸² SAAS (C.), *op. cit.*, p. 838.

¹²⁸³ La procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité prévoit en effet la seule proposition d’une peine par le parquet et l’homologation ou non de cette dernière par le siège. Cette technique n’envisage donc pas l’instauration d’un débat sur la peine. Pour l’instauration d’un tel débat, V. spéc. DELAGE (P.-J.), « La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : quand la pratique ramène à la théorie », *D.* 2005, chron. pp. 1970 et ss., spéc. 1972.

¹²⁸⁴ DELPRAT (L.), « La Cour de cassation et le Conseil d’Etat doivent-ils plaider coupable ? », *Dr. pén.* 2005, ét. 10, spéc. n° 26.

prémices du droit de punir¹²⁸⁵, ce magistrat possède désormais un rôle actif dans la détermination des contours de ce droit, ce qui influe inexorablement sur les traits de la sanction pénale. Le procureur de la République ne possède plus seulement un pouvoir de proposition d'une *mesure*, s'apparentant grossièrement à une sanction pénale. Désormais, grâce au plaidoyer de culpabilité, il peut proposer une véritable *peine*¹²⁸⁶.

Poursuivant la logique émise par l'instauration de la composition pénale, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité façonne de nouvelles attributions pour le ministère public allant au-delà de son pouvoir de réquisition et de mise à exécution de la peine. Cette nouvelle fonction conduit incontestablement à une illisibilité de la sanction pénale, d'autant que cette première cause de dénaturation se trouve aggravée par la perte, par le juge du siège, de ses prérogatives traditionnelles en la matière.

2) Affaiblissement des prérogatives du juge et altération du concept de sanction pénale

525. Il est certain que la technique de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, dans le sillage de la composition pénale, témoigne d'un renforcement des pouvoirs du ministère public envers la sanction pénale. Dès lors que le procureur de la République s'inscrit plus activement dans la démarche conduisant au prononcé de la sanction, se substituant progressivement au juge, il est évident que la définition de cette dernière se trouve modifiée (α) ; le monopole du juge du siège en matière de droit de punir se trouvant par ailleurs très largement remis en cause (β).

α) Substitution du procureur au juge dans l'instauration de l'audience en matière de plaidoyer de culpabilité

526. **Statut des membres du parquet.** – Selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, les membres du parquet – qui ne sont pas considérés comme des juges *stricto sensu* – ne sauraient être systématiquement reconnus comme des "magistrats" au sens de l'article 5 § 3 Conv. EDH. Suivant le juge européen en effet, possèdent le statut de "magistrat", les seuls membres du parquet justifiant d'une indépendance

¹²⁸⁵ V. *supra*, n° .

¹²⁸⁶ A la lecture de l'article 495-8 C. pr. pén., aucune incertitude n'existe en effet sur la nature juridique de cette mesure.

et d'une impartialité réelles ; de telles qualités organiques¹²⁸⁷ imposant une rupture avec toute faculté de poursuite¹²⁸⁸. De ce point de vue, il est dès lors évident que les parquetiers français ne satisfassent nullement à de telles exigences¹²⁸⁹.

L'émergence en faveur du procureur de la République d'une fonction de plus en plus active dans le processus menant à l'exercice du droit de punir semble donc contrarier cette position européenne. Conférer des prérogatives à un magistrat non reconnu au niveau européen comme réunissant des qualités incontestables et respectueuses du procès équitable¹²⁹⁰ semble en effet pour le moins paradoxal.

527. Conduite d'une "audience pré-sententielle" par le parquet. – Quelle que soit la position européenne, le fait est que le droit positif français reconnaît au procureur de la République un rôle directeur dans une phase préalable à l'exercice du droit de punir¹²⁹¹. La mise en place de la composition pénale ou du plaidoyer de culpabilité ont effectivement permis au magistrat du parquet de devenir l'instigateur exclusif¹²⁹² d'une audience que nous dénommons pré-sententielle. Il est certain que le monopole exercé à ce stade par ce magistrat traduit une dénaturation de certains éléments du procès pénal. Du seul fait de la reconnaissance de la culpabilité par la personne, des phases essentielles du procès – appréciation et reconnaissance des faits et de la culpabilité, détermination de la réponse à y

¹²⁸⁷ RENUCCI (J.-F.), « Le procureur de la République est-il un magistrat au sens européen du terme ? », *Mélanges Cohen-Jonathan*, op. cit., p. 1347.

¹²⁸⁸ CEDH 22 mai 1984 (3 arrêts), *De Jong, Baljet et Van Den Brink c/ Pays-Bas*, Série A, n° 77 ; *Van Der Sluijs, Zuiderveld et Kloppe c/ Pays-Bas*, Série A, n° 78 ; *Duinhof et Duijff c/ Pays-Bas*, Série A, n° 79 : *Rev. sc. crim.* 1985, p. 141, obs. L.-E. Pettiti ; *Journ. dr. intern.* 1986, p. 1056, obs. Rolland et P. Tavernier. Pour une réaffirmation récente de cette jurisprudence, V. CEDH 3 juin 2003, *Pantea c/ Roumanie*, D. 2003, p. 2268, obs. J.-F. Renucci.

¹²⁸⁹ Pour la seule décision européenne intéressant les parquetiers français, V. Com. EDH 6 déc. 1984, *Dobbertin c/ France*, DR 39, p. 93. Sur ce point, V. également GUINCHARD (S.) et BUISSON (J.), *Procédure pénale*, op. cit., n° 342 et 414.

¹²⁹⁰ L'exemple de l'article 5 § 3 Conv. EDH démontre que les exigences du procès équitable ne sauraient se résumer au seul article 6 de ce même texte.

¹²⁹¹ Une telle reconnaissance n'est pas surprenante puisque la Cour de cassation conférait au procureur de la République le statut de magistrat au sens européen du terme, sans établir la moindre violation avec l'article 5 § 3 Conv. EDH : Crim. 10 mars 1992, *Bull. crim.* n° 105 – Crim. 28 janv. 1992, *Bull. crim.* n° 32. Le Conseil constitutionnel adopte la même position : « l'autorité judiciaire qui, en vertu de l'article 66 de la Constitution, assure le respect de la liberté individuelle, comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet » (déc. n° 93-326 DC du 11 août 1993).

¹²⁹² En matière de composition pénale, le procureur est, conformément à son pouvoir d'opportunité des poursuites, le seul à disposer de cette action. S'agissant de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, la logique est identique. D'une part, le procureur de la République peut d'office décider de recourir au plaidoyer de culpabilité. D'autre part, s'il est vrai que le prévenu (ou son avocat) peut certes demander le recours à cette technique – que les poursuites aient été ou non engagées (C. pr. pén., art. 495-7 et 495-15) – le procureur conserve l'entière décision de faire droit ou non à cette demande.

apporter – se trouvent effectivement confisquées par le parquet. L’instauration de cette nouvelle audience influe donc sur la définition de la sanction pénale. Si nous verrons que celle-ci reste le fruit d’une décision juridictionnelle¹²⁹³, elle peut, au préalable, être préparée ou avoir été proposée par le parquet. La sanction pénale, par le manque de contentieux sur la culpabilité, est donc considérée en amont de l’intervention du juge du siège, alors même que celui-ci constitue le critère distinctif de cette mesure. Ce déplacement du centre de gravité du jugement¹²⁹⁴ conduit donc à une évolution incontestable – mais critiquable – de la notion de sanction pénale ; évolution perceptible même si matériellement, le procureur de la République ne détient aucun véritable droit de punir ou pouvoir de sanction, entendu comme le prononcé officiel de la peine.

528. Absence de droit de punir du parquet. – Après avoir perçu l’importance du procureur de la République d’un strict point de vue matériel¹²⁹⁵, nous mettons ici en évidence le rôle d’impulsion que celui-ci détient désormais par rapport à la sanction pénale. Mais impulser une sanction ne revient pas à la prononcer, de sorte que la conduite de l’audience pré-sententielle ne peut être assimilée à un véritable droit de punir. Il ne peut en effet s’agir d’un réel pouvoir sanctionnateur dans la mesure où la décision conférant l’autorité de la chose jugée et affirmant la réalité du droit de punir ne lui appartient pas¹²⁹⁶. Il ne s’agit que d’une attribution préalable au droit de punir et non d’un pouvoir décisionnel directement lié à l’exercice de ce droit. Ce pouvoir reste l’apanage du juge et il est dès lors abusif d’affirmer que « *l’équilibre entre les pouvoirs du parquet et ceux du siège vacille* »¹²⁹⁷. Du reste, la présence facultative du ministère public à l’audience d’homologation en cas de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité semble traduire parfaitement la persistance du monopole du juge du

¹²⁹³ Nous entendons par "décision juridictionnelle" un acte émanant de l’organe ayant pour mission de juger, de trancher une contestation, c’est-à-dire celui qui détient la *jurisdictio*. En ce sens, V. CORNU (G.) (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Juridiction-Juridictionnel » ; GUINCHARD (S.) et al., *Droit processuel*, op. cit., n°s 740 à 785 et spéc. n° 741 et n°s 779 à 785 ; RENUCCI (J.-F.), « Le procureur de la République est-il un magistrat au sens européen du terme ? », op. cit., p. 1345 et spéc. note n° 3 ; WIEDERKEHR (G.), « La logique du procès (propos introductifs) », *Mélanges Cohen-Jonathan*, op. cit., p. 1753 : « *le juge dit le droit en tranchant le litige et tranche le litige en disant le droit* » ; D’AMBRA (D.), *L’objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Paris, LGDJ, 1994.

¹²⁹⁴ VALOTEAU (A.), « Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? », *Dr. pén.* 2006, ét. 8, n° 13.

¹²⁹⁵ V. *supra*, n° et n°s *et ss.*

¹²⁹⁶ *Contra.*, ALT-MAES (F.), op. cit., p. 515. Concernant les alternatives aux poursuites, l’auteur précise que le « *parquet a ainsi acquis, avant l’engagement effectif de la procédure, et sous le contrôle du magistrat du siège, une "fonction décisionnelle" nouvelle* ».

¹²⁹⁷ SAAS (C.), op. cit., p. 828.

siège dans l'exercice *effectif* du droit de punir¹²⁹⁸. Encore faut-il toutefois que le rôle joué par le juge ne soit pas artificiel.

β) *Persistance discutable du monopole du juge du siège dans le prononcé de la peine*

529. Caractère juridictionnel des décisions. – Qu'il s'agisse de la composition pénale ou de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, il n'a jamais été question de remettre entre les mains du parquet le pouvoir de prononcer une peine¹²⁹⁹ ; la censure par le Conseil constitutionnel de l'injonction pénale – qui ne prévoyait aucune validation de la procédure par la juridiction de jugement – est encore largement dans les esprits¹³⁰⁰. Le pouvoir du parquet reste un pouvoir de proposition. Le juge conserve la plénitude de son pouvoir de sanction et en demeure le seul détenteur. La démonstration du maintien du rôle prépondérant du juge provient d'une part de l'extinction de l'action publique du fait de ces procédures (C. pr. pén., art. 6 al. 1 et 3) et d'autre part de la mention de ces dernières au casier judiciaire (C. pr. pén., art. 768, 1° et 9°). Cela manifeste donc parfaitement l'assimilation de ces techniques – alternative aux poursuites pour l'une, condamnation ayant force de chose jugée pour l'autre – à de réelles décisions issues des juridictions de jugement conduisant à un exercice effectif du droit de punir. L'ambiguïté demeure toutefois sur ce point car le juge contrôle plus qu'il ne tranche le conflit.

530. Contrôle du juge du siège et naissance effective du droit de punir. – La pratique peut conduire à penser que les validations en matière de composition pénale et les homologations

¹²⁹⁸ Sur ce point précis, V. la loi n° 2005-847 du 26 juill. 2005, *JO* du 27 juill. 2005, p. 12224. Cette loi modifie le second alinéa de l'article 495-9 C. pr. pén. en précisant que durant l'audience publique d'homologation, la présence du procureur de la République « *n'est pas obligatoire* ». Préalablement à cette loi, V. Cass. (avis), 18 avril 2005, *D.* 2005, IR p. 1114, *Jurisp.* p. 1200, note J. Pradel (« Le ministère public doit-il être présent à l'audience d'homologation dans le cadre de la procédure de plaider coupable ? ») ; *JCP* 2005, act. 232 – C.E. ord. réf., 11 mai 2005 (n°s 279833 et 279834), *Syndicat des avocats de France*, *D.* 2005, IR p. 1379, obs. A. Astaix ; *AJDA* 2005, p. 1030 ; *JCP* 2005, act. 273. Le Conseil d'Etat a soulevé l'irrégularité des circulaires des 2 sept. 2004 et 19 avril 2005 rendant facultative la présence du ministère public à l'audience d'homologation. V. également DELPRAT (L.), « La Cour de cassation et le Conseil d'Etat doivent-ils plaider coupable ? », *op. cit.*

¹²⁹⁹ *Contra*, SAAS (C.), *op. cit.*, p. 831. Cet auteur estime qu'en matière de plaider de culpabilité, le procureur de la République prononce la peine conformément à l'article 132-24 C. pén. Or, s'il est vrai qu'il doit respecter ces dispositions, il n'en reste pas moins que ce respect s'inscrit dans son *seul* pouvoir de proposition de la peine et de détermination corrélatrice de sa nature et de son quantum (C. pr. pén., art. 495-8). Dans le même sens, V. MAISTRE DU CHAMBON (P.), « Observations hétérodoxes sur quelques évolutions de la procédure pénale », *op. cit.*, spéc. p. 408.

¹³⁰⁰ Cons. const. 2 févr. 1995, déc. n° 95-360 DC, *JO* du 7 févr. 1995, p. 2097 ; *D.* 1997, somm. p. 130, obs. T. S. Renoux. Cette technique violait le principe de la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement, principe désormais inscrit à l'alinéa 2 de l'article préliminaire du Code de procédure pénale.

en matière de plaider coupable effectuées par le juge du siège sont purement artificielles et que ce dernier remplit en ce domaine une simple fonction de chambre d'enregistrement¹³⁰¹. Est-ce le cas et sommes-nous dès lors confrontés à une atténuation *réelle* du rôle du juge ?

Une réponse sur ce point ne peut être que nuancée. Le juge du siège conserve seul le pouvoir de décider de la suite à donner à de telles techniques. Le maintien de ce rôle actif est très clairement réaffirmé dans la décision du Conseil constitutionnel du 2 mars 2004 relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité et plus spécialement dans l'une de ses sept réserves d'interprétation. Analysant la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, le Conseil estime qu'il appartient au président du tribunal de grande instance¹³⁰² « *de vérifier la qualification juridique des faits et de s'interroger sur la justification de la peine au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur* ». Il précise en outre « *qu'il pourra refuser l'homologation s'il estime que la nature des faits, la personnalité de l'intéressé, la situation de la victime ou les intérêts de la société justifient une audience correctionnelle ordinaire* » ; le refus pouvant en dernier lieu être refusé « *si les déclarations de la victime apportent un éclairage nouveau sur les conditions dans lesquelles l'infraction a été commise ou sur la personnalité de son auteur* »¹³⁰³. Si cette réserve jouit d'une certaine influence et d'une réelle effectivité, c'est-à-dire si la motivation exigée par l'article 495-11 C. pr. pén. traduit véritablement un contrôle du juge, comment sera-t-il encore possible de soutenir que celui-ci n'est qu'un simple « *juge-tampon* »¹³⁰⁴ ? Si le rôle moteur¹³⁰⁵ est sans conteste attribué au procureur de la République, il ne faudrait pas nier trop rapidement les pouvoirs de contrôle, d'approbation ou de désaveu du juge qui lui garantissent son rôle décisionnel en matière de condamnation. Selon la lecture donnée par le Conseil constitutionnel du plaidoyer de culpabilité, le pouvoir de jugement est loin d'être éteint. N'oublions pas que l'appel principal pouvant être formé par le prévenu

¹³⁰¹ En ce sens, V. SAAS (C.), *op. cit.*, p. 840 ; DELAGE (P.-J.), « La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité... », *op. cit.*, p. 1972 : « *le juge français doit se contenter d'un insuffisant et insatisfaisant pouvoir d'appréciation indirecte sur la peine, au détriment de l'essence même de sa fonction, qui, bien au-delà de la reconnaissance par le législateur d'une simple option, consiste à trancher, à dire une vérité réfléchie et non pas préétablie* ».

¹³⁰² Ou au juge délégué par lui.

¹³⁰³ Cons. const. 2 mars 2004, déc. n° 2004-492 DC, consid. n° 107. Pour une analyse de ce considérant, V. LAZERGES (C.), « Le Conseil constitutionnel acteur de la politique criminelle. A propos de la décision 2004-492 DC du 2 mars 2004 », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 734 et s.

¹³⁰⁴ LAZERGES (C.), *op. cit.*, p. 735.

¹³⁰⁵ SAAS (C.), *op. cit.*, p. 841.

porte, en toute logique, sur la seule ordonnance du juge et non sur la proposition du parquet¹³⁰⁶. Sans l'adhésion du juge, cette proposition n'est rien, autrement dit la sanction pénale n'a point d'existence et le droit de punir ne pourra jamais être exercé par ce biais-là.

531. Limites du contrôle du juge du siège quant à la détermination des contours du droit de punir. – Malgré tout l'optimisme que nous venons de développer au regard du pouvoir de contrôle du juge du siège, nous ne pouvons occulter un indéniable affaiblissement de ses fonctions les plus traditionnelles. Reconnaissons en effet qu'il se trouve aujourd'hui, par la composition pénale et plus encore par le plaidoyer de culpabilité, « *dépossédé de l'essentiel de ses prérogatives habituelles : il ne décide pas de la culpabilité, ni ne prononce, à proprement parler, la peine. Il n'est qu'un organe de contrôle qui est prisonnier d'une alternative : entériner le choix du Parquet ou le refuser* »¹³⁰⁷. Ne disposant que d'une marge de manœuvre réduite quant à la teneur de la peine, ne possédant aucun pouvoir d'appréciation sur la culpabilité de l'agent, le juge ne peut plus s'inscrire comme l'élément essentiel de la définition de la sanction pénale. S'il conserve un rôle de déclenchement dans l'exercice du droit de punir, précisons toutefois qu'en matière de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, l'application par le procureur de la République de l'article 132-24 C. pén. ou encore sa faculté de prévoir le sursis ou l'un des aménagements de l'article 712-6 C. pr. pén.¹³⁰⁸ témoignent d'un certain dessaisissement par le juge de son pouvoir sanctionnateur. Le président du tribunal de grande instance possède certes le pouvoir discrétionnaire d'accepter (C. pr. pén., art. 495-9) ou de refuser l'homologation de la proposition du procureur (C. pr. pén., art. 495-12), de sorte que nul déclin de la fonction du juge du siège ne semble pouvoir être relevé¹³⁰⁹. Mais s'il est vrai qu'il peut rejeter la proposition et conserver alors pleinement son rôle de détermination des contours et du prononcé de la sanction pénale à travers la mise en mouvement d'une procédure dite classique¹³¹⁰, on ne saurait toutefois occulter le point fondamental selon lequel, dans la procédure de "plaider coupable", le juge du siège ne peut rien modifier de ladite proposition de peine. Il homologue ou non la peine sans pouvoir

¹³⁰⁶ C. pr. pén., art. 495-11 al. 3.

¹³⁰⁷ VALOTEAU (A.), *op. cit.*, n° 14.

¹³⁰⁸ C. pr. pén., art. 495-8 al. 1 et 2.

¹³⁰⁹ Il en est de même en matière de composition pénale, le président du tribunal de grande instance devant être saisi par requête du procureur de la République aux fins de validation de la proposition (C. pr. pén., art. 41-2 al. 6 ; V. également C. pr. pén., art. 41-3 dern. al.).

¹³¹⁰ Selon l'article 495-12 en effet, « *le procureur de la République saisit (...) le tribunal correctionnel (...) ou requiert l'ouverture d'une information* ».

retoucher à sa nature ou à son quantum¹³¹¹, l'audience se vidant alors « du débat sur la culpabilité et sur la peine, l'une et l'autre se déterminant en amont devant le procureur »¹³¹². La mission essentielle du juge tenant à la mise en balance de faits matériellement établis et de sanctions pénales abstraitement prévues se dissipe devant l'exigence de célérité. Mais à chercher l'efficacité du droit pénal d'un côté, on nie son intégrité de l'autre ; la sanction pénale étant la victime malheureuse de cette quête de rendement¹³¹³.

Devant ces divers éléments, force est de constater que l'organe ayant une compétence principale quant à la détermination des contours essentiels des peines devient de plus en plus difficile à identifier. La sanction pénale se trouve modifiée par l'immixtion du parquet et son approche organique se trouve progressivement remise en cause par la perte, par le juge du siège, de son rôle essentiel de détermination du droit de punir. Cette illisibilité formelle de la sanction pénale trouve en outre un écho dans sa conception substantielle. Ses caractéristiques propres semblent en effet s'effriter.

B. – Illisibilité de la conception substantielle de la sanction pénale

532. Suivant les diverses approches de la sanction applicable en droit pénal, un principe directeur semble avoir été révélé : le caractère punitif de la mesure. Seul ce critère peut finalement apparaître comme l'élément fédérateur de définition de la sanction pénale. Selon cette perspective, les théories classiques – rétributivistes et utilitaristes – du XVIII^{ème} siècle ont une place privilégiée, nous l'avons vu¹³¹⁴, dans la détermination de la substance de la sanction pénale. Cependant, ces théories percevaient l'utilisation du droit de punir – et corrélativement le prononcé d'une sanction pénale – davantage comme une véritable *obligation* dévolue à l'Etat¹³¹⁵ que comme une *prérogative à la discrétion* de l'autorité souveraine.

¹³¹¹ La composition pénale suit la même logique ; le juge ayant la simple faculté de valider ou non la mesure.

¹³¹² GIUDICELLI (A.), « Observations sous Cass. avis 18 avril 2005 et CE ord. réf. 11 mai 2005 », *op. cit.*, p. 593.

¹³¹³ Sur la non-exclusivité de la célérité comme qualité requise de la justice pénale, V. spéc. PEREIRA (B.), « Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ? », *D.* 2005, p. 2041, n° 5 : « l'efficacité de la répression ne semble pas pouvoir être réduite à l'exigence de la célérité des procédures : elle comprend également l'établissement de la culpabilité de la personne intéressée, la certitude de la peine et la proportionnalité de celle-ci par rapport à l'infraction commise ».

¹³¹⁴ V. *supra*, n^{os} *et ss.* et spéc. n^{os} *et ss.*

¹³¹⁵ Sur ce point, il est indispensable de se reporter à l'exposé de M. Alvaro P. PIRES in DEBUYST (C.), DIGNEFFE (F.) et P. PIRES (A.), *op. cit.*, pp. 209 et ss. L'auteur établit notamment la distinction entre la conception pré-classique du droit de punir qui percevait déjà celui-ci comme l'*ultima ratio* et la conception classique de ce droit, qui favorisait une automaticité dans son utilisation.

Devant ce nœud gordien autour de la conception du droit de punir¹³¹⁶ et pour s'opposer à cette conception de la sanction pénale, des mouvements doctrinaux – l'Ecole positiviste italienne et la *Défense sociale nouvelle* notamment – s'élevèrent pour atténuer, sinon occulter, le caractère obligatoire du droit de punir. Ainsi, le droit pénal ne devait plus systématiquement punir pour assurer la paix sociale ; il devait plus largement et directement protéger la société par des mesures appropriées et étrangères à toute idée punitive. Mais ces doctrines, en voulant et en pensant affaiblir l'influence du droit de punir sur le droit pénal et en cultivant l'insaisissable notion de *mesure de sûreté* (1°), développèrent finalement et paradoxalement l'action punitive, généralisant ainsi le concept de *peine*, non sans générer par ailleurs une certaine confusion dans l'approche substantielle de la sanction pénale (2°).

Afin d'entreprendre l'examen de la dénaturation de la sanction pénale, il est donc indispensable de se référer aux mesures de sûreté qui trouvèrent leur plus parfait aboutissement théorique dans la doctrine de la *Défense sociale nouvelle*. Ainsi, nous limiterons sciemment notre analyse à cette thèse qui, indirectement, contribua à obscurcir le concept de sanction pénale¹³¹⁷.

1°/ L'apparente sous-utilisation du droit de punir et les insaisissables mesures de sûreté

533. Mesures de sûreté. – L'éloignement de la conception classique et rationnelle du droit pénal s'induit de la mise en relief du concept de *dangerosité*. Par la prise en considération de la notion de risque, l'Ecole positiviste italienne et la *Défense sociale nouvelle* s'estimèrent placées dans une pure perspective de prévention¹³¹⁸. En se concentrant sur le risque, les idées neuves alors émises dans le courant des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, et principalement le mouvement de Marc ANCEL, favorisèrent une approche scientifique du droit pénal (a) perceptible par la nature *a priori* préventive des mesures mises en place (b), à savoir les mesures de sûreté.

¹³¹⁶ *Ibid.*

¹³¹⁷ Nous privilégions l'examen de cette thèse pour d'autres raisons. Tout d'abord, son développement et sa systématisation sont dus à un magistrat français, conseiller à la Cour de cassation, Marc ANCEL. Elle eut donc en France une existence doctrinale intense. Ensuite, elle demeure l'une des théories pénales les plus récentes. C'est en effet l'un des derniers mouvements ayant voulu modifier la conception traditionnelle du droit pénal. Enfin, la *Défense sociale nouvelle* eut certaines influences quant à l'élaboration de la législation pénale française (V. *infra*).

¹³¹⁸ En usant ici des termes de risques et de prévention, nous souhaitons simplement faire référence à la prévention de la délinquance grâce au prononcé de sanctions pénales et non grâce à l'incrimination de comportements dangereux.

Si nous avons déjà examiné la dimension matérielle des mesures de sûreté, il convient à présent de s'interroger plus spécifiquement sur leur fondement et leur pertinence. Ces mesures sont classiquement présentées comme tendant « à éviter la commission d'infractions ou la récidive par la neutralisation de l'état dangereux d'un individu »¹³¹⁹. Ce type particulier de sanction pénale – dont l'existence légale est, nous l'avons vu, fortement discutable – s'inscrit pleinement dans une dynamique pluridisciplinaire de lutte et de réaction contre la délinquance. En effet, loin d'être simplement des réponses pénales à une criminalité, ces mesures tendent à devenir des outils d'adaptation de la répression à la diversité de cette dernière. En théorie, les mesures de sûreté perçoivent – plus que les peines – le délinquant comme un être flexible : il l'a été puisqu'il fut tenté par la délinquance au vu de divers éléments criminogènes ; il le sera au regard de la sanction qui lui sera appliquée. L'objectif affiché des mesures de sûreté reste donc l'évolution future du délinquant par l'imposition d'une sanction regroupant des fondements variés – juridique, sociologique, psychologique et thérapeutique – et ayant des applications variables. L'essentiel est en effet de s'adapter, plus que ne saurait le faire une peine classique, à la modification incessante de la dangerosité et, parallèlement, de la socialisation des individus. Mais en s'imposant une telle ambition, les mesures de sûreté ne se perdent-elles pas dans des considérations éloignées du droit pénal ? Et surtout, ces mesures sont-elles à même de garantir les objectifs auxquels elles se sont astreintes ?

a. Dangerosité et approche scientifique du droit pénal : l'illusion de la Défense sociale nouvelle

534. C'est en se concentrant sur la lecture scientifique excessive du droit pénal effectuée par le mouvement réformateur de la *Défense sociale nouvelle*¹³²⁰ que l'on peut entrevoir le plus justement la dénaturation du droit pénal et de la substance même de sa sanction. Cette

¹³¹⁹ BEZIZ-AYACHE (A.), *Dictionnaire de droit pénal général et procédure pénale*, op. cit., v° « Mesures de sûreté ». V. également PRADEL (J.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 554.

¹³²⁰ Sur ce terme de "mouvement", V. la justification donnée par Marc ANCEL : « la défense sociale (...) constitue non une théorie dogmatique ou une école doctrinale, mais un mouvement : mouvement d'opinion et mouvement de réforme, qui cherche à promouvoir une politique criminelle nouvelle » (« Un programme minimum de défense sociale », *Rev. sc. crim.* 1955, p. 563). V. également BOUZAT (P.) et PINATEL (J.), *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. 1, op. cit., n° 50, p. 60 ; LAZERGES (C.), « La défense sociale nouvelle a 50 ans. L'actualité de la pensée de Marc Ancel », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 165 : « Plus qu'une doctrine aboutie, la défense sociale est bien un mouvement tendant à produire un changement par l'effet d'une politique criminelle construite pour le moyen et le long terme » ; ANCEL (J.-P.), « La défense sociale nouvelle a 50 ans. Actualité de la défense sociale nouvelle », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 171.

approche exagérément scientifique de la discipline pénale demeure en effet quelque peu anachronique vis-à-vis d'une matière qui se trouve par essence étrangère à de telles considérations. « *Née dans le sillage de l'Ecole anthropologique et sociologique italienne, la défense sociale a suivi un chemin indépendant* »¹³²¹ sans pour autant rétablir le droit pénal dans sa vraie nature. Si ce mouvement reste méritoire par les idées neuves qu'il a avancées (1), il convient de remarquer qu'il reste tout de même illusoire du fait du relatif détachement du droit pénal envers toute approche scientifique de la mise en œuvre du droit de punir (2).

1) Une politique criminelle méritoire

535. Considération sociale et scientifique de l'Homme. – Outre son attachement à l'institution judiciaire et au principe de légalité, le Mouvement de *Défense sociale nouvelle* se caractérise par son respect particulier de la personne et de la dignité humaines. Empreint d'un fort esprit humaniste, ce courant privilégie une connaissance scientifique du délinquant. Suivant cette thèse – et contrairement à la Défense sociale radicale de GRAMATICA – si le droit pénal doit être conservé, c'est uniquement pour assurer une resocialisation de l'agent par une prise en considération de sa personnalité et de ses capacités de réadaptation. Ce que prônent ainsi les partisans de la *Défense sociale nouvelle* est un examen personnalisé, « *une rééducation individualisée* »¹³²² en vue d'une part, de la protection de la Société contre la criminalité et, d'autre part, de la prévention de toute introduction – ou réintroduction – dans la criminalité des membres de la Société. Ils souhaitent, contrairement aux positivistes, non plus exclure les délinquants mais les réinsérer au sein du groupe. Pour se faire, Marc ANCEL expose très clairement la nécessité d'apporter au droit pénal des modifications qui « *devront trouver leur source dans une étude scientifique [des] problèmes* »¹³²³ soulevés par la délinquance.

Se voulant l'instigatrice d'une philosophie pénale moderne, la *Défense sociale nouvelle* se rattache donc directement à des concepts techniques. Elle « *fait appel à toutes les Sciences de l'homme et à l'emploi méthodique de la recherche scientifique* »¹³²⁴ pour parvenir à un traitement du délinquant qui sera le plus adéquat. Psychologues, psychiatres, assistantes

¹³²¹ ANCEL (M.), « La peine dans le droit classique et selon les doctrines de la défense sociale », *op. cit.*, p. 192. V. également, *La défense sociale nouvelle*, *op. cit.*, p. 175 : la défense sociale « *était née de la révolte positiviste, en tant que le Positivisme conduisait à repenser les problèmes du droit pénal pour substituer à une construction purement juridique une politique criminelle fondée sur les enseignements de la science expérimentale* » ; GASSIN (R.), « Considérations sur le but de la procédure pénale », *Mélanges Pradel*, Paris, Cujas, 2006, spéc. p. 112.

¹³²² ANCEL (M.), « Un programme minimum de défense sociale », *op. cit.*, p. 567.

¹³²³ *Ibid*, p. 568.

¹³²⁴ ANCEL (M.), *La défense sociale nouvelle*, *op. cit.*, p. 35.

sociales... tels doivent donc être les nouveaux collaborateurs du juge. Ce dernier reste l'acteur principal de la réaction sociale mais trouve une assistance dans ces diverses connaissances techniques. « *La défense sociale cherche ainsi à rendre juristes et criminologues conscients de la nécessité de leur collaboration* »¹³²⁵. Mais si le recours à ces techniques reste honorable dans son principe, il reste quelque peu abscons et extérieur à la réalité pénale quotidienne.

2) Une politique criminelle illusoire

536. Risque de dispersion du droit pénal. – Notre propos n'est pas ici de critiquer, au sens péjoratif du terme, la *Défense sociale nouvelle*. Nos développements précédents ne sauraient être remis en cause. Nous souhaitons simplement mettre en avant le fait qu'approcher la délinquance de manière *exclusivement* thérapeutique reste illusoire dans la mesure où la réalité pénale demeure quelque peu en retrait par rapport à cette stricte conception scientifique du traitement de la délinquance. Certes, le droit pénal prend, d'une certaine façon, acte de cette thèse. Des mesures directement liées à la lutte contre la dangerosité et le risque de récidive et favorables à la resocialisation du délinquant existent effectivement dans l'arsenal pénal actuel. Il s'agit, de manière générale, des divers modes d'individualisation de la sanction¹³²⁶. De manière plus spécifique, les récentes mesures issues de la loi du 12 décembre 2005, telles que la surveillance judiciaire ou le placement sous surveillance électronique mobile, témoignent également du possible attachement du droit pénal moderne aux conceptions de la *Défense sociale nouvelle*. Ces mesures dite de "sûreté" ne peuvent en effet être ordonnées qu'à l'encontre d'une personne majeure et délinquante « *dont une expertise médicale a constaté la dangerosité* »¹³²⁷. On le voit, l'approche scientifique du droit pénal s'intensifie, les considérations techniques déterminant alors l'intensité de la réaction sociale.

Pourtant, si la *Défense sociale nouvelle* a trouvé un écho dans le droit pénal positif, il faut remarquer que ce dernier ne s'enrichit pas nécessairement par ce mouvement, faisant alors craindre un risque de dénaturation de sa part. En effet, transformer le droit pénal par la participation d'autres disciplines – quelle que soit la légitimité des motifs de leur intervention – revient à modifier sa substance et sa nature. Marc ANCEL semblait d'ailleurs avoir perçu ce

¹³²⁵ *Ibid*, p. 315.

¹³²⁶ V. l'ordonnance n° 58-1296 du 23 déc. 1958 (sursis avec mise à l'épreuve) et les lois n° 75-624 du 11 juill. 1975 et n° 83-466 du 10 juin 1983 (peines alternatives à l'emprisonnement comme notamment le travail d'intérêt général). V. également *supra*, n°s *et ss.*

¹³²⁷ C. pén., art. 131-36-10. V. également C. pr. pén., art. 723-31 et 763-10. Plus globalement, V. le suivi socio-judiciaire avec injonction de soins (C. pr. pén., 131-36-4).

danger. Il énonce en effet qu' « *une telle coopération ne peut se réaliser que si elle laisse à chaque discipline son intégrité fondamentale en même temps qu'elle suscite les rapprochements nécessaires* »¹³²⁸. Mais confronter le droit pénal à des matières lui étant parfois très étrangères tout en conservant son intégrité fondamentale, cela ne revient-il pas à resserer plus intensément le nœud gordien que cette doctrine avait cru délier ?

537. Limites à l'utilisation scientifique du droit pénal : le rôle incertain de la criminologie. – L'objectif affiché par la *Défense sociale nouvelle* ne saurait en lui-même être critiqué. Obtenir une connaissance satisfaisante de la personnalité du délinquant en vue de sa réinsertion et de la protection de la Société est naturellement louable. Notre démarche s'inscrit davantage dans une critique liée à la dépréciation du droit pénal et au manque de réalisme de cette thèse. Ce manque d'enrichissement du droit pénal s'expliquant par une impossible utilisation essentiellement scientifique du droit pénal.

La politique criminelle doit, selon nous, se construire en priorité autour du droit pénal pouvant obtenir de simples éclairages de disciplines diverses. La réponse sociale exemplaire face à une délinquance grave doit être avant tout pénale et, suivant notre conception de cette matière, essentiellement rétributive. Aussi est-il inconcevable que le recours aux sciences de l'Homme puisse modifier la nature même du droit pénal devant demeurer par principe un droit sanctionnateur et à portée hautement symbolique. La criminologie qui reste sans nul doute la discipline clinique ayant les liens les plus étroits avec le droit pénal ne peut – et ne doit – se confondre avec lui ou se substituer à lui dans la construction d'une politique criminelle¹³²⁹. La criminologie doit rester cette assistance du droit pénal dans la compréhension du passage à l'acte, dans la détermination des facteurs criminogènes, dans la mise en évidence des éléments permettant au délinquant d'apprécier son geste et sa peine ou encore dans la construction de moyens de lutte contre la délinquance et la récidive. La logique criminologique, si elle doit incontestablement pénétrer le champ pénal, ne saurait toutefois devenir un élément de sa

¹³²⁸ ANCEL (M.), *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 339 (c'est nous qui soulignons).

¹³²⁹ Sur ce point, V. GASSIN (R.), *Criminologie*, op. cit., n° 21 ; PRADEL (J.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 71, p. 74 : « *Eminemment utile, la criminologie ne saurait cependant prendre la place du droit pénal. Le rêve d'une nouvelle justice en blouses blanches qui remplaceraient la justice des robes rouges ou noires serait pleine de dangers pour les libertés individuelles et peut-être même pour l'intégrité physique* » ; STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 55, p. 46 : « *Il ne faudrait cependant pas s'imaginer que l'influence de la criminologie pourra aller jusqu'à englober un jour tout le droit pénal et à se substituer à lui dans une sorte de traitement de la pathologie sociale, où le juriste n'aurait que faire. Les recherches criminologiques fournissent des observations de la plus haute utilité, mais il n'y a là qu'une partie de ce "donné" avec lequel le législateur doit élaborer le droit positif (...)* ».

philosophie sous peine de donner naissance à un droit pénal dénué de sa substance originelle fondée sur la rétribution et la punition d'un homme.

Or, tel semblait être le danger émanant de la vision que la *Défense sociale nouvelle* s'était forgée du droit pénal. S'il s'était instauré et développé une telle acception scientifique de la répression, il aurait été en effet inconcevable de croire en sa viabilité au sein même du droit pénal.

538. *Incompatibilité entre les mesures de défense sociale et le droit pénal.* – La réaction pénale est avant tout une réponse fondée sur le droit et la rétribution d'un acte et, par conséquent, ne peut être construite autour d'une finalité essentiellement thérapeutique. Un tel glissement reste possible ; il ne s'agirait plus alors du droit pénal entendu aujourd'hui comme l'officialisation d'un reproche fait à un membre de la Société au regard de l'accomplissement d'un acte anti-social et en vue du rétablissement de l'ordre public. Il s'agirait plutôt d'un droit, non spécifiquement "pénal" – puisque non directement tourné vers la sanction – en charge du traitement d'un individu ayant été sujet d'une « *situation-problème* »¹³³⁰ qu'il faut tenter de prévenir. De ce fait, si l'on souhaite instituer de réelles mesures de défense sociale ou de sûreté, c'est en dehors du droit pénal qu'il convient de mener la réflexion. D'ailleurs, comme le souligne le Pr. J.-H. ROBERT, des « *mesures de sûreté existent certainement en droit français, mais elles n'appartiennent pas au droit pénal* »¹³³¹.

Par de telles immixtions et par de telles analyses scientifiques du phénomène criminel, le droit pénal peut trouver une certaine forme d'enrichissement ; il risque également de se perdre dans des considérations pouvant apparaître superfétatoires. Aussi est-il possible d'entrevoir, à travers l'examen critique de l'efficacité des mesures préventives, la persistance de l'irrationalité de cette appréciation du droit pénal fondée en priorité sur une autre assise que la rétribution.

b. Dangerosité et apparente nature préventive des mesures de sûreté : l'inanité de la Défense sociale nouvelle

¹³³⁰ BERNAT DE CELIS (J.), « Les grandes options de la politique criminelle. La perspective de Louk Hulsman », *Arch. pol. crim.* 1982, n° 5, p. 31.

¹³³¹ ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, op. cit., p. 410. L'auteur cite notamment la rétention des personnes ivres sur la voie publique ainsi que les hospitalisations d'office ou sur demande d'un tiers.

539. En nous concentrant principalement sur le Mouvement de *Défense sociale nouvelle*¹³³², nous remarquons que la mise en perspective de mesures préventives de lutte contre la délinquance induisant une individualisation de la réaction sociale (1) reste d'une effectivité restreinte (2).

1) *Individualisation de la réaction sociale*

540. **De SALEILLES à ANCEL.** – Avant même la mise en perspective par la Défense sociale de la nécessité d'adapter la réponse pénale à la personnalité du délinquant, Raymond SALEILLES avait déjà systématisé une telle approche. S'inscrivant dans une logique classique, il se différencia toutefois de ce courant en avançant comme objectif essentiel de la réaction pénale le relèvement du délinquant par le prononcé d'une sanction adaptée à sa personnalité. Cette individualisation ne semble donc pas s'opposer à celle préconisée un demi-siècle plus tard par ANCEL¹³³³.

Pour autant, la *Défense sociale nouvelle* parvient à se séparer de cette individualisation néo-classique en se dégageant de la responsabilité morale et en admettant l'intervention du droit pénal pour l'ensemble des délinquants, et ce quelle que soit la teneur de leur responsabilité pénale. Contrairement à SALEILLES qui perçoit la responsabilité comme un concept aux dimensions collectives, c'est-à-dire comme la désignation par la société d'une antisocialité, ANCEL quant à lui estime que la responsabilité doit avoir une acception strictement individuelle : « *la responsabilité consiste dans le sentiment interne de responsabilité que possède normalement tout être humain* »¹³³⁴. Cette proximité de la réaction sociale vis-à-vis de l'individu incitant, théoriquement, à une plus grande prévention de la délinquance. En effet, la responsabilité est « *un élément psychologique sur lequel il devient alors possible de fonder une réaction anti-criminelle de récupération sociale* »¹³³⁵.

¹³³² S'agissant de l'École positiviste italienne, le concept de prévention n'a que peu de signification dans la mesure où ces auteurs prônent, outre la réinsertion préventive, l'élimination des délinquants jugés inaptes à toute forme d'amendements. Pour cette doctrine, cette exclusion des personnes constitue une catégorie particulière de prévention. Aussi, devant cette lecture atypique de la prévention, préférons-nous réserver les propos suivants à la seule *Défense sociale nouvelle* pour laquelle le terme *prévention* demeure la clé de voûte tout en conservant une perspective sociale.

¹³³³ Ces propos de SALEILLES prouvent la similarité des idées défendues par ces deux auteurs : « *A l'idée que la peine était un mal pour un mal, on substitue l'idée que la peine est un moyen pour le bien, un instrument soit de relèvement individuel, soit de préservation sociale. La peine a un but social qui est dans l'avenir* » (OTTENHOF (R.) (sous la dir.), *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, éd. Erès, 2001, p. 25)

¹³³⁴ ANCEL (M.), *La défense sociale*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 1985, p. 51.

¹³³⁵ *Ibid.*

541. De l'individualisation à la désillusion. – Avec pour objectif essentiel de construire le jugement pénal comme l'appréciation d'un acte et d'une personne, de prendre ainsi en considération tant les éléments factuels que ceux relatifs à la personnalité de l'agent, de tendre au prononcé d'une mesure ayant comme finalité exclusive la resocialisation du délinquant et enfin de favoriser par-là même la prévention sociale du crime, la *Défense sociale nouvelle* semble apporter à la Société des réponses naturelles, convenables et humaines à la lutte contre la délinquance. Mais devant cet indéniable apport pour la répression pénale, ne faut-il pas relativiser tout excès d'enthousiasme et mettre en évidence les difficultés dont souffre la prévention en terme d'effectivité ?

2) *Effectivité discutable de la prévention*

542. La logique préventive issue de la *Défense sociale nouvelle* présente de nombreuses faiblesses. La première tient à son éviction possible – et paradoxale – par la rétribution (α). La seconde provient de l'importance excessive – et illusoire – accordée à la prise en considération de la personnalité de l'agent (β). L'ensemble de ces éléments, associé à l'influence que peut encore drainer aujourd'hui la *Défense sociale nouvelle*, assombrit très largement la conception substantielle de la sanction pénale.

α) *Eviction de la prévention par la rétribution*

543. Recours nécessaire à la rétribution. – Le Mouvement de Marc ANCEL reste particulièrement attaché aux mesures de défense sociale ou de sûreté du fait que celles-ci peuvent, semble-t-il, parvenir le plus parfaitement à la resocialisation du délinquant. Soucieuse de réaliser de manière exclusive cette finalité préventive, la *Défense sociale nouvelle* devrait être conduite à écarter toute mesure classique, c'est-à-dire punitive. Or, selon le fondateur même de ce mouvement, « la *Défense sociale nouvelle* (...) ne rejette nullement, par principe, tout châtement de caractère rétributif »¹³³⁶. Cette position s'explique par le fait que certaines actions – les infractions involontaires notamment – imposeraient le prononcé de mesures strictement rétributives. En effet, dès lors qu'aucune attitude psychologique spécifiquement contraire aux valeurs sociales n'est révélée, tout effort en vue de rétablir l'individu dans une logique de respect de ces valeurs perd de son intérêt. La réponse pénale devant être apportée à ce type de délinquance demeure alors régie par une logique rétributive :

¹³³⁶ ANCEL (M.), « Défendre la défense sociale ? », *Rev. sc. crim.* 1964, p. 190.

l'ordre social, déséquilibré par l'imprudence, la négligence ou l'inattention d'un individu, doit être rétabli par l'imposition d'une peine qui ne possède d'autre fonction que d'affirmer symboliquement l'importance de la valeur sociale alors atteinte. A l'inverse, un processus de prévention de la délinquance n'a de réelle pertinence qu'au regard d'une personne établie dans une logique hostile aux règles sociales, non envers un individu indifférent à celles-ci¹³³⁷. La prévention, entendue comme la réinsertion du délinquant, induit une opposition prouvée de ce dernier à l'encontre des valeurs sociales. Et c'est exclusivement contre cette opposition que les mesures de sûreté agiront et tenteront d'élaborer un travail d'apprentissage des règles sociales.

544. Confusion de la prévention et de la rétribution ? – Dans cette dernière hypothèse, la logique préventive alors suivie est-elle si éloignée de toute forme de rétribution ? Le fait que l'on recherche, à travers les diverses mesures prononcées, une moralisation du comportement et, par là même, un maintien de la paix sociale semble apporter une réponse négative à cette interrogation. L'approche kantienne de la peine consistant en la mise en évidence d'une obligation morale de punir n'est, dès lors, pas très éloignée de la prévention même si celle-ci la dépasse en inscrivant son action dans une cadre moral *et* utilitaire... ou présumé comme tel. La prévention, telle qu'imaginée par la *Défense sociale nouvelle* et présentée comme l'ensemble des modalités permettant de lutter contre la délinquance par une recherche de la resocialisation des individus, n'est finalement qu'une forme moderne, légitime mais incertaine de la fonction rétributive de la peine. Au-delà de l'obligation morale de punir, s'ajoute l'ambition sociale de réinsérer, ambition frappée toutefois du sceau de l'incertitude ; celle-ci prenant appui sur la difficulté quant à une prise en considération totale de la personnalité des agents pénaux.

β) Prévention et considération partielle de la personnalité

545. Outre la non-exclusion explicite de la fonction classique de la peine, la seconde faiblesse de la *Défense sociale nouvelle* est de fonder l'ensemble de sa théorie sur la prise en compte de la personnalité du délinquant et le prononcé de mesures de sûreté *a priori* adaptées à cette personnalité. Or, d'une part, la prise en considération de la personnalité demeure un

¹³³⁷ Nous retrouvons ici la distinction établie par le Doyen DECOCQ : « *La conduite psychologique coupable qui caractérise l'acte infractionnel s'analyse soit en une hostilité, soit en une indifférence à l'égard de la valeur sociale protégée par la qualification* » (*Droit pénal général*, op. cit., p. 207).

processus nécessairement partiel et, d'autre part, les mesures de sûreté n'ont pas, en pratique, démontré une efficacité plus intense que les peines.

546. Impossible analyse intégrale de la personnalité de l'agent. – L'inclusion du droit pénal dans un domaine où règne la subjectivité ne peut que faire douter de l'intégrité de son action. En effet, la justice pénale saura-t-elle pleinement mettre en lumière les différentes facettes de la personnalité du délinquant, facettes devant obligatoirement être révélées dans un système de Défense sociale dans lequel la répression trouve précisément son fondement dans l'amendement de la personne ? Dès l'instant où les mesures devant être prononcées sont modelées sur la personnalité de l'agent, il paraît pour le moins inconcevable, voire paradoxale, de laisser de côté certains de ses aspects. L'analyse de la personnalité doit donc être intégrale ce qui est naturellement inconcevable. Si les diverses connaissances psychologiques, psychiatriques, sociologiques et criminologiques peuvent aider le juge à comprendre le passage à l'acte, elles ne sauraient élaborer les contours de la réaction sociale et de la mesure pénale devant être adoptée. La prise en compte de la personnalité de l'agent, si elle constitue un impératif pour le prononcé de toute décision pénale, ne peut être qu'un des éléments d'appréciation à la disposition du juge. Dès lors, elle ne peut raisonnablement constituer le critère irréfutable pour la détermination de la réponse pénale la plus adaptée. Celle-ci doit être le produit d'une approche dualiste dans laquelle les éléments tant subjectifs qu'objectifs ont leur importance. Plus qu'un scepticisme, c'est un doute réel que nous nourrissons quant à la capacité de sonder véritablement les fragments les plus intimes de la personnalité humaine et d'établir par ce biais une réponse pénale effective. Ce doute se trouvant favorisé par le remise en cause de l'efficacité même des mesures de sûreté.

547. Doute sur l'utilité matérielle des mesures de sûreté. – En intégrant dans la réaction sociale des données personnelles, les mesures de sûreté instituent au sein du droit pénal une forme de répression fondée sur le "cas par cas" devant dès lors entraîner une meilleure prise en charge de la délinquance et une lutte plus efficace contre la récidive. Force est toutefois de constater que l'histoire du droit pénal se confond avec l'échec de la prévention. Jamais il n'a été clairement démontré que le droit pénal jouait un rôle essentiel et effectif dans la lutte contre la récidive, ou plus généralement, contre la délinquance elle-même. Pour démontrer l'acuité de cette désillusion, nous nous permettons de retranscrire ces quelques lignes du rapport ARPAILLANGE : « *La sanction pénale est censée à la fois punir, intimider, éliminer ou*

neutraliser au moins provisoirement, amender et resocialiser le délinquant, tout en exerçant un effet de dissuasion sur ses imitateurs éventuels. Ces diverses fonctions ne sont en réalité guère compatibles. Les tribunaux prononcent des mesures qui ne sont bien souvent ni intimidantes ni rééducatrices. Ils n'osent plus punir, ils n'ont pas les moyens de traiter, de telle sorte que ce mélange des genres rend l'intervention judiciaire équivoque, parfois aberrante et finalement peu efficace »¹³³⁸.

548. Doute sur l'utilité symbolique des mesures de sûreté. – Si nous voulions aller plus loin dans notre démarche critique envers l'efficacité des mesures de sûreté, nous pourrions affirmer que la prise en considération de la personnalité du délinquant ne permet pas précisément de mettre en évidence une valeur sociale. La rétribution d'un acte, passant par le prononcé d'une peine – nécessairement afflictive et infamante¹³³⁹ – possède cette qualité de révéler à la société que telle valeur vient d'être violée et nécessite, dès lors, une protection totale¹³⁴⁰. En usant de souplesse et de proximité avec le délinquant, les mesures de sûreté perdent les aspects symboliques, voire moralisateurs, qui sont propres à la peine. Comment ces mesures peuvent-elles alors constituer un enrichissement pour le droit pénal dès lors qu'elles se trouvent dénuées des caractéristiques essentielles de la répression ? La dénaturation du droit pénal par les mesures de sûreté s'explique donc par le fait que ce dernier doit inévitablement suivre une logique pénale rétributive et qu'aucune utilisation scientifique de cette matière ne soit véritablement possible.

Afin de relativiser nos craintes quant à une dépréciation du droit pénal, il est intéressant de remarquer que la *Défense sociale nouvelle*, dans son analyse de la réaction sociale, admet qu'aucune distinction ne doit être effectuée entre la peine et la mesure de sûreté. Si Marc

¹³³⁸ Rapport Arpaillage cité in SOYER (J.-C.), *Droit pénal et procédure pénale*, op. cit., n° 52. Pour preuve de cette faiblesse persistante en matière de lutte contre la récidive, il est avancé que « 31 % de récidive générale tout type d'infractions confondues » infecte aujourd'hui le champ pénal (« Le traitement de la récidive des infractions pénales », *Gaz. Pal.* 13 et 14 oct. 2004, actualité p. 24 ; *AJ pén.* 2005, p. 6). V. également LÉONARD (G.), « Rapport fait au nom de la commission des lois sur la proposition de loi de MM. P. Clément et G. Léonard relative au traitement de la récidive des infractions pénales », Assemblée nationale, n° 1979 (citant la revue *Infostat Justice* d'août 2003). Pour des chiffres plus récents encore, V. RAZAFINDRANOVONA (T.), « Les condamnés de 2004 en état de récidive », *Infostat Justice* juin 2006, n° 88, p. 1 où l'auteur avance un taux de "recondamnation" de 31,1 %. Et déjà, V. CARTIER (M.-E.), « Rapport de la commission d'étude pour la prévention de la récidive des criminels », *Rev. sc. crim.* 1995, p. 159.

¹³³⁹ DESPORTES (F.) et LE GUNEHÉC (F.), op. cit., n° 770, p. 735 : « toute peine peut être considérée comme afflictive et (...) beaucoup peuvent être ressenties comme infamantes » ; VAN DE KERCHOVE (M.), *Quand dire, c'est punir*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, spéc. pp. 35 à 38.

¹³⁴⁰ Ou du moins une *considération totale* puisque l'effectivité de la protection reste une chose par nature imprévisible et fluctuante.

ANCEL proclame l'unicité de la réaction sociale, c'est toutefois dans un strict but de resocialisation du délinquant et par occultation de toute imposition de souffrance. Mais, contrairement à ce louable objectif, s'il y a aujourd'hui une telle unicité, c'est en privilégiant la notion de peine et, corrélativement, un exercice certain du droit de punir.

2°/ L'évident développement du droit de punir et la généralisation de la peine

549. Nous avons vu précédemment le rapprochement entre la prévention et la logique rétributive¹³⁴¹. Il convient maintenant de compléter cette analyse en précisant que les mesures de sûreté – imprégnées théoriquement d'une dynamique préventive – se trouvent finalement englobées dans le concept de peine. Ce que nous envisagions du point de vue de la légalité criminelle¹³⁴² se confirme ici au niveau de la conception substantielle de la sanction pénale. Ceci dénote une prégnance du droit de punir dans l'ensemble des réactions pénales (a) ainsi qu'une propagation de sa fonction essentielle, à savoir la rétribution (b).

a. De la prégnance du droit de punir...

550. La mesure de sûreté intègre la logique inhérente au droit de punir puisqu'elle se confond d'une part avec la notion de peine (1) et s'inscrit d'autre part dans une perspective clairement punitive (2).

1) Peine et mesure de sûreté

551. Confusion des termes. – Même si le concept de *sanction* possède une connotation tant positive que négative¹³⁴³, nous ne pouvons nier le fait que, dès lors qu'il se voit attribuer l'adjectif *pénale*, il ne restitue que sa composante négative et donc répressive : la punition. Demeurant de ce fait dans une stricte pensée kantienne, ce ne serait donc pas seulement la peine mais bien plutôt l'ensemble "sanction pénale" qui posséderait ce caractère punitif. Les rédacteurs du nouveau Code pénal se sont du reste résignés à ce constat. Ils précisèrent en

¹³⁴¹ V. *supra*, n^{os} *et* .

¹³⁴² V. *supra*, n^{os} *à* .

¹³⁴³ En matière constitutionnelle, sanctionner revient à approuver, entériner ou consacrer officiellement une loi, un usage, un mot ou tout autre chose. En revanche, l'acception négative de la sanction renvoie à sa signification la plus courante que nous connaissons en droit et indique le blâme ou le châtement. Cette double perception – positive et négative – de la sanction pourrait être résumée par le titre de l'ouvrage de Jeremy BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses* (1818).

effet que « [d]ésormais, toutes les sanctions pénales [sont], sans distinction des peines [et] sont d'ailleurs ressenties comme telles par le condamné »¹³⁴⁴.

Mais asséner une telle vérité emporte de lourdes conséquences qui *in fine* repousseront notre entreprise – tenter de définir la sanction pénale en droit interne – vers les plus profonds abîmes sémantiques. En effet, une telle logique d'assimilation de la sanction pénale à la punition impose que nous reconnaissons avant toute chose le caractère punitif des mesures de sûreté et leur rapprochement avec le concept de peine.

552. Sous couvert de parvenir à une utilisation moindre du droit de punir, la *Défense sociale nouvelle* – et les diverses doctrines occultant les peines du champ pénal –, en promouvant les mesures de sûreté, généralise au contraire son exercice. Ainsi, la sanction pénale devient *exclusivement* une peine. Les mesures de sûreté se trouvent englobées dans ce seul concept dans la mesure où, paradoxalement, leur logique n'est qu'une logique punitive. Il est dès lors illusoire de pouvoir distinguer la mesure de sûreté « de la notion de peine par son but ou sa fonction, tant il y a intrication des fonctions et multiplicité des objectifs poursuivis par ceux qui prononcent et exécutent des sanctions pénales »¹³⁴⁵. Sous peine de connaître avec précision l'intention du législateur dans la prévision d'une sanction pénale, le caractère de celle-ci se trouve déterminé par l'application qui en est faite. Et, sur ce point, il apparaît que la punition constitue le fondement majeur de l'utilisation de la sanction, réduisant ainsi le concept de mesure de sûreté à « un rôle contingent et subalterne »¹³⁴⁶.

Pour prendre conscience de cette confusion entre les peines et les mesures de sûreté, nous pouvons nous référer à un exemple caractéristique et récent. Bien que les dispositions nouvelles relatives au mandat d'arrêt européen distinguent nettement les peines des mesures de sûreté comme détermination du critère d'émission par un Etat étranger d'un tel mandat, on ne peut manquer de remarquer que les quanta retenus sont identiques¹³⁴⁷. En outre, ces dispositions ne différencient point les peines des mesures de sûreté suivant leur nature. L'article 695-12, 2° C. pr. pén. traite de mesures de sûreté privatives de liberté constitutives

¹³⁴⁴ Exposé des motifs du projet de loi portant réforme du Code pénal, *JO Sénat*, Doc. Parlementaires, 1985-1986, n° 300, p. 7, cité in ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, op. cit., p. 409.

¹³⁴⁵ PONCELA (P.), « La question de la récidive », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 616.

¹³⁴⁶ ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, op. cit., p. 409.

¹³⁴⁷ C. pr. pén., art. 695-12. La durée de la peine ou de la mesure de sûreté encourue permettant l'émission d'un mandat d'arrêt européen par un Etat étranger est de au moins un an. La durée de la peine ou de la mesure de sûreté prononcée est de au moins 4 mois.

d'un emprisonnement. Si de telles mesures existent légalement dans les systèmes étrangers, comment est-il possible de nier leur connotation punitive ? La dénomination "mesures de sûreté" ne peut être utilisée avec légèreté si le fondement même de ces mesures n'est pas atteint. Etablir un emprisonnement sous forme de mesure de sûreté comme le précise cette disposition relève de l'hérésie et de la pure confusion. Suivre cette perspective revient donc à admettre les mesures de sûreté, non plus comme des simples mesures préventives, mais comme de réelles peines dont l'objectif punitif est affirmé.

2) Puniton et mesure de sûreté

553. Souffrance et mesure de sûreté. – Reconnaître le caractère punitif des mesures de sûreté n'est pas de prime abord un exercice aisé. La nécessité d'une infraction préalable facilite toutefois cette reconnaissance. La mesure de sûreté apparaît en effet comme la réponse à une infraction ; réponse n'étant d'ailleurs pas exempte de contrainte et de souffrance. La mesure de sûreté, même si son objectif théorique principal n'est pas de punir, exerce toutefois une punition dans la mesure où d'une part le fait criminel n'est pas occulté et, d'autre part, la mesure elle-même peut parfois être fortement contraignante¹³⁴⁸. Selon le Pr. Jean PRADEL, « *la mesure de sûreté, sans avoir pour but de faire souffrir le délinquant, le fait pourtant souffrir en réalité* »¹³⁴⁹. Aussi est-il difficile, dès lors que nous nous trouvons devant une mesure de sûreté, de ne pas voir en elle ses traits punitifs qui la défigurent sensiblement. Ce caractère punitif peut d'ailleurs être renforcé en pratique dans la mesure où par exemple les mesures de sûreté – contrairement aux peines – ne bénéficient pas de l'amnistie, de la prescription ou de la grâce et peuvent outrepasser le principe de non-rétroactivité de la loi pénale, alors même qu'elles « *peuvent organiser un type de répression qui n'a rien à envier quant à la sévérité aux peines classiques* »¹³⁵⁰. On le voit, les mesures de sûreté, qui tendaient à se confondre pleinement avec les peines, parviennent finalement à révéler une certaine part d'autonomie envers ces dernières. Cette autonomie ne contribue toutefois pas au rejet de la logique

¹³⁴⁸ En est-il ainsi par exemple du suivi socio-judiciaire avec *injonction* de soins. Le terme même d'*injonction* démontre clairement que la mesure de sûreté peut être une disposition coercitive et finalement perçue comme une véritable punition par la personne qui en fait l'objet.

¹³⁴⁹ PRADEL (J.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 555. L'auteur poursuit en précisant que « *cette idée (...) s'est peu à peu développée avec la multiplication de ces mesures* ». Comment pourrait-on soutenir par exemple qu'une interdiction professionnelle – considérée traditionnellement comme une mesure de sûreté – d'une durée de cinq ans serait moins sévère qu'un emprisonnement avec sursis ?

¹³⁵⁰ JEANDIDIER (W.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 142.

punitive, bien au contraire¹³⁵¹. Ainsi, sous couvert d'agir sur la dangerosité de la personne, les mesures de sûreté maintiennent donc une charge contraignante qui, du fait de sa durée et de son intensité, tient de la punition.

554. Les théories préconisant l'utilisation des mesures de sûreté ont cru dépasser la conception selon laquelle l'utilisation du droit de punir est une obligation, tant en terme d'utilité que de rétribution. Mais dès lors que nous appréhendons les mesures qu'elles désirent mettre en place, force est de constater qu'elles n'ont pas complètement dépassé cette conception. L'utilisation d'une contrainte est identiquement prescrite entraînant parfois des obligations plus larges que celles induites de la peine. Le droit de punir, s'il demeure dissimulé sous des appareils sociaux, n'en reste pas moins présent. Il serait même plus étendu dans la mesure où, étant impulsé par une apparente logique de prévention sociale, il concernerait un nombre plus conséquent de comportements.

b. ...à la généralisation de la rétribution pénale

555. **Inexorable rétribution.** – Au lieu de prendre une position intermédiaire comme la défense sociale en admettant *implicitement* la peine rétributive, pourquoi ne pas admettre catégoriquement que la peine est *uniquement* rétributive. La sanction, comme l'explique d'ailleurs magnifiquement Marc ANCEL, devant être seulement considérée comme « *la suppression idéale de l'infraction par l'imposition impérative de son antidote légal (la "négarion de la négation"), qui rétablit l'ordre juridique détruit ou compromis par le délit* »¹³⁵².

Les courants doctrinaux, tels que la *Défense sociale nouvelle*, par la volonté d'inclure la perception de la conscience humaine au cœur du droit pénal, violent la conception classique de cette discipline. Avec peut-être une certaine satisfaction, le Pr. MERLE précise sur ce point que « *malgré le mouvement positiviste et le développement postérieur des études criminologiques, c'est cette image [classique] de la justice pénale qui est encore inscrite dans les codes qui nous régissent, et que tous s'accordent à critiquer* »¹³⁵³. Le droit pénal serait

¹³⁵¹ Pour un exemple de rejet de l'amnistie envers une mesure de sûreté, V. Crim. 7 janv. 1972, *Bull. crim.* n° 4 ; *D.* 1972, p. 501, note G. Roujou de Boubée.

¹³⁵² ANCEL (M.), « La peine dans le droit classique et selon les doctrines de la défense sociale », *op. cit.*, p. 191. Précisons que Marc ANCEL n'adhère bien évidemment pas à une telle lecture morale et kantienne de la peine.

¹³⁵³ MERLE (R.), « Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale. Le point de vue doctrinal », *Rev. sc. crim.* 1964, pp. 727-728.

donc confronté à une fatalité qui serait de lui reconnaître inexorablement une connotation rétributive¹³⁵⁴. La *Défense sociale nouvelle* s'oppose donc « à l'irréalisme d'une élimination de la rétribution »¹³⁵⁵ et favorise de ce fait une complication dans la révélation d'une acception précise de la sanction pénale.

556. Utopique définition de la sanction pénale. – Le mouvement de *Défense sociale nouvelle* reste intéressant dans la mesure où il demeure la dernière tentative de modification profonde de la logique pénale. Mais une telle modification reste illusoire car le droit pénal ne peut être retouché de la sorte. Il n'obéit qu'à son destin qui demeure enserré dans une logique rétributive ; l'admettre permettrait peut-être d'obtenir une définition précise de ce qu'est aujourd'hui la sanction pénale. Élément constitutif du droit pénal, manifestation la plus aboutie du droit de punir, elle doit être déterminée avec une certaine exactitude puisque de son examen découlera la perspective de ce qu'est finalement le droit pénal.

Mais « au moment de [la] définir, chacun [de ses critères de définition] se dérobe et la sanction reste une belle inconnue »¹³⁵⁶. Nous avons certes des indices permettant de savoir si telle mesure peut être intégrée dans la catégorie "sanction pénale" ; mais ces indices, valables pour un certain nombre d'outils juridiques, s'avèrent insuffisants pour beaucoup d'autres mesures. Le critère substantiel par exemple, tiré du caractère punitif des mesures, ne permet pas, à l'instar des autres approches, d'apporter un élément de définition stable. La sanction pénale resterait donc sans définition stricte et regrouperait un ensemble de mesures hétérogènes, ce qui ne peut être satisfaisant pour l'intégrité du droit pénal.

557. Au vu de la multiplicité des concepts gravitant autour de la sanction pénale, on ne sait plus véritablement ce qu'elle regroupe. Du reste, et comme nous l'avons vu, il est probable qu'une augmentation des pouvoirs du procureur de la République en ce domaine se fasse jour ces prochaines années, aggravant l'illisibilité de la matière.

Mais, dans cette dernière hypothèse, est-on certain qu'il sera encore question de punition ou serons-nous confrontés davantage à une forme de transaction ? Si la question reste posée pour

¹³⁵⁴ Ceci ne conduit pas pour autant à une immuabilité de la peine. Le caractère rétributif de la peine n'est pas incompatible avec l'évolution de son exécution (sur ce point, V. spéc. loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 et décret n° 2004-1364 du 13 décembre 2004). La distinction entre mesure de sûreté et peine sur ce critère de « révisibilité de la sanction » est donc aujourd'hui d'aucune pertinence (V. PRADEL (J.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 559).

¹³⁵⁵ PRADEL (J.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 110 : « la condamnation pénale n'est pas seulement une recette thérapeutique, un remède pour l'avenir, mais [elle] est aussi un blâme de la société à l'égard d'un acte passé ».

¹³⁵⁶ JESTAZ (P.), « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chron. 32, p. 197.

ce cas précis, des situations sont déjà perceptibles dans lesquelles la frontière entre le droit de punir et la transaction reste trouble. Réfléchir sur l'acceptation de la sanction pénale au-delà de la compétence exclusive et traditionnelle du juge pénal est certes considérer l'aspect extensif de l'utilisation qui est faite de cette dernière mais c'est également pointer du doigt qu'un usage détourné du droit de punir peut s'effectuer et favoriser la dénaturation du droit pénal.

Conclusion du chapitre 1

558. L'absence de détermination de l'expression même du droit pénal, c'est-à-dire l'absence de définition précise du concept de sanction pénale n'est qu'une facette de la perte de lisibilité de ce droit. La sanction pénale n'est certes plus une notion homogène et révélatrice d'une réalité unique ; mais, en même temps, le droit pénal perd de sa substance dans la mesure où la répression qu'il exerce à l'encontre d'une certaine délinquance n'a plus de réelle rationalité. Par l'extension de l'usage du droit de punir, rendue possible par la mise en cause de la responsabilité pénale des personnes morales ou la protection de valeurs sociales

insignifiantes, le droit pénal ne suit plus sa logique devant être celle de la protection des intérêts fondamentaux de la société. Le droit pénal devient mouvant, voire fuyant. Cette dénaturation s'aggravant par l'usage détourné qui peut, parallèlement, être fait du droit de punir.

Chapitre 2

Dénaturation du droit pénal par l'usage détourné du droit de punir

559. Exercice détourné du droit de punir et risque de déclin de la souveraineté pénale. – L'abaissement au sein même de l'Etat de l'importance de la souveraineté pénale n'a pas seulement comme explication la dénaturation du droit pénal par suite d'une utilisation excessive du droit de punir. Ce risque de déclin est également la conséquence d'un phénomène très précis : l'irruption dans le champ pénal de logiques n'ayant que des liens éloignés avec ses aspirations originelles. Dès lors, ce n'est plus seulement à un usage immodéré du droit de punir auquel nous assistons mais bel et bien à un usage détourné de celui-ci. En intégrant des mécanismes non spécifiquement dirigés vers la garantie de la paix publique, le droit de punir se trouve détourné de son fondement et le droit pénal écarté de sa mission essentielle.

560. Ces nouvelles dynamiques, infectant le droit pénal, traduisent une indéniable volonté de rejet de l'acception traditionnelle du droit de punir. En effet, si l'on détourne une institution, c'est pour la placer dans un environnement que l'on considère plus apte à la recevoir ou pour réformer la teneur même de celle-ci. Dans notre cas, le détournement du droit de punir par le législateur se présente sous deux formes distinctes. Deux tendances rendent effectivement compte de cette crainte envers le droit de punir et, corrélativement, de l'altération certaine de la justice pénale. Le phénomène de *privatisation* se présente tout d'abord comme un système nouveau conduisant à la dénaturation du droit pénal par une utilisation incontestablement amoindrie et détournée du droit de punir ; celui-ci n'est pas alimenté par le souci de protection de l'intérêt général et se trouve même gâté par des

ambitions vindicatives (SECTION 1)¹³⁵⁷. Le mouvement de *dépénalisation* ensuite démontre également l'affaïssement du droit pénal par une diminution du champ d'application du droit de punir en son sein. Mais l'exercice de ce dernier se trouve également détourné par ce biais puisqu'il intègre, pour la résolution de conflits, des disciplines extra-pénales initialement étrangères à lui (SECTION 2).

Par leur essence même, nous verrons que certaines de ces techniques délaissent une part importante du droit de punir dans l'exercice du droit pénal. Dès lors, qu'advient-il de cette parcelle de punition négligée par le droit pénal ? Une partie intègre d'autres disciplines juridiques, étrangères au droit pénal, donnant ainsi naissance à une nouvelle souveraineté *punitiv*e. Si nous devons effectivement nous pencher sur cette dernière¹³⁵⁸, contentons-nous à ce stade de notre étude de présenter cette sortie partielle du droit pénal de la logique punitive ; sortie qui constitue l'une des causes essentielles de son altération.

– Section 1 –

La privatisation, altération du droit de punir au sein de la justice pénale

561. *Intervention inopportune de la victime dans le droit pénal.* – Introduire l'idée de privatisation dans l'analyse du droit de punir revient à considérer le statut de la victime au sein de la justice pénale¹³⁵⁹. Par l'immixtion de la victime, le droit pénal, facteur essentiel du maintien de l'ordre *public*, se trouve investi d'une mission spécifiquement tournée vers la protection d'un ordre privé. Un mécanisme de privatisation se met donc en place au sein du droit pénal avec pour objectif affiché de développer une protection satisfaisante des

¹³⁵⁷ Pour une analyse de la privatisation progressive de l'autorité judiciaire elle-même, V. BENHAMOU (Y.), « Vers une inexorable privatisation de la justice ? Contribution à une étude critique de l'une des missions régaliennes de l'Etat », *D.* 2003, p. 2771.

¹³⁵⁸ C'est logiquement dans la seconde partie de notre étude relative à l'analyse du droit de punir détaché du droit pénal et consacrée aux droits répressifs extra-pénaux que nous étudierons l'intégration du droit de punir par ces derniers (V. *infra*, n^{os} *et ss.*). Les développements relatifs à l'utilisation détournée du droit de punir sont alors nécessairement dédoublés : il y a un processus inhérent au droit pénal – que nous devons ici analyser – et un processus qui lui est extérieur – que nous exposerons plus loin.

¹³⁵⁹ Dénuée de définition officielle, la victime peut se présenter comme *toute personne ayant subi ou subissant une souffrance personnelle, directe ou indirecte, réelle, psychique et/ou matérielle et socialement reconnue comme inacceptable entraînant le besoin de réparation*. Sur les éléments de cette définition, V. CARIO (R.) (SOUS la dir.), *Victimes : du traumatisme à la restauration. Œuvre de justice et victimes*, vol. 2, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 8.

victimes¹³⁶⁰. Une telle dynamique reste en soit louable et apparaissent délicates toutes critiques de celle-ci. En effet, nul ne saurait aujourd'hui contester le fait que la victime d'un acte délictueux puisse obtenir, au travers d'une instance juridique, une satisfaction tant pécuniaire que morale.

Nonobstant cette évidence, une critique peut toutefois provenir de l'opportunité d'instaurer cette satisfaction au sein de l'instance pénale. Si nous analysons ici la privatisation, ce n'est point pour révéler les diverses prérogatives attachées au statut de victimes mais bien pour mettre en évidence les inconvénients de cette intervention sur l'intégrité du droit de punir exercé au sein du droit pénal et, parallèlement, le dévoiement de celui-ci.

562. *Ambiguïté de la victime.* – La victime jouit d'une position ambiguë au sein du droit pénal. Originellement perçue comme l'instigatrice de l'exercice du pouvoir de punir¹³⁶¹, la victime fut présentée dans le droit pénal moderne comme une pièce rajoutée n'ayant, de par la revendication d'avantages strictement privés et pécuniaires, que peu d'intérêt au sein d'une instance guidée par le souci de la réprobation sociale et parfois même morale. Pourtant, force est de constater qu'aujourd'hui la victime n'est plus simplement un rajout mais constitue une véritable partie au procès, au même titre que l'accusation et la défense, ce qui n'est pas sans réviser les contours traditionnels du droit pénal.

563. *Double phénomène de privatisation.* – Analyser le concept de privatisation sous l'angle de la victime est exact mais n'en reste pas moins parcellaire. Le phénomène de privatisation – et d'altération – de la justice pénale se traduit par deux tendances *a priori* distinctes mais se rejoignant inéluctablement par l'importance que le droit pénal confère à la victime et au délinquant lui-même. Il convient donc de mettre en évidence les diverses possibilités d'intervention de l'ensemble des parties privées dans le droit pénal. La première forme de cette intervention est sans conteste la faculté laissée à la victime de porter son action

¹³⁶⁰ Les lois des 15 juin 2000 et 9 mars 2004 traduisent parfaitement cette tendance. Nombreuses sont en effet les dispositions informant la victime, la protégeant ou lui reconnaissant le statut de partie au procès. A titre d'exemples, citons la notification à la victime par le procureur de la République de la suite donnée à l'affaire, en motivant selon le cas le classement sans suite (C. pr. pén., art. 40-2), l'avis donné semestriellement par le juge d'instruction à la victime sur l'état d'avancement de l'information ouverte pour crimes ou pour certains délits (C. pr. pén., art. 90-1) ou encore la reconnaissance de diverses prérogatives à la victime dans le cadre du plaidoyer de culpabilité (C. pr. pén., art. 495-13) et notamment la possibilité de mettre fin à cette procédure spécifique par une citation directe ou en déposant plainte avec constitution de partie civile. Plus récemment, la loi du 12 décembre 2005 modifia l'article 132-24 C. pén. en intégrant dans la finalité de la peine le souci de protéger « *les intérêts de la victime* ».

¹³⁶¹ V. *supra*, n^{os} *et ss.* (spéc. n^{os} *et ss.*).

civile devant le juge pénal pour demander réparation de son préjudice (§ 1). La seconde modalité est plus singulière. Elle consiste à placer la victime au cœur d'un processus de résolution du conflit pénal et sur un pied d'égalité avec le délinquant ; processus s'inscrivant dans le cadre précis et novateur de la justice restaurative (§ 2). Par ces diverses modalités de participation des parties privées au procès pénal, nous remarquons que ce sont deux qualités essentielles du droit pénal liées à l'exercice même du droit de punir qui se trouvent atteintes : sa fonction régulatrice¹³⁶² et sa nature régaliennne.

§ 1. – L'action civile et l'altération de la fonction régulatrice du droit pénal

564. Influence dualiste de l'action civile. – L'action civile définit par l'article 2 C. pr. pén. comme l'action « *en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention* » traduit un double processus de dénaturation. Un débat classique oppose les tenants de l'unité et de la dualité de l'action civile. Se fondant sur la dynamique réparatrice de cette action, certains auteurs estiment qu'elle ne peut dès lors suivre qu'une logique civiliste¹³⁶³. A l'inverse, d'autres auteurs relèvent la double nature de l'action civile : elle demeure une action en réparation mais traduit également une attente vindicative ou, plus généralement, répressive des victimes¹³⁶⁴.

Mais ce débat, s'il renferme parfaitement la complexité de l'action civile, ne doit pas occulter une autre problématique à laquelle il donne naissance. En vertu des articles 3 et 4 C. pr. pén., l'action civile peut être exercée devant les juridictions civiles ou pénales. Au-delà de la dualité de sa nature juridique, l'action civile induit également une dualité procédurale tenant à cette double modalité d'exercice. Ayant un lien avec ces deux types de juridiction, et du fait même de l'ambiguïté de sa nature juridique, l'action civile engendrera un double phénomène de dénaturation. Elle atteint tout d'abord le droit pénal et plus spécialement sa mission de

¹³⁶² Nous l'avons vu, le droit pénal doit être présenté comme une forme de régulation de la réaction sociale face au crime (V. *supra*, n^{os} *et ss.*).

¹³⁶³ En ce sens, V. VOUIN (R.), « L'unique action civile », *D.* 1973, chron. p. 265 ; BONFILS (P.), *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, P.U. Aix-Marseille, 2000, *passim* ; « La participation de la victime au procès pénal. Une action innommée », *Mélanges Pradel*, op. cit., spéc. p. 180.

¹³⁶⁴ En ce sens, V. MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. II, op. cit., n^{os} 27 et 69 ; PRADEL (J.), *Procédure pénale*, op. cit., n^o 274 *in fine* et n^o 276 ; RASSAT (M.-L.), *Traité de procédure pénale*, op. cit., n^o 177, p. 274 ; VIDAL (J.), « Observations sur la nature juridique de l'action civile », *Rev. sc. crim.* 1963, p. 481 ; BOULAN (F.), « Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive », *JCP* 1973.I.2563 ; ROCA (C.), « De la dissociation entre la réparation et la répression dans l'action civile exercée devant les juridictions répressives », *D.* 1991, chron. p. 85 (spéc. p. 90 et *ss.*). Pour une position plus neutre, V. STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Procédure pénale*, op. cit., n^{os} 225 et *ss.* et spéc. n^o 226 *in fine*.

régulation de l'ordre social en lui adjoignant des fonctions tant réparatrices (A) que vindicatives (B) mettant ainsi en échec toute la rationalisation du droit de punir établie par cette discipline. A ce stade de notre exposé, ce point constituera l'objet principal de notre étude. Toutefois, nous pouvons déjà mettre en évidence le second phénomène d'altération propre à l'action civile. Celui-ci prend comme point d'ancrage le droit de la responsabilité civile en associant à sa logique réparatrice – qui lui est inhérente – une logique punitive. La démonstration est alors inversée¹³⁶⁵.

A. – Altération de la fonction régulatrice du droit pénal par l'intrusion d'une logique réparatrice

565. Suivant une formule pour le moins catégorique, un auteur estime que « *le droit pénal n'est pas fait pour les victimes* »¹³⁶⁶. Si une lecture historique du droit pénal rend cette réflexion incorrecte¹³⁶⁷, il faut reconnaître que l'acception moderne de ce droit tend effectivement à exclure la victime du champ pénal. Défini comme la « *branche du droit ayant pour objet l'étude de l'incrimination et de la répression par l'Etat des agissements de nature à créer un trouble dans la société* »¹³⁶⁸, le droit pénal devrait se présenter comme une discipline juridique où seul l'intérêt général doit être pris en considération¹³⁶⁹.

Mais cette lecture du droit pénal ne saurait encore être acceptée aujourd'hui. Depuis la loi du 15 juin 2000, l'intrusion de la victime et de son désir d'indemnisation dans le procès pénal s'exprime à chaque phase de la procédure. Que ce soit au stade de *l'enquête* pendant laquelle la victime jouit d'une large information¹³⁷⁰, au stade de la *poursuite* pendant laquelle sa

¹³⁶⁵ Prenant appui sur un droit extra-pénal, l'analyse de cette dénaturation trouvera logiquement sa place dans le titre second de notre seconde partie (V. *infra*, n^{os} *et ss.*). L'analyse de l'action civile ne peut donc, conformément à notre sujet, faire l'objet d'une étude unique. La dualité de cette action doit donc nécessairement se retrouver dans nos propos.

¹³⁶⁶ RASSAT (M.-L.), *Traité de procédure pénale*, op. cit., n^o 177, p. 274.

¹³⁶⁷ Sans revenir sur la genèse du droit pénal où la victime possédait l'exclusivité de l'action, citons l'Ordonnance de 1670 qui donnait un rôle prioritaire à la partie civile dans la poursuite des délits... publics : « S'il n'y a point de partie civile, les procès seront poursuivis à la diligence, et sous le nom de nos procureurs, ou des procureurs des justices seigneuriales » (Ord. de 1670, T. III, art. 8 cité in GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, op. cit., n^o 71, note 6 ; c'est nous qui soulignons).

¹³⁶⁸ STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Droit pénal général*, op. cit., p. 31 (c'est nous qui soulignons). Un autre auteur souligne que le droit pénal est le « *droit de l'infraction et de la réaction sociale qu'elle engendre* » (PRADEL (J.), *Droit pénal général*, op. cit., n^o 1).

¹³⁶⁹ Ainsi, l'action pénale est dite publique « *pour marquer son caractère le plus saillant qui est d'être exercée dans l'intérêt de tous, de ne pas être une action privée* » (GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, op. cit., n^o 69, note 1).

¹³⁷⁰ C. pr. pén., art. 53-1, 1^o et art. 75 al. 3, 1^o. Pour le droit à l'information de la victime pendant l'instruction, V. C. pr. pén., art. 80-3.

demande de dommage-intérêts formulée durant l'enquête vaut constitution de partie civile après mise en mouvement de l'action publique¹³⁷¹, au stade de *l'instruction* pendant laquelle l'indemnisation peut déjà être prise en considération lors du cautionnement¹³⁷² ou encore pendant la phase de *jugement*¹³⁷³, on s'aperçoit de la prégnance progressive de la logique réparatrice au sein du procès pénal. Malgré cette évolution, on ne peut s'empêcher de remarquer que cette intervention des victimes directes et immédiates d'une infraction pénale est inopportune ; la recherche de leur seul intérêt personnel est irrémédiablement contraire à la logique du procès pénal (1°). La recherche de la satisfaction d'intérêts plus collectifs s'avère-t-elle alors plus recevable ? La réponse est paradoxalement négative puisque les demandeurs se trouvent subséquemment trop éloignés du préjudice subi (2°).

1°/ Contrariété entre la recherche d'intérêts personnels et la logique du procès pénal

566. Révolution de la place de la victime au sein du droit pénal. – Les auteurs favorables à la reconnaissance du seul caractère patrimonial de l'action civile semblent se protéger de toute critique. La victime participant à l'instance pénale devient une partie civile et demande à cet égard la seule réparation de son préjudice.

Cette présentation unitaire de l'action civile¹³⁷⁴ est-elle toutefois aussi hermétique aux critiques qu'elle prétend l'être ? La réponse ne peut être que négative tant le juge pénal, dont le but essentiel reste l'exercice du droit de punir, a aujourd'hui pour obligation de traiter un contentieux civiliste et se trouve dès lors confronté à une logique qui n'est plus la sienne. La conception classique du droit pénal fut attentive au maintien du rôle punitif du juge pénal en atténuant l'importance de la victime envers l'action publique. Pourtant, force est de constater que l'évolution du droit pénal n'est que le retour à des principes pré-existants et la victime reprend alors la place qu'on lui avait ôtée. C'est donc une révolution (au sens premier du terme) qui est ainsi effectuée par la victime¹³⁷⁵.

¹³⁷¹ C. pr. pén., art. 420-1 al. 2.

¹³⁷² C. pr. pén., art. 138, 11° ; art. 142, 2°, a et art. 142-1.

¹³⁷³ L'article 304 C. pr. pén. relatif au serment des jurés de Cour d'assises a été modifié pour inclure expressément la prise en compte des intérêts des victimes. V. également l'article 706-15 C. pr. pén. relatif à l'information de la partie civile de sa possibilité de saisir la commission d'indemnisation des victimes d'infraction.

¹³⁷⁴ Nous verrons plus loin que la réalité n'est pas celle présentée par cette doctrine et que l'action civile poursuit une autre finalité, de nature vindicative (V. *infra*, n^{os} *et ss.*).

¹³⁷⁵ En ce sens, V. CARIO (R.), *Victimologie. De l'effraction intersubjective à la restauration sociale*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 185 : « *De manière toujours plus décisive, la victime se voit rendre progressivement le rôle, qu'elle n'aurait jamais dû perdre, d'acteur au procès pénal* ».

Tout en restant dans la seule dimension patrimoniale de l'action civile, quelles sont les manifestations de cette révolution et de l'altération corrélative de l'exercice du droit de punir par le droit pénal ? Si la satisfaction d'un intérêt personnel – traduite par le désir d'indemnisation – demeure la raison essentielle de l'intervention de la victime au procès pénal, ce désir ne s'inscrit pas moins à l'opposé tant du fondement (a) que de l'expression même du droit de punir (b).

a. Intérêt personnel et fondement du droit de punir

567. Admissibilité de la logique réparatrice devant le juge pénal. – Comme on l'a observé¹³⁷⁶, nous pouvons nourrir une mauvaise conscience dès lors que nous osons douter de l'opportunité de l'intervention de la victime dans l'instance pénale et de l'admissibilité de l'exercice de l'action civile devant le juge pénal. Mais s'il est vrai que nous ne pouvons discuter la *légitimité* de l'ouverture de cette instance à la partie civile pour obtenir réparation de son préjudice¹³⁷⁷, nous pouvons semble-t-il porter quelques critiques sur l'*opportunité* de cette ouverture. En d'autres termes, nous pensons pouvoir mettre en évidence le fait qu'une telle participation des victimes engendre un certain nombre de contrariétés avec le fondement du droit de punir.

Sur ce point, René GARRAUD répondit négativement à ce genre de perplexité estimant qu'aucune contrariété ne saurait exister entre les actions publique et civile et qu'une forte interdépendance s'institue même entre elles. Selon lui, « *la répression et la réparation sont étroitement liées, le délit ne pouvant être constaté et apprécié, au point de vue de la peine méritée, sans l'être également au point de vue du préjudice occasionné* »¹³⁷⁸. Cet auteur conclue donc, assez étrangement d'ailleurs¹³⁷⁹, que « *nul ne sera mieux à même de statuer sur la réparation que le tribunal qui statuera sur la peine* »¹³⁸⁰. Une telle affirmation fait naître

¹³⁷⁶ LARGUIER (J.), « Action individuelle et intérêt général (Quelques réflexions sur le juge pénal et l'action civile) », *Mélanges Hugueney*, Paris, Sirey, 1964, p. 97.

¹³⁷⁷ Une critique peut toutefois être formulée s'agissant de la recevabilité des constitutions de partie civile lorsque le préjudice n'est pas certain mais simplement "possible" : Crim. 26 févr. 1999, *Bull. crim.* n° 17 – Crim. 19 févr. 2002, *Bull. crim.* n° 34 ; D. 2002, IR p. 1321 – Crim. 2 avril 2003, *Bull. crim.* n° 83.

¹³⁷⁸ GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, op. cit., n° 72, p. 156.

¹³⁷⁹ Dans son *Précis de droit criminel*, l'assimilation entre les actions apparaît d'une manière beaucoup moins claire. Dans ce dernier ouvrage en effet, GARRAUD distingue très nettement le dommage social et le dommage restreint à l'individu (op. cit., 1934, n° 7, p. 9).

¹³⁸⁰ GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, op. cit., n° 72, p. 156.

une certaine incrédulité dès lors que l'on mesure la différence s'établissant entre la résolution d'un conflit pénal et celle d'un conflit purement civil. Leur fondement reste distinct et une discussion doit dès lors s'engager sur l'opportunité de reconnaître la compétence du juge pénal en matière d'action civile au regard de l'essence même du droit pénal.

568. Opportunité de l'exercice de l'action civile devant le juge pénal. – Nos propos peuvent apparaître de prime abord dépréciatifs envers le juge pénal, puisque l'on nierait sa faculté de pourvoir à une diversité de préoccupations. Telle n'est toutefois pas notre entreprise. Nul doute que ce juge puisse apprécier et évaluer les éléments propres au contentieux civil porté devant lui. Mais le fait qu'il *puisse* convenablement traiter l'action civile induit-il nécessairement qu'il *doive* la traiter ? Divers arguments, de pertinence variable, peuvent être avancés pour ôter ce type de contentieux des mains du juge pénal¹³⁸¹.

569. Incertitude quant à la nature civile de l'action civile et dualité de compétence. – Un premier argument, d'une pertinence discutable, est souvent invoqué. Il s'appuie sur le fait que le juge pénal doit statuer sur une demande en réparation du préjudice subi par la victime alors même que telle n'est pas son attribution originelle. Cet argument se fonde donc sur la nature exclusivement civile de l'action exercée par la victime d'une infraction pénale. Or, en ayant comme origine un acte d'une nature expressément pénale, ne percevons-nous pas l'instauration d'un doute quant à la nature uniquement civile de cette intervention ?

En renversant le raisonnement, ce doute devient plus explicite encore : en quoi la compétence exclusive du juge civil serait-elle plus admissible dès lors que le dommage a pris naissance dans une *infraction pénale* ? Dès l'instant qu'une victime d'un tel acte intentera une action en réparation de son préjudice devant le juge civil, ne pouvons-nous pas avancer le fait selon lequel celui-ci devra rejeter cette action considérant alors qu'il n'a point à traiter un contentieux pénal¹³⁸² ? La réponse inévitablement négative devant être apportée prouve le manque de pertinence de cet argument. L'origine du dommage – l'infraction pénale – et l'objet de l'action civile – la demande en réparation – sont certes antinomiques mais, on le voit, favorisent tant la compétence du juge civil que celle du juge pénal. Un argument plus probant doit dès lors être avancé.

¹³⁸¹ Rappelons que certains systèmes juridiques étrangers – Allemagne, Etats-Unis, Angleterre et Pays de Galles – attribuent à la victime lors du procès pénal une simple fonction de témoin. Précisons toutefois que l'Angleterre reconnaît l'action populaire et place sur un même pied accusations privée et publique.

¹³⁸² V. en ce sens, LARGUIER (J.), « Action individuelle et intérêt général... », *op. cit.*

570. Différence dans la nature des intérêts protégés. – Un second argument, plus convaincant celui-là, peut être soulevé. L'état d'esprit emplant le juge dans la conduite des procès tant civils que pénaux s'inscrit intimement dans les intérêts devant être protégés par ceux-ci. Le juge pénal doit avant tout s'inscrire dans une recherche de l'intérêt général¹³⁸³ ; le juge civil étant quant à lui motivé par la seule satisfaction des intérêts privés des victimes de dommage. Alors que le second poursuit un seul et unique objectif, on remarque que le premier a en charge la satisfaction de deux intérêts divergents lorsqu'il doit connaître d'une action civile. Et, sur ce point, il est incontestable qu'aucune confusion de ces intérêts ne puisse intervenir. Si tel n'était pas le cas, comment pourrait-on comprendre la jurisprudence tenant à la reconnaissance expresse des "infractions d'intérêt général"¹³⁸⁴ ?

Cette catégorie n'a d'autre utilité que de mettre en évidence la distinction établie parfois par la législation pénale entre la sauvegarde de l'intérêt général et celle d'intérêts particuliers¹³⁸⁵. Cette distinction se fonde sur la différenciation des conditions requises pour l'exercice des deux actions, civile et publique. On exclut généralement l'action civile de ce type d'infractions puisque l'on estime qu'aucun préjudice *personnel* et *direct* ne peut être soulevé¹³⁸⁶. Certes, les infractions d'intérêt général n'entraînent pas systématiquement une exclusion totale des victimes dans la mesure où certaines infractions peuvent effectivement

¹³⁸³ Selon le Pr. J. PRADEL, « le concept de l'intérêt général est fuyant, rebelle à une appréhension précise » (« Notre procédure pénale défend-elle l'intérêt général », *op. cit.*, p. 504). Cet auteur nous renvoie toutefois à d'autres expressions – *intérêt social, utilité commune, bien commun* – afin de mieux discerner cette notion (*ibid.*, note 9).

¹³⁸⁴ Pour une première consécration de cette catégorie d'infractions, V. Crim. 25 juill. 1913, *Suter-Siniard*, D. 1915.1.150, note M. Nast ; PRADEL (J.) et VARINARD (A.), *Les grands arrêts de la procédure pénale*, *op. cit.*, n° 10. Egalement Crim. 19 nov. 1959, *Milhaud*, *Bull. crim.* n° 499 ; D. 1960, p. 463, note G. Durry ; JCP 1960.II.11448, note P. Chambon.

¹³⁸⁵ Précisons toutefois que la majorité des incriminations pénales tendent à la protection de l'intérêt tant général que personnel ; le premier pouvant être présenté comme une constante alors que le second ne serait qu'une variable. Si une infraction est « édictée en vue de l'intérêt général, elle n'en tend pas moins également à la protection des particuliers qui peuvent, lorsque sa méconnaissance leur a causé un préjudice direct et personnel, en obtenir réparation devant la juridiction pénale » (Crim. 20 févr. 1985, *Bull. crim.* n° 83 – Crim. 27 févr. 2001, *Bull. crim.* n° 48).

¹³⁸⁶ V. par exemple Crim. 5 déc. 1973, *Gaz. Pal.* 1974.1.129 ; *Rev. sc. crim.* 1974, p. 357, obs. A. Vitu (crime de faux en écritures publiques). Pour un rejet de constitution de partie civile pour absence de préjudice direct et personnel concernant une infraction ne constituant pas précisément une infraction d'intérêt général, V. Crim. 28 janv. 2004, *Dr. pén.* 2004, comm. 89, note J.-H. Robert ; JCP 2005.I.106, p. 142, note J.-H. Robert (rejet de la constitution de partie civile de salariés pour absence de préjudice direct suite à un abus de biens sociaux du dirigeant social). Sur l'exposé d'une hypothétique modification de cette position de la Cour de cassation – envers l'abus de biens sociaux et le préjudice des salariés – du fait de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, V. AMAR (J.), « Brèves réflexions sur les conséquences de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales sur les relations de travail », *Dr. pén.* 2005, ét. 13, spéc. n° 6.

causer un préjudice direct et personnel à une personne privée¹³⁸⁷. Toutefois, malgré l'existence d'un tel préjudice dans des infractions strictement d'intérêt général et l'évolution au sein des incriminations pénales d'une protection dualiste, cette catégorie conserve un mérite incontestable. Par l'exclusion possible de la victime, cette théorie des infractions d'intérêt général établit juridiquement le fait selon lequel l'intérêt poursuivi par les victimes ne peut se confondre avec les préoccupations spécifiques liées à l'intérêt général. Cette distinction quant à la teneur des intérêts en cause – et, parallèlement, de la conception devant imprégner le juge pénal – devient évidente lorsque l'on précise que l'action civile, irrecevable devant le juge répressif pour cause d'infraction d'intérêt général, reste possible devant le juge civil si une faute peut être relevée¹³⁸⁸. Cela démontre la spécificité du contentieux pénal et la confusion impossible entre les intérêts en jeu. S'il est vrai que cette différence n'est pas systématiquement synonyme de divergence dans la mesure où les infractions tendent progressivement à une protection dualiste, l'accaparement croissant de l'instance pénale par l'action civile reste critiquable.

571. Critique de l'importance accordée à l'action civile dans le procès pénal. – Dans la même logique d'allègement des instances pénales, un dernier argument peut être soulevé reprochant ainsi l'importance donnée par le juge pénal à l'action civile. L'objet principal du procès pénal est naturellement l'exercice de l'action publique. Toute infraction pénale génère un trouble social sans nécessairement produire un dommage sur une personne privée. Aussi devons-nous considérer l'examen de l'action civile exercée au pénal comme une simple prérogative accessoire accordée au juge¹³⁸⁹ et comme une faveur exceptionnelle accordée à la victime¹³⁹⁰.

¹³⁸⁷ Sur ce mouvement jurisprudentiel caractérisant le déclin des infractions d'intérêt général, V. Crim. 28 janv. 1970, *D.* 1970, p. 167, note J.-L. Costa ; *JCP* 1970.II.16326, note Guérin ; *RTD civ* 1970, p. 363, note G. Durry (infraction économique) – Crim. 6 oct. 1987, *Bull. crim.* n° 338 (outrages aux bonnes mœurs) – Crim. 12 juill. 1994, *Bull. crim.* n° 275 (délit d'exercice de la profession d'expert-comptable) – Crim. 22 août 1994, *Bull. crim.* n° 290 (infraction au Code de l'urbanisme) – Crim. 5 févr. 2003, *Bull. crim.* n° 25 ; PRADEL (J.) et VARINARD (A.), *Les grands arrêts de la procédure pénale*, op. cit., n° 10 (infraction au Code électoral). Pour une réfutation ou une atténuation du déclin de ces infractions, V. DI MARINO (G.), « Le ministère public et la victime », *Rev. pénit. dr. pén.* 2001, p. 455 ; GUINCHARD (S.) et BUISSON (J.), *Procédure pénale*, op. cit., n°s 1011 et ss. ; CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Procédure pénale*, op. cit., n° 200.

¹³⁸⁸ Civ. 1^{er} mars 1965, *D.* 1965, p. 560 ; *JCP* 1965.II.14134. Pour la recevabilité d'une action en réparation devant le juge commercial, V. Com. 8 oct. 1968, *RTD civ.* 1969, p. 330, obs. G. Durry ; *JCP* 1969.II.15807, note J. Hémar.

¹³⁸⁹ Sur le caractère accessoire du jugement de l'action civile, V. précisément STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Procédure pénale*, op. cit., n° 310 ; GUINCHARD (S.) et BUISSON (J.), *Procédure pénale*, op. cit., n°s 946 et ss. et spéc. n° 952.

¹³⁹⁰ Crim. 7 mai 1957, *Bull. crim.* n° 376 – Crim. 8 juill. 1958, *Bull. crim.* n° 583, *Gaz. Pal.* 1958.2.227 – Crim. 11 déc. 1969, *D.* 1970.1.156 – Crim. 9 janv. 1973, *JCP* 1974.II.17674, note B. Bouloc – Crim. 9 nov. 1992,

Force est toutefois de constater en pratique que le juge pénal voit ses attributions civiles progresser au désavantage de ses attributions répressives. A l'heure où l'engorgement des tribunaux répressifs favorise l'émergence d'une politique pénale caractéristique (mise en place de modes alternatifs de résolution des conflits, telle la médiation ou la composition pénale)¹³⁹¹, le développement constant de l'importance de l'action civile au sein du procès pénal apparaît pour le moins antagonique. Avant d'instaurer des techniques alternatives¹³⁹², ne serait-il pas plus opportun de répartir les tâches de manière plus rationnelle en se concentrant sur la seule nature des intérêts en cause ? La compétence du juge pénal en matière d'action civile doit dès lors conserver son caractère initial d'exception¹³⁹³. Sans cela, on le voit, le juge pénal devient un "juge à tout faire" devant lequel on se bouscule¹³⁹⁴ : il applique des règles tant pénales que civiles (C. pr. pén., art. 10 al. 2) et offre aux victimes le bénéfice d'une seule instance aux nombreux avantages pour elles dont celui du bénéfice des preuves apportées par les autorités judiciaires. A trop demander à la justice pénale, celle-ci deviendra progressivement un agglomérat de contentieux où l'on rassemble les diverses prétentions liées à l'existence d'un acte *infractionnel* et *dommageable*. La dénaturation de cette justice serait dès lors inévitable puisque l'on négligerait le fait que « *le procès pénal reste avant tout le procès d'un délinquant* »¹³⁹⁵ à l'encontre duquel on doit, si sa responsabilité pénale est reconnue, prononcer une peine. La recherche d'un intérêt personnel au sein du droit pénal s'oppose donc, au-delà du fondement du droit de punir, à son expression même.

b. Intérêt personnel et expression du droit de punir

572. L'évolution actuelle du droit pénal se traduit par une progression de l'approche victimologique de la réaction sociale (1) figurant dans des dispositions légales expresses (2).

1) Approche victimologique du droit pénal

Bull. crim. n° 361.

¹³⁹¹ La loi Perben 2 du 9 mars 2004 est une des plus parfaites manifestations de cette politique. Elle développe la composition pénale et instaure la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité afin d'alléger les audiences pénales.

¹³⁹² Pour une critique de la composition pénale, V. VOLFF (J.), « L'ordonnance pénale en matière correctionnelle », *op. cit.*, spéc. p. 2777.

¹³⁹³ GUINCHARD (S.) et BUISSON (J.), *Procédure pénale*, *op. cit.*, nos 949, 951 et 953.

¹³⁹⁴ CASORLA (F.), « Les victimes, de la réparation à la vengeance ? », *Rev. pénit. dr. pén.* 2002, p. 165. Dans le même sens, V. LARGUIER (J.), « L'action publique menacée (A propos de l'action civile des associations devant les juridictions répressives) », *D.* 1958, chron. VI, p. 30.

¹³⁹⁵ PRADEL (J.), *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 279 (c'est nous qui soulignons).

573. Discordances entre les conceptions souveraine et victimologique du droit pénal. –

Comme nous l'avons précisé, le droit de punir s'exprime au sein du droit pénal par l'imposition d'une peine. De prime abord, la partie civile ne paraît nullement pouvoir influencer sur la détermination et l'exercice de cette dernière. Sa demande de réparation et son désir de satisfaire un intérêt personnel ont pu, certes, déséquilibrer les fondements de la justice pénale, mais une fois l'indemnisation fixée, la victime ne semble posséder plus aucune prérogative dans l'expression même du droit de punir. Si l'engagement du processus punitif à travers le déclenchement de l'action publique¹³⁹⁶ et le traitement de cette action se trouvent investis et complétés par la victime et son action civile, l'exercice du droit de punir semble, du fait de sa nature souveraine, pouvoir difficilement échapper à la prégnance de l'Etat et inclure une dimension victimologique.

Or, croire en une telle perspective était sans compter sur la prise en considération toujours plus intense de la victime de la part du droit pénal. Fondée sur les travaux de Hans VON HENTIG¹³⁹⁷, la victimologie (dite aussi "première victimologie") étudiant le rôle de la victime dans la genèse du crime, a progressivement investi le champ de la politique criminelle. Dépasant la relation crime-victime, l'étude de cette dernière devait davantage conduire à une meilleure prise en considération de leurs préoccupations et centrer la réaction sociale autour de cet objet. Pour mettre en exergue cette influence de la victime sur la réponse pénale, on parla alors de "criminologie victimologique" ou de "seconde victimologie"¹³⁹⁸. Reliée ainsi au droit de punir, il convient de se demander quels sont aujourd'hui les aspects en droit positif de cette tendance favorable aux victimes ? Ces dernières sont-elles admises, lors de l'exercice du droit de punir, à un véritable rang d'acteurs ?

574. Consécration de la conception victimologique du droit pénal. – Depuis les années 80, force est de constater que la victime a pris une place croissante au sein du procès pénal. Que ce soit au niveau international et européen¹³⁹⁹ ou au niveau national, les textes reconnaissant le

¹³⁹⁶ Sur la dissociation possible entre droit de punir et action publique, V. *supra*, n° . V. également MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. II, *op. cit.*, n° 25, p. 42. A la lecture de l'alinéa 1^{er} de l'article 1^{er} du Code de procédure pénale, on perçoit tout de même la forte interdépendance entre ces deux notions.

¹³⁹⁷ VON HENTIG (H.), *The criminal and his victim*, New Haven, Yale University Press, 1948. V. également MENDELSON, « La victimologie », *Rev. int. crim. pol. tech.* 1956, p. 95.

¹³⁹⁸ Sur l'ensemble de cette question, V. GASSIN (R.), *Criminologie*, spéc. n°s 274 à 276 et n° 571 ; « Considérations sur le but de la procédure pénale », *op. cit.*, spéc. pp. 113 à 117 ; LOPEZ (G.), *Victimologie*, Paris, Dalloz, 1997 ; « Victimologie » in LOPEZ (G.) et TZITZIS (S.) (sous la dir.), *Dictionnaire des sciences criminelles*, Paris, Dalloz, 2004, p. 963.

statut de victimes et tendant à favoriser leur indemnisation se sont multipliés¹⁴⁰⁰. Dans sa définition actuelle, le droit pénal ne peut dès lors plus ignorer, à côté de son acception criminelle, son acception "victimielle".

En vérité, cette reconnaissance par le droit pénal s'est plus nettement affirmée s'agissant des attentes vindicatives des victimes¹⁴⁰¹. Mais au-delà de cette consécration, nous devons reconnaître dès à présent que leur désir de réparation joue également un rôle croissant en ce domaine et plus précisément en matière d'exécution des peines.

575. Consécration de la conception victimologique du droit des peines. – Le droit des peines – ou pénologie – dans son acception la plus large¹⁴⁰² recoupe deux phénomènes distincts : la détermination légale de la peine et l'exécution de celle-ci.

S'agissant tout d'abord de la détermination des pénalités pour chaque incrimination, le législateur s'appuie sur l'atteinte portée à l'ordre public. Si cela reste exact, il est toutefois illusoire de croire en une occultation totale par la loi pénale de l'intensité des atteintes subies par les victimes. Leur équilibre a été déstabilisé et doit être rétabli ; équilibre des victimes qui constitue d'ailleurs, malgré les possibles interrogations, une composante de l'ordre public¹⁴⁰³. Mais une telle reconnaissance, dans la législation pénale, des dommages supportés par les

¹³⁹⁹ Résolution 40/34 de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies du 11 déc. 1985 « portant Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoirs » ; Décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales (*JOCE* n° L. 82/1 du 22 mars 2001, p. 1 ; *D.* 2001, Lég. p. 1148) ; Résolution R(77)27 sur le dédommagement des victimes d'infractions pénales (*Pub. Conseil de l'Europe*, 1977, 68 p.) ; Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes (*Pub. Conseil de l'Europe*, 1984, 28 p.). Sur l'ensemble de cette question, V. spéc. CARIO (R.), *Rép. pén.*, v° « Victimes d'infraction », n°s 70 et ss.

¹⁴⁰⁰ Sur le plan du droit interne, citons par exemple les textes suivants : loi n° 83-608 du 8 juill. 1983 renforçant la protection des victimes d'infraction et instituant les commissions d'indemnisation des victimes d'infractions (C.I.V.I.) ; loi n° 85-677 du 5 juill. 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation ; décret n° 99-706 du 3 août 1999 relatif au Conseil nationale de l'aide aux victimes ; loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. Pour une liste exhaustive, V. D'HAUTEVILLE (A.), « Un nouvel élan est donné à la politique publique d'aide aux victimes de la délinquance », *Rev. sc. crim.* 1999, p. 649, note 7 ; CARIO (R.), *Rép. pén.*, op. cit., n°s 78 et ss.

¹⁴⁰¹ V. *infra*, n°s *et ss.*

¹⁴⁰² Sur les différentes acceptions du mot *pénologie*, V. PRADEL (J.), « Pénologie » in LOPEZ (G.) et TZITZIS (S.) (sous la dir.), op. cit., p. 695.

¹⁴⁰³ *Contra*, CHEVALLIER (J.-Y.), « La victime et la peine : le point de vue du juriste », *Rev. pénit. dr. pén.* 2004, p. 817. Pour une démonstration de l'importance de l'intérêt des victimes, V. toutefois la nouvelle rédaction de l'art. 304 C. pr. pén. relatif au serment des jurés de la cour d'assises issue de la loi du 15 juin 2000 : « (...) Vous jurez et promettez d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse les charges qui seront portées contre X..., de ne trahir ni les intérêts de l'accusé, ni ceux de la société qui l'accuse, ni ceux de la victime » (c'est nous qui soulignons).

victimes reste insidieuse et non officielle. Certes les violences sont réparties suivant le préjudice subi par la victime conduisant ainsi le juge à fixer la peine en fonction de la gravité de l'atteinte portée à cette dernière. Néanmoins, force est de reconnaître que la volonté de réparer n'est point l'idée maîtresse animant ces incriminations. L'indemnisation reste ici un élément secondaire contrairement à ce que nous pouvons percevoir en matière d'exécution des peines où l'attribution expresse d'une fonction en faveur des victimes existe.

Pour justifier la place de la victime dans l'exécution des peines au travers de sa demande d'indemnisation, il est avancé que cette intervention participe au respect des missions sociales de la peine. « *La prise en considération des intérêts mêmes de la victime ne saurait conduire à la violation (...) des principes fondamentaux de procédure pénale* »¹⁴⁰⁴, dont fait naturellement partie la resocialisation du délinquant par l'exécution de sa peine¹⁴⁰⁵. Aussi est-il possible aujourd'hui de considérer les efforts du délinquant en vue de l'indemnisation des victimes comme un gage de réinsertion et devant être pris en considération pour d'éventuelles mesures d'élargissement. L'attention portée aux victimes pendant l'exécution de la peine deviendrait alors – et paradoxalement – l'occasion pour le droit pénal et la peine d'atteindre leur objectif ultime, à savoir la resocialisation des individus. A travers le prisme de l'indemnisation des victimes, nombreuses sont donc les manifestations du rôle accru joué par la victime en matière d'exécution des peines.

2) Dispositions légales expresses

576. Dispositions préexistantes. – Préalablement à la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, des dispositions existaient déjà tendant à placer l'indemnisation au centre du processus pénologique. Ainsi en est-il de l'article 132-45, 5° C. pén. qui prévoit comme obligation du sursis avec mise à l'épreuve celle de « *réparer en tout ou partie, en fonction de ses facultés contributives, les dommages causés par l'infraction* » et ce, précise le texte, « *même en l'absence de décision sur l'action civile* »¹⁴⁰⁶. On perçoit par cette dernière précision l'engagement qui est désormais celui du juge pénal d'inclure dans sa décision sur la peine les intérêts des victimes indépendamment d'une constatation et d'une évaluation effective du

¹⁴⁰⁴ CARIO (R.), « La place de la victime dans l'exécution des peines », *D.* 2003, p. 146.

¹⁴⁰⁵ En ce sens, V. également GIACOPELLI (M.), « Réforme du droit de l'application des peines », *op. cit.*, p. 2595 ; LARMAILLARD (P.), « L'indemnisation des victimes, moteur de reclassement social du probationnaire », *Rev. pénit. dr. pén.* 1970, p. 639.

¹⁴⁰⁶ Cette obligation est également applicable en cas de sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général (sursis-TIG) : C. pén., art. 132-55 dernier al.

préjudice. Citons encore l'article 132-59 C. pén. et les articles 132-60 et 132-63 C. pén. relatifs d'une part à la dispense de peine et d'autre part à l'ajournement du prononcé de la peine. Ces deux modes de personnalisation des peines imposent soit la réparation effective du dommage (dispense), soit l'obligation de le réparer incessamment (ajournement). L'exercice effectif du droit de punir est donc ici expressément subordonné à l'attitude du délinquant quant à l'indemnisation des victimes. Cet exercice devenant sans fondement si une suite favorable est donnée à l'indemnisation. L'expression du droit de punir se trouve ainsi entravée par la logique réparatrice et non plus seulement dénaturée par elle.

577. Dispositions issues de la loi du 15 juin 2000. – Une réelle dénaturation dans l'exécution des peines est en revanche intervenue à la suite de l'instauration par la loi du 15 juin 2000 de la juridiction nationale de la libération conditionnelle (J.N.L.C.)¹⁴⁰⁷. L'ancien article 722-1 alinéa 6 C. pr. pén. – article aujourd'hui abrogé par la loi du 9 mars 2004 – prévoyait que cette juridiction devait être composée de magistrats mais également d'un responsable des associations nationales de réinsertion des condamnés et d'un responsable des associations nationales d'aide aux victimes. Sans pour autant nier l'écho vindicatif pouvant émaner de ce dernier représentant, il apparaît de prime abord qu'il avait pour objectif initial de relayer ou de solliciter les efforts du détenu en vue de l'indemnisation des victimes, efforts explicitement prévus à l'article 729 alinéa 1^{er} *in fine* C. pr. pén. pour l'octroi d'une libération conditionnelle¹⁴⁰⁸. Percevant peut-être le risque lié à une trop grande inclusion des victimes dans l'application des peines, la loi du 9 mars 2004 mit fin aux juridictions régionales et nationales de libération conditionnelle, non sans que celles-ci aient rendu au préalable des arrêts dépassant les exigences légales et la considération raisonnable des intérêts des victimes¹⁴⁰⁹.

¹⁴⁰⁷ Au-delà de l'instauration de cette juridiction, la loi étendit la compétence du juge de l'application des peines (C. pr. pén., art. 730 al. 1^{er}) et institua une juridiction régionale de la libération conditionnelle compétente pour les peines de plus de dix ans, supprimant ainsi toute compétence du garde des Sceaux (C. pr. pén., ancien art. 730 al. 2).

¹⁴⁰⁸ Cet article n'a pas été modifié par la loi du 9 mars 2004. Sur les efforts devant être effectués en faveur de l'indemnisation des victimes, V. art. 721-1 al. 1^{er} C. pr. pén. (en matière de réduction supplémentaire de peine).

¹⁴⁰⁹ Le Pr. R. CARIO, défenseur incontestable des droits des victimes et favorable à la présence du responsable des associations d'aide aux victimes au sein de la J.N.L.C., exprimait toutefois son inquiétude face à deux arrêts rendus par cette juridiction durant l'année 2002 : « *L'importance accordée à la considération de la victime lors de l'octroi d'une libération conditionnelle semble devenir, à l'inverse des pratiques traditionnelles, exorbitantes (...) Doit-on y apercevoir un début d'instrumentalisation du souci de la victime dans le but d'aggraver la situation pénitentiaire des condamnés (...) [ou] doit-on y apercevoir l'effet pervers de la présence, contestée en doctrine, d'un représentant des services d'aide aux victimes au sein de la Juridiction nationale de la libération conditionnelle ?* » (« La place de la victime dans l'exécution des peines », *op. cit.*, p. 148).

Mais cette initiative de la loi Perben 2 n'est-elle pas finalement mineure et ne restons-nous pas dans une dynamique de renforcement de la logique réparatrice ?

578. Dispositions issues de la loi du 9 mars 2004. – La discordance entre les deux lois n'est point manifeste. Diverses dispositions nouvelles traduisent en effet une continuité dans la prise en considération de l'intérêt des victimes lors de l'exécution des peines.

Tout d'abord, la composition de l'actuelle chambre de l'application des peines de la cour d'appel se rapproche dans certains domaines (relèvement de la période de sûreté, libération conditionnelle ou suspension de peines ne relevant pas de la compétence du J.A.P.) de la composition de la J.N.L.C. en intégrant notamment un responsable d'une association d'aide aux victimes¹⁴¹⁰. Nous pouvons donc ici reprendre une critique formulée par un auteur au sujet de la composition de la J.N.L.C. et selon laquelle « *ce type d'associations n'a pas sa place dans les décisions prises pour aménager les peines privatives de liberté, lesquelles sont ordonnées à l'objectif prioritaire de réinsertion du condamné* »¹⁴¹¹ et non d'indemnisation ou de réhabilitation des victimes.

Ensuite la lecture de l'article 720 C. pr. pén. prouve que la loi du 9 mars 2004 a pleinement consacré la reconnaissance pénale de la victime lors de l'exécution des peines ; reconnaissance engagée par la loi du 15 juin 2000. Selon ces dispositions en effet, et suivant notamment l'alinéa 1^{er} de cet article, « *préalablement à toute décision entraînant la cessation temporaire ou définitive de l'incarcération d'une personne condamnée à une peine privative de liberté avant la date d'échéance de cette peine, le juge de l'application des peines ou le tribunal de l'application des peines*¹⁴¹² *prend en considération les intérêts de la victime ou de la partie civile au regard des conséquences pour celle-ci de cette décision* »¹⁴¹³. Même si ces intérêts n'induisent pas nécessairement l'idée de réparation – induisant peut-être davantage un

¹⁴¹⁰ Sur cette composition, V. C. pr. pén., art. 712-13 al. 2 et art. D. 49-9.

¹⁴¹¹ PONCELA (P.), *Droit de la peine*, op. cit. p. 371.

¹⁴¹² Le tribunal de l'application des peines (T.A.P.) se substitue à la juridiction régionale de la libération conditionnelle. Il est compétent en matière de relèvement de la période de sûreté, de libération conditionnelle pour les personnes condamnées à une peine d'une durée supérieure à 10 ans, de suspension de peine ne relevant pas de la compétence du J.A.P. (C. pr. pén., art. 712-7), de suivi socio-judiciaire (C. pén., art. 131-36-1) ou encore en matière de réductions de peine exceptionnelles pour les repentis (C. pr. pén., art. 721-3).

¹⁴¹³ V. également la possibilité pour les juridictions de l'application des peines de procéder à des enquêtes pouvant porter sur « *les conséquences des mesures d'individualisation de la peine au regard de la situation de la victime* » (C. pr. pén., art. 712-16). Cette disposition précise en outre que la victime ou la partie civile peut être informée de son droit de présenter des observations écrites avant toute décision des juridictions de l'application des peines.

intérêt moral – il ne faut pas conclure à l'indifférence de cette loi envers l'indemnisation des victimes lors de l'exécution des peines. Pour s'en convaincre, il convient de s'intéresser à la nouvelle interdiction prévue à l'alinéa 2 de ce même article 720. Aux termes de cette disposition, la personne ayant bénéficié d'un aménagement de sa peine¹⁴¹⁴ peut se voir interdire par la juridiction de recevoir, rencontrer ou entrer en relation avec la victime de quelque façon que ce soit¹⁴¹⁵. Et, s'agissant du prononcé de cette interdiction envers un condamné libéré suite à des réductions de peines, nous constatons qu'à la défense de rencontrer la victime peut s'adjoindre précisément « *l'obligation d'indemniser la partie civile* » (C. pr. pén., art. 721-2 al. 2). Cette prescription a une incidence incontestable sur l'exercice du droit de punir dans la mesure où son non-respect peut conduire à la réincarcération de la personne, ordonnée alors par le juge de l'application des peines¹⁴¹⁶.

L'exécution des peines se trouve ainsi directement conditionnée par le plus ou moins grand intérêt que le condamné nourrira quant à la réparation du dommage causé par son acte. La recherche de l'intérêt personnel de la victime dénature et détourne donc l'usage du droit de punir, traditionnellement dirigé vers la satisfaction de l'intérêt général. Dans cette optique, la sauvegarde d'un intérêt qui serait davantage collectif pare-t-elle à toute critique ?

2°/ Contrariété entre la recherche d'intérêts collectifs et la logique du procès pénal

579. Après avoir mis en doute la possibilité de reconnaître une personne morale comme un véritable délinquant, c'est à présent son statut de partie civile qui doit être discuté. L'action de la personne morale peut tout d'abord s'induire de la transgression de ses intérêts personnels et se fonder sur l'article 2 C. pr. pén.¹⁴¹⁷. Dans ce cadre, cette personne agit à l'image de toute personne physique victime d'une infraction et non comme le représentant d'intérêts collectifs¹⁴¹⁸. Or, seule cette seconde situation doit retenir ici notre attention. Dans cette

¹⁴¹⁴ C. pr. pén., art. 720-1 al. 1^{er}, 721-2, 723-4, 723-10 et 731.

¹⁴¹⁵ Sur ce type d'interdiction, V. également les articles 131-6, 14^o et 132-45, 13^o du Code pénal. Parallèlement, la victime et la partie civile peuvent être informées de la mesure d'aménagement à venir (C. pr. pén., art. 720 al. 3) et peuvent adresser des observations écrites aux juridictions de l'application des peines (C. pr. pén., art. 712-16).

¹⁴¹⁶ C. pr. pén., art. 721-2, dernier. al.

¹⁴¹⁷ MM. les Pr. CONTE et MAISTRE DU CHAMBON parlent dans ce cas d' « *action civile "pure"* » (*Procédure pénale*, op. cit., n^o 211).

¹⁴¹⁸ Une critique peut ici être formulée quant à savoir s'il est effectivement possible de reconnaître un statut de victime à la personne morale. Cette critique rejoint d'une part ce que nous avons établi précédemment s'agissant de la particularité – l'existence fictive – de ces personnes (V. *supra*, n^{os} *et ss.*) et, d'autre part, le reproche formulé plus haut quant à une présence par trop importante de la victime au sein du procès pénal (V. *supra*, n^{os}

seconde hypothèse en effet, l'action civile des personnes morales devant le juge pénal paraît contraire à la logique du procès pénal pour une double raison. D'une part, la notion d'intérêt collectif entretient des relations ambiguës avec celle d'intérêt général, pivot du procès pénal (a). D'autre part, l'intervention de ce type de groupement reste, avec la participation des victimes elles-mêmes, une réelle menace pour la souveraineté – pénale – de l'Etat (b).

a. Relations ambiguës entre intérêt collectif et intérêt général

580. Dans une certaine mesure, l'intervention des personnes morales sur la scène pénale semble paradoxalement se rapprocher de l'essence même de ce droit. Dans sa quête du maintien de la paix publique, il peut s'avérer utile pour le droit pénal de s'appuyer sur les efforts de certains groupes en vue de la satisfaction de l'intérêt général ; l'intérêt collectif pouvant en effet, dans certains cas, être conforme à l'intérêt général (2).

Malgré cette possible conformité, force est avant tout de reconnaître que l'intérêt collectif reste très souvent éloigné de l'intérêt général (1). Si cette dernière situation témoigne d'une certaine inadéquation avec le procès pénal, la première semble s'en éloigner tout autant.

1) Intérêt collectif non conforme à l'intérêt général

581. Le cas particulier des syndicats. – A l'origine, la reconnaissance de l'action civile des groupements se fondait précisément sur la dissociation entre l'intérêt collectif et l'intérêt général. Ce sont les syndicats qui ont les premiers jouit d'une telle reconnaissance – tant légale¹⁴¹⁹ que jurisprudentielle¹⁴²⁰ – imposant que l'intérêt collectif se distingue tant de l'intérêt général que de l'intérêt individuel¹⁴²¹ de chaque membre. Cette double distinction

et ss.).

¹⁴¹⁹ Art. 3 et 6 al. 1^{er} de la loi du 21 mars 1884 ; aujourd'hui, C. trav., art. L. 411-11 : « Ils [les syndicats] ont le droit d'ester en justice. Ils peuvent devant toutes les juridictions exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ».

¹⁴²⁰ Ch. réun. 5 avril 1913, *Syndicat national de défense de la viticulture française*, D. 1914.1.65, rapp. Falcimaigne et concl. Sarrut ; S. 1920.1.49, note A. Mestre ; PRADEL (J.) et VARINARD (A.), *Les grands arrêts de la procédure pénale*, op. cit., n° 12. Pour des arrêts antérieurs (toutefois moins explicites), V. Crim. 5 janv. 1894, D. 1898.1.285 – Crim. 29 juill. 1907, D. 1909.1.129, note M. Planiol ; S. 1908.1.105. Sur cette question, V. également CŒURET (A.) et FORTIS (E.), *Droit pénal du travail*, Paris, Litec, 3^{ème} éd., 2004, n°s 217 et ss. et spéc. n°s 221 à 223.

¹⁴²¹ Crim. 20 janv. 1972, *Bull. crim.* n° 30 – Crim. 29 nov. 2000, *Bull. crim.* n° 359 – Crim. 23 janv. 2002, *Bull. crim.* n° 12.

s'induit de la spécificité même des syndicats qui représentent uniquement les intérêts d'une profession.

Aussi légitime qu'elle soit, cette action ne peut trouver une place satisfaisante dans le procès pénal dont l'objet principal et prioritaire reste l'intérêt de la Société. Certes, l'infraction entraîne un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession représentée par le syndicat ; mais en aucune façon celui-ci n'a « *le droit de poursuivre la réparation du trouble que porte une infraction aux intérêts généraux de la société, cette réparation étant assurée par l'exercice même de l'action publique* »¹⁴²². Aussi, à l'image de l'action civile des victimes-personnes physiques, celle des groupements poursuivant un intérêt distinct de l'intérêt général, ne peut que troubler la cohérence du procès pénal. Leur intervention ne corrobore pas l'action publique mais participe seulement d'une dynamique indemnitaire, étrangère à toute logique pénale. Une démarche mercantile¹⁴²³ se substitue alors à une démarche répressive privant le droit de punir de tout fondement et de tout moyen d'expression¹⁴²⁴. Cette logique demeurant, non sans un certain paradoxe, si l'intérêt collectif entretient des liens plus étroits avec l'intérêt général.

2) Intérêt collectif conforme à l'intérêt général

582. Au-delà de la protection d'un intérêt collectif fondée sur la sauvegarde d'intérêts strictement professionnels, certaines actions de syndicats mais également et surtout certaines actions d'associations, s'inscrivent plus franchement dans une protection de l'intérêt général. Sont-elles plus acceptables ? Les particularités inhérentes à de telles actions civiles nous contraignent à répondre par la négative.

583. *Le cas particulier de certains syndicats.* – S'agissant des *syndicats*, la recevabilité des actions civiles s'établit sur la dualité des intérêts en cause : l'intérêt général est en jeu parallèlement aux intérêts collectifs d'une profession donnée. Il en a été décidé ainsi par exemple en matière d'actions civiles de syndicats formées à la suite de blessures ou d'homicides par imprudence, d'atteinte à la liberté syndicale ou encore d'entrave à une

¹⁴²² Crim. 8 déc. 1987, *Bull. crim.* n° 452.

¹⁴²³ En ce sens, V. CASORLA (F.), « Les victimes, de la réparation à la vengeance ? », *op. cit.*, p. 162 où l'auteur parle d'une « *vision marchande* » d'une justice de compassion ».

¹⁴²⁴ Nous verrons toutefois plus loin comment le droit de punir peut à nouveau s'exprimer en cas de demandes de dommages-intérêts (V. *infra*, n°s *et ss.*).

interruption volontaire de grossesse¹⁴²⁵. S'il est exact que des intérêts collectifs d'une profession peuvent être touchés par de tels agissements (sécurité des travailleurs, libre défense des intérêts au sein d'un syndicat, organisation d'un service médical...), il n'en est pas moins vrai que l'intérêt général est largement représenté dans de telles situations : la sécurité est une notion générique protégeant l'ensemble de la société et constitutive de l'ordre public¹⁴²⁶ ; la liberté syndicale est un principe à valeur constitutionnelle¹⁴²⁷ ; et le droit à l'avortement est une liberté publique reconnue par les lois des 17 janvier 1975 et 31 décembre 1979.

584. Le cas particulier des associations. – Concernant l'action civile des *associations*, la distance entre intérêts collectifs et intérêt général est plus ténue encore, voire inexistante. Contrairement aux syndicats, les associations connaissent – et connaissent toujours – une grande sévérité jurisprudentielle quant à la recevabilité de leur action civile¹⁴²⁸. C'est donc au cas par cas que la jurisprudence et le législateur admettent de telles actions, soit en retenant l'existence d'un préjudice personnel et direct de l'association au sens de l'article 2 du Code de procédure pénale, soit en votant un texte d'habilitation¹⁴²⁹. Or, si des associations ont effectivement pour mission de protéger des intérêts strictement collectifs, d'autres plus nombreuses ont comme préoccupation la défense de véritables valeurs sociales : sauvegarde de la mémoire des victimes de la Shoah ; lutte contre les mouvements sectaires, le racisme, les discriminations, les violences et les agressions sexuelles ; protection de l'enfance, de la sphère familiale, des consommateurs, de l'environnement et des animaux ; lutte en matière de

¹⁴²⁵ Crim. 26 oct. 1967, *JCP* 1968.II.15475, note J.-M. Verdier ; *D.* 1968, p. 346, note J.-M. R. (homicide et blessures involontaires) – Crim. 29 oct. 1996, *Bull. crim.* n° 379 (atteinte à la liberté syndicale) – Crim. 27 nov. 1996, *Bull. crim.* n° 431 (entrave à l'I.V.G.). V. également Crim. 27 mai 1999, *Bull. crim.* n° 109 (violation du secret médical) – Crim. 5 nov. 1997, *Bull. crim.* n° 377 (port illégal du costume d'avocat).

¹⁴²⁶ Selon l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales, la « *police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques* ». L'article L. 2211-1 disposant quant à lui que le « *maire concourt par son pouvoir de police à l'exercice des missions de sécurité publique* ».

¹⁴²⁷ Préambule de la Constitution de 1946, al. 6 ; Cons. constit. 25 juill. 1989, déc. n° 89-257 DC.

¹⁴²⁸ Crim. 18 oct. 1913, *S.* 1920.I.321, note L. Hugueney ; PRADEL (J.) et VARINARD (A.), *Les grands arrêts de la procédure pénale*, op. cit., n° 12. Pour des cas récents d'irrecevabilité de l'action civile d'associations non expressément habilitées, V. Crim. 12 sept. 2000, *Bull. crim.* n° 264 – Crim. 18 juin 2003, *Bull. crim.* n° 127 ; *D.* 2003, IR p. 1807 – Crim. 23 sept. 2003, *Petites affiches* 5 janv. 2004, n° 3, p. 8.

¹⁴²⁹ Sur les difficultés relative à la mise en place des textes d'habilitation, V. BORÉ (L.), « L'action collective en droit français » in MAGNIER (V.) (sous la dir.), *L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés ?*, P.U.F., coll. CEPRISCA, 2004, pp. 12 et ss. Devant la complexité du système d'habilitation, l'auteur se demande « *s'il n'aurait pas été plus simple pour le législateur d'admettre le principe même de la recevabilité de l'action d'intérêt collectif des associations, comme il l'a fait pour les syndicats, quitte à sanctionner les actions abusives par des dommages-intérêts* » (p. 13).

sécurité routière et de toxicomanie ; protection du patrimoine archéologique, historique, culturel ou scientifique¹⁴³⁰ ; etc¹⁴³¹.

585. Inadmissibilité de ce type d'actions. – Cette recherche plus précise de la sauvegarde de l'intérêt général, par l'action de ce type d'associations ou de syndicats, induit-elle une plus grande acceptation de cette participation dans le champ pénal ? Seule une réponse négative semble devoir être avancée ici. Nonobstant le fait que la satisfaction d'intérêts strictement collectifs – voire personnels – n'apparaisse pas comme la justification principale de leur constitution de partie civile, nous ne pouvons que difficilement croire en l'exclusion totale de toutes préoccupations particulières, voire partisans, conduisant par la même à une logique indemnitaire, non dépourvue d'ailleurs de tout aspect punitif¹⁴³².

Si toutefois l'intérêt général demeure la finalité première et exclusive de l'action civile de l'association, celle-ci n'est pas pour autant à l'abri de critiques. Elle devient en effet par ce biais un ministère public *bis*, accaparant une prérogative souveraine. La protection de l'intérêt public, jusque-là monopole de l'Etat, se trouve ainsi investie progressivement par la sphère privée. Mais avancer ce phénomène croissant de privatisation revient déjà à entrevoir les contours de la menace pesant sur la souveraineté pénale de l'Etat.

b. Menace envers une prérogative souveraine

586. Naissance d'une action mi-civile mi-publique¹⁴³³. – Si la notion d'*intérêts collectifs* ne possède pas de définition légale ou jurisprudentielle¹⁴³⁴, elle est paradoxalement très

¹⁴³⁰ Ord. n° 2004-178 du 20 févr. 2004, *JO* du 24 févr. 2004, p. 37048.

¹⁴³¹ Pour une présentation complète, V. l'énumération établie par le Pr. PRADEL in *Procédure pénale*, op. cit., n° 338 et ss. La liste des articles 2-1 et suivants C. pr. pén. doit aussi être complétée par des dispositions contenues dans des textes épars. A ce titre, V. par exemple : C. mon. et fin., art. L. 452-1 ; C. cons., art. L. 115-8 et L. 421-1 ; C. env., art. L. 142-2 ; C. santé pub., art. L. 3512-1.

¹⁴³² Sur ce point, V. l'exemple du Comité national contre le tabagisme donné par M. l'avocat général Jean VOLFF. En plusieurs années, cette association aurait engrangé plusieurs millions de francs à titre de dommages-intérêts (« La privatisation rampante de l'action publique », *JCP* 2004.I.146, n° 24). V. également BORÉ (L.), op. cit., p. 15 et s. qui traite des dommages-intérêts punitifs qui ont davantage « pour but de sanctionner les auteurs de [l'infraction] que de réparer le préjudice collectif causé » (p. 15). Sur les dommages-intérêts punitifs, V. *infra*, n° 98 *et ss.*

¹⁴³³ Sur cette notion, V. PRADEL (J.), *Droit pénal comparé*, op. cit., n° 99. V. également LARGUIER (J.), « L'action publique menacée... », op. cit., p. 31 où l'auteur parle d' « action semi ou quasi-publique ».

¹⁴³⁴ La "Commission Justice pénale et droits de l'homme" de 1990 avait prévu de créer la notion juridique d'intérêt collectif. Selon la Commission en effet, il est « souhaitable que la loi fixe une liste limitative des infractions pour lesquelles on peut défendre non seulement un intérêt personnel et direct, mais aussi un intérêt collectif en cas de préjudice indirect » (*La mise en état des affaires pénales*, Rapports, La Documentation française, 1991, p. 155). En l'état du droit positif, l'intérêt collectif ne peut être défini que de manière négative

prégnante dans le procès pénal. Elle prend des formes diverses et met en échec la stabilité même de la justice pénale. Cette prérogative souveraine confiée à l'Etat se trouve en effet menacée par un mouvement de dissémination des actions tant civile que publique. Ajoutée au rôle des victimes dans le procès pénal, l'intervention des associations en cette matière, achève en effet un processus de privatisation de l'action publique qui n'a d'autres conséquences que de détourner la justice pénale de sa fonction originelle. Par leur constitution de partie civile, les victimes et les groupements, en ayant la disposition de l'action publique, obtiennent le statut d'agent de la répression agissant directement sur l'exercice futur du droit de punir.

587. Privatisation de l'action publique. – Nous avons précisé au début de cette étude le point selon lequel l'action publique ne peut se confondre avec le droit de punir¹⁴³⁵. Si une telle confusion est en effet impossible, nous devons admettre toutefois que la suite logique – et légale, conformément à l'article 1^{er} C. pr. pén. – de l'action publique demeure avant tout le prononcé d'une peine. Le déclenchement d'une telle action est un acte grave pouvant entraîner de lourdes conséquences sur les libertés publiques au premier rang desquelles se trouve par exemple le droit à la sûreté¹⁴³⁶. Celui qui détient l'action publique exerce donc une influence considérable sur la mise en œuvre future de l'option punitive. Il devient l'instigateur d'un processus répressif décidé par un autre agent.

S'il est vrai que toutes les associations n'ont pas les mêmes facultés pour intervenir au procès pénal¹⁴³⁷, nous devons reconnaître cependant que l'action publique – au regard notamment du large pouvoir reconnu à la victime en matière de constitution de partie civile – n'est globalement plus une prérogative strictement régaliennne, attachée au ministère *public* : l'action publique pouvant désormais être mise en mouvement contre sa volonté¹⁴³⁸. Une partie de la doctrine constate même un effacement de l'Etat et de la notion d'intérêt général elle-

par rapport à ce qu'il n'est pas. Ainsi, il n'est pas la somme des intérêts individuels, il ne se confond pas avec l'intérêt général et il ne rejoint pas nécessairement l'intérêt de la société. Sur cette définition "négative", V. CANU (V.), « De la recevabilité de l'action judiciaire des associations d'actionnaires des sociétés cotées et des associations de défense des investisseurs » in MAGNIER (V.) (sous la dir.), *op. cit.*, spéc. pp. 55 à 57.

¹⁴³⁵ V. *supra*, n° .

¹⁴³⁶ Sur le droit à la sûreté, V. l'article 66 de la Constitution de 1958, les articles 2 et 7 DDHC et l'article 5 Conv. EDH.

¹⁴³⁷ Certaines associations doivent en effet recevoir l'accord de la victime (C. pr. pén., art. 2-1 al. 2, 2-2, 2-6 al. 2 et 3, 2-8 al. 1^{er}, 2-10, 2-12 al. 2, 2-18 al. 2, 2-19, 2-20 al. 2), ne peuvent joindre leur action qu'après déclenchement de l'action publique par le ministère public ou la partie lésée (C. pr. pén., art. 2-3, 2-9, 2-12 al. 1^{er}, 2-15 al. 1^{er} et 3, 2-16, 2-18 al. 1^{er}, 2-20 al. 1^{er}) ou encore doivent obtenir un agrément (C. pr. pén., art. 2-15 al. 1 et 2). Dans tous les autres cas, les associations peuvent directement déclencher l'action publique.

¹⁴³⁸ PRADEL (J.) et VARINARD (A.), *Les grands arrêts de la procédure pénale*, *op. cit.*, n° 7, p. 85.

même¹⁴³⁹. Par le déclenchement incident de l'action publique après l'exercice, devant le juge pénal, de l'action civile des victimes ou de groupements déterminés, force est de reconnaître que la logique liée à cette dernière action reste proche de celle inhérente à l'action publique. Le Pr. PRADEL estime qu'il ne s'agit pas d' « *une vraie action civile, mais [d']une action à mi-chemin de celle-ci et de l'action publique* »¹⁴⁴⁰. La forte interdépendance établie par la jurisprudence entre les deux actions¹⁴⁴¹ favorise une combinaison des finalités propres à chacune d'entre elles, détournant ainsi la justice pénale de sa fonction initiale.

588. Détournement de la fonction initiale de la justice pénale. – Au-delà de l'accaparement de l'action publique par des entités privées, il est plus largement à craindre que le procès pénal ne réponde plus à sa fonction originelle. La pénétration de la sphère privée au sein de la justice pénale, voyant en elle le meilleur instrument – voire le seul – à même de répondre à ses attentes, ne peut que « *détourner le juge répressif de sa fonction véritable, qui est de rétablir la paix publique troublée par une violation de la loi et non de fournir une tribune à des organismes divers* »¹⁴⁴². La reconnaissance du droit d' « *accès au droit n'est pas forcément l'accès au juge pénal* »¹⁴⁴³. Aussi le droit pénal doit-il faire œuvre de pédagogie et préciser clairement qu'il n'est pas de son ressort de répondre à des revendications dans lesquelles l'ordre public et l'intérêt général ne seraient pas prioritaires et où seul primerait l'intérêt personnel ou collectif ; intérêt qui d'ailleurs ne correspond pas

¹⁴³⁹ LARGUIER (J.), « L'action publique menacée... », *op. cit.*, p. 29 ; VOLFF (J.), « La privatisation rampante de l'action publique », *op. cit.*, n° 12 ; CASORLA (F.), « Les victimes, de la réparation à la vengeance ? », *op. cit.*, p. 162.

¹⁴⁴⁰ PRADEL (J.), *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 326, p. 269. S'agissant plus spécialement de l'action des syndicats, cet auteur affirme même clairement qu'il s'agit « *d'une véritable action publique puisqu'elle tend au prononcé d'une peine davantage qu'à l'allocation d'une réparation* » (PRADEL (J.) et VARINARD (A.), *Les grands arrêts de la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 151). Ailleurs, le Pr. PRADEL estime que la victime « *confisque (...) l'action publique à son profit en la privatisant* » (« Notre procédure pénale défend-elle l'intérêt général », *op. cit.*, p. 521).

¹⁴⁴¹ Pour le déclenchement de l'action publique par la citation directe émise par la victime, V. Crim. 17 août 1809, *Bull. crim.* n° 141 – Crim 9 mai 1822, *Bull. crim.* n° 72 – Crim. 11 août 1881, *D.* 1884, somm. p. 279 – Crim. 22 janv. 1953, *D.* 1953, p. 109, rapp. M. Patin. S'agissant de l'effet de la plainte avec constitution de partie civile sur la mise en mouvement de l'action publique, V. le célèbre arrêt *Placet* ou *Laurent-Atthalin*, Crim. 8 déc. 1906, *D.* 1907, *Jurisp.* p. 207, note F. T. et rapp. Laurent-Atthalin ; *S.* 1907, *Jurisp.* p. 377, note R. Demogue ; PRADEL (J.) et VARINARD (A.), *Les grands arrêts de la procédure pénale*, *op. cit.*, n° 7. V. également Crim. 28 mai 1925, *Bencker*, *D.* 1926.I.121, note Leloir. *Contra*, V. CEDH 29 oct. 1991, *Helmerts c/ Suède*, série A, n° 212 A.

¹⁴⁴² VOLFF (J.), « La privatisation rampante de l'action publique », *op. cit.*, n° 16. V. également KRIEGK (J.-F.), « L'américanisation de la justice, prisme d'un nouvel ordre symbolique en matière pénale ? », *Gaz. Pal.* 8-9 avril 2005, spéc. p. 7 : « *L'irruption de la victime dans le procès pénal déplace le centre de gravité du procès pénal* ».

¹⁴⁴³ GUÉRY (C.), « Le juge d'instruction et le voleur de pommes : pour une réforme de la constitution de partie civile », *D.* 2003, p. 1581, n° 46. Selon cet auteur, « (...) lorsque l'intérêt public ne le commande pas, est-il vraiment nécessaire d'autoriser toute victime en toute circonstance à choisir la voie pénale ? » (*ibid.*, n° 44).

systématiquement à une demande de réparation¹⁴⁴⁴. La participation des victimes au procès pénal ne doit pas pallier un manque de considération des victimes au plan civil ou, plus largement, au plan social¹⁴⁴⁵. Une telle attention peut – et même doit – être trouvée à l’extérieur de l’instance pénale ; il "suffit" pour cela de la développer. Si, à divers titres, le droit pénal peut être pour la victime une discipline d’écoute, celle-ci ne serait-elle pas toutefois meilleure, du point de vue de la réparation, devant son juge "naturel" ?

En facilitant le déclenchement de l’action publique par la plainte avec constitution de partie civile, les juges ont certes permis à la victime de pallier l’inertie du parquet mais menacent également les cabinets d’instruction d’un fort engorgement recevant des affaires dont la complexité reste discutable. La justice pénale, précisément dans la phase d’instruction, perd de sa crédibilité en portant le tiers de ses efforts¹⁴⁴⁶ sur des dossiers ne le méritant pas. Le mécanisme tendant à l’utilisation de la constitution de partie civile comme déclencheur de l’action publique dénature totalement cette dernière et apparaît contraire à la vocation première de l’instruction, prioritairement dirigée vers la mise en état d’affaires complexes et purement pénales¹⁴⁴⁷. Cette vocation est davantage dévoyée encore lorsque les victimes mettent clairement en évidence dans cette démarche leur désir de participer à l’exercice du droit de punir¹⁴⁴⁸. Nous touchons alors ici à la préoccupation essentielle de l’Etat vis-à-vis de la privatisation de sa justice pénale. S’il est incontestable que l’Etat ne peut accepter une dénaturation du droit pénal par l’instauration d’une logique de privatisation quant aux intérêts protégés ou quant aux organes de répression, il ne peut d’autant moins admettre que ce droit retrouve, par le biais de cette privatisation, une logique qu’il avait banni : la logique vindicative.

¹⁴⁴⁴ Le Pr. PRADEL a démontré en quoi les attentes des parties civiles pouvaient ne pas être systématiquement produites par des considérations légitimes et morales (« Notre procédure pénale défend-elle l’intérêt général », *op. cit.*, pp. 521 et 522). Il faut donc selon lui « *distinguer entre les vraies et les fausses victimes* » (*op. cit.*, p. 525).

¹⁴⁴⁵ Sur ce point, V. GORTAIS (J.), *L’aide psychologique aux victimes*, Rapport au Ministre de la Justice, 1992, p. 88 : « *trop de silence existe encore sur la détresse psychique des victimes et trop peu d’initiatives et de moyens pour y répondre* ». V. également, CARIO (R.), « Les droits des victimes : état des lieux », *AJ pén.* 2004, p. 429.

¹⁴⁴⁶ Les plaintes avec constitution de partie civile représenteraient entre 25 et 30 % des saisines du juge d’instruction. Sur ces chiffres, V. spéc. GUÉRY (C.), *op. cit.*, p. 1575, n° 5 ; PRADEL (J.), *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 644, p. 572.

¹⁴⁴⁷ GUÉRY (C.), *op. cit.*, spéc. n°s 5 et 13.

¹⁴⁴⁸ Une autre raison de dévoiement – que nous ne traiterons pas ici – peut être invoquée : en se constituant partie civile et en déclenchant le procès pénal, les victimes veulent mettre en œuvre le principe selon lequel *le criminel tient le civil en état* et ainsi ralentir le cours de la justice en faisant obstacle au déroulement d’un procès civil, prud’homal ou commercial. Sur la sanction de ces abus, V. C. pr. pén., art. 91, 177-2 et 212-2 ; C. pén., art. 226-10 (dénonciation calomnieuse).

B. – Altération de la fonction régulatrice du droit pénal par le retour d'une logique vindicative

589. Visage répressif de l'action civile. – Nourrir des craintes quant à la participation des victimes (personnes physiques ou morales) au procès pénal et quant à leurs prérogatives en matière de déclenchement de l'action publique ne procède-t-il pas d'une acception plus cachée de l'action civile ? Si cette action joue un rôle actif dans l'altération du droit pénal, ce n'est pas seulement du à l'idée selon laquelle la réparation s'inscrit profondément dans le droit pénal. Cette altération prend également appui sur le fait que l'action civile, exercée devant une instance pénale, possède inévitablement un visage répressif et, malheureusement, vindicatif¹⁴⁴⁹. Au-delà de la compensation pécuniaire, les parties privées demandent une compensation morale¹⁴⁵⁰ conduisant inévitablement à un retour de l'idée de vengeance au sein du droit pénal. Aussi, loin d'engendrer simplement une dénaturation du droit pénal, l'action civile – ce *Janus bifrons* de la procédure pénale – tend-elle plus franchement à une régression de ce droit. Les formes vindicatives actuellement perceptibles en droit pénal (1°) annihilent en effet la rationalisation du droit de punir générée par l'évolution de la justice étatique (2°).

1°/ Le retour inavoué de la vengeance : les manifestations vindicatives actuelles

590. Juger de la réintroduction de l'idée de vengeance dans le droit pénal impose que nous ayons une connaissance exacte des manifestations vindicatives actuelles. Par un double processus, la présence de la victime agit étroitement sur l'action publique et sur la mise en œuvre future du droit de punir ; soit elle conditionne l'exercice de cette action (a), soit elle la corrobore (b). Dans les deux cas, le droit de punir alors échafaudé ne pourra que difficilement se déprendre de la forte coloration vindicative qui l'imprègne.

a. Exercice de l'action publique et nécessité d'une plainte de la victime

¹⁴⁴⁹ Il est symptomatique de remarquer que l'action indemnitaire est présentée par certains professionnels du droit comme la troisième mission de l'action civile, après son rôle d'initiateur du procès et son caractère vindicatif. V. SUR (P.-O.), « L'action pénale des Associations de défense de victimes 1901-2001 », *Gaz. Pal.* 10-14 août 2001, pp. 5-6.

¹⁴⁵⁰ Sur ce concept de *compensation*, V. plus spéc. PIN (X.), « La privatisation du procès pénal », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 249 et ss. V. également *infra*, n^{os} **et ss.**

591. Notion de délits privés. – La distinction entre les atteintes à un intérêt privé et les atteintes à un intérêt public n'est en soi nullement réfutable. Cette séparation serait même un principe juridique fondamental qui, depuis l'Antiquité, forge la dualité de notre système procédural¹⁴⁵¹. Les *delicta* de l'époque romaine étaient en effet opposés aux *crimina* sur le simple critère de la nature des intérêts protégés et le mécanisme réprobateur qui était alors institué se différenciait en fonction de cette nature. La distance séparant les intérêts effectivement atteints par l'infraction justifiait alors une différence de traitement.

Etrangement, il est possible de trouver des traces de cette logique dualiste au sein même du droit pénal positif et de constater la persistance des délits privés. Ainsi, l'obligation qui est faite au ministère public d'obtenir, avant tout déclenchement de l'action publique, une plainte de la victime démontre la « *survivance du système de l'accusation privée (...) [déterminée] par des motifs de pur intérêt privé* »¹⁴⁵². Parce qu'elles atteignent la société mais plus intensément encore la sphère privée, ces infractions¹⁴⁵³ suivent un régime juridique particulier tenant à conférer à l'accusation privée un rôle actif et obstructif dans le procès pénal¹⁴⁵⁴. Les particuliers ont ici la faculté de suspendre l'exercice de l'action publique ; parfois même, le retrait de cette plainte peut éteindre automatiquement l'action publique conformément aux dispositions de l'article 6 alinéa 3 du Code de procédure pénale¹⁴⁵⁵.

592. Incidence des délits privés sur le procès pénal. – L'appréciation des situations donnant lieu à ces *délits privés* met en évidence le fait selon lequel la logique vindicative demeure la raison d'être principale de ce pouvoir d'action ou d'obstruction de la victime

¹⁴⁵¹ A Rome, deux procédures coexistaient en cas d'infraction, l'*ordo judiciorum privatorum* et l'*ordo judiciorum publicorum*, compétentes pour juger respectivement les délits privés et les délits publics.

¹⁴⁵² PRADEL (J.), *Procédure pénale*, op. cit., n° 593.

¹⁴⁵³ Citons l'article 226-6 C. pén. en matière d'atteintes à la vie privée (C. pén., art. 226-1 et 226-2) ; l'article 226-22 al. 3 C. pén. en matière de protection des personnes à l'égard des traitements informatiques ; l'article 48 de la loi du 29 juillet 1881 relatif à la diffamation, l'injure, l'offense, la diffusion d'une image d'une personne menottée ou entravée, l'atteinte à la dignité d'une victime (sauf injures et diffamations raciales, art. 48, 6°) ; l'article L. 428-33 C. env. (anc. art. L. 228-41 al. 2 C. rur.) s'agissant de l'infraction de chasse sur le terrain d'autrui sans le consentement du propriétaire ; l'article 113-8 C. pén. relatif à l'application de la loi pénale dans l'espace.

¹⁴⁵⁴ Il faut comparer ce système avec la constitution de partie civile par voie d'action qui est aussi une manifestation du caractère actif de la partie privée dans le procès pénal. Ce dernier mode de déclenchement des poursuites n'est toutefois pas une condition *sine qua non* de l'exercice de l'action publique dans la mesure où cette voie d'action pallie l'inertie et non l'impossibilité du ministère public quant au déclenchement de l'action publique (sur ce point, V. GUINCHARD (S.) et BUISSON (J.), op. cit., n° 1424).

¹⁴⁵⁵ Il en est ainsi en matière d'atteintes à l'intimité de la vie privée (C. pén., art. 226-1 et 226-6) : Crim. 14 janv. 1997, *Bull. crim.* n° 9. C'était également le cas pour l'ancien abandon de foyer (anc. C. pén., art. 357-1) : Crim. 28 oct. 1965, *Bull. crim.* n° 216. Notons que l'actuel abandon de famille (C. pén., art. 227-3) ne nécessite point aujourd'hui une plainte préalable de la victime, le procureur de la République pouvant poursuivre d'office.

quant à l'exercice de l'action publique. La plainte de la victime est nécessaire d'une part lorsque l'atteinte à l'ordre public est minime ou, d'autre part, lorsque l'ordre public a effectivement été atteint – et ce d'une manière éventuellement grave – mais que cette atteinte porte initialement sur un intérêt personnel voire intime de la victime¹⁴⁵⁶. Dans ces situations, le législateur décide de privilégier l'intérêt privé sur l'intérêt général. Le second sera pris en considération seulement si la victime décide de faire reconnaître et de protéger son intérêt personnel devant le juge pénal. Ce n'est donc qu'après la mise en évidence par la plainte de la victime de son désir de poursuivre et de punir son agresseur que le procès pénal peut être déclenché ; la victime est ici l'acteur principal et l'atteinte qui lui est portée devient prioritaire. Le procès pénal se trouve dès lors subordonné aux attentes de la victime s'inscrivant majoritairement dans une démarche vindicative. Comme on l'a observé, en matière de plainte de la victime, le délit devient la cause de la vengeance¹⁴⁵⁷ ; cette attente vindicative se faisant plus évidente encore lorsque la victime intervient au procès pénal, non au titre de son indemnisation, mais pour corroborer l'action publique.

b. Corroboration de l'action publique par la victime

593. La faculté reconnue à la victime par la jurisprudence de corroborer l'action publique (1) s'explique par le seul caractère vindicatif de l'action civile ; toute discussion sur la réalité de ce caractère devient dès lors superflue (2).

1) Reconnaissance jurisprudentielle de la corroboration de l'action publique par la victime

594. *Impossibilité de demander des dommages-intérêts.* – La Chambre criminelle de la Cour de cassation admet la recevabilité de la constitution de partie civile en cas d'impossibilité pour la victime d'obtenir des dommages-intérêts suite à une incompétence de la juridiction pénale¹⁴⁵⁸. Selon une formule récurrente, la Cour de cassation décide que « *l'intervention d'une partie civile peut n'être motivée que par le souci de corroborer l'action publique et d'obtenir que soit établie la culpabilité du prévenu ; (...) dès lors la constitution de partie civile doit être accueillie, à ces fins, quand bien même il serait allégué ou démontré que la réparation du dommage causé par l'infraction échapperait à la compétence de la*

¹⁴⁵⁶ Sur ce point, V. STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Procédure pénale*, op. cit., n^{os} 603 et ss.

¹⁴⁵⁷ GRANIER (J.), « Quelques réflexions sur l'action civile », *JCP* 1957.I.1386, § 80.

¹⁴⁵⁸ Crim. 22 janv. 1953, *Randon-Flandin*, *D.* 1953, Jurisp. p. 109, rapp. M. Patin ; S. 1953.I.150 ; PRADEL (J.) et VARINARD (A.), *Les grands arrêts de la procédure pénale*, op. cit., n^o 14.

juridiction répressive »¹⁴⁵⁹. Cette prérogative conférée à la victime en ce domaine participe pleinement de la distinction qui doit être établie entre la constitution de partie civile et le droit à demander réparation de son préjudice¹⁴⁶⁰. Cette distinction devenant plus nette encore lorsque la victime, pouvant demander réparation devant le juge pénal alors compétent, ne le veut pas.

595. Abstention quant à une demande de dommages-intérêts. – Suivant une interprétation littérale de l’alinéa 3 de l’article 418 C. pr. pén., précisant que « *la partie civile peut, à l’appui de sa constitution, demander des dommages-intérêts* », la Chambre criminelle juge recevable la constitution de partie civile d’une victime ne formulant aucune demande de dommages-intérêts¹⁴⁶¹. La réparation n’apparaît donc plus que comme une simple faculté, secondaire à la demande de répression. Il est dès lors loisible à la victime « *de dédaigner les questions pécuniaires et de se borner à "corroborer l’action publique" par des démarches accusatrices* »¹⁴⁶². Elle peut donc, au cours du procès pénal, refuser le versement immédiat de l’indemnisation afin de se maintenir comme partie civile et de poursuivre sa participation à la punition du délinquant¹⁴⁶³.

2) Caractère vindicatif de l’action civile indiscutable

¹⁴⁵⁹ Crim. 8 juin 1971, *Bull. crim.* n° 182 ; *D.* 1971, *Jurisp.* p. 594, note J. Maury ; *RTDciv.* 1971, p. 884, note P. Hébraud et P. Raynaud. V. également, Crim. 24 mai 1973, *Bull. crim.* n° 238 – Crim. 4 juill. 1973, *Bull. crim.* n° 315 – Crim. 15 mars 1977, *Bull. crim.* n° 94 ; *JCP* 1977.II.19148, note Bonjean – Crim. 10 mai 1984, *Bull. crim.* n° 165. Pour une reconnaissance légale de ce principe, V. art. L. 641-9, I, al. 2 C. com. relatif au redressement et à la liquidation judiciaires : « *le débiteur peut se constituer partie civile dans le but d’établir la culpabilité de l’auteur d’un crime ou d’un délit dont il serait victime* ». Cette disposition, initialement établie à l’article L. 622-9 al. 2 C. com., a été modifiée par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises (*JO* du 27 juillet 2005, p. 12187). Antérieurement à cette loi, il était précisé *in fine* que cette faculté peut être reconnue au débiteur « *s’il limite son action à la poursuite de l’action publique sans solliciter de réparation civile* ».

¹⁴⁶⁰ Sur ce point, V. VIDAL (J.), « Observations sur la nature juridique de l’action civile », *op. cit.*, spéc. pp. 505 et ss. ; BOULAN (F.), « Le double visage de l’action civile exercée devant la juridiction répressive », *op. cit.*, spéc. n° 13 ; DE POULPIQUET (J.), « Le droit de mettre en mouvement l’action publique : conséquence de l’action civile ou droit autonome ? », *Rev. sc. crim.* 1975, p. 37 ; BONFILS (Ph.), « La participation de la victime au procès pénal. Une action innommée », *op. cit.*, p. 179. Pour une position nuancée envers cette dissociation, V. MERLE (R.), « La distinction entre le droit de se constituer partie civile et le droit d’obtenir réparation du dommage causé par l’infraction », *Mélanges Merle*, *op. cit.*, p. 179.

¹⁴⁶¹ Crim. 10 oct. 1968, *Bull. crim.* n° 248.

¹⁴⁶² MERLE (R.), « La distinction entre le droit de se constituer partie civile... », *op. cit.*, p. 184.

¹⁴⁶³ V. Crim. 20 oct. 1966, *Berget*, *Bull. crim.* n° 235. Notons toutefois que selon la Cour européenne des droits de l’homme, l’action de la victime en l’absence de demande d’indemnisation ne perd pas sa nature civile (CEDH 12 févr. 2004, *Perez c/ France*, req. n° 47287/99, spéc. § 63 et 68).

596. Evidence du caractère vindicatif de la constitution de partie civile : naissance d'une nouvelle problématique. – La jurisprudence que nous venons de présenter met en évidence le désir de vengeance de la victime pouvant être assouvi par l'intermédiaire des organes judiciaires¹⁴⁶⁴. En relèguant sa demande de réparation au second plan, la victime recherche avant toute chose la punition du coupable. Mais s'il est incontestable que les juges lui reconnaissent ici « un droit de vengeance à l'état pur »¹⁴⁶⁵, il reste que la condamnation de cette position jurisprudentielle reste discutable. La dissociation établie par les juges entre le droit de mettre en mouvement l'action publique – à finalité punitive et vindicative – et le droit à réparation – à finalité indemnitaire – n'apparaît en effet pas toujours nettement.

L'affirmation du caractère vindicatif de l'action civile ne résoud donc pas toutes les interrogations qui l'entourent. L'intervention vindicative de la victime se présente en effet, aux yeux de certains auteurs, comme intimement liée au concept de réparation, ce qui ne saurait être condamnable en soi. Mais si, comme nous le verrons, toute discussion sur ce point reste vaine, inutile est également la question tenant à savoir si une telle jurisprudence est ou non néfaste pour le droit pénal et l'exercice en son sein du droit de punir.

597. Discussion sur le caractère répressif ou réparateur de l'intervention vindicative : l'émergence du concept de vengeance réparatrice ? – Il est toujours délicat de lier les concepts de *vengeance* et de *victime*. Cela tient non à la négation des attentes vindicatives des victimes – le bon-sens ne peut effectivement nier l'existence de telles aspirations – mais au caractère nécessairement négatif de la vengeance. Il est vrai que cette notion renvoie davantage à une demande de punition – dont la sévérité est une évidence – qu'à une compensation (réparation) morale dans laquelle la victime obtiendrait, à l'image de l'effet que produisait l'amende honorable, une nouvelle et plus profonde considération de sa personne. Cette seconde acception de la vengeance serait plus acceptable puisqu'elle induirait un regard vers l'avenir et non un retour sur le passé. C'est alors que se trouve révélée la distinction entre d'une part l'aspiration strictement "vindicative" des victimes entendue comme la recherche d'une souffrance réciproque du délinquant et, d'autre part, l'aspiration "vindicatoire" des victimes dans laquelle se crée un lien entre celles-ci et le délinquant et renvoyant au concept de réparation et de réintégration¹⁴⁶⁶.

¹⁴⁶⁴ LEROY (J.), *La constitution de partie civile à fins vindicatives*, thèse, Paris XII, 1990.

¹⁴⁶⁵ RASSAT (M.-L.), *Traité de procédure pénale*, op. cit., n° 177, p. 273.

¹⁴⁶⁶ Sur la distinction entre le système vindicatif et le système vindicatoire, V. VERDIER (R.), « La vengeance civilisée : du vindicatif au vindicatoire », op. cit. ; « Le système vindicatoire. Esquisse théorique », op. cit. ;

Or, comme cela a déjà été établi, l'action civile conserverait une logique de réparation même si des attentes répressives et vindicatives imprègnent l'intervention de la partie civile au procès pénal¹⁴⁶⁷. Ainsi, la logique tiendrait à ce que, « dans cette perspective, la réparation demeure toujours la fin recherchée, la répression ne constituant qu'un moyen particulièrement efficace pour l'atteindre »¹⁴⁶⁸.

598. Discussion sur le caractère répressif ou réparateur de l'intervention vindicative : limite du concept de vengeance réparatrice. – Il convient toutefois de ne pas confondre les termes. Le concept de réparation ne peut s'entendre que d'un point de vue *patrimonial* conduisant à la formulation d'une demande de dommages-intérêts. A l'inverse, la répression ne doit être perçue que d'un point de vue *moral* ; cet « intérêt moral, d'essence vindicative (...) [étant précisément] la seule justification [pour la victime] de sa présence au procès pénal »¹⁴⁶⁹. Celle-ci recherche la culpabilité du délinquant et exprime par là même son désir de vengeance mais ne recherche pas systématiquement une réparation. Si *réparation morale* il y a¹⁴⁷⁰, celle-ci n'est que le reflet hypothétique d'une dynamique vindicative qui demeure, quant à elle, certaine. L'action civile a donc véritablement, comme l'exprime une partie de la doctrine, un « double visage »¹⁴⁷¹, un « double caractère »¹⁴⁷² ou une « double nature »¹⁴⁷³. Est-ce à dire que la doctrine soit divisée, d'autres auteurs estimant en effet que l'action civile ne peut être définie que de manière unitaire et relever du droit civil¹⁴⁷⁴ ? Nous n'en sommes pas convaincus. Tout d'abord les partisans de l'action civile unique n'occultent pas le rôle

SALAS (D.), « Présence de la victime dans le procès et sens de la peine », *AJ pén.* 2004, p. 430.

¹⁴⁶⁷ Pour une acceptation du couple réparation/vengeance, V. GRANIER (J.), « Quelques réflexions sur l'action civile », *op. cit.*, § 79 ; moins nettement, V. BONFILS (P.), *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, *op. cit.*, spéc. n° 253, p. 304 ; PIN (X.), *op. cit.*, pp. 249 à 251.

¹⁴⁶⁸ VAN DE KERCHOVE (M.), « L'intérêt à la répression et l'intérêt à la réparation dans le procès pénal » in GÉRARD (P.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Droit et intérêt*, vol. 3, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 91.

¹⁴⁶⁹ MERLE (R.), « La distinction entre le droit de se constituer partie civile... », *op. cit.*, pp. 179-180. *Contra*, V. CEDH 12 févr. 2004, *Perez c/ France*, *op. cit.*, § 70 qui refuse toute approche vindicative de l'action civile.

¹⁴⁷⁰ Cette réparation morale ressort parfaitement des articles 177 al. 2 et 349-1, 1° C. pr. pén. qui précisent que le juge d'instruction ou la cour d'assises doivent répondre à la question de savoir si l'intéressé a commis les faits alors même que ces magistrats prononceraient un non-lieu ou un acquittement pour cause d'irresponsabilité pénale. On pourrait également retrouver ce besoin de réparation morale dans l'allongement du délai de prescription des violences sexuelles sur mineurs. Dans la mesure où un procès pourra, en pratique, intervenir longtemps après les faits, seule la réparation du préjudice moral peut aider à la compréhension de ce système ; tout autre préjudice – physique – ayant en effet disparu.

¹⁴⁷¹ BOULAN (F.), *op. cit.*

¹⁴⁷² MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. II, *op. cit.*, n° 29.

¹⁴⁷³ PRADEL (J.), *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 231.

¹⁴⁷⁴ BONFILS (P.), *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, *op. cit.*, spéc. n° 244 ; VOUIN (R.), « L'unique action civile », *op. cit.*

répressif et vindicatif que peut jouer la victime lors de sa participation au procès pénal¹⁴⁷⁵. Ensuite, l'ensemble de la doctrine analyse surtout, sans trop l'admettre, un seul et même phénomène : l'intervention de la victime dans la justice pénale. Or, pour intervenir, la victime ne possède qu'un moyen : l'action civile. Cette dernière possède initialement une nature *civile* mais, par son inclusion dans le procès pénal et compte tenu de la souffrance endurée par la victime, cette action ne peut secondairement échapper à une dynamique *répressive* – inhérente à la justice pénale – mais également *vindicative* – inhérente au statut de victime¹⁴⁷⁶.

En conséquence, si l'on accepte de reconnaître l'action civile comme une action intrinsèquement civile intégrant une logique vindicative en fonction de l'environnement juridique dans lequel elle s'exerce, plus aucune controverse ne peut prospérer quant à la nature juridique de l'action civile. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs sur ce point mis un terme à toute discussion en précisant que le droit de mettre en mouvement l'action publique, « *pour important qu'il soit, ne constitue qu'un aspect de l'action civile par voie d'action, laquelle ne perd pas sa nature civile* »¹⁴⁷⁷. Une dernière discussion peut toutefois naître quant au fait de savoir si la reconnaissance du caractère vindicatif de l'action civile est précisément négatif pour le droit pénal.

599. Discussion sur les dangers du caractère vindicatif de l'action civile. – Etablir que l'action civile est vindicative par "contre-coup", du fait de son domaine d'intervention, et non par nature, n'exclut pas pour autant toute critique. Tout en admettant le caractère répressif de l'action civile, certains auteurs mettent en évidence les aspects positifs de l'intervention des victimes au procès pénal, considérant même que ces dernières sont complémentaires du ministère public dans le déroulement de ce procès¹⁴⁷⁸. Nous pourrions également affirmer, pour tenter de légitimer cette tendance vindicative, que le droit pénal ne se trouve pas véritablement affaibli par cette dernière. Dans la mesure où toute idée de vengeance induit

¹⁴⁷⁵ BONFILS (P.), *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, op. cit., spéc. n° 246 ; VOUIN (R.), « L'unique action civile », op. cit., 2^{ème} col.

¹⁴⁷⁶ LARGUIER (J.), « L'action publique menacée... », op. cit., p. 33 parlant du désir de vengeance comme « *la réaction naturelle de la victime* ».

¹⁴⁷⁷ CEDH 12 févr. 2004, *Perez c/ France*, op. cit., § 68 (c'est nous qui soulignons). Ce serait l'idée précisément défendu par le Pr. MERLE lorsqu'il énonce que « *l'action civile en réparation du dommage est bien la racine première de la constitution de partie civile* » à finalité répressive (« La distinction entre le droit de se constituer partie civile... », op. cit., p. 186).

¹⁴⁷⁸ DI MARINO (G.), op. cit., passim et spéc. pp. 458 et ss. V. également CARIO (R.), « La place de la victime dans l'exécution des peines », op. cit. ; RASSAT (M.-L.), *Traité de procédure pénale*, op. cit., n° 167, p. 251 : « *l'indemnisation de la victime joue le rôle d'un utile complément de peine* ». Pour une position plus nuancée, V. PRADEL (J.), *Procédure pénale*, op. cit., n° 279.

inévitablement une logique répressive, l'acceptation classique du droit pénal serait rétablie et l'on renouerait alors avec l'inévitable concept de *rétribution*. Loin d'être perçue comme une régression, cette nouvelle dynamique vindicative serait au contraire l'occasion de redonner à la dimension répressive du droit pénal une place de choix dans les mécanismes de résolution des conflits. L'utilisation du droit de punir ne serait donc pas franchement détournée de son objet initial ; cette prérogative redeviendrait l'affliction quantifiée d'une souffrance prononcée à la suite d'une infraction et justifiée par la souffrance corrélative d'une personne physique.

Mais avoir une telle lecture du droit pénal – et du droit de punir alors exercé par lui – reviendrait à nier les efforts effectués en vue d'instituer la prérogative punitive au rang de prérogative souveraine, manifestant une inclination modérée envers la satisfaction des intérêts strictement privés.

2°/ Une rationalisation du droit de punir désormais abandonnée

600. *Dépérissement de l'emprise étatique.* – L'exercice de toute punition génère inévitablement une part de souffrance. S'agissant de la punition institutionnelle, judiciaire, force est de reconnaître que le droit pénal a su établir cet exercice dans une objectivité incontestable. Cet effort d'objectivité ayant conduit à l'émergence et l'application d'un véritable *droit* de punir, dénué de toutes passions et partialités. Cette construction progressive, nous l'avons exposée précédemment comme la rationalisation de l'exercice punitif et de la vengeance¹⁴⁷⁹. La procédure pénale, matérialisation effective de l'exercice punitif étatique, garantissait donc une rupture avec toute idée de vengeance et permettait ainsi une résolution plus équitable et efficace du conflit.

Dès lors, la « *jurisprudence qui admet le droit de vengeance nous paraît inadmissible dans une société policée où la punition du coupable doit être et ne doit être qu'une affaire d'Etat* »¹⁴⁸⁰. Face aux diverses formes vindicatives actuelles et, parallèlement, à la perte d'emprise du pouvoir étatique en la matière, il faut reconnaître que la régression du droit pénal reste en germe. Devant une telle évolution, le droit de punir – prérogative souveraine fondamentale pour la conduite du droit pénal – est menacé. Il souffre indiscutablement d'un détournement de son exercice et l'on craint même une négation de cette prérogative.

¹⁴⁷⁹ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

¹⁴⁸⁰ RASSAT (M.-L.), *Traité de procédure pénale*, op. cit., n^o 177, p. 274.

601. Détournement de l'exercice du droit de punir. – Sans nier le processus de rationalisation déjà accompli, le mouvement de privatisation actuelle met un terme à toute évolution de la justice pénale vers une neutralité, une objectivité et une sérénité plus grandes. La procédure pénale « *n'est plus l'occasion de rétablir le lien entre l'individu et la collectivité, au moyen d'une salutaire sanction étatique, mais le théâtre des passions individuelles s'exprimant tous azimuts* »¹⁴⁸¹. Il serait illusoire de penser que les victimes ou, plus largement, les titulaires de l'action civile possèdent une objectivité égale à celle des autorités étatiques. Le droit de punir est donc détourné de son objet principal qui est de répondre équitablement à la commission d'un acte avant tout contraire à l'ordre public. La peine, nécessairement juste¹⁴⁸², se voit complétée par une dimension vindicative qui n'était et ne devait plus être la sienne au risque sinon de nier l'existence même du *droit* de punir.

602. Négation du droit de punir. – Comme nous l'avons observé, le droit de punir ne saurait avoir comme fondement exclusif le désir de vengeance de la victime. Le devoir de défendre la collectivité se présente principalement comme la genèse de ce droit. Toute logique vindicative doit donc être exclue dès lors qu'est instauré un véritable *droit* de punir. Cette évolution, garante de la rationalisation du droit de punir, se trouve étrangement mise en échec aujourd'hui, alors même que la justice étatique a atteint son stade ultime. La confusion des actions civile et publique, propre aux législations primitives¹⁴⁸³, se retrouve aujourd'hui dans notre droit pénal moderne où se mêlent réparation et répression sans réelle logique¹⁴⁸⁴. Devant une telle perspective, qu'il nous soit permis toutefois de nourrir quelques espoirs.

603. Une évolution entre espoirs et craintes. – Nous ne pouvons être catégoriquement hostiles à l'exercice de l'action civile devant le juge pénal et ce pour deux raisons essentielles : d'une part, la victime ne peut être raisonnablement – et humainement – exclue de l'instance pénale du fait même de sa souffrance ; d'autre part, il paraît matériellement impossible de revenir sur la jurisprudence *Laurent-Atthalin* et d'obstruer à la victime tout passage devant le juge pénal. Nous considérons toutefois qu'il serait bon de ne pas développer cette immixtion sous peine d'exacerber les passions et de parvenir à une justice pénale

¹⁴⁸¹ PIN (X.), *op. cit.*, pp. 260-261.

¹⁴⁸² *Contra*, CASADAMONT (G.) et PONCELA (P.), *Il n'y a pas de peine juste*, Paris, Odile Jacob, 2004.

¹⁴⁸³ Pour un exposé de ce régime, V. GARRAUD (R.), *op. cit.*, n° 70 ; MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. II, *op. cit.*, n° 26.

¹⁴⁸⁴ Le Pr. LARGUIER avait déjà entrevu le danger d'une telle confusion en évoquant la possibilité future de reconnaître un droit de punir aux divers groupements (« L'action publique menacée... », *op. cit.*, p. 31).

toujours plus civiliste et vindicative. Mais en ce domaine – purement prospectif – nos espoirs se mêlent à nos craintes.

Nos espoirs, qu'une partie de la doctrine nourrit¹⁴⁸⁵, reviennent à croire en une réduction des interventions pénales des victimes, si celles-ci obtiennent devant le juge civil – initialement et naturellement compétent pour la résolution de leur contentieux – leur indemnisation de manière plus efficace et une considération plus forte¹⁴⁸⁶.

Mais nous redoutons que nos espoirs restent vains ; nos craintes ne pouvant en effet que s'intensifier devant la mise en place d'une justice restaurative dans laquelle la victime, loin de simplement demander réparation, règle directement le litige avec le prévenu. Dès lors, ce n'est plus seulement la fonction du droit pénal relative à la régulation de la vengeance qui se trouve mise en échec, mais plus précisément celle relative à la résolution – imposée – des conflits. Parallèlement et plus largement encore, c'est la nature régaliennne du droit pénal qui s'affaiblit fortement, laissant planer la menace d'une annihilation totale de la rationalisation du droit de punir.

§ 2. – La justice restaurative et l'altération de la nature régaliennne du droit pénal

604. Nous avons analysé plus haut les désagréments que procurait le recours à une forme négociée ou consensuelle¹⁴⁸⁷ de justice pénale sur l'expression du droit de punir et la définition même de la sanction pénale¹⁴⁸⁸. Il convient désormais d'appréhender ce type de justice au regard du rôle actif joué par les parties privées et des conséquences néfastes qu'elle induit sur le droit pénal et plus spécialement sur son caractère souverain.

¹⁴⁸⁵ GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, op. cit., n° 75 *in fine* ; CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Procédure pénale*, n° 193 ; CASORLA (F.), « Les victimes, de la réparation à la vengeance ? », *op. cit.*, p. 171-172. Pour une vision plus modérée, V. PRADEL (J.), « Notre procédure pénale défend-elle l'intérêt général », *op. cit.*, p. 525, note 137 : « *La victime a certes sa place dans le procès pénal. Mais elle ne doit pas en être le personnage central* ».

¹⁴⁸⁶ C'est ainsi qu'il faut lire le souhait formulé par René GARRAUD : « [il faudrait] *assurer et garantir, par des institutions appropriées, la réparation à laquelle a droit la victime. C'est sous cet aspect surtout qu'on doit envisager le problème et non sous celui d'une extension des droits de la partie lésée devant les tribunaux de répression ou d'une reconstitution du système des peines privées* » (*Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, op. cit., n° 75 *in fine*).

¹⁴⁸⁷ Nous utiliserons comme synonymes les expressions *justice consensuelle* et *justice négociée*. Pour un exposé des différences sémantiques pouvant toutefois intervenir entre elles, V. spéc. TULKENS (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), « La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ? » *in* GÉRARD (P.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.) (sous la dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1996, spéc. pp. 531 à 533.

¹⁴⁸⁸ V. *supra*, n°s *et ss.*

605. Définition de la justice restaurative. – Le concept de justice restaurative¹⁴⁸⁹ et son introduction dans le paysage judiciaire français sont le fruit de l'étude comparative des systèmes applicables en matière criminologique. D'origine anglo-saxonne¹⁴⁹⁰, ce néologisme apparaît en effet comme la mosaïque de modes alternatifs de résolution des conflits. La justice restaurative se présente comme un mécanisme juridique permettant « à l'infracteur et à la victime de se réunir, sous le contrôle bienveillant et protecteur des représentants de la société, pour décider ensemble de la meilleure façon d'aborder et de régler les conséquences du délit ainsi que ses répercussions futures »¹⁴⁹¹. Au-delà d'une vision comparatiste, notons qu'une recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe¹⁴⁹² a récemment encouragé les États à recourir à la médiation en matière pénale, « de nature à offrir plus de souplesse et à favoriser davantage la participation de la victime et du délinquant au règlement de leur conflit »¹⁴⁹³.

606. Réticence du droit pénal français. – Malgré l'apport des droits étrangers, l'incitation et l'apparente respectabilité qui peuvent accompagner la technique de justice restaurative, force est de constater que cette nouvelle forme de justice ne pénètre que difficilement la

¹⁴⁸⁹ D'autres expressions sont utilisées pour traduire cette même forme de justice. On peut ainsi trouver les formules suivantes : justice réparatrice, justice reconstructive, justice transformative, justice participative, justice consensuelle ou encore justice restitutive. Nous conserverons sciemment le concept de *justice restaurative* puisqu'il est le seul à traduire un ensemble de mécanismes de conciliation. A l'inverse, les autres expressions induisent trop facilement les idées – selon nous réductrices – de réparation, de reconstruction, de transformation, de participation, de consentement ou de restitution, alors même que cette forme de justice renvoie à une vaste ouverture des modalités de résolution des conflits et de réactions sociales. Sur cette diversité et la difficulté d'obtenir une image et une définition uniques de la justice restaurative, V. spéc. WALGRAVE (L.), « La justice restaurative : à la recherche d'une théorie et d'un programme », *Criminologie*, 1999, n° 1, pp. 10-11. Egalement, JACCOUD (M.), « Les mesures réparatrices » in LE BLANC (M.), OUMET (M.) et SZABO (D.) (sous la dir.), *Traité de criminologie empirique*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 3^{ème} éd., 2003, spéc. p. 740 ; ARCHIBALD (B. P.), « La justice restaurative : conditions et fondements d'une transformation démocratique en droit pénal » in JACCOUD (M.) (sous la dir.), *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences ?*, Paris, L'Harmattan, 2003, pp. 119 à 121 ; SALAS (D.), « Introduction : qu'est-ce que la justice "réparatrice" ? » in *Justice "restaurative" et victimes*, Les cahiers de la justice, 2006, n° 1, Paris, Dalloz-ENM, p. 21.

¹⁴⁹⁰ Le Canada est un des plus parfaits exemples de pays ayant pleinement intégré la logique restaurative. Sur ce point, V. les publications officielles suivantes : *La transformation des rapports humains par la justice participative*, Rapport de la Commission du droit du Canada, 2003, spéc. pp. xvii et ss. ; LLEWELLYN (J.) et HOWSE (R.), *La justice réparatrice. Cadre de réflexion*, Mémoire préparé pour la Commission du droit du Canada, 2002 ; *De la justice réparatrice à la justice transformatrice*, Commission du droit du Canada, document de discussion, 1999.

¹⁴⁹¹ CARIO (R.), « Justice restaurative » in LOPEZ (G.) et TZITZIS (S.) (sous la dir.), *op. cit.*, p. 571. V. également ARCHIBALD (B. P.), *op. cit.*, pp. 119-120 : ce type de justice conduit à « la restauration des rapports ou liens sociaux, sur une base d'équité et de dignité humaine, dans le contexte de résolution de différends suscités par des torts/actes criminels, dans un processus délibératif qui implique le contrevenant, la victime et la/leur(s) communauté(s) pertinentes ».

¹⁴⁹² Recomm. R(99)19, 1999, 23 p.

¹⁴⁹³ CARIO (R.), *Rép. pén.*, v° « Victimes d'infraction », n° 73.

tradition juridique pénale française¹⁴⁹⁴. Que faut-il conclure de cette frilosité ? S'agit-il d'une simple lenteur de la mise en adéquation de notre système à ce genre de techniques ou s'agit-il plus profondément d'une incompatibilité de notre droit pénal à ce type de mécanismes ? Si les partisans de la justice pénale consensuelle estiment que le retard pris par la France en la matière n'est que la manifestation de l'inexistence d'une telle tradition conciliatoire, nous estimons au contraire que des obstacles substantiels empêchent toute propagation de ces techniques dans notre droit pénal.

Aussi, devant cette hésitation quant à la pertinence de la combinaison du droit pénal et de la justice restaurative, pouvons-nous affirmer que, *de lege ferenda* (A) ou *de lege lata* (B), le droit pénal reste une discipline juridique hermétique à toute logique conciliatoire ou consensuelle. Inscrire *prioritairement* le droit pénal dans cette perspective reviendrait à lui ôter sa nature ; mais, parallèlement, la justice restaurative se freinerait d'elle-même dans la mesure où ce dernier ne peut favoriser son essor. On le constate d'ailleurs dans les tentatives qui sont menées aujourd'hui en ce domaine : la logique suivie par la justice restaurative n'a que peu de consistance.

A. – *De lege ferenda*, une justice restaurative pénale inconcevable

607. Dénaturation incontestable du droit pénal. – Développer la philosophie de la justice restaurative au sein même de la justice pénale entraînerait comme première conséquence de provoquer la dénaturation de cette dernière. En intégrant, au sein du droit pénal, une logique consensualiste et de négociation, la justice restaurative induirait sans conteste de nombreuses conséquences néfastes quant à l'exercice du droit de punir. En tant que manifestation de la souveraineté de l'Etat, le droit pénal doit pleinement user de *l'imperium* qui n'est autre que la faculté de contraindre et d'imposer l'exécution d'un acte. Dès lors, le *concilium* attaché à la justice restaurative se trouve très éloigné de cette fonction de contrainte et devient manifestement contraire à l'esprit irriguant le droit pénal. Ainsi, à l'image de ce que nous avons pu préciser pour la privatisation issue de l'action civile, la logique pénale reste très éloignée de celle inspirant la justice restaurative. Que ce soit dans ses fondements (1°) ou

¹⁴⁹⁴ Au Canada, pays pourtant précurseur en la matière, on constate également une sous-utilisation des techniques de justice restaurative et des difficultés dans leur mise en œuvre. Sur ce point, V. JACCOUD (M.), « Les mesures réparatrices », *op. cit.*, pp. 755 et ss. ; « Les cercles de sentence au Canada » in *Justice "restaurative" et victimes*, *op. cit.*, spéc. pp. 90-92. Egalement GAUDREAU (A.), « Les limites de la justice réparatrice » in *Justice "restaurative" et victimes*, *op. cit.*, p. 71.

dans son expression même (2°), le droit pénal ferait un usage détourné du droit de punir s'il s'imprégnait trop intensément d'un esprit restauratif.

1°/ Une justice restaurative contraire aux fondements du droit de punir

608. Il n'est pas question pour nous de nier ou de réfuter l'ensemble des manifestations du consentement des parties privées lors du procès pénal *lato sensu*. Ces « *interférences consensuelles* »¹⁴⁹⁵ ne sauraient être critiquées dans leur principe¹⁴⁹⁶. Il s'agit seulement pour nous d'apprécier en quoi ces manifestations¹⁴⁹⁷, témoignant de la présence de mécanismes restauratifs, influent directement sur le fondement originellement attribué au droit pénal lorsque l'Etat use de son droit de punir. Ainsi, en vertu de sa nature souveraine, le droit de punir s'inscrit dans une démarche toute différente de celle emplissant la justice restaurative. Définie comme *la résolution égalitaire d'un conflit conforme aux intérêts de chacune des parties et rendue possible par l'acceptation de sacrifices réciproques*, la justice restaurative renvoie à deux caractères spécifiques. Elle témoigne d'une logique contractuelle (a) mais plus précisément encore d'une logique transactionnelle (b) ; ces spécificités apparaissant comme de véritables hérésies juridiques dès lors qu'elles se trouvent confrontées au concept de justice pénale, imprégnée quant à elle d'un esprit rétributif.

a. L'hérésie d'une justice pénale contractuelle

609. L'instauration d'une justice contractuelle confère des qualités particulières aux parties (1) qui ne peuvent être que rejetées en droit pénal (2).

1) *Présentation de la logique contractuelle*

610. Logique contractuelle et volonté des parties. – Il est aisé de rapprocher les concepts de *contrat* et de *justice restaurative* dans la mesure où une telle résolution des conflits se fonde sur la stricte volonté des parties de mettre un terme à leur litige et ce en dehors du cadre traditionnel de la justice rétributive. Le consensualisme, nous le savons, constitue le

¹⁴⁹⁵ EXPOSITO (W.), *La justice pénale et les interférences consensuelles*, thèse, Lyon-III, 2005.

¹⁴⁹⁶ A titre d'exemple, il ne rentre pas dans le cadre de cette étude de discuter – si cela est possible – du bien-fondé du consensualisme en matière d'actes d'enquête, tels les perquisitions ou les saisies. Sur ce point, il est intéressant de se reporter aux nombreuses possibilités de passer outre l'accord de la personne intéressée et de déroger au consensualisme pénal. V. notamment C. pr. pén., art. 56 (perquisitions en enquête de flagrance), art. 76 al. 4 (perquisitions en enquête préliminaire) et art. 706-56 I dernier al. (examens techniques et scientifiques).

¹⁴⁹⁷ Il n'est pas question ici de reprendre dans le détail l'ensemble de ces mécanismes. Il convient plutôt d'appréhender la logique suivie par ceux-ci et les désavantages qu'ils procurent sur le droit pénal.

soubassement de la relation contractuelle¹⁴⁹⁸ ; dès lors, nous devons reconnaître qu'à partir de l'instant où la justice pénale accorde une valeur à la volonté des parties *dans la résolution même du conflit*, un processus de contractualisation de cette justice devient criant. Cette considération de la volonté s'exprime également à travers la naissance d'obligations civiles en droit pénal et la mise en œuvre de techniques tendant à contraindre les parties à exécuter leurs engagements. L'application des règles civiles témoigne donc avec évidence de l'inclusion de la philosophie contractualiste dans le droit pénal¹⁴⁹⁹. Une telle évidence s'accroît par la prise en considération d'une seconde qualité devant être reconnue à toute relation contractuelle et garantissant l'intégrité du consensualisme : l'égalité entre les parties.

611. Logique contractuelle et égalité entre les parties. – Pour pallier « l'absence d'égalité naturelle, abstraite et automatique entre les parties »¹⁵⁰⁰, la relation contractuelle doit respecter un principe d'égalité juridique assurant un consentement libre et éclairé, mais également une pleine maîtrise des engagements de chacun¹⁵⁰¹. Appliqué au droit pénal, ce principe contractualiste et égalitaire revient à placer sur un même pied le délinquant et la victime mais également et surtout l'autorité judiciaire étatique. Car s'il est vrai que la justice restaurative peut s'apprécier comme un concept relativement large, contribuant ainsi à donner corps au mouvement de *diversion*¹⁵⁰² et pouvant s'exprimer en dehors du droit pénal par des réactions sociales très diverses, la justice pénale étatique n'en reste pas moins son domaine de prédilection. La justice restaurative ne serait alors que la recherche d'une nouvelle facette du droit pénal. Pour preuve de ce caractère nécessairement pénal et de l'intervention inéluctable de l'autorité étatique dans la justice restaurative, il convient de reprendre la définition que nous avons pu donner de celle-ci¹⁵⁰³ et de remarquer que le vocabulaire reste strictement celui du droit pénal : on parle effectivement d'"infracteur", de victime et de délit. Présentée comme une perspective moderne ou une « nouvelle philosophie de régulation des conflits de nature

¹⁴⁹⁸ V. par exemple, STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Obligations*, t. 2, *Contrat*, Paris, Litec, 6^{ème} éd., 1998, n° 15 : « *Le contrat est l'œuvre des volontés des contractants, et de ces volontés seulement* ».

¹⁴⁹⁹ C'est le cas notamment de l'introduction par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 des règles relatives à l'injonction de payer dans le cadre de la médiation pénale (C. pr. pén., art. 41-1, 5°).

¹⁵⁰⁰ THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 378.

¹⁵⁰¹ *Ibid.* V. également TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 9^{ème} éd., 2005, n° 45.

¹⁵⁰² On entend par *diversion* l'ensemble des mécanismes de résolution des conflits se trouvant à l'extérieur du système pénal. Ce type de résolution se substitue alors entièrement aux poursuites pénales. Sur ce point, V. CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport sur la décriminalisation*, op. cit., p. 17.

¹⁵⁰³ V. *supra*, n° .

pénale »¹⁵⁰⁴, la justice restaurative s'inscrit véritablement dans un cadre étatique conduisant à cette spécificité selon laquelle aucune supériorité ne doit être reconnue à aucun des acteurs du procès pénal de restauration, dont l'Etat¹⁵⁰⁵. L'opposition avec les règles fondamentales existant en matière d'exercice du droit de punir devient évidente.

2) Rejet de la logique contractuelle

612. Limitation de la volonté des parties. – Le droit de punir garantit la souveraineté pénale de l'Etat. Son existence assure à l'autorité étatique sa puissance et sa supériorité sur les citoyens. Si le droit pénal institue une logique consensualiste, il est à craindre que le droit de punir n'ait plus de fondement. Ce droit est par essence un droit imposé par le "souverain" et la volonté des parties ne doit pouvoir inférer dans son exercice. Si tel est toutefois le cas, force est de reconnaître que le droit de "punir" céderait alors le pas à un droit de "choisir". L'inclusion du consensualisme, s'il reste admissible dans certains domaines de la procédure pénale¹⁵⁰⁶, ne saurait être recevable dès lors que le droit pénal se trouve chargé d'exercer le droit de punir. Les logiques sont antagonistes. Cet antagonisme devient plus franc s'agissant de l'égalité devant s'établir entre les parties.

613. Impossible égalité des parties. – En tant que prérogative souveraine, nous avons précisé au début de cette étude que le droit de punir imposait une nécessaire supériorité de son détenteur vis-à-vis de la personne subissant son exercice¹⁵⁰⁷. Or, en établissant un système égalitaire entre les parties, la justice restaurative nie la supériorité de l'Etat et réduit par là même les dimensions de sa souveraineté pénale. Parallèlement, le droit de punir – constituant la clé de voûte de cette souveraineté – se trouve proportionnellement amoindri dans ce rapport d'égalité. Aussi, remettre en cause toute supériorité de l'Etat dans le règlement des conflits et

¹⁵⁰⁴ CARIO (R.), « Justice restaurative », *op. cit.*, p. 571.

¹⁵⁰⁵ La commission de l'infraction rompt immédiatement l'égalité entre les parties ; mais, grâce à la justice restaurative, un rapprochement s'effectuera entre celles-ci, conduisant à une parfaite égalité lors de la résolution même du litige.

¹⁵⁰⁶ Dans certaines circonstances, la prise en considération de la volonté des parties doit être effective. Cette attention est directement liée au respect des libertés publiques (consentement à l'introduction dans les lieux ou à la perquisition : art. 76 al. 1 et 2 C. pr. pén.) ou à la garantie des règles du procès équitable (le droit de garder le silence pendant un interrogatoire témoigne du respect de la volonté de la personne de conserver une attitude passive ; précisons toutefois que depuis la loi du 18 mars 2003, ce droit ne fait plus partie de la liste des droits devant être notifiés pendant une garde à vue en vertu de l'article 63-1 C. pr. pén.). Pour d'autres exemples de consensualisme relativement à la sanction pénale, V. *infra*, n^{os} *et* .

¹⁵⁰⁷ V. *supra*, n^o .

écarter toute idée punitive n'a pour conséquence que d'inclure le droit pénal dans une dynamique qui n'est originellement pas la sienne¹⁵⁰⁸.

Mais, sur ce plan, notre critique pourrait être plus nette encore en établissant que les autorités étatiques, loin d'être sur un pied d'égalité avec la victime et le délinquant, se trouvent au contraire bridées voire évincées de la résolution du conflit. Selon une étude canadienne, « *un élément commun des processus de justice réparatrice est le fait que la victime, le délinquant et la collectivité [qui n'est pas nécessairement l'Etat] exercent un certain contrôle sur le processus* »¹⁵⁰⁹. L'omnipotence de l'Etat en matière de droit de punir et l'exercice même de ce droit ne sont donc plus qu'une illusion en matière de justice restaurative qui, historiquement, s'est développée hors cadre étatique¹⁵¹⁰. Ce sont les parties qui deviennent le centre de gravité du règlement du litige sans qu'aucune disparité n'intervienne entre elles lors de ce règlement. Elles désirent (r)établir un équilibre – purement fictif¹⁵¹¹ – par le jeu de concessions et non instaurer une inégalité nouvelle¹⁵¹². Dès lors, au-delà de la logique contractuelle, la recherche par les seules parties privées d'une résolution effective du conflit témoigne du fait selon lequel la justice restaurative s'inscrit dans une démarche plus spécifiquement transactionnelle ; démarche qui doit être également rejetée.

b. L'hérésie d'une justice pénale transactionnelle

¹⁵⁰⁸ La médiation pénale de l'actuel article 41-1 C. pr. pén. constitue l'exemple parfait de ce mouvement. V. *infra*, n^{os} *et ss.*

¹⁵⁰⁹ *La transformation des rapports humains par la justice participative*, op. cit., p. 3. V. également WALGRAVE (L.), « La justice restaurative : à la recherche d'une théorie et d'un programme », op. cit., p. 10 : « *L'un des défis les plus délicats de "l'entreprise restaurative" est bien de définir le rôle de l'Etat de manière à ne pas entraver les processus relationnels restauratifs, tout en préservant son rôle normatif* ». Et plus loin : « *La plupart des tenants de la justice restaurative privilégie la participation de la "communauté", au détriment de celle de l'Etat, dans le règlement des délits* » (p. 14). Du même auteur, V. aussi « La justice restaurative et la justice pénale : un duo ou un duel ? » in CARIO (R.) (sous la dir.), *Victimes : du traumatisme à la restauration*, op. cit., pp. 281 et 283. Sur ce point, V. également PIN (X.), « La privatisation du procès pénal », op. cit., p. 245 où l'auteur parle de « *désinvestissement étatique* » ou encore de « *recul de l'autorité publique dans l'action répressive* ».

¹⁵¹⁰ Sur ce point, V. JACCOUD (M.), « Les mesures réparatrices », op. cit., p. 741 où l'auteur précise que la justice restaurative était déjà utilisée « *par les sociétés préétatiques et les sociétés communautaires* ».

¹⁵¹¹ Selon un auteur, l'une des faiblesses de la justice restaurative serait précisément la fiction de l'égalité des parties en présence (PONCELA (P.), *Droit de la peine*, p. 72).

¹⁵¹² La perspective restaurative reste dès lors très éloignée de la logique pénale conduisant certes à un équilibre social mais instituant pour ce faire une disparité dans l'importance accordée à chaque partie. Traitant de la médiation, constituant une technique restaurative, un auteur estime que cette procédure « *permet presque toujours d'atténuer les antagonismes créés par l'infraction, alors que la procédure judiciaire produit bien souvent l'effet inverse* » (BOSLY (H.-D.), « Victimes et peine. Le droit pénal belge », *Rev. pénit. dr. pén.* 2005, p. 613).

614. Seule une présentation de la logique transactionnelle (1) permettra de rejeter définitivement toute confusion entre justice restaurative et justice pénale (2).

1) *Présentation de la logique transactionnelle*

615. Logique transactionnelle et rôle actif des parties. – Le fait que les parties jouissent progressivement d'une pleine égalité, qu'il leur soit adjoint un pouvoir de contrôle et enfin que la justice restaurative ne puisse s'exercer contre leur volonté, témoigne du désir d'installer ces parties privées au sein du processus de règlement des litiges. Cette idée se retrouve très clairement dans ces propos du Pr. CARIO : « *la justice restaurative place les intéressés au centre même du contentieux qui les oppose : ils ne subissent plus la loi pénale mais se l'approprient (...) Elle les rend volontairement acteurs du règlement et de la symbolisation de l'évènement traumatique* »¹⁵¹³. La logique transactionnelle est alors indéniable ; une lecture de l'article 2044 du Code civil témoignant d'ailleurs du recouplement des concepts. Selon ces dispositions, la « *transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née* »¹⁵¹⁴. Dans cette perspective de rapprochement avec la transaction¹⁵¹⁵, la justice restaurative est donc subordonnée à l'action volontaire des parties en vue du règlement du conflit, de la réparation de la victime et de la réintégration du délinquant. Des objectifs capitaux dont seul le jeu de concessions réciproques permettra d'atteindre.

616. Logique transactionnelle et concessions réciproques des parties. – Il est constant que le mécanisme transactionnel nécessite la présence de concessions réciproques¹⁵¹⁶. De la même façon, la justice restaurative, si elle désire parvenir à une restauration de la victime et rétablir une relation entre cette dernière et le délinquant, impose inéluctablement la participation de chacun. Cette forme de justice ne recherche pas seulement la résolution du litige – la justice pénale classique atteignant une identique résolution – mais vise à un réel consensus entre les

¹⁵¹³ CARIO (R.), « Justice restaurative », *op. cit.*, p. 571. V. également SALAS (D.), « Introduction : qu'est-ce que la justice "réparatrice" ? », *op. cit.*, spéc. p. 21 : « *la norme n'est plus imposée d'en haut mais résulte de la confrontation des points de vue dans l'échange* ».

¹⁵¹⁴ Nous citons partiellement cet article de manière volontaire. Si un rapprochement est possible, on ne saurait toutefois admettre que les derniers termes de l'article 2044 C. civ. puissent s'appliquer à la justice restaurative pénale. En effet, aucune réaction sociale de nature pénale ne peut intervenir *ante delictum*.

¹⁵¹⁵ Nous ne parlons ici que de *rapprochement* et non de *confusion* car des disparités interviennent tout de même entre les concepts de justice restaurative et de transaction ; au premier rang de ces disparités nous devons citer l'absence, dans la justice restaurative, de contrat expressément écrit, pourtant indispensable à la validité de la transaction (C. civ., art. 2044, al. 2).

¹⁵¹⁶ Civ. 1^{ère} 3 mai 2000, *Bull. civ. I*, n° 130 – Soc. 17 mars 1982, *Bull. civ. V*, n° 180 – Soc. 13 mai 1992, *Bull. civ. V*, n° 307 ; *RTD civ.* 1992, p. 783, obs. Gautier. V. également JARROSSON (C.), « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, chron. p. 267.

parties. Pour y parvenir, chacune doit sacrifier certains éléments : la victime admettra que le responsable de son dommage ne subisse point de peine et, parallèlement, le délinquant devra porter de très larges efforts en vue de l'indemnisation effective et intégrale de la victime. Les parties feront donc des concessions à la stricte condition d'une part que la victime soit reconnue et indemnisée¹⁵¹⁷ et, d'autre part, que le délinquant ne soit pas exclu mais réintégré dans le groupe social.

2) Rejet de la logique transactionnelle

617. Discussion sur l'objet de l'activité des parties. – Il serait délicat de remettre en cause la logique transactionnelle sur la base du seul rôle actif joué par les parties dans le cadre de la justice restaurative. La raison en est que la justice pénale classique – rétributive ou "non restaurative" – reconnaît déjà les parties comme de véritables acteurs dans le déroulement du procès pénal¹⁵¹⁸. Toutefois, le droit pénal ne saurait aller jusqu'à reconnaître aux parties privées des prérogatives quant à la résolution du conflit¹⁵¹⁹. Ne pas s'inscrire dans cette démarche reviendrait à nier, à l'image de l'effet néfaste de l'action civile, les efforts de rationalisation punitive produits progressivement par le droit pénal. Le fondement même de ce dernier est d'avoir substitué une résolution publique, juridique et objective des conflits à une vindicte privée, arbitraire et subjective.

La justice restaurative, en réintégrant les parties privées au cœur du processus pénal, réactive-t-elle alors cet esprit de vengeance ? Rien n'est moins sûr dans la mesure où, à l'inverse de la vengeance, la justice restaurative prône le rapprochement voire la réconciliation des parties. Pour autant, la rationalisation entendue comme l'"étatisation" du droit de punir – fondement du droit pénal moderne – ne se trouve pas moins niée par la justice restaurative. En disposant les parties au centre de la résolution de leur conflit, la « *règle de droit est mise à l'écart au*

¹⁵¹⁷ Sur le lien existant entre les concessions de la victime, son désir de reconnaissance et ses exigences en vue de son indemnisation, V. GARAPON (A.), GROS (F.) et PECH (T.), *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, op. cit., p. 306.

¹⁵¹⁸ L'article 82-1 C. pr. pén. relatif aux demandes d'actes d'instruction est sans conteste la plus parfaite reconnaissance du rôle actif joué par les parties. A titre d'exemples, nous pouvons également citer l'article 1^{er} al. 2 C. pr. pén. permettant à la partie civile de déclencher l'action publique et l'article 712-13 C. pr. pén. selon lequel les parties jouent un rôle – certes très indirect – en matière d'application des peines.

¹⁵¹⁹ S'il est vrai que notre droit pénal positif reconnaît un tel pouvoir de résolution aux parties grâce à la médiation pénale, il n'en reste pas moins que cette procédure soulève certaines objections (V. *infra*, n^{os} *et ss.*).

profit d'une morale consensuelle »¹⁵²⁰ et l'Etat ne devient plus qu'un sujet passif dans un domaine originellement caractérisé par son monopole.

618. Un droit pénal étranger aux concessions réciproques. – Le consensualisme – entendu comme l'accord formulé entre les autorités publiques et les parties privées ou entre les parties privées elles-mêmes, et tendant à produire des effets juridiques – ne peut être un principe récusable en soi. La prise en considération de la volonté des parties et l'octroi à cette dernière d'une certaine valeur juridique ne peut être qu'un gage de sérénité dans l'exercice de la justice. Toutefois, comme la doctrine s'accorde à l'admettre, une attention plus intense portée sur le consentement témoigne d'une transformation d'un modèle de justice et ouvre le pas sur un nouveau paradigme. « *Le consentement devient (...) l'instrument d'une modification qualitative de la matière pénale et de manière plus générale de la société* »¹⁵²¹. Ainsi, s'agissant du domaine pénal, l'inclusion d'une dynamique transactionnelle et consensualiste renvoie à un règlement amiable du conflit intervenant prioritairement entre la victime du dommage et le délinquant. Or, n'est-ce pas hérétique d'adjoindre le qualificatif *amiable* à un droit opérant à la suite d'une souffrance et devant lui-même, à l'origine, infliger une souffrance ?

L'équation est donc simple : le droit pénal existe principalement grâce à l'exercice du droit de punir renvoyant exclusivement à une logique de souffrance, que celle-ci soit physique ou psychique¹⁵²². Or, une souffrance reste par nature imposée. On voit alors immédiatement la contradiction pouvant s'instaurer entre la justice restaurative et les manifestations même du droit de punir.

2°/ L'expression du droit de punir étouffée par la justice restaurative

¹⁵²⁰ GUINCHARD (S.) et *al.*, *Droit processuel*, op. cit., n° 590, p. 1015.

¹⁵²¹ SALVAGE (P.), « Le consentement en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1991, p. 710. Sur cette modification qualitative de la justice pénale, V. également EKEU (J.-P.), *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé*, Paris, éd. Cujas, 1993, spéc. n° 7 ; LESPARRE (J.), *Le consentement du délinquant*, thèse, Bordeaux 1, 1994 ; CASORLA (F.), « La justice pénale à l'épreuve du concept de "restorative justice" », *Rev. pénit. dr. pén.* 2000, spéc. pp. 32-33. Pour une position nuancée quant à la réalité d'une modification des principes de la justice pénale, V. EXPOSITO (W.), *thèse précit.* ; PIN (X.), *Le consentement en matière pénale*, Paris, L.G.D.J., 2002, spéc. n°s 19 et 20. V. toutefois, « La privatisation du procès pénal », *op. cit.*, p. 255 où, de manière plus tranchée, le même auteur parle de « *transformation qualitative* » de la procédure pénale.

¹⁵²² RICEUR (P.), *Le Juste*, vol. 1, Paris, éd. Esprit, 1995, p. 199 : les punitions « *n'ajoutent-elles pas, dans le bilan cosmique des biens et des maux, une souffrance ? Punir, n'est-ce pas pour l'essentiel, et d'une manière ou de l'autre, faire souffrir ?* ».

619. Si, *de lege feranda*, la justice restaurative reste inconcevable en droit pénal, c'est essentiellement parce que celle-ci s'oppose à toute manifestation punitive. La préoccupation centrale de la justice restaurative est la réparation d'un préjudice et les efforts de restauration de la victime en vue de la réintégrer dans un *status quo ante*. L'inclusion de la philosophie restaurative engendre ainsi une contrariété avec le droit de punir voire un anéantissement de toute forme de répression (b). Par cette technique, et dès lors que l'ordre public n'est plus l'enjeu cardinal de la justice pénale, le droit de punir ne trouve plus aucune assise pour s'exprimer (a).

a. Un ordre public oublié

620. *Priorité du préjudice et de l'ordre privés.* – Suivant la théorie de la justice restaurative, « on doit considérer le problème posé par un délit sous l'angle du préjudice qu'il a causé et non pas sous l'angle de la transgression d'une norme juridique »¹⁵²³. Le renvoi au terme "préjudice" pourrait être entendu *lato sensu* comme le dommage ou le déséquilibre instauré au sein du groupe social par l'infraction. Mais l'exclusion expresse d'une considération envers la violation de la règle atteste très clairement de la volonté de garantir, grâce à la justice restaurative, un ordre privé. Il faudrait dès lors admettre que « les dommages et souffrances infligés aux victimes concrètes (...) se trouvent au centre de l'action restaurative » et que l'action de l'Etat – si une telle intervention reste envisageable – se concentre sur ces seules préoccupations¹⁵²⁴.

621. *Disparition du symbolisme pénal.* – Le droit de punir est, nous l'avons vu¹⁵²⁵, le garant de l'intégrité et de l'effectivité du droit pénal. Traduisant un ordre public spécifique, le droit pénal requiert l'instauration d'une certaine contrainte. Mais dès l'instant où l'ordre public n'est plus le centre de gravité du procès pénal, il devient envisageable de se passer de toute coercition – dont le droit de punir – dans l'application du droit pénal. Plus aucune contrainte n'est dès lors nécessaire pour atteindre le dessein nouveau du droit pénal.

Mais à côté de cette expression purement concrète du droit pénal, nous avons précisé qu'il en existe une autre plus morale : le symbolisme pénal. Or, si l'affirmation de la justice restaurative au sein du droit pénal conduit à une exclusion du droit de punir, force serait alors

¹⁵²³ WALGRAVE (L.), « La justice restaurative : à la recherche d'une théorie et d'un programme », *op. cit.*, p. 9.

¹⁵²⁴ *Ibid.*, p. 10.

¹⁵²⁵ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

de reconnaître la disparition d'un élément fondamental et emblématique du système pénal mais également incontournable pour assurer la stabilité du groupe social. On serait dès lors confronté à une décadence pénale dans laquelle l'idée même de répression serait abandonnée.

b. Une répression abandonnée ?

622. Devant la prégnance de la réparation dans la justice restaurative, l'abandon de la répression paraît être une certitude (1). Une considération plus poussée de ce système impose toutefois une retenue permettant même d'envisager une certaine constance de la répression (2).

1) *Un abandon a priori certain de la répression*

623. *Priorité de la réparation du préjudice et de l'ordre privé.* – Non sans une certaine singularité, une étude relative à la justice restaurative précise que le « *thème commun aux divers programmes de justice réparatrice consiste dans la volonté de réparer le préjudice causé par le crime à la victime, au délinquant et à la collectivité* »¹⁵²⁶. Le concept de restauration semble même pousser plus loin la logique réparatrice en incluant, au-delà de la réparation des divers dommages (préjudices économiques et matériels, préjudices fonctionnels d'agrément, moraux et émotionnels, préjudices esthétiques, préjudices liés au syndrome post-traumatique...¹⁵²⁷), la réparation du lien social entre ces trois protagonistes. La justice restaurative comprend en effet « *une restauration de liens sociaux entre victime et contrevenant, entre victime et communauté et entre contrevenant et communauté* »¹⁵²⁸. Suivant cette dynamique, cette forme de justice atteindrait le stade ultime, le plus humaniste, de toute modalité de résolution des conflits : la réconciliation¹⁵²⁹.

¹⁵²⁶ *De la justice réparatrice à la justice transformatrice*, op. cit.

¹⁵²⁷ Sur ce point, V. CARIO (R.), *Rép. pén.*, op. cit., n^{os} 154 et ss. V. également l'installation le 28 janvier 2005 auprès de la Cour de cassation d'une Commission chargée d'établir une nomenclature des différents chefs de préjudices, et plus spécialement des préjudices corporels (*JCP* 2005, act. 79).

¹⁵²⁸ ARCHIBALD (B. P.), *op. cit.*, p. 120. L'auteur met donc en exergue l'insuffisance de la réparation *stricto sensu* : « *la restauration dépasse le simple dédommagement matériel de la victime, de la part du contrevenant (...)* Une réparation du tort commis par le contrevenant sur la victime pourrait faire partie du processus restauratif, mais en principe, ne devrait en constituer qu'un des aspects, puisque ce processus restauratif devrait mener à une transformation plus profonde des relations sociales entre les parties » (*ibid*).

¹⁵²⁹ *De la justice réparatrice à la justice transformatrice*, op. cit. : « *Les mesures de réparation, au sens restreint du terme, ne sont pas une fin en elles-mêmes. En effet, le but de la justice réparatrice ne consiste pas simplement à indemniser les victimes pour les biens perdus ou les dommages subis en raison d'un délit (...)* L'objectif de la réparation concerne alors l'établissement d'une nouvelle relation fondée sur le respect et l'égalité si cela est

624. Disparition du symbolisme punitif du droit pénal. – La justice restaurative est par principe une justice douce dans laquelle le « *juge, fortement soupçonné de partialité est neutralisé* »¹⁵³⁰ ou, du moins, fortement affaibli dans ses prérogatives. La justice qui se met en place n'est dès lors plus une justice régaliennne mais une justice privée qui, contrairement à sa devancière, n'est imprégnée d'aucune idée de réprobation. Il n'y a point de vérité, point de faute, seulement la mise en perspective d'une relation qu'il faut reconstruire sous la bienveillance – et la bienveillance seulement – du juge pénal. La représentation de ce dernier correspond désormais à celle d'un médiateur tendant à favoriser la conciliation des parties, alors même que son exercice originel du droit de punir avait pour seule fonction de réaffirmer les torts d'une personne reconnue coupable et l'importance des valeurs sociales en question et non précisément d'équilibrer les parties aux procès. Le droit pénal rétributif rétablit certes un équilibre moral par le prononcé d'une peine mais ne peut avoir pour mission d'équilibrer les parties au risque d'accéder à une certaine tolérance de la délinquance¹⁵³¹ et de nier la souffrance des victimes.

Si le droit pénal poursuit donc cet élan restaurateur, il est incontestable que son influence dans la résolution des conflits se modifiera et que sa détermination symbolique de la valeur des intérêts sociaux s'atténuera¹⁵³². La fonction étatique au sein même de cette discipline ne sera plus prioritaire mais sera seulement complémentaire d'une justice devenue désormais l'apanage des parties privées. On remarque donc parfaitement l'interdépendance existant entre la souveraineté étatique et le concept de droit de punir. Devant l'annihilation du critère distinctif de la souveraineté pénale – le droit de punir – la conséquence est un repli corrélatif de l'Etat. Mais avant de faire preuve de pessimisme, est-on vraiment certain que l'exercice de la justice restaurative exclut toute idée de répression ? Paradoxalement, rien n'est moins sûr.

2) Une constance a fortiori certaine de la répression

dans l'intérêt à la fois de la victime et du délinquant ». V. également, CARIO (R.), *De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, Paris, L'Harmattan, 2^{ème} éd., 2001.

¹⁵³⁰ CASORLA (F.), « Les victimes, de la réparation à la vengeance ? », *op. cit.*, p. 161.

¹⁵³¹ CASORLA (F.), « La justice pénale à l'épreuve du concept de "restorative justice" », *op. cit.*, p. 33. Pour présenter cette forme de justice, un auteur précise assez étrangement qu'en la matière, il « *n'y a que des gagnants* » (CARIO (R.), « Qui a peur des victimes ? », *AJ pén.* 2004, p. 437.

¹⁵³² DANTI-JUAN (M.), « Le consentement et la sanction », *Mélanges Couvrat*, *op. cit.*, p. 380. Selon cet auteur, « *"consensualiser" la peine risque de relativiser, voire de déconsidérer d'autant la valeur sociale protégée par l'incrimination à laquelle elle s'applique* ».

625. Emergence d'une coercition restaurative. – Face à l'objectif louable de réconciliation, la répression se trouve apparemment bannie de la justice restaurative. Toutefois, et non sans un certain paradoxe, tous les partisans de la justice restaurative n'excluent pas systématiquement certaines formes de coercition. Mais parvenir à l'instauration d'une coercition dite restaurative¹⁵³³, à l'intérieur même d'un système déniait toute expression punitive, reste un non-sens ; cela peut d'une part être contraire à la logique restaurative et, d'autre part, rendre incohérente toute perspective sanctionnatrice.

626. Coercition restaurative et contradiction avec la logique restaurative. – Les auteurs militant pour la coercition restaurative estiment que devant un refus du délinquant ou de la victime, un processus de restauration doit être *imposé* par l'autorité judiciaire. Cette coercition, qui se manifesterait par l'imposition de véritables *sanctions*, occulte alors la logique même de la justice restaurative se fondant sur le consentement de chacun ; celle-ci est par principe dénuée de toute contrainte dans la mesure où les formes les plus abouties de réparation ou de réconciliation ne peuvent s'entendre que de mécanismes volontaristes. Introduire la contrainte dans un tel système apparaît donc contre-nature. Mais cette conséquence peut être renversée si, loin de privilégier la sanction, la coercition restaurative demeure dans un processus conciliatoire.

627. Coercition restaurative et incohérence de la logique sanctionnatrice. – Dans ce nouveau cadre coercitif, il est à craindre que la « *justification intrinsèque de la peine se trouve précisément dans sa fonction réparatrice et réintégratrice du droit lésé* »¹⁵³⁴. Malgré cette présentation, la sanction reste une mesure imposée. Si elle se dénaturera inévitablement dans un système – comme le système restauratif – qui ne peut l'accueillir, elle dénaturera parallèlement la justice restaurative puisqu'elle ne peut être un outil adapté à ce genre de résolution des conflits¹⁵³⁵. Dans cette hypothèse, le caractère restauratif de la sanction ne serait

¹⁵³³ WALGRAVE (L.), « La justice restaurative : à la recherche d'une théorie et d'un programme », *op. cit.*, p. 21 ; « La justice restaurative et la justice pénale : un duo ou un duel ? », *op. cit.*, p. 287.

¹⁵³⁴ DEL VECCHIO (G.), « Essai sur la justice pénale et la réparation du préjudice », *Rev. sc. crim.* 1951, p. 187. On perçoit ici l'avant-gardisme de tels propos. Dans les années 50, la justice restaurative était embryonnaire, sinon inexistante. Sur le rôle de la peine en matière de réparation, V. également CESONI (M. L.) et RECHTMAN (R.), « La "réparation psychologique" de la victime : une nouvelle fonction de la peine ? », *Rev. dr. pén. et crim.* 2005, spéc. pp. 162 et 170.

¹⁵³⁵ Lode WALGRAVE paraît lui-même entrevoir cet écueil : « *Il va de soi que de telles interventions coercitives atténuent la richesse des potentialités du paradigme restauratif, et qu'elles n'atteindront pas ses objectifs les plus constructifs* ». Il précise toutefois qu'« *il faut néanmoins préférer quand même ces sanctions restauratives aux interventions coercitives punitives ou réhabilitatives* » (« La justice restaurative : à la recherche d'une théorie et d'un programme », *op. cit.*, p. 22).

plus son essence mais un simple objectif espéré encore très largement incertain du fait de la non-intervention de la volonté des parties. On retrouve ici les critiques que nous avons formulées plus haut concernant les fonctions annexes de la sanction. La logique restaurative est, à l'image de l'utilitarisme, une fonction souhaitée mais non assurée de la justice pénale¹⁵³⁶. Ce qui reste en revanche certain est l'instauration d'une forme de répression, tout en souhaitant demeurer dans une démarche réparatrice. La justice restaurative s'immerge ainsi dans une parfaite incohérence. Celle-ci n'est-elle pas alors le signe d'une conciliation impossible entre les justices pénale et restaurative et d'une prégnance indéniable d'une certaine forme de répression ?

628. Une révolution pénale inadmissible. – En dernière analyse, le problème le plus crucial de la justice restaurative n'est-il pas celui de son maintien dans le sillage du droit pénal ? Les plus farouches partisans de la justice restaurative estiment que cette technique doit être incluse dans la justice pénale afin de corriger les dysfonctionnements perceptibles en son sein¹⁵³⁷. Or, il faut admettre que le droit pénal et la justice restaurative sont deux mondes juridiques différents. L'un ne peut être raisonnablement fondé que sur un exercice inconditionné du droit de punir alors que l'autre s'inscrit dans une démarche consensualiste, opposée à une quelconque prescription. On veut rapprocher des logiques contradictoires sous le prétexte de rétablir la victime dans son équilibre antérieur. Mais le droit pénal n'a jamais eu pour fonction ce rétablissement. Vouloir attribuer ce nouvel objectif à la justice pénale reviendrait donc à modifier sa nature et sa raison d'être, à savoir *rétablir l'ordre public par l'exercice d'une punition objective*. Si l'on parvient à cette dénaturation et à lui conférer une nouvelle nature – restaurative celle-ci – alors les logiques seraient convergentes.

Mais une telle révolution ne peut être admise. Le droit pénal ne peut s'entendre en dehors de toutes prérogatives punitives dans la mesure où celles-ci participent de la souveraineté étatique elle-même. Si le droit pénal devenait restauratif plutôt que punitif, on ruinerait alors cette souveraineté et le droit pénal n'aurait plus aucun fondement. Le droit pénal est une prérogative souveraine nécessairement imprégnée de puissance ; puissance ne pouvant être

¹⁵³⁶ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

¹⁵³⁷ V. WALGRAVE (L.), « La justice restaurative : à la recherche d'une théorie et d'un programme », *op. cit.*, pp. 12-13. V. également ARCHIBALD (B. P.), *op. cit.*, pp. 152 à 156 où l'auteur parle notamment de la « *nécessité et [de la] permanence du droit pénal répressif* » ou de la « *coexistence essentielle entre la justice répressive et la justice restaurative* » au sein de la justice pénale : « *Il faut plutôt trouver des justifications à la justice pénale traditionnelle en même temps que l'on développe des expériences de justice restaurative* ». Selon cet auteur, il existe un système d'unité – la justice pénale – regroupant des logiques tant répressives que restauratives.

assurée que par l'exercice du droit de punir, et certainement pas par celui de la justice restaurative où la conciliation se substitue à l'injonction. Cette forme de justice ne peut donc être une œuvre pénale ce qui conduit à l'instauration d'un système dualiste opposant la justice pénale à la justice restaurative¹⁵³⁸. La souveraineté pénale doit donc rester punitive sous peine non seulement de se dénaturer mais de périr. Devant l'éventualité d'un tel drame pour le droit pénal, le droit positif livre-t-il des éléments d'espoir ?

B. – *De lege lata*, une justice restaurative pénale discutable

629. Si nous considérons le droit positif à travers le prisme de la justice restaurative, nous constatons que notre système pénal reste encore très largement répressif. Cela démontre certes que la dénaturation du droit pénal par ce type de privatisation n'a pas encore atteint une trop importante gravité ; mais ce constat témoigne également du fait selon lequel le droit pénal n'intègre que difficilement la logique de la justice restaurative. Aussi irait-on contre sa nature si, malgré tout, un mouvement se poursuivait en ce sens. Si d'apparence notre droit pénal se trouve donc imprégné des idées de justice restaurative (1°), il convient d'admettre que cela ne reste que pure illusion, décrédibilisant ainsi cette dernière (2°).

1°) Un droit pénal imprégné de justice restaurative

630. Le droit pénal s'imprègne de la logique restaurative de manière plus ou moins intense. Soit elle conditionne la résolution du conflit (a), soit elle intervient après cette résolution et conditionne l'exercice du droit de punir (b). Dans les deux cas, les éléments substantiels du droit pénal sont remis en cause : sa nature régaliennne et son caractère imposé.

a. Conditionnement de la résolution du conflit à une logique restaurative : la médiation pénale

631. *Consécration tardive.* – Reconnue par le droit civil¹⁵³⁹ et largement utilisée dans le droit privé, la technique de la médiation fut longtemps ignorée par le droit pénal. Présentée comme un *mode alternatif de résolution des conflits*, elle ne fut introduite que tardivement dans l'arsenal des modalités de règlement des litiges pénaux¹⁵⁴⁰. La loi n° 93-2 du 4 janvier

¹⁵³⁸ *Contra* ARCHIBALD (B. P.), *op. cit.*, p. 155.

¹⁵³⁹ N.C.P.C., art. 131-1 et ss.

¹⁵⁴⁰ La France, et plus largement l'Europe, sont sur ce point très en retard par rapport à d'autres systèmes juridiques où l'instauration d'un médiateur ou d'un conciliateur fait partie intégrante de la culture du pays. Il est intéressant de signaler l'importance des conciliateurs en Asie, spécialement en Chine et au Japon. Pour une analyse de ce mode de résolution des conflits, V. VÉRIN (J.), « Le règlement extra-judiciaire des litiges », *Rev. sc.*

1993 consacra cette technique qui, selon une doctrine unanime, renvoie directement à la philosophie restaurative¹⁵⁴¹. Destinée à concilier « *la réparation psychologique et/ou matérielle de la victime et la responsabilisation de l'auteur de l'infraction* »¹⁵⁴², la médiation pénale tend effectivement à rechercher une solution négociée entre ces deux protagonistes par l'intermédiaire d'un tiers. La restauration *lato sensu*, intéressant la victime et le délinquant, se trouve donc au centre de ce règlement amiable qui, entrepris dans le cadre pénal, n'est pas sans poser de sérieuses difficultés.

632. Caractère aporétique de la médiation pénale. – D'inspiration civiliste, cette « *recherche avec l'aide d'un tiers d'une solution amiable à un litige né d'une infraction* »¹⁵⁴³, s'oppose nécessairement à un exercice imposé et purement étatique de la justice pénale. C'est par cette négation de la nécessaire fonction régaliennne du droit pénal que la critique de la médiation pénale peut se faire la plus virulente. En revanche, nul ne saurait contester l'utilité de cette technique pour le droit pénal lui-même¹⁵⁴⁴, ce qui fait naître un dilemme *a priori* insoluble.

633. Atteinte à la fonction régaliennne du droit pénal. – La dénaturation incontestable du droit pénal provient de l'emprise des parties privées dans des domaines spécifiquement réservés à un traitement public. Les infractions pénales définies comme des actes contraires à un ordre social ne peuvent semble-t-il échapper à l'intervention de l'Etat. Or, dans une phase de médiation pénale, force est de constater qu'une telle intervention se réduit à une mission de conciliation, et non de décision comme l'impose la justice pénale traditionnelle. La médiation constitue effectivement « *un mode de gestion de conflit destiné à mettre des personnes d'accord sur une solution qu'elles déterminent elles-mêmes* »¹⁵⁴⁵. Il est vrai que la décision initiale de recourir à la médiation pénale appartient, en vertu de l'article 41-1 C. pr. pén., au

crim. 1982, spéc. pp. 173 à 177 et pp. 179-180.

¹⁵⁴¹ V. spéc. MILBURN (P.), « La médiation pénale en France : quelle place pour les victimes ? » in *Justice "restaurative" et victimes*, op. cit., p. 113 : « *L'un des principaux objectifs initiaux de la médiation pénale qui la différencie des autres formes d'alternatives aux poursuites, tient dans la prise en compte de la victime pour déterminer l'issue du contentieux. En cela, elle apparaît comme l'un des principaux éléments de la justice restauratrice en France* ».

¹⁵⁴² MBANZOULOU (P.), *La médiation pénale*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 12. V. également p. 72.

¹⁵⁴³ BERG (R.), *Rép. pén.*, v° « Médiation pénale », n° 7.

¹⁵⁴⁴ Sur les effets bénéfiques de la médiation sur le droit pénal, V. par exemple, CARIO (R.), « Potentialités et ambiguïtés de la médiation pénale » in CARIO (R.) (sous la dir.), *La médiation pénale. Entre répression et réparation*, Paris, L'Harmattan, 1997, pp. 20 et ss. ; BERG (R.), op. cit., n°s 10 à 17.

¹⁵⁴⁵ BOSLY (H.-D.), « Victimes et peine. Le droit pénal belge », op. cit., p. 613 (c'est nous qui soulignons). Plus loin, cet auteur estime toutefois que le « *droit de punir doit demeurer une fonction exclusive de l'état de droit dans une démocratie* » (op. cit., p. 621).

procureur de la République. Mais si « *le recours à la médiation pénale s'inscrit clairement dans la compétence des magistrats du parquet* »¹⁵⁴⁶, son aboutissement n'est que le fruit d'une réunion de bonnes volontés privées en vue de faire cesser le trouble, le plus souvent personnel, mais pouvant atteindre également le groupe social. La décision sur l'action publique est donc subordonnée à l'entente des parties sur l'action civile, c'est-à-dire la réparation du préjudice. Dès lors, « *en remettant, de fait, l'action publique entre les mains de la victime, la médiation inverse le processus de prise en charge par la collectivité du préjudice subi par la victime* »¹⁵⁴⁷ et témoigne d'un repli de l'Etat dans la résolution des conflits. Mais cet accaparement par les parties privées constitue-t-il véritablement une menace pour l'intégrité du droit pénal ?

634. Atteinte à la fonction punitive du droit pénal et naissance d'une légitimité nouvelle.

– Nos critiques relatives à la médiation pénale s'estompent dès lors que l'on considère son utilité sociale. Le rôle joué en la matière par les associations d'aide aux victimes¹⁵⁴⁸ témoigne de la proximité et de l'adaptation à chaque conflit qui caractérisent cette forme de justice. La médiation pénale induit une résolution plus positive des conflits dénuée de toute animosité excessive. Le droit pénal, par cette technique, parvient donc efficacement à résoudre un conflit et ce en dehors de tout exercice punitif, ce qui lui donne une légitimité nouvelle. Ce constat incite donc à penser que le droit pénal peut être parfaitement efficace dans le maintien de la paix publique sans recourir nécessairement au droit de punir. L'apaisement s'inscrit par la seule force des volontés des parties en vue de la réparation et de la réconciliation.

¹⁵⁴⁶ MBANZOULOU (P.), *op. cit.*, p. 19 (c'est nous qui soulignons).

¹⁵⁴⁷ GUINCHARD (S.) et al., *Droit processuel*, *op. cit.*, n° 590, p. 1015. Ces auteurs parlent de démission de la collectivité. Pour une position plus négative encore de la médiation pénale, V. MONNET-PLACIDI (L.), « Médiation pénale » in LOPEZ (G.) et TZITZIS (S.) (sous la dir.), *op. cit.*, p. 615 : « *la médiation est un pis-aller chargé de pallier les manquements du ministère public qui a renoncé, de fait, à exercer ses prérogatives et qui laisse apparaître un retour à la justice privée qui n'augure rien de bon pour les victimes qui sont rarement en mesure de se défendre elles-mêmes* ». V. enfin DESDEVISES (M.-C.), « Réparer ou punir : la médiation pénale », *Petites affiches* 25 août 1997, n° 102, p. 3 énonçant un « *mouvement du droit pénal, "en marche arrière"* ».

¹⁵⁴⁸ Le rôle important de ces associations, pour la plupart regroupées en fédération au sein de l'Institut National d'Aide aux Victimes et de Médiation (I.N.A.V.E.M.), est consacré par le Code de procédure pénale. Dans diverses dispositions, ce texte prévoit le recours par le procureur de la République aux associations conventionnées pour porter aide aux victimes d'infraction (C. pr. pén., art. 41 dernier al.) ou l'information de ces dernières sur leur droit d'être aidées par de telles associations (C. pr. pén., art. 53-1, 4° et art. 75, 4°). A ce sujet, un auteur a pu affirmer que le recours à une association d'aide aux victimes est devenu un droit (PIN (X.), « La privatisation du procès pénal », *op. cit.*, p. 254). V. également sur ce point, DOMENECH (J.-L.), « L'Inavem et les associations d'aide aux victimes » in CARIO (R.) (sous la dir.), *Victimes : du traumatisme à la restauration*, *op. cit.*, p. 191.

Il serait possible de surpasser cette aporie – nier le caractère punitif du droit pénal – en estimant que les engagements pris dans le cadre de la médiation pénale ont une inspiration punitive. Mais une telle perspective reste toutefois inconcevable puisque le processus de médiation a un caractère *exclusivement* consensuel¹⁵⁴⁹. En se passant de toute application du droit de punir, la justice pénale se révèle donc malgré tout d'une efficacité certaine. Est-ce à dire que toute dénaturation est exclue ?

635. Indéniable dénaturation du droit pénal. – Objectivement utile pour le droit pénal, la médiation ne porte pas moins un coup bas à sa fonction punitive. Aussi la dénaturation du droit pénal se fonde-t-elle sur le fait que le droit de punir ne possède pas l'exclusivité de la résolution des conflits. Suivant ce constat, il est clair que le droit de punir est *un* moteur pour la souveraineté pénale et non *le* moteur exclusif de celle-ci. Il est vrai que la médiation pénale est communément utilisée afin de mettre un terme aux litiges de faible gravité¹⁵⁵⁰ ; toutefois, par le manque de précision de l'article 41-1 C. pr. pén. – qui n'énumère aucune infraction pouvant spécifiquement relever de la médiation – il est possible de croire en une extension de cette technique dans des conflits d'une gravité plus importante. L'usage du droit de punir serait alors détourné de son objectif initial.

Garant prioritaire de la paix publique, celui-ci n'interviendrait plus que comme un dispositif accessoire dans la résolution des conflits, intervenant seulement après l'expression de la volonté des parties privées. Initialement imposé, il deviendrait secondaire et subordonné à la non-réunion des consentements des parties : « *une poursuite en justice ne pourrait donc pas se faire simplement parce que "la loi a été enfreinte", mais devrait se justifier par l'impossibilité ou l'insuffisance des processus de médiation* »¹⁵⁵¹. Le droit pénal s'altérerait donc par la réduction des dimensions du champ d'application du droit de punir. Mais cette altération n'est-elle pas plus intense encore lorsque, dans le cadre même d'un règlement étatique d'un conflit, les manifestations du droit de punir sont soumises à l'octroi d'un consentement ?

¹⁵⁴⁹ Si une pression devient trop forte, tant pour la victime que pour le délinquant, chaque partie a la possibilité de refuser la poursuite de la médiation.

¹⁵⁵⁰ LEBLOIS-HAPPE (J.), « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives », *Rev. sc. crim.* 1994, p. 525.

¹⁵⁵¹ WALGRAVE (L.), « La justice restaurative et la justice pénale : un duo ou un duel ? », *op. cit.*, p. 297. V. également ARCHIBALD (B. P.), *op. cit.*, pp. 155-156 : « *Les victimes, les contrevenants, les communautés et les fonctionnaires impliqués dans la justice pénale pourraient recourir d'abord à la justice restaurative, compte tenu de ses possibilités. Le droit pénal répressif deviendrait alors le recours de dernier ressort et serait le seul applicable quand les possibilités pour la restauration des liens sociaux sont faibles* ».

b. Conditionnement de l'exercice du droit de punir à une logique restaurative : le consentement à la sanction

636. Avant d'apprécier les raisons pour lesquelles le "consensualisme pénologique" est inadmissible (2), il est nécessaire d'en relever les manifestations (1).

1) Manifestations actuelles du consensualisme pénologique

637. Modulation du droit de punir. – Certaines manifestations de la justice restaurative dans le droit pénal positif tendent à moduler l'exercice même du droit de punir. Par la nécessité du consentement préalable à son prononcé, le travail d'intérêt général a été présenté comme « *l'amorce d'un nouveau type de sanction voire d'un nouveau type de droit* »¹⁵⁵². Ces propos se sont confirmés puisque désormais le placement sous surveillance électronique (fixe ou mobile) nécessite également l'accord de l'intéressé¹⁵⁵³. Dans ces situations, nous pouvons véritablement parler de consentement à la sanction. En ce qui concerne le travail d'intérêt général, les articles 131-8 (al. 2), 132-54 (al. 3) et 132-57 C. pén. prévoient explicitement que cette peine « *ne peut être prononcée contre le prévenu qui la refuse* »¹⁵⁵⁴. Le consentement de l'intéressé influe donc directement sur les formes que prendra l'application du droit de punir. S'agissant du placement sous surveillance électronique¹⁵⁵⁵, les modalités de l'exercice du droit de punir se trouveront également soumises à la volonté de l'agent.

Une dernière manifestation du consensualisme pénologique pourrait être trouvée dans la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 instaurant notamment le suivi socio-judiciaire avec *injonction* de soins envers le condamné. En vertu de l'article 131-36-4 al. 2 C. pr. pén., « *aucun traitement ne pourra être entrepris sans son consentement (...)* ». Dans la mesure où cette mesure est incontestablement une peine¹⁵⁵⁶, en l'absence de consentement, l'ampleur des obligations et du droit de punir lui-même se trouve atteinte.

¹⁵⁵² SALVAGE (P.), *op. cit.*, p. 712.

¹⁵⁵³ C. pén., art. 131-36-12, art. 132-26-1 al. 2 ; C. pr. pén., art. 763-10.

¹⁵⁵⁴ Si les articles 131-3, 5°, 131-8 et 132-54 prévoient le cas du prononcé de cette sanction par le juge pénal à titre principal ou dans le cadre du sursis, l'article 132-57 quant à lui est relatif à la possibilité pour le JAP de convertir un emprisonnement de 6 mois au plus en un travail d'intérêt général.

¹⁵⁵⁵ Lorsqu'il est fixe, le placement sous surveillance électronique n'est pas spécifiquement une peine mais un régime d'exécution spécifique de l'emprisonnement. Lorsqu'il est mobile en revanche, il est une peine.

¹⁵⁵⁶ Pour une telle affirmation, V. notamment COUVRAT (P.), « Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres », *Rev. sc. crim.* 1999, spéc. p. 379.

638. Obstacle au droit de ne plus punir. – Si le consentement peut effectivement moduler l'exercice du droit de punir, il peut également faire obstacle au droit de ne *plus* punir. L'article D. 531 C. pr. pén. relatif à la libération conditionnelle renvoie également au consentement de l'intéressé : « *Tout condamné (...) a la faculté de refuser son admission à la libération conditionnelle, en sorte que les mesures et les conditions particulières qu'elle comporte à son égard ne peuvent s'appliquer sans son consentement* ».

2) Inadmissibilité théorique du consensualisme pénologique

639. Le problème particulier du travail d'intérêt général. – S'il est vrai que les engagements internationaux de la France empêchent toute application de travaux forcés¹⁵⁵⁷, on ne peut nier le fait que l'inclusion du consensualisme dans l'application du droit de punir est dénuée de toute rationalité punitive. Notre reproche ne se fonde pas sur l'utilité incontestable du consentement lorsqu'un travail doit être accompli dans un cadre privé. En revanche, lorsque ce travail est accompli au profit de la communauté, en fonction des capacités des personnes et en réponse à la commission d'une infraction, le juge ne pourrait-il pas passer outre la volonté individuelle¹⁵⁵⁸ ? Nous estimons qu'à partir de l'instant où l'on décide de prononcer une sanction pénale il faut accepter que celle-ci soit infligée, c'est-à-dire imposée. Ce n'est pas faire preuve d'une excessive sévérité que d'avancer cela dans la mesure où l'essence même du travail d'intérêt général est la réinsertion sociale de l'individu. Dépasser le consentement de ce dernier reviendrait ainsi à l'obliger à s'installer dans des conditions favorables à sa réinsertion¹⁵⁵⁹. Il ne s'agit bien évidemment pas d'obliger l'intéressé à se réinsérer ; un tel processus, par son caractère strictement personnel et profond, ne pouvant souffrir d'une quelconque contrainte. En revanche, le placement forcé de l'individu dans une situation pouvant l'amener à se resocialiser est parfaitement concevable. Nous ne voyons pas

¹⁵⁵⁷ V. notamment l'art. 8 du Pacte international des droits civils et politiques du 19 déc. 1966, l'art. 4 Conv. EDH, les conventions de l'Organisation internationale du travail de 1930 et du 25 juin 1957 sur le travail forcé. On peut signaler encore l'ordonnance n° 60-529 du 4 juin 1960 supprimant la peine de travaux forcés.

¹⁵⁵⁸ Ceci se justifierait notamment lorsque le travail d'intérêt général est prononcé à titre de peine complémentaire pour les contraventions de 5^{ème} classe (C. pén., art. 131-17, al. 2). Est-il vraiment de rigueur de solliciter l'accord de l'intéressé dans une telle situation ? Pour évacuer cette difficulté, certains auteurs ont estimé qu'il fallait faire disparaître cette peine complémentaire. Ne pourrait-on pas plutôt se passer du consentement ? (V. COUV RAT (P.), « Les trois visages du travail d'intérêt général », *Rev. sc. crim.* 1989, spéc. p. 162).

¹⁵⁵⁹ *Contra*, DANTI-JUAN (M.), *op. cit.*, p. 371. Cet auteur considère qu'il s'agit « moins [de] mesures in favorem que [d']alternatives à la prison ».

où pécherait la logique dans la mesure où l'on se passe largement du consentement exprès de l'intéressé pour d'autres mesures au dessein identique¹⁵⁶⁰.

640. Incohérence du consensualisme pénologique. – Quoi qu'il en soit, le travail d'intérêt général ne répond pas aujourd'hui à une logique punitive. Des auteurs auront beau « *faire remarquer qu'en toute chose on ne fait bien que ce que l'on choisit de faire* »¹⁵⁶¹, il n'en demeure pas moins qu'en droit pénal aucun choix ne doit intervenir. L'efficacité de la sanction pénale s'en trouvera éventuellement renforcée¹⁵⁶²; mais il est à craindre que ses dimensions morale et symbolique – propre au système punitif – ne soient annihilées. Les concepts de *choix*, de *consentement* ou de *volonté* doivent donc être exclus du droit pénal sous peine de nier son caractère naturellement imposé¹⁵⁶³. Un auteur, favorable au consensualisme, percevait le détournement conceptuel de la justice pénale qu'accomplirait une évolution du consensualisme : « *Parce que, dans de nombreux cas, le consensualisme aboutit à une déviation de l'action pénale de sa trajectoire normale, sa mise en œuvre suppose le renversement de certains postulats de philosophie pénale qui ont présidé à l'élaboration de nos codes pénaux* »¹⁵⁶⁴. Si nous voulons garder une lecture rationnelle de notre système pénal, il faut donc admettre que *tout ce qui ressortit au droit pénal doit être infligé et ressenti comme tel*. A l'inverse, nous le voyons, l'utilisation trop large des idées de justice restaurative et de consensualisme peuvent conduire à de véritables incohérences¹⁵⁶⁵, même si leur apport bénéfique est parfois indéniable en termes de réinsertion sociale du délinquant ou de réparation du dommage de la victime.

Il semble que nous soyons arrivés ici à la révélation d'une véritable aporie : d'un côté, des éléments – restauratifs – doivent être pris en considération par le droit pénal dans la mesure

¹⁵⁶⁰ En est-il ainsi de l'ajournement de peines, du fractionnement, de la semi-liberté, du sursis, du placement à l'extérieur, des permissions de sortir, des réductions de peines ou encore de l'injonction de subir une cure de désintoxication pour les toxicomanes (C. santé pub., art. L. 3423-1). Dans ces cas, la doctrine parle de « *consentement tacite ou implicite* » (V. notamment, CASORLA (F.), « Du consensualisme en prison en droit pénitentiaire français », *Rev. pénit. dr. pén.* 1999, p. 385 ; DANTI-JUAN (M.), *op. cit.*, p. 369).

¹⁵⁶¹ SALVAGE (P.), *op. cit.*, p. 715.

¹⁵⁶² Des doutes sont toutefois émis par certains praticiens notamment anglo-saxons. V. JACCOUD (M.), « Les mesures réparatrices », *op. cit.*, p. 756.

¹⁵⁶³ Certains auteurs estiment qu'aucun choix n'existe véritablement aujourd'hui en droit pénal ; la prévision d'une peine en cas de refus du travail d'intérêt général favoriserait la constance de la répression et rendrait utopique le concept de consensualisme. En ce sens, V. spéc. EXPOSITO (W.), *thèse précit.*, n^{os} 375 et ss.

¹⁵⁶⁴ EKEU (J.-P.), *op. cit.*, n^o 7 (c'est nous qui soulignons).

¹⁵⁶⁵ Comme nous l'avons précisé, le consentement peut par exemple freiner la resocialisation du délinquant. Si cela est vrai pour le travail d'intérêt général pouvant être refusé par le prévenu, cet illogisme se révèle avec d'autant plus d'acuité s'agissant du placement sous surveillance électronique ou de la libération conditionnelle.

où ils participent à la révélation des fonctions utilitaires, sociales et humanistes de cette discipline ; mais, parallèlement, ces mêmes éléments nient sa composante essentielle, le droit de punir.

641. Admissibilité pratique d'un consensualisme pénologique ? – Cette présentation de l'immersion de la justice restaurative et du consensualisme dans le droit pénal s'inscrit dans une démarche purement théorique et il est nécessaire de la redéfinir dans une dimension plus pragmatique. En pratique, sommes-nous vraiment devant une telle contradiction nous conduisant à un refus du consensualisme pénologique ? Rien n'est moins sûr puisqu'il semblerait que puissent être relevés au sein même des éléments dits restauratifs des "interférences punitives"¹⁵⁶⁶. Cela rendrait certes incohérente la justice restaurative perceptible au sein du droit pénal dans la mesure où celle-ci intégrerait une dimension qui, originellement lui est contre-nature ; toutefois, le bénéfice de la constatation d'une prégnance punitive conduirait corrélativement à ce que le droit pénal conserve une ultime rationalité.

L'analyse du droit pénal positif incite-t-elle à la confirmation de la dénaturation de la justice restaurative ? Dans l'affirmative, le droit pénal et le droit de punir s'en trouvent-ils pour autant réhaussés ?

2°) Une justice restaurative décrédibilisée par le droit pénal

642. Si nous portons un regard critique sur les différentes manifestations du consensualisme pénologique, on s'aperçoit qu'aucun consentement véritable n'existe. Celui-ci est suspendu à l'éventualité du prononcé d'une autre peine. Les efforts de justice restaurative au sein du droit pénal positif se trouvent dès lors dévoyés de leur fonction originelle (a) concluant à l'illusion de tout consensualisme au sein même de la discipline pénale (b). Malgré cela, cette conclusion épargne-t-elle l'exercice du droit de punir de toute altération ? Nous pouvons en douter.

a. Dévoiement pénal des efforts consensuels et réaffirmation de l'omniprésence du droit de punir

643. Prégnance du droit de punir et limitation du consensualisme. – Les manifestations restauratives et l'introduction du consensualisme au sein du droit pénal ont-elles bouleversé le

¹⁵⁶⁶ Comp. EXPOSITO (W.), *thèse précit.*

schéma classique de cette discipline ? En d'autres termes, le caractère punitif du droit pénal s'est-il réellement dissipé suite à l'émergence de la justice restaurative ou consensuelle ? La réponse est négative : une constance punitive s'exprime au sein du droit pénal. L'intéressé en donnant son consentement est en réalité « *condamné à exprimer une simple préférence à subir une forme de coercition plutôt qu'une autre (...)* »¹⁵⁶⁷ et le plus souvent le choix s'établira entre l'acceptation ou non de la peine de prison. Celle-ci intervient donc comme le référent et l'élément incitateur au consentement. C'est donc l'application éventuelle du droit de punir dans sa forme la plus extrême qui subordonne l'octroi du consentement, détournant la justice restaurative de son sens premier.

644. Dénaturation de la justice restaurative. – Devant le développement apparent de la justice restaurative, on aurait pu craindre une dénaturation du droit pénal, mais force est de constater que la considération du droit positif impose la conclusion inverse : c'est la logique propre de la justice restaurative qui se trouve dénaturée. Ses manifestations deviennent des expressions punitives implicites¹⁵⁶⁸. Le droit de punir, s'il ne reste que sous-jacent, n'impose pas moins un consentement, ce qui en soi est antinomique. Reprenons certaines manifestations du consensualisme pénologique pour démontrer le dévoiement de la justice restaurative.

645. Exemples. – Le travail d'intérêt général, symbole s'il en est du consentement à la sanction, est sous la menace constante de l'emprisonnement ou de l'amende¹⁵⁶⁹. Dans les deux situations, le travail d'intérêt général se rapproche sensiblement d'un travail forcé pouvant être défini comme « *tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de plein gré* »¹⁵⁷⁰. Cette épée de Damoclès brandie au-dessus du bénéficiaire d'un travail d'intérêt général se retrouve à l'identique en cas d'inobservation des obligations imposées au titre du suivi socio-judiciaire

¹⁵⁶⁷ DANTI-JUAN (M.), *op. cit.*, p. 377.

¹⁵⁶⁸ Cette crainte est clairement exprimée par un partisan de la justice restaurative : V. WALGRAVE (L.), « La justice restaurative et la justice pénale : un duo ou un duel ? », *op. cit.*, p. 300 : « *Ces techniques [restauratives] se détériorent en des ornements d'un système [répressif] resté lui-même intact, qui peut continuer sa pratique inefficace et discutable (...) Le potentiel rénovateur de la justice restaurative comme un autre paradigme de droit se perdrait* ».

¹⁵⁶⁹ La durée de l'emprisonnement et le montant de l'amende sont fixés dès la condamnation (C. pén., art. 131-9). Pour le même mécanisme appliqué au stage de citoyenneté, aux peines privatives ou restrictives de liberté et aux peines complémentaires, V. C. pén., art. 131-9 et 131-11.

¹⁵⁷⁰ Article 2, 1 de la Convention sur le travail forcé, adoptée par la conférence générale de l'Organisation internationale du Travail le 28 juin 1930. Sur ce point, V. également *Travail*, Magazine de l'OIT, n° 39, juin 2001.

(C. pén., art. 131-36-1 al. 3)¹⁵⁷¹ ou d'un placement sous surveillance électronique mobile (C. pén., art. 131-36-12 ; C. pr. pén., 763-10) ou en cas de refus du traitement en matière d'injonction de soins (C. pén., art. 131-36-4 al. 2 *in fine*)¹⁵⁷² ou d'un placement sous surveillance électronique mobile (C. pén., art. 131-36-12 ; C. pr. pén., 763-10). C'est encore l'emprisonnement qui peut être prononcé en cas d'incident ou de modifications des conditions ayant permis le placement sous surveillance électronique fixe (C. pr. pén., art. 723-7-1 et C. pén., art. 434-29, 2° et 4° relatif au délit d'évasion) ou en cas de révocation d'une libération conditionnelle (C. pr. pén., art. 733).

On le voit, le droit de punir joue le rôle d'incitateur déniait finalement au consentement la moindre valeur restaurative. La punition – ou la crainte de punition – demeure le moteur de la réaction sociale conférant au consensualisme pénologique un caractère illusoire. Alors que nous pensions être face à un conditionnement de l'exercice du droit de punir par une logique restaurative, nous concluons finalement à une persévérance de la fonction punitive du droit pénal et à un retour semble-t-il à une certaine rationalité.

646. Réaffirmation du caractère sanctionnateur du droit pénal. – Affirmer que le droit pénal, malgré les efforts d'imprégnation consensuelle intervenant à différents stades de son exercice, conserve inlassablement une fonction punitive, semble de prime abord s'opposer à notre démonstration relative à la dénaturation du droit pénal. Si le consensualisme pénal n'est effectivement qu'une illusion, si l'accord de l'intéressé se fonde exclusivement sur l'acquiescement explicite à la sanction¹⁵⁷³ ou si le consentement est soumis à l'éventualité d'une peine, cela démontre l'acharnement du droit pénal à ériger le droit de punir comme son principal moteur et ce malgré les tentatives de sa contractualisation ou, plus largement, de sa privatisation. En conséquence, et non sans un certain paradoxe, la révélation des manifestations restauratives permettrait finalement au droit pénal de renforcer sa position de droit strictement sanctionnateur dans la mesure où le droit de punir serait lui-même réaffirmé.

¹⁵⁷¹ Concernant la surveillance judiciaire et aux termes de l'article 723-35 C. pr. pén., l'emprisonnement intervient de manière plus insidieuse à travers le retrait de réductions de peine.

¹⁵⁷² Si le traitement commence pendant l'exécution de la peine privative de liberté en vertu de l'art. 131-36-4 al. 3 C. pén., le droit de punir *via* l'emprisonnement reste un élément incitateur au consentement. En effet, si ce dernier n'existe pas, la personne aura plus difficilement accès au bénéfice des réductions de peines et verra la durée de sa peine d'emprisonnement peu modifiée.

¹⁵⁷³ DANTI-JUAN (M.), *op. cit.*, p. 378.

Pour autant, face à ce constat optimiste, est-il vrai qu'aucune dépréciation du droit pénal n'est, d'une quelconque manière, perceptible ?

b. Illusion du consensualisme pénal et limitation du droit de punir

647. Faiblesse intrinsèque du droit de punir face à certaines attentes sociales. – Si le droit pénal conserve effectivement sa nature punitive dans des domaines pourtant réputés propices à la restauration, remarquons toutefois que le droit de punir possède une importante faiblesse, à savoir qu'il ne peut répondre à une certaine demande sociale tenant précisément à la conciliation. Même si le droit de punir reste sous-jacent dans nombre de techniques amiables ou alternatives – qu'il s'agisse comme nous l'avons vu plus haut de la composition pénale ou de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité¹⁵⁷⁴ – il est indéniable que la justice restaurative, et notamment la réparation psychologique des victimes, demeure une attente de la société, voire une obligation collective¹⁵⁷⁵. Or, par les faiblesses voire les incohérences¹⁵⁷⁶ des manifestations restauratives/punitives de la justice pénale, il faut reconnaître que celle-ci n'est pas adaptée à ce genre de résolution des conflits. Le monopole de la justice pénale punitive est donc tombé.

648. Négation du monopole pénal dans la résolution des conflits nés d'une infraction. – Si nous souhaitons mettre en place une *réelle* logique conciliatrice dans la résolution des litiges – ce qui conduit davantage à une régulation ou un « *apaisement des conflits* »¹⁵⁷⁷ qu'à une résolution véritable des litiges¹⁵⁷⁸ – il est inconcevable selon nous de persévérer dans le droit pénal. Deux raisons peuvent être avancées en ce sens. D'une part, le droit pénal n'est pas initialement investi de la mission de concilier les différentes prétentions des parties privées. Insérer une logique contractuelle et d'échange dans la justice pénale traduit en effet une logique contraire à celle qui lui est inhérente. Sa fonction tient davantage à trancher un conflit au nom de la société que d'accorder des points de vue au nom des parties. D'autre part et de

¹⁵⁷⁴ Sur ces procédures, V. *supra*, n^{os} *et ss.*

¹⁵⁷⁵ CESONI (M. L.) et RECHTMAN (R.), *op. cit.*, p. 165.

¹⁵⁷⁶ V. l'utilisation préconisée par certains auteurs d'une *coercition restaurative*, véritable non-sens (*supra*, n^{os} *et ss.*).

¹⁵⁷⁷ CASORLA (F.), « La justice pénale à l'épreuve du concept de "*restorative justice*" », *op. cit.*, p. 33.

¹⁵⁷⁸ L'ensemble de la doctrine s'accorde pour admettre que les méthodes consensualistes tendent davantage à une régulation qu'à une résolution des conflits. Sur ce point, V. notamment CARIO (R.), « Potentialités et ambiguïtés de la médiation pénale », *op. cit.*, p. 19 ; BONAFE-SCHMITT (J.-P.), « La médiation : du droit imposé au droit négocié ? » in GÉRARD (P.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.) (sous la dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, *op. cit.*, spéc. pp. 420 à 426 ; WALGRAVE (L.), « La justice restaurative et la justice pénale : un duo ou un duel ? », *op. cit.*, pp. 275 et 286. Sur ce concept de *régulation*, V. également nos développements ultérieurs (*infra*, n^{os} *et ss.*).

manière corrélative, par cette nature non spécifiquement conciliatoire, le droit pénal ne constitue pas la discipline juridique la plus à même d'intégrer dans ses rangs la justice restaurative. Il suffit de considérer les faiblesses actuelles des mécanismes de restauration pour s'en convaincre.

Il est donc tentant de vouloir évincer, dans nombre de situations, « *les systèmes de justice pénale [qui] sont incapables de traiter les comportements antisociaux qui se multiplient et les dépassent* »¹⁵⁷⁹. Certains voudraient modifier les fonctions du droit pénal pour éviter cet évincement¹⁵⁸⁰. Mais si le rejet du droit pénal est la manifestation de l'étiollement de sa nature punitive, une telle modification le serait tout autant. En effet, ne pas sortir de la logique pénale pour révéler une nouvelle forme de justice et attribuer une nouvelle fonction au droit pénal revient à admettre une égalité entre sa fonction punitive et ces autres missions. Or, comme celles-ci sont originellement étrangères au droit pénal, cette évolution modifie, voire nie, profondément la valeur de la souveraineté pénale et punitive de l'Etat. De deux maux, il faut donc choisir le moindre : l'éviction du droit pénal s'enracine ainsi, et malgré nous, comme une perspective nouvelle.

649. Vers une éviction du droit pénal. – Devant le manque de conformité de la logique pénale à certaines aspirations sociales et devant la montée en puissance, sous ses différentes formes, de la privatisation des règlements des litiges, le maintien du droit pénal apparaît, dans certains domaines, de plus en plus anachronique. Dès lors, c'est une exclusion de la compétence pénale pour ce genre de conflits qui est progressivement avancée¹⁵⁸¹. Mais revendiquer la dépénalisation de certains comportements conduit nécessairement à poursuivre le processus d'affaiblissement du droit pénal et par-là même à réduire l'action du droit de punir dans la résolution des conflits et le maintien de la paix publique.

¹⁵⁷⁹ CASORLA (F.), « La justice pénale à l'épreuve du concept de "*restorative justice*" », *op. cit.*, p. 33.

¹⁵⁸⁰ WALGRAVE (L.), « La justice restaurative et la justice pénale : un duo ou un duel ? », *op. cit.*, p. 283. L'auteur poursuit toutefois en estimant que la justice restaurative devra se départir de la justice pénale et entamer un duel avec elle (*ibid.*, p. 300).

¹⁵⁸¹ CESONI (M. L.) et RECHTMAN (R.), *op. cit.*, p. 170 : « *L'action restauratrice (...) se concrétise ainsi par des moyens autres que la peine et peut s'exercer en dehors du système pénal. Plus encore, elle devrait s'exercer en dehors de ce système* ». V. également p. 178.

– Section 2 –

La dépénalisation, éviction du droit de punir de la justice pénale

650. Dépénalisation négative. – Nous avons analysé plus haut le concept de dépénalisation sous un angle relativement positif quant à l'évolution de la justice pénale¹⁵⁸². Il s'agissait en effet d'apprécier l'exclusion de comportements du système pénal afin de favoriser le développement de la rationalité pénale. Nous devons à présent étudier ce phénomène sous un aspect plus négatif et mettre en évidence les phénomènes de dépénalisation qui, par leur inopportunité, impliquent un affaiblissement du droit pénal. Pour cela, il est nécessaire d'apprécier les conséquences inhérentes à chacune des catégories de dépénalisation, qu'il s'agisse de la pure dépénalisation ou de la décriminalisation.

651. Dépénalisation et décriminalisation. – Selon le Pr. Jean PRADEL, la dépénalisation « entraîne la sortie d'un fait répréhensible hors du champ pénal traditionnel sans exclure toutefois l'idée de sanction »¹⁵⁸³. Cette expression fait écho – sans toutefois se substituer à elle – à une notion voisine : la décriminalisation. Cette dernière est beaucoup plus radicale et correspond à une « pleine reconnaissance juridique et sociale du comportement »¹⁵⁸⁴ en cause. L'exemple le plus couramment cité en matière de décriminalisation est l'homosexualité, mais nous pourrions également signaler le cas du suicide ou, dans une moindre mesure, celui de l'avortement¹⁵⁸⁵. Suivant cette distinction cardinale entre *décriminalisation* et *dépénalisation*,

¹⁵⁸² V. *supra*, n^{os} *et ss.*

¹⁵⁸³ PRADEL (J.), *Droit pénal comparé*, op. cit., n^o 120.

¹⁵⁸⁴ CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport sur la décriminalisation*, op. cit., p. 15. Notons que, selon ce rapport, cette reconnaissance constitue seulement une catégorie particulière de décriminalisation – décriminalisation dite « de type A » – mais ne représente pas le phénomène de la décriminalisation *in globo*. A l'inverse, le terme *dépénalisation* suivant ce même rapport « recouvre toutes les formes de désescalade à l'intérieur du système pénal » (p. 17). Nous retrouvons une approche identique dans les écrits de Marc ANCEL : V. notamment *De l'individualisation de la peine à la dépénalisation. Un courant moderne de politique criminelle*, Coimbra, 1987. Pour une lecture quelque peu différente de ces notions, V. toutefois PRADEL (J.), *Droit pénal comparé*, op. cit., n^o 125 ; DELMAS-MARTY (M.), *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., p. 319. Pour une approche compréhensive (et contestable) de la décriminalisation, V. enfin CORNIL (P.), « Rapport général de la Société internationale de défense sociale » in *La décriminalisation*, Actes du colloque de Bellagio 1973, Milan, 1975, pp. 125 et ss.

¹⁵⁸⁵ En matière d'avortement, il est nécessaire de noter que la décriminalisation n'est que partielle dans la mesure où elle concerne le seul comportement de la femme (V. l'abrogation de l'art. 317 al. 3 anc. C. pén. par la loi n^o 75-17 du 17 janv. 1975 et la loi n^o 79-1204 du 31 déc. 1979 ; également la loi n^o 2001-588 du 4 juillet 2001). Le comportement des praticiens ou plus largement d'autrui a été quant à lui seulement encadré dans de strictes conditions de répression. Sur l'ensemble de ce point, V. MAYER (D.), « De quelques aspects de la dépénalisation actuelle en France : en matière de mœurs », *Rev. sc. crim.* 1989, p. 442 et spéc. p. 449 où cet auteur estime qu'en matière d'avortement les lois de 1975 et 1979 sont « des lois de recentrage de la répression » et non des lois de pure dépénalisation.

la seconde traduirait une « *prise de conscience grandissante que la réaction sociale, lorsqu'elle s'impose, [peut] utilement consister en des mesures de nature extrapénale* »¹⁵⁸⁶.

Ce phénomène de dépenalisation doit être ici analysé puisque s'il constitue un usage amoindri du droit de punir, il représente également un usage détourné de ce dernier. La dépenalisation atténuée certes l'application du droit de punir au sein du droit pénal ; mais, pourrions-nous préciser, cette atténuation s'exerce uniquement au sein du droit pénal. Le droit de punir perdure alors et se trouve réinjecté dans d'autres disciplines originellement étrangères à ce type de prérogatives¹⁵⁸⁷. Par cette incursion, l'exercice du droit de punir ne s'éteint pas mais ne fait que se déplacer et se répartir dans ces différentes branches. L'extériorité de l'usage du droit de punir par rapport au droit pénal lui confère donc cette nature détournée.

652. Devant cette interdépendance, et pour apprécier convenablement les conséquences réelles de ce mouvement de dépenalisation au regard de l'exercice du droit de punir, il est indispensable de considérer les différentes formes de dépenalisation possibles. Celles-ci constituent les diverses manifestations du déclin de l'intensité de l'exercice du droit de punir au sein du droit pénal. Certaines tendent "seulement" à diminuer l'objet du droit pénal en réduisant les comportements pouvant être pénétrés par lui (§ 1). D'autres au contraire traduisent plus radicalement une volonté d'abolir cet objet, ce qui reviendrait *in fine* à supprimer le système pénal lui-même. Loin d'être simplement un affaiblissement, il s'agirait alors davantage d'une réelle évaporation du droit pénal (§ 2).

§ 1. – Dépenalisation et réduction du champ pénal

653. Le processus de dépenalisation consiste dans le déracinement d'un fait de son socle pénal sans pour autant lui retirer son caractère anti-social ou « *indésirable* »¹⁵⁸⁸. L'exercice du droit de punir se trouve dès lors modifié puisque deux conséquences essentielles peuvent être relevées. Une double lecture peut en effet être faite de ce phénomène. Tout d'abord, la dépenalisation impose un traitement non spécifiquement pénal et participe ainsi directement à

¹⁵⁸⁶ CONSEIL DE L'EUROPE, *op. cit.*, p. 10. Selon cette logique, le cas de l'adultère serait une forme de dépenalisation, non de décriminalisation dans la mesure où l'existence d'une sanction civile perdure sous les traits de l'article 242 C. civ. (V. *supra*, n° , en note). *Contra*, PRADEL (J.), *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, n° 125, p. 190.

¹⁵⁸⁷ V. *infra*, l'ensemble de nos développements compris dans notre seconde partie.

¹⁵⁸⁸ Bien que ce terme soit utilisé par le Conseil de l'Europe dans le rapport précité sur la décriminalisation (*op. cit.*, spéc. pp. 15 à 19), nous pensons devoir le rejeter, de même que nous rejetons l'expression *événements regrettables* utilisée dans ce même rapport (*ibid.*, notamment p. 164).

l'émancipation de droits répressifs extra-pénaux (A). Ensuite, par le désengagement du droit pénal d'une partie du règlement des situations conflictuelles, c'est-à-dire par sa prise de distance avec une part du contrôle social, ce processus circonscrit précisément le droit pénal dans un cadre spécifique ; ce dernier devenant alors l'*ultima ratio* (B).

A. – Dépénalisation et privilège du traitement extra-pénal

654. Si nous occultons le phénomène très précis de *décriminalisation* – consistant à la légalisation d'un comportement antérieurement anti-social – le recours à d'autres systèmes que le système pénal dans le traitement des illégalismes¹⁵⁸⁹ est la conséquence explicite de la *dépénalisation*. Ce processus part du postulat selon lequel le droit pénal ne constitue plus un contrôle social adapté pour les comportements en question. On admet donc désormais qu'une réponse extra-pénale puisse être apportée à une attitude sociale antérieurement génératrice d'une peine, parfois même sévère. Cela nécessite donc une modification de la perception sociale du fait illégal considéré (1°) mais également une prise de conscience collective qu'une résolution non pénale du conflit peut être d'une efficacité identique à une intervention pénale (2°).

1°/ Modification de la perception sociale du fait illégal

655. *Nouveau regard.* – Un comportement dépénalisé conserve certes son caractère illégal, mais se présente aux yeux de la société sous un éclairage nouveau. La dépénalisation induit en effet une différence de perception par le groupe social de l'illégalité de l'acte. Que l'on se place dans le domaine pénal ou extra-pénal, cette illégalité n'a pas pour corrolaire la même forme de réprobation sociale.

656. *Répression pénale et réprobation sociale intense.* – La répression d'un acte par le droit pénal traduit une anti-socialité d'une importance certaine. La mise en œuvre effective du droit de punir participe d'ailleurs de cette importance puisque le prononcé et l'exécution d'une peine – telle par exemple la peine privative de liberté – témoigne généralement d'une réprobation sociale intense et favorise même le maintien d'une telle anathème¹⁵⁹⁰.

¹⁵⁸⁹ Sur ce terme, V. FOUCAULT (M.), *Surveiller et punir*, op. cit., pp. 299 et ss. et spéc. pp. 317 à 342.

¹⁵⁹⁰ Nous retrouvons ici l'idée de Michel FOUCAULT selon laquelle la pénalité crée sa propre forme de délinquance et d'illégalisme. Selon le philosophe, il s'agirait d'une logique de « *punition-reproduction* » (*Surveiller et punir*, op. cit., p. 324). La peine serait alors appelée « à jouer [un rôle dans] la fabrication d'une délinquance qu'elle est censée combattre » (*ibid.*).

« *L'exaltation de la liberté comme le plus grand des biens dont la privation était la punition par excellence* »¹⁵⁹¹ a contribué à l'émergence de la prison comme l'élément réprobateur essentiel. Dès lors, tout comportement puni de la peine d'emprisonnement ou, plus largement, d'une sentence pénale, constitue aux yeux de la société un acte mettant très largement en danger le groupe.

S'il est vrai que certains comportements pénalement réprimés n'atteignent pas un degré d'anti-socialité nécessairement élevé¹⁵⁹², il n'en reste pas moins que le visage symbolique du droit pénal reste majoritairement creusé par les traits, sinon d'une sévérité, du moins d'une relative intensité punitive renvoyant aux caractères afflictif et infamant de la sanction, qualités permanentes de la peine¹⁵⁹³. Mais à considérer les droits extra-pénaux, nous devons reconnaître que la sévérité et l'intensité punitive ne sauraient être l'apanage du seul droit pénal.

657. Répression extra-pénale et réprobation sociale variée. – Traçant les contours de la sanction pénale et comparant celle-ci à d'autres formes de pénalité, le Pr. J.-H. ROBERT parvient à la conclusion suivant laquelle les mesures relevant de la première catégorie « *ne sont pas toujours les plus redoutables* »¹⁵⁹⁴. Aussi estime-t-il que « *la dépénalisation des sanctions peut être un instrument de sévérité et non de clémence* »¹⁵⁹⁵. Ces propos traduisent une réalité aux contours divers atteignant le domaine administratif tout autant que le domaine civil¹⁵⁹⁶.

Malgré le réalisme de ces propos, il est une caractéristique du droit pénal qu'il convient de ne pas occulter. La gravité intrinsèque de la sanction prononcée (perception de la condamnation par l'intéressé) est indépendante de sa gravité extrinsèque (perception de la condamnation par le groupe social). Même si la sévérité peut emplir le traitement extra-pénal du conflit, nous ne pouvons nier le fait que cette sévérité ne saurait se confondre avec une réprobation sociale

¹⁵⁹¹ MERLE (R.), « Place respective des sanctions privatives et non privatives de liberté », *Mélanges Merle*, op. cit., p. 112.

¹⁵⁹² V. *supra*, n^{os} *et ss.*

¹⁵⁹³ En ce sens, V. VAN DE KERCHOVE (M.), *Quand dire, c'est punir*, op. cit., spéc. pp. 35 à 38.

¹⁵⁹⁴ ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, op. cit., p. 56.

¹⁵⁹⁵ *Ibid.*

¹⁵⁹⁶ En droit civil par exemple, il est intéressant de remarquer que la nullité d'un contrat peut entraîner des désagréments – notamment commerciaux – beaucoup plus intenses que le prononcé d'une amende pénale. Celle-ci est incluse dans une politique de "risques" auxquels l'entreprise peut être financièrement préparée. En revanche, la rupture d'un contrat – d'approvisionnement par exemple – peut être d'une gestion plus délicate. Sur la nature punitive de la nullité, V. *infra*, n^{os} *et ss.* et *et ss.*

d'une certaine ampleur, à l'image de celle qui est perceptible au niveau pénal. A titre d'exemples, la suspension de la diffusion de programmes audiovisuels pour un mois par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (L. 30 sept. 1986, art. 42-1, 1°) ou le licenciement d'un salarié pour faute disciplinaire grave (C. trav., art. L. 122-40 et L. 122-41), s'il s'agit sans conteste d'actes socialement conséquents, n'ont pas de répercussions réprobatrices aussi intenses que celles issues de l'application du droit pénal. Il résulte donc de la dépenalisation que, sauf exceptions marginales, les sanctions extra-pénales et leurs « *effets afflictifs concrets sont incomparablement moindres, (...) elles ne comportent, sur un plan symbolique, aucun effet stigmatisant et préservent l'inclusion sociale du contrevenant* »¹⁵⁹⁷. Le droit pénal génère au contraire une désapprobation spécifique, indépendante de la gravité propre de la sanction. Dès lors que le droit pénal intervient dans des domaines se plaçant raisonnablement sous son emprise, le fait répréhensible est couvert d'une aura négative engendrant un rejet par la collectivité souvent inconditionné : « *le droit pénal reste encore un droit de stigmatisation* »¹⁵⁹⁸ résume un auteur. Mais cette réprobation différentielle de l'acte ne provient-elle pas d'un manque de confiance du groupe social envers l'efficacité de la résolution extra-pénale du conflit ?

2°/ Efficacité de la résolution extra-pénale du conflit

658. Nature tranquillisante du droit pénal. – « *Pour oser renoncer à la traditionnelle menace de l'emprisonnement [i.e. du droit pénal], précise le Pr. R. MERLE, il faut réformer des habitudes tenaces* »¹⁵⁹⁹. Il faut en effet rompre avec le présupposé selon lequel le droit pénal serait l'unique système juridique à garantir au contrôle social une pleine et entière efficacité. Une lecture empirique de la pratique ou de l'histoire du droit pénal démontre qu'une telle efficacité reste très largement contestable. L'amendement du délinquant et la prévention de la récidive, ou encore l'intimidation générale du corps social demeurent de pures chimères¹⁶⁰⁰.

¹⁵⁹⁷ VAN DE KERCHOVE (M.), « Symbolique et instrumentalité. Stratégies de pénalisation et de dépenalisation dans une société pluraliste », *op. cit.*, p. 150. Nous précisons toutefois dans nos développements ultérieurs (*infra*, Partie II), que la répression extra-pénale peut être parfois d'une sévérité non négligeable. Les décisions préfectorales et ministérielles de reconduite à la frontière (C. étr., art. L. 511-1 et ss.) et d'expulsion (C. étr., art. L. 521-1 et ss.) demeurent par exemple d'une certaine sévérité et témoignent parallèlement d'une forte anti-socialité.

¹⁵⁹⁸ FERRERA DA CUNHA (P.), « Les nouveaux paradigmes de la théorie pénale » in *Personne et responsabilité. Essais de philosophie pénale et de criminologie*, Revue de l'Institut de criminologie de Paris, éd. Eska, 2002, p. 86.

¹⁵⁹⁹ MERLE (R.), « Place respective des sanctions privatives et non privatives de liberté », *op. cit.*, p. 117.

¹⁶⁰⁰ En ce sens, V. spéc. CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 3 : « *les résultats de la politique pénale ne seraient pas encourageants. La criminalité ne diminue pas, les taux de récidive restent*

Toutefois, le droit pénal conserve, malgré les diatribes auxquelles il peut être confronté, un impact social – mais symbolique – fort puisque rassurant. Dans l'inconscient collectif, il demeure « *un droit pénal de sévérité, de menaces et de châtiments sécurisants pour l'imagination des citoyens paisibles* »¹⁶⁰¹.

659. Diffusion nécessaire de cette nature tranquillisante. – Procéder à une dépénalisation ne consiste pas seulement à déplacer le champ d'application du droit de punir ; cela revient également à accepter que ce nouvel exercice soit d'une identique efficacité lorsqu'il intervient hors de la sphère pénale. Pour donner corps à cette tendance nouvelle, nous devons être convaincus que « *la substitution, au moins facultative, de sanctions purement pécuniaires, administratives et non pénales [constitue], dès lors, une autre forme de stratégie, destinée à supprimer les effets symboliques "dégradants" de la sanction pénale, tout en cherchant à accroître l'efficacité instrumentale de la norme juridique* »¹⁶⁰². Une certitude doit donc nous emplit s'agissant des possibilités d'apaisement ou de résolution des conflits par un recours à des systèmes non-pénaux. Il serait même possible de développer cette idée en précisant que seul ce type de traitement serait efficace, le système pénal ayant démontré pour certains actes spécifiques son inadaptation. Aussi procède-t-on « *à de telles dépénalisations pour lutter contre des illégalismes populaires endémiques trop répandus pour que les tribunaux pénaux puissent les réprimer efficacement* »¹⁶⁰³.

Mais, parallèlement à la confiance progressive du traitement extra-pénal des illégalismes, la dépénalisation tend également – et paradoxalement – à développer l'efficacité du droit pénal lui-même. En établissant une nouvelle distribution du droit de punir, ce phénomène vise à circonscrire le droit pénal dans de plus justes proportions en le cantonnant dans une logique d'*ultima ratio*. Cette délimitation est-elle cependant aussi pleinement bénéfique pour le droit pénal ?

B. – Dépénalisation et privilège d'un traitement pénal subsidiaire

élevés, la prison ("l'enfermement") corrompt. Bref, l'histoire du droit pénal serait celle d'un épouvantable échec ».

¹⁶⁰¹ MERLE (R.), « Place respective des sanctions privatives et non privatives de liberté », *op. cit.*, p. 118.

¹⁶⁰² VAN DE KERCHOVE (M.), « Symbolique et instrumentalité. Stratégies de pénalisation et de dépénalisation dans une société pluraliste », *op. cit.*, p. 149 (c'est nous qui soulignons) ; V. également, *Le droit sans peines, aspects de la dépénalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Bruxelles, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 412.

¹⁶⁰³ ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 57.

660. Contrariété dans l'exercice du droit de punir. – La dépénalisation conduit à l'émancipation de droits extra-pénaux dans la résolution des conflits sociaux et à une modification corrélative de l'exercice du droit de punir. Cette conséquence est la plus évidente et fut à juste titre étudiée prioritairement.

La dépénalisation induit une autre modification dans l'exercice du droit de punir et touchant le droit pénal lui-même. Ce mécanisme tend effectivement à faire du droit pénal une discipline juridique subsidiaire dans le règlement des litiges (1°), ce qui n'est pas sans conséquences sur l'acception même de droit de punir et, corrélativement, sur la nature de la souveraineté étatique dans une telle situation (2°).

1°/ Le principe de subsidiarité du droit pénal : affaissement de la souveraineté pénale

661. Principe de subsidiarité. – Ce principe peut se comprendre comme le choix de « l'établissement d'un ordre logique entre différents types d'intervention, parmi lesquels le droit pénal (...) apparaîtrait comme une forme de "dernier recours" ou de "remède ultime" »¹⁶⁰⁴. Traditionnellement utilisé en matière constitutionnelle ou communautaire¹⁶⁰⁵, le principe de subsidiarité trouve une application en droit pénal en vue de parvenir à une efficacité et une qualité accrues de la réaction sociale face au crime. Suivant ce principe, le droit pénal ne peut intervenir que s'il démontre sa nécessaire intervention pour le cas considéré et s'il fait montre, parallèlement, d'une parfaite proportionnalité dans cette intervention. Le principe de subsidiarité apparaît donc double : il y a une subsidiarité *du* droit pénal et une subsidiarité *en* droit pénal¹⁶⁰⁶.

662. Subsidiarité du droit pénal. – Considérer le droit pénal comme l'*ultima ratio* témoigne de la volonté de maintenir ce droit dans des frontières relativement strictes, caractérisant celui-ci comme le dernier recours face à une déstabilisation de l'ordre social. Reposant sur la rétribution et l'imposition inévitable d'une certaine souffrance, le droit pénal apparaît effectivement comme étant ou, plus précisément, comme produisant un mal nécessaire. Mais le groupe social tend à reconnaître que ce mal devrait intervenir le plus tard possible et que le droit pénal ne devrait être que « la dernière ligne de défense de l'ordre

¹⁶⁰⁴ VAN DE KERCHOVE (M.) et VAN DROOGHENBROECK (S.), « La subsidiarité et le droit pénal : aspects nouveaux d'une question ancienne » in DELPÉRÉE (F.) (sous la dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 155.

¹⁶⁰⁵ En ce sens, V. CLERGERIE (J.-L.), *Le principe de subsidiarité*, Paris, Ellipses, 1997.

¹⁶⁰⁶ Sur cette dualité, V. VAN DE KERCHOVE (M.) et VAN DROOGHENBROECK (S.), *op. cit.*, spéc. p. 155.

juridique »¹⁶⁰⁷. C'est ainsi que « la nature particulière de ce produit [la souffrance] exige que toute politique sociale visant au bien-être des membres de la société s'emploie à restreindre au maximum l'existence et l'utilisation d'un système qui engendre ce produit »¹⁶⁰⁸. Ce principe de subsidiarité a donc impulsé une nouvelle lecture du droit de punir. Si celui-ci intervient prioritairement dans les cas les plus importants au sein du cadre pénal, il ne saurait pour autant être exclu s'agissant des situations moins délicates¹⁶⁰⁹, pour lesquelles les droits extra-pénaux peuvent y trouver précisément une utilité particulière¹⁶¹⁰. Intégré dans une logique de maintien de l'ordre social, le droit de punir tend ainsi à s'émanciper du joug pénal.

2°/ Le principe d'autonomie du droit de punir : naissance effective de la souveraineté punitive

663. La souveraineté punitive est née d'une confrontation entre le droit de punir et le droit pénal (a). Si le droit pénal s'est trouvé diminué à la suite de cette confrontation, il convient toutefois de ne pas en exagérer les désavantages (b).

a. Confrontation entre le droit de punir et le droit pénal

664. Le droit de punir, une référence inévitable. – En dépénalisant certains comportements, le législateur réduit le champ pénal qui gèrera alors des situations nécessitant véritablement ce type de traitement. Le droit pénal n'est donc plus considéré comme le principal système de résolution des conflits, mais détient au contraire et progressivement une compétence subsidiaire. Le droit de punir s'exerçant au sein même de la sphère pénale se trouve dès lors contrarié dans sa logique initiale. Par la généralisation de son intervention, le droit de punir – propre au droit pénal – était présenté comme le garant de la paix publique. Dès lors que cette généralisation n'existe plus mais que le droit pénal intervient au contraire comme l'*ultima ratio*, le risque pour ce dernier est que le groupe social puisse parvenir à ce même objectif de paix publique hors cadre pénal. On parviendrait donc à l'élaboration d'un concept de *droit de punir* qui serait autonome par rapport au droit pénal.

¹⁶⁰⁷ ROTH (R.), « Libres propos sur la subsidiarité du droit pénal », *Mélanges Morand*, Bâle, Genève, Munich, Helbing et Lichtenhahn, 2001, pp. 431 et 444 citant SCHULTZ (H.), « Abschied vom Strafrecht ? », *ZStW* 92, 1980, p. 626.

¹⁶⁰⁸ CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport sur la décriminalisation*, op. cit., p. 27. Cette logique de retardement maximal du processus répressif pénal a conduit certains auteurs à envisager l'exclusion complète du droit pénal de tout traitement du désordre social. Sur ce point, V. *infra*, n^{os} *et ss.*

¹⁶⁰⁹ V. notamment *supra*, n^{os} *et ss.*

¹⁶¹⁰ Nous verrons plus loin, et de manière plus concrète, cet accaparement du droit de punir par la sphère extra-pénale (V. *infra*, Partie II).

Le processus de dépénalisation accompagné du principe de subsidiarité du droit pénal manifeste donc parfaitement le phénomène selon lequel le droit de punir devient le référent en matière de contrôle social et de protection de l'intérêt général. Seul ce concept garantira la paix publique et ce quel que soit son cadre d'intervention, pénal ou extra-pénal. Le droit pénal est quant à lui relégué au statut de simple composante de ce référent. En matière de résolution des conflits, la souveraineté n'est donc plus seulement pénale ; elle est plus largement punitive.

665. *Le droit pénal, simple élément de la souveraineté punitive.* – Si les contours précis de la souveraineté punitive seront tracés plus loin dans notre exposé, nous devons dès à présent relever les éléments favorisant son éclosion. Et la dépénalisation joue précisément un rôle essentiel dans le passage de la souveraineté strictement *pénale* à cette souveraineté plus largement *punitive*. En devenant une « *mesure de dernier recours, soumis au principe de l'intervention minimale* »¹⁶¹¹, le droit pénal ne se présente plus comme le critère essentiel de la définition du droit de punir, à savoir son domaine exclusif d'intervention, mais devient une simple composante de ce droit. Nous sommes donc confrontés à un renversement de logique tendant d'une part à la globalisation du droit de punir et, d'autre part, à une minimisation du droit pénal. Les caractères de la souveraineté suivent bien évidemment ce mouvement : si le droit pénal ne constitue plus l'élément majeur de cette souveraineté, il ne peut alors être question à l'avenir que d'une souveraineté punitive. Toutefois, devant cet apparent pessimisme quant à la stature du droit pénal, il convient de ne pas exagérer l'affaiblissement de ce dernier.

b. Affaiblissement relatif du droit pénal

666. Face à cette vision pour le moins pessimiste de l'importance du droit pénal dans le concept de droit de punir, nous devons apporter une précision non négligeable : si le droit pénal devient un simple élément du droit de punir, il n'en reste pas moins le plus caractéristique. Dès lors, son intervention a lieu dans deux situations bien particulières qui sont loin de nier toute son importance : soit l'intervention du droit pénal s'avère la seule utile et possible, soit elle se présente comme étant indispensable à la résolution intégrale du conflit¹⁶¹².

¹⁶¹¹ FERRERA DA CUNHA (P.), *op. cit.*, p. 86.

¹⁶¹² Pour une analyse détaillée du concept de *résolution intégrale du conflit*, V. *infra*, n^{os} *et ss.*

667. Unique intervention pénale possible. – Le droit pénal intervient tout d’abord si les autres systèmes juridiques s’avèrent incapables de résoudre le conflit. S’il est l’ultime recours, il peut parfois se présenter comme le *seul* recours possible pour le traitement du fait considéré. La gravité de ce fait est telle qu’aucune résolution extra-pénale n’est concevable. La formule précitée selon laquelle le droit pénal serait « *la dernière ligne de défense de l’ordre juridique* » doit donc être lue de manière plus positive trouvant par là même tout son sens. Le système juridique pénal se présente alors comme le rempart ultime pour la protection et le maintien de l’équilibre social. Dans ce cas précis d’*ultima ratio*, le droit pénal jouit alors d’un monopole dans l’exercice du droit de punir ; monopole qui s’exprime prioritairement en matière d’atteintes aux personnes¹⁶¹³.

668. Nécessaire intervention pénale. – L’action du droit pénal s’exprime également si une réprobation spécifiquement pénale, génératrice d’une certaine intensité et d’un certain symbolisme, s’avère nécessaire¹⁶¹⁴. Les systèmes extra-pénaux résolvent partiellement le conflit mais ne suffisent pas à garantir son traitement intégral. Le droit pénal apparaît alors comme un complément indispensable pour maintenir pleinement la paix publique. Il ne doit pas intervenir systématiquement, mais doit « *entrer en action que dans les cas où on l’estime strictement indispensable par suite (...) de l’insuffisance d’autres moyens moins coercitifs* »¹⁶¹⁵. Admettre le droit pénal comme une composante du droit de punir ne revient donc pas nécessairement à nier sa valeur, même si cette dernière se trouve fragilisée dans un tel système. De manière plus générale, le mouvement de dépénalisation garantirait une plus grande efficacité du droit pénal. « *Si l’intervention du droit pénal doit être moins fréquente, elle doit en contrepartie être encore plus efficace lorsque la gravité des faits l’impose* »¹⁶¹⁶.

¹⁶¹³ S’il est vrai que les violences et les crimes – notamment sexuels – seront exclusivement traités dans le champ pénal, il est intéressant de remarquer qu’en matière de crimes contre l’humanité un traitement hors de ce champ reste possible. Il s’agit des commissions dites "de vérité et de réconciliation" qui témoignent d’une logique transactionnelle dans le traitement d’infractions d’une gravité pourtant extrême. Sur ce point, V. GARAPON (A.), *Des crimes qu’on ne peut ni punir ni pardonner*, op. cit., spéc. pp. 282 à 296 : « *Si le procès pénal classique n’apparaît pas toujours adapté, il faut imaginer de nouvelles formes de justice qui se montrent à l’échelle d’un tel enjeu* » (*ibid.*, p. 282).

¹⁶¹⁴ On peut ici parler de l’ « *effet de stigmatisation* » du droit pénal (VÉRIN (J.), « Une politique criminelle de non-intervention », *Rev. sc. crim.* 1974, p. 404).

¹⁶¹⁵ NOVOA MONREAL (E.), « Alternatives et moments critiques du droit pénal d’aujourd’hui », *Rev. sc. crim.* 1977, p. 770. V. également FERRERA DA CUNHA (P.), op. cit., p. 86 : il s’agit alors d’un « *droit pénal qui entre en jeu seulement si toutes les autres mesures juridiques se révèlent inaptées à résoudre le problème* ».

¹⁶¹⁶ RENUCCI (J.-F.), « Infractions d’affaires et prescription de l’action publique », op. cit., p. 28. Sur ce point, V. également GIROT (M.), *La dépénalisation : un instrument au service du droit pénal*, thèse, Poitiers, 1994 ; MAYER (D.), « De quelques aspects de la dépénalisation actuelle en France : en matière de mœurs », op. cit., p. 450 : « *il s’agit d’isoler (...) les actes les plus graves pour être en mesure d’en assurer une répression efficace* ».

Cette perspective de subsidiarité reste donc majoritairement satisfaisante dans la mesure où le droit pénal s'appliquera à des situations qui lui sont pleinement adaptées et jouira alors de qualités incontestables, que sont la légitimité, l'efficacité et la justice. Le principe de subsidiarité suppose en effet que l'alternative pénale ne soit « choisie que si elle est non seulement juste, mais aussi utile »¹⁶¹⁷.

Derrière cette apparente satisfaction, des risques liés au principe de subsidiarité perdurent cependant. Il n'est pas impossible en effet de voir en cette technique une défiance irraisonnée envers le droit pénal pouvant, à l'extrême, entraîner sa dissipation sous le prétexte constant de rechercher l'efficacité du traitement des comportements anti-sociaux.

§ 2. – Dépénalisation et évaporation du droit pénal

669. Vers l'abolition du droit pénal. – S'il est vrai que nous sommes encore loin de sonner le glas du droit pénal, il faut admettre toutefois que nous sommes au chevet d'un malade. On lui a enlevé, par la technique de dépénalisation, certaines de ses facultés et d'aucuns même ont pensé lui donner l'extrême onction. Le droit pénal, suivant un postulat pour le moins contestable, serait ainsi réputé incapable de garantir le maintien de la paix sociale. Il ne serait que la preuve de l'échec de la mise en place d'un système de contrôle social et de maintien de la paix publique sur la seule base de la répression. Se fondant sur des recherches empiriques, les partisans de ce qu'il est convenu d'appeler la "perspective abolitionniste" plaident pour une suppression inconditionnée du système pénal. Il n'est donc plus question de dépénalisation des comportements considérés antisociaux – c'est-à-dire leur sortie du champ pénal – mais bien de dé-pénalisation au premier sens du terme, entendu comme une absence généralisée de toute intervention pénale.

L'abolition du système pénal produirait bien évidemment un essort sans précédent des droits répressifs extra-pénaux puisque ces derniers seraient alors les seules réponses possibles face à des actes illégaux et ce, quelle que soit leur gravité objective. Le droit de punir se trouverait donc très largement dévié de sa logique initiale. Aussi, après avoir présenté l'abolitionnisme et établi le peu de pertinence d'une telle thèse (A), nous devons préciser quelles seraient les

¹⁶¹⁷ DELMAS-MARTY (M.), « Les conditions de rationalité d'une dépénalisation partielle du droit pénal de l'entreprise » in *Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise*, 9^{ème} Congrès de l'Association Française de Droit Pénal (Lyon 26-28 nov. 1987), Paris, Economica, 1989, p. 98.

conséquences d'un tel mouvement de dépenalisation envers l'exercice effectif du droit de punir (B).

A. – Inconsistance de la thèse abolitionniste

670. *Manque de rigueur dans l'établissement de la thèse abolitionniste.* – Outre l'utopie dans laquelle se complaisent les abolitionnistes du droit pénal, il est remarquable qu'aucun véritable fondement pertinent ne vient à l'appui de leur thèse. Ses tenants confondent en effet deux éléments, inhérents certes au droit pénal, mais non moins distincts. Une confusion est en effet établie entre le concept même de droit pénal et son effectivité. Louk HULSMAN n'expose-t-il pas de manière limpide que « *le système pénal, sauf hasard exceptionnel, ne fonctionne jamais comme le veulent les principes mêmes qui prétendent le légitimer* »¹⁶¹⁸ ? On prétend critiquer le droit pénal sur son application sans même s'interroger sur le bien-fondé originel de ce droit. Différents principes sont avancés pour développer, non sans confusion, cette critique. Tous ces points sont repris par les abolitionnistes pour fulminer contre l'existence même du droit pénal, mais toutes ces critiques peuvent être aisément rejetées. Qu'il s'agisse de sa fonction (1°) ou de son fonctionnement (2°), le droit pénal reste exempt de toute critique.

1°/ La fonction du droit pénal

671. *Le droit pénal, entre symbole et instrument de la politique criminelle.* – Le premier reproche des abolitionnistes consiste à présenter le droit pénal comme un symbole de la politique criminelle et non comme un véritable instrument utilisé par celle-ci. Le nombre considérable d'incriminations pénales – *i.e.* l'inflation pénale que nous étudions plus avant – tendrait à ruiner toute applicabilité et, dès lors, toute efficacité de la norme pénale. Dans une simple logique d'apaisement de l'opinion publique, le droit pénal révélerait le caractère anti-social de tel ou tel comportement sans posséder pour autant les moyens de son action¹⁶¹⁹.

Cette critique peut être rapidement battue en brèche en précisant qu'il n'est que pure illusion de croire en une différenciation entre symbolisme et instrumentalité¹⁶²⁰. A supposer que la

¹⁶¹⁸ HULSMAN (L.) et BERNAT DE CELIS (J.), *Peines perdues. Le système pénal en question*, op. cit., p. 20.

¹⁶¹⁹ Sur ce point, V. HULSMAN (L.), « Défense sociale et critères de décriminalisation », *Mélanges Ancel*, t. II, op. cit., p. 25.

¹⁶²⁰ *Contra*, VAN DE KERCHOVE (M.), « Symbolique et instrumentalité. Stratégies de pénalisation et de dépenalisation dans une société pluraliste », op. cit., passim.

norme pénale n'ait majoritairement qu'un rôle symbolique ou, selon le Pr. C. LAZERGES « *une fonction déclarative* »¹⁶²¹, rien n'empêche de reconnaître une portée instrumentale ou effective à ce type de fonction. L'inapplicabilité ou, plus raisonnablement, la difficile application de certaines lois, ne doit pas être systématiquement perçue comme une mesure socialement inutile¹⁶²². Un effet préventif, induisant par là même une réprobation collective de l'acte, est toujours possible¹⁶²³. Si, pour certains comportements, la répression reste délicate, le droit pénal se sert toutefois du « *délinquant comme démonstration ou symbole de la désapprobation publique* »¹⁶²⁴, la société reconnaissant alors, consciemment ou non, que « *la loi criminelle a une fonction importante, à la fois morale et éducative* »¹⁶²⁵.

672. Le droit pénal, entre rétribution et dissuasion. – A nier cette dernière fonction – que certains nomment « *fonction primaire* »¹⁶²⁶ – on nie la complexité du droit pénal qui, au-delà de la répression matériellement établie, possède des qualités certaines induites de son caractère menaçant. Les législateurs poursuivent leur action « *en considération de la stigmatisation sociale qu'ils veulent donner à un fait et il faut reconnaître que, sur un plan purement abstrait (...) la sanction pénale demeure l'instrument le plus typique pour conférer avec la plus grande évidence à un fait le caractère illicite* »¹⁶²⁷. Ainsi, la possibilité que le droit de punir se déclenche et la perspective d'une sanction pénale, traduisent cette fonction symbolique que le droit pénal détient, certes à des degrés divers, mais constamment. Le droit pénal, à travers l'existence et l'exercice d'une sanction pénale, est donc dissuasif et rétributif *par nature*. Mais si la peine retranscrit le plus souvent cette nature, elle peut aussi l'affaiblir ; les défaillances perceptibles dans le fonctionnement même du droit pénal en témoignent.

¹⁶²¹ LAZERGES (C.), « De la fonction déclarative de la loi pénale », *op. cit.*

¹⁶²² Nous pensons notamment à la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure réprimant les attroupements portant atteinte à la libre circulation dans les parties communes d'immeuble (C. constr., art. L. 126-3).

¹⁶²³ Précisons toutefois que cette logique de prévention n'existe plus si l'ineffectivité de la loi pénale provient de son engagement progressif dans un processus de dépenalisation. L'avortement par exemple était, avant 1975, peu réprimé, les poursuites devenant en ce domaine de plus en plus rares (V. PRADEL (J.), *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, n° 125, p. 190 ; CORNIL (P.), « Rapport général de la Société internationale de défense sociale », *op. cit.*, p. 138).

¹⁶²⁴ GIBBENS (T.), « Rapport général de la Société internationale de criminologie » in *La décriminalisation*, Actes du colloque de Bellagio, *op. cit.*, p. 111.

¹⁶²⁵ *Ibid.*, p. 104. V. également DELMAS-MARTY (M.), « Les conditions de rationalité... », *op. cit.*, p. 98. Cet auteur distingue toutefois les fonctions instrumentale, symbolique et pédagogique du droit pénal.

¹⁶²⁶ VASSALLI (G.), « Rapport de synthèse » in *La décriminalisation*, Actes du colloque de Bellagio, *op. cit.*, p. 422. L'auteur réaffirme notre idée selon laquelle la peine conserve cette fonction même « *lorsqu'elle n'est pas exécutée* » (*ibid.*).

¹⁶²⁷ *Ibid.*, p. 417.

2°/ Le fonctionnement du droit pénal

673. Impossible fonction sociale de la sanction pénale. – La négation du symbolisme pénal lié à l'existence même de la norme pénale renvoie directement au second reproche formulé par les abolitionnistes. Cette critique consiste à énoncer l'inefficacité endémique de la sanction pénale en matière de resocialisation et de prévention (générale et spéciale). Ce constat, que nous confirmons¹⁶²⁸, traduirait le paradoxe du droit pénal qui serait d'être bâti sur des principes qu'il sait inapplicables. Cette contradiction entre le principe et la pratique conduirait selon les abolitionnistes à l'inconsistance du droit pénal et à son inévitable disparition. Une discipline juridique qui ne remplirait pas les objectifs qu'elle s'est fixée, n'a plus de légitimité et doit donc être vouée à l'oubli¹⁶²⁹.

674. Bien-fondé incontestable du droit pénal. – Vouloir la disparition du droit pénal sur ce fondement est toutefois sans la moindre pertinence. Tout d'abord, les critiques portent ici sur son exercice, non sur son existence. Ce n'est que l'usage socialement inefficace qui, en effet, reçoit les multiples diatribes "hulsmaniennes" et en aucune façon sa raison d'être. On ne peut diaboliser que les éléments originellement néfastes à la société ; l'application du droit pénal contraire à son aspiration étant davantage un impondérable qu'un vœu dirigé contre l'équilibre public. En focalisant leur reproche sur le seul exercice du droit pénal, les tenants de l'abolitionnisme pénal savent pertinemment que tel peut être le seul objet de critique. Le bien-fondé du droit pénal ne pouvant en aucune façon être touché.

C'est pour cette raison que les abolitionnistes forgent l'essentiel de leurs critiques sur les défaillances de fonctionnement du système carcéral. La prison est en première ligne et au centre des débats et des préoccupations abolitionnistes¹⁶³⁰. En s'attaquant à l'outil carcéral, les opposants au système pénal s'appuient sur ses faiblesses chroniques sans pour autant remettre en question sa raison d'être. Par de telles attaques, ils estiment discuter l'opportunité même des interventions du droit pénal. Mais après une plus grande considération de ces critiques, force est de constater que les abolitionnistes, en usant de cette confusion entre système pénal

¹⁶²⁸ V. *supra*, n^{os} *et ss.* et n^o.

¹⁶²⁹ Pour un exposé clair du postulat des abolitionnistes, V. HULSMAN (L.) et BERNAT DE CELIS (J.), « Fondements et enjeux de la théorie de l'abolition du système pénal » in RINGELHEIM (F.) (sous la dir.), *Punir mon beau souci, pour une raison pénale*, op. cit., pp. 297 à 317 et spéc. p. 298. Certains auteurs considèrent même que cet échec du droit pénal traduit une forme de décriminalisation, une décriminalisation implicite : V. CORNIL (P.), « Rapport général de la Société internationale de défense sociale », op. cit., p. 129.

¹⁶³⁰ Sur la prison comme problématique quasi-exclusive des abolitionnistes, V. BERNAT DE CELIS (J.), « Où va l'abolitionnisme ?... », *Revue Actes*, 1988, n^o 64, pp. 22 et ss.

et domaine carcéral, manifestent leur difficulté à critiquer en profondeur le droit pénal lui-même.

675. Caractère politique du système pénal. – Le manque de pertinence de l’abolitionnisme provient ensuite de l’occultation du caractère nécessairement politique du fonctionnement du système pénal. Si l’exercice du droit pénal est contestable en ce sens qu’il ne parvient pas à remplir ses fonctions, il convient de rétorquer que c’est l’exercice politique du droit pénal qui doit être critiqué, non le droit pénal lui-même. Dès lors, si les abolitionnistes veulent contester le droit pénal, ils doivent avant tout contester le système politique, économique et social le mettant en œuvre. Certains de ces auteurs ne cachent d’ailleurs nullement leur désir de réformer la société elle-même, l’abolition du système pénal devenant alors seulement un moyen de parvenir à un processus de transformation sociale plus vaste. Selon Jacqueline BERNAT DE CELIS en effet, « *le système pénal n’est qu’une pièce de l’édifice économique, politique, idéologique, qui fonde la société et [l’] abolir (...) fait nécessairement partie d’un projet plus global de renouvellement de l’ordre social tout entier* »¹⁶³¹. On ne saurait être plus explicite quant à l’exposé des aspirations – utopiques – du courant abolitionniste.

Mais cette volonté de parvenir à une société nouvelle ne doit pas avoir pour cible exclusive le droit pénal, naturellement fondé sur une économie répressive et de soumission¹⁶³². Le droit pénal n’est qu’une facette du mécanisme politique conduit dans un Etat et ne fait que retranscrire ces décisions politiques. Si un problème existe donc au niveau du système pénal, il ne s’agit alors que d’un problème politique ; le droit pénal ne pouvant constituer à lui seul un problème social¹⁶³³. Le système pénal n’est que le cadre des actions politiques et ne saurait dès lors supporter la charge de l’inopportunité des choix effectués¹⁶³⁴.

¹⁶³¹ *Ibid.*, p. 23.

¹⁶³² Notons à ce propos que les abolitionnistes critiquent le système pénal occidental comme s’il rassemblait à lui seul tous les défauts en tant que mode de résolution des conflits. Pourtant, il apparaît d’une évidence certaine que les droits pénaux non occidentaux rassemblent les mêmes défauts.

¹⁶³³ *Contra*, V. HULSMAN (L.), « Rapport général de l’Association internationale de droit pénal » in *La décriminalisation*, Actes du colloque de Bellagio, *op. cit.*, p. 38 (V. *infra*, n°).

¹⁶³⁴ Pour une critique de l’opportunité des décisions politiques de décriminalisation et de repénalisation, V. GASSIN (R.), *Criminologie*, *op. cit.*, n° 701, p. 541. La preuve que les problèmes inhérents au droit pénal ne sont que des problèmes politiques, et plus précisément de politique criminelle, peut être trouvée dans l’exemple caractéristique de la Prohibition américaine. L’adoption du 18^{ème} amendement en 1919 interdisant la vente et la fabrication de boissons alcoolisées ainsi que son abolition en 1933, démontrent parfaitement les préoccupations conjoncturelles et politiques induisant la criminalisation puis la décriminalisation d’un fait.

676. Caractère relatif du système pénal. – Enfin, si la thèse abolitionniste apparaît *in fine* bien peu pertinente quant à une remise en cause du système pénal, cela provient probablement du fait que cette thèse considère le droit pénal et ses principes dans l'absolu. Or, le sens commun exige de percevoir ce droit comme une institution dont l'effectivité n'est que relative. Mais une telle prudence n'est pas propre au droit pénal ; toute discipline juridique possède une part d'ombre instaurant par là même un décalage entre son principe et son application. Devant cette relativité du droit pénal, il est donc inapproprié de militer pour sa disparition. Les défauts de fonctionnement d'une discipline juridique ne peuvent à eux seuls engendrer son abolition¹⁶³⁵. Les critiques des abolitionnistes apparaissent alors bien inefficaces dans la perspective d'une remise en question du système pénal. Sur ce point, le Pr. R. GASSIN relève à juste titre qu'aucun « *Etat de par le monde [n'a] déjà envisagé une telle abolition* »¹⁶³⁶. La thèse abolitionniste n'a donc aucune réelle pertinence dans la critique du droit pénal. Devant la persistance du système pénal¹⁶³⁷, il semblerait alors même loisible de remarquer l'inutilité de cette thèse.

Or, conclure à une telle inutilité est semble-t-il par trop hâtif. En effet, l'analyse de la thèse abolitionniste n'est pas à exclure totalement de l'examen du rôle du droit pénal dans l'évolution de l'exercice du droit de punir. En effet, l'une des conséquences qui seraient induites de l'abolition du système pénal est confirmée par le développement actuel de cet exercice.

B. – Conséquences de la thèse abolitionniste sur l'exercice du droit de punir

677. Le droit pénal comme problème social ? – Loin de lutter pour le maintien de la paix publique en réglant les problèmes sociaux, le droit pénal apparaît pour les abolitionnistes

¹⁶³⁵ Aucun droit n'a disparu du fait de son ineffectivité ; si nous dépassons le cadre pénal, nous remarquons qu'une telle hypothèse reste sans le moindre fondement. Doit-on abolir le droit social du seul fait qu'il ne parvient pas systématiquement à assainir les relations de travail ? Le concept de droit international doit-il être abandonné à la suite de l'exercice hégémonique de la souveraineté d'une puissance étrangère ? Le droit de la responsabilité civile délictuelle se trouve-t-il affaibli dès lors qu'une réparation d'un dommage reste en deçà des espérances de la victime ?

¹⁶³⁶ GASSIN (R.), *Criminologie*, op. cit., n° 700, p. 540.

¹⁶³⁷ A ce sujet, il est intéressant de remarquer que dans la dernière édition de son ouvrage, le Pr. GASSIN introduit de larges développements consacrés au *retour du pénal* (*Criminologie*, op. cit., n^{os} 701-1 à 701-9).

comme un problème social à part entière¹⁶³⁸. Dès lors, il devient possible pour eux d'avancer que sa liberté d'action doit être limitée par la dépenalisation. Une telle perspective peut être acceptable lorsqu'une amélioration substantielle de l'intervention pénale s'induit d'une diminution quantitative de l'approvisionnement de ce droit. Si le recours au droit pénal était plus faible, il est certain que le traitement des affaires serait plus acceptable et que l'exercice du droit de punir en son sein deviendrait plus rationnel.

Cette recherche d'une plus grande rationalité dans l'exercice du droit de punir, pour louable qu'elle soit, n'est étrangement pas l'objectif poursuivi par la thèse abolitionniste. Au contraire, plus ambitieux, les opposants au système pénal prétendent parvenir à un contrôle social d'une plus grande effectivité et ce en dehors de tout traitement pénal – voire punitif – de la délinquance. Aussi, militer pour une abolition du droit pénal revient à nier les efforts produits par ce droit en faveur d'une plus grande considération de la personne et d'une amélioration de son fonctionnement¹⁶³⁹. Souhaiter l'abolition du droit pénal revient donc à nier le fait qu'un exercice correct du droit de punir puisse se réaliser au sein même de cette matière. Cette volonté de réduire le droit pénal à un simple souvenir aurait donc pour conséquence immédiate d'ôter toute assise au droit de punir. Dès lors, deux alternatives deviendraient concevables : il conviendrait soit de nier l'existence même du droit de punir (1°), soit d'admettre la diffusion de ce droit dans une multitude de systèmes extra-pénaux pouvant être ou non juridiques (2°).

1°/ Négation de l'existence du droit de punir

678. *Eloignement du droit de punir vis-à-vis du droit pénal.* – Partant du postulat selon lequel le « système pénal ne peut que punir, alors qu'il y a tant d'autres façons possibles – et généralement meilleures – de réagir à un événement désagréable ou douloureux »¹⁶⁴⁰, les abolitionnistes n'usent que d'artifices et d'illusions. Le droit pénal détiendrait selon eux le monopole du droit de punir et l'abolition du premier entraînerait par voie de conséquence l'extinction du second. Devant la fausse rigueur de ce raisonnement, cette déduction reste sans le moindre fondement et mérite donc d'être très largement condamnée. Deux raisons poussent

¹⁶³⁸ Sur cette idée précise, V. HULSMAN (L.), « Rapport général de l'Association internationale de droit pénal », *op. cit.*, p. 38. Idée qui fut ensuite reprise par le Conseil de l'Europe dans son rapport sur la décriminalisation (*op. cit.*, p. 28).

¹⁶³⁹ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

¹⁶⁴⁰ HULSMAN (L.) et BERNAT DE CELIS (J.), « Fondements et enjeux de la théorie de l'abolition du système pénal », *op. cit.*, p. 300.

à cette conclusion : le droit pénal en usant du droit de punir ne produit aucun effet néfaste sur la conduite de la société ; l'intervention du droit de punir dans la résolution des conflits sociaux et l'apaisement social reste inéluctable, même en l'absence du droit pénal.

679. *Le droit pénal, origine du désordre social ?* – Selon Louk HULSMAN, le droit pénal se présenterait comme « *un poids de souffrance infligé en réplique à des actes tenus pour mauvais et qu'il s'agirait de purifier, une philosophie manichéenne divisant les hommes en bons et méchants, en innocents et coupables* »¹⁶⁴¹. En considérant le droit pénal comme le creuset du déséquilibre social, cet auteur renverse la logique du phénomène criminel tendant même à diminuer l'impact négatif de celui-ci sur le corps social. Or, il convient de ne pas se tromper d'objet. Le problème criminel a pour origine les faiblesses humaines – favorisées par des éléments économiques, sociaux ou psychologiques – et le droit pénal ne saurait jouer le moindre rôle dans l'émancipation de cette délinquance. C'est celle-ci qu'il faut combattre, non l'élément permettant d'atteindre cet objectif. Le droit pénal ne fait que prendre acte d'une délinquance préexistante et la traite par l'exercice du droit de punir.

680. *Disparition illusoire et intervention inéluctable du droit de punir.* – Il est impossible de croire en un quelconque anéantissement du droit de punir. Suivant la thèse abolitionniste, le passage d'un système punitif à un système thérapeutique ou indemnitaire dans le traitement des désordres sociaux garantirait une plus grande efficacité du contrôle social en évitant la stigmatisation inhérente au système pénal. S'il est vrai que le droit pénal tend à fustiger tel ou tel comportement entraînant une inévitable réprobation sociale, la question restant en suspens demeure celle de savoir si cette marginalisation symbolique produite par le système pénal n'est pas propre à la vie sociale et ne peut par conséquent qu'être conservée. Dès lors, il deviendrait illusoire de croire en l'établissement d'un contrôle social exempt de toute affliction. La souffrance est inhérente à la peine, mais elle s'induit également d'une grande majorité de traitements non spécifiquement pénaux¹⁶⁴².

Le contrôle social pourrait certes s'exprimer autrement que par le blâme ou la rétribution. Dans ce cas, nous sortons alors nécessairement du droit pénal. Mais cette éviction du droit pénal entraîne-t-elle pour autant l'éviction de toute logique punitive. Rien n'est moins sûr. Le Conseil de l'Europe semble d'ailleurs prendre acte de cet élément lorsqu'il précise que

¹⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 300 et s.

¹⁶⁴² Les cures de désintoxication par exemple, mesures thérapeutiques pouvant être appliquées dans un cadre purement administratif et sanitaire – donc hors champ pénal – possèdent un caractère afflictif non négligeable.

« *décriminalisation ne signifi[e] pas nécessairement extension des libertés individuelles* »¹⁶⁴³.

Il admet donc que le caractère afflictif du contrôle social n'est pas propre au droit pénal et que, finalement, plane sur l'ensemble des systèmes – juridiques ou strictement sociaux – de traitement des désordres sociaux, l'ombre de la peine et de la souffrance. Dès lors, il paraît illusoire de croire en une existence du droit de punir exclusivement au sein du droit pénal. Le droit de punir, concept mutable et évolutif, a su s'intégrer dans des systèmes extra-pénaux. Nous en arrivons ainsi à notre seconde alternative.

2°/ Diffusion du droit de punir dans des systèmes extra-pénaux

681. Déplacement du droit de punir. – Dans les deux formes de dépénalisation que nous venons de mettre en évidence – réduction du champ pénal ou évaporation du droit pénal – le droit de punir se trouve partiellement ou totalement évincé de la justice pénale. Dès l'instant où le droit pénal ne possède plus l'intégralité de ses prérogatives originelles en matière de répression des actes antisociaux, l'ampleur du droit de punir au sein de ce droit s'amointrit de manière corrélative.

Mais l'éviction du droit de punir n'intéresse que le seul droit pénal et l'on constate qu'un résidu punitif peut se répandre progressivement dans des disciplines extra-pénales. Un tel phénomène n'est concevable qu'en cas de simple dépénalisation (et non de pure décriminalisation)¹⁶⁴⁴, c'est-à-dire d'un processus tendant à sortir un comportement du champ pénal pour le réinjecter dans un domaine extra-pénal, théoriquement plus adapté à la spécificité dudit comportement. Si un tel phénomène extrême de dépénalisation – entendu comme l'éviction du droit pénal – survenait, serions-nous donc préservés de toute logique punitive ? Nullement : le droit de punir ne serait que déplacé d'une discipline juridique à une ou plusieurs autres. Etant inévitable, le droit de punir serait intégré dans des droits originellement peu propices à une telle entrée. Des droits extra-pénaux étrangers à toute logique punitive deviendraient donc progressivement des droits expressément répressifs. La réduction de l'importance de la prérogative punitive au sein du champ pénal se traduirait donc par une émancipation du droit de punir au regard du droit pénal, ce qui engendrerait mécaniquement l'épanouissement corrélatif de droits répressifs extra-pénaux.

¹⁶⁴³ CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport sur la décriminalisation*, op. cit., p. 55.

¹⁶⁴⁴ Le processus de décriminalisation que nous avons décrit plus haut (*supra*, n°) annihile en effet tout exercice du droit de punir.

682. *Maintien possible de l'intégrité du droit pénal.* – Cette répartition du droit de punir entre différentes branches juridiques s'exprime donc par la sortie de certains faits de la sphère pénale. Mais l'émergence de droits extra-pénaux à caractère répressif ne s'accompagne pas nécessairement de ce phénomène de dépenalisation. L'éviction du droit pénal n'est pas systématique et un cumul entre ce droit et les droits répressifs extra-pénaux reste dès lors possible dans une même situation. La dépenalisation n'est qu'un vecteur, un indice dans le développement de ces droits extra-pénaux, un simple élément caractérisant les prémices de ce développement.

Sortis de cette indication, les droits répressifs extra-pénaux ont une dynamique propre, ne nécessitant nullement un obligatoire mouvement de dépenalisation et pouvant dès lors progresser parallèlement – concurremment – au droit pénal. Ceux-ci disposent de prérogatives punitives proches de celles perceptibles en droit pénal à ceci près que ces nouveaux droits répressifs ne jouissent parfois pas des garanties que pouvait offrir le droit pénal lorsqu'il usait de son droit de punir. Se pose alors la question de savoir pourquoi se développent de tels droits extra-pénaux et répressifs. La réponse se trouve dans le fait que ceux-ci possèdent un avantage particulier et indéniable en matière de contrôle social. Le droit de punir est ainsi écartelé entre ces droits et le droit pénal. C'est précisément cette dynamique propre que nous devons à présent analyser.

Conclusion du chapitre 2

683. Sous couvert de parvenir à une justice idéale, le droit pénal tend progressivement à poursuivre une logique réparatrice, que ce soit par le biais de l'action civile ou, plus franchement, par celui de la justice restaurative. Si nous ne rejetons nullement la nécessité de mettre en place une justice consensuelle ou de mettre en exergue l'idée de réparation, nous excluons l'idée selon laquelle le droit pénal en serait le domaine d'application. L'exercice du droit de punir doit rester sa mission essentielle.

Devant la crainte d'une trop grande incursion du consensualisme dans le champ pénal, il est heureux toutefois de considérer que la répression perdure inlassablement et majoritairement ;

notre enthousiasme s'amointrit cependant lorsque cette persistance punitive participe du retour de la vengeance de la victime.

Cette entorse à l'autorité que peut détenir le droit pénal en matière d'utilisation du droit de punir se greffe alors au mouvement de dépenalisation favorisant dès lors l'émergence de droits répressifs extra-pénaux et manifestant le vraisemblable affaiblissement du droit pénal. Alors que la dépenalisation serait, dans certaines situations, bénéfique pour l'essence même du droit pénal notamment en ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales, il se trouve que la dépenalisation de certains domaines d'activité ont une influence inverse. En effet, le droit pénal se désapproprie certains secteurs qui se trouvent gérés par d'autres branches du droit. Parallèlement à la dénaturaton du droit pénal, on s'aperçoit donc que ce dernier n'est plus le seul à s'intéresser à des comportements troublant l'ordre public et, par là même, à faire usage du droit de punir ; cet usage se trouvant, dans de telles situations, détourné de son objectif initial.

Conclusion du titre II

684. Parce que nous ne voulions pas rompre avec le visage traditionnel du droit pénal – suivant lequel le droit de punir demeure prédominant dans ses fondements et dans son expression – de nombreuses incohérences sont apparues lors de l'examen de l'usage que la justice pénale peut faire aujourd'hui du droit de punir. Des mouvements l'atteignent substantiellement témoignant incontestablement de sa dénaturaton.

Détenant en son sein l'exclusivité du droit de punir, le droit pénal apparaissait prioritairement non point comme une étape du processus répressif mais bien comme le processus lui-même. Désormais, eu égard à la mise en perspective des usages excessifs ou détournés du droit de punir, force est de constater que le droit pénal rompt avec une certaine rationalité punitive. L'exercice par l'Etat du droit souverain de punir par la mise en œuvre de la justice pénale s'inscrit donc dans une certaine incohérence ne pouvant que faire obstacle à une recherche rationnelle de la paix sociale. Si le droit pénal joue un rôle indéniable dans la progression d'une souveraineté punitive de l'Etat – le droit pénal constituant en effet le berceau du droit de punir – on ne peut s'empêcher de remarquer qu'il en constitue également le principal frein.

On ne peut en effet percevoir le moindre enrichissement de la souveraineté punitive dès lors que les préoccupations aujourd'hui développées par le droit pénal procèdent par exemple d'une privatisation des mécanismes procéduraux et pénologiques. Si la légitimité de ces aspirations reste incontestable, plus critiquable est toutefois la révélation de ces questions au sein même du droit pénal. On remarque donc que le droit pénal moderne, par une mauvaise maîtrise de son développement, s'éloigne progressivement en certains domaines de la perspective punitive traditionnelle qui l'animait jusqu'ici ; cette tendance trouvant son point d'orgue dans le fait que la justice pénale, par ses faiblesses dans l'utilisation du droit de punir, favorise insidieusement la mise en place d'une souveraineté punitive nouvelle, dans laquelle elle serait pour d'autres disciplines juridiques, un modèle dans certains cas, un simple auxiliaire dans d'autres.

Conclusion de la PREMIÈRE Partie

685. *Droit pénal et droit de punir : du paradigme au paradoxe.* – Le droit de punir, en tant que prérogative exclusive de l'Etat, est l'apanage du droit pénal favorisant par là même l'émergence et le développement d'une souveraineté strictement pénale. Certes le droit de punir ne constitue par le seul élément du droit pénal dans la mesure où ce dernier n'est pas exclusivement sanctionnateur. Toutefois, nous devons reconnaître que le droit pénal est avant tout un droit punitif et que l'exercice du droit de punir en son sein constitue l'une de ses plus évidentes caractéristiques. C'est donc logiquement au sein du droit pénal que le concept de droit de punir s'est le plus parfaitement exprimé, façonné et modelé au fil des siècles, conduisant à la révélation et à la progression d'une véritable souveraineté punitive pénale.

Mais l'évolution contemporaine du droit pénal a eu raison de cette logique. Nous devons admettre que l'exercice du droit de punir au sein du droit pénal ne possède plus aujourd'hui la rationalité antérieure qui consistait à affirmer que la punition trouvait la plus parfaite reconnaissance au sein du droit pénal. Notre droit positif met en échec cette logique, d'une part parce que le droit pénal a intégré des logiques non strictement punitives, mais également et surtout parce que le droit de punir se trouve parfois maladroitement utilisé par la justice pénale.

686. *Droit de punir et droits extra-pénaux : naissance d'un paradigme nouveau.* – Au-delà de l'influence négative du droit pénal dans l'évolution de la souveraineté punitive pénale, on remarque que cette matière a, paradoxalement, favorisé l'émergence d'une souveraineté punitive nouvelle. Si le droit pénal constituait le domaine où le droit de punir s'exprimait le plus parfaitement, nous devons maintenant apprécier s'il est le seul domaine d'application du droit de punir. Il faut donc déterminer s'il n'y aurait pas une inversion de la tendance, c'est-à-dire si le droit pénal lui-même ne deviendrait pas une simple composante du droit de punir. Dans l'affirmative, il existerait à côté de la souveraineté punitive pénale une souveraineté punitive extra-pénale s'exprimant à travers des disciplines non spécifiquement pénales et, initialement, non spécifiquement répressives.

Il convient donc d'admettre que le droit de punir a su progressivement s'émanciper du droit pénal. Si nous avons logiquement apprécié prioritairement certains des phénomènes propres au droit pénal ayant favorisé cette émancipation et l'éclosion corrélative de cette souveraineté punitive extra-pénale, il est à propos désormais que nous considérions cette dernière suivant une approche plus directe et matérielle et que nous nous interroguions sur l'existence ou non d'un détournement du droit de punir en ce domaine et, plus largement, sur l'éventualité d'une restauration de la souveraineté pénale elle-même.

SECONDE PARTIE

Le droit de punir émancipé du droit pénal :
l'espoir de restauration de la souveraineté pénale

687. Droit pénal, un droit punitif accessoire. – L'analyse de l'importance du droit de punir au sein du droit pénal a permis de considérer ce dernier comme le "droit punitif ou répressif"

par excellence, la discipline juridique dans laquelle la punition semble prendre tout son sens. Devant cette mise au point, il paraît inconcevable de croire en une inversion de la tendance ou, plus sobrement, en un infléchissement du droit pénal dans l'exercice d'une punition.

Pourtant, le droit positif fait état de cette apparente contradiction qui revient à percevoir le droit pénal non plus comme le droit punitif principal mais bien comme l'un des droits répressifs pouvant se développer à l'heure actuelle. De ce fait, après avoir perçu le droit de punir comme un élément du droit pénal, c'est bien l'inverse qu'il convient à présent d'analyser. Nous devons en effet discerner le droit pénal comme un élément du droit de punir *lato sensu*. Le droit pénal n'a plus désormais de monopole punitif et la prérogative souveraine inhérente à l'exercice du droit de punir ne possède donc plus de caractéristiques pénales exclusives.

688. Evolution du concept de droit de punir et naissance des droits répressifs extra-pénaux. – Le droit de punir qui occupait au sein du droit pénal une fonction primordiale – mais non exclusive – a progressivement envahi d'autres disciplines juridiques : les droits répressifs dits *extra-pénaux*¹⁶⁴⁵ ou *non pénaux*¹⁶⁴⁶. Par cette expansion au-delà de la seule sphère pénale, le concept même de *droit de punir* s'est modifié devenant non plus seulement un pan du droit pénal mais un élément fédérateur d'une pluralité de droits. Ceux-ci se sont vu reconnaître une logique punitive qui demeurerait jusque-là éloignée de leur essence. Dès lors, le droit pénal, naturel détenteur de cet élément punitif, s'est alors placé sur un pied d'égalité par rapport à ces autres droits répressifs naissants et s'est même parfois associé à leur schéma punitif. Il devient alors une composante du nouveau droit de punir, celui-ci étant en effet devenu la combinaison de divers droits répressifs, de nature pénale et extra-pénale.

689. De l'exercice de la souveraineté punitive pénale de l'Etat... – Suite à la régression substantielle du droit pénal, il se dessine en toute logique un affaiblissement progressif de la souveraineté pénale de l'Etat. Mais ce type de souveraineté n'est pas exclusive de toute autre forme de puissance suprême. Aussi, de manière plus générale et en matière de punition, toute

¹⁶⁴⁵ Pour l'utilisation de cette expression, V. par exemple DELMAS-MARTY (M.) et GIUDICELLI-DELAGE (G.) (SOUS LA DIR.), *Droit pénal des affaires*, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 4^{ème} éd., 2000, spéc. pp. 171 et ss. ; GARRON (F.), « La coexistence des procédures dans le domaine du droit répressif », *RRJ* 2000, p. 1686, n° 4.

¹⁶⁴⁶ Pour l'utilisation de cette expression, V. par exemple DEGOFFE (M.), *Droit de la sanction non pénale*, Paris, Economica, 2000, *passim* et spéc. n°s 29 et ss. ; PRÉTOT (X.), « Le droit répressif non pénal », *Dr. soc.* 2000, p. 964.

souveraineté ne s'évapore pas nécessairement. La difficulté restant celle de savoir quelle forme et quelle nature revêt cette souveraineté nouvelle qui, sans se substituer intégralement à la souveraineté pénale étatique, pallie les carences créées par elle ?

690. ... à l'exercice de la souveraineté punitive extra-pénale dans l'Etat. – Ne pouvant dégager une nature spécifique, nous avons désigné cette souveraineté sous une nature punitive *extra-pénale*. La progression actuelle de droits non pénaux mais "en voie de développement punitif", c'est-à-dire intégrant une logique punitive, conduit en effet au changement de nature de la souveraineté. Mais sa nature établie, reste à savoir si cette souveraineté conserve une essence strictement étatique à l'image de ce que nous avons pu démontrer pour la souveraineté pénale. Une réponse fondée sur la définition même du concept de *souveraineté* peut sur ce point être avancée. Nous avons vu en effet¹⁶⁴⁷ que le pouvoir souverain – entendu comme puissance suprême – est inhérente à l'Etat : « *La souveraineté, selon LOYSEAU, est un tout inséparable de l'Etat, duquel si elle était ôtée, ce ne serait plus l'Etat, car enfin la souveraineté est la forme qui donne l'être à l'Etat* »¹⁶⁴⁸. Aussi serait-il vain, devant cette appréciation de la souveraineté, de croire en une exclusion de la souveraineté dite "extra-pénale" du concept même d'Etat.

Pour autant, à bien considérer ce type de souveraineté, ne peut-on pas relever une certaine distance avec l'autorité étatique et, corrélativement, avec la souveraineté pénale ?

691. Distance entre la souveraineté extra-pénale et l'Etat. – En premier lieu, et contrairement à la souveraineté pénale, la souveraineté punitive extra-pénale peut, *en partie seulement*, être attribuée à l'Etat. Par la diversité des droits fondant cette souveraineté, une référence directe à l'Etat ne peut systématiquement être effectuée. Certains droits punitifs peuvent être directement définis comme l'Etat lui-même. Certaines de ces disciplines, nous le verrons, s'inscrivent en effet, à l'image du droit pénal, comme de pures prérogatives étatiques. Ainsi en est-il du droit administratif répressif classique, du droit disciplinaire de la fonction publique ou encore du droit disciplinaire perceptible dans certaines institutions publiques comme les casernes ou les prisons. Le concept de souveraineté ne se trouve dès lors point bouleversé ici.

¹⁶⁴⁷ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

¹⁶⁴⁸ LOYSEAU (C.) cité in BASDEVANT-GAUDEMET (B.), *Aux origines de l'Etat moderne*, Charles Loyseau, Paris, Economica, 1977, p. 119.

Mais à côté de ces formes de répression, s'exercent d'autres droits plus ou moins étrangers à toute coloration spécifiquement étatique, c'est-à-dire non directement exercés par des institutions de l'Etat. Il s'agit principalement de l'important domaine relatif au pouvoir de sanction de ces autorités administratives particulières que sont les *autorités administratives indépendantes* (A.A.I.) ou de la forme privée du droit disciplinaire – à savoir celui exercé par un chef d'entreprise – ou encore des diverses sanctions perceptibles dans le droit civil. Ces matières, bien que fonctionnellement extérieures à l'Etat, ne sauraient pour autant être libérées de son autorité dans la mesure où ces domaines restent très largement soumis aux prescriptions étatiques. A ce titre, le Pr. A. LYON-CAEN souligne, à propos du droit disciplinaire, que ce type de droit « vit à la fois hors du droit étatique et en liaison avec lui »¹⁶⁴⁹.

692. Distance entre la souveraineté extra-pénale et la souveraineté pénale. – En second lieu, l'ensemble des droits répressifs extra-pénaux – à l'inverse du droit pénal – interviennent exclusivement dans des domaines particuliers n'ayant pas directement l'intérêt général comme préoccupation principale. Chaque droit se développe dans un sens plus répressif non pour garantir ouvertement la paix publique mais pour satisfaire des intérêts plus limités et propres à un circuit clos. Ce mouvement est caractérisé avec une acuité particulière par la répression mise en œuvre par les autorités administratives indépendantes qui poursuivent, à l'image du droit administratif répressif et du droit disciplinaire, une logique de *régulation*. Définie comme « une représentation idéologique qui évoque une conception nouvelle du rôle de l'Etat et des conditions de maintien de la cohésion sociale »¹⁶⁵⁰, la régulation devient le fondement d'un nouveau droit de punir, empreint davantage d'un « souci de rationalisation de l'organisation sociale »¹⁶⁵¹ et d'efficacité que de résolution effective d'un contentieux. Dans le même sens, le droit de la responsabilité civile témoigne également avec vigueur de cet attachement à des préoccupations privées.

¹⁶⁴⁹ LYON-CAEN (A.), « Sanction disciplinaire dans l'entreprise et droit étatique », *Arch. pol. crim.* 1984, n° 7 (« Des sanctions »), p. 108. V. également MASSAT (E.), « Des rapports du droit disciplinaire et du droit pénal dans l'administration. Contribution à une étude sur le pouvoir administratif visant les usagers des services publics », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 744 : « Quelles qu'elles soient, les normes répressives n'échappent point à [l'] emprise [de l'Etat] et travaillent plus ou moins directement pour lui » ; PRALUS-DUPUY (J.), *Rép. pén.*, v° « Discipline », n° 15 : « L'ordre juridique étatique a pénétré peu à peu l'ensemble des institutions secondaires, les laissant de moins en moins libres d'organiser elles-mêmes les modalités de leur propre répression ».

¹⁶⁵⁰ CHEVALLIER (J.), « La régulation juridique en question », *Droit et Société*, n° 49, 2001, p. 828.

¹⁶⁵¹ CHEVALLIER (J.), « De quelques usages du concept de régulation » in MIAILLE (M.) (sous la dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 71.

Ainsi, n'ayant pas comme fondement premier la recherche, par un règlement définitif d'un conflit, du bien-être général, il paraît pour le moins délicat de conférer à cette souveraineté une nature identique à celle émise pour la souveraineté pénale.

693. Souplesse du concept de "souveraineté". – Suivant toutes ces différenciations, il est permis de penser que ces droits répressifs extra-pénaux s'intègrent dans une souveraineté qui, bien que n'étant pas exclusivement *issue de l'Etat* s'exerce malgré tout *dans l'Etat*. Les autorités de régulation – telles par exemple le Conseil supérieur de l'audiovisuel, l'Autorité des marchés financiers ou la Commission nationale de l'informatique et des libertés – bien qu'indépendantes au regard du gouvernement, demeurent des instances administratives soumises dès lors aux règles de l'ordre administratif¹⁶⁵². Le droit disciplinaire du secteur privé et le droit civil sont également reliés à l'autorité étatique dans la mesure où leur exercice reste subordonné aux exigences prévues par la loi souveraine contenues, ici dans le Code du travail, là dans le Code civil. Même si ces droits strictement privés n'ont en effet pas de lien direct avec l'Etat, il serait inconcevable de les exclure de toute logique institutionnelle.

C'est ainsi que devant la diversité de ces droits répressifs extra-pénaux, nous nous trouvons face à une souveraineté spécifique : une souveraineté qui n'est pas seulement et strictement issue de l'Etat mais une souveraineté punitive s'exerçant dans l'Etat. Constitutionnellement parlant, on ne pourrait *a priori* parler de souveraineté puisque ces droits ne seraient pas tous une émanation directe de l'Etat. Mais suivre un tel raisonnement reviendrait à occulter le fait même que l'Etat demeure le garant d'un exercice correct de ces droits répressifs extra-pénaux, quelle que soit par ailleurs leur nature. Ceux-ci rendent donc compte, même si cela reste indirect, de la souveraineté de l'Etat.

¹⁶⁵² A titre d'exemple, ces autorités sont soumises aux exigences posées par la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public (*JO* du 12 juill. 1979, p. 1711). Sur la contradiction apparente du concept même d'*autorité administrative indépendante*, V. DREYFUS (J.-D.), « Pourquoi des autorités administratives indépendantes (ou AAI) ? Approche phénoménologique » in BOULOC (B.) (sous la dir.), *Autorité de régulation et vie des affaires*, Paris, Dalloz, 2006, spéc. pp. 12-13. L'auteur, tout en se demandant si « être indépendant dans l'administration, [n'est] pas la quadrature du cercle », souligne que ces autorités « même si elles agissent au nom de l'Etat et disposent d'un réel pouvoir, ne relèvent pas de l'autorité du gouvernement ». Egalement *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Office parlementaire d'évaluation de la législation, rapport de M. le sénateur P. Gélard, 15 juin 2006. Selon ce rapport, le concept d'*autorités administratives indépendantes* est un « oxymore juridique » puisque ces autorités portent « une contradiction fondamentale : la Constitution plaçant l'administration sous l'autorité du gouvernement, comment une autorité pourrait-elle en être indépendante ? ».

694. Cumul des systèmes répressifs. – Au regard du déclin de la souveraineté pénale de l'Etat, nous avons déterminé d'une manière implicite le rôle partiel joué par le droit pénal dans l'émergence d'une souveraineté punitive¹⁶⁵³. La complexe dénaturation qui l'a atteint a fait de lui une discipline, sinon subalterne, du moins équivalente aux droits extra-pénaux dans l'ordonnement punitif. Ces dénaturations ont constitué autant d'occasions ayant facilité l'essor de nouvelles formes de répression. Le droit de punir n'est plus le monopole du droit pénal, ce dernier se trouvant concurrencé par un ensemble de droits devenus progressivement répressifs¹⁶⁵⁴. Par ses diverses faiblesses, le droit pénal est devenu en quelque sorte l'instigateur d'une souveraineté punitive s'exerçant au sein de l'Etat ; cette souveraineté se développant par l'émergence et la progression de disciplines juridiques intégrant une logique punitive.

Au regard du développement de cette souveraineté, il convient de s'interroger sur la place exacte occupée par le droit pénal dans ce nouvel ordonnancement punitif. Sur ce point, on constate un double mouvement, correspondant à deux groupes de droits et à leurs relations avec le droit pénal. S'agissant du premier groupe – réunissant le droit administratif répressif et le droit disciplinaire – il convient de remarquer que le droit pénal se présente majoritairement comme un modèle pour la souveraineté punitive extra-pénale (**TITRE I**). En ce qui concerne en revanche le second groupe – renfermant le droit civil – force est de constater que le droit pénal constitue plutôt un complément de cette souveraineté punitive (**TITRE II**).

¹⁶⁵³ V. *supra*, première Partie, Titre II.

¹⁶⁵⁴ On ne peut plus parler spécifiquement de dépénalisation puisque dans les situations que nous allons étudier, le droit pénal conserve ses prérogatives. Il y a, au contraire, cumul de fonctions punitives entre celles détenues par le droit pénal et celles détenues par les droits répressifs extra-pénaux.

TITRE I

LE DROIT PÉNAL, UN MODÈLE POUR LA SOUVERAINETÉ PUNITIVE EXTRA-PÉNALE

695. Naissance théorique d'une concurrence. – L'émancipation du droit de punir à l'égard du droit pénal a provoqué l'épanouissement de disciplines juridiques dites régulatrices, comme le droit administratif répressif ou le droit disciplinaire. Au-delà de ce développement, on remarque que ces droits répressifs extra-pénaux, en prenant exemple sur le droit pénal, se sont présentés comme de véritables concurrents de la répression pénale. Plus précisément, il est possible de croire en une préexistence de cette concurrence, l'émancipation du droit de punir du joug pénal amplifiant seulement cette rivalité. En effet, l'objectif originel poursuivi d'une part par le droit pénal et, d'autre part, par le droit administratif répressif et le droit disciplinaire semble converger dans une même aspiration punitive.

Quoi qu'il en soit, la concurrence en matière punitive – qu'elle se profile ou qu'elle se trouve réaffirmée aujourd'hui – éloigne donc, en apparence, toujours un peu plus le droit pénal du droit de punir. De prime abord, cette rivalité – plus ou moins directe – entre le droit pénal et certains droits répressifs extra-pénaux s'inscrit donc dans une logique d'exclusion ou d'affaiblissement du premier face à l'exercice de la souveraineté punitive nouvelle ; le droit pénal n'étant plus alors qu'un accessoire dans le processus répressif (**Chapitre 1**).

696. Dissipation empirique de la concurrence. – Cette allégation, pessimiste envers l'intégrité de la souveraineté pénale, devra être toutefois largement relativisée. Suivant une lecture empirique de la relation existant entre le droit pénal et les droits administratif répressif et disciplinaire, force sera en effet de constater d'une part qu'aucune réelle concurrence n'existe véritablement et, d'autre part, que le droit pénal se voit finalement rétabli dans ses

fonctions essentielles. La dissipation de toute concurrence et la divergence régnant en définitive entre le droit de punir extra-pénal et celui exercé sous les traits du droit pénal rendent donc possible une pleine restauration de ce dernier. Le droit pénal intègre en fin de compte cette souveraineté punitive nouvelle dans la mesure où il devient une sorte de référent pour les différents droits extra-pénaux. S'il est devenu un simple élément d'une souveraineté punitive s'exerçant au sein même de l'Etat, il n'y conserve pas moins une position de choix du fait de son caractère incontournable (**Chapitre 2**).

Chapitre 1

Droit pénal et droits répressifs extra-pénaux : une concurrence de principe

697. Concurrence et convergence. – Le terme de *concurrence* renvoie directement à celui de *compétition*¹⁶⁵⁵ même s'il est possible, dans les domaines spécialisés du droit des marchés financiers ou de la propriété intellectuelle, de distinguer très nettement les deux concepts¹⁶⁵⁶. Si nous en restons au sens commun, concurrence et compétition supposent une certaine équivalence dans les qualités acquises par les candidats. Il n'y a de situation concurrentielle ou de compétitivité qu'à partir du moment où l'ensemble des protagonistes aspirent au même but¹⁶⁵⁷ et à l'aide de capacités comparables. Si une disproportion existe sur ce plan-là, il y aurait alors "concurrence déloyale" ou "dopage des compétiteurs" ruinant ainsi tout rapprochement des compétences de chacun. La concurrence implique donc une double convergence : l'une tenant aux objectifs que s'assigne chaque participant, l'autre au moyen dont chacun dispose pour parvenir à ses fins.

¹⁶⁵⁵ Le *Vocabulaire juridique* Capitain définit la concurrence comme une « *compétition économique* » (*op. cit.*, v° « Concurrence »). De même, le mot anglais *competition* signifie concurrence.

¹⁶⁵⁶ En ce sens, V. LUCAS DE LEYSSAC (C.), « Concurrence et compétition », *D.* 2004, p. 1722.

¹⁶⁵⁷ Selon le dictionnaire *Littré*, la concurrence est définie comme « *la prétention de plusieurs personnes à un même objet* ». Pour une reprise de cette définition, V. LUCAS DE LEYSSAC (C.), *op. cit.*

C'est sur ces deux plans que le droit pénal et les droits répressifs extra-pénaux *paraissent* s'affronter : leurs objectifs – punitifs – semblent identiques, de même que les outils – les sanctions – qu'ils utilisent pour remplir leur mission.

698. *Droit punitifs concurrents.* – Etablir une concurrence en matière punitive entre le droit pénal et d'autres disciplines juridiques – les droits répressifs extra-pénaux – n'est pas chose aisée tant le droit pénal reste, inconsciemment, le seul droit punitif. Pourtant, il est des droits dans lesquels la punition est – à l'image de ce que nous relevons naturellement pour le droit pénal – inhérente à leur exercice ou, plus simplement, nécessaire à ceux-ci en garantissant leur pleine efficacité. La punition n'est donc plus l'apanage du droit pénal mais devient au contraire un élément essentiel à l'application d'autres droits et exercés directement par ceux-ci. En est-il ainsi du droit administratif répressif (ou répression administrative) et de certains pans du droit disciplinaire¹⁶⁵⁸, domaines dans lesquels une rivalité peut effectivement s'engager sur le terrain de la répression de comportements répréhensibles tant au niveau pénal, administratif que disciplinaire.

699. *Repli du droit pénal face à la concurrence.* – De l'exposé de cette concurrence, il convient de dégager la fonction remplie par le droit pénal. De prime abord, c'est malheureusement un repli du droit pénal que l'on constate lorsque celui-ci est confronté aux droits répressifs extra-pénaux. Le développement considérable et constant de la répression administrative – notamment sous l'impulsion des autorités administratives indépendantes¹⁶⁵⁹ – présente souvent le droit pénal comme le complément ou l'accessoire d'une nouvelle forme de répression, plus rapide, plus efficace, plus spécialisée et apparaissant alors comme la meilleure réaction possible face à une délinquance aux contours techniques toujours plus marqués. Cette analyse ne pouvant toutefois être effectuée qu'après avoir clarifié l'acception de ce terme.

700. *Unité ou dualité de la répression administrative.* – Une confusion existe en droit administratif dès lors que l'on attribue à ce dernier un pouvoir répressif. Les réflexions et

¹⁶⁵⁸ Citons encore, dans une certaine mesure, le droit civil. Sur ce point, V. *infra*, Titre II de la seconde Partie (n^{os} *et ss.*).

¹⁶⁵⁹ Notons sur ce point l'attribution récente d'un pouvoir de sanction pécuniaire à la C.N.I.L. par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (*JO* du 7 août 2004, p. 14063) et à la Commission d'accès aux documents administratifs (C.A.D.A.) par l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques (*JO* du 7 juin 2005, p. 10022).

études portant sur le sujet ont commis l'erreur de ne pas considérer le pouvoir de répression comme un véritable système aux dimensions certes complexes mais empreint d'une logique unique ; ces études préférant l'unité du droit administratif à l'unité du système répressif. La majorité des auteurs publicistes ont donc choisi de bâtir leur raisonnement sur le seul droit administratif donnant ainsi naissance à des logiques différentes, telles que la discipline ou la répression administrative *stricto sensu*. Ainsi, le droit administratif est devenu à tort la base de diverses prérogatives répressives n'ayant *in fine* que peu de points communs. C'est ainsi que la doctrine a regroupé dans une même analyse la répression administrative, le pouvoir de réprimer les usagers des services publics et le pouvoir disciplinaire appliqué aux agents de la fonction publique¹⁶⁶⁰. Hormis leur origine administrative, ces prérogatives se différencient largement tant par les personnes qui y sont soumises que par leur raison d'être.

Dans la mesure où ce découpage ne suit aucune rationalité, nous préférons entreprendre une réflexion dirigée par une logique toute différente. Le point de départ de notre analyse ne sera donc pas le droit extra-pénal entendu comme le seul droit administratif mais le droit extra-pénal entendu comme un système hétérogène dont le droit administratif ne serait qu'un élément. Aussi est-il possible d'envisager une construction plus rationnelle de l'étude du droit répressif extra-pénal – concurrent du droit pénal – en distinguant l'immixtion du droit de punir d'une part dans la sphère administrative et, d'autre part, dans le domaine disciplinaire *lato sensu*, c'est-à-dire public *et* privé¹⁶⁶¹. Ce droit répressif extra-pénal – dont le fondement demeure, nous l'avons vu, le souci de la régulation – doit dès lors être analysé comme un véritable système avec ses distinctions propres et ce indépendamment de la nature juridique (privée ou publique) des disciplines qui lui sont attachées. Nous aurons, grâce à cette méthode, une vision plus homogène de ce droit ; nous pourrons alors établir plus justement ses liens avec le droit pénal et, plus tard, l'apport de cette relation pour la souveraineté pénale.

701. Comme nous l'avons suggéré, la présentation de la concurrence entre le droit extra-pénal et le droit pénal devra suivre deux angles distincts. Après avoir analysé le droit

¹⁶⁶⁰ Une confusion sémantique semble même s'être instaurée. En ce sens, V. AUBY (J.-M), « Les sanctions administratives disciplinaires applicables aux usagers volontaires des services publics », *Mélanges Brethe de la Gressaye*, Bordeaux, éd. Bière, 1967, p. 69 ; MOURGEON (J.), *op. cit.*, p. 103 ; DELLIS (G.), *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 303, p. 215.

¹⁶⁶¹ Les auteurs distinguent généralement les deux domaines disciplinaires alors que la logique reste identique (V. *infra*, n°s *et ss.*). Si cette distinction ne saurait s'expliquer par l'usage même du droit disciplinaire, elle s'appuie toutefois sur la simple distinction cardinale entre droit public et droit privé.

administratif répressif (SECTION 1), nous nous intéresserons au droit disciplinaire qui, contrairement au premier poursuivant une démarche relationnelle, adopte une logique strictement hiérarchique (SECTION 2). Si, par nature, le droit disciplinaire s'inscrit dans une démarche répressive et constitue explicitement un rival du droit pénal en la matière, la concurrence du droit administratif répressif se veut plus implicite.

– Section 1 –

Concurrence implicite : la fonction du droit pénal dans la progression d'un droit administratif répressif

702. Droit pénal administratif, droit administratif pénal, droit administratif répressif ? –

Avant d'établir précisément les manifestations de la répression administrative, il est nécessaire, devant la complexité du concept, de procéder à certaines précisions sémantiques. L'étude par la doctrine de cette répression conduit à un usage de termes multiples¹⁶⁶² et, parfois, à une confusion de ce qu'il convient d'entendre par cette expression. Pour éclaircir notre domaine d'étude, nous devons expliciter chacune des notions pouvant être utilisées et mettre en évidence leurs éventuelles contradictions.

703. Droit pénal administratif. – Le droit administratif pénal et le droit pénal administratif sont tout d'abord deux concepts pouvant être confondus. Des efforts pourraient toujours être produits afin de cerner pour chacun une spécificité. Ainsi, s'agissant du droit pénal administratif, il pourrait effectivement se définir comme l'ensemble des différentes phases du processus pénal ayant une nature strictement administrative (phase des travaux législatifs ou réglementaires) par opposition aux phases juridictionnelles. Cette définition a le mérite de distinguer les deux concepts que sont le droit pénal administratif et le droit administratif pénal ; elle n'est toutefois pas satisfaisante par un manque flagrant de rigueur. Si l'action judiciaire occulte à l'évidence toute référence à l'ordre administratif, l'Administration elle-même perdure sous les traits de l'institution, de l'autorité de Justice. Apporter une telle

¹⁶⁶² A titre d'exemple, V. DELLIS (G.), *op. cit.* ; DELMAS-MARTY (M.) et TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, Economica, 1992 ; VARINARD (A.) et JOLY-SIBUET (E.), « Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit pénal et le droit administratif pénal », *Rev. int. dr. pén.* 1988, p. 189 ; LASCUMES (P.) et BARBERGER (C.), « De la sanction à l'injonction. "Le droit pénal administratif", comme expression du pluralisme des formes juridiques sanctionnatrices », *Rev. sc. crim.* 1988, p. 45.

distinction reviendrait alors à distinguer non une branche du droit pénal mais simplement un stade précis de sa formation. La complexification en droit demeure inutile¹⁶⁶³. Le droit pénal administratif et le droit administratif pénal doivent donc être confondus. Que recourent-ils alors ?

704. Droit administratif pénal. – La doctrine possède une lecture relativement large de ce droit. Aussi englobe-t-elle dans cette expression les pouvoirs de répression de l'Administration mais également les incriminations établies hors Code pénal conduisant au prononcé de sanctions pénales. Cette lecture du droit administratif pénal est incorrecte pour deux raisons essentielles.

Inclure dans le droit administratif pénal des dispositions non intégrées dans le Code pénal revient tout d'abord à dénaturer le terme *administratif*. Ces diverses dispositions sont souvent qualifiées de droit pénal technique¹⁶⁶⁴ et rassemblent des branches du droit pénal spécialisées. En est-il ainsi notamment du droit pénal économique¹⁶⁶⁵, du droit pénal des affaires, du droit pénal du travail, du droit pénal fiscal, du droit pénal de l'environnement, du droit pénal de la construction, du droit pénal rural¹⁶⁶⁶... Mais ces différentes disciplines sont une branche réelle du droit pénal¹⁶⁶⁷, voire du droit pénal spécial, et n'ont qu'un lien distant avec le droit administratif. Les sanctions prévues par ce droit pénal technique ne sont que des sanctions pénales et dès lors toute référence administrative doit être occultée.

En second lieu, puisque le droit administratif pénal renvoie également à la répression administrative *stricto sensu*, c'est-à-dire au prononcé de sanctions administratives, il paraît dès lors correct d'user de cette expression. Toutefois, l'emploi du terme *pénal* reste inexact puisque ce type de répression n'a aucun lien *direct* avec le droit pénal. Devant ces incohérences terminologiques, l'expression "droit administratif pénal" demeure impropre tant à l'égard du droit pénal technique que de la répression administrative et doit donc être abandonnée au profit du concept de "droit administratif répressif".

¹⁶⁶³ Cette définition du droit pénal administratif aurait également une conséquence absurde s'agissant de l'ordre administratif lui-même. Il reviendrait à révéler l'existence d'un "droit administratif administratif" lorsque l'on voudrait désigner non la phase juridictionnelle devant le juge administratif mais la phase des travaux législatifs et réglementaires portant précisément sur le droit administratif.

¹⁶⁶⁴ En ce sens, V. BEZIZ-AYACHE (A.), *Dictionnaire de droit pénal général et procédure pénale*, op. cit., v° « Droit administratif pénal » ; VARINARD (A.) et JOLY-SIBUET (E.), op. cit., p. 190, note 5.

¹⁶⁶⁵ RENUCCI (J.-F.), *Droit pénal économique*, Paris, Masson, A. Colin, coll. U, 1997.

¹⁶⁶⁶ PRADEL (J.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 51.

¹⁶⁶⁷ Pour le droit pénal du travail, V. CEURET (A.) et FORTIS (E.), op. cit., n°s 1 et ss.

705. Droit administratif répressif. – Excluant toute référence directe au droit pénal pour davantage mettre en évidence la distance séparant ces deux disciplines, nous préférons le terme, certes plus neutre, mais sans doute plus exact de *droit administratif répressif*. Le droit administratif est une discipline autonome, non point un domaine particulier du droit pénal. Cette expression devient donc la seule à pouvoir retranscrire, sans la dénaturer, la notion de répression administrative¹⁶⁶⁸. Cette clarification effectuée, appréhendons désormais l'évolution de cette notion.

706. Evolution du droit administratif répressif. – La progression du droit administratif dans le droit de punir – et corrélativement, l'abaissement croissant de l'importance du droit pénal dans ce concept – s'opère suivant deux approches distinctes s'inscrivant dans une démarche progressive, le droit pénal devenant peu à peu l'arrière-plan d'une répression administrative qui s'intensifie nettement.

Ainsi, le droit administratif peut d'une part participer au schéma punitif de nature pénale se traduisant par une incursion indirecte du domaine administratif dans la sphère pénale (§ 1). Mais au-delà de cette simple intervention collatérale, le droit administratif peut également mettre en œuvre lui-même un schéma punitif (§ 2). Si la première situation demeure dans une logique au sein de laquelle le droit pénal reste prépondérant, la seconde en revanche fait montre du développement d'un réel droit répressif administratif exerçant un droit de punir qui lui est propre. Dans les deux hypothèses, force est de reconnaître l'inclusion incontestable du droit administratif dans le droit de punir au sens large.

§ 1. – La participation du droit administratif au schéma punitif de nature pénale : l'esquisse d'un droit administratif répressif

707. Le droit administratif peut jouir d'une position influente dans la mise en mouvement du droit de punir de nature strictement pénale. Il joue tout d'abord un rôle de dénonciateur qui favorise l'approvisionnement du contentieux pénal et génère par ce biais-là une base d'exercice de la justice pénale (A). Plus directement et grâce à la nécessité d'une plainte ou la

¹⁶⁶⁸ On pourrait logiquement se demander si l'utilisation de l'expression "droit répressif administratif" est possible. Selon nous, la différence entre ces formules n'est que formelle : soit nous étudions prioritairement le droit administratif et ses aspects répressifs sont alors présentés de manière secondaire ; soit nous considérons le droit répressif *lato sensu* dont le droit administratif n'est qu'une composante. Certes, suivant l'expression utilisée, notre attention porte sur le droit administratif ou sur le droit répressif ; force est toutefois de constater que l'objet d'étude resterait le même, contrairement aux notions que nous venons d'appréhender.

possibilité de transiger, l'Administration peut véritablement disposer de l'action publique (B). Dans ces deux situations, l'Administration concurrence le droit pénal sur son propre terrain.

A. – Participation indirecte de l'Administration à la justice pénale : la dénonciation

708. L'obligation de dénonciation¹⁶⁶⁹ à laquelle sont astreints les agents publics¹⁶⁷⁰ (1°) devient dans certaines situations un réel pouvoir d'appréciation et d'opportunité (2°) rendant aléatoire la mise en mouvement du processus pénal et de l'exercice futur du droit de punir.

1°/ Devoir de dénonciation de l'autorité administrative

709. L'article 40 du Code de procédure pénale expose les pouvoirs du procureur de la République en matière de réception des plaintes et dénonciations¹⁶⁷¹. Concernant les dénonciations, l'alinéa 2 de ce même article énonce l'obligation pour « *toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit (...) d'en donner avis sans délai au procureur de la République* ». Cet article fait donc de la dénonciation d'un crime ou d'un délit une obligation juridique pour tous les agents des fonctions publiques d'Etat et territoriales. La compatibilité de ce devoir avec le respect du secret professionnel est d'ailleurs sans contestation possible. En effet, en vertu de l'article 226-14 C. pén., le respect de l'obligation du secret professionnel n'est plus absolu et la sanction de sa violation n'a plus de fondement dès lors que « *la loi*

¹⁶⁶⁹ Nous restreignons notre propos à la seule dénonciation émanant de l'Administration. Nous excluons donc la dénonciation pesant sur l'ensemble de la société (C. pén., art. 434-1 à 434-3) ou sur certains professionnels de la sphère privée, comme les commissaires aux comptes (C. com., art. L. 823-12, al. 2). Une interrogation se pose toutefois s'agissant de l'obligation pour les organismes financiers de déclarer auprès du service TRACFIN (Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins) les sommes inscrites dans leurs livres et les opérations portant sur ces sommes lorsqu'il existe des soupçons quant à l'origine criminelle des sommes (C. mon. et fin., art. L. 562-2). Nous décidons de ne pas traiter ce système pour deux raisons. D'une part, s'il est vrai que certaines autorités administratives (Banque de France et Trésor public) peuvent être les "informateurs" initiaux, il faut reconnaître que ce sont les établissements de crédit qui seront le plus souvent à l'origine de la déclaration. D'autre part, l'information du ministère public par le TRACFIN est moins une dénonciation véritable qu'un relais d'un soupçon préalablement établi par un organisme financier. En ce domaine le TRACFIN joue un « rôle de filtre » (PRADEL (J.), *Procédure pénale*, op. cit., n° 576, p. 508) et non un rôle de dénonciateur.

¹⁶⁷⁰ Sur la détermination des agents publics soumis au respect de l'art. 40 al. 2 C. pr. pén., V. CHALON (G.), « Le fonctionnaire et l'article 40 du code de procédure pénale : nature et portée de l'obligation de dénoncer », *AJFP* nov.-déc. 2003, spéc. pp. 32 et 33.

¹⁶⁷¹ Selon MM. les Pr. STÉFANI, LEVASSEUR et BOULOC, une dénonciation doit s'entendre d'un « acte par lequel un tiers, qui n'a pas été lui-même victime de l'infraction, la porte à la connaissance des autorités de police ou de justice » (*Procédure pénale*, op. cit., n° 396). V. également BONIS-GARÇON (E.), *Rép. pén.*, v° « Plainte et dénonciation », n° 2 : la dénonciation est entendue comme « la déclaration écrite ou orale par laquelle un tiers qui n'a pas été victime de l'infraction informe les autorités judiciaires de la commission d'un acte délictueux ».

impose ou autorise la révélation du secret »¹⁶⁷². En l'espèce, la loi en question est précisément l'article 40 alinéa 2 C. pr. pén. ; disposition qui délègue également les agents publics de leur obligation de discrétion professionnelle¹⁶⁷³.

710. Enoncer l'obligation de dénonciation pesant sur l'Administration semble exclure toute concurrence de sa part en matière d'exercice du droit de punir. Même si le droit pénal ne possède pas le monopole de son approvisionnement, il conserve semble-t-il la gestion de son contentieux¹⁶⁷⁴ ; l'Administration étant alors soumise aux dispositions pénales¹⁶⁷⁵.

Mais cette lecture de l'article 40 C. pr. pén. n'est qu'imparfaitement conforme à la réalité ; réalité dans laquelle l'Administration s'est extirpée de sa soumission devenant dans certains domaines une véritable actrice de la justice pénale.

2°/ Pouvoir d'appréciation et d'opportunité de l'autorité administrative

711. Qu'il s'agisse de la jurisprudence (a) ou de la loi (b), on remarque un mouvement tendant à conférer à l'autorité administrative une marge d'appréciation dans l'information du parquet. Cette liberté s'accroît par l'absence de prévision de sanctions pénales expresses en cas de non-dénonciation¹⁶⁷⁶.

¹⁶⁷² Encore faut-il que deux conditions cumulatives soient remplies. D'une part, les éléments révélés doivent être seulement ceux permettant la caractérisation du crime ou du délit. A défaut, la violation de l'obligation du secret professionnel peut être relevée (en ce sens, V. Crim. 17 janv. 1980, *Rev. sc. crim.* 1981, p. 876, obs. G. Lévasseur – Crim. 18 juill. 1984, *D.* 1985, IR p. 404, note Penneau). D'autre part, la révélation de ces divers éléments doit s'effectuer auprès du seul procureur de la République ou de ses auxiliaires (V. Crim. 6 juil. 1977, *Bull. crim.* n° 255).

¹⁶⁷³ V. l'article 26 al. 2 du statut général de la fonction publique (loi n° 83-634 du 13 juill. 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires). Sur les relations entre le devoir de dénonciation, le secret professionnel et la discrétion professionnelle, V. CHALON (G.), « L'article 40 du code de procédure pénale à l'épreuve du statut général de la fonction publique », *AJFP* janv.-févr. 2004, pp. 27 et ss.

¹⁶⁷⁴ Une discussion peut intervenir ici relativement à la possibilité pour « toute personne ayant dénoncé des faits au procureur de la République [de] (...) former un recours auprès du procureur général contre la décision de classement sans suite prise à la suite de cette dénonciation » (C. pr. pén., art. 40-3). Si ce recours est fondé, le « procureur général peut, dans les conditions prévues à l'article 36, enjoindre au procureur de la République d'engager des poursuites » (*ibid.*). Comme nous l'avons précisé (V. *supra*, n°), cette disposition peut conférer à des autorités non strictement pénales – de nature privée ou publique – l'initiative de la réintégration éventuelle du droit de punir.

¹⁶⁷⁵ Soumission qui se confirme lorsqu'est formée une demande de réparation des dommages résultant du signalement ou de la dénonciation aux autorités judiciaires par une administration en application de l'art. 40 al. 2 C. pr. pén. Seuls les juges judiciaires ont compétence pour apprécier les conséquences dommageables du fonctionnement défectueux du service public de la justice. Le juge administratif doit donc se déclarer incompétent. Pour un exemple d'incompétence, V. CAA Lyon, 18 janv. 2005, *Dr. pén.* 2005, comm. 51, note A. Maron.

¹⁶⁷⁶ Crim. 13 oct. 1992, *Bull. crim.* n° 320. Notons toutefois que des sanctions disciplinaires restent possibles, de même que la mise en jeu de la responsabilité pénale sur le fondement des articles 434-1 et suivants.

a. Apport de la jurisprudence

712. L'exemple de la CNIL. – L'application de l'article 40 C. pr. pén. semble conférer aux autorités administratives une liberté non présente dans sa rédaction même. Celles-ci ne se présentent plus simplement comme des dénonciateurs mais obtiennent, à travers l'usage même de cet article, un pouvoir d'appréciation. En effet, selon le Conseil d'Etat, le devoir d'informer qui résulterait du texte précité impose une appréciation de la part des autorités administratives de la pertinence des faits à dénoncer. Dans un arrêt du 27 octobre 1999 relatif à la Commission nationale de l'informatique et des libertés (C.N.I.L.), la juridiction administrative suprême a décidé qu'en vertu de l'article 21, 4^o ancien de la loi n^o 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et de l'article 40 C. pr. pén., « *il appartient à la CNIL d'aviser le procureur de la République des faits dont elle a connaissance dans l'exercice de ses attributions, si ces faits lui paraissent suffisamment établis et si elle estime qu'ils portent une atteinte suffisamment caractérisée aux dispositions dont elle a pour mission d'assurer l'application* »¹⁶⁷⁷. N'engageant pas pour autant l'autorité administrative dans une perspective de développement d'un pouvoir discrétionnaire quant à l'information du procureur de la République¹⁶⁷⁸, le Conseil d'Etat écarte toutefois toute compétence liée de la C.N.I.L.¹⁶⁷⁹. Il laisse à cette dernière une marge d'appréciation quant à l'opportunité de la dénonciation. Selon le Conseil d'Etat, le devoir d'informer impose une appréciation de la pertinence de l'infraction à dénoncer et son arrêt du 27 octobre 1999 rend compte de la lecture rationnelle de l'article 40 C. pr. pén. qu'il convient d'effectuer. Si une régularisation intervient en cours de procédure – comme dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt précité – force est de reconnaître que la dénonciation n'a aucune pertinence et produirait des effets néfastes pour la stabilité des relations entre l'Administration et les

¹⁶⁷⁷ C.E. Sect. 27 oct. 1999, *Solana*, *AJDA* 1999, p. 1042 (c'est nous qui soulignons) et p. 1002, obs. P. Fombeur et M. Guyomar ; *RFD adm.* 2000, p. 832, concl. J.-D. Combrexelle. Pour des arrêts plus anciens, V. C.E. 1^{er} mars 1935, *Angelliers et de Lagarde*, *Leb.* p. 270 – C.E. 16 mai 1951, *Sieurs Poingt, Bacon et autres*, *Leb.* p. 271 – C.E. Sect. 2 déc. 1960, *Dame veuve Franc*, *Leb.* p. 666 – C.E. 26 mai 1965, *Sieur Kutchera*, *Leb.* p. 294. V. également Crim. 3 févr. 1998, *Bull. crim.* n^o 40 ; *D.* 1998, *Jurisp.* p. 443, note R. Gassin ; cet arrêt avait déjà très clairement dégagé les contours des prérogatives de la C.N.I.L. face à son devoir de dénonciation. Selon cette décision, ladite commission « *dispose du pouvoir d'apprécier la suite à donner aux plaintes qui lui sont adressées, quelle que soit la décision prise ensuite par les autorités judiciaires* » saisies en application de l'article 40 C. pr. pén. Cet arrêt démontre l'autonomie possible de la C.N.I.L. suite à une plainte ou une dénonciation.

¹⁶⁷⁸ Le Conseil d'Etat, suivant en cela les conclusions du commissaire du gouvernement J.-D. COMBREXELLE, a voulu encadrer le pouvoir d'appréciation reconnu à la C.N.I.L. en se fondant sur des éléments factuels (gravité des faits notamment). Le Conseil d'Etat reconnaît alors qu'un contrôle restreint du juge de l'excès de pouvoir puisse être réalisé en la matière sur la base de l'erreur manifeste d'appréciation.

¹⁶⁷⁹ FOMBEUR (P.) et GUYOMAR (M.), « Observations sous C.E. Sect. 27 oct. 1999, *Solana* », *AJDA* 1999, p. 1006.

administrés. Comme l'énonce très clairement M. le conseiller d'Etat Jean-Marc SAUVÉ, « l'article 40 du Code de procédure pénale, comme l'état actuel de la législation, paraissent suffisants pour permettre que le juge pénal soit saisi des seuls délits méritant d'être élucidés et sanctionnés par lui »¹⁶⁸⁰.

713. Persistance de la "jurisprudence C.N.I.L." du Conseil d'Etat. – La loi n° 2004-801 du 6 août 2004¹⁶⁸¹ relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi de 1978 ne modifie nullement cette lecture jurisprudentielle des prérogatives de la C.N.I.L. dans le domaine des dénonciations. En effet, l'article 3 de la loi de 2004 modifie l'article 21 de la loi de 1978 mais reprend la teneur de ces dispositions au sein d'un nouvel article 11, 2° e)¹⁶⁸². Dès lors que cet article n'interdit pas expressément tout pouvoir d'appréciation de la commission, nous sommes en droit de croire en une persistance – voire une expansion – de la jurisprudence précitée.

714. Expansion de la "jurisprudence C.N.I.L." du Conseil d'Etat ? – Au-delà de la C.N.I.L., il est possible de croire en une expansion de la solution jurisprudentielle à d'autres autorités¹⁶⁸³. On peut légitimement penser que les maires obtiennent un identique pouvoir d'appréciation dans la mesure où la rédaction de l'article L. 2211-2 alinéa 1^{er} C.G.C.T. est proche de celle de l'article 11, 2° e) de la loi du 6 janvier 1978. Cette disposition énonce en effet que « conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 40 du Code de procédure pénale, le maire est tenu de signaler sans délai au procureur de la République les crimes ou les délits dont il acquiert la connaissance dans l'exercice de ses fonctions ».

Si des dispositions textuelles ne se réfèrent pas expressément à l'article 40 C. pr. pén., l'extension de la jurisprudence est également concevable pour certaines administrations, réduisant ainsi l'intensité de l'obligation de dénonciation ou d'information au parquet. Il en

¹⁶⁸⁰ SAUVÉ (J.-M.), « Les sanctions administratives en droit public français. Etat des lieux, problèmes et perspectives », *AJDA* 20 oct. 2001, n° spécial, p. 23 (c'est nous qui soulignons).

¹⁶⁸¹ *JO* du 7 août 2004, p. 14063.

¹⁶⁸² Selon cette disposition, la C.N.I.L. « informe sans délai le procureur de la République, conformément à l'article 40 du code de procédure pénale, des infractions dont elle a connaissance (...) ».

¹⁶⁸³ FOMBEUR (P.) et GUYOMAR (M.), *op. cit.*, p. 1007. *Contra*, V. GASSIN (R.), « Note sous Crim. 3 févr. 1998 », *op. cit.*, p. 445. Il est vrai que les arrêts de la Chambre criminelle et du Conseil d'Etat ne traitent pas spécifiquement de la même question ; l'arrêt du 3 février 1998 statuant sur la constatation ou non d'une dénonciation calomnieuse. Pour autant, nous pouvons clairement relever l'hostilité du Pr. GASSIN envers toute autonomie ou liberté excessive des autorités administratives indépendantes. Cet auteur espère qu'il ne s'agit que d'un arrêt d'espèce qui ne s'explique « que par les circonstances spéciales de l'affaire ou le contexte particulier dans lequel [il a été pris] » (*Ibid.* ; du même auteur V. également « Note sous C.E. 28 mars 1997, *Solana* », *CJEG* janv. 1998, p. 1).

serait ainsi en matière de service public de l'électricité¹⁶⁸⁴, d'incidents de paiement constatés par la Banque de France¹⁶⁸⁵, de police des eaux¹⁶⁸⁶, de destruction des armes chimiques¹⁶⁸⁷, de santé publique¹⁶⁸⁸, en matière électorale¹⁶⁸⁹, militaire¹⁶⁹⁰ ou encore dans le domaine de la régulation des communications électroniques et des postes¹⁶⁹¹, des assurances¹⁶⁹², de l'aviation civile¹⁶⁹³, de l'audiovisuel¹⁶⁹⁴ ou de la protection des animaux¹⁶⁹⁵. Toutefois, devant l'absence d'arrêts en ces matières, toute conclusion reste malgré tout fort délicate, sauf dans les domaines où l'expansion des prérogatives des autorités administratives est expressément prévue par la loi elle-même.

b. Apport de la loi

715. Certaines dispositions législatives, tout en précisant le caractère systématique ou obligatoire de l'information au parquet, prévoient une certaine marge d'appréciation en faveur des autorités administratives concernées.

¹⁶⁸⁴ L'art. 43 al. 3 de la loi n° 2000-108 du 10 févr. 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité précise que les « *infractions pénales prévues par la présente loi sont constatées par des procès-verbaux* [établis par les fonctionnaires et agents habilités par le ministre chargé de l'énergie et les agents de la Commission de régulation de l'électricité habilités par le président] *qui sont adressés, sous peine de nullité, dans les cinq jours qui suivent leur clôture, au procureur de la République* ».

¹⁶⁸⁵ Selon l'art. L. 131-85 al. 4 C. mon. et fin., la Banque de France communique « *au procureur de la République les renseignements concernant les infractions réprimées par les troisième et quatrième alinéas de l'article L. 163-2 et par les premier et deuxième alinéas de l'article L. 163-7* [délits relatifs aux émissions de chèques] ».

¹⁶⁸⁶ C. env., art. L. 216-5, al. 2.

¹⁶⁸⁷ L'art. 83 al. 2 de la loi n° 98-467 du 17 juin 1998 précise que les « *agents du ministère de la défense et les agents des douanes (...) adressent sans délai au procureur de la République le procès-verbal de leurs constatations* ».

¹⁶⁸⁸ C. santé pub., art. L. 5411-2, L. 5412-1 et 5413-1.

¹⁶⁸⁹ L'art. L. 52-15 al. 4 C. élect. est rédigé comme suit : « *Dans le cas où la [Commission nationale des comptes de campagne] a relevé des irrégularités de nature à contrevenir aux dispositions des articles L. 52-4 à L. 52-13 et L. 52-16, elle transmet le dossier au parquet* ».

¹⁶⁹⁰ L'art. 698-1 C. pr. pén. prévoit la possibilité pour le ministre chargé de la défense ou de toute autorité militaire habilitée par lui de dénoncer des infractions militaires. L'absence de dénonciation pouvant être dépassée par le procureur de la République en demandant un avis auprès de ces autorités (V. *infra*, n°).

¹⁶⁹¹ Selon l'art. L. 36-10 al. 2 C. postes et comm. électr., le « *président de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes informe le procureur de la République des faits qui sont susceptibles de recevoir une qualification pénale* ».

¹⁶⁹² C. assur., art. L. 310-22 (transmission du dossier au procureur de la République par la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des instituts de prévoyance).

¹⁶⁹³ C. aviation civ., art. L. 150-16.

¹⁶⁹⁴ Art. 42-11 et 48-10 de la loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication (JO du 1^{er} oct. 1986, p. 11755).

¹⁶⁹⁵ L'article L. 214-23 III C. rur. précise que les « *infractions sont constatées par des procès-verbaux* [établis par les fonctionnaires et agents mentionnés aux articles L. 214-19 et L. 214-20 du même code] *qui font foi jusqu'à preuve contraire (...) [et qui] doivent, sous peine de nullité, être adressés dans les trois jours qui suivent leur clôture au procureur de la République* ».

716. Le Conseil de la concurrence. – En vertu de l'article L. 462-6 alinéa 2 C. com., « lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6 [délit de participation frauduleuse, personnelle et déterminante à une entente prohibée ou à un abus de domination¹⁶⁹⁶], il [le Conseil de la concurrence] adresse le dossier au procureur de la République (...) ». Cette disposition témoigne clairement de la subordination de l'information du ministère public à l'appréciation préalable du Conseil de la concurrence quant à l'existence de l'infraction. Ce dernier joue en quelque sorte un rôle de filtre dans l'approvisionnement du droit pénal.

717. La Commission nationale de déontologie de la sécurité. – L'article 8 alinéa 3 de la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000 portant création d'une Commission nationale de déontologie de la sécurité¹⁶⁹⁷ est rédigé comme suit : « Si la commission estime que les faits mentionnés dans la saisine laissent présumer l'existence d'une infraction pénale, elle les porte sans délai à la connaissance du procureur de la République, conformément aux dispositions de l'article 40 du code de procédure pénale ». Si cet article se réfère au devoir de l'article 40 alinéa 2 C. pr. pén., force est de remarquer que la "jurisprudence C.N.I.L." est clairement reprise dans cette disposition. Certes l'administration est confrontée à son devoir de dénonciation mais elle possède au préalable la possibilité de ne pas accéder à cette confrontation grâce à son appréciation initiale des faits.

718. Le directeur d'un établissement pénitentiaire. – L'article D. 280 C. pr. pén. précise que « tout incident grave touchant à l'ordre, à la discipline ou à la sécurité de l'établissement pénitentiaire doit être immédiatement porté par le chef de l'établissement à la connaissance du préfet et du procureur de la République, en même temps qu'à celle du directeur régional des services pénitentiaires et du ministre de la justice »¹⁶⁹⁸. Si cette disposition crée une obligation à l'égard du directeur de l'établissement pénitentiaire, le caractère grave de l'incident peut entrer dans son pouvoir d'appréciation lui redonnant ainsi une part de liberté. Cette dernière tombe toutefois devant l'existence d'un crime ou d'un délit¹⁶⁹⁹. Dans ce cas, on

¹⁶⁹⁶ Sur ce délit, V. DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 2004, n° 365.

¹⁶⁹⁷ JO du 7 juin 2000, p. 8562.

¹⁶⁹⁸ C'est nous qui soulignons. Selon l'alinéa 2, si « l'incident concerne un prévenu, avis doit en être donné également au magistrat saisi du dossier de l'information et, si l'incident concerne un condamné, au juge de l'application des peines ».

¹⁶⁹⁹ Aux termes de l'article D. 281 C. pr. pén., le « chef de l'établissement dans lequel a été commis un crime ou un délit doit dresser rapport des faits et en aviser directement et sans délai le procureur de la République, conformément aux dispositions de l'article 40 ».

revient à un système de dénonciation obligatoire... à moins que la jurisprudence n'envisage, à l'image de la C.N.I.L., une modération de ce devoir¹⁷⁰⁰.

719. Pouvoirs particuliers du juge administratif. – Cette prescription législative pénale tendant à la dénonciation systématique des faits dont aurait connaissance une administration est devenue progressivement et pour certaines autorités une faculté laissée à son appréciation. Seul persiste un contrôle restreint effectué par le juge administratif. Celui-ci vérifiera en effet si aucune erreur manifeste d'appréciation n'a été commise, c'est-à-dire si l'autorité administrative en question s'est bien assurée de la réunion des deux conditions sus-énoncées : faits suffisamment établis et atteinte suffisamment caractérisée.

Mais si le juge administratif contrôle attentivement l'application respectueuse des dispositions de l'article 40 C. pr. pén., force est de constater que lui-même refuse de se soumettre à ces dernières. Dans son arrêt *Le Foll* du 25 octobre 1991, le Conseil d'Etat expose clairement qu'« en l'absence de disposition particulière, il n'appartient pas au Conseil d'Etat dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles de faire application du second alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale »¹⁷⁰¹. La marge d'appréciation donnée à l'autorité administrative devient alors ici plus franchement une faculté de blocage quant à la mise en mouvement de l'action publique. Cet exemple de paralysie possible de la justice pénale

¹⁷⁰⁰ Le raisonnement que nous venons de suivre pour le chef de l'établissement pénitentiaire peut être reproduit dans des termes identiques s'agissant de l'Autorité des marchés financiers. Si l'art. L. 621-19 C. mon. et fin. précise que l'« Autorité est habilitée à recevoir de tout intéressé les réclamations qui entrent par leur objet dans sa compétence et leur donner la suite qu'elles appellent », lui conférant par là même un pouvoir d'appréciation, force est de constater que l'art. L. 621-20-1 du même code ruine cette liberté. En effet, selon ces dispositions, « si, dans le cadre de ses attributions, l'Autorité des marchés financiers acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit, elle est tenue d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ». Il précise en outre que « sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article L. 621-21, le procureur de la République peut obtenir de l'Autorité des marchés financiers la communication de tous les renseignements détenus par celle-ci dans le cadre de l'exercice de ses missions, sans que puisse lui être opposée l'obligation au secret ».

¹⁷⁰¹ C.E. 25 oct. 1991, *Le Foll c/ Préfet du Finistère*, req. n° 83901, *JCP* 1992.II.21891. Le Conseil d'Etat admet donc implicitement qu'en présence de dispositions particulières, la dénonciation devienne une obligation en vertu de ces textes spécifiques. En est-il ainsi en matière électorale pour laquelle l'art. L. 117-1 C. élect. précise que « lorsque la juridiction administrative a retenu, dans sa décision définitive, des faits de fraude électorale, elle communique le dossier au procureur de la République compétent ». Il en serait de même dans le domaine financier, l'art. R. 241-25 al. 1^{er} C. jurid. fin. stipulant que « si, à l'occasion de ses contrôles, la chambre régionale des comptes découvre des faits de nature à motiver l'ouverture d'une action pénale, le ministère public [de ladite chambre] en informe le procureur de la République ainsi que le procureur général près la Cour des comptes qui avise le garde des Sceaux ». En cette matière financière, il est intéressant de noter que l'art. L. 140-1-1 C. jurid. fin. donne parallèlement la possibilité au procureur de la République de transmettre au procureur général près la Cour des comptes des éléments relatifs à des faits de nature à constituer des irrégularités dans les comptes publics ou dans la gestion de ceux-ci.

démontre que l'Administration (de nature ou non juridictionnelle), en voulant remplir une fonction d'auxiliaire de justice¹⁷⁰², accentue ses pouvoirs en matière pénale, amenant l'autorité judiciaire elle-même à devenir un auxiliaire de justice. S'il s'agit davantage ici d'un manque de collaboration que d'une véritable rivalité entre le droit administratif et le droit pénal¹⁷⁰³, une concurrence se révèle toutefois et se fait plus directe lorsque l'on relève que l'Administration possède un pouvoir de supprimer toute éventualité d'un exercice futur du droit de punir.

B. – Participation directe de l'Administration à la justice pénale : la plainte et la transaction

720. L'Administration peut annihiler toute perspective punitive dès lors qu'une plainte de sa part est nécessaire pour engager l'action publique (1°) ou que celle-ci peut se voir éteinte par le biais d'une transaction (2°).

1°/ Nécessité d'obtenir une plainte de l'Administration

721. La soumission de l'exercice de l'action publique à la volonté expresse de l'Administration traduit une véritable concurrence dans la mise en mouvement future du droit de punir (a). Pourtant, même devant cette indéniable prérogative administrative sur l'action publique, le droit pénal conserve, dans une certaine mesure, la maîtrise de celle-ci (b).

a. Concurrence de l'Administration dans la volonté de poursuivre

722. *Soumission de l'action publique.* – Contrairement à la dénonciation où les pouvoirs de l'Administration restent indirects du fait de l'existence légale du devoir de dénoncer, la nécessité d'une plainte préalable de cette dernière s'inscrit plus directement dans une démarche de maîtrise de l'action publique. L'exercice de celle-ci se trouve en effet assujéti à une telle plainte lorsqu'un texte l'a expressément soumis à cette exigence¹⁷⁰⁴. En l'absence de plainte, le procureur de la République ne peut agir d'office. S'il engage malgré tout des poursuites, celles-ci s'avèreront nulles¹⁷⁰⁵. L'obtention nécessaire de cette plainte de l'Administration a pour fondement le simple fait que cette dernière se présente comme la

¹⁷⁰² FOMBEUR (P.) et GUYOMAR (M.), *op. cit.*, p. 1007.

¹⁷⁰³ REVERT (M.), « Le juge administratif et le procureur. Contribution à l'étude du champ d'application de l'article 40, alinéa 2, du code de procédure pénale », *AJDA* 2003, pp. 375 et s.

¹⁷⁰⁴ Crim. 9 mai 1885, *D.P.* 1886.1.89.

¹⁷⁰⁵ Crim. 23 janv. 1958, *Bull. crim.* n° 83 – Crim. 2 mars 1960, *D.* 1960, *Jurisp.* p. 518 – Crim. 27 juin 2001, *Bull. crim.* n° 163.

victime de la commission d'une infraction. A l'image de l'exigence de la réception d'une plainte de la victime *stricto sensu* dans des cas précis¹⁷⁰⁶, le droit a reconnu cette même participation déterminante à l'Administration.

Que cette exigence intervienne en matière fiscale¹⁷⁰⁷, de changes¹⁷⁰⁸, d'atteintes au crédit de la Nation¹⁷⁰⁹, de diffamation¹⁷¹⁰ ou en cas d'infraction commise par un mineur¹⁷¹¹, il apparaît clairement que l'exercice futur du droit de punir – transparaissant à travers l'action publique – reste suspendu à l'appréciation de l'Administration. Parfois même cette subordination est plus intense encore puisque le procureur de la République, loin de recevoir une simple plainte de l'Administration, doit obtenir un avis, une autorisation ou une mise en demeure de cette dernière¹⁷¹². Dans ces conditions, l'action publique devient l'accessoire du "bon plaisir administratif".

Mais devant cette présentation pour le moins pessimiste de la gestion du contentieux pénal par le juge répressif lui-même, ne convient-il pas toutefois de relativiser quelque peu nos propos ?

b. Indifférence de l'Administration dans la volonté de ne pas poursuivre ?

723. Opportunité des poursuites, apanage du ministère public. – Le pouvoir conféré à l'Administration-victime de subordonner l'action publique à sa volonté trouve sa limite dans la liberté du procureur de la République de ne pas poursuivre lorsqu'une plainte a effectivement été délivrée par l'Administration. L'exigence d'une plainte préalable de nature administrative n'annihile que partiellement le principe de l'opportunité des poursuites qui reste, dans sa forme négative (ne pas poursuivre), l'exclusivité de l'autorité judiciaire. Celle-ci semble donc conserver une maîtrise du contentieux pénal : elle décide en effet de l'absence de poursuites et de l'extinction de toute perspective punitive.

¹⁷⁰⁶ V. *supra*, n° .

¹⁷⁰⁷ C.G.I., art. 1741 ; L.P.F., art L. 228 à L. 231 : nécessité d'une plainte de l'Administration après avis conforme de la Commission des infractions fiscales. Sur la procédure suivie devant cette autorité administrative indépendante, V. *infra*, n°^{os} et .

¹⁷⁰⁸ C. douanes, art. 458 : nécessité d'une plainte du Ministre de l'Economie et des Finances ou de l'un de ses représentants habilités à cet effet.

¹⁷⁰⁹ L. du 18 août 1936, art. 3 : nécessité d'une plainte du Ministre des Finances ou de l'un des représentants légaux des collectivités publiques.

¹⁷¹⁰ L. 29 juill. 1881, art. 48 1°, 1° bis, 3° et 5°.

¹⁷¹¹ Ord. n° 45-174 du 2 févr. 1945, art. 37.

¹⁷¹² Sur ce point, V. STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Procédure pénale*, op. cit., n°^{os} 608 et ss. ; PRADEL (J.), *Procédure pénale*, op. cit., pp. 522 et ss. ; RASSAT (M.-L.), *Traité de procédure pénale*, op. cit., n° 284.

Mais ce pouvoir est-il aussi absolu qu'il y paraît ou n'est-il pas qu'une simple apparence ?

724. Absence de poursuites et pouvoirs de l'Administration. – La présentation de l'opportunité des poursuites comme l'apanage du ministère public mérite quelques précisions. Si l'Administration participe directement par sa plainte au schéma punitif pénal, nous pouvons dire qu'elle peut, à l'image du ministère public, gérer la mise en place future du droit de punir. Tout d'abord, et comme nous l'avons vu précédemment, elle peut refuser de se plaindre et rendre nulle toute initiative du procureur de la République. Ensuite, si ce dernier engage des poursuites après réception d'une plainte mais que celle-ci est retirée ultérieurement, l'action publique est éteinte conformément à l'article 6, alinéa 3 C. pr. pén. Dans une certaine mesure, l'Administration décide alors pareillement de l'absence de poursuites et de l'extinction de toute perspective punitive. Enfin, dans certaines situations, l'Administration peut acquérir des prérogatives sur l'action publique au même titre que celles du procureur de la République. Elles peuvent même parfois les dépasser ; certaines administrations ayant véritablement la disposition de cette action grâce à leur pouvoir de transaction.

2°/ Possibilité de conclure une transaction avec l'Administration

725. La transaction – permettant l'extinction de l'action publique – constitue une concurrence certaine de l'Administration dans la répression pénale. En cas de réussite de la transaction, le schéma punitif pénal disparaît (a). Mais face à un échec du mécanisme transactionnel mis en place par l'Administration ou en l'absence même de toute transaction, nous pouvons affirmer que la concurrence perdure. En conduisant une action publique qui lui est propre, l'Administration amorce l'établissement de son propre schéma punitif (b).

a. Réussite de la transaction et disparition du schéma punitif de nature pénale

726. En conférant à certaines administrations la possibilité d'exercer elles-mêmes des poursuites, la loi a non seulement attribué à ces autorités le droit corrélatif de transiger et de ruiner toute éventualité d'exercice du droit de punir de nature pénale (1), mais elle a semble-t-il fait naître également en leur sein un droit de punir nouveau, spécifique aux administrations et aux domaines concernés (2).

1) *Transaction et droit de punir de nature pénale*

727. Droit de poursuivre. – Conformément à l'article 1^{er}, alinéa 1^{er} C. pr. pén., le ministère public ne possède nullement l'exclusivité de l'exercice de l'action publique¹⁷¹³. Des administrations ont expressément la faculté de déclencher des poursuites contre des infractions portant atteinte aux intérêts dont elles ont la charge. Leur visage est connu ; il s'agit des administrations des Contributions indirectes (L.P.F., art. L. 235 et L. 237)¹⁷¹⁴, des Douanes (C. douanes, art. 343), des Ponts et Chaussées (C. voirie routière, art. L. 116-4), des Eaux et Forêts (C. for., art. 153-1) et des administrations chargées de la pêche en eau douce (C. env., art. L. 437-15).

728. Droit de transiger. – Parallèlement à ce pouvoir de poursuite et du fait de leur intervention dans un domaine spécifique, les administrations précitées ont la possibilité de transiger avec le délinquant. Si l'immixtion de la transaction dans le champ pénal témoigne d'une privatisation de la justice répressive¹⁷¹⁵, il faut reconnaître qu'elle traduit pareillement l'importance des pouvoirs accordés aux autorités administratives quant à un exercice futur du droit de punir.

729. Droit de transiger et disparition apparente du droit de punir de nature pénale. – L'ensemble des administrations ayant un droit de poursuite possède donc conjointement le droit de rompre ou d'éviter ces poursuites par le biais de la transaction¹⁷¹⁶. Face au principe de l'indisponibilité de l'action publique, cette technique se présente comme une exception dont il ne faut toutefois pas exagérer l'importance. La transaction est possible pour des cas strictement délimités par la loi relatifs à des infractions d'une certaine technicité, excluant par là les infractions de droit commun. Ce type de transactions, que le Pr. GASSIN nomme abusivement « *transactions fiscales* »¹⁷¹⁷, ne peuvent donc être considérées comme de

¹⁷¹³ Cet article dispose en effet que l' « *action publique pour l'application des peines est mise en mouvement et exercée par les magistrats ou par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi* » (c'est nous qui soulignons).

¹⁷¹⁴ Sur la distinction devant être effectuée suivant la nature de la peine encourue, V. *infra*, n° .

¹⁷¹⁵ V. *supra*, n°^{os} *et ss.*

¹⁷¹⁶ Pour les Contributions indirectes : L.P.F., art. L. 248 et 249 ; pour les Douanes : C. douanes, art. 350 ; pour les Ponts et Chaussées : C. voirie routière, art. L. 116-8 ; pour les Eaux et Forêts : C. for., art. 153-2 ; pour les administrations chargées de la pêche en eau douce : C. env., art. L. 437-14. V. également pour l'aviation civile : C. aviation. civ., art. L. 150-16-1 et L. 330-9 ; pour les délits en matière de pêches maritimes : décret n° 89-554 du 2 août 1989 ; pour les délits relatifs à la navigation sur le Rhin : art. 1^{er} à 3 du décret n° 93-386 du 15 mars 1993.

¹⁷¹⁷ GASSIN (R.), *Rép. pén.*, v° « Transaction », n°^{os} 14 et ss. Cette expression paraît effectivement inappropriée puisque renvoyant trop directement à l'Administration fiscale alors même que d'autres autorités administratives ont cette faculté de transiger (V. note précédente).

véritables transactions pénales ; la spécificité technique des infractions en cause et leur nature non spécifiquement pénale interdisant en effet un tel qualificatif¹⁷¹⁸.

Outre la limitation de leur champ d'application, les facultés transactionnelles des administrations doivent être relativisées du fait de l'omniprésence du parquet dans la décision¹⁷¹⁹. A titre d'exemple, l'article L. 437-14 C. env. dispose que pour les infractions de pêche en eau douce, l'autorité chargée de ce type de pêche « *a le droit de transiger, après accord du procureur de la République (...)* ». Dans le même sens, la loi n° 2006-436 du 14 avril 2006¹⁷²⁰ instaure dans le Code de l'environnement un article L. 331-25 qui, dans son alinéa 1^{er}, subordonne le pouvoir de transaction du directeur de l'établissement public du parc national à l'accord du procureur de la République et, dans certains cas, à celui de l'autorité administrative chargée de la forêt ou de la pêche. S'agissant des autres administrations, des formules similaires sont utilisées pour préciser les modalités d'exercice de la transaction. Le rôle essentiel attribué au procureur de la République¹⁷²¹ dans le processus transactionnel tend donc à réduire l'importance de l'Administration quant à une disposition de l'action publique et à un éloignement de toute perspective punitive ; l'intervention du ministère public pouvant devenir un obstacle à la transaction. Parallèlement, en cas d'accord de la part du parquet, la transaction possède un fort éclairage pénal. L'intermédiaire du procureur de la République témoigne du fait que le droit pénal est prégnant dans la décision de non-déclenchement de l'action publique. La disparition de l'éventualité de l'exercice du droit de punir devient donc le fruit d'un choix établi *in fine* par les autorités judiciaires. Sans pour autant nier ou sous-estimer la fonction d'initiative propre à l'Administration, il faut donc admettre que la transaction est une prérogative partagée entre cette dernière et le ministère public qui, somme toute, dispose encore d'une certaine manière de l'action publique. Celle-ci se trouve donc à la merci de ces deux autorités – judiciaire et administrative – alliées dans leur dessein de ruiner l'hypothèse d'une application future du droit de punir.

¹⁷¹⁸ V. DOBKINE (M.), « La transaction en matière pénale », *D.* 1994, chron. p. 137, n° 2.

¹⁷¹⁹ *Ibid.*, n° 5.

¹⁷²⁰ Loi n° 2006-436 du 14 avril 2006 relative aux parcs nationaux, aux parcs naturels marins et aux parcs naturels régionaux, *JO* du 25 avril 2006, p. 5682.

¹⁷²¹ *Contra*, BREEN (E.), *Gouverner et punir. Le rôle de l'Exécutif dans les procédures répressives*, Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit, 2003, pp. 56-57 : « *l'autorité judiciaire ne donne qu'un accord de principe et n'a pas de droit de regard sur le montant de la transaction – autant dire donc que son intervention risque de n'être qu'assez formelle* ».

730. Droit de transiger et disparition effective du droit de punir de nature pénale. – L'affirmation de l'article 6 alinéa 3 C. pr. pén. reste sans discussion possible. La conclusion d'une transaction intervenant avant tout jugement définitif éteint l'action publique et réduit à néant tous les éléments relatifs aux poursuites : arrêt des poursuites si le ministère public avait déjà mis en mouvement l'action publique, ordonnance de non-lieu du juge d'instruction, relâche de la juridiction de jugement, rejet du pourvoi en cassation, inexécution des peines ou des incapacités attachées à la condamnation, indifférence quant à la récidive, non-inscription au casier judiciaire. Au même titre qu'une décision de condamnation ayant l'autorité de la chose jugée, la transaction fait œuvre de justice et met un terme au conflit.

La particularité de la transaction est donc la négation de tout exercice futur du droit de punir de nature pénale et judiciaire¹⁷²². Mais au-delà de cette entrave, n'est-il pas possible de considérer la pratique transactionnelle comme un droit de punir nouveau, de nature administrative ? L'extinction de l'action publique et de toute éventualité d'exercice du droit de punir pénal conduit-elle à rendre improbable toute autre réaction punitive ? Nous ne le pensons pas.

2) Transaction et droit de punir de nature administrative

731. Droit de transiger et naissance d'un droit de punir de nature administrative. – Nous avons précisé plus haut les procédures transactionnelles pénales dans lesquelles une approche punitive de la réaction sociale ne pouvait être exclue¹⁷²³. Pouvons-nous conclure à l'identique s'agissant des transactions entre l'Administration et le délinquant ? Alors que la transaction annihile tout espoir de voir s'appliquer le droit de punir propre au droit pénal, n'est-il pas possible de croire en l'émergence d'une logique punitive au sein même de cette technique ? Si « le législateur opte pour le rejet de l'automatisme du recours à la sanction pénale (...) comme seule réponse à l'infraction »¹⁷²⁴, il n'occulte pas pour autant toute perspective punitive. De nombreux éléments vont en ce sens. Il suffit de les étudier de manière

¹⁷²² Cette précision est utile car certains auteurs attribuent à cette justice transactionnelle une coloration "pénale". En ce sens, Cissé (A.), « Justice transactionnelle et justice pénale », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 511.

¹⁷²³ V. *supra* nos développements sur la composition pénale (n^{os} *et ss.*). Il serait contestable de citer également la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité dans la mesure où cette technique constitue un véritable jugement suite à un déclenchement de l'action publique et ne peut se présenter comme un pouvoir de disposition de cette action suite à un mécanisme transactionnel.

¹⁷²⁴ Cissé (A.), *op. cit.*, p. 511.

chronologique pour apprécier leur pertinence quant à la révélation d'une logique punitive transactionnelle.

Tout d'abord, nous venons de préciser que le parquet était un interlocuteur obligatoire de la transaction. Ceci démontre que la transaction est un « *mode de gestion de l'action publique* »¹⁷²⁵ avant d'être une de ses formes d'extinction. Ensuite, la somme d'argent qui devra être versée par l'auteur des faits pendant un délai imparti est fixée par la seule Administration ayant subi le préjudice. Dans l'absolu, cette somme se présente donc précisément comme une modalité de réparation totale ou partielle de ce préjudice¹⁷²⁶. Toutefois, la détermination de cette somme s'effectue moins au regard de l'atteinte perçue par l'Administration qu'au regard des faits et de la personnalité de l'auteur, ce qui n'est pas sans renvoyer à la logique de l'individualisation des peines¹⁷²⁷. Du reste, un auteur a établi clairement cette relation entre peine et transaction : « *la transaction reste, dans les mains du parquet et de l'Administration, le moyen de proportionner la peine à la gravité des faits en choisissant la procédure transactionnelle pour réprimer des infractions souvent minimes et qui n'entachent point l'honorabilité de leur auteur* »¹⁷²⁸. L'aveu ou la reconnaissance des faits qui doit précéder le processus de transaction, ainsi que le versement volontaire de l'indemnité par l'auteur des faits ne bouleversent pas la logique punitive qui s'extirpe de la transaction. Aucune véritable acceptation ni aucune égalité des parties – logiquement déduites de l'article 2044 C. civ. – n'est établie dans ces pratiques transactionnelles¹⁷²⁹. L'auteur reconnaît les faits et verse la somme au vu de la menace de sanction pénale et non seulement en vertu de sa propre volonté.

732. Schéma punitif propre à la transaction. – A l'image des compositions pécuniaires de la justice privée, l'Administration renonce certes à l'exercice de l'action publique mais n'abandonne pas en contrepartie toute idée de punition de l'acte commis¹⁷³⁰. Si la transaction

¹⁷²⁵ DOBKINE (M.), *op. cit.*, n° 1.

¹⁷²⁶ En ce sens, V. GASSIN (R.), *Rép. pén.*, *op. cit.*, n° 84.

¹⁷²⁷ La circulaire du 2 août 1989 du ministère de l'Economie relative aux transactions sur la poursuite des infractions en matière de pêches maritimes est sur ce point caractéristique. Selon ces dispositions, la transaction est « *une mesure d'indulgence à l'égard des auteurs d'infractions, prise au regard de leur personnalité et du degré de gravité de la faute commise* » (JO du 10 août 1989, p. 10089 ; JCP 1989.II.63030 et 63031).

¹⁷²⁸ GASSIN (R.), *Rép. pén.*, *op. cit.*, n° 131 (c'est nous qui soulignons). S'agissant des indemnités devant être versées, cet auteur les considère comme des « *pénalités transactionnelles* » (*ibid.*, p. 84).

¹⁷²⁹ DELLIS (G.), *op. cit.*, n° 550, p. 407. *Contra*, pour une approche plus contractuelle de la transaction, V. DOBKINE (M.), *op. cit.*, n° 6, p. 139.

¹⁷³⁰ On retrouve donc ici l'idée que nous avons énoncée au début de cette étude selon laquelle l'action publique et le droit de punir ne peuvent être confondus (*supra*, n°).

évite le schéma punitif classique en éteignant l'action publique, il faut toutefois reconnaître qu'elle met en place un schéma punitif qui lui est propre. La transaction est bien une indulgence envers l'auteur des faits, pour autant cette indulgence ne saurait se traduire par un déni punitif. Bien au contraire, la transaction jouit d'une grande efficacité dans le versement des sommes. Sous couvert d'une rigueur moins excessive, nous ne pouvons que constater que les administrations, par leur pouvoir de transaction, substituent aux peines initiales des sanctions administratives d'une effectivité incontestable – contrairement aux premières. N'est-ce pas ce qui ressort de la doctrine lorsqu'elle affirme que « *la transaction permet d'atténuer [la rigueur des législations techniques] et d'"humaniser les sanctions"* »¹⁷³¹ ? Cette humanisation s'effectuant tant par la disparition des sanctions fiscales et pénales que par la substitution d'une amende transactionnelle nécessairement plus douce que les premières... mais détentrice malgré tout d'une dynamique punitive puisque rapidement prononcée et effectivement recouvrée. Le qualificatif de *sanction administrative* adopté par certains auteurs¹⁷³² doit donc être confirmé.

733. Premier aperçu des sanctions administratives. – Suivant une définition classique, ce type de sanction s'entend d'une « *décision unilatérale prise par l'autorité administrative agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique (...) [et infligeant] une peine sanctionnant une infraction aux lois et règlements* »¹⁷³³. La somme versée au titre de la transaction est prononcée par une autorité administrative suite à la réalisation d'une infraction et proportionnée à la gravité de celle-ci. La transaction, dont le caractère rétributif de l'indemnité est incontestable¹⁷³⁴, répond donc à cette acception. Sur ce point et de manière épurée, un auteur précise que par « *la transaction pénale, l'administration (...) propos[e] à la personne mise en cause d'être condamnée en début de procédure à une peine certaine mais relativement modérée* »¹⁷³⁵.

¹⁷³¹ MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. 2, *op. cit.*, n° 65, p. 83.

¹⁷³² BOITARD (M.), « La transaction pénale en droit français », *Rev. sc. crim.* 1941, p. 151 ; GASSIN (R.), *Rép. pén.*, *op. cit.*, n° 97 ; DELLIS (G.), *op. cit.*, n° 550, pp. 407-408.

¹⁷³³ CONSEIL D'ETAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, Paris, La Documentation française, coll. « Les études du Conseil d'Etat », 1995, pp. 35-36. Pour de plus amples développements sur le concept de *sanction administrative*, V. *infra*, n° *et ss.*

¹⁷³⁴ En ce sens, V. les affirmations de M. DELLIS : « *le caractère répressif de la transaction ne doit donner lieu à aucune contestation (...) celle-ci apparaît plutôt comme une exécution de la sanction que comme une réformation de celle-ci* » (*op. cit.*, n° 553, p. 409).

¹⁷³⁵ BREEN (E.), *op. cit.*, p. 52 (c'est nous qui soulignons). Et plus loin : « *L'anticipation de la peine par des administrations spécialisées est expressément qualifiée de "transaction pénale" par les textes qui l'autorisent* » (*ibid.*, p. 56).

La nature juridique de la transaction paraît donc claire. Elle se trouve même renforcée par le fait qu'une récidive transactionnelle puisse s'appliquer *de facto* grâce à l'usage informel d'un casier administratif transactionnel¹⁷³⁶. Cette tendance favorise donc l'esprit répressif caractéristique du droit pénal. Mais si l'application de la logique récidiviste traduit certes le rapprochement entre le droit administratif répressif et le droit pénal, elle favorise également le renvoi des récidivistes devant le juge pénal, devenant alors étrangement l'auxiliaire de l'Administration ; celle-ci se présentant quant à elle comme le juge "répressif" originel pour un certain type de contentieux¹⁷³⁷.

On le voit, qu'il y ait ou non récidive, une persistance répressive est admise lors de la réussite de la transaction ; dès lors, force est de reconnaître qu'elle devient plus évidente encore en cas d'échec ou d'absence de mécanisme transactionnel.

b. Echec ou absence de transaction et naissance d'un schéma punitif de nature administrative

734. Nous avons apprécié plus haut quelles sont les administrations qui possèdent des pouvoirs exprès de poursuite¹⁷³⁸. Nous devons préciser à présent quelle est la nature spécifique de cette poursuite. S'agit-il du droit de mettre en œuvre l'action publique classique ou s'agit-il plutôt d'instituer au bénéfice de ces administrations une action publique qui leur serait propre ? Si les administrations des Ponts et Chaussées, des Eaux et Forêts et les administrations chargées de la pêche en eau douce ont un droit direct sur l'exercice de l'action publique, la situation est plus spécifique s'agissant des administrations des Contributions indirectes et des Douanes qui disposent quant à elles d'une action dite *fiscale*.

735. Présentation de l'action fiscale. – Certaines dispositions permettent à ces dernières administrations – Contributions indirectes et Douanes – de détenir une action spécialisée à leur domaine d'activité contribuant ainsi plus efficacement à la réprobation du fait constaté. L'article 343, 2 C. douanes énonce en effet que « *l'action pour l'application des sanctions fiscales est exercée par l'administration des douanes* »¹⁷³⁹ ; le parquet pouvant disposer de cette action accessoirement à l'exercice de l'action publique. En matière de contributions

¹⁷³⁶ Sur ce point précis, V. Cissé (A.), *op. cit.*, p. 513.

¹⁷³⁷ Le droit pénal apparaît alors comme une arme essentielle pour l'Administration que celle-ci peut brandir lorsque sa légitimité se trouve critiquée (en ce sens, V. Cissé (A.), *op. cit.*, p. 516).

¹⁷³⁸ V. *supra*, n° .

¹⁷³⁹ Pour l'action fiscale exercée par l'Administration des Douanes, on parle également d' "action douanière". En ce sens, V. RASSAT (M.-L.), *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, n° 165, p. 247.

indirectes, une distinction doit être effectuée suivant que l'infraction est ou non punie d'une peine d'emprisonnement. L'Administration peut poursuivre seulement si la peine est pécuniaire ; elle exerce seule ce droit de poursuite, le ministère public n'étant que partie jointe¹⁷⁴⁰. Si l'emprisonnement est seul prévu, le ministère public conserve seul le droit de poursuite. Si l'emprisonnement et l'amende sont prévus, l'Administration ne peut poursuivre que pour l'application de la peine pécuniaire à moins que les agents de l'administration des Douanes ne soient intervenus dans la phase d'enquête ; seul le ministère public étant alors compétent dans ce cas¹⁷⁴¹.

736. Nature punitive de l'action fiscale. – Souvent l'action fiscale est présentée comme une action particulière ayant une double nature tendant ainsi à « *demander à la juridiction pénale de se prononcer aussi bien sur la culpabilité de la personne poursuivie, que sur la réparation afférente à la lésion des intérêts défendus* »¹⁷⁴² par les administrations intéressées. Par cette précision du caractère tant répressif qu'indemnitaire de l'action fiscale, un rapprochement doit être ici effectué avec la transaction. Pour cette dernière, nous en avons pareillement conclu à une double nature.

Les sanctions fiscales (amendes et confiscations), par leur caractère exclusivement pécuniaire et leur domaine d'action très ciblé, peuvent directement renvoyer à l'idée de réparation des atteintes subies par l'administration en question. Mais, parallèlement, nous ne pouvons occulter le fait que la sanction fiscale s'induit directement de la réalisation d'une infraction fiscale ou douanière, révélant ainsi son aspect punitif¹⁷⁴³. C'est en ce sens que Mme BEZIZ-AYACHE a pu affirmer qu' « *en droit douanier, la confiscation prévue par les articles 414 et 435 du code des douanes est considérée comme une peine et une réparation civile motivée par le préjudice causé aux intérêts fiscaux dont l'Administration a la charge* »¹⁷⁴⁴. Cette double nature, notamment le caractère punitif, ne peut être remise en question par l'application cumulée de la sanction fiscale et des amendes strictement pénales. On ne peut donc voir dans les premières de strictes mesures de réparation et dans les secondes les seules mesures répressives faisant suite à l'infraction fiscale ou douanière. Comme le précise un

¹⁷⁴⁰ Pour un exemple récent, V. Crim. 12 janv. 2005, *Bull. crim.* n° 14 : l'appel du procureur de la République est irrecevable si l'infraction n'est passible que d'amendes et de pénalités fiscales.

¹⁷⁴¹ L.P.F., art. 235 al. 3 introduit par l'art. 33 IV de la loi du 9 mars 2004 (dite "loi Perben II").

¹⁷⁴² CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Procédure pénale*, op. cit., n° 174 (c'est nous qui soulignons).

¹⁷⁴³ Pour de plus larges développements, V. *infra*, n°s *et ss.*

¹⁷⁴⁴ BEZIZ-AYACHE (A.), *Rép. pén.*, v° « Confiscation », n° 31. Pour une approche identique en matière de contributions indirectes, V. PRADEL (J.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 288 et la jurisprudence citée note 3.

auteur, l' « *action fiscale participe à certains caractères de l'action publique mais elle s'en distingue dans son fondement légal et dans son objet* »¹⁷⁴⁵. Elle s'en rapproche en effet par son caractère punitif, les sanctions fiscales ayant majoritairement cette qualité. Elle se différencie toutefois de l'action publique par le fait qu'elle demeure le monopole de l'Administration, même si accessoirement le ministère public peut disposer de cette action fiscale¹⁷⁴⁶.

737. Action fiscale, accessoire de l'action publique. – Quelle que soit l'intensité de l'autonomie ou de la dépendance que l'action fiscale entretient avec l'action publique, il demeure que la première se présente uniquement comme la participation de l'Administration à une instance pénale. Le renvoi à des formules telles que « *action publique "bis"* »¹⁷⁴⁷ ou action publique « *de nature spéciale* »¹⁷⁴⁸ pour qualifier l'action fiscale démontre que l'accessoire reste ici l'intervention de l'autorité administrative. Certains auteurs sont même tentés de voir en cette dernière « *un ministère public "au petit pied"* »¹⁷⁴⁹ conduisant une action, certes punitive, mais subordonnée surtout à un domaine circonscrit et à une dépendance juridictionnelle pénale. Ce caractère accessoire de l'action fiscale conduit à un cumul de sanctions ne renforçant qu'imparfaitement la nature complémentaire de cette action quant à la punition de l'auteur de l'infraction. En effet, le prononcé cumulatif de pénalités à hauteur des droits effectivement lésés peut se comprendre comme un mécanisme plus indemnitaire que répressif. La jurisprudence ne peut, sur ce point, nous aider dans le choix quant à la nature véritable de ces sanctions dans la mesure où aucune solution n'est tranchée. Selon un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, « *la règle du non-cumul des peines n'est pas applicable aux sanctions fiscales [prononcées pour infractions à la législation sur les contributions indirectes] en raison de leur caractère mixte, répressif et indemnitaire* »¹⁷⁵⁰.

Notons toutefois que la dépendance de l'action fiscale envers l'instance pénale peut jouer favorablement quant à la reconnaissance de son caractère répressif. Comment en effet ignorer la nature punitive d'une action – l'action fiscale – qui est soumise à une procédure – la

¹⁷⁴⁵ MOLINS (F.), *Rép. pén.*, v° « Action publique », n° 30.

¹⁷⁴⁶ V. *supra*, n° .

¹⁷⁴⁷ PRADEL (J.), *Procédure pénale*, op. cit., n° 223, p. 188.

¹⁷⁴⁸ CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Procédure pénale*, op. cit., n° 174.

¹⁷⁴⁹ *Ibid.*

¹⁷⁵⁰ Crim. 17 févr. 1992, *Bull. crim.* n° 75. La lecture de la loi n'est également d'aucune aide. L'article 439, 2 C. douanes énonce de manière lapidaire qu' « *en cas de pluralité de contraventions ou de délits douaniers, les condamnations pécuniaires sont prononcées pour chacune des infractions dûment établies* ».

procédure pénale – dont la finalité punitive est incontestable ? Si cette thèse s'avère exacte, il est alors tentant de se demander s'il n'est pas possible de croire en un renversement de la tendance et en une prédominance de l'action fiscale sur l'action publique ?

738. Action publique, accessoire de l'action fiscale : conséquence de la nature "pénale" de l'action fiscale. – L'infériorité de l'action fiscale serait remise en cause si celle-ci, ainsi que les sanctions qu'elle induit, avaient une nature "pénale", au sens européen du terme¹⁷⁵¹. Cette reconnaissance, admettant une indépendance fonctionnelle avec la procédure pénale, imposerait parallèlement le respect des principes généraux de la *matière pénale*. La soumission au droit pénal n'existerait plus dans la mise en œuvre effective du schéma punitif administratif, mais serait au contraire plus indirecte. L'action administrative, respectueuse alors des règles pénales, deviendrait une réelle concurrente en matière punitive face à l'action publique classique. Cela reviendrait ainsi à affirmer que l'Administration poursuit une logique répressive qui lui est propre. En intégrant cette dernière dans la "matière pénale", les juges européens accepteraient de reconnaître l'Administration comme l'attributaire d'un pouvoir de répression¹⁷⁵². Loin de seulement participer à l'exercice futur du droit de punir de nature pénale, l'Administration mettrait ainsi en œuvre un schéma punitif spécifiquement attaché à elle.

Qu'en est-il du droit positif ? L'Administration est-elle parvenue à inclure son action fiscale dans une indépendance vis-à-vis du droit pénal ou continue-t-elle à agir sous son joug ? La réponse est sans ambages. Au-delà de l'administration fiscale, *c'est l'ensemble des autorités administratives qui ont développé un droit de punir propre plaçant le droit pénal dans une fonction d'auxiliaire et de rival par rapport à ce schéma répressif strictement administratif.*

§ 2. – La mise en œuvre par le droit administratif d'un schéma punitif propre : l'exercice du droit administratif répressif

739. Subsidiarité du droit administratif dans la fonction punitive. – La conduite par le droit administratif d'une logique répressive n'est pas naturelle. Nombre d'auteurs mirent ainsi en évidence le fait que l'essence même du droit administratif reste étrangère à toute forme de

¹⁷⁵¹ V. *infra*, n^{os} *et ss.*

¹⁷⁵² GUINCHARD (S.) *et al.*, *op. cit.*, n^{os} 104 et 105.

répression¹⁷⁵³, même si l'Administration s'est vu progressivement confier un tel pouvoir. Poussée par une volonté de respecter le principe de la séparation des pouvoirs, cette exclusion du droit administratif du processus répressif trouva un écho dans les conclusions du commissaire du gouvernement ROMIEU dans l'affaire *Société immobilière Saint-Just*. Il était en effet avancé que le « *mode d'exécution habituel et normal des actes de puissance publique est (...) la sanction pénale* »¹⁷⁵⁴. Le droit administratif n'a donc aucun lien direct avec le concept de punition laissant le soin au juge pénal de garantir le respect des normes et actes administratifs. Au regard de ce que nous avons pu avancer notamment quant au rôle constant du droit pénal dans l'évolution du concept de droit de punir¹⁷⁵⁵, l'affirmation semble aujourd'hui encore largement vérifiée. L'application de principe du droit de punir doit s'établir au sein même du droit pénal, laissant par là même le droit administratif jouir en ce domaine d'une simple prérogative marginale.

740. Progression du droit administratif répressif. – Progressivement, l'Administration se vit toutefois investie d'une fonction répressive qui, même si elle demeurerait subsidiaire par rapport à l'intervention cardinale du droit pénal, eut le mérite d'évoluer vers une application des règles de procédure et des principes généraux du droit pénal comme les droits de la défense et le principe du contradictoire¹⁷⁵⁶ ou encore le principe de légalité renvoyant lui-même aux principes de nécessité, de proportionnalité et de non-rétroactivité. Ainsi, la subsidiarité du droit administratif en matière répressive déclina du fait de la faiblesse persistante du droit pénal en ses propres domaines et, conjointement, par l'augmentation des domaines d'application du pouvoir répressif administratif.

¹⁷⁵³ V. notamment WALINE (M), *Droit administratif*, Paris, Sirey, 9^{ème} éd., 1963, p. 551 ; AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec, 1992, n° 280, p. 426. Egalement T. confl. 2 déc. 1902, *Société immobilière Saint-Just*, D. 1903.3.41, concl. Romieu ; S. 1904.3.17, concl. Romieu, note M. Hauriou ; LONG (M.) et a., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 14^{ème} éd., 2003, n° 11 ; FOURRÉ (J.), « Les sanctions administratives du Code général des impôts », *Petites affiches*, 17 janv. 1990, n° 8, pp. 47-48. Pour une position moins tranchée, V. HAURIUO (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Dalloz, 12^{ème} éd., 2002, pp. 578 et ss.

¹⁷⁵⁴ T. confl. 2 déc. 1902, *op. cit.*

¹⁷⁵⁵ V. *supra*, première Partie.

¹⁷⁵⁶ C.E. Sect. 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, *Leb.* p. 133 ; D. 1945, p. 110, concl. Chénot, note De Soto ; *Rev. dr. publ.* 1944, p. 256, concl. Chénot, note G. Jèze. V. également Cons. const. 17 janvier 1989, déc. 88-248 DC, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, *Rev. dr. publ.* 1989, p. 399, note L. Favoreu ; *RFD adm.* 1989, p. 215, chron. B. Genevois.

741. Spécificité du droit administratif répressif. – Devant la « vitalité de la répression administrative »¹⁷⁵⁷, il est nécessaire d'en préciser les caractéristiques. Celles-ci tiennent d'une part à la diversité de cette forme de répression et à la multitude des domaines qui lui sont soumis et, d'autre part, à la spécificité des intérêts protégés par la mise en œuvre de cette répression. Si la logique guidant les sanctions administratives reste proche de la logique conduite en droit pénal – l'objet de ces formes répressives demeure la punition d'un manquement à une obligation – une différence persiste néanmoins quant au fondement même de la répression. Alors que le droit pénal est fondé sur la recherche de la paix publique en garantissant le respect de l'intégralité des valeurs sociales, le droit administratif répressif quant à lui se fonde sur la recherche d'une paix publique appuyée sur des valeurs propres à un domaine particulier. La différence essentielle entre la logique punitive issue du droit pénal et celle issue du droit administratif répressif réside donc dans le degré de répercussion de cette répression sur l'ordre social, c'est-à-dire dans le degré d'intensité de l'écho de l'exercice du droit de punir.

742. Critère de détermination du droit administratif répressif. – La différence de fondement entre ces deux types de répression entraîne-t-elle une place plus faible du droit administratif répressif – que celle occupée par le droit pénal – au sein même du droit de punir ? Rien n'est moins sûr tant cette forme punitive est en voie d'expansion. Ainsi, devant l'ampleur de l'activité administrative et le nombre important d'hypothèses pouvant donner lieu à l'exercice du pouvoir de répression, nous devons mettre en évidence un critère permettant d'une part un découpage et une évaluation clairs de ce droit extra-pénal et, d'autre part, une appréciation véritable de son importance dans le paysage punitif en droit interne. Ce critère peut être recherché dans l'existence d'une *sanction administrative*. Mais si cette réponse apparaît simple, force est de constater le caractère obscur de ce concept.

743. Délicate question de la définition des sanctions administratives. – L'étude du droit administratif répressif se trouve confrontée à une problématique inextricable. Ce droit – que l'on peut autrement dénommer *répression administrative* – s'exprime par des sanctions administratives. Le parallèle semble enfantin : le droit pénal lorsqu'il use du droit de punir

¹⁷⁵⁷ BREEN (E.), *op. cit.*, p. 60. Notons que si cette forme de répression fait preuve aujourd'hui d'un certain dynamisme, elle ne saurait pour autant être perçue comme une idée neuve ; en ce sens, V. l'arrêt ancien *Dame Veuve Trompier-Gravier* du Conseil d'Etat du 5 mai 1944 (*op. cit.*).

s'exprime par des sanctions pénales ; le droit administratif, désormais détenteur du droit de punir, utilise des sanctions administratives. On ne pourrait être plus logique...

Cette logique désarçonne toutefois l'observateur dans la mesure où la sanction administrative – à l'image d'ailleurs de ce que nous avons précisé concernant la sanction pénale – est plurielle et d'une complexité singulière. Le Conseil d'Etat lui-même ne cache d'ailleurs point son malaise vis-à-vis de cette notion lorsqu'il précise qu'elle « *compte parmi les moins assurées du droit administratif* »¹⁷⁵⁸. Il est vrai que la doctrine, tout en étant fidèle à ce concept, reste très divisée quant à la détermination de ses contours. Alors que certains auteurs incluent dans le champ de la sanction administrative l'ensemble des sanctions disciplinaires¹⁷⁵⁹, d'autres au contraire (dont le Conseil d'Etat) préfèrent les distinguer¹⁷⁶⁰. Les frontières de la sanction administrative apparaissent donc pour le moins ambiguës et contradictoires. D'aucuns par exemple intègrent les décisions sanctionnatrices du juge administratif¹⁷⁶¹ alors que certains autres s'y refusent¹⁷⁶².

744. Sanctions administratives ou droit de punir administratif ? – Devant la difficulté à obtenir une image claire de la sanction administrative, le Conseil d'Etat avait posé des critères de définition relativement stables. Présentée comme « *une décision unilatérale prise par une autorité administrative agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique (...) [et qui] inflige une peine sanctionnant une infraction aux lois et règlements* »¹⁷⁶³, ce type de sanctions semblait s'inscrire dans des frontières plus strictes, déterminant ainsi le domaine du droit administratif répressif.

¹⁷⁵⁸ CONSEIL D'ETAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, op. cit., p. 35. Et plus loin : « *Non seulement (...) les contours de la notion sont parfois difficiles à tracer, mais encore son contenu se caractérise par une grande diversité* ».

¹⁷⁵⁹ Précisons que ces auteurs, lorsqu'ils considèrent les sanctions disciplinaires comme des sanctions administratives traitent des seules mesures disciplinaires intéressant l'administration et excluent en toute logique le pouvoir disciplinaire dit "privé". En ce sens, V. par exemple MOURGEON (J.), *La répression administrative*, op. cit., spéc. p. 22 ; DELMAS-MARTY (M.) et TEITGEN-COLLY, op. cit., passim (not. p. 13) ; MODERNE (F.), « La sanction administrative (éléments d'analyse comparative) », *RFD adm.* 2002, spéc. p. 486 ; MASSAT (E.), *Le pouvoir disciplinaire de l'administration sur les usagers des services publics*, thèse, Toulouse, dact., 2002 ; « Des rapports du droit disciplinaire et du droit pénal dans l'administration », op. cit., p. 743.

¹⁷⁶⁰ COLLIARD (C.-A.), « La sanction administrative », *Ann. Faculté de droit d'Aix*, n° 36, 1943, p. 3 ; MUNCH (J.-P.), *La sanction administrative*, thèse, Paris, 1947 ; DEGOFFE (M.), *Droit de la sanction non pénale*, op. cit., spéc. pp. 61 à 70 ; CONSEIL D'ETAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, op. cit., p. 37. Pour une position nuancée, V. DELLIS (G.), op. cit., n°s 294 et ss (spéc. n°s 302 à 304).

¹⁷⁶¹ MOURGEON (J.), op. cit., p. 104 ; DELLIS (G.), op. cit., n°s 305 et ss.

¹⁷⁶² DELMAS-MARTY (M.) et TEITGEN-COLLY, op. cit., p. 40 ; MODERNE (F.), op. cit., p. 489 ; CONSEIL D'ETAT, op. cit., p. 35.

¹⁷⁶³ CONSEIL D'ETAT, op. cit., pp. 35-36.

Mais demeurer dans le cadre institué par le Conseil d'Etat permet-il pour autant d'appréhender ce droit dans sa globalité ? Rien n'est moins sûr. La solution serait donc de dépasser le concept de *sanction administrative* afin de mettre en perspective non seulement l'expression du droit administratif répressif – la sanction administrative proprement dite – mais plus largement son fondement et ses relations avec le droit pénal. Notre objectif n'est pas d'établir ici l'inventaire des sanctions que l'Administration peut prononcer¹⁷⁶⁴. Nous devons au contraire mettre en perspective les domaines administratifs dans lesquels le droit de punir s'est fixé et à travers lesquels le rôle du droit pénal s'est modifié. Aussi convient-il de délimiter ce système répressif en se concentrant moins sur ses manifestations ou sur les organes de décision que sur la concurrence qu'il développe face au droit pénal qui n'est plus que l'accessoire d'une nouvelle souveraineté punitive. Nous devons donc démontrer non l'influence du droit pénal sur le droit administratif mais, bien au contraire, l'influence du droit administratif – notamment dans sa fonction répressive – sur le droit pénal.

745. S'il est possible de parler aujourd'hui de concurrence du droit de punir de nature administrative face au droit de punir classique (de nature pénale) cela est dû à deux phénomènes. Tout en mettant en œuvre un schéma punitif propre, le droit administratif répressif peut procéder du droit pénal lui-même, conduisant ce dernier à devenir le simple cadre d'action de la répression administrative (A). Mais le droit de punir administratif peut également s'exercer suite à une pure situation administrative, ce qui pour autant ne saurait nier toute référence au droit pénal ; ce dernier ne se présente plus comme le détenteur du droit de punir mais devient simplement un standard formel à reproduire (B). Par la mise en place de la répression administrative, la fonction du droit pénal se trouve donc dépréciée. Plus qu'une concurrence, il serait davantage question ici d'une attaque à la primauté du droit pénal dans l'exercice du *jus puniendi*.

A. – Le droit pénal, cadre d'action de la répression administrative

746. Repli du droit pénal. – Dans certains cas, l'exercice du droit de punir par l'Administration semble faire concurrence au droit pénal sur son propre terrain. Les autorités administratives interviennent et mettent en œuvre leur pouvoir de répression à la suite de

¹⁷⁶⁴ Selon le Conseil d'Etat lui-même aucune exhaustivité ne paraît possible en la matière (*op. cit.*, p. 46 et p. 83, note 19). Cela renvoie à la difficulté que rencontrent la doctrine et les autorités étatiques dans l'élaboration d'un inventaire des incriminations donnant lieu à la prévision d'une sanction pénale (V. *supra*, n°). Le droit de punir aurait-il cette particularité de ne pouvoir être circonscrit et d'être en perpétuelle prolifération ?

situations strictement pénales sans que le droit criminel n'ait de droit de regard sur le droit de punir qui s'engage. Moins brutalement, le droit pénal peut voir son action préparée ou finalisée par un processus répressif de nature strictement administrative.

Aussi le droit pénal peut-il perdre *ab initio* son droit de punir (1°) ou, plus modérément et après l'avoir exercé, constater que son action se trouve complétée et prolongée par la répression administrative (2°). Le droit pénal se présente alors nettement comme l'auxiliaire d'un droit de punir aux dimensions administratives plus franches.

1°/ Substitution *ab initio* du droit de punir administratif au droit de punir pénal

747. L'Administration s'inscrit parfois dans une logique spécifiquement pénale condamnant le droit pénal, malgré sa compétence de principe, à une désolante inaction : en est-il ainsi en matière de contraventions de grande voirie (a) ou d'amendes et indemnités forfaitaires (b).

a. Les contraventions de grande voirie

748. Présentation de la nature juridique pénale de la contravention de grande voirie. – Contrairement aux contraventions de police – dont font partie les contraventions de voirie routière¹⁷⁶⁵ – qui relèvent, sauf textes spéciaux¹⁷⁶⁶, de l'article R. 610-5 C. pén.¹⁷⁶⁷ et de la stricte compétence du juge pénal, les contraventions de grande voirie sont réprimées par le juge administratif à la diligence du préfet¹⁷⁶⁸. Défini comme un « *fait pouvant compromettre la conservation du domaine public ou nuire à l'usage auquel il est légalement destiné* »¹⁷⁶⁹, ce

¹⁷⁶⁵ Depuis le décret-loi du 28 déc. 1926 (repris par l'ordonnance n° 58-1351 du 27 déc. 1958), la répression des infractions à la police de la conservation du domaine public routier est de la compétence des juges judiciaires. Les *contraventions de grande voirie routière* deviennent donc des contraventions de police et non plus des contraventions de grande voirie ; V. C. voirie routière, art. R. 116-2).

¹⁷⁶⁶ Crim. 1^{er} juill. 1997, *Bull. crim.* n° 261 ; *Rev. sc. crim.* 1998, p. 342, note A. Cerf ; *Dr. pén.* 1998, comm. 9, note J.-H. Robert : « *Attendu que l'art. R. 610-5 du Code pénal n'est pas applicable lorsque la méconnaissance des interdictions ou obligations prévues par un décret ou arrêté de police est sanctionnée par un texte spécial* ».

¹⁷⁶⁷ Selon un arrêt du 25 avril 2001 de la Chambre criminelle de la Cour de cassation (*Bull. crim.* n° 102), l' « *article R. 610-5 s'attache aux règlements de police pris par une autorité administrative [comme le maire ou le préfet] pour assurer le bon ordre ainsi que la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques* ».

¹⁷⁶⁸ Le premier texte ayant reconnu la compétence administrative en ce domaine est la loi du 29 floréal an X, dont l'article 1^{er} dispose que les « *contraventions en matière de grande voirie (...) seront constatées, réprimées et poursuivies par voie administrative* ».

¹⁷⁶⁹ LAFERRIÈRE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, L.G.D.J., t. 2, 1888, p. 603. Pour une reprise par le Conseil constitutionnel de cette définition, V. Cons. const. 23 sept. 1987, déc. n°

type de contraventions constitue l'un des plus puissants tempéraments aux principes selon lesquels d'une part, l'autorité judiciaire est présumée garantir plus efficacement les droits et libertés des particuliers¹⁷⁷⁰ et, d'autre part, « *il n'existe pas de justice pénale administrative* »¹⁷⁷¹.

Bien que nous ayons exclu toute référence au droit pénal dans notre considération de la répression administrative¹⁷⁷², nous devons admettre en matière de contraventions de grande voirie, la prégnance de l'ombre pénale. En effet, la doctrine est aujourd'hui unanime pour reconnaître à ces contraventions un caractère d'infraction pénale¹⁷⁷³. Il s'agit d'une pure contravention dont la nature pénale ne saurait être niée du fait d'une compétence juridictionnelle administrative et non plus judiciaire. L'intervention administrative dans le domaine répressif ne peut remettre en cause la nature même d'une infraction. Mais la reconnaissance de cette nature pénale conduit-elle pour autant à obtenir une présentation claire de la fonction intrinsèque de la sanction de la contravention de grande voirie ? La nature pénale de la contravention de grande voirie favorise-t-elle l'émergence d'une fonction punitive ?

749. Discussion sur la compétence administrative. – Enoncer que la contravention de grande voirie constitue une simple infraction pénale soulève une première interrogation : pourquoi transférer la compétence répressive au juge administratif s'il s'agit en l'espèce d'un objet strictement pénal ? Alors même que les juridictions répressives pouvaient être compétentes en cette matière – le recours à la technique de la question préjudicielle pouvant

87-161 L, *Rec.* p. 53 ; *RFD adm.* 1988, p. 273, note B. Genevois ; *AJDA* 1988, p. 60, note X. Prétot. Toutefois, selon certains auteurs, cette définition n'est pas totalement satisfaisante dans la mesure où des propriétés privées, comme les chemins de halage, peuvent être protégées par ce mécanisme. Parallèlement, l'expression "contravention de grande voirie" est également débattue puisque la voirie – entendue strictement – ne constitue pas le seul objet de protection. En ce sens, V. spéc. les précisions terminologiques in LANNES (J.), *Les contraventions de grande voirie*, Paris, éd. de L'Actualité juridique, 1971, pp. 20-29 et p. 32. V. également PERRET (J.-M.), *Les contraventions de grande voirie*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 1994, pp. 7-8.

¹⁷⁷⁰ V. Constitution de 1958, art. 66, al. 2.

¹⁷⁷¹ WALINE (M.), *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 1946, n° 136.

¹⁷⁷² V. *supra*, n°^{os} et .

¹⁷⁷³ A titre d'exemples, V. DE LAUBADÈRE (A.), *Traité élémentaire de droit administratif*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1963, n° 318 ; WALINE (M.), « Note sous C.E. 1^{er} mars 1967, *D^{lle} Lescot* (Les contraventions de grande voirie ont-elles le caractère d'une infraction pénale ?) », *Rev. dr. publ.* 1968, pp. 175 et ss. ; LANNES (J.), *op. cit.*, n°^{os} 61 et ss. ; GÉLARD (P.), « Le caractère mixte de la contravention de grande voirie », *AJDA* 1967, p. 142. V. également C.E. 15 mars 1961, *Société anonyme des dragages Saint-Georges*, *Leb.* p. 184. *Contra*, MOURGEON (J.), *op. cit.*, n°^{os} 121 et 132 : si cet auteur refuse de considérer l'action administrative en matière de contraventions de grande voirie comme une répression pénale, il souscrit cependant au point selon lequel il s'agit d'une forme de répression avant tout ; c'est-à-dire que cette action est répressive avant même d'être réparatrice (n° 121, p. 174 *in fine*).

répondre aux difficultés qui pourraient survenir¹⁷⁷⁴ – reconnaissons que la compétence du juge administratif en cette matière a un fondement particulier tenant à la spécificité de la répression qui s’instaure. Si l’on préfère la répression administrative à la répression pénale pour ce genre d’infractions, cela tient à ce que la première s’avère plus efficace et plus complète que la seconde¹⁷⁷⁵. Le fait que l’on se passe du droit pénal pour réprimer les contraventions de grande voirie répond semble-t-il à la volonté d’inclure en ce domaine une dimension restitutive ou réparatrice inexistante dans ce droit. En effet, la condamnation pour contravention de grande voirie peut cumuler trois types de mesures : l’amende pénale (issue de l’action publique dirigée contre les contraventions de grande voirie)¹⁷⁷⁶, la réparation du dommage (issue de l’action domaniale¹⁷⁷⁷) et le paiement des frais de procès-verbal, d’enquête ou d’expertise.

Si le désir d’inclure une dynamique réparatrice dans le traitement des contraventions de grande voirie correspond à la réalité, nous ne pouvons qu’adhérer à la compétence administrative en ce domaine (1). En revanche, s’il s’avère que le traitement de ces contraventions n’a finalement qu’une fonction répressive ou punitive, la compétence administrative ne se justifie plus... sauf à vouloir instaurer une répression véritablement concurrente du droit pénal (2).

1) *Fonction réparatrice de la condamnation pour contravention de grande voirie : justification de la compétence administrative*

¹⁷⁷⁴ Pour donner compétence au juge pénal, le recours à la question préjudicielle est en effet indispensable dans la mesure où ce dernier ne peut déterminer les limites du domaine public. En ce sens, T. confl. 28 avril 1980, *SCIF Résidence des Perriers*, *Leb.* p. 506.

¹⁷⁷⁵ En ce sens, V. GÉLARD (P.), *op. cit.*, p. 142. L’auteur estime que l’ « importance économique au sein du domaine public [de la grande voirie] exige une protection spéciale ».

¹⁷⁷⁶ Sur la reconnaissance expresse de la nature pénale de cette amende, V. C.E. 22 juin 1987, *Secrétaire d’Etat auprès du ministre des Transports, chargé de la Mer c/ Rognant*, *AJDA* 1988, p. 60, note X. Prétot – Cons. const. 23 sept. 1987, *op. cit.* La nature pénale des sanctions en matière de contraventions de grande voirie est également incontestable pour DE LAUBADÈRE qui définit la police de la conservation – relative à la grande voirie – comme le « pouvoir que détiennent certaines autorités administratives d’utiliser des moyens de police, c’est-à-dire des mesures préventives assorties de sanctions pénales, en vue de la conservation matérielle du domaine » (*op. cit.*, n° 310 ; c’est nous qui soulignons).

¹⁷⁷⁷ Sur cette notion, V. AUBY (J.-M.), « L’action domaniale », *AJDA* 1983, p. 507.

750. Il est traditionnellement avancé que la « *condamnation à une contravention de grande voirie a certes pour but de sanctionner mais aussi de dédommager l'administration* »¹⁷⁷⁸ en cas d'atteintes à l'intégrité du domaine public. Certains éléments favorisent en effet une lecture de la condamnation pour contravention de grande voirie dans un sens restituitif.

751. Privilège de l'action domaniale. – Le privilège du caractère réparateur de la condamnation pour contravention de grande voirie peut tout d'abord s'induire naturellement de l'importance de l'action domaniale – action en réparation comprenant le remboursement des frais engagés en vue de la réparation du domaine public ou la remise en état des lieux – face au prononcé de l'amende pénale. L'indifférence de l'amnistie quant à l'action en réparation des dommages subis par le domaine public – l'amnistie n'ayant d'incidences qu'envers l'amende pénale relative à la contravention de grande voirie¹⁷⁷⁹ – semble donner un avantage certain pour les préoccupations réparatrices ; la fonction restitutive demeure, alors que la fonction punitive quant à elle disparaît¹⁷⁸⁰. De la même façon, la reconnaissance de la responsabilité des personnes morales par le juge de la contravention de grande voirie¹⁷⁸¹ témoigne encore de la volonté de privilégier l'efficacité de la réparation grâce à la solvabilité des contrevenants ; cette responsabilité étant facilitée par le caractère simplement matériel de l'infraction. Cette quête de réparation se retrouve enfin dans l'engagement relativement aisé de la responsabilité des contrevenants : un lien indirect avec le dommage suffit en effet pour engager cette responsabilité¹⁷⁸².

752. Cumul entre la sanction pénale et la contravention de grande voirie. – La possibilité de relever un cumul idéal d'infractions¹⁷⁸³ – infraction pénale classique et contravention de

¹⁷⁷⁸ GÉLARD (P.), *op. cit.*, p. 142.

¹⁷⁷⁹ C.E. 20 nov. 1903 (2 arrêts), *Ministère des Travaux publics c/ Sieur Lowe et Ministère des Travaux publics c/ Sieur Richardson*, *Ann. des P. et Ch.* 1905, p. 234.

¹⁷⁸⁰ Il en est de même en cas de grâce, de décès du prévenu (C.E. 8 juill. 1927, *Démaré*, *Leb.* p. 771 – C.E. 24 févr. 1989, *Secrétaire d'Etat à la Mer*, *Leb.* p. 677) ou de non-prévision textuelle d'une amende pour une infraction donnée. Dans ce dernier cas, le principe de légalité interdit toute condamnation à une amende pénale (C.E. 5 juill. 1968, *Ministre de l'Equipement c/ Le Rollé*, *Leb.* p. 420).

¹⁷⁸¹ C.E. 14 févr. 1923, *Compagnie générale des Eaux*, *Leb.* p. 148 (concessionnaire de service public) – C.E. 21 janv. 1925, *Société automobiles Bellanger*, *Leb.* p. 66 (personne morale de droit privé) – C.E. Sect. 9 nov. 1956, *Ministre des Travaux publics c/ Commune de Poizat*, *Leb.* p. 413 (personne morale de droit public) – C.E. 22 déc. 1965, *Commune de Thyl*, *Leb.* p. 703 ; *AJDA* 1966, p. 231, obs. P. Laporte (personne morale de droit public).

¹⁷⁸² C.E. 27 févr. 1924, *Merré*, *Leb.* p. 239 – C.E. 8 mai 1936, *Ligory*, *Leb.* p. 514 – C.E. 22 mars 1961, *Ville de Charleville*, *Leb.* p. 204.

¹⁷⁸³ C.E. Sect. 20 avril 1934, *Société de Chandernagor*, *Leb.* p. 456 – C.E. 13 déc. 1967, *Dame Bottichio*, *Leb.* p. 492.

grande voirie – ou un cumul de sanctions¹⁷⁸⁴ témoigne de la spécificité de l'action engagée contre de telles contraventions face à l'action publique pénale. S'agissant plus spécialement du cumul de sanctions, ceci démontre la différence de nature et d'objet entre la sanction pénale et les mesures propres à la contravention de grande voirie, suivant en cela la jurisprudence constante de la Cour de cassation en la matière¹⁷⁸⁵. La différence entre les deux condamnations tient ainsi au caractère prioritairement restitutif de l'action domaniale qui, par ailleurs, jouit d'une imprescriptibilité¹⁷⁸⁶.

753. Face à l'ensemble de ces éléments plaçant l'idée de réparation au centre de la dynamique de la contravention de grande voirie, pouvons-nous apporter quelques éléments d'hésitation quant à la prédominance de ce concept dans ce domaine ? La restitution constitue-t-elle une fonction véritable de la contravention de grande voirie ou n'est-elle pas plutôt le paravent de sa forme punitive ? En effet, certains des éléments que nous venons de citer ne peuvent-ils pas tout autant favoriser une lecture répressive de la contravention de grande voirie ? La nature spécifiquement pénale de ce type d'infractions ne constitue-t-elle pas finalement le plus clair témoignage de la finalité exclusivement punitive de ces contraventions ?

2) *Fonction punitive de la condamnation pour contravention de grande voirie : consécration de la répression administrative*

754. Nature pénale ou punitive de la condamnation pour contravention de grande voirie ? – Selon P. GIUDICELLI, le caractère répressif de la condamnation pour contravention de grande voirie ainsi que la concurrence que celle-ci génère sur le terrain proprement pénal semble indiscutable. « *La contravention de grande voirie, précise-t-il, constitue une véritable*

¹⁷⁸⁴ C.E. Sect. 13 juin 1964, *Guegan, Leb.* p. 334 ; *Rev. dr. publ.* 1965, p. 85, note M. Waline – C.E. 17 nov. 1965, *Agrelli, Leb.* p. 621 – C.E. 1^{er} mars 1967, *Ministère des Postes et Télécommunications c/ Dlle Lescot, Leb.* p. 102 ; *Rev. dr. publ.* 1968, p. 175, note M. Waline – T. confl. 10 mai 1971, *Agrelli, Leb.* p. 891 ; *D.* 1971, p. 629.

¹⁷⁸⁵ De manière traditionnelle, la Chambre criminelle estime que les réserves formulées par la France en marge du protocole additionnel n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'interdisent le cumul qu'envers les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale et ne s'opposent pas au prononcé de sanctions non-pénales parallèlement aux sanctions pénales. La règle *non bis in idem* (Protocole additionnel n° 7, art. 4) peut donc être écartée. Sur ce point, V. *infra*, n° .

¹⁷⁸⁶ C.E. 22 déc. 1965, *Commune de Thyl*, op. cit. Notons que l'action publique en matière de contraventions de grande voirie est soumise au délai de droit commun de un an (C. pr. pén., art. 9).

infraction pénale et sa répression revêt le caractère pénal au sens le plus strict du mot »¹⁷⁸⁷. D'une façon identique, Marcel WALINE conforte la nature pénale des contraventions de grande voirie en invoquant l'application dans ce domaine de la règle selon laquelle « *le civil ne tient pas le criminel en état* »¹⁷⁸⁸, ce qui renvoie à la prééminence du droit pénal sur le droit civil telle qu'énoncée à l'article 4 C. pr. pén.

Si ces réflexions militent pour un renforcement de la nature punitive de la condamnation pour contravention de grande voirie, elles ne peuvent être totalement satisfaisantes dans la mesure où ce qui est *pénal* n'est pas nécessairement *punitif*¹⁷⁸⁹. Il convient de ne pas confondre la nature juridique – incontestablement pénale – de la contravention de grande voirie et la finalité – éventuellement punitive – de sa condamnation. Quels éléments pouvons-nous dès lors relever en faveur de la fonction punitive de cette condamnation ?

755. Répression juridictionnelle. – Un premier élément pourrait paradoxalement être trouvé dans le refus du Conseil d'Etat de désigner les sanctions des contraventions de grande voirie comme des *sanctions administratives*¹⁷⁹⁰. Cette exclusion qui semble nier de prime abord tout caractère punitif à ces infractions révèle toutefois leur spécificité juridictionnelle. Ces sanctions ne sont point de simples sanctions prises par des autorités administratives mais constituent de véritables peines devant être prononcées par un juge. Oter aux contraventions de grande voirie toute relation avec les sanctions administratives renforcent donc le caractère juridictionnel de leur sanction et leur nécessaire respect des principes applicables en matière de peines. Selon la doctrine, la présence du juge constitue ainsi un indice évident du caractère punitif de ce système¹⁷⁹¹.

¹⁷⁸⁷ GIUDICELLI (P.), *Les contraventions de grande voirie*, thèse, Paris, 1957, p. 38 cité in GÉLARD (P.), *op. cit.*, p. 142.

¹⁷⁸⁸ WALINE (M.), *Droit administratif*, Paris, Sirey, 7^{ème} éd., 1957, n° 1568. V. également C.E. 17 déc. 1886, *Sieurs Duffaut et Dupouy*, *Ann. des P. et Ch.* 1887, p. 560 – C.E. 24 janv. 1930, *Durand*, *Leb.* p. 113.

¹⁷⁸⁹ En ce sens, V. la formule de M. le conseiller d'Etat PÉRIER qui illustre parfaitement l'indépendance entre *pénal* et *punitif* mais qui génère toutefois une certaine perplexité : « *En raison du caractère pénal de la contravention de grande voirie, il appartient, en principe, à la juridiction saisie d'ordonner la réparation des dommages ainsi que la remise en état des lieux* » (*Rép. Content. adm.*, v° « Voirie »). Contrairement à l'auteur, nous ne voyons nullement le lien qui s'établit entre le caractère pénal de ce type de contravention et les mesures restitutives qui doivent y être attachées.

¹⁷⁹⁰ C.E. 12 nov. 1955, *Cazauran*, *Leb.* p. 537.

¹⁷⁹¹ WALINE (M.), « Note sous C.E. 1^{er} mars 1967, *D^{lle} Lescot* », *op. cit.*, p. 176 : « *On peut encore rattacher au caractère pénal des contraventions de grande voirie l'incompétence de toute autorité non juridictionnelle pour les réprimer* » (c'est nous qui soulignons). Plus loin, l'éminent auteur précise encore que la répression des contraventions de grande voirie constitue l'un « *des procédés coercitifs énergiques* » dont dispose l'autorité publique (p. 178). V. également les conclusions du commissaire du Gouvernement Mosset sous C.E. 9 nov. 1956, *Ministre des Travaux publics c/ Commune de Poizat*, *RFD adm.* févr. 1957, p. 24 : « *Dans le domaine*

756. Subsidiarité de l'action domaniale. – En matière de contraventions de grande voirie, l'action publique destinée au prononcé d'une amende pénale peut être seule exercée par le préfet. En revanche, l'action domaniale ne peut être déclenchée qu'en parallèle à l'action publique, à défaut de quoi elle constituerait une action purement civile ressortissant de la compétence du juge judiciaire¹⁷⁹². Cela démontre la possibilité d'engager seule cette dernière action si aucun dommage n'est à déplorer sur le domaine public mais témoigne également de la prédominance de l'action publique – et par là même l'insuffisance de l'action domaniale – pour le traitement de la contravention de grande voirie.

757. Cumul possible des amendes. – La nature punitive des amendes prononcées en cas de contravention de grande voirie fut mise en évidence par le Conseil d'Etat qui leur attribue le statut de peine, les soumettant ainsi à l'article 8 DDHC¹⁷⁹³. Cette nature punitive vient également du fait que la matière des contraventions de grande voirie applique le principe de droit pénal selon lequel « *les peines d'amende pour contraventions se cumulent entre elles* » (C. pén., art. 132-7). En cas de pluralité d'infractions, plusieurs amendes devront automatiquement être prononcées¹⁷⁹⁴. Il est vrai que ce cumul prend en considération la diversité des atteintes subies par le domaine public ; les infractions constatées étant autant de dommages affectant ce domaine. Pour autant, malgré cette proportionnalité tendant à faire jouer l'idée de réparation en dehors même de l'action domaniale, force est de constater que ce principe est d'essence purement pénal. Si son fondement demeure la proportionnalité, celle-ci est assise non sur l'idée de *dommage* mais sur celle d'*infraction*. Cette référence aux actes commis et l'addition des amendes qui s'ensuit constituent alors un incontestable renvoi à l'esprit punitif imprégnant le domaine pénal contraventionnel. La légèreté des contraventions

répressif, c'est toujours au juge seul qu'appartient le pouvoir de réprimer. L'Administration est seulement maîtresse d'engager des poursuites, de saisir le juge de l'action répressive. Mais une fois cela fait, le juge est seul maître de la répression. Il est libre de fixer le taux de la peine dans les limites établies par la loi ».

¹⁷⁹² En ce sens, T.A. Lyon 17 juill. 1959, *Mercier et Comité de défense des intérêts locaux de Dardilly*, AJDA 1959, p. 272.

¹⁷⁹³ C.E. 23 avril 1997, avis n^{os} 183689, 183970 et 183971, JO du 20 juin 1997, p. 9631, 9632 et 9633 ; *Gaz. Pal.* 1997.2. Panor. dr. adm., p. 201: « *dès lors qu'elles présentent le caractère d'une punition tendant à empêcher la répétition des agissements qu'elles visent, ces amendes constituent, même si le législateur a laissé le soin de les prononcer au juge administratif, des sanctions soumises au principe de la nécessité des peines tel qu'il résulte de l'art. 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lequel "la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires"* ».

¹⁷⁹⁴ C.E. 14 nov. 1884, *Sieur Varangot*, *Ann. des P. et Ch.* 1885, p. 366 – C.E. 27 févr. 1935, *Sieur Micheu*, *Leb.* p. 267.

légitime le cumul de peines ; cumul dont la raison d'être tient à la volonté d'infliger une réprobation rigoureuse à hauteur des actes commis¹⁷⁹⁵.

758. Paiement des frais. – Au-delà de la condamnation à des amendes pénales et à la réparation des dommages, le prévenu peut être condamné à titre accessoire au paiement des frais de procès-verbal, d'enquête ou d'expertise. Cette condamnation serait, selon un auteur, la réminiscence du *fredum* (ou *fredus*)¹⁷⁹⁶ ; or, nous avons vu précédemment comment cette part due au souverain ne pouvait être considérée comme un pur mécanisme de réparation mais devait bien au contraire être perçue comme une mesure rétributive¹⁷⁹⁷. Il est possible en outre que cette condamnation aux frais de procès-verbal soit prononcée à titre principal lorsqu'aucune disposition légale ne prévoit d'amende et qu'aucun dommage n'a été causé au domaine public¹⁷⁹⁸. Dans ce cas, cette condamnation constitue l'unique réponse à la contravention de grande voirie, ce qui l'assimile à une véritable peine¹⁷⁹⁹.

759. Caractère punitif de l'action domaniale. – S'agissant encore de l'action domaniale, il est intéressant de remarquer que son fondement n'est pas exclusivement marqué par un désir de réparation. En effet, la réparation peut intervenir en l'absence de toute évaluation des dommages¹⁸⁰⁰, ou bien certaines mesures de restitution peuvent être prises avant même toute atteinte effective au domaine¹⁸⁰¹. On perçoit donc ici le fait selon lequel ce qui est recherché par l'action domaniale est moins la réparation intégrale du dommage que le prononcé d'une mesure pécuniaire au-delà du préjudice effectivement subi, assimilant cette indemnisation à un type de dommages-intérêts punitifs, au même titre que les *punitives damages* de la common law¹⁸⁰².

La séparation de l'action domaniale de l'idée de réparation se manifeste enfin très clairement par le fait que l'Administration n'a aucune obligation d'affecter le montant de l'indemnisation

¹⁷⁹⁵ Sur la critique du caractère léger des contraventions, V. notamment ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, op. cit., p. 467 ; CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 492.

¹⁷⁹⁶ V. DELLIS (G.), *op. cit.*, n° 276.

¹⁷⁹⁷ V. *supra*, n°s *et ss.*

¹⁷⁹⁸ C.E. 21 févr. 1947, *Sieur Strina*, *Leb.* p. 68 – C.E. 20 janv. 1960, *Ministère des Travaux publics c/ Société des mines et produits chimiques*, *Leb.* p. 45 – C.E. 5 juill. 1968, *Ministère de l'Équipement c/ Le Rollé*, op. cit.

¹⁷⁹⁹ En ce sens, V. LANNES (J.), *op. cit.*, n° 328, p. 164 ; MOURGEON (J.), *op. cit.*, n° 121, p. 174.

¹⁸⁰⁰ C.E. 20 juin 1962, *Houillères du bassin de la Loire*, *Leb.* p. 407. Une action en contestation du montant fixé est néanmoins ouverte au prévenu : C.E. 7 janv. 1976, *Yannakakis*, *Leb.* p. 2.

¹⁸⁰¹ C.E. 4 nov. 1959, *Sieur Avariguez*, *Annales de la voirie*, juin 1960 – C.E. 27 mai 1964, *Sieur Chervet*, *Leb.* p. 300. Cette gestion du risque tenant à la prévention des comportements délictueux renvoie nécessairement au concept pénal classique d'*infraction-obstacle*.

¹⁸⁰² Pour une étude plus détaillée de ce concept, V. *infra*, n°s *et ss.*

obtenue à la réparation du dommage précisément considéré¹⁸⁰³, ou encore par le fait que le contrevenant ne puisse – sauf en cas de faute lourde de l'Administration – contester l'opportunité et le montant des mesures et des frais de réparation engagés par les autorités administratives¹⁸⁰⁴. Par de telles mesures, le juge administratif répond à l'objectif premier des contraventions de grande voirie qui est « *d'assurer le respect de l'intégrité du domaine public* »¹⁸⁰⁵; ce respect passant, on le voit, non seulement par la réparation effective du dommage mais également et surtout par des mesures rétributives étrangères à toute finalité indemnitaire.

760. Cumul discutable. – La distinction d'objet et de nature entre les sanctions pénales classiques et celles relatives aux contraventions de grande voirie – distinction justifiant leur cumul – doit être remise en cause. Tout d'abord, l'amende pénale que le juge administratif peut prononcer est, sans aucun doute possible, encline à la punition du contrevenant au même titre qu'une sanction pénale traditionnelle. Ensuite, l'action domaniale elle-même, comme nous venons de l'exposer, est également empreinte d'une forte inspiration punitive. Il est donc légitime de penser que les sanctions prises en matière de contraventions de grande voirie entrent dans la *matière pénale*, au sens européen du terme¹⁸⁰⁶, ce qui devrait écarter toute possibilité de cumul avec une sanction pénale¹⁸⁰⁷. Le juge administratif renforcerait ainsi son statut dans le domaine répressif s'engageant même sur la voie du monopole.

761. Concurrence réelle ou apparition d'un monopole administratif en matière contraventionnelle. – Le domaine des contraventions de grande voirie devient donc, par la prédominance de sa fonction punitive, un concurrent direct du droit pénal dans l'application du droit de punir. Le juge administratif affine son statut se faisant progressivement « *juge*

¹⁸⁰³ C.E. 17 janv. 1962, *Société Thierry, Gauthier et Gibault*, *Leb.* p. 38, *AJDA* 1962, p. 241. Il en va différemment si un texte législatif exprès prévoit une telle affectation : C.E. 9 avril 1954, *Compagnie générale de navigation Havre-Paris-Lyon-Marseille et Sieurs Fougeron et Arjean*, *Leb.* p. 231. Sur ce point, V. GÉLARD (P.), *op. cit.*, p. 146 et s. pour qui la non-affectation des sommes « *démontre que le montant des réparations conserve bien un aspect de sanction* » constituant ainsi des mesures singulières à savoir des « *sanctions restitutives* ».

¹⁸⁰⁴ Précisons toutefois que le juge administratif a la possibilité d'ordonner une expertise afin de déterminer la nature et l'étendue des dommages ainsi que le montant normal des réparations (C.E. 15 mars 1968, *Société intrafor*, *Leb.* p. 193) ; si le montant est excessif et si cet excès révèle une faute lourde de l'Administration, la personne peut demander une réduction (C.E. 18 juill. 1947, *Coudry*, *Leb.* p. 328 – C.E. 20 juin 1962, *op. cit.*).

¹⁸⁰⁵ C.E. 8 juin 1966, *Société Worms*, *Leb.* p. 383.

¹⁸⁰⁶ CAA Nantes 10 oct. 1991, *Société de chauffe, de combustibles, de réparations et d'appareillages mécaniques*, n° 89 NT 01162.

¹⁸⁰⁷ Sur la subtilité du concept de *matière pénale* et l'usage que peut en faire le juge français, V. *infra*, n° .

administratif répressif »¹⁸⁰⁸. Cette concurrence prend une importance toute particulière dès lors que l'on considère à quel point ce domaine possède un temps d'avance sur le droit pénal. Cette avance fut manifeste avant l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994, lorsque le droit pénal ne reconnaissait pas encore la responsabilité pénale des personnes morales. De son côté, le juge administratif relevait explicitement la responsabilité des personnes morales en matière de contraventions de grande voirie¹⁸⁰⁹.

Il est possible de relever une nouvelle avance tenant à la confirmation de l'anachronisme de la répression des infractions contraventionnelles par le droit pénal et au traitement correct de celles-ci en dehors de ce même droit. Les contraventions de grande voirie pourraient donc constituer l'occasion d'exclure du champ pénal ce que nous avons présenté comme une dévalorisation de loi pénale¹⁸¹⁰. C'est alors que la formule de LAFERRIÈRE selon laquelle les contraventions de grande voirie participent du « *démembrement de la justice pénale* »¹⁸¹¹ prendrait alors tout son sens. En tant que stricte punition d'une atteinte au domaine public, la répression des contraventions de grande voirie ne constituerait plus une simple concurrence avec le droit pénal, mais serait plus largement une soustraction d'un pan entier de son activité. Mais alors que le terme de *démembrement* traduit généralement une forme de dépréciation, force serait de reconnaître ici qu'un tel *démembrement* témoignerait au contraire d'une véritable restauration de la rationalité et de la souveraineté inhérentes au droit pénal.

b. L'amende et l'indemnité forfaitaires

762. Nature hybride des amendes et indemnités forfaitaires. – Ces procédures dites "simplifiées" font incontestablement partie de notre procédure pénale. Elles s'exercent à la suite de la commission d'une contravention pénale et leur réussite met un terme aux poursuites. Il peut dès lors sembler singulier de les inclure dans une étude sur le droit de punir administratif.

¹⁸⁰⁸ PERRET (J.-M.), *op. cit.*, p. 47. Le rapprochement qu'avait envisagé M. KLEIN entre la police de la conservation – intégrant les contraventions de grande voirie – et la police de l'ordre public – intégrant les contraventions de police – devient alors évidente. V. KLEIN (C.), *La police du domaine public*, Paris, L.G.D.J., 1966.

¹⁸⁰⁹ V. décisions précitées *supra*, n° (en note).

¹⁸¹⁰ V. *supra*, n°^{os} *et ss.* *Contra*, GÉLARD (P.), *op. cit.*, p. 149 qui est pour une attribution du domaine des contraventions de grande voirie au juge pénal.

¹⁸¹¹ LAFERRIÈRE (E.), *op. cit.*, p. 603. V. également PERRET (J.-M.), *op. cit.*, p. 13. *Contra*, MOURGEON (J.), *op. cit.*, n° 132 *in fine*.

Pourtant, à considérer plus en détails ces procédures, il est intéressant de remarquer qu'elles ont une nature hybride et prioritairement administrative. En effet, en cas de réussite de ces procédures forfaitaires, c'est-à-dire en cas de non-contestation de la part du contrevenant, elles ne constituent qu'un processus administratif de répression d'une infraction pénale. Bien que très proches l'une de l'autre, les procédures simplifiées de l'amende forfaitaire (1) et de l'indemnité forfaitaire (2) peuvent toutefois être analysées séparément.

1) L'amende forfaitaire

763. Afin d'établir que l'amende forfaitaire constitue un mécanisme de substitution de l'Administration à l'autorité judiciaire en matière punitive – constituant par là même une nouvelle forme de droit de punir administratif – il est nécessaire au préalable de déterminer avec précision la nature prioritairement administrative de cette procédure.

764. Eviction de l'instance pénale et nature prioritairement administrative de l'amende forfaitaire. – A la différence de l'ordonnance pénale, la procédure de l'amende forfaitaire dispense le contrevenant de l'instance judiciaire. Elle consiste en effet dans le paiement d'une amende, soit directement entre les mains de l'agent verbalisateur, soit auprès du service indiqué dans l'avis de contravention dans un délai déterminé (C. pr. pén., art. 529-1). De manière catégorique et afin de mettre en exergue tant la simplification de la procédure que l'éviction de l'instance judiciaire classique, le Pr. LARGUIER considère l'amende forfaitaire comme une « *procédure administrative* »¹⁸¹². Même si la non-introduction de l'instance judiciaire est le résultat de l'inertie du contrevenant – induisant une certaine résignation de sa part – il n'en reste pas moins que la nature initiale de l'amende forfaitaire reste avant tout administrative ; la phase judiciaire demeurant une simple éventualité¹⁸¹³, voire un accident dans la mise en œuvre d'une procédure dite "simplifiée".

765. Amende forfaitaire, manifestation du droit de punir administratif. – L'exclusion de l'instance judiciaire n'a pas simplement une incidence en terme de détermination de la nature véritable de l'amende forfaitaire ou de simplification de la procédure. Elle écarte plus

¹⁸¹² LARGUIER (J.), *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, coll. Mémentos, 20^{ème} éd., 2004, p. 220. Le Pr. PRADEL estime quant à lui qu'il s'agit d'une procédure « *quasiment administrative* » (*Procédure pénale*, op. cit., n° 614). Sur ce caractère administratif, V. également GUINCHARD (S.) et al., op. cit., n° 109.

¹⁸¹³ En ce sens, V. STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Procédure pénale*, op. cit., n° 837.

largement toute idée de condamnation pénale ; exclusion qui semble compenser l'altération naturelle de la présomption d'innocence en ce domaine.

Mais si l'absence de toute condamnation pénale confirme la nature prioritairement administrative de l'amende forfaitaire, il convient toutefois de bien en mesurer l'importance : si aucune condamnation n'existe, nous ne saurions conclure pour autant à une absence de punition. Le défaut de condamnation pénale, inhérent à l'extinction de l'action publique, signifie seulement que l'amende versée à la suite de la procédure de l'amende forfaitaire ne compte pas pour la récidive¹⁸¹⁴. Au-delà de cet aspect technique, l'amende forfaitaire suit une logique punitive dans la mesure où le paiement de cette amende permet de justifier un retrait de points du permis de conduire ; ce retrait intervenant après la constatation expresse d'une infraction pénale et s'intégrant dans un cadre punitif plus large¹⁸¹⁵.

766. Amende forfaitaire, manifestation objective du droit de punir. – La modicité des amendes prévues par les barèmes forfaitaires¹⁸¹⁶ ne saurait traduire un manque d'effets punitifs ; ceux-ci devant être considérés non en fonction de leur importance mais en fonction de leur caractère prioritairement rétributif et certain. Or, sur ce point, il est patent que l'amende forfaitaire répond à cet objectif. Par la technique des tarifs forfaitaires fixés en fonction de la gravité de l'infraction commise et par le caractère matériel des infractions (C. pr. pén., art. R. 48-1)¹⁸¹⁷, une certaine automaticité de la répression s'exprime en ce domaine¹⁸¹⁸. La peine ne possède ici qu'une fonction rétributive ; elle est appliquée de manière "sèche" en réponse à une infraction sans aucune appréciation d'éléments subjectifs (autres que ceux relatifs à l'imputabilité) ou circonstanciels. Dès lors que le contrevenant n'a pas eu un comportement conforme à la norme de conduite, c'est-à-dire dès que l'on peut relever à son encontre une simple faute normative¹⁸¹⁹, nul n'est besoin de sonder les cœurs et

¹⁸¹⁴ Ceci est une des différences entre les deux procédures simplifiées que sont l'amende forfaitaire et l'ordonnance pénale ; cette dernière n'excluant que la comparution du délinquant et établissant au contraire une véritable condamnation pouvant constituer le premier terme d'une récidive (V. LARGUIER (J.), *Procédure pénale*, op. cit., p. 36).

¹⁸¹⁵ Sur cette question du retrait de points du permis de conduire, V. *infra*, n^{os} *et ss.*

¹⁸¹⁶ C. pr. pén., art. R. 49 (amendes forfaitaires ordinaires), art. R. 49-7 (amendes forfaitaires majorées) et art. R. 49-9 (amendes forfaitaires minorées pour les infractions précisées à l'art. 529-7 C. pr. pén.).

¹⁸¹⁷ V. également, C. ports mar., art. L. 346-2 ; C. env., art. L. 226-6 et L. 331-25, al. 2 ; C. for., art. L. 351-9.

¹⁸¹⁸ MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. 2, op. cit., n^o 788 ; ALLIX (D.), « Du droit d'être jugé ou de quelques remarques sur la procédure d'amende forfaitaire », *Mélanges Decocq*, Paris, Litec, 2004, p. 21.

¹⁸¹⁹ Sur cette notion, V. DANA (A.-Ch.), « La norme pénale, le juge et le citoyen (une idée certaine de la légalité républicaine) », *Mélanges Decocq*, op. cit., spéc. pp. 152 et ss. Du même auteur, V. également *Essai sur la notion d'infraction pénale*, thèse précit.

les reins pour que s'exerce cette forme du droit de punir et que soit infligée l'amende forfaitaire.

Par cette objectivité maximale, le but affiché de l'amende forfaitaire est donc « *d'accroître l'efficacité de la répression en instaurant un recouvrement simplifié et rapide des amendes encourues* »¹⁸²⁰, sans pour autant nier les exigences européennes du procès équitable et notamment celles liées au droit d'accès à un tribunal en matière pénale¹⁸²¹. En cas de contestation, le prévenu peut effectivement recourir à un tribunal pour faire examiner sa cause. Dans cette situation, et en cas d'échec de la contestation, la volonté punitive demeure puisque le montant de l'amende prononcée ne saurait être inférieur à celui de l'amende forfaitaire majorée¹⁸²² ; un seuil minimum de punition s'instaure donc ici. A l'inverse, en cas d'acceptation de la procédure de l'amende forfaitaire, le contrevenant est considéré comme avoir renoncé au droit d'accès à un tribunal et aux garanties qui lui sont attachées¹⁸²³, ce qui n'est pas sans accroître non plus la rigueur punitive de ce mécanisme de simplification du processus répressif. Cette rigueur pourrait encore s'accroître si la renonciation au tribunal était finalement considérée comme le pendant d'un chantage à la minoration de l'amende¹⁸²⁴. L'acceptation de la procédure deviendrait alors une illusion ; illusion qui serait plus intense encore s'agissant de la technique de l'indemnité forfaitaire présentée pourtant, dès l'origine, comme une forme de transaction.

2) L'indemnité forfaitaire

767. Si le schéma général suivi par l'indemnité forfaitaire se rapproche de celui suivi par la procédure de l'amende forfaitaire – versement d'une amende pour une infraction contraventionnelle entre les mains de l'agent de l'exploitant du service public de transport terrestre ou, après un délai, auprès de l'exploitant lui-même – il s'en distingue néanmoins d'une part par son caractère expressément – et artificiellement – transactionnel et, d'autre part, par sa nature de peine privée.

¹⁸²⁰ CÉRÉ (J.-P.), « La procédure de l'amende forfaitaire et le droit d'accès à un tribunal (Note sous CEDH 21 mai 2002) », *D.* 2002, Jurisp. p. 2970.

¹⁸²¹ CEDH 21 mai 2002, *Peltier c/ France*, *op. cit.* Précisons que la conformité de la procédure de l'amende forfaitaire aux dispositions de l'art. 6 Conv. EDH n'est qu'implicite en cette espèce (§ 37). Sur ce point, V. également ALLIX (D.), *op. cit.*

¹⁸²² Crim. 28 sept. 2005, n° 05-82818 (inédit).

¹⁸²³ En ce sens, V. Crim. 26 juin 1996, *Bull. crim.* n° 277.

¹⁸²⁴ V. ALLIX (D.), *op. cit.*, p. 22, note 4 ; GUINCHARD (S.) et *al.*, *op. cit.*, n° 109, p. 164.

768. Illusion de la transaction. – Il est de coutume de présenter la procédure de l’indemnité forfaitaire comme un mécanisme transactionnel¹⁸²⁵. L’article 529-3 C. pr. pén. expose très clairement qu’en matière de « *police des services publics de transports ferroviaires et des services de transports publics de personnes, (...) l’action publique est éteinte, par dérogation à l’article 521 du présent code, par une transaction entre l’exploitant et le contrevenant* ». Malgré la limpidité du texte et la nature spécifiquement administrative de cette procédure, l’indemnité forfaitaire ne peut être véritablement perçue comme une transaction.

La justice transactionnelle nécessite, nous l’avons vu, une adhésion du prévenu au mécanisme qui se met en place. Il est donc indiscutable que l’ « *administration qui désire transiger, quelles que soient son autorité et sa puissance, doit conjuguer avec la volonté du délinquant* »¹⁸²⁶. Pour des raisons matérielles évidentes tenant à la gravité minime de l’infraction et au caractère indiscutable de la responsabilité du contrevenant, nous ne pouvons critiquer la nature transactionnelle de l’indemnité forfaitaire au regard de l’atteinte portée au principe de la présomption d’innocence. En cette matière, la matérialité des faits prouve en effet de manière irrémédiable la responsabilité du prévenu. En revanche, ce mécanisme forfaitaire peut être critiqué sur la teneur – artificielle – de la transaction mise en place. En effet, l’offre établie par l’agent assermenté de l’exploitant – comprenant l’indemnité forfaitaire additionnée au montant du titre de transport – n’a rien de consensuelle et la logique transactionnelle reste discutable¹⁸²⁷. Cette méthode est très proche de celle étudiée pour l’amende forfaitaire à ceci près que cette dernière n’était pas présentée dès l’origine comme une transaction ; cette prudence ayant permis alors d’avancer sans réticence le caractère punitif de cette procédure. La qualification transactionnelle de l’indemnité forfaitaire rend-elle alors impossible toute reconnaissance d’une dimension punitive ? Nul ne saurait le croire.

769. Indemnité forfaitaire, exemple de peine privée. – En dépit de la qualification légale transactionnelle donnée par l’article 529-3 C. pr. pén. à l’indemnité forfaitaire, il est possible

¹⁸²⁵ V. notamment MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. 2, *op. cit.*, n^{os} 783 et 788 ; STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Procédure pénale*, *op. cit.*, n^{os} 834 et 835 ; PRADEL (J.), *Procédure pénale*, n^o 616.

¹⁸²⁶ Cissé (A.), *op. cit.*, p. 514.

¹⁸²⁷ Il est vrai que le contrevenant peut protester contre l’indemnité auprès de l’exploitant et du parquet. Mais dès cet instant, nous sortons du schéma transactionnel pour intégrer une logique judiciaire. Nous constatons donc que la transaction pure, celle empreinte d’une réelle philosophie consensualiste, reste bien maigre voire inexistante.

non seulement de nier ce qualificatif comme nous venons de le voir, mais également de mettre en évidence son caractère punitif.

A l'image de ce que nous avons avancé pour l'amende forfaitaire, la fonction rétributive est importante en matière d'indemnité forfaitaire. Il est clair en effet que la somme demandée au contrevenant est la réponse *automatique* au non-paiement du titre de transport. Cette somme, contrairement à l'amende forfaitaire qui est versée au Trésor public, bénéficie directement à l'exploitant, établissement public industriel ou commercial (E.P.I.C.) ou entreprise privée. On peut dès lors imaginer que l'indemnité forfaitaire possède une dimension réparatrice afin de compenser la perte financière due à la fraude du contrevenant¹⁸²⁸. Si cela reste admis, la doctrine s'accorde toutefois à reconnaître l'indemnité forfaitaire comme une peine privée¹⁸²⁹ ; ce qualificatif, comme nous le verrons¹⁸³⁰, ne permettant plus aucun doute quant à l'esprit punitif des indemnités forfaitaires et ce malgré leur montant modique.

Si le recours au concept de peine privée peut, dans une certaine mesure, éloigner cette procédure simplifiée du domaine strictement administratif, les liens étroits que celle-ci entretient avec la procédure administrative de l'amende forfaitaire, la rapproche sensiblement dans son principe du droit de punir administratif. Ce dernier pouvant, dans certaines situations, intervenir dans le prolongement du droit de punir pénal.

2°/ Prolongement du droit de punir pénal par le droit de punir administratif

770. De nombreux domaines juridiques mettent en évidence l'intervention complémentaire du droit administratif en faveur de l'exercice du droit de punir de nature pénale. Ainsi par exemple, en matière électorale et sur le fondement de l'article L. 7 C. élect., le préfet de département doit, sauf relèvement décidé par le juge pénal, prononcer la démission d'office des conseillers municipaux ou généraux si ceux-ci ont commis certaines infractions pénales¹⁸³¹ et ont été définitivement condamnés sur ce chef. Le droit administratif s'imbrique ici très nettement avec le droit pénal ; le Conseil d'Etat considérant que cette mesure préfectorale

¹⁸²⁸ MM. STÉFANI, LEVASSEUR et BOULOC parlent d'ailleurs de « *dommages-intérêts forfaitaires* » (*Procédure pénale*, op. cit., n° 836).

¹⁸²⁹ *Ibid.* V. également PRADEL (J.), *Procédure pénale*, n° 616, p. 546.

¹⁸³⁰ V. *infra*, Titre II.

¹⁸³¹ Il s'agit des infractions prévues aux articles 432-10 à 432-16, 433-1 à 433-4 du Code pénal, ainsi que le délit de recel de l'une de ces infractions.

constitue une véritable peine complémentaire relevant de ce fait de l'article 6 § 1 Conv. EDH et ne pouvant se délier de la condamnation pénale antérieure¹⁸³².

Au-delà de cet exemple tiré du droit électoral, deux autres domaines sont caractéristiques de l'enchaînement possible des systèmes répressifs, pénal et administratif. Il s'agit des règles relatives au permis de conduire (a) et du droit des étrangers (b)¹⁸³³.

a. Les règles relatives au permis de conduire

771. Moyen d'expression de la liberté d'aller et venir¹⁸³⁴, le permis de conduire peut être l'objet de mesures restrictives si son utilisation génère un abus de cette liberté constituant dès lors une menace pour l'ordre public. Si l'une de ces mesures – la suspension administrative du permis de conduire – se trouve à mi-chemin entre une fonction de substitution et une fonction de complément du schéma punitif pénal (1), une autre en revanche ne pose aucune difficulté particulière quant à son dessein. Le retrait de points du permis de conduire s'exerce en effet exclusivement dans le but de poursuivre l'œuvre pénale (2).

1) Suspension administrative du permis de conduire

¹⁸³² C.E. 1^{er} juill. 2005 (2 arrêts), *Ousty et Gravier*, D. 2005, Jurisp. p. 2931, note J.-C. Jobart. Précisons que le Conseil d'Etat rejette dans ces décisions le motif tenant au caractère automatique de la sanction. La possibilité pour le juge pénal d'appliquer les art. 702-1, 703 et 775-1 C. pr. pén. et de relever la personne de son interdiction électorale conduit en effet le Conseil d'Etat à considérer qu'un débat peut s'engager sur ce point, écartant toute automaticité de la mesure.

¹⁸³³ Nous avons choisi ces deux domaines pour illustrer la complémentarité des instances administratives quant à l'exercice du droit de punir pénal au vu de leur importance quantitative. Précisons toutefois que le domaine de l'urbanisme constitue également un exemple de l'interdépendance pouvant exister entre le droit administratif et le droit pénal. Sur le pouvoir du maire en matière de liquidation de l'astreinte prononcée par le juge pour assurer l'exécution de sa décision (C. urb., art. L. 480-7 et L. 480-8), V. Crim. 12 déc. 2000, *Dr. pén.* 2001, comm. 65, obs. J.-H. Robert – Crim. 3 avril 2001, *Dr. pén.* 2001, comm. 119, obs. J.-H. Robert – Crim. 8 févr. 2005, *Dr. pén.* 2005, comm. 64, obs. J.-H. Robert. Précisons toutefois qu'à partir du 1^{er} juillet 2007 et en vertu de l'ordonnance n° 2005-1527 du 8 décembre 2005 relative au permis de construire et aux autorisations d'urbanisme (*JO* du 9 déc. 2005, p. 18997), ce seront les comptables directs du Trésor qui assureront le recouvrement des astreintes, sur réquisition du préfet pour le compte de la ou des communes.

¹⁸³⁴ Sur la reconnaissance internationale, européenne et constitutionnelle de la liberté d'aller et venir, V. art. 12 du Pacte international des droits civils et politiques de 1966 ; art. 2 du protocole n° 4 à la Conv. EDH du 16 sept. 1963 ; art. 18 (ex. art. 8-A) et art. 39 (ex. art. 48) du Traité CE (V. également art. II-105 de feu la Constitution européenne) ; Cons. const. 12 janv. 1977, *Fouille de véhicules*, déc. n° 76-75 DC, *JO* du 13 janv. 1977, p. 344 ; Cons. const. 12 juill. 1979, *Ponts à péage*, déc. n° 79-107 DC, *JO* du 13 juill. 1979. Sur l'importance de la liberté d'aller et venir en voiture, V. notamment T. pol. Paris 29 janv. 1993, *Gaz. Pal.* 3-4 mars 1993, p. 6, obs. Th.-P. Berthelot et Y. Rio et cité in DELMAS-SAINT-HILAIRE (J.-P.), « Le permis de conduire à points : défense dérangeante du retrait de points », *Rev. sc. crim.* 1993, pp. 317-318 ; BUISSON (J.), *J-Class. adm.*, v° « Délivrance et retrait du permis de conduire », fasc. 207, spéc. n°s 1 à 4.

772. Les éléments relatifs à la mise en application de la suspension administrative du permis de conduire¹⁸³⁵ contenus dans le Code de la route livrent des lectures différentes quant à l'objectif assigné à cette mesure et face à la possible intervention du droit pénal.

773. **Suspension administrative du permis de conduire : substitut à l'œuvre pénale.** – Les articles L. 224-2, L. 224-7, L. 224-8 et L. 224-9 C. route précisent le champ d'application de la suspension administrative du permis de conduire. Dans les 72 heures de la rétention du permis de conduire par les officiers et agents de police judiciaire (C. route, art. L. 224-1 et L. 224-4), le préfet peut décider seul¹⁸³⁶, par arrêté, de suspendre le permis de conduire pour toute infraction punie par le Code de la route de la peine complémentaire de suspension du permis de conduire¹⁸³⁷ ; cette décision pouvant être déférée au tribunal administratif pour un recours pour excès de pouvoir¹⁸³⁸.

Traditionnellement présentée par le juge administratif¹⁸³⁹, le juge judiciaire¹⁸⁴⁰ ou encore le gouvernement¹⁸⁴¹, comme une mesure de police administrative ou comme une mesure de sûreté administrative aux dimensions préventives, la suspension administrative du permis de conduire rassemble tout de même en filigrane certains éléments d'une sanction. Prononcée à la suite d'une vérification d'un état alcoolique ou d'un usage de substances ou plantes classées comme stupéfiants, d'un refus de telles vérifications ou encore après constatation d'un dépassement de 40 km/h ou plus de la vitesse maximale autorisée et interception du véhicule, la suspension préfectorale du permis de conduire s'inscrit dans les pas de la peine

¹⁸³⁵ Dans les développements suivants, la mesure de suspension du permis de conduire doit être assimilée à l'interdiction de délivrer ledit permis lorsque le conducteur en question n'en est pas titulaire (V. spéc. C. route, art. L. 224-7).

¹⁸³⁶ Toutes les références relatives à la « *commission de suspension du permis de conduire* » ont été supprimées par la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 dite de simplification du droit (JO du 10 déc. 2004, p. 20857).

¹⁸³⁷ La durée de la suspension ne peut excéder six mois sauf pour certaines infractions graves (atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité physique entraînant une incapacité totale de travail personnel, conduite en état d'ivresse ou sous l'empire d'un état alcoolique et délit de fuite) pour lesquelles le délai peut être porté à un an.

¹⁸³⁸ C.E. 9 nov. 1992, *Couetoux*, *Leb.* p. 400, *RFD adm.* 1993, p. 142, concl. H. Legal.

¹⁸³⁹ C.E. 3 nov. 1989, *Blanquie*, *Leb.* p. 817 – C.E. 18 déc. 1991, *Pelardy*, *Leb.* 1083. V. toutefois C.E. 29 mai 1987, *Ministre de l'Intérieur et de la décentralisation c/ Guérinel*, *Leb.* p. 188 : le juge administratif qualifie dans cette décision la suspension de « *sanction administrative* ». Nous verrons plus loin que cette distinction devient de plus en plus artificielle du fait de l'introduction de l'exigence du principe du contradictoire en cas de mesure de police (V. *infra*, n° , en note).

¹⁸⁴⁰ Crim. 4 nov. 1988, *Bull. crim.* n° 89 – Crim. 23 mars 1992, *Bull. crim.* n° 122. La Chambre criminelle précise qu'il s'agit d'une « *mesure de sécurité provisoire* ».

¹⁸⁴¹ V. Réponse du ministre de l'Intérieur, n° 8412, *JO déb.*, Ass. nat., 27 oct. 1986, p. 3937 : « *La suspension d'un certificat d'aptitude, délivré d'ailleurs sous la seule responsabilité de l'autorité administrative, s'analyse alors en une mesure de sûreté de caractère essentiellement préventif* ».

inscrite aux articles 131-6 (1°), 131-10, 131-14 (1°) et 131-16 (1°) du Code pénal¹⁸⁴² ; ce rapprochement révélant son caractère sinon pénal¹⁸⁴³ du moins punitif. La distinction entre sanction et mesure de police paraît dès lors tenue. Comme le précisait le Commissaire du gouvernement BRAIBANT dans ses conclusions sous l'arrêt *Rohmer*, cette « distinction ne relève pas toujours de l'évidence. En effet certaines mesures de police portent atteinte à une situation individuelle et se fondent sur le comportement personnel considéré au moins comme fâcheux, sinon comme fautif, de celui qui en est l'objet »¹⁸⁴⁴. En l'espèce, nul doute que le préfet considère l'attitude infractionnelle du conducteur et décide de la durée de la suspension conformément à la gravité de l'infraction et à la dangerosité de l'agent.

774. Accentuation artificielle de la fonction préventive de la suspension administrative du permis de conduire. – L'autorité préfectorale se substitue donc dès l'origine à l'autorité judiciaire dans la réaction face à la commission d'une infraction pénale en infligeant une mesure de police aux contours punitifs marqués¹⁸⁴⁵. La concurrence entre le droit administratif (suspension préfectorale du permis de conduire) et le droit pénal (peine de suspension dudit permis) paraît ici incontestable. Il serait dès lors possible de croire en une exigence particulière pesant sur la décision préfectorale. Proche substantiellement de la sanction pénale de suspension du permis de conduire, la mesure administrative devrait, suivant la

¹⁸⁴² Sur la question de savoir si cette sanction pénale est une peine ou une mesure de sûreté, V. SEBAG (L.), « L'évolution d'une sanction hybride : le retrait du permis de conduire », *D.* 1975, chron. p. 229. L'auteur tend à considérer que cette sanction est « ressentie moins comme une mesure de sûreté que comme une véritable peine privative de cette forme mobile de la liberté » qu'est la liberté d'aller et venir ; le caractère répressif s'accroît lorsqu'aucun lien n'existe entre la conduite du véhicule et le délit (fraude fiscale, proxénétisme). V. toutefois C. pr. pén., art. 138, al. 2, 8° considérant la remise au greffe du permis de conduire comme une mesure de sûreté applicable lors d'un contrôle judiciaire (V. également C. pén., art. 132-45, 7° applicable au sursis avec mise à l'épreuve ou à la libération conditionnelle).

¹⁸⁴³ *Contra*, pour une reconnaissance du caractère pénal de la suspension du permis de conduire, V. POULET-GIBOT LECLERC (N.), « La suspension administrative du permis de conduire », *RFD adm.* 1992, p. 116.

¹⁸⁴⁴ BRAIBANT (G.), « Conclusions sous C.E. Sect. 8 janv. 1960, *Sieur Rohmer* », *Rev. dr. publ.* 1960, p. 334.

¹⁸⁴⁵ Nous employons cette formule pour ne pas occulter le point selon lequel l'action administrative – en l'espèce, la suspension administrative du permis de conduire – conserve une dynamique préventive. Sur les difficultés de dégager une dominante préventive ou une dominante répressive dans certaines mesures administratives, V. BRAIBANT (G.), *op. cit.* D'autres auteurs sont en revanche plus directs. Ainsi, selon le Pr. LEBRETON, la « suspension administrative est perçue en pratique, tant par les conducteurs que par les services préfectoraux, comme une sanction privative de liberté d'aller et venir » (*Libertés publiques et droits de l'Homme*, Paris, A. Colin, 7^{ème} éd., 2005, p. 331. V. également AUBY (J.-M.), « Les sanctions administratives en matière de circulation automobile », *D.* 1952, chron. p. 111 ; POULET-GIBOT LECLERC (N.), *op. cit.*, not. p. 116 ; SEBAG (L.), *op. cit.*, spéc. pp. 231 et 233 ; LENCLOS (J.-L.), « Vers la fin d'une "étrangeté juridique" ? La réforme de la suspension administrative du permis de conduire », *AJDA* 1978, p. 124 ; LOMBARD (F.), « La double compétence administrative et judiciaire en matière de suspension du permis de conduire », *Rev. sc. crim.* 1994, spéc. pp. 83 et 90 où l'auteur parle précisément de « sanction de suspension du permis de conduire » ou de « sanction administrative à caractère répressif ».

jurisprudence du Conseil constitutionnel, appliquer les principes généraux du droit pénal. Selon le juge constitutionnel en effet, cet ensemble de garanties juridiques « *ne concerne pas seulement les peines infligées 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* »¹⁸⁴⁶. De manière similaire, la suspension administrative devrait respecter les exigences européennes relatives au procès équitable de l'article 6 Conv. EDH¹⁸⁴⁷.

L'arrêté préfectoral de suspension ne répond cependant pas à ces exigences en refusant notamment la personnalisation de la mesure ou le sursis. C'est la raison pour laquelle la nature préventive de cette mesure est officiellement – et artificiellement – mise en exergue contrairement à son caractère répressif qui reste tel. Par la valorisation de la prévention dans la suspension administrative du permis de conduire, les exigences constitutionnelles et européennes peuvent dès lors être niées. La Cour européenne des droits de l'homme exclut d'ailleurs expressément la suspension administrative du permis de conduire de la matière pénale¹⁸⁴⁸ – précédée en cela par le Conseil d'Etat¹⁸⁴⁹ – en précisant qu'elle ne dispose pas d'un « *degré de sévérité suffisant* » et en mettant en exergue son « *caractère essentiellement préventif* ».

775. Malgré l'occultation purement fictive du qualificatif de *sanction administrative* et de son caractère répressif, la suspension administrative semble prendre le pas sur le droit pénal. Pour tenter de relativiser cette prédominance dans le traitement de cette délinquance de masse, il est important de préciser que le préfet ne prend sa décision qu'au vu d'un rapport de police, c'est-à-dire d'un procès-verbal constatant l'infraction, de sorte que l'ombre du droit

¹⁸⁴⁶ Cons. const. 30 décembre 1982, déc. n° 82-155 DC, *Loi de finances rectificative pour 1982*, Rec. p. 88 ; *Rev. dr. publ.* 1983, p. 333, note L. Favoreu – Cons. const. 17 janv. 1989, déc. 88-248 DC, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, op. cit. – Cons. const. 28 juill. 1989, déc. n° 89-260 DC, *Commission des opérations de bourse*, Rec. p. 71 ; *RFD adm.* 1989, p. 671, note B. Genevois ; *Pouvoirs*, n° 52, 1990, p. 189, note P. Avril et J. Gicquel. Sur ce point, V. également KLUGER (J.), « L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », op. cit. ; FARINA-CUSSAC (J.), « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme (éléments pour une comparaison) », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 517.

¹⁸⁴⁷ Sur ces exigences, V. par exemple CEDH 8 juin 1976, *Engel c/ Pays-Bas*, série A, n° 22.

¹⁸⁴⁸ CEDH 7 déc. 1999, *Pewinski c/ France*, *Gaz. Pal.* 6 mars 2001, chron. F. Samson et X. Morin. V. également CEDH 28 oct. 1999, *Escoubet c/ Belgique*, *JCP* 2000.I.203, obs. F. Sudre ; *Journ. dr. intern.* 2000, p. 128, obs. O. Bachelet ; *AJDA* 2000, p. 532, obs. J.-F. Flauss. Cet arrêt est relatif à un retrait temporaire du permis de conduire par le ministère public belge, mais insiste toutefois sur la prédominance et le caractère déterminant du caractère préventif pour exclure cette mesure de la matière pénale.

¹⁸⁴⁹ C.E. 19 janv. 1998, *Poirrez* (inédit).

pénal ne saurait être totalement exclue du processus. N'est-ce pas là le constat que, finalement, la suspension administrative s'inscrit moins dans une démarche de substitution *ab initio* à l'œuvre pénale que dans une logique de prolongement de celle-ci ?

776. Suspension administrative du permis de conduire : complément de l'œuvre pénale. –

Par cet exemple de la suspension administrative du permis de conduire, on remarque que le « contrôle de la circulation routière s'insère dans un système de régulation étendu, dans lequel le pénal ne tient pas toute la place »¹⁸⁵⁰. Ce dernier se trouve en effet incorporé dans un ensemble qui n'a pas pour mission unique de lutter contre la délinquance routière en appliquant des mesures *ante delictum* et par là même préventives. Cet ensemble combat également ce type de délinquance en usant de moyens répressifs incontestables. La suspension administrative du permis de conduire s'inscrit précisément dans cette dualité. On ne peut nier l'effet préventif lié à cette mesure et inhérent à la mission administrative du maintien de l'ordre et de la sécurité publics. Mais nous ne pouvons parallèlement occulter l'activité répressive qui se dégage de la suspension administrative du permis de conduire que nous venons d'explicitier¹⁸⁵¹.

777. Mais si le droit administratif joue dans cette lutte contre la délinquance routière un rôle important – parce qu'initial – nous ne pouvons aller jusqu'à croire qu'il occupe la place dévolue communément au droit pénal. Il contribue plutôt en cette matière à la bonne marche de la procédure pénale qui s'est enclenchée dès le procès-verbal de constatation de l'infraction. Selon le Pr. J.-M. AUBY, « la sanction administrative constitue le complément indispensable de la condamnation pénale »¹⁸⁵² en matière de contentieux de la circulation routière. La suspension administrative du permis de conduire prolonge (après le procès-verbal établi par les OPJ ou APJ) et prépare (avant la décision du juge judiciaire) l'œuvre pénale dans un souci d'efficacité et apparaît finalement comme une simple étape administrative dans

¹⁸⁵⁰ LOMBARD (F.), *op. cit.*, p. 79.

¹⁸⁵¹ Cette ambivalence explique pourquoi le décret n° 83-1025 du 28 nov. 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers s'appliquait aux suspensions administratives du permis de conduire. Dès lors que l'article 8 de ce décret imposait le respect du principe du contradictoire et des droits de la défense pour les décisions portant grief (*i.e.* les décisions devant être motivées au regard de la loi n° 79-587 du 11 juill. 1979), les mesures de police individuelle d'une certaine gravité – dont font partie les suspensions administratives du permis de conduire – se trouvent soumises à cette exigence au même titre que les sanctions administratives *stricto sensu* (V. C.E. Sect. 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, *op. cit.*). Si ces dispositions du décret de 1983 sont aujourd'hui abrogées, elles ont été reprises en substance par l'article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (*JO* du 13 avril 2000, p. 5646 ; *D.* 2000, Lég. p. 221).

¹⁸⁵² AUBY (J.-M.), *op. cit.*, p. 117 (c'est nous qui soulignons).

le processus pénal, plus général. En ce sens, le Pr. BOULOC voit dans cette suspension administrative une sorte de mesure pré-sentencielle¹⁸⁵³. Ceci apparaît clairement grâce à deux éléments. D'une part, le délai de la suspension administrative du permis de conduire s'impute sur le délai de la suspension prononcée par le juge pénal (C. route, art. L. 224-9 al. 3) ; on fusionne les procédures, ce qui accentue leur complémentarité et non précisément leur concurrence¹⁸⁵⁴. D'autre part, en cas de relaxe, de non-lieu ou de condamnation pour la même infraction mais sans mesure restrictive au droit de conduire, la suspension administrative est considérée comme non-avenue¹⁸⁵⁵ (C. route, art. L. 224-9 al. 2) ; une fois cette décision judiciaire intervenue, la mesure administrative cesse de produire tout effet¹⁸⁵⁶.

On le voit, la suspension administrative se trouve donc pénétrée par le droit pénal et devient un moyen de son action punitive. Si cette mesure n'est qu'une phase du procès pénal, elle demeure l'une des expressions les plus fortes de la répression administrative ayant pour cadre d'action le droit pénal. Une autre manifestation pouvant être recherchée dans le retrait de points du permis de conduire.

2) Retrait de points du permis de conduire

778. La loi n° 89-469 du 10 juillet 1989¹⁸⁵⁷ et ses décrets d'application¹⁸⁵⁸ ont instauré en droit français le permis de conduire à points. Investi d'un capital initial de douze points, le permis de conduire est affecté d'un retrait de points automatiquement prononcé suite à la réalisation d'infractions entraînant expressément ce retrait et ce proportionnellement à la

¹⁸⁵³ BOULOC (B.), « Observations sous Crim. 23 mars 1992 », *Rev. sc. crim.* 1993, p. 314. V. également LEBRETON (G.), *op. cit.*, p. 331 : « une telle dérive est dangereuse, car elle révèle une confusion intellectuelle entre le rôle (préventif) de l'administration et celui (répressif) du juge pénal, confusion qui pousse les préfets à recourir de façon systématique à la suspension administrative ».

¹⁸⁵⁴ *Contra*, WILDMAN (R.), *Le retrait du permis de conduire*, thèse, Lyon, 1972 ; LENCLOS (J.-L.), *op. cit.*, p. 124 ; LOMBARD (F.), *passim*. Les auteurs exposent la forte concurrence – voire la lutte – qui s'exprime en cette matière.

¹⁸⁵⁵ Un auteur a pu à juste titre avancer que la décision judiciaire peut être analysée comme le fondement juridique de la suspension administrative. Sans une décision judiciaire la confirmant, son existence est remise en cause (V. LENCLOS (J.-L.), *op. cit.*, p. 125).

¹⁸⁵⁶ Dans cette situation – où les mesures administrative et pénale sont différentes – on ne peut s'empêcher de remarquer que le conducteur subit deux mesures de type répressif. Une mesure de police administrative empruntant fortement les traits d'une sanction administrative et une sanction pénale classique. Pour autant, et malgré leur caractère répressif commun, ces mesures – du fait de leur nature administrative et judiciaire – excluent l'application du principe *non bis in idem* (sur ce point, V. CONSEIL D'ETAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, *op. cit.*, pp. 79-80).

¹⁸⁵⁷ D. 1989, Lég. p. 237.

¹⁸⁵⁸ Décret n° 92-559 du 25 juin 1992, D. 1992, Lég. p. 335 ; décret n° 92-563 du 29 juin 1992, D. 1992, Lég. p. 337. V. également décret n° 92-1228 du 23 nov. 1992, D. 1992, Lég. p. 566.

gravité de celles-ci¹⁸⁵⁹. Ce retrait de points est une sanction administrative entretenant une relation étroite avec le contentieux pénal dans la mesure où elle le prolonge voire le conclue. Aussi l'essentiel fut-il de reconnaître à cette mesure la qualification d'"accusation en matière pénale" au sens de l'article 6 § 1 Conv. EDH. Sur ce point, et malgré sa nature purement administrative, le retrait de points intégra la matière pénale sur la base d'un critère matériel : la sévérité objective de son contenu. A la lecture des décisions européennes en ce domaine¹⁸⁶⁰, force est toutefois de constater que ce critère n'a pu être suffisant ; seul un critère formel permet en effet de comprendre de manière indiscutable l'applicabilité et l'application respectueuse de l'article 6 § 1 Conv. EDH par la procédure française du retrait de points.

779. Sanction administrative du retrait de points et "matière pénale" : utilisation d'un critère matériel. – De prime abord, les solutions avancées par les juges français et les juges européens apparaissent contradictoires. Les premiers estiment que la perte partielle de points du permis de conduire ne constitue pas une peine accessoire de la condamnation pénale et ne peut dès lors être soumise aux exigences de l'article 6 § 1 Conv. EDH¹⁸⁶¹. Les seconds en revanche admettent l'applicabilité de cet article au vu de la sévérité de la mesure, concluant par ailleurs au respect, par la procédure du retrait de points, de ces dispositions. Ainsi, le critère matériel fut déterminant quant à l'inclusion du retrait de points dans la "matière pénale". La nature administrative de la sanction, obstacle initialement avancé par le juge français pour lui refuser sa soumission aux exigences du procès équitable, ne constitua pour la Cour européenne des droits de l'homme qu'une légère objection aisément surmontable par le recours au critère matériel de la sévérité de la mesure. Si la Cour n'occulte pas le caractère préventif du retrait de points, elle précise néanmoins très clairement la dualité de la mesure en

¹⁸⁵⁹ La réalité de ces infractions peut être établie par le paiement d'une amende forfaitaire, l'exécution d'une composition pénale ou encore l'existence d'une condamnation devenue définitive (C. route, art. L. 223-1 al. 4).

¹⁸⁶⁰ Com. EDH 29 mai 1997, *Malige c/ France*, *Gaz. Pal.* 29 juill. 1997, 1, doct. p. 1018, note Y. Rio et Th.-P. Berthelot ; *AJDA* 1997, p. 981, obs. J.-F. Flauss ; *Rev. sc. crim.* 1998, p. 112, obs. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire – CEDH 23 sept. 1998, *Malige c/ France*, *AJDA* 1998, p. 992, obs. J.-F. Flauss ; *Gaz. Pal.* 2-3 déc. 1998, note Th.-P. Berthelot et Y. Rio ; *Jour. dr. intern* 1999, p. 154, obs. B. de Lamy et p. 261, obs. O. Bachelet ; *D.* 1999, Somm. p. 154, obs. B. de Lamy et Somm. p. 267, obs. J.-F. Renucci ; *JCP* 1999.II.10086, note F. Sudre ; *Rev. sc. crim.* 1999, p. 145, obs. F. Massias et p. 398, obs. R. Koering-Joulin ; *Rev. dr. publ.* 1999, p. 883, obs. F. Sudre ; *Petites affiches* 1999, n° 234, p. 9, note P. Péliissier ; *Dr. pén.* 1999, comm. 87, note J.-H. Robert ; *Gaz. Pal.* 13 févr. 1999, obs. G. Durry et obs. Th.-P. Berthelot et Y. Rio – CEDH 2 févr. 1999, *Roche c/ France*, *Gaz. Pal.* 24-25 nov. 1999, p. 2.

¹⁸⁶¹ *Crim.* 11 janv. 1995, *Malige*, *Bull. crim.* n° 14 ; *JCP* 1995.IV.957 ; *Rev. sc. crim.* 1995, p. 589, obs. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire. Et déjà *Crim.* 6 juill. 1993, *Rodriguez*, *Bull. crim.* n° 240 ; *Gaz. Pal.* 7 oct. 1993, p. 458, note J.-P. Doucet ; *Dr. pén.* 1993, comm. 259, note J.-H. Robert ; *D.* 1994, *Jurisp.* p. 33, note P. Couvrat et M. Massé ; *Rev. sc. crim.* 1994, p. 118, obs. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire ; *JCP* 1993.IV.2468 et *JCP* 1994.I.3775, obs. J.-H. Robert. V. également, C.E. 8 déc. 1995, *Mouvement de défense des automobilistes*, *Leb.* p. 943 ; *RFD adm.* 1996, p. 166 ; *JCP* 1996.IV.343 ; *D.* 1997, *Jurisp.* p. 287, obs. W. Sabete.

mettant également en évidence son aspect répressif. Selon elle, le retrait de points revêt en effet un caractère et *punitif et dissuasif*¹⁸⁶² ; répression caractérisée à travers le fait qu'il peut entraîner l'invalidation du permis de conduire et réduire gravement l'exercice – tant à titre privé qu'à titre professionnel – de la liberté d'aller et venir.

780. Contestation du critère matériel. – A dire vrai, et en considérant plus profondément l'ensemble des décisions précitées, la contestation entre les juges français et européens n'est pas aussi limpide. D'une part, les premiers ne refusent plus catégoriquement l'applicabilité de l'article 6 § 1 Conv. EDH : ils acceptent désormais un contrôle de conventionnalité de la loi du 10 juillet 1989¹⁸⁶³ ou, plus précisément, qualifient le retrait de points d'"accusation en matière pénale"¹⁸⁶⁴. D'autre part, les seconds acceptent naturellement l'applicabilité de l'article 6 et reconnaissent sa non-violation sans toutefois véritablement porter une attention rigoureuse sur la pleine conformité du retrait de points aux exigences conventionnelles. La Cour européenne, précédée sur ce point par la Commission¹⁸⁶⁵, a estimé en effet, dans l'arrêt *Malige* de 1998, qu'un « *contrôle suffisant au regard de l'article 6 § 1 de la Convention se trouve incorporé dans la décision pénale de condamnation prononcée (...) sans qu'il soit nécessaire de disposer d'un contrôle séparé supplémentaire de pleine juridiction portant sur le retrait de points (...) le requérant [pouvant d'ailleurs] introduire un recours pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative afin de faire contrôler que l'autorité administrative a agi à l'issue d'une procédure régulière* »¹⁸⁶⁶. Cette lecture européenne du respect des garanties du procès équitable – se rapprochant d'ailleurs de la lecture laxiste française issue de l'arrêt de la Chambre criminelle du 26 juin 1996 – paraît contestable en l'espèce¹⁸⁶⁷. Si l'exigence d'un recours de pleine juridiction induit la faculté pour le juge

¹⁸⁶² CEDH 23 sept. 1998, *Malige c/ France*, op. cit., § 39.

¹⁸⁶³ La Cour de cassation admit la compatibilité du retrait de points (ayant entraîné en l'espèce l'invalidation du permis de conduire) aux dispositions conventionnelles : Crim. 26 juin 1996, *Bull. crim.* n° 277 ; *JCP* 1997.I.3998, chron. J.-H. Robert ; *Dr. pén.* 1996, comm. 245, obs. J.-H. Robert ; *Gaz. Pal.* 1997.1.296, note X. Morin et F. Samson. Cet arrêt apparaît pour certains comme une exception du fait de sa spécificité tenant à l'annulation consécutive du retrait de points. Nous croyons qu'il s'agit bien au contraire d'un revirement en la matière puisque la Cour de cassation estime que chaque retrait de points est conforme à la Conv. EDH et non simplement l'ultime perte de points. V. également Crim. 28 mars 2001, *Jurispr. auto.* 2001, p. 274 : « *aucune incompatibilité n'existe entre la loi du 10 juillet 1989, instituant le permis de conduire à points, et l'article 6 de la Conv. EDH (...)* ».

¹⁸⁶⁴ C.E. 27 sept. 1999 (avis), *Rouxel, Leb.* p. 280 : sans rejoindre la CEDH sur le fait de reconnaître le retrait de point comme une peine accessoire, elle estime toutefois qu'il constitue une accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 § 1 Conv. EDH.

¹⁸⁶⁵ Com.EDH 29 mai 1997, *Malige c/ France*, op. cit.

¹⁸⁶⁶ CEDH 23 sept. 1998, *Malige c/ France*, op. cit., § 50.

¹⁸⁶⁷ Si le Conseil constitutionnel avait été saisi du contrôle de la constitutionnalité de la loi du 10 juill. 1989, il est fort probable qu'il eût condamné ou établi une réserve d'interprétation sur cette mesure au titre des droits de la

d'examiner les faits et de réformer en fait comme en droit la décision (sanction) émise – en d'autres termes de contrôler la gravité de la mesure prise¹⁸⁶⁸ – force est de reconnaître que le juge pénal n'est d'aucune utilité en ce domaine. Issue d'un barème textuellement déterminé – la proportionnalité étant le fruit de la norme et non celui du travail du juge – la sanction administrative de retrait de points est automatiquement prononcée par le ministre de l'Intérieur et ce postérieurement à la décision pénale. L'office de ce dernier est donc réduit voire nul s'agissant du contrôle du quantum du retrait et de son bien-fondé¹⁸⁶⁹. Cette inanité du juge pénal rend ainsi illusoire tout contrôle *a posteriori* suffisant au regard de l'article 6 § 1 Conv. EDH avancé par la Cour de Strasbourg¹⁸⁷⁰. Le respect de ces garanties par la

défense, de la non-automaticité de la sanction ou plus largement au regard de l'art. 66 de la Constitution (pour une reconnaissance de ces principes, V. Cons. const. 17 janv. 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, op. cit. – Cons. const. 28 juill. 1989, *Commission des opérations de bourse*, op. cit. – Cons. const. 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*, déc. n° 93-325 DC, *Rec.* p. 224 ; *JO* du 18 août 1993, p. 11722). Délicate aurait toutefois été la contestation tenant à une atteinte à l'individualisation des peines, ce principe n'ayant pas été expressément élevé par le Conseil au rang de principe fondamental et absolu (Cons. const. 19-20 janv. 1981, *Sécurité et Liberté*, déc. n° 80-127 DC, *Rec.* p. 15, *JO* du 22 janv. 1981, p. 308 ; également Crim. 3 mai 2000, *Dr. pén.* 2000, comm. 101, note J.-H. Robert. V. enfin DELMAS-SAINT-HILAIRE (J.-P.), « Le permis de conduire à points : défense dérangeante du retrait de points », *op. cit.*, p. 323).

¹⁸⁶⁸ Sur les contours du recours de pleine juridiction, V. CEDH 23 oct. 1995, *Schmautzer*, série A, n° 328-A, spéc. § 35 et 36. V. également MORIN (X.) et SAMSON (F.), « Note sous Crim. 26 juin 1996 », *Gaz. Pal.* 1997.1, spéc. p. 298. V. également *infra*, n°s *et ss.*

¹⁸⁶⁹ Pour accentuer cette impuissance du juge, précisons que selon l'art. L. 223-4 C. route, le relèvement prévu par l'art. 702-1 C. pr. pén. ne peut être utilisé, de sorte que le juge pénal ne peut moduler d'une quelconque manière le retrait de points. De même, la réhabilitation prévue par l'art. 782 C. pr. pén. ne peut s'appliquer au retrait administratif des points du permis de conduire, cette mesure ne constituant nullement une peine correctionnelle ou contraventionnelle au sens de cette disposition. Un raisonnement identique – tenant à l'absence d'une telle qualification – pouvant semble-t-il être développé s'agissant de la dispense de peine (CAA Paris, 5 déc. 2000, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Lejeune*, *RFD adm.* 2001, p. 507). Toutefois, très récemment, le Conseil d'Etat a estimé qu'une dispense de peine fait échec au retrait de points puisque la déclaration de culpabilité suivie d'une dispense de peine « ne saurait être assimilée à une condamnation au sens de l'art. [L. 223-1 al. 4] C. route » (C.E. 16 juin 2004, req. n° 248628, *AJDA* 2004, p. 1934, concl. D. Chauvaux ; *D.* 2005, *Jurisp.* p. 2516, note D. Père. Sur cette affaire, V. également, T.A. Toulouse, 29 juin 1998, *Barcelo*, *D.* 2000, *Somm.* p. 116, obs. G. Roujou de Boubée ; *Dr. pén.* 1999, comm. 69, obs. J.-H. Robert ; *Petites affiches*, 1^{er} mars 1999, p. 15, note J.-Y. Chabanne). Une ultime latitude du juge serait à rechercher dans l'application de l'art. 775-1 C. pr. pén. relative à l'exclusion d'une condamnation du bulletin n° 2 du casier judiciaire et dont l'alinéa 2 permet le relèvement d'une déchéance de quelque nature qu'elle soit et résultant de la condamnation (sur ce point, V. CÉRÉ (J.-P.), *Rép. pén.*, v° « Permis à points », n° 15 ; *Le permis à points*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 34.).

¹⁸⁷⁰ Précisons toutefois que le contrevenant conserve la possibilité de déférer la décision ministérielle du retrait de points devant le juge de l'excès de pouvoir : C.E. 22 nov. 1995 (avis), *Charton*, *Leb.* p. 421, concl. P. Frydman ; *JO* du 18 janv. 1996, p. 896 ; *D.* 1996, IR p. 30 – C.E. 4 juin 1997, *Ministère de l'Intérieur c/ Mittermite*, *Gaz. Pal.* 2-3 déc. 1998, p. 3 ; *AJDA* 1997, p. 800 – C.E. Sect. 20 juin 1997 (avis), *Fety et autres*, *Leb.* p. 247 – C.E. 28 juill. 2000 (avis), *Boullay*, *D.* 2000, IR p. 241 – C.E. 30 janv. 2002, *Ministère de l'Intérieur c/ Banville* (inédit) – C.E. 5 déc. 2005, *Ministère de l'Intérieur c/ Martineau*, *Leb.* p. 546. Toutefois, selon le Pr. SUDRE, ce type de contrôle ne doit pas être surestimé puisqu'il « permet seulement de contrôler la régularité de la procédure administrative ayant conduit au retrait de points et rien de plus » (« Note sous CEDH 23 sept. 1998, *Malige c/ France* », *JCP* 1999.II.10086, p. 926). V. également COUZINET (M.), « Permis à points. Remarques sur les décisions du Conseil d'Etat en suite des recours contre le décret du 25 juin 1992 », *Gaz. Pal.* 4 mars 1993, p. 253 : « un recours administratif serait sinon toujours, du moins la plupart du temps illusoire ».

déclaration initiale de culpabilité ne peut pallier les carences conventionnelles s'agissant de la phase du retrait de points.

Comment dès lors comprendre cette pétition de principe tenant pour la Cour européenne des droits de l'homme à nier toute violation de l'article 6 § 1 Conv. EDH ? Il est vain de recourir au critère matériel pour apporter une quelconque solution. L'inclusion du retrait de points dans la matière pénale tient évidemment à la sévérité de cette mesure ; mais cette gravité garantit seulement l'applicabilité de l'article 6 § 1 Conv. EDH et ne saurait bien sûr être utilisée pour conclure à l'application respectueuse de cet article et à la non-violation des dispositions conventionnelles. La reconnaissance du respect de ces dernières doit être recherchée ailleurs qu'à travers un critère matériel. Présentée comme une sanction administrative immergée dans les phases finales du procès pénal, la perte de points du permis de conduire ne trouve de légitimité au regard de l'article 6 § 1 Conv. EDH qu'en ayant recours à un critère formel.

781. Sanction administrative du retrait de points et "matière pénale" : utilité d'un critère formel. – Il semblerait que nous ayons depuis trop longtemps distingué le retrait de points du permis de conduire et la condamnation pénale, alors même qu'un lien étroit les anime. Il est vrai que la jurisprudence constante de la Chambre criminelle sur le contrôle de la légalité des actes administratifs a favorisé cette distinction. Mais si cette prise de position s'avère indiscutable – dans la mesure où, étant postérieur à la décision pénale, le contrôle du retrait administratif de points du permis de conduire n'est d'aucune incidence sur la solution du procès pénal¹⁸⁷¹ – cela ne signifie nullement que la perte de points soit indépendante et indifférente envers le contentieux pénal. Au contraire, il est nécessaire de remarquer avec quel soin la Cour européenne dans l'arrêt du 23 septembre 1998 met en évidence l'interdépendance entre la sanction administrative et le droit de punir de nature pénale qui s'est antérieurement exprimé. Revêtue d'un caractère punitif et dissuasif, la perte de points du permis de conduire s'apparente, selon la Cour de Strasbourg, « à une peine accessoire » (§ 39) résultant « de plein droit de la condamnation prononcée par le juge pénal » (§ 38)¹⁸⁷². Le juge européen

¹⁸⁷¹ Crim. 11 juill. 1994, *Bull. crim.* n° 271 ; *Rev. sc. crim.* 1995, p. 344, obs. B. Bouloc – Crim. 11 déc. 1996, *Dr. pén.* 1997, comm. 37, obs. J.-H. Robert.

¹⁸⁷² Une difficulté peut d'ailleurs être relevée s'agissant du retrait de points intervenant à la suite du paiement de l'amende forfaitaire. Pour surpasser cet obstacle, il eût été plus judicieux pour la Cour européenne des droits de l'homme de se référer non à une « condamnation prononcée par le juge pénal » mais à une reconnaissance effective « de la réalité d'une infraction » au sens de l'art. L. 223-1, al. 4 C. route. Sur le retrait de points à la suite du paiement de l'amende forfaitaire, V. C.E. 26 juill. 2006, *D.* 2006, IR p. 2207.

relie donc les deux contentieux, c'est-à-dire la sanction administrative et la condamnation pénale sans pour autant les confondre¹⁸⁷³. C'est donc à travers l'inclusion expresse de la sanction administrative dans le contentieux pénal que la première doit respecter les exigences de l'article 6 § 1 Conv. EDH. Un critère formel est ainsi utilisé pour relever l'absence de violation dudit article.

782. Concurrence de la sanction administrative ou prolongement du contentieux pénal ?

– On voit donc clairement comment la Cour européenne intègre la sanction administrative du retrait de points dans le procès pénal faisant de la première le prolongement – quasi-naturel puisque automatique – du second, et non son concurrent. Si l'arrêt *Malige* de la Cour européenne des droits de l'homme paraît si discutable, c'est sans doute la conséquence d'un manque d'argumentation éclairée ; mais c'est également et surtout dû au fait que, selon elle, il ne fait aucun doute que le retrait de points fait désormais partie d'un ensemble processuel tendant à garantir les exigences du procès équitable. Différents éléments se trouvent en effet associés les uns aux autres dans un respect manifeste des dispositions conventionnelles. La compétence liée, voire « *ligotée* »¹⁸⁷⁴, du juge pénal face à l'application de la perte de points se rapproche alors de la fonction – elle-aussi liée – du ministre de l'Intérieur quant au caractère obligatoire de la décision administrative du retrait de points. Mais bien que doté d'un caractère automatique, ce retrait semble conforme à première vue aux principes généraux

¹⁸⁷³ Nous nous opposons à la lecture "assimilatrice" de l'arrêt *Malige* effectuée par MM. BERTHELOT et RIO pour lesquels le retrait de points est « *très clairement et incontestablement qualifié de sanction pénale accessoire* » (« Permis à points. Une mise au "point" valant mise au coin ! », *Gaz. Pal.* 13 févr. 1999, p. 203 ; pour une identique assimilation, V. COUZINET (M.), « Permis à points et droit pénal », *D.* 1992, chron. p. 256 où l'auteur parle de « *répression pénale automatique* », ou encore CÉRÉ (J.-P.), *Le permis à points*, op. cit., pp. 63-64 et p. 67). Faut-il rappeler que la Cour européenne précise seulement que le retrait de points *s'apparente* à une peine accessoire et non qu'il constitue une telle peine, de sorte qu'aucune dualité n'est à regretter contrairement à ce que craignent ces auteurs (BERTHELOT (Th.-P.) et RIO (Y.), op. cit., p. 204). La Cour précise encore que le législateur a eu la volonté de « *dissocier la sanction de retraits de points des autres peines prononcées par le juge pénal* » (§ 39). Les juges de Strasbourg ont certes voulu rapprocher la mesure administrative de la condamnation pénale, mais nulle confusion ne peut être relevée de leurs développements. Enfin, aucune contrariété n'existe entre la loi de 1989 et l'article 132-17 C. pén. prohibant les peines accessoires dans la mesure où de telles sanctions sont acceptables si elles se trouvent en dehors de ce code. Tel est le cas précisément des retraits de points inclus dans le seul Code de la route (Crim. 16 nov. 1999, *Bull. crim.* n° 257 ; *D.* 2000, IR p. 42 ; *Rev. sc. crim.* 2000, p. 603, obs. B. Bouloc – Crim. 3 mai 2000, *Dr. pén.* 2000, comm. 101, note J.-H. Robert). Sur les peines accessoires, V. *supra*, n° .

¹⁸⁷⁴ BRAIBANT (G.) et STIRN (B.), *Le droit administratif français*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2002, p. 277.

de la matière pénale¹⁸⁷⁵ dans la mesure où, notamment, il constitue un système punitif légalement proportionné¹⁸⁷⁶.

Mais au-delà de l'idée de prolongement, ne s'instaure-t-il pas une complémentarité des instances ? Complémentarité dont le droit pénal reste le cadre d'action et dans lequel s'exerce une forme de répression administrative pouvant être présentée comme l'un des éléments préparateurs – la suspension administrative du permis de conduire – ou conclusifs – le retrait de points du permis de conduire – de l'œuvre pénale¹⁸⁷⁷. Cette complémentarité, indispensable au traitement de la délinquance routière, se retrouve en droit des étrangers, domaine éminemment propice à la conjonction des pouvoirs répressifs tant pénaux qu'administratifs.

b. Le droit des étrangers

783. Si le droit des étrangers avait été modifié par de simple retouches formelles du fait de l'entrée en vigueur le 1^{er} mars 2005 de la partie législative du *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*¹⁸⁷⁸, force est de reconnaître que la loi n° 2006-911 du 24

¹⁸⁷⁵ V. toutefois notre contestation sur cette conformité (*infra*, n°). Cependant, pour une nouvelle consécration de la constitutionnalité du permis à points, V. Cons. const. 16 juin 1999, déc. n° 99-411 DC (Loi n° 99-505 du 18 juin 1999 portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs, *JO* du 19 juin 1999, p. 9018).

¹⁸⁷⁶ Selon MM. COUV RAT et MASSÉ, le retrait de points est « une sorte de punition complémentaire infligée par le législateur lui-même, sans qu'il n'y ait de relais ni judiciaire, ni administratif » (« Note sous Crim. 6 juill. 1993 », *op. cit.*, p. 35). Pour le Pr. SUDRE, le retrait de points est « une sanction proprement législative » (« Note sous CEDH 23 sept. 1998, *Malige c/ France* », *op. cit.*, p. 926).

¹⁸⁷⁷ Cette logique de complémentarité et d'interdépendance des fonctions administrative et pénale se retrouve également dans la compétence du juge judiciaire en matière de contrôle de la légalité de la décision préfectorale d'injonction de remise du permis de conduire en cas de perte totale de points (Crim. 26 juin 1996, *op. cit.*).

¹⁸⁷⁸ Ord. n° 2004-1248 du 24 nov. 2004 portant Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, *JO* du 25 nov. 2004, p. 19924. Dès lors, les règles inhérentes au droit des étrangers et issues de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 et de ses multiples modifications perduraient. V. notamment Loi n° 76-622 du 20 juill. 1976 – Loi n° 86-1025 du 9 sept. 1986, *JO* du 12 sept. 1986, p. 11035 – Loi n° 91-1383 du 31 déc. 1991, *D.* 1992, Lég. p. 73 – Loi n° 92-190 du 26 févr. 1992, *D.* 1992, Lég. p. 222 – Loi n° 93-1027 du 24 août 1993, *D.* 1993, Lég. p. 485 – Loi n° 93-1313 du 20 déc. 1993, *D.* 1994, Lég. p. 11, rect. p. 175, rect. p. 452 – Loi n° 96-647 du 22 juill. 1996, *D.* 1996, Lég. p. 347 – Loi n° 97-396 du 24 avril 1997, *JO* du 25 avril 1997, p. 6268 – Loi n° 98-349 du 11 mai 1998, *D.* 1998, Lég. p. 173 – Loi n° 2003-1119 du 26 nov. 2003, *JO* du 27 nov. 2003, p. 20136 ; *D.* 2003, Lég. 3012 ; *Petites affiches* 20 janv. 2004, n° 14, p. 11 et 21 janv. 2004, n° 15, p. 10. V. également TURPIN (D.), « La loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité », *D.* 2004, p. 283. Pour des critiques de la codification à droit constant, V. TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 342 ; SOURIOUX (J.-L.), « Codification et autres formes de systématisation du droit à l'époque actuelle », *Journ. de la Société de législation comparée*, 1988, p. 145.

juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration¹⁸⁷⁹ apporte des corrections plus substantielles.

Quelles que soient les modifications apportées au droit des étrangers, deux mesures relatives à l'éloignement des étrangers perdurent et manifestent la corrélation pouvant exister entre le droit pénal et le droit administratif. La reconduite à la frontière (1) et l'expulsion (2) s'inscrivent clairement dans une optique de complémentarité – parfois même de concurrence – avec le droit pénal ce qui ne saurait toutefois exclure l'émergence d'une certaine autonomie punitive. Notons que l'interdépendance des droits, perceptible dans ces mesures, se traduit également par la contrainte physique pouvant s'exercer sur les étrangers par l'application d'une mesure de rétention administrative (3).

1) La reconduite à la frontière

784. Reconduite à la frontière : modalité d'exécution de la décision pénale. – Nous savons que cette mesure se présente comme l'annexe obligatoire de la peine d'interdiction du territoire français. En effet, en vertu de l'article 131-30, alinéa 2 C. pén., l'« interdiction du territoire entraîne de plein droit la reconduite du condamné à la frontière ». Il est indéniable dans cette hypothèse que la reconduite à la frontière constitue le complément nécessaire de l'œuvre pénale ; elle est en effet le mode d'exécution exclusif d'une sanction pénale¹⁸⁸⁰. Mais s'il est possible ici de mettre en perspective la relation évidente entre les domaines du droit pénal et du droit administratif, aucune prérogative punitive propre à l'Administration ne peut pour autant être relevée. La mise en place de la reconduite à la frontière suite à la condamnation pénale se traduit en pratique par « une réquisition du procureur de la République au préfet à fin d'exécution de la peine »¹⁸⁸¹, ce qui induit une compétence liée de l'autorité préfectorale quant à l'accomplissement de cette mesure. L'Administration ne joue ici qu'un rôle d'agent d'exécution, l'acte administratif de reconduite faisant partie intégrante

¹⁸⁷⁹ JO du 25 juill. 2006, p. 11047. V. également Cons. const. 20 juill. 2006, déc. n° 2006-539 DC, D. 2006, p. 1909. Sur cette loi, V. spéc. GUIMEZANES (N.), « La loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration », JCP 2006.I.167.

¹⁸⁸⁰ Crim. 21 nov. 1984, Bull. crim. n° 364. V. également GUIGUE (J.) et PANSIER (F.-J.), Rép. pén., v° « Interdiction du territoire français (Reconduite à la frontière) », spéc. nos 21 et ss. Sur l'interdiction du territoire français, V. plus spécialement NASRI (A.), « Brèves réflexions sur le fondement de l'interdiction du territoire français », Dr. pén. 2000, chron. 5.

¹⁸⁸¹ FOMBEUR (P.), « Conclusions sur C.E. Sect. 28 juill. 2000, Préfet de police c/ Diagola », RFD adm. 2001, p. 1022.

de la condamnation pénale¹⁸⁸². Cette dernière constitue donc le fondement de l'action administrative, celle-ci devenant l'auxiliaire du droit pénal.

Toute autre est cependant l'hypothèse dans laquelle le préfet, indépendamment de toute condamnation pénale, décide de prendre un arrêté de reconduite à la frontière. Dans ce cas, la situation s'inverse et c'est alors le droit pénal qui devient l'accessoire de la mesure administrative de reconduite à la frontière.

785. Reconduite à la frontière : palliatif à l'inexécution de la décision pénale. – Selon l'arrêt *Préfet de police c/ Diagola* du 28 juillet 2000 du Conseil d'Etat, l'interdiction du territoire français prononcée par le juge pénal « ne fait pas obstacle à ce que le préfet fasse usage des pouvoirs qu'il tient de l'article 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 [actuel article L. 511-1, II C. étr.] pour prendre une mesure administrative de reconduite à la frontière à l'encontre du même étranger lorsque celui-ci, du fait de l'absence d'exécution de la sanction pénale, se trouve en situation irrégulière sur le territoire français »¹⁸⁸³. Si l'intéressé, qui se maintient sur le territoire national, n'est plus sous le coup de la peine complémentaire d'interdiction du territoire par suite de l'expiration de la durée de l'interdiction ou du relèvement par le juge pénal, le préfet peut pallier l'ineffectivité de la condamnation pénale en usant de son pouvoir autonome de décider de la reconduite à la frontière de la personne. Par cette initiative, l'autorité administrative remédie à la carence de la force exécutive de la décision pénale et peut également s'opposer à l'indulgence expresse de l'autorité judiciaire. Elle ressuscite fictivement la sanction pénale oubliée ou abolie par le juge pénal et, s'inscrivant dans le moule pénal, poursuit une indéniable dynamique punitive.

786. Reconduite à la frontière : manifestation du droit de punir administratif. – Les mesures d'éloignement en droit des étrangers ne relèvent pas, selon le Conseil d'Etat, du pouvoir de sanction de l'Administration¹⁸⁸⁴. En tant que mesures de police, elles s'inscriraient davantage dans une démarche de prévention de l'ordre public que dans une logique de répression d'un comportement précis. Pourtant, l'article L. 511-1, II C. étr. selon lequel, le préfet (ou le préfet de police à Paris) peut ordonner par arrêté motivé la reconduite à la

¹⁸⁸² L'une des conséquences de cette assimilation est l'irrecevabilité de l'exception d'illégalité de l'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière : Crim. 15 juin 1997, *Jurisdata* n° 000957 – Crim. 28 avril 1998, *Bull. crim.* n° 141. V. également C.E. 26 mai 1995 (avis), *Stein, Leb.* p. 716.

¹⁸⁸³ C.E. Sect. 28 juill. 2000, *Préfet de police c/ Diagola*, *op. cit.*, p. 1027.

¹⁸⁸⁴ CONSEIL D'ETAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, *op. cit.*, p. 38.

frontière de l'intéressé dans des cas limitativement énumérés¹⁸⁸⁵, renferme des caractéristiques mettant très nettement en avant son caractère répressif.

Cette mesure autonome d'exclusion de l'étranger du territoire national peut tout d'abord être envisagée à la suite d' « *une condamnation définitive pour contrefaçon, falsification, établissement sous un autre nom que le sien ou défaut de titre de séjour* » (C. étr., art. L. 511-1, II, 5°). Comme dans le cas précédemment évoqué du relèvement, l'Administration pallie ici la clémence du juge pénal (qui n'a pas prononcé d'interdiction du territoire français) en prolongeant les effets de la condamnation. En substituant la reconduite à la frontière au refus de l'autorité judiciaire d'infliger une interdiction du territoire, le préfet intègre dans sa décision les finalités propres à cette peine complémentaire. Ainsi, et prenant expressément appui sur une condamnation pénale, la fonction répressive de la reconduite à la frontière l'emporte sur sa fonction initialement préventive. Cette logique s'exprime également à l'article L. 511-1, II, 7° C. étr. Cette disposition permet de reconduire à la frontière un individu dont le maintien sur le territoire constitue une menace réelle pour l'ordre public¹⁸⁸⁶. Or, la meilleure preuve de la réalité de ce danger n'est-elle pas de s'appuyer sur une condamnation pénale intervenue antérieurement ou sur la mise en cause de l'individu dans un dossier pénal ? La qualité – réelle ou potentielle – de délinquant démontre sans conteste la menace que l'individu pourrait ou a fait peser – et pourrait à nouveau faire peser – sur l'ordre public¹⁸⁸⁷. Conditionnée par une possible condamnation pénale, la reconduite à la frontière regroupe encore ici les aspirations punitives propres à la peine d'interdiction du territoire français.

787. Reconduite à la frontière et illusion du concept de mesure de police. – En dehors de toute condamnation pénale, la reconduite à la frontière n'est pas exempte de connotation répressive. Si nous ne pouvons nier le fait que l'arrêté préfectoral s'induit d'une volonté de

¹⁸⁸⁵ Cette faculté du préfet est issue de la loi du 9 sept. 1986 (précit.). Avant ce texte, la reconduite à la frontière issue originellement de la loi n° 81-973 du 29 oct. 1981 (*JO* du 30 oct. 1981, p. 2970), n'était qu'une mesure d'exécution de la peine d'interdiction du territoire.

¹⁸⁸⁶ Menace ayant donné lieu à un retrait du titre de séjour ou à un refus de délivrance ou de renouvellement d'un titre de séjour. Dans le cas où ces décisions de retrait ou de refus n'ont été motivées par aucune menace à l'ordre public, l'article 52 de la loi du 24 juill. 2006 prévoit la possibilité pour l'autorité administrative d'assortir ses décisions d'une « *obligation de quitter le territoire français* » (C. étr., art. L. 511-1, I). Si la portée réprobatrice de cette obligation est incontestablement moindre que celles de la reconduite à la frontière et de l'expulsion, il demeure qu'une ombre punitive semble se profiler à nouveau en droit des étrangers ; la pratique future de cette injonction confirmera peut-être notre prédiction...

¹⁸⁸⁷ Sur ce point, V. VANDENDRIESSCHE (X.), *J-Class. adm.*, v° « Etranger (Mesures d'éloignement) », fasc. 236, spéc. n°s 126 et ss.

prévention et de protection de l'ordre public, nous ne saurions davantage occulter le point selon lequel le préfet constate une situation illégale et prononce la reconduite à la frontière sur la base de celle-ci. Le comportement et le statut de l'individu – et non pas simplement le risque pour l'ordre public que ce comportement ou ce statut peut induire – fondent véritablement la mesure d'éloignement. Une telle affirmation, loin de se concentrer sur la reconduite à la frontière, tend plus largement à remettre en cause le concept même de mesure de police. En effet, une telle mesure se définit comme une *mesure préventive tendant à parer un nouveau trouble à l'ordre public*¹⁸⁸⁸. Cette définition ne peut être pleinement satisfaisante dans la mesure où la prévention d'un acte futur ne peut s'appuyer que sur l'appréciation d'un acte présent. La prise en compte de la nécessaire prévention s'effectue en fonction d'une actualité caractérisée par son illégalité. Le simple souci de prévenir un trouble à venir ne suffit pas pour démontrer l'opportunité d'une reconduite à la frontière. Encore faut-il que la situation actuelle soit d'une gravité suffisante. En l'absence de cette gravité, qui ne saurait se confondre avec une quelconque – et impossible – évaluation d'un risque futur, aucune mesure d'éloignement n'est recevable. Celle-ci devant se fonder sur une illégalité manifeste et actuelle pour être justifiée¹⁸⁸⁹. Dès lors, face à cette démonstration, force est de reconnaître que les mesures de police, aux dimensions certes partiellement préventives, s'établissent prioritairement sur la volonté de répondre à un acte illégal, voire de le réprimer¹⁸⁹⁰. Mais cette négation de la mesure de police que nous avons mise en évidence grâce à la reconduite à la frontière se trouve plus directement consacrée par le concept d'*expulsion*.

2) L'expulsion

¹⁸⁸⁸ Pour une définition de la mesure de police, V. CONSEIL D'ETAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, op. cit., p. 38 ; DE CROONE (J.), « La sanction administrative dans le droit des étrangers », *AJDA* 20 oct. 2001, n° spécial, pp. 61-62.

¹⁸⁸⁹ Pour un cas de non-justification de la reconduite à la frontière, V. C.E. 16 mars 2005, *M^{me} Angelova*, *JCP* 2205.IV.1989 : le fait pour une personne de reconnaître aux services de police « *se livrer occasionnellement à la prostitution (...) ne suffit pas*, en l'absence de circonstances particulières, à établir que sa présence en France est constitutive d'une menace pour l'ordre public » (c'est nous qui soulignons). Ainsi, la pratique de la prostitution est, en elle-même, insuffisante pour justifier la reconduite à la frontière. Seul l'ajout d'un élément illégal d'une particulière gravité pourrait démontrer l'opportunité d'une mesure d'éloignement.

¹⁸⁹⁰ Le verbe *réprimer* vient du latin *reprimere* signifiant "contenir, empêcher d'avancer ou encore arrêter". On perçoit donc parfaitement la dualité de la répression qui induit à la fois la réponse à un acte présent et le souci de stopper la progression d'une délinquance. Répression et prévention deviennent donc indissociables, constituant un seul et même phénomène et pouvant être réunies sous le vocable de *punition*. Pour une démonstration approchante, V. MOURGEON (J.), op. cit., p. 21 ; GUERRIVE (J.-L.), « "Double peine" et police des étrangers », *D.* 2002, chron. p. 829 : « *Il n'existe cependant, ni dans les faits ni dans le droit, d'étanchéité absolue entre le domaine de la répression pénale et celui de la protection de l'ordre public* ».

788. Nature dualiste de l'expulsion. – S'il est une mesure d'éloignement ne souffrant d'aucune discussion quant à sa classification comme mesure de police, c'est bien de l'expulsion qu'il s'agit. Le Conseil d'Etat précise en effet que « *certaines mesures ont toujours, par nature, le caractère de mesures de police* »¹⁸⁹¹, prenant soin de citer sur ce point les expulsions d'étrangers¹⁸⁹². Mais face à une telle évidence, qu'il nous soit permis d'émettre des doutes sur les caractères de cette mesure¹⁸⁹³. A l'instar de la reconduite à la frontière prévue à l'article L. 511-1, II, 7° C. étr., l'expulsion a pour seule raison d'être la protection de l'ordre public¹⁸⁹⁴. Nous retrouvons ici la problématique relative à l'appréciation de la nature principale de la mesure. S'agit-il d'une mesure préventive ou pouvons-nous percevoir en elle la répression d'un acte illégal ? La réponse est connue et reprend celle évoquée plus haut : s'il est indéniable que l'expulsion favorise la prévention de toute atteinte ultérieure à l'ordre public, il est tout aussi incontestable que pour établir une telle décision, l'autorité administrative se fonde sur un comportement actuel jugé sinon illégal, du moins dangereux. La logique punitive se met alors en marche.

789. Expulsion : manifestation du droit de punir administratif. – L'assise d'une mesure d'expulsion consiste soit en une « *menace grave pour l'ordre public* » (C. étr., art. L. 521-1), soit en une « *nécessité impérieuse pour la sûreté de l'Etat ou la sécurité publique* » (C. étr., art. L. 521-2), soit enfin en un risque d'atteintes « *aux intérêts fondamentaux de l'Etat* » (C. étr., art. L. 521-3). De ces affirmations, nous pouvons conclure à l'indépendance entre le fondement de l'expulsion et l'existence d'une infraction pénale ; la seconde ne constituant pas le motif exclusif et indispensable de la première¹⁸⁹⁵. Les agissements justifiant la mesure d'éloignement peuvent ainsi être étrangers à une quelconque qualification pénale, ce qui ne saurait pour autant exclure toute logique punitive. En effet, l'« *expulsion constitue une mesure qui sanctionne un comportement et il reste que, pour l'étranger qui en est l'objet, la*

¹⁸⁹¹ CONSEIL D'ETAT, *op. cit.*, p. 38 (c'est nous qui soulignons).

¹⁸⁹² En ce sens, V. C.E. 20 janv. 1988, *Elfenzi, Leb.* p. 17 ; *AJDA* 1988, p. 223, concl. C. Vigouroux ; *JCP* 1989.II.21178, note C.S. ; *D.* 1989, Somm. p. 117, obs. P. Waquet et F. Julien-Laferrière – C.E. 19 juin 1992, *Adjim, Leb.* p. 966 – Crim. 1^{er} févr. 1995 (inédit) – Cons. const. 9 janv. 1980, déc. n° 79-109 DC, *JO* du 11 janv. 1980, p. 84 ; *D.* 1980, *Jurisp.* p. 249, note J.-B. Auby – CEDH 29 janv. 1997, *Bouchelkia c/ France, AJDA* 1998, p. 44, chron. J.-F. Flauss.

¹⁸⁹³ Pour une interrogation sur la nature juridique de l'expulsion, V. GUIMEZANES (N.), « Réflexion sur l'expulsion des étrangers », *Mélanges Holleaux*, Paris, Litec, 1990, p. 167. V. également, mais de manière moins explicite, VANDENDRIESSCHE (X.), *op. cit.*, n° 6.

¹⁸⁹⁴ C. étr., art. L. 521-1, L. 521-2 et L. 521-3.

¹⁸⁹⁵ C.E. 21 janv. 1977, *Dridi, Leb.* p. 38 ; *Gaz. Pal.* 1977.1, p. 340, concl. B. Genevois – C.E. 11 juin 1982, *Rezzouk, Leb.* p. 226 ; *AJDA* 1982, p. 599 ; *Gaz. Pal.* 1983.1, somm. p. 56. V. également VANDENDRIESSCHE (X.), *op. cit.*, n°s 33 et 34 ; GUIMEZANES (N.), *op. cit.*, pp. 171-172.

mesure s'apparente à une punition »¹⁸⁹⁶. Du reste, une gémellité demeure flagrante entre l'expulsion et la peine complémentaire d'interdiction du territoire français, tant en ce qui concerne leurs fondements que leurs effets, établissant ainsi un lien entre les disciplines.

Si l'expulsion peut rester détachée du droit pénal, il demeure que la menace à l'ordre public peut prendre les traits d'un risque vraisemblable d'infraction pénale. Plus directement encore, l'existence d'une condamnation pénale demeure la justification la plus parfaite de la mesure d'éloignement ; cette dernière prolongeant elle-aussi l'œuvre pénale¹⁸⁹⁷. Sur ce point, le dernier alinéa de l'article L. 521-2 C. étr. renforce l'interdépendance – voire l'automatisme – pouvant exister entre l'existence préalable d'une infraction suivie d'une condamnation judiciaire et l'expulsion¹⁸⁹⁸. Cette disposition énonce en effet que l'expulsion est possible si l'intéressé « *a été condamné définitivement à une peine d'emprisonnement ferme au moins égale à cinq ans* ». Cet article est caractéristique puisqu'il retient comme fondement de l'expulsion une décision pénale de condamnation et ce pour des étrangers normalement protégés de toute mesure d'éloignement. Cette même logique se retrouve à l'article L. 521-3 C. étr. Sans s'appuyer expressément sur une condamnation pénale, l'expulsion est envisageable pour les étrangers dits protégés lorsque leurs comportements sont « *de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'Etat, ou liés à des activités à caractère terroriste, ou constituant des actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne déterminée ou un groupe de personnes* »¹⁸⁹⁹. Dès lors que l'ensemble de ces agissements constituent des infractions pénales¹⁹⁰⁰,

¹⁸⁹⁶ GUIMEZANES (N.), *op. cit.*, p. 177. Et plus loin : « *L'expulsion constitue alors une forme de sanction de la menace à l'ordre public* » (p. 185). L'auteur se réfère d'ailleurs au droit comparé pour étayer sa thèse (pp. 180 et ss.). V. également PHILIPPE (X.), « La liberté d'aller et de venir » in CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.) et REVET (T.) (sous la dir.), *op. cit.* L'auteur énonce, sans aucune précision particulière, que l'expulsion « *constitue la sanction qui frappe l'étranger qui présente un danger ou une menace grave pour l'ordre public* » (c'est nous qui soulignons).

¹⁸⁹⁷ En ce sens, V. C.E. 25 juill. 1980, *Touami ben Abdeslem*, *Leb.* p. 820 ; *JCP* 1981.II.19613, note B. Pacteau. V. également GUERRIVE (J.-L.), *op. cit.*, p. 829 : « *l'existence de sanctions pénales n'est jamais neutre dans l'appréciation que peut faire l'autorité administrative de la situation d'un étranger* ». Et plus loin : « *dans la mesure où les faits en débat sont ceux qui ont justifié la sanction pénale, le débat devant le juge administratif va apparaître comme une résurgence du procès pénal* » (p. 831).

¹⁸⁹⁸ L'automatisme pouvant exister entre la condamnation pénale et l'expulsion n'est pas un phénomène récent. V. notamment les déclarations du ministre de l'Intérieur devant l'Assemblée nationale le 21 avr. 1976 : « *Ces expulsions se font automatiquement dès la sortie de prison des intéressés, conformément aux instructions que j'ai données* » (*JO déb. Ass. nat.* 1976, p. 1957).

¹⁸⁹⁹ Cette logique se retrouve à l'article 131-30-2 (dern. al.) C. pén. relatif à la peine d'interdiction du territoire français.

¹⁹⁰⁰ S'agissant des atteintes aux intérêts fondamentaux de l'Etat et aux actes à caractère terroriste, il convient de se reporter aux infractions inscrites au livre IV du Code pénal. Les actes de provocation font quant à eux référence aux articles R. 625-7 C. pén. et 24 al. 6 de la loi du 29 juill. 1881 sur la presse.

l'interdépendance entre ces dernières et l'expulsion se fait plus intense. Intensité que l'on retrouve même en l'absence de condamnation et de sanction précisément pénales ; dans ces hypothèses, l'Administration intervient alors pour finaliser et même pallier l'inertie du juge pénal.

3) *Le problème spécifique de la rétention administrative*

790. La rétention administrative (C. étr., articles L. 551-1 et suivants) ne peut être perçue comme une manifestation du droit de punir administratif exercé à l'encontre des étrangers. Elle constitue certes une privation de liberté pouvant être appliquée à la suite d'une infraction pénale, mais elle n'est bien évidemment qu'une modalité d'application des mesures d'éloignement que sont les reconduites à la frontière et les expulsions. Si ces dernières se présentent sous une forme majoritairement punitive, la rétention administrative n'est qu'une contrainte préalable à leur exercice. A l'image de ce que nous avons énoncé pour la contrainte préalable de nature pénale¹⁹⁰¹, la rétention administrative doit être expressément fondée sur un titre de contrainte et, sur ce point, l'existence d'une infraction ou d'une condamnation pénale, bien que devenant un élément déterminant pour le juge administratif¹⁹⁰², n'est pas pour autant systématique¹⁹⁰³.

Malgré cette distance séparant la rétention administrative de toute logique punitive, il est intéressant de remarquer que le droit pénal ou, plus précisément, l'autorité judiciaire reste largement présent dans le fonctionnement de cette mesure coercitive. Préalable à des mesures d'éloignement, la rétention administrative demeure une restriction au droit à la sûreté et ressortit de la compétence de l'autorité judiciaire au regard de l'article 66 de la Constitution de 1958¹⁹⁰⁴. On le voit, l'intervention judiciaire et notamment pénale demeure une garantie dont il est dangereux de se passer. Si cette prudence est nécessaire s'agissant d'une simple

¹⁹⁰¹ V. *supra*, n^{os} et .

¹⁹⁰² GUERRIVE (J.-L.), *op. cit.*, p. 832.

¹⁹⁰³ DECOCQ (A.), MONTREUIL (J.) et BUISSON (J.), *Le droit de la police*, *op. cit.*, n° 460, p. 223.

¹⁹⁰⁴ Le juge des libertés et de la détention est compétent pour accorder la prorogation de la rétention administrative (C. étr., art. L. 552-1 et ss. ; décret n° 2004-1215 du 17 nov. 2004, *JO* du 18 nov. 2004, p. 19426). Cette mesure privative de liberté est dès l'origine une décision administrative du préfet. Pour autant, cette nature initiale se modifie au cours de l'exercice de la rétention administrative lui conférant ainsi une nature hybride. L'intervention du juge des libertés et de la détention en matière de prolongation de la rétention traduit effectivement l'émergence de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, dans une mesure naturellement administrative. Sur ce point, V. également. SCHOETTL (J.-E.), « La nouvelle loi sur l'immigration devant le Conseil constitutionnel », *Petites affiches* 21 janv. 2004, n° 15, spéc. pp. 12 et ss. ; MOREL (V.), « La réforme de la rétention administrative des étrangers », *Procédures*, 2004, chron. 3.

mesure de contrainte, l'est-elle davantage en ce qui concerne la répression administrative elle-même. Devant l'importance du paradigme pénal en matière punitive, force est de reconnaître que l'autorité administrative est contrainte de s'y conformer.

B. – Le droit pénal, "arrière-plan punitif standard" pour la répression administrative

791. *Sanctions administratives et modèle pénal.* – Mise à part le cas particulier du retrait de points du permis de conduire, l'ensemble des mesures administratives précédemment énoncées ne s'inscrivent pas ouvertement dans la catégorie des *sanctions administratives*¹⁹⁰⁵. Ce n'est qu'après une analyse du relief punitif pouvant émerger de ces mesures qu'un rapport peut s'établir avec ces dernières, sans que s'établisse toutefois une assimilation.

Aussi devons-nous à présent nous interroger plus précisément sur la sanction administrative *stricto sensu*. Manifestation la plus aboutie de la répression administrative, ce type de sanctions ne s'exprime nullement dans un cadre d'action dont le droit pénal tracerait les contours. Si les sanctions administratives s'exercent isolément par rapport au droit pénal, nul ne saurait croire pour autant à une exclusion de toute référence aux garanties et principes propres à ce dernier. On retrouve ici le paradoxe relevé par le Pr. DELMAS-MARTY qui constatait que « *la dépénalisation (...) s'accompagne de l'apparition d'une sorte de droit commun de la sanction, qui puise son inspiration dans le droit pénal [et] (...) participerait ainsi à la promotion des principes issus du droit pénal en un droit commun du contrôle social* »¹⁹⁰⁶.

Ainsi, que la répression soit l'œuvre de l'autorité administrative (1°) ou des autorités administratives indépendantes (A.A.I.) (2°), le droit pénal demeure un standard¹⁹⁰⁷ qu'il faut suivre. En tentant d'intégrer au maximum les règles et garanties de nature pénale, nul doute que ces répressions extra-pénales souhaitent concurrencer ouvertement le droit de punir mis en œuvre par le droit pénal lui-même.

¹⁹⁰⁵ Si la contravention de grande voirie ne nourrit aucun doute quant à son caractère sanctionneur, elle se distingue en revanche très clairement des sanctions administratives du fait de sa nature pénale.

¹⁹⁰⁶ DELMAS-MARTY (M.), « Les contradictions du droit pénal », *Rev. sc. crim.* 2000, p. 4.

¹⁹⁰⁷ Sur cette notion de standard, V. spéc. DELMAS-MARTY (M.), « Les standards en droit pénal », *RRJ* 1988-4, 1020 (*Les Standards dans les divers systèmes juridiques*) ; *Pour un droit commun*, op. cit., pp. 123 et ss. (précisons que cet auteur distingue les *standards* des *principes directeurs* ou des *principes généraux du droit*. Pour notre part, par souci de clarté, nous assimilerons ces divers concepts) ; BLOUD-REY (C.), v° « Standard » in RAYNAUD (P.) et RIALS (S.) (sous la dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit., p. 1439. V. également LETURCQ (S.), *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 2005 ; et plus largement MALAURIE (P.) et MORVAN (P.), *Droit civil. Introduction générale*, op. cit., n° 250.

1°/ L'exercice de la répression par l'autorité administrative

792. Particularités de certaines sanctions administratives : sanctions fiscales et mesures voisines. – Selon le Pr. J.-M. AUBY, « on ne saurait condamner sans réserves les sanctions administratives. Celles-ci peuvent avoir leur place dans un Etat libéral, à la condition que leur domaine d'application soit étroitement limité, qu'elles n'empiètent en aucune manière sur la répression pénale »¹⁹⁰⁸. Cette mise en garde du milieu du XX^{ème} siècle allait trouver un écho particulièrement sensible en matière fiscale. Nous vîmes déjà nombre des attributions répressives de l'autorité administrative – retrait de points et suspension du permis de conduire, expulsion, etc. – mais les sanctions fiscales, au regard de leur importance quantitative¹⁹⁰⁹, doivent également retenir notre attention. Leur nature nécessairement pécuniaire – amende ou confiscation – les rapproche sensiblement d'une sanction pénale, et plus particulièrement des amendes. C'est cette corrélation mais également la concurrence avec le droit pénal qui doivent être mises en évidence et qui finalement confèrent à ces sanctions un intérêt spécifique. Mais avant d'entreprendre l'étude des sanctions fiscales (b), précisons toutefois qu'à côté de ce type très particulier de répression, coexistent des sanctions qui, par leur nature identiquement – et fortement – pécuniaire, lui sont voisines. A ce titre, et compte tenu des liens extrêmement étroits qu'elle entretient avec le droit pénal, une mesure mérite d'être analysée : la contribution forfaitaire spéciale versée à l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations (a).

a. La contribution forfaitaire spéciale versée à l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations

793. Second aspect du droit des étrangers. – Nous avons déjà analysé les sanctions pouvant être infligées en droit des étrangers et à l'encontre même des étrangers¹⁹¹⁰. Nous devons à présent examiner les mesures prises contre des ressortissants nationaux et participant – intentionnellement ou non – à l'irrégularité de la situation de la personne étrangère. S'agissant des agissements non-intentionnels, l'article L. 625-1 C. étr. (anc. art. 20 bis de

¹⁹⁰⁸ AUBY (J.-M.), « Les sanctions administratives en matière de circulation automobile », *op. cit.*, p. 112.

¹⁹⁰⁹ Importance quantitative en terme de sanctions prononcées (environ 8 millions par an) et de recette pour l'Etat (15 milliards de francs pour 1997). Sur ces données chiffrées, V. AUSTRY (S.), « Les sanctions administratives en matière fiscale », *AJDA* 20 oct. 2001, n° spécial, p. 51-52 ; PAULTRE DE LAMOTTE (J.), « Les sanctions fiscales dans le système fiscal français : présentation d'ensemble », *Rev. fr. fin. publ.* 1999, p. 9.

¹⁹¹⁰ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

l'ordonnance du 2 novembre 1945)¹⁹¹¹ donne compétence au ministre de l'Intérieur pour prononcer une « *amende d'un montant maximum de 5 000 euros [à l'encontre de] l'entreprise de transport aérien ou maritime qui débarque sur le territoire français, en provenance d'un autre Etat, un étranger non ressortissant d'un Etat membre de l'Union économique européenne et démunie du document de voyage et, le cas échéant, du visa requis* ». Cette mesure, pouvant être prononcée autant de fois qu'il y a de passagers concernés¹⁹¹², constitue une amende administrative versée au Trésor qui peut être réduite, de manière toutefois exceptionnelle¹⁹¹³, par le ministre ou le juge administratif. Le rehaussement du montant de l'amende par la loi du 26 novembre 2003 confirme la volonté d'accroître la répression administrative en ce domaine en rapprochant ce montant – jusqu'à présent modeste – d'un montant similaire à celui des amendes pénales¹⁹¹⁴.

C'est ce rapprochement que l'on constate également s'agissant des actes intentionnels de fraude à l'égard de la législation sur les étrangers. La contribution forfaitaire spéciale versée à l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations s'inscrit effectivement dans ce mouvement évolutif de "pénalisation"¹⁹¹⁵ de la répression administrative.

¹⁹¹¹ Cet article 20 *bis* fut inséré dans l'ordonnance de 1945 par la loi n° 92-190 du 26 févr. 1992 (*JO* du 29 févr. 1992). V. également Cons. const. 25 févr. 1992, *Zone de transits*, déc. n° 92-307 DC, *JO* du 27 févr. 1992 ; *Rec.* p. 8 et 155 ; *RFD adm.* 1992, p. 185, note B. Genevois.

¹⁹¹² C. étr., art. L. 625-2, al. 1^{er}.

¹⁹¹³ Sur ce point, V. DUCAROUGE (F.), « Le transport international de voyageurs : le cas des amendes administratives infligées aux transporteurs », *AJDA* 20 oct. 2001, n° spécial, spéc. p. 71.

¹⁹¹⁴ On peut craindre toutefois que cette élévation du montant de l'amende ne modifie pas la stratégie économique qui était conduite par les entreprises avant la loi du 26 novembre 2003. Les sociétés – Air France notamment – incluait en effet dans la prévision de leurs coûts le risque du prononcé de l'amende de l'art. L. 625-1 C. étr. Ce risque, naturellement potentiel, s'avère moins coûteux qu'un développement du recrutement du personnel et de leur formation. Sur les espoirs liés à un relèvement du montant de l'amende, V. DUCAROUGE (F.), *op. cit.*, p. 72.

¹⁹¹⁵ Par le terme *pénalisation*, nous ne souhaitons pas traduire la réintégration du droit pénal dans le traitement d'un contentieux déterminé, mais l'introduction des principes généraux du droit répressif, c'est-à-dire les garanties inhérentes à la "matière pénale" telles qu'elles ressortent des dispositions de la Conv. EDH, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et même des décisions du Conseil constitutionnel statuant sur la base de l'art. 8 DDHC. Pour un emploi en ce sens, V. notamment CONSEIL D'ETAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, *op. cit.*, p. 65 ; RENUCCI (J.-F.), *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 2002, p. 249 ; MODERNE (F.), « Sanctions administratives et protection des libertés individuelles au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », *Petites affiches* 17 janv. 1990, n° 8, spéc. pp. 17 à 21 ; « La sanction administrative (éléments d'analyse comparative) », *op. cit.*, spéc. p. 490 ; FLAUSS (J.-F.), « Sanctions fiscales et Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. fr. fin. publ.* 1999, spéc. pp. 79 à 84 ; BRISSON (J.-F.), « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 1999, p. 849 ; MIGNON (E.), « L'ampleur, le sens et la portée des garanties en matière de sanctions administratives », *AJDA* 20 oct. 2001, n° spécial, p. 104.

794. Approche formelle de la contribution spéciale. – Institué par l’ordonnance du 2 novembre 1945, l’Office des migrations internationales (O.M.I.) est devenu par la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005¹⁹¹⁶, l’Agence nationale de l’accueil des étrangers et des migrations. Selon l’article L. 341-9 C. trav., cette agence est un établissement public administratif de l’Etat et jouit d’une compétence élargie par rapport à celle précédemment reconnue à l’O.M.I.¹⁹¹⁷. S’agissant en revanche de la réception par cet établissement public de la contribution spéciale instituée par l’article L. 341-7 C. trav., la loi du 18 janvier 2005 reprend rigoureusement les dispositions précédemment applicables à l’O.M.I.¹⁹¹⁸. Ainsi, « sans préjudice des poursuites judiciaires qui pourront être intentées à son encontre », nous dit le texte, « l’employeur qui aura occupé un travailleur étranger en violation des dispositions de l’article L. 341-6, premier alinéa¹⁹¹⁹ sera tenu d’acquitter une contribution spéciale au bénéfice de l’Agence nationale de l’accueil des étrangers et des migrations ». Les conditions d’application de cette contribution spéciale décidée par le directeur de l’Agence furent précisées par le décret n° 2005-381 du 20 avril 2005¹⁹²⁰. A ce titre, l’ensemble de ces précisions fit l’objet d’un paragraphe 5 au sein du Code du travail relatif aux « Dispositions financières et comptables » concernant l’Agence nationale de l’accueil des étrangers et des migrations. Cette position dans l’ordonnancement formel du Code du travail semble logique puisque l’article L. 341-10 alinéa 4 et plus spécialement encore l’article R. 341-22 c) retiennent que les contributions spéciales prévues à l’article L. 341-7 constituent les ressources de l’Agence. Une lecture littérale des textes justifie donc logiquement l’inclusion de ces contributions dans des dispositions propres à la comptabilité et non à la pénalité

¹⁹¹⁶ Loi n° 2005-32 du 18 janv. 2005 de programmation pour la cohésion sociale, *JO* du 19 janv. 2005, p. 864.

¹⁹¹⁷ Selon l’art. L. 341-9 C. trav., l’ « agence est chargée, sur l’ensemble du territoire, du service public de l’accueil des étrangers titulaires, pour la première fois, d’un titre les autorisant à séjourner durablement en France. Elle a également pour mission de participer à toutes actions administratives, sanitaires et sociales relatives : a) A l’entrée et au séjour d’une durée inférieure ou égale à trois mois des étrangers ; b) A l’accueil des demandeurs d’asile ; c) A l’introduction en France, au titre du regroupement familial ou en vue d’y effectuer un travail salarié, d’étrangers ressortissants de pays tiers à l’Union européenne ; d) Au contrôle médical des étrangers admis à séjourner en France pour une durée supérieure à trois mois ; e) Au retour et à la réinsertion des étrangers dans leur pays d’origine ; f) A l’emploi des Français à l’étranger ». Sur les attributions de l’ancien Office des migrations internationales, V. CŒURET (A.) et FORTIS (E.), *Droit pénal du travail*, op. cit., n° 668.

¹⁹¹⁸ La contribution spéciale est issue de la loi n° 76-621 du 10 juill. 1976 relative au renforcement de la répression en matière de trafics et d’emplois irréguliers de main-d’œuvre étrangère, *JO* du 11 juill. 1976, p. 4171.

¹⁹¹⁹ C. trav., art. L. 341-6, al. 1^{er} : « Nul ne peut, directement ou par personne interposée, engager, conserver à son service ou employer pour quelque durée que ce soit un étranger non muni du titre l’autorisant à exercer une activité salariée en France ».

¹⁹²⁰ Décret n° 2005-381 du 20 avril 2005 relatif à l’Agence nationale de l’accueil des étrangers et des migrations et modifiant le code du travail (deuxième partie : Décrets en Conseil d’Etat), *JO* du 24 avril 2005, p. 7181.

applicable dans les relations de travail. Cette approche purement formelle des contributions spéciales est toutefois critiquable dès lors que nous considérons ces dernières d'une manière plus substantielle.

795. Approche substantielle : caractère punitif de la contribution spéciale. – Les articles L. 364-3 et R. 364-1 C. trav. sont les seuls articles relatifs aux pénalités en matière de main-d'œuvre étrangère et de protection de la main-d'œuvre nationale. Cette distance avec les dispositions de l'article L. 341-7 C. trav. relatives à la contribution spéciale paraît curieux puisque cette dernière constitue sans conteste une punition. Son inclusion dans des dispositions comptables apparaît dès lors inopportune. Plusieurs arguments militent pour la reconnaissance d'une nature punitive à cette contribution et pour son rapprochement avec les sanctions pénales.

796. Précisions légales. – Le premier argument procède d'une évidence : la loi instituant la contribution forfaitaire spéciale est, nous l'avons vu, relative « *au renforcement de la répression en matière de trafics et d'emplois irréguliers de main-d'œuvre étrangère* ». On ne saurait être plus explicite quant à la volonté d'instaurer en ce domaine des outils punitifs propres à réguler les recrutements et l'emploi de personnes étrangères¹⁹²¹. Le problème demeure toutefois celui tenant à l'inclusion souhaitable de la contribution spéciale dans les dispositions relatives aux pénalités. Cette difficulté disparaît si nous dépassons plus largement encore la lettre du texte et nous intéressons à la nature et à la finalité de cette mesure.

797. Nature et finalité punitives de la contribution spéciale. – En dépit des précisions du Code du travail sur la "nature comptable" de la contribution spéciale et du caractère limité de l'application de cette mesure – seuls les employeurs ayant violé l'article L. 341-6 C. trav. y sont soumis – le second argument, tiré du but et de la sévérité de la contribution, permet manifestement de conclure à sa nature punitive.

S'agissant tout d'abord du but dévolu à cette contribution forfaitaire spéciale, nulle précision n'est fournie par le Code du travail – hormis bien sûr l'intitulé de la loi du 10 juillet 1976. Devant cette lacune, nous disposons d'un arrêt du Conseil d'Etat s'étant prononcé sur la contribution spéciale décidée alors par l'O.M.I. Compte tenu de la reprise intégrale des

¹⁹²¹ HEERS (M.), « Le caractère de "peine" de la contribution spéciale infligée par l'Office des migrations internationales : portée de la qualification opérée au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *D.* 1996, chron. p. 15.

dispositions entre les deux institutions, cette décision rendue le 28 juillet 1999 peut, sans conteste, être reprise pour le compte de l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations. Selon le Conseil d'Etat, « *la contribution spéciale instituée par l'article L. 341-7 du code du travail (...) présente le caractère d'une punition tendant à empêcher la réitération des agissements qu'elle vise et n'a pas pour objet la seule réparation pécuniaire d'un préjudice (...)* »¹⁹²². Si la contribution forfaitaire spéciale a un but partiellement indemnitaire¹⁹²³, son objectif immédiat et principal reste la répression d'un comportement fautif d'un employeur dans le recrutement de ses employés. Afin que cette technique illégale d'"embauche" ne devienne une politique récurrente de l'entreprise en question, la contribution spéciale est prononcée à titre dissuasif ; cette volonté de dissuasion se manifestant principalement par l'importance du montant de cette contribution¹⁹²⁴. S'agissant donc, en second lieu, du quantum de la contribution spéciale, l'article R. 341-29, alinéa 2 C. trav. précise qu'il est « *égal à mille fois le taux horaire, à la date de la constatation de l'infraction, du minimum garanti prévu à l'article L. 141-8* »¹⁹²⁵. Ce montant peut, suivant les situations, s'avérer d'un poids financier important et contraindre les employeurs à davantage de droiture¹⁹²⁶. De plus, ce montant est largement supérieur au simple remboursement par l'employeur des redevances dues, ce qui réduit d'autant la nature réparatrice des contributions spéciales. La sévérité ainsi établie rejoint l'objectif essentiellement répressif du prononcé

¹⁹²² C.E. Sect. 28 juill. 1999, *GIE Mumm-Perrier-Jouët*, *Leb.* p. 257 ; *AJDA* 1999, p. 783, chron. P. Fombeur et M. Guyomar et p. 835 ; *D.* 1999, IR p. 234 ; *Petites affiches* 8 déc. 1999, p. 9, concl. J.-C. Bonichot. Pour une solution antérieure identique, V. CAA Lyon, 1^{er} avril 1997, *Zekri*, *Leb.* p. 554 ; *AJDA* 1997, p. 512, concl. E. Quencez.

¹⁹²³ L'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations jouit d'un monopole en matière de gestion des recrutements, d'introduction et d'assistance au niveau administratif et social des travailleurs étrangers. À ce titre, la violation prévue à l'art. L. 341-6 C. trav. constitue une atteinte à ce monopole et une entrave à l'action de cet établissement public administratif. La contribution spéciale peut donc avoir pour mission de compenser les efforts financiers effectués par l'Agence, le retard engendré par la violation des dispositions du Code du travail par l'employeur fautif et peut s'analyser comme le remboursement des versements des redevances dues par les employeurs.

¹⁹²⁴ HEERS (M.), *op. cit.*, p. 15.

¹⁹²⁵ La proportion peut être de 500 fois le taux horaire du minimum garanti s'il est simplement constaté une violation de l'art. L. 341-6. La proportion est portée à 2 000 fois le taux horaire du minimum garanti si une violation a été constatée dans les cinq précédentes années et une majoration de 10 % doit s'appliquer si l'employeur n'a pas acquitté le montant de la contribution dans les deux mois suivant la date de la notification du titre de recouvrement (C. trav., art. R. 341-29, al. 3 à 5). Précisons que l'article 21 de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration modifia l'article L. 341-7 C. trav. en disposant que le « *montant de cette contribution spéciale ne saurait être inférieur à 500 fois le taux horaire du minimum garanti prévu à l'article L. 141-8 et, en cas de réitération, à 5 000 fois ce même taux* ».

¹⁹²⁶ Dans l'affaire *GIE Mumm-Perrier-Jouët*, la contribution s'est élevée à plus de 483 000 francs pour le recrutement et l'emploi en qualité de vendangeurs de 59 étrangers sans autorisation de travail.

d'une contribution forfaitaire spéciale caractérisant alors l'entrée de cette dernière dans la matière pénale.

798. Contribution spéciale et "matière pénale". – Si le but répressif et la sévérité de la mesure ne constituent pas les critères distinctifs prioritaires de la "matière pénale", ils apparaissent ici – et conformément au raisonnement « combinatoire »¹⁹²⁷ propre à l'application de l'article 6 Conv. EDH. – décisifs quant à l'inclusion de la contribution forfaitaire spéciale dans cette matière. L'ensemble de ces éléments a effectivement permis au Conseil d'Etat d'en déduire l'appartenance de la mesure de l'article L. 341-7 du Code du travail à la "matière pénale" et l'application corrélatrice des principes énoncés à l'article 6 § 1 Conv. EDH ; le juge administratif prenant soin de préciser que l'inclusion dans la "matière pénale" est indiscutable « *alors même que le législateur a laissé le soin de l'établir et de la prononcer à l'autorité administrative* »¹⁹²⁸.

Par cet arrêt, le Conseil d'Etat inscrit non seulement la contribution spéciale dans le sillage de l'article 6 § 1 Conv. EDH, il assoit également sa vision de la répression administrative dans la logique du Conseil constitutionnel. La rédaction utilisée renvoie directement à la perception constitutionnelle du droit de punir¹⁹²⁹. Les principes généraux du droit pénal doivent dès lors trouver application ici. Le principe de légalité est respecté par l'existence même de l'article L. 341-7 C. trav. S'agissant du principe de proportionnalité, il se retrouve dans une moindre mesure – la contribution spéciale constituant une mesure forfaitaire – sous les traits de l'article R. 341-29 du Code du travail énoncé précédemment, mais aussi sous ceux de l'article L. 341-7 tel que modifié par la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006. Enfin, le principe de l'application de la loi plus douce fut établie en matière de contribution spéciale par un arrêt du Conseil d'Etat du 17 mars 1997¹⁹³⁰.

¹⁹²⁷ DELMAS-MARTY (M.), « Le paradoxe pénal » in DELMAS-MARTY (M.) et LUCAS DE LEYSSAC (C.) (sous la dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, op. cit., p. 451. Pour une application de la méthode combinatoire, V. CEDH 24 févr. 1994, *Bendenoun c/ France*, série A, n° 284, *AJDA* 1994, p. 512, obs. J.-F. Flauss ; *JCP* 1995.I.3823, obs. F. Sudre ; *JCP* 1995.II.22372, note S. Frommel ; *Justices* 1995-1, p. 154, note G. Cohen-Jonathan et J.- F. Flauss.

¹⁹²⁸ C.E. Sect. 28 juill. 1999, *op. cit.*

¹⁹²⁹ V. notamment Cons. const. 30 déc. 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982*, déc. n° 82-155 DC, *Rec.* p. 88 ; *RJ com.* 1983I.149 – Cons. const. 17 janv. 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, déc. n° 88-248, *op. cit.*

¹⁹³⁰ C.E. 17 mars 1997, *Office des migrations internationales*, *Leb.* p. 86 ; *Dr. adm.* 1997, comm. 268, note C. Maugüé. V. également le nécessaire respect par l'administration de l'autorité de la chose jugée par le juge pénal : C.E. 24 mars 1978, *Société La Quinoléine*, *Leb.* p. 155 – C.E. 5 mai 1986, *Zemouli*, *Leb.* p. 370 – C.E. 11 mars 1987, *Office national d'immigration c/ Ketati et Mestaoui*, *Leb.* p. 90 – C.E. Sect. 15 oct. 1999 (inédit) – C.E. Sect. 28 juillet 1999, *op. cit.* Précisons toutefois que l'autorité absolue de la chose jugée ne s'attache qu'aux constatations de fait et non à la qualification juridique donnée aux faits par le juge pénal ou aux conséquences

799. Concurrence et inutilité du droit pénal. – On le voit, un rapprochement sensible avec le droit pénal s'effectue grâce aux données tant européennes de la "matière pénale" que constitutionnelles de la "matière punitive", ce qui tend à inscrire profondément la contribution spéciale dans une logique proche de la sanction pénale. Ceci reste d'autant plus exact que la violation de l'article L. 341-6 C. trav. – parallèlement à l'application de l'article L. 341-7 – peut faire l'objet d'une poursuite pénale sur le fondement de l'article L. 364-3 du Code du travail qui, outre l'emprisonnement, suit une logique identique à la contribution spéciale : l'amende prononcée est fonction du nombre d'étrangers concernés. La concurrence des systèmes répressifs garantissant le respect des dispositions de l'article L. 341-6 devient dès lors manifeste et conduit nécessairement à une réflexion quant à l'opportunité de la mise en œuvre de l'un de ces systèmes. N'en est-il pas un – le droit pénal – dont l'intervention soit superflue ? Apporte-t-il réellement une plus-value dans la réprobation du comportement des employeurs ? La réponse, *sans être définitive*, peut de prime abord apparaître négative. Il s'agit en effet dans ce genre de situations davantage de gérer et de régulariser une relation de travail en usant de contraintes spécifiques pour éviter une réitération du comportement fautif que de soumettre les employeurs à la vindicte publique et au symbolisme réprobateur qu'induit la répression pénale. Cette logique de répression spécifiquement liée au domaine professionnel est confirmée par l'introduction de sanctions administratives par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises¹⁹³¹. Ces sanctions prennent en effet la forme d'un refus d'accorder pour cinq ans maximum les aides publiques à l'emploi et à la formation professionnelle ainsi que les diverses subventions provenant de plusieurs institutions comme l'A.N.P.E. ou les caisses d'assurance chômage¹⁹³² ; ces mesures s'inscrivant parfaitement dans la spécificité du contentieux à traiter.

Au vu de ces dispositions et malgré la précision de l'article L. 325-3 C. trav. selon laquelle la « *décision de refus est prise sans préjudice des poursuites judiciaires qui peuvent être engagées* », il est possible ici de croire en une inopportunité de l'intervention du droit pénal. Ce dernier manifeste en effet, par la rigidité conceptuelle de ses peines, un manque d'adéquation avec les objectifs devant être logiquement poursuivis en un domaine aussi spécifique. D'ailleurs une relaxe du juge pénal n'induit aucunement l'invalidation du refus

juridiques que ces derniers en ont tirées.

¹⁹³¹ JO du 3 août 2005, p. 12639 ; *Dr. pén.* 2005, comm. 178, note J.-H. Robert.

¹⁹³² C. trav., art. L. 325-3.

des aides précédemment prononcé¹⁹³³. Les deux répressions – pénale et extra-pénale – sont pleinement distinctes, la seconde étant prioritairement adaptée au type de contentieux et la seule parfois à être mise en œuvre¹⁹³⁴.

800. Vers une flexibilité de la jurisprudence constitutionnelle ? – Si les données européennes et constitutionnelles ont permis de mettre en évidence la nature "pénale" de la contribution spéciale, force est de constater qu'elles ont également fait ressortir l'inutilité du droit pénal dans ce genre de contentieux. Mais la combinaison des raisonnements de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel ne pourrait-elle pas, au-delà de la détermination de la nature pénale de la contribution spéciale, avoir un retentissement plus large et permettre une plus grande flexibilité dans la jurisprudence constitutionnelle ?

Devant l'assimilation des jurisprudences européenne et constitutionnelle qui semble prendre forme sous l'action du juge administratif, on peut se demander si cet amalgame ne pourrait pas être généralisé. Il est clair ici que le Conseil d'Etat admet la reconnaissance de la nature punitive d'une mesure détenant – aussi minime soit-elle – une fonction indemnitaire ou réparatrice. Or, nous savons que le Conseil constitutionnel se refuse d'établir une telle nature punitive pour une mesure qui aurait peu ou prou un caractère indemnitaire¹⁹³⁵. L'arrêt du 28 juillet 1999, en intégrant *mutatis mutandis* la logique constitutionnelle¹⁹³⁶, ne peut-il pas conduire finalement à une acceptation plus large, par le Conseil constitutionnel, de la nature punitive de certaines sanctions – et notamment des sanctions fiscales – dont l'objectif est partiellement réparateur ?

b. Les sanctions fiscales

801. De l'action fiscale à la sanction fiscale¹⁹³⁷. – S'agissant de la poursuite d'actes frauduleux, nous avons déjà pressenti qu'en matière fiscale l'Administration pouvait s'extirper de la domination du droit pénal¹⁹³⁸. Si nous avons mis en évidence cette possibilité,

¹⁹³³ V. notamment C.E. 24 mars 1978, *Société La Quinoléine*, op. cit.

¹⁹³⁴ Sur ce point, V. HEERS (M.), op. cit., p. 15.

¹⁹³⁵ Cons. const. 30 déc. 1982, *Loi de finances rectificatives pour 1982*, op. cit.

¹⁹³⁶ FOMBEUR (P.) et GUYOMAR (M.), « Observations sous C.E. Sect. 28 juill. 1999 », *AJDA* 1999, spéc. p. 786.

¹⁹³⁷ Si l'essentiel de notre étude sera centré sur les sanctions fiscales, l'imbrication des matières fiscale et douanière est telle que les réflexions qui suivent peuvent trouver application en matière de pénalités douanières. Sur la reconnaissance de la nature "pénale" des infractions douanières, V. CEDH 24 sept. 1997, *Garyfallou AEBE c/ Grèce*, *AJDA* 1997, p. 982, obs. J.-F. Flauss ; *D.* 1998, Somm. p. 207 ; *JCP* 1998.I.107, obs. F. Sudre ; *R.G.D.P.* 1998, p. 250, obs. J.-F. Flauss. V. également CEDH 8 juin 1995, *Jamil c/ France*, op. cit.

¹⁹³⁸ V. *supra*, n^{os} à (spéc. n^o).

ce n'était qu'au vu de l'action fiscale pouvant être mise en mouvement par l'Administration et moins en rapport avec le contenu même des sanctions fiscales pouvant y être consécutivement prononcées. Dès lors que nous nous interrogeons ici sur la mise en œuvre par le droit administratif d'un schéma punitif propre et non plus sur la participation du droit administratif au schéma punitif de nature pénale, nous devons désormais appréhender la substance même de ces sanctions et démontrer que l'Administration fiscale use véritablement d'un droit de punir distinct ; cette distinction s'exprimant non seulement parce que s'exerce une action fiscale distincte (issue toutefois de l'action pénale), mais également parce que l'objet de cette action réside dans le prononcé de mesures qui, pour leur grande majorité, sont expressément punitives.

802. Délimitation délicate de la notion de "sanctions fiscales". – D'une extrême complexité, le système des sanctions fiscales « *procède du monstre juridique* »¹⁹³⁹ se perdant dans « *un maquis juridique inextricable* »¹⁹⁴⁰. Le Code général des impôts dénombre plus de deux cents sanctions, rendant très difficile la lisibilité de l'arsenal répressif en la matière. MM. les Pr. MERLE et VITU n'ont d'ailleurs pas échappé à une certaine confusion. Ils établissent en effet une distinction entre les sanctions pénales, administratives et fiscales¹⁹⁴¹, alors même que les sanctions dites "fiscales" sont incontestablement des sanctions administratives^{1942 et 1943}.

Ce truisme n'apporte toutefois aucune aide particulière quant à nos principales interrogations : *que regroupe la catégorie des sanctions fiscales, comment se manifeste le droit de punir qu'exerce l'Administration en matière fiscale et, corrélativement, dans quelle mesure le droit*

¹⁹³⁹ Nous nous référons ici à l'expression employée par le Pr. W. JEANDIDIER lors de son intervention au colloque sur *La sanction en droit* tenu à l'Université Jean Moulin-Lyon III, le 27 novembre 2003 (Intitulé de cette intervention : « Des sanctions mixtes : l'exemple des sanctions fiscales et des sanctions douanières »).

¹⁹⁴⁰ DELMAS-MARTY (M.) et TEITGEN-COLLY (C.), *Punir sans juger ?*, op. cit., p. 19.

¹⁹⁴¹ MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. I, op. cit., n° 429, p. 553.

¹⁹⁴² Pour une inclusion implicite des sanctions fiscales dans la catégorie des sanctions administratives, V. C.E. Ass. 27 avril 1979, *Rev. jurisp. fisc.* 1979, p. 219, concl. B. Martin-Laprade. Egalement, Cons. const. 30 déc. 1982, op. cit. En ce qui concerne la doctrine, V. sur ce point DELLIS (G.), op. cit., n° 277 et la bibliographie en note ; FOURRÉ (J.), op. cit., p. 46 ; AUSTRY (S.), op. cit., passim ; BACHELIER (G.), « Les sanctions fiscales dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *Rev. fr. fin. publ.* 1999, p. 17.

¹⁹⁴³ Précisons encore qu'aucun reproche ne peut en revanche être formulé s'agissant de la distinction expresse entre sanctions fiscales et sanctions pénales, effectuée par MM. MERLE et VITU et certains autres auteurs (V. notamment SAÏDJ (L.), *Finances publiques*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2003, n^{os} 145 et 146). La sanction pénale conserve sa nature propre et son prononcé en matière fiscale – mais également en matière d'urbanisme, de droit de l'environnement, etc. – n'est d'aucune incidence sur cette dernière. Nous n'adhérons donc pas à la très ambiguë formule de "sanctions pénales fiscales" dont l'intitulé d'un colloque a eu recours (V. *Les sanctions pénales fiscales*, Paris, L'Harmattan, 2000).

pénal s'associe-t-il à cette répression administrative des infractions à la législation fiscale ?
Devant cette discipline ombrageuse et pour tenter de répondre à ces questions, une éclaircie apparaît avec l'aide de la matière pénale de l'article 6 § 1 Conv. EDH.

803. Caractère punitif des sanctions fiscales pécuniaires : un droit de punir proprement fiscal. – Lorsque nous envisageons les sanctions fiscales pécuniaires, il s'agit exclusivement des amendes fiscales et des majorations pour paiement tardif (2). Les intérêts de retard ont été expressément exclus de la catégorie des sanctions par le Conseil d'Etat, position qui apparaît, dans certaines situations, assez contestable (1).

1) *Exclusion des intérêts de retard*

804. Une exclusion de principe ? – Les intérêts de retard prévus par le Code général des impôts ne sont pas considérés comme des sanctions. Les dispositions de l'article 1727 dudit code précisent effectivement que le versement de cet intérêt de retard est « *dû indépendamment de toutes sanctions* ». La jurisprudence tant administrative que judiciaire a confirmé cette lecture exclusive des intérêts de retard de toute logique sanctionnatrice. Selon le Conseil d'Etat en effet, l'intérêt de retard « *vise essentiellement à réparer les préjudices de toute nature subis par l'Etat à raison du non-respect par les contribuables de leurs obligations de déclarer et payer l'impôt aux dates légales* »¹⁹⁴⁴. Le juge administratif semble donc suivre ici les logiques constitutionnelle et européenne conduisant à refuser le caractère punitif de la mesure ou à l'exclure de la "matière pénale" dès lors que celle-ci possède une nature réparatrice ou majoritairement réparatrice. Ayant une nature *pleinement* indemnitaire, les intérêts de retard sont donc écartés tant de la "matière punitive" du Conseil constitutionnel que du champ d'application de l'article 6 § 1 Conv. EDH.

¹⁹⁴⁴ C.E. Ass. 12 avril 2002 (avis), *Société anonyme financière Labeyrie*, AJDA 2002, p. 410, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *Rev. jurispr. fisc.* 2002, p. 447, chron. L. Olléon ; *D.* 2002, p. 1467 ; *Dr. fisc.* 2002, comm. 555 ; *Petites affiches* 14 août 2002, p. 6, note A. Saillard ; *Rev. dr. publ.* 2002, p. 619, note X. Prétot. Et déjà C.E. 9 nov. 1988, *M. Grisoni*, *Dr. fisc.* 1989, comm. 1360, concl. B. Martin-Laprade – C.E. 4 avril 1997, *Société Kingroup*, *Leb.* p. 133 ; *Rev. jurispr. fisc.* 1997, p. 293, concl. F. Loloum – C.E. 27 juill. 2001, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie c/ SA Agencinox*, *Rev. jurispr. fisc.* 2001, p. 908, chron. J. Maïa. S'agissant du juge judiciaire, V. Com. 6 oct. 1998, *Bull. civ. IV*, n° 230 – Com. 18 mai 1999, *Bull. civ. IV* n° 105 – Com. 29 juin 1999, *Rev. jurispr. fisc.* oct. 1999 – Com. 9 oct. 2001, *Bull. civ. IV* n° 162 – Com. 17 mars 2004, *Bull. civ. IV*, n° 54 – CA Paris 30 mars 2001, n° 2000/04250, *SCI Nicky*. *Contra*, pour une inclusion des intérêts de retard dans la "matière pénale", V. TGI Paris 6 juill. 2000, *Consorts Dalloz-Furet*, *Rev. jurispr. fisc.* févr. 2001 ; *Dr. fisc.* 2001, comm. 33, note Boutemy et Meier (infirmé par CA Paris 11 avril 2002) – TGI Nîmes 15 févr. 2001, *Dr. fisc.* 2001, comm. 670 – TA Nantes 18 juill. 2001, *Dr. fisc.* 2002, comm. 225, note Boutemy et Meier – TGI Paris 6 mars 2003 (inédit). Sur l'ensemble de ce point, V. *Bulletin officiel des impôts*, Direction générale des impôts, n° 109, 24 juin 2002.

Ce pessimisme doit semble-t-il être relativisé suite à l'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme elle-même qui, dans un arrêt *Vieziez c/ France* du 15 octobre 2002, estima que l'article 6 Conv. EDH s'applique aux intérêts de retard relevant dès lors de la "matière pénale"¹⁹⁴⁵. L'argumentation du Conseil d'Etat tenant à « *faire payer au contribuable en retard "le prix du temps" et non de le punir de ce retard* »¹⁹⁴⁶ est donc remise en cause au niveau européen, tout en conservant étrangement une constante confirmation en droit interne¹⁹⁴⁷. Devant cette discordance, la question se pose de savoir si la punition, si aisément rejetée en cette matière par le juge français, n'est-elle pas finalement sous-jacente, comme en ont décidé les juges de Strasbourg ?

805. Emergence possible du caractère punitif des intérêts de retard. – Le Conseil d'Etat, dans son avis *Labeyrie*, estime que l'intérêt de retard n'est pas une sanction dès lors que son taux n'est pas manifestement excessif par rapport au taux de l'intérêt légal, c'est-à-dire le taux du marché « *moyen pratiqué par les prêteurs privés pour un découvert non négocié* »¹⁹⁴⁸. Le juge administratif semble ici ouvrir une porte quant à la possible reconnaissance de la nature punitive de l'intérêt de retard. Si le taux de cet intérêt est manifestement et excessivement supérieur au taux de l'intérêt légal, l'intérêt de retard n'a donc plus seulement pour but de compenser le prix du temps et réparer le préjudice subi par le Trésor public mais tend davantage à punir un comportement pour empêcher sa réitération¹⁹⁴⁹. L'intérêt de retard/réparation deviendrait donc un intérêt de retard/punition dès que la différence entre le taux de l'intérêt de retard et celui de l'intérêt légal est d'une importance caractérisée. L'introduction de cet intérêt dans la "matière pénale" serait donc possible¹⁹⁵⁰.

¹⁹⁴⁵ CEDH 15 oct. 2002, *Vieziez c/ France*, req. n° 52116/99 ; *JCP* 2003.I.109, chron. F. Sudre (durée excessive – 19 ans – d'un procès en matière fiscale).

¹⁹⁴⁶ GUYOMAR (M.) et COLLIN (P.), « Chronique sous C.E. Ass. 12 avril 2002 (avis), *Société anonyme financière Labeyrie* », *op. cit.*, p. 410.

¹⁹⁴⁷ Pour une réaffirmation récente de cette jurisprudence, V. Com. 27 sept. 2005 (2 arrêts), *Bull. civ. IV* n°s 184 et 185 ; *D.* 2005, IR p. 2481 : « *L'intérêt de retard, qui a pour objet la réparation du préjudice subi par le Trésor du fait de l'encaissement tardif de sa créance et qui, compte tenu de sa finalité réparatrice, ne vise pas à punir, même s'il peut être dissuasif, ne constitue pas une sanction susceptible de justifier la mise en œuvre des garanties résultant de l'art. 6 Conv. EDH, ou l'application du principe d'individualisation des peines* ».

¹⁹⁴⁸ C.E. Ass. 12 avril 2002 (avis), *op. cit.*

¹⁹⁴⁹ Cette brèche fut exploitée récemment par des juges du fond considérant que l'excédent de l'intérêt de retard par rapport au taux d'intérêt légal « *visé pour l'essentiel à punir pour empêcher la réitération d'agissements semblables et se fonde sur une norme à caractère général dont le but est à la fois préventif et répressif et revêt une certaine sévérité* ». L'intérêt de retard présente donc « *une coloration pénale et (...) le caractère d'une pénalité* » conduisant au respect nécessaire des dispositions de l'article 6 Conv. EDH (TGI Paris 6 mars 2003, *op. cit.*).

¹⁹⁵⁰ Cette inclusion est d'autant plus envisageable que l'un des critères fixés par la Cour EDH tendant à reconnaître la nature "pénale" d'une mesure (CEDH 24 févr. 1994, *Bendenoun c/ France*, *op. cit.*), à savoir son

806. Incertitudes et difficultés persistantes. – Malgré cette brèche, il faut toutefois admettre que, s’agissant de la détermination du seuil critique de la différence entre les deux taux, le problème reste entier. Certains auteurs estiment que « *s’il est loisible au législateur de forfaitiser le "prix du temps", encore faut-il qu’il reste dans les limites du raisonnable par rapport aux pratiques du marché pour ne pas basculer dans le domaine de la sanction administrative* »¹⁹⁵¹. Si cette affirmation reste exacte, elle est malheureusement illusoire. Quelles sont précisément ces "limites raisonnables" ? A partir de quel instant l’intérêt de retard s’inscrit comme une réelle sanction ? Ce stade peut-il être effectivement envisagé ? Face à ces questions, les doutes restent si intenses que toute conclusion tendant à reconnaître une quelconque hybridité – une nature à la fois réparatrice et punitive – aux intérêts de retard paraît hâtive. Si le Conseil d’Etat a implicitement ouvert une porte dans son avis *Labeyrie*, celle-ci débouche néanmoins dans une antichambre d’incertitudes et d’illusions, entretenue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation¹⁹⁵² voire par la Cour européenne des droits de l’homme elle-même qui, étrangement, dans un arrêt *Mieg de Boofzheim c/ France* du 3 décembre 2002¹⁹⁵³, affirma que les intérêts de retard ne constituent pas une accusation en matière pénale au sens de l’article 6 § 1 Conv. EDH. Ainsi, malgré l’arrêt *Vieziez*, la prégnance de l’hostilité des juges nationaux et l’instabilité de la position européenne conduisent à une certaine retenue quant à la reconnaissance du caractère punitif des intérêts de retard. L’ordonnance du 7 décembre 2005 relative à l’harmonisation et l’aménagement du régime des pénalités fiscales¹⁹⁵⁴ renforce cette incertitude en distinguant encore davantage les intérêts de retard d’une part et les sanctions fiscales d’autre part (ord. 7 déc. 2005, art. 12)¹⁹⁵⁵.

caractère de généralité et son application étendue, se trouve respecté en cas d’intérêts de retard. Sur ce point, V. OLLÉON (L.), « Chronique sous C.E. Ass. 12 avril 2002 (avis), *Société anonyme financière Labeyrie* (Intérêts de retard et convention européenne des droits de l’Homme : peut-on noyer un serpent de mer ?) », *Rev. jurisp. fisc.* 2002, p. 449.

¹⁹⁵¹ GUYOMAR (M.) et COLLIN (P.), *op. cit.*, p. 411 (c’est nous qui soulignons).

¹⁹⁵² La position de la Cour de cassation, apparemment arrêtée sur ce point (Com. 27 sept. 2005, *op. cit.*), semble en effet exclure toute discussion sur la nature de l’intérêt de retard.

¹⁹⁵³ Req. n° 52938/99.

¹⁹⁵⁴ Ord. n° 2005-1512 du 7 déc. 2005 relative à des mesures de simplification en matière fiscale et à l’harmonisation et l’aménagement du régimes des pénalités, *JO* du 8 déc. 2005, p. 18912.

¹⁹⁵⁵ Notons toutefois que la présentation effectuée par le Ministre délégué au Budget et à la réforme de l’Etat, J.-F. COPÉ, demeure ambiguë. S’il est précisé que cette « *réforme se caractérise principalement par une séparation claire des intérêts de retard et des sanctions fiscales qui permet de mieux mettre en évidence que l’intérêt de retard n’est pas une sanction fiscale* », il n’en demeure pas moins que l’intérêt de retard demeure « *une pénalité qui correspond au prix du temps* » (p. 5). De manière plus équivoque encore, il est souligné que l’ « *intérêt de retard est isolé des pénalités applicables à des comportements "hors norme"* » (p. 3), comme si le retard des individus dans le paiement de leurs impôts était parfaitement "conforme à la norme". Ce document présentant les modifications apportées par l’ordonnance de 2005 est consultable par voie électronique : www.minefi.gouv.fr/directions_services/sircom/impot_fiscalite/051207ordonnance_de_simplification.pdf.

Toute autre est la situation des amendes fiscales et majorations pour paiement tardif dont la nature partiellement punitive demeure incontestable, conférant au "droit de punir fiscal" une assise certaine.

2) *Reconnaissance de la nature "pénale" des amendes fiscales et des majorations pour paiement tardif*

807. Approche substantielle des pénalités fiscales. – Qu'il s'agisse des majorations, de l'amende fiscale prononcée par l'autorité administrative – juridictionnelle ou non – ou encore de celle prononcée par le juge pénal en matière de contributions indirectes, cette catégorie de sanctions se place à mi-chemin entre la logique répressive et la logique réparatrice¹⁹⁵⁶. Réparation tout d'abord puisqu'elles constitueraient une indemnité en réponse au dommage subi par le Trésor public ; punition ensuite d'un contribuable dont le comportement s'est trouvé contraire aux dispositions fiscales.

Tout en maintenant sa logique, le Conseil d'Etat précise progressivement sa position. L'arrêt *Vermeersch* du 17 février 1992¹⁹⁵⁷ énonce en effet que les majorations de retard constitue des sanctions devant faire l'objet d'une motivation. Comme l'explique en substance le commissaire du Gouvernement ARRIGHI DE CASANOVA¹⁹⁵⁸, le Conseil d'Etat caractérise la nature punitive d'une pénalité fiscale non plus suivant un critère formel qui distinguerait d'une part les majorations restitutives (eu égard à l'automaticité de la sanction) et d'autre part les véritables majorations sanctionnatrices (pour lesquelles serait pris en considération le comportement du contribuable), mais use désormais d'un critère substantiel s'attachant à la nature prioritairement punitive des majorations fiscales. Cette approche fut consacrée dans

¹⁹⁵⁶ Sur cette hybridité, V. déjà l'arrêt *Yacht Motors Corporation* : C.E. Ass. 27 avril 1979, *Leb.* p. 169 ; *Rev. jurisp. fisc.* 1979, n° 366, p. 192, concl. B. Martin-Laprade. Au vu de l'hybridité de la sanction fiscale, on ne saurait prétendre que celle-ci est assimilable à une sanction pénale. A ce sujet, le Pr. Lambert use de propos d'une certaine ambiguïté en estimant qu'il y a assimilation entre sanction fiscale administrative et sanction pénale lorsqu'est reconnue l'applicabilité de l'art. 6 § 1 Conv. EDH. Il s'agit certes d'une mesure de nature "pénale" mais non strictement d'une sanction pénale. Si les pénalités fiscales entretiennent des rapports avec la matière pénale, elles demeurent des sanctions administratives et aucune assimilation avec la sanction pénale ne peut avoir lieu (V. LAMBERT (T.), « La place des sanctions pénales dans le dispositif général de lutte contre la fraude fiscale » in *Les sanctions pénales fiscales*, op. cit. pp. 28 et ss.). Nous avons déjà analysé plus haut ce risque de confusion s'agissant du retrait de points du permis de conduire (V. *supra*, n°, en note).

¹⁹⁵⁷ C.E. 17 févr. 1992, *Epoux Vermeersch*, *Leb.* p. 62 ; *Rev. jurisp. fisc.* 1992, p. 263, chron. J. Turot ; *Dr. fisc.* 1992, comm. 2117, concl. Ph. Martin.

¹⁹⁵⁸ ARRIGHI DE CASANOVA (J.), « Conclusions sous C.E. 31 mars 1995 (avis), *Ministre du budget c/ SARL Auto-industrie Méric* (Pénalités fiscales et article 6 de la convention européenne des droits de l'homme) », *Rev. jurisp. fisc.* 1995, spéc. p. 327.

l'avis *Méric* qui posa le principe – repris ensuite en matière d'emploi de personnes étrangères¹⁹⁵⁹ – selon lequel ressortissent de la "matière pénale" les pénalités fiscales qui « *présentent le caractère d'une punition tendant à empêcher la réitération des agissements qu'elles visent et n'ont pas pour objet la seule réparation pécuniaire d'un préjudice* »¹⁹⁶⁰.

808. Précédent européen. – L'avis *Méric* fut sans nul doute préparé par la Cour européenne des droits de l'homme qui, un an plus tôt, avait retenu l'applicabilité des garanties prévues à l'article 6 § 1 Conv. EDH aux majorations d'impôts établies par l'article 1729 CGI¹⁹⁶¹. Pour statuer en ce sens, la Cour relève que ce type de pénalités « *concerne tous les citoyens en leur qualité de contribuables, et non un groupe déterminé doté d'un statut particulier (...), ne [tend] pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice, mais vise pour l'essentiel à punir pour empêcher la réitération d'agissements semblables (...), se [fonde] sur une norme de caractère général dont le but est à la fois préventif et répressif (...)* [et revêt] *une ampleur considérable*¹⁹⁶² »¹⁹⁶³. L'arrêt *Bendenoun* opère un rapprochement sensible avec la logique du Conseil constitutionnel établie sur la base de l'article 8 DDHC. On remarque en effet que pour ces deux juridictions, la nature "punitive" ou "pénale" de la pénalité fiscale ne peut provenir que de l'exclusion absolue de la nature indemnitaire de celle-ci. Si cette exigence était déjà connue s'agissant de la position constitutionnelle¹⁹⁶⁴, elle devient tout aussi explicite au niveau européen. Les juges reconnaissent ainsi, pour certaines pénalités fiscales, leur caractère strictement punitif, favorisant en cela l'émergence d'un réel droit de punir de nature fiscale.

809. Accentuation du droit de punir fiscal : concurrence et inutilité du droit pénal. – Sans être générale, la répression administrative en matière fiscale s'étend progressivement. Certes, la "pénalisation" du contentieux administratif fiscal mériterait d'être accentuée¹⁹⁶⁵, mais déjà

¹⁹⁵⁹ V. *supra*, n^{os} **et ss.** (spéc. n^o).

¹⁹⁶⁰ C.E. Sect. 31 mars 1995 (avis), *Ministre du budget c/ SARL Auto-industrie Méric*, *Leb.* p. 154 ; *Rev. juris. fisc.* 1995 n^o 623 et p. 326, concl. J. Arrighi de Casanova ; *AJDA* 1995, p. 739, note M. Dreifuss.

¹⁹⁶¹ CEDH 24 févr. 1994, *Bendenoun c/ France*, *op. cit.*, § 47. La reconnaissance de la coloration "pénale" des pénalités fiscales fit également l'objet de l'arrêt *Ferreira* de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 29 avril 1997 (*JCP éd. E* 1997.II.990, note Y. Brard ; *Rev. jurispr. fisc.* 1997, n^o 641, p. 442)(sur cet arrêt, V. *infra*, n^o). Et déjà, Com. 7 nov. 1989, *Bull. civ. IV*, n^o 280 – Com. 25 févr. 1997, *Dr. fisc.* 1997, comm. 644.

¹⁹⁶² Le montant total des pénalités s'élevait en l'espèce à environ 1 million de francs.

¹⁹⁶³ CEDH 24 févr. 1994, *Bendenoun c/ France*, *ibid.*

¹⁹⁶⁴ Cons. const. 30 déc. 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982*, déc. n^o 82-155 DC, *op. cit.*

¹⁹⁶⁵ Une évolution devrait semble-t-il intervenir s'agissant des intérêts de retard (V. *supra*, n^{os} **et**).

l'on peut constater que son extension n'est pas sans avoir une insidieuse influence sur l'autorité du droit pénal.

Devant la reconnaissance de la nature pénale *lato sensu* de la répression administrative fiscale, il est en effet utile de s'attarder sur les incidences de cette répression envers l'intervention du droit pénal en la matière. A l'image de ce que nous avons affirmé sur la dualité répressive de l'article L. 341-6 du Code du travail, nous pouvons très largement douter de l'opportunité de l'intervention pénale dans la matière fiscale. Dès l'instant où nous avons déterminé la nature punitive de la majorité des mesures fiscales, il paraît inutile de poursuivre une concurrence dans laquelle le droit pénal s'essouffle sans faire preuve dans le même temps d'une efficacité manifeste¹⁹⁶⁶. A l'inverse, les sanctions fiscales ont un intérêt particulier dans la répression des infractions fiscales puisque, comme nous le verrons, elles jouent un rôle de régulation et garantissent une certaine effectivité de la norme à l'intérieur même d'un contentieux de masse¹⁹⁶⁷. Leur efficacité ne peut dès lors être mise en doute, ni leur existence discutée.

810. Conséquences. – Un principe d'unité doit donc être appliqué s'agissant de la détention du droit de punir en matière fiscale¹⁹⁶⁸. On avance que le juge pénal participe à la répression des infractions fiscales d'une certaine importance emportant par là même une réprobation plus intense. Certes. Mais n'y a-t-il pas toutefois un fléchissement de l'autorité du droit pénal lorsque nous percevons que celui-ci n'intervient, au vu des données quantitatives,

¹⁹⁶⁶ Pour 2 millions de sanctions fiscales, on compte environ 750 à 950 poursuites pénales par an. Sur ce point, V. KORNPROBST (E.) et MORVAN (I.), *Rép. pén.*, v° « Fraude fiscale », n° 168 *in fine* ; PORTELLI (S.), « Les sanctions pénales en matière économique et financière », *Petites affiches* 12 janv. 2006, n° 9, p. 13 : « Une certaine connaissance du milieu économique nous inciterait à penser que les poursuites sont très faibles par rapport à la réalité. Le chiffre des condamnations en matière de fraude fiscale par exemple est assez clair. Il n'a aucun rapport avec les estimations ordinaires en matière de fraude fiscale (...) On a du mal à croire que la France compte moins de 1 000 fraudeurs importants à l'impôt ». Une logique identique se retrouve en matière boursière dans laquelle la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers juge les affaires dans un délai plus court que le délai de principe en droit pénal. Suivant le président de cette commission, les délais de traitement des dossiers fluctuent en effet entre 4 et 14 mois (Entretien avec J. RIBS, président de la Commission des sanctions de l'AMF, *Gaz. Pal.* 21 et 22 déc. 2005, p. 11).

¹⁹⁶⁷ CONSEIL D'ETAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, op. cit., pp. 78-79. V. également ARRIGHI DE CASANOVA (J.), « Conclusions sous C.E. 8 juill. 1998 (avis), *Fattell* (Pouvoir de modération du juge et article 6 de la convention européenne des droits de l'Homme) », *Rev. jurisp. fisc.* 1998, spéc. p. 641.

¹⁹⁶⁸ *Contra*. CASTAGNÈDE (B.), *La répartition des compétences juridictionnelles en matière fiscale, en droit français*, thèse, Paris-I, 1972, p. 4 : « En fait, il n'est pas sûr que l'institution d'un juge unique de l'impôt, tribunal administratif ou tribunal spécialisé, soit de nature à atténuer très sensiblement la complexité du problème des compétences juridictionnelles en matière fiscale. Celui-ci, en effet, est loin d'être résumé par le partage des instances fiscales entre tribunaux des deux ordres » (cité in BOSQUET-DENIS (J.-B.), « La distinction du contentieux pénal fiscal et du contentieux administratif fiscal », *Rev. sc. crim.* 1995, p. 531, note 3).

qu'accessoirement dans un contentieux pourtant de masse ? Les sanctions fiscales non pénales ont alors une utilité véritable en ce domaine et pallient les lacunes ou l'inertie inéluctables du droit pénal.

Cette constatation impose donc de poursuivre l'œuvre de la commission AICARDI et de la loi n° 87-502 du 8 juillet 1987¹⁹⁶⁹ qui s'en est suivie. Le souci de simplification du système de pénalités fiscales prononcées par l'Administration et de séparation des mesures indemnitaires et des sanctions de nature répressive¹⁹⁷⁰, doit être prolongé par le rejet de l'amalgame, dans le domaine fiscal, entre la répression administrative – *via* les sanctions administratives fiscales – et la répression pénale – *via* les sanctions pénales. Il est donc possible d'imaginer, comme le suggère le rapport du Conseil d'Etat de 1995, une dépénalisation de ce contentieux de masse à l'image de ce qui s'est préalablement produit pour l'émission de chèques sans provision par la loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991¹⁹⁷¹. L'ordonnance du 7 décembre 2005 précitée, tout en poursuivant un objectif de simplification, n'avait pas pour ambition de provoquer un tel schisme. Une autre étape doit dès lors être parcourue tendant à l'éviction du droit pénal et à l'accroissement du domaine de la répression administrative. En dehors du domaine fiscal, un processus de dépénalisation et d'extension du droit administratif répressif s'est déjà fortement engagé suite à l'émergence des autorités administratives indépendantes, réduisant d'autant l'importance du droit pénal dans la gestion des contentieux.

2°/ L'exercice de la répression par les autorités administratives indépendantes

811. Qualité de la répression issue des autorités administratives indépendantes. – Par l'analyse des autorités administratives indépendantes (A.A.I.), on pénètre véritablement dans le domaine de la régulation¹⁹⁷², cette « *technologie juridique particulière* »¹⁹⁷³ fondée sur une logique d'ajustement et donnant naissance à un droit post-moderne empreint de pragmatisme,

¹⁹⁶⁹ Loi n° 87-502 du 8 juillet 1987 modifiant les procédures fiscales et douanières, *JO* du 9 juill. 1987, p. 7470.

¹⁹⁷⁰ Sur la commission et la loi AICARDI, V. notamment NÉEL (B.), *Les pénalités fiscales et douanières*, Paris, Economica, 1989, pp. 102 et ss. ; OLLÉON (L.), « Chronique sous C.E. Ass. 12 avril 2002 (avis) », *op. cit.*, p. 448. Egalement *Rapport Aicardi*, la Documentation française, Paris, 1986.

¹⁹⁷¹ V. CONSEIL D'ETAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, *op. cit.*, p. 78.

¹⁹⁷² V. par exemple, AUTIN (J.-L.), « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *Rev. dr. publ.* 1988, p. 1213 : le terme régulation est « *de plus en plus souvent utilisé aujourd'hui par les publicistes, notamment lorsqu'ils étudient l'action des autorités administratives indépendantes* ».

¹⁹⁷³ LYON-CAEN (A.), v° « Régulation » in CADIET (L.) (sous la dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, P.U.F., 2004, p. 1138.

de souplesse et d'adaptabilité¹⁹⁷⁴. Avec ces autorités, on touche également à la forme la plus aboutie de la répression administrative dans la mesure où d'une part, celle-ci est l'œuvre d'un organe disposant, parallèlement au droit de punir, de prérogatives normatives, de surveillance, d'autorisation, d'injonction et de règlement des différends et où, d'autre part, ce type de répression est exercé sans la moindre dépendance avec une quelconque autorité publique ou privée lui garantissant ainsi une plus grande légitimité.

La qualité de la répression ainsi mise en place par ces autorités explique le foisonnement d'études, tant doctrinales qu'officielles, sur ce sujet¹⁹⁷⁵. L'objectif de notre étude n'est pas ici d'effectuer une nouvelle analyse de l'institution de ces A.A.I., non plus d'examiner tous les détails et les contours de leur pouvoir de sanction. Sans aucunement prétendre à l'exhaustivité dans l'énoncé des autorités administratives indépendantes, nous limiterons notre attention à l'exposé des liens unissant ce nouveau type de répression à celui, multiséculaire, issu du droit pénal.

812. Jamais le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes ne fut contesté par les juridictions nationales¹⁹⁷⁶ ou européennes. Ce postulat quant à l'émergence d'un droit de punir *bis*, concurrent direct du droit pénal dans la répression de matières techniques (*b*), est précisément justifié par la particularité de ces domaines. Ceux-ci appellent effectivement une logique régulatrice à laquelle répond la répression administrative qui se trouve être plus efficace qu'une réponse strictement pénale (*a*).

a. Un droit de punir concurrent du droit pénal et commandé par un souci de régulation

813. Origines multiples du droit de punir de régulation. – Le transfert d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes participe d'un double phénomène. Il est apparu en premier lieu nécessaire de doter ces autorités d'un pouvoir sanctionnateur dans la mesure où elles interviennent dans un domaine particulier où les mécanismes de

¹⁹⁷⁴ En ce sens, V. CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Rev. dr. publ.* 1998, spéc. pp. 677 et ss.

¹⁹⁷⁵ Outre les diverses références qui suivront, V. déjà CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public 2001, Paris, La Documentation française, n° 52, 2001 ; CONSEIL D'ÉTAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, op. cit., pp. 44-45 ; COLLIARD (C.-A.) et TIMSIT (G.) (sous la dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit, 1988 ; TEITGEN-COLLY (C.), « Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes », *Petites affiches* 17 janv. 1990, n° 8, p. 25 ; POCHARD (M.), « Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction », *AJDA* 20 oct. 2001, n° spécial, p. 106 ; BOULOC (B.) (sous la dir.), *Autorité de régulation et vie des affaires*, op. cit.

¹⁹⁷⁶ V. toutefois la réticence du Conseil d'Etat en certains domaines (*infra*, n° et spéc. les références en note).

l'administration centrale peuvent s'avérer trop lourds, ineffectifs et par là même inefficaces. Mais, en second lieu, cette inclusion du droit de punir au sein des autorités administratives indépendantes fut implicitement commandée par l'illégitimité grandissante du pouvoir de sanction de l'administration, accusée de partialité. Eu égard à leur nature quasi-indépendante, ces autorités ne souffrent point, *au premier abord*, de cette critique¹⁹⁷⁷.

Au-delà de ce double phénomène étroitement lié à l'activité répressive de l'Administration, un élément extérieur peut être avancé. Celui-ci tient à l'affirmation de la limite du droit pénal à apporter des « *solutions fines qui ne se réduisent pas à la seule application quelquefois rigide de la règle de loi* »¹⁹⁷⁸. Ainsi, des critères tant extrinsèque (1) qu'intrinsèque (2) permettent au droit de punir de régulation exercé par les autorités administratives indépendantes de s'affirmer.

1) Critère extrinsèque : faiblesse du droit pénal face à la logique régulatrice

814. Intervention possible du droit pénal. – Si l'on part d'une définition épurée de la régulation, on s'aperçoit que le droit pénal peut trouver sa place en ce domaine. Si la régulation vise en effet « *des secteurs économiques particuliers, mais dont le point commun est d'être des secteurs qui n'ont pas en l'état la capacité intrinsèque de produire leur propre équilibre* »¹⁹⁷⁹, elle induit nécessairement, à côté des divers pouvoirs de réglementation ou de contrôle, une logique de sanction¹⁹⁸⁰ dont le droit pénal pourrait être le support. Aucune raison n'empêche en effet d'imaginer que le droit pénal puisse investir des domaines – aussi techniques soient-ils – afin d'assurer leur efficacité et leur effectivité. La présence antérieure du droit pénal en de tels domaines, comme celui par exemple du droit de la concurrence ou du droit des sociétés, confirme cette possible accessibilité à la sanction pénale¹⁹⁸¹. Toute

¹⁹⁷⁷ V. toutefois le constat relativement sévère effectué récemment par l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, in *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, op. cit.

¹⁹⁷⁸ LECRUBIER (D.), « Les perspectives d'évolution de la sanction administrative vues par le juge judiciaire », *AJDA* 20 oct. 2001, n° spécial, p. 133.

¹⁹⁷⁹ DESCOINGS (R.), « La nécessité d'une réflexion générale et croisée sur la régulation », *Petites affiches* 23 janv. 2003, n° 17, n° spécial, p. 4. Pour une définition approchante, V. l'article fondamental de Mme le Pr. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation » in *D.* 2001, chron. p. 610 : « *le droit de la régulation constitue une branche du droit regroupant l'ensemble des règles affectées à la régulation de secteurs qui ne peuvent engendrer leurs équilibres par eux-mêmes (...)* ».

¹⁹⁸⁰ En ce sens, V. spéc. DELVOLVÉ (P.), « Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », *Petites affiches* 17 sept. 2001, n° 185, p. 18 : « *le pouvoir de sanction apparaît comme un pouvoir de régulation parmi d'autres* ».

¹⁹⁸¹ Selon le Doyen DECOCQ, cette accessibilité à la sanction pénale, c'est-à-dire la possible pénalisation de la matière en question, s'effectue au regard du caractère d'intérêt général de celle-ci (« La dépénalisation du droit de la concurrence », *RJ com.* nov. 2001, n° spécial, p. 89.

intervention du droit pénal devient donc pleinement envisageable par le souvenir de celui-ci en ces matières et par le caractère souvent chaotique des processus de dépenalisation¹⁹⁸².

815. Révélation d'une concurrence. – Si la pénalisation de ces domaines techniques est – ou a été – possible, cela prouve manifestement la concurrence qui s'établit ici entre la répression pénale et la répression administrative. Cette pénalisation se présentant par ailleurs d'autant plus nécessaire que des libertés publiques sont souvent mises en cause (liberté du commerce et de l'industrie, liberté et pluralisme dans le droit d'expression et d'opinion, droit d'accès aux documents administratifs, protection des individus à l'égard de données à caractère personnel incluses notamment dans des fichiers informatiques, protection des marchés financiers...). L'Administration intervient donc là où le droit pénal intervenait, continue d'intervenir ou pourrait logiquement et légitimement intervenir au vu de l'article 66 alinéa 2 de la Constitution faisant de l'autorité judiciaire la gardienne des libertés individuelles.

Mais devant la preuve de cette concurrence, une question reste en suspens : pour quelles raisons cette concurrence semble avoir joué en faveur de la répression administrative plutôt qu'en faveur de la répression pénale ? Pour répondre, il convient d'analyser la nature du contentieux à traiter et celle du droit appelé à ce traitement. Aussi devons-nous préciser que la régulation est un domaine d'une grande *technicité* qui ne peut être pleinement géré par l'intervention du droit pénal dont le fondement *étatique* freinerait l'équilibre.

816. Inadaptation du droit pénal étatique à un contentieux technique. – S'agissant tout d'abord de la technicité du contentieux, il est nécessaire de préciser que ce phénomène n'est pas récent. Depuis les années 70, une multitude de domaines d'une importance sociale considérable (activités financières, énergétiques, audiovisuelles, informatiques, etc.) se sont complexifiés sous l'influence d'éléments hétérogènes. Ce double processus – multitude de secteurs et complexification de ceux-ci – a conduit à l'instauration d'autorités dont l'objectif est de traiter, de manière pragmatique, les différends pouvant survenir en ces domaines et d'établir ainsi un certain équilibre en leur sein¹⁹⁸³. Pour parvenir à l'accomplissement de cet

¹⁹⁸² Sur ce point, V. spéc. ROBERT (J.-H.), « Tableau récapitulatif des dépenalisations opérées depuis 2003 dans le droit des sociétés par actions », *Dr. pén.* 2005, ét. n° 3. L'auteur assimile le processus de dépenalisation à un bombardement atteignant par hasard telle ou telle incrimination.

¹⁹⁸³ Sur cet objectif d'équilibre, V. spéc. FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le droit de la régulation », *op. cit.*, pp. 612 et ss. : « Cet objectif d'équilibre est ce qui fonde les pouvoirs qui sont utiles à sa réalisation (...) Il faut [donc] une autorité pour faire tenir l'ensemble, pour construire et maintenir l'équilibre global ».

objectif, dont le droit de punir est une des modalités, un lien étroit doit exister entre le détenteur du pouvoir de régulation/sanction et le domaine considéré. Or, le droit pénal dans sa dimension juridictionnelle classique, ne peut répondre à cet impératif de proximité. La spécificité du contentieux de la régulation s'oppose donc au caractère général de la répression mise en œuvre par le droit pénal. Cette généralité procède notamment de son caractère étatique qui demeure lui-aussi un frein dans la reconnaissance, en faveur du droit pénal, d'un pouvoir de régulation.

S'agissant donc de la nature étatique du droit pénal¹⁹⁸⁴, il apparaît qu'elle n'est que très difficilement conciliable avec l'esprit animant cette nouvelle branche du droit, le droit de la régulation. Traitant de la régulation dans le strict cadre économique, le Pr. M.-A. FRISON-ROCHE précise que ce droit « *a vocation à exprimer un nouveau rapport entre le droit et l'économie, à la fois un rapport d'organisation et de contrainte et un rapport détaché du passage nécessaire par l'Etat et son organisation administrative (...) Grossièrement dit, il y a régulation parce que l'Etat n'a plus les moyens de conserver dans sa sphère le secteur en question ; il est dépassé par la tâche* »¹⁹⁸⁵. Le droit pénal, entendu comme la réunion de règles relatives à la réaction étatique contre la délinquance¹⁹⁸⁶, ne peut donc – par son essence même – répondre à une telle acception de la régulation. C'est pourquoi des autorités spécifiques et dotées d'une compétence directement liée au domaine en cause ont été instaurées. Elles disposent certes d'un caractère étatique et administratif, pour autant leur indépendance garantit la satisfaction des exigences de la régulation, à travers notamment leur pouvoir de sanction.

2) *Critère intrinsèque : respect par les autorités administratives indépendantes de la logique régulatrice*

817. Exigences de la logique régulatrice. – L'équilibre du secteur technique doit être l'objectif essentiel de l'autorité détentrice du pouvoir de régulation et, plus précisément, pour ce qui nous intéresse ici, du pouvoir de sanction. « *En matière de régulation, au sens technique du terme, la fin justifie et crée les moyens. La méthode requise est donc avant tout*

¹⁹⁸⁴ Dont nous avons traité plus haut les divers contours : V. *supra*, spéc. n^{os} *et ss.*

¹⁹⁸⁵ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le droit de la régulation », *op. cit.*, pp. 610 à 612. S'agissant toujours du domaine économique, V. également FARJAT (G.), *Pour un droit économique*, Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit, 2004, p. 114 : « *les autorités de régulation ont été créées pour assurer la séparation de l'Etat et de l'économie* ».

¹⁹⁸⁶ En ce sens, V. la définition classique du droit pénal énoncée in MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. I, *op. cit.*, n^o 142.

guidée par l'efficacité »¹⁹⁸⁷. Si le droit pénal est exclu de ces matières, ce n'est pas seulement parce qu'il est intimement lié à la dimension étatique du droit de punir, c'est également parce qu'il ne peut répondre efficacement à ce contentieux¹⁹⁸⁸. La technicité de ce dernier impose une compétence ne pouvant être confiée qu'à des autorités spécialisées ayant « *la volonté d'aboutir à des résultats concrets, plutôt que d'énoncer des affirmations théoriques* »¹⁹⁸⁹. Ce pragmatisme pouvant plus facilement être appliqué si l'autorité détentrice du pouvoir de régulation et de sanction adapte les règles suivant un « *droit mou* »¹⁹⁹⁰ ou malléable aux diverses circonstances de l'espèce. Cette souplesse tranche avec la rigueur des dispositions pénales nécessitant une interprétation stricte (C. pén., art. 111-4). Et la "souplesse des règles de régulation" devient progressivement "rapidité dans le traitement du litige" ; rapidité qui ne peut non plus être présentée comme une qualité intrinsèque du droit pénal.

Ainsi, au-delà de la compétence de l'autorité de régulation, l'efficacité est fonction de la faculté pour l'instrument de traitement du contentieux de pouvoir évoluer. Du fait de la technicité du secteur, de nombreux changements interviennent dans la réglementation induisant une capacité de réaction et de rénovation des règles. Or, le droit pénal ne peut de toute évidence répondre aussi intensément à cette exigence d'adaptabilité¹⁹⁹¹, ce qui conduit la loi à garantir la logique régulatrice par l'instauration d'autorités spécialisées. En ce sens, le Doyen DECOCQ affirme que l' « *élaboration d'un tel système de sanctions, qui garantit la meilleure effectivité des règles qu'il s'agit de faire respecter, constitue assurément un progrès par rapport à l'arme de la peine classique, qui était, dans ce domaine comme dans bien d'autres, une réaction primaire* »¹⁹⁹².

¹⁹⁸⁷ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le droit de la régulation », *op. cit.*, p. 613.

¹⁹⁸⁸ Sur ce point, V. GARRON (F.), « La coexistence des procédures dans le domaine du droit répressif », *op. cit.*, p. 1685 : « *L'existence [de] textes de nature extrapénale résulte principalement de l'inadéquation du droit pénal à la poursuite de certains objectifs. La finalité de celui-ci réside, en effet, dans la protection de l'ordre social et dans le traitement corrélatif de la personne du délinquant, alors que l'objet (...) du droit répressif administratif concerne des intérêts catégoriels dont le domaine spécifique est plus restreint* ».

¹⁹⁸⁹ TRICOT (B.) et HADAS-LEBEL (R.), *Les institutions politiques françaises*, Paris, Dalloz, 1985, p. 448 cité in AUTIN (J.-L.), *op. cit.*, p. 1219.

¹⁹⁹⁰ Sur cette expression, V. spéc. DELMAS-MARTY (M.), « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits. Introduction » in CLAM (J.) et MARTIN (G.) (sous la dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, pp. 209 et ss. ; THIBIERGE (C.), « Le droit souple », *RTD civ.* 2003, p. 599. V. également n^{os} *et ss.*

¹⁹⁹¹ Pour certains auteurs, il ne devrait en aucune façon être guidé par une telle aspiration, sinon de manière très encadrée ; sur ce point, V. spéc. LAZERGES (C.), « De la fonction déclarative de la loi pénale », *op. cit.*

¹⁹⁹² DECOCQ (A.), « La dépenalisation du droit de la concurrence », *op. cit.*, p. 103 (c'est nous qui soulignons).

818. Nécessité d'un droit de punir de régulation. – Suivant ces différentes exigences, il apparaît donc comme une évidence que les autorités administratives indépendantes aient obtenu une si forte considération sociale. Les propos suivants du Pr. C. TEITGEN-COLLY ne pourront dès lors trouver de démentis tant l'évolution sociale coïncide avec sa complexification : « *ce sont les exigences de la régulation, précise cet auteur, qui ont conduit les gouvernants à confier aux A.A.I. chargées de cette régulation les pouvoirs répressifs qui s'avéraient nécessaires à l'accomplissement de leur mission régulatrice* »¹⁹⁹³. Intervenant dans des secteurs essentiels de la vie sociale et détenant une importance quantitative et qualitative incontestable, ces autorités se sont rapidement avérées indispensables, développant corrélativement un droit de punir spécifique. S'il est vrai que la logique de régulation peut évacuer toute perspective contraignante pour atteindre un équilibre dans le secteur déterminé, nous ne pouvons nier que le règlement des litiges trouve une effectivité naturellement plus grande lorsqu'un pouvoir de sanction est aux mains des autorités administratives indépendantes. Ce n'est pas un paradoxe que de prévoir un pouvoir répressif à la disposition d'une autorité initialement destinée à user de procédés *doux* dans le traitement des conflits si le droit de punir ainsi institué garantit plus franchement la logique régulatrice. Ce droit de punir trouve ainsi une pleine légitimité ; légitimité perceptible également dans les rapports que ce droit de punir entretient avec les garanties pénales. En effet, concurrent du droit pénal, il ne peut pas, *semble-t-il*, être pour autant présenté comme un contradicteur.

b. Le développement du droit de punir de régulation concurrent du droit pénal

819. Après avoir analysé les traits généraux du droit de punir exercé par les autorités administratives indépendantes, il convient désormais d'apprécier plus directement ces prérogatives punitives sans toutefois prétendre les établir de manière exhaustive.

Si le développement du pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes n'est pas linéaire au regard des autorités effectivement détentrices d'une telle prérogative (1), cette linéarité est *semble-t-il* présente s'agissant de la considération par ces dernières de l'"arrière-plan punitif standard" établi par le droit pénal, confirmant ainsi la concurrence entre les deux types de répression (2).

¹⁹⁹³ TEITGEN-COLLY (C.), « Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 26.

1) *Développement non linéaire du pouvoir de sanction entre les autorités administratives indépendantes*

820. Pouvoir de sanction non généralisé : l'ombre d'une concurrence. – Le caractère indépendant de ces autorités administratives serait, selon certains auteurs¹⁹⁹⁴, la conséquence de la nécessaire indépendance de leur pouvoir de sanction envers la justice répressive étatique – qu'elle soit pénale ou administrative. Si cette affirmation reste exacte pour la grande majorité des autorités administratives indépendantes, il s'avère toutefois que ce critère ne peut être pleinement satisfaisant puisqu'il est patent que certaines de ces autorités ne jouissent nullement d'un quelconque pouvoir de répression. Sauf à voir dans l'obligation de dénonciation au parquet une forme de prérogative répressive¹⁹⁹⁵, quelques autorités ne peuvent en effet prononcer aucune sanction afin de garantir l'effectivité et le respect des règles régissant leur domaine d'activités.

En est-il ainsi par exemple de la récente "Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur" instituée par l'article 9 de la loi de programme n° 2006-450 du 18 avril 2006 pour la recherche¹⁹⁹⁶ et codifiée aux articles L. 114-3-1 et suivants du Code de la recherche. Si, selon les dispositions de l'article L. 114-3-5 C. rech., cette agence possède le droit d'exiger des pièces et informations ainsi qu'un pouvoir d'investigation sur pièces ou sur place pour exercer sa mission d'évaluation des institutions liées à la recherche et à l'enseignement supérieur, nul pouvoir de sanction lui est attribué. Si, par son caractère nouveau, nous avons prioritairement mis en exergue cette autorité administrative indépendante, remarquons que nous pourrions citer également le Médiateur de la République qui n'a, en vertu de l'article 11 de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973¹⁹⁹⁷, qu'un pouvoir de recommandation et d'injonction.

821. Pouvoir de médiation et logique régulatrice : les limites de l'absence de pouvoir de sanction. – Quelle que soit l'évolution des autorités administratives indépendantes non titulaires d'un pouvoir de sanction, on peut constater que certaines d'entre elles peuvent déjà aujourd'hui mettre en place un mécanisme de médiation précisément tourné vers le règlement des différends. Par exemple, la "Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour

¹⁹⁹⁴ GUINCHARD (S.) et *al.*, *op. cit.*, n° 163, p. 269.

¹⁹⁹⁵ V. *supra*, n°s à .

¹⁹⁹⁶ JO du 19 avril 2006, p. 5820.

¹⁹⁹⁷ Loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un médiateur, JO du 4 janv. 1973.

l'égalité" (H.A.L.D.E.), en vertu de l'article 12 de la loi du 30 décembre 2004¹⁹⁹⁸, doit informer le procureur de la République lorsqu'elle a connaissance de faits constitutifs d'un crime ou d'un délit¹⁹⁹⁹ et, le cas échéant, lorsqu'elle initie une procédure de médiation sur ces mêmes faits. On s'aperçoit donc que même en l'absence de pouvoir de sanction, certaines autorités administratives indépendantes, sans développer une réelle concurrence, parviennent à jouer un rôle actif dans l'apaisement – la régulation – de secteurs spécifiques²⁰⁰⁰. Si les prérogatives punitives ne sont pas une spécificité constante des autorités administratives indépendantes, cette absence de pouvoir de sanction ne contrevient donc pas nécessairement à l'exigence de régulation issue de ces autorités.

Cette dernière réflexion permet-elle pour autant de nier l'importance du pouvoir de sanction dans la réalisation de l'objectif régulateur qui leur est assigné ? La réponse ne peut être que négative tant le droit de punir mis en œuvre le plus souvent par ce type d'autorités administratives participe plus efficacement à ce dernier objectif. Le Conseil d'Etat, dans son rapport sur les autorités administratives indépendantes, légitimait d'ailleurs pleinement le pouvoir de sanction sur cette fonction utilitaire : « *le milieu, objet de la régulation, attend de l'autorité [administrative indépendante] qu'elle se fasse respecter et au besoin sanctionne. Une attitude trop durablement compréhensive ou trop encline à la négociation peut s'avérer contre-productive à cet égard* »²⁰⁰¹. Ainsi, par la nécessité de recourir à un pouvoir de sanction, une concurrence s'établit entre le droit pénal et les droits répressifs extra-pénaux dans la réaction punitive contre une forme de délinquance aux dimensions techniques incontestables.

2) Développement linéaire du pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes

822. Si le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes a été très clairement affirmé par le Conseil constitutionnel²⁰⁰², il conviendra toutefois d'établir les points

¹⁹⁹⁸ Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *JO* du 31 déc. 2004, p. 22567 ; *D.* 2005, Lég. p. 134.

¹⁹⁹⁹ Sans se référer expressément à l'article 40 C. pr. pén., nous retrouvons ici le mécanisme de dénonciation que nous avons déjà précisé s'agissant par exemple de la C.N.I.L. (V. *supra*, n°s *et ss.*). Suivant un raisonnement analogique, il est à craindre que la "jurisprudence C.N.I.L." conférant un pouvoir d'appréciation à l'autorité administrative indépendante se développe relativement à la H.A.L.D.E.

²⁰⁰⁰ Notons toutefois que pour la H.A.L.D.E., le pouvoir de médiation reste soumis à « *l'accord préalable des juridictions pénales saisies ou du procureur de la République* » (L. 30 déc. 2004, art. 12, dernier al.).

²⁰⁰¹ CONSEIL D'ETAT, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 358.

²⁰⁰² Cons. const. 17 janv. 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, déc. n° 88-248 DC, *op. cit.* – Cons. const. 28 juill. 1989, *Commission des opérations de bourse*, déc. n° 89-260 DC, *op. cit.* S'agissant de la Cour EDH, les

de contacts entre le droit pénal et le droit administratif répressif, c'est-à-dire les éléments témoignant de leur rivalité. Si, *a priori*, le respect des garanties pénales témoigne d'une certaine forme de concurrence (α)²⁰⁰³, des critères plus spécifiques à chacune des deux répressions favorisent également leur rapprochement (β).

α) Respect des principes constitutionnels du droit pénal et développement d'une concurrence

823. Pouvoir de sanction en voie de généralisation. – Le règlement des litiges, avons-nous dit, trouve une effectivité plus importante lorsqu'un pouvoir de sanction est détenu par une autorité administrative indépendante donnée. Cette satisfaction plus large des exigences liées à la régulation tend à généraliser le droit de punir pouvant être exercé par ce type d'institutions. A titre d'exemple, la Commission d'accès aux documents administratifs (C.A.D.A.) instituée par la loi du 17 juillet 1978, s'est vu attribuer un pouvoir de sanction par une ordonnance du 6 juin 2005²⁰⁰⁴ ; une telle prérogative punitive est effectivement devenue nécessaire puisqu'à côté de la fonction de médiation en matière d'accès aux documents administratifs, cette autorité administrative indépendante²⁰⁰⁵ jouit désormais d'un pouvoir de contrôle de la réutilisation des informations publiques. Pour garantir la bonne marche de ce nouveau système intégrant les domaines de la concurrence et de la liberté informatique, la C.A.D.A. a la possibilité d'infliger une sanction d'un montant de 300 000 euros au plus en cas de réutilisation des informations publiques en violation des prescriptions légales. Le droit de punir ainsi créé s'inscrit véritablement dans la nouvelle exigence régulatrice non simplement de l'accès mais également de l'utilisation des documents administratifs.

Si la C.A.D.A. a obtenu officiellement un pouvoir de sanction, plus subtile est la situation de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité. Au-delà de son pouvoir

décisions sont rarissimes et restent sur le fond assez décevantes. V. toutefois CEDH 27 août 2002, *Didier c/ France*, JCP 2003.II.10177, note G. Gonzalez. Et déjà CEDH 29 mai 2001 et 3 déc. 2002, *Lilly France SA c/ France*. Pour savoir si les dispositions de l'art. 6 § 1 Conv. EDH s'appliquent aux A.A.I., il convient donc de se tourner davantage vers le juge – judiciaire et administratif – français (V. *infra*, not. n^{os} *et ss.*).

²⁰⁰³ Pour une remise en cause de cette logique de concurrence et du respect absolu des garanties fondamentales, V. *infra*, n^{os} *et ss.*

²⁰⁰⁴ Ord. n^o 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, JO du 7 juin 2005, p. 10022.

²⁰⁰⁵ L'article 10 de l'ordonnance du 6 juin 2005 modifie l'article 20 de la loi du 17 juillet 1978 en précisant expressément que la C.A.D.A. est une autorité administrative indépendante. Sur la controverse doctrinale relative à la nature de la C.A.D.A. avant l'ordonnance de 2005, V. notamment HEYMANN-DOAT (A.), *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 7^{ème} éd., 2002, p. 149 (reconnaissance du statut d'A.A.I.) ; CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t. 1, Paris, Montchrestien, coll. Domat, 11^{ème} éd., 1997, n^o 607 (reconnaissance du statut d'organisme consultatif).

de médiation, cette autorité jouit aujourd'hui, depuis la loi pour l'égalité des chances du 31 mars 2006²⁰⁰⁶, d'un pouvoir de transaction (L. n° 2004-1486 du 30 déc. 2004, art. 11- à 11-3). Si, de prime abord, ce pouvoir s'écarte d'un strict pouvoir de sanction, différents éléments militent pour un rapprochement avec la logique transactionnelle mise en œuvre par le droit pénal lui-même et que nous avons analysée comme étant une pure manifestation du droit de punir²⁰⁰⁷. D'une part, le décret n° 2006-641 du 1^{er} juin 2006²⁰⁰⁸ relatif aux transactions proposées par la H.A.L.D.E. insère au sein même du Code de procédure pénale les diverses dispositions concernant la mise en œuvre de cette mesure (C. pr. pén., art. D. 1-1). Cette inclusion a été rendue nécessaire par le rôle principal joué par le procureur de la République dans l'homologation de la transaction alors acceptée par la personne (C. pr. pén., art. D. 1-1 II)²⁰⁰⁹. D'autre part et surtout, le caractère sanctionnateur des pouvoirs de la H.A.L.D.E. se trouve insidieusement révélé par le fait que la transaction peut consister par exemple en le versement d'une "amende transactionnelle" dont le montant maximal est de 3 000 euros pour les personnes physiques ou 15 000 euros pour les personnes morales. Le montant non négligeable de cette amende s'apparente à celui des amendes pénales ; d'autant plus que l'article 11-1 alinéa 1^{er} *in fine* de la loi du 30 décembre 2004 fait quelque peu référence à la personnalisation des peines en disposant que le « *montant de l'amende est fixé en fonction de la gravité des faits ainsi que des ressources et des charges de la personne* ».

824. Reconnaissance constitutionnelle d'une concurrence. – Si le pouvoir de sanction n'est pas une spécificité des autorités administratives indépendantes, il caractérise toutefois l'évidence de la concurrence qui s'établit entre le droit pénal et le droit administratif répressif. C'est en effet à propos d'une A.A.I. – en l'espèce, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (C.S.A.) – et de la jurisprudence qui s'en est suivie que le Conseil constitutionnel « *a été amené à préciser les contours du régime de ces sanctions, après en avoir accepté le principe, non sans hésitation (...)* »²⁰¹⁰. En effet, si le Conseil constitutionnel reconnaît effectivement un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes, nous ne pouvons occulter les

²⁰⁰⁶ Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, *JO* du 2 avril 2006, p. 4950 (V. spéc. art. 41).

²⁰⁰⁷ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

²⁰⁰⁸ Décret n° 2006-641 du 1^{er} juin 2006 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif aux transactions proposées par la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *JO* du 2 juin 2006, p. 8335.

²⁰⁰⁹ Un auteur estime sur ce point que « *la loi étend la procédure du "plaider coupable" en matière de discrimination* » (GUILLEMIN (T.), « La HALDE : halte aux discriminations ? », *D.* 2006, p. 1625).

²⁰¹⁰ MODERNE (F.), *Sanctions administratives et justice constitutionnelle. Contribution à l'étude du jus puniendi de l'Etat dans les démocraties contemporaines*, Paris, Economica, 1993, p. 145.

limites qu'il assigne à son exercice notamment en terme de respect des garanties fondamentales du droit pénal et du procès équitable. Outre la précision selon laquelle ce pouvoir de sanction ne peut être présenté comme un principe absolu²⁰¹¹, le Conseil souligne que le développement du droit de punir des autorités administratives indépendantes doit s'effectuer de manière linéaire, c'est-à-dire en conformité avec les principes fondamentaux de nature pénale. Selon la Haute juridiction, « ces exigences ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire »²⁰¹² et « non juridictionnelle »²⁰¹³.

825. Respect des principes constitutionnels : la question d'une concurrence théorique. –

Suivant la logique qui vient d'être établie, le Conseil constitutionnel estime que « le dispositif constitutionnel propre au droit pénal (qui est la référence) »²⁰¹⁴ doit s'appliquer à la répression administrative. Les principes de légalité des délits et des peines, de nécessité, de non-retroactivité et du respect des droits de la défense doivent être pleinement intégrés au processus punitif de nature extra-pénale. Devant cette exigence, si les autorités administratives indépendantes parviennent à élaborer un mécanisme punitif aux contours identiques à celui inclus dans le droit pénal, force sera alors de reconnaître l'émergence d'une concurrence entre la répression administrative et la répression pénale. En revanche, si tel n'est pas le cas, il semble possible de croire en un effritement de la concurrence perceptible dans la pratique même de ces répressions²⁰¹⁵.

Quoi qu'il en soit, qu'elle soit ou non théorique, cette extension des garanties fondamentales du droit pénal – conduisant ainsi à l'affirmation d'une « théorie générale de la sanction répressive »²⁰¹⁶ – est connue. C'est pourquoi, sans trop s'attarder sur cette reconnaissance générale et constitutionnelle de la possible détention par des autorités administratives indépendantes d'un droit de punir spécifique, nous devons apprécier de manière plus précise

²⁰¹¹ Cons. const. 17 janv. 1989, *op. cit.*, consid. 27 – Cons. const. 25 févr. 1992, *Loi sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, déc. n° 92-307 DC, *Rec.* p. 48, consid. 25 et 26.

²⁰¹² Cons. const. 17 janv. 1989, *op. cit.*, consid. 36.

²⁰¹³ Cons. const. 28 juill. 1989, *op. cit.*

²⁰¹⁴ KLUGER (J.), *op. cit.*, p. 513 (c'est nous qui soulignons).

²⁰¹⁵ V. *infra*, n^{os} *et ss.*

²⁰¹⁶ GENEVOIS (B.), « Chronique sous Cons. cons. 17 janv. 1989, déc. n° 88-248 DC, *Conseil supérieur de l'audiovisuel* », *RFD adm.* 1989, p. 226 (cité not. in KLUGER (J.), *op. cit.*, p. 508).

les éléments nous permettant d'affirmer qu'une concurrence *semble* effectivement s'établir entre répression administrative et répression pénale.

β) *Emergence de points de contact et développement d'une concurrence*

826. Détermination des points de contact. – La rivalité qui s'exerce entre les autorités administratives indépendantes et le droit pénal se manifeste suivant différents critères : 1) la présence de doublons entre les attitudes incriminées ; 2) le quantum des sanctions prévues ; 3) l'identité de nature et d'objectif entre les sanctions administratives et les sanctions pénales.

Sans prétendre reprendre l'ensemble des prérogatives punitives de l'ensemble de ces autorités, nous concentrerons l'exposé des points de contact seulement sur certaines autorités administratives indépendantes. Ce choix étant fonction de notre objectif : apprécier l'adéquation de la répression administrative au standard pénal pour souligner l'émergence d'une concurrence entre ces deux formes de prérogatives répressives.

827. Concurrence révélée par la dualité des infractions. Le cas de l'A.M.F. – C'est principalement dans le domaine financier et dans le champ d'application de l'Autorité des marchés financiers – et antérieurement de la Commission des opérations de bourse – que se dégagent des doublons dans l'incrimination de comportements²⁰¹⁷. Ainsi, des attitudes font non seulement l'objet de dispositions, de poursuites et de sanctions pénales mais peuvent être parallèlement réprimées d'une manière totalement administrative par l'A.M.F. Nous connaissons le cas classique du doublon existant entre le délit d'initié (C. mon. et fin., art. L. 465-1, al. 1^{er}) et le manquement d'initié établi à l'article 622-1 du règlement général de l'A.M.F.²⁰¹⁸ ; citons également la similarité perceptible entre le délit de communication d'information privilégiée (C. mon. et fin., art. L. 465-1, al. 2) et le doublon parapénal de ce « pré-délit d'initié »²⁰¹⁹ prévu également à l'article 622-1 du règlement général de l'A.M.F.²⁰²⁰. Il en est de même encore du délit de diffusion d'informations fausses ou trompeuses (C. mon. et fin., art. L. 465-2, al. 2)²⁰²¹ et du comportement sanctionné par l'article

²⁰¹⁷ Sur ce point, V. spéc. PACLOT (Y.), « Remarques sur le pouvoir de sanction administrative de la future Autorité des marchés financiers », *JCP éd. E* 2003, act. 174.

²⁰¹⁸ Le manquement d'initié est issu initialement du règlement C.O.B. n° 90-08 du 17 juillet 1990 relatif à l'utilisation d'une information privilégiée (*JO* 20 juill. 1990).

²⁰¹⁹ JEANDIDIER (W.), *Droit pénal des affaires*, op. cit., n° 128.

²⁰²⁰ Ce pré-délit d'initié était déjà prévu dans le règlement de la C.O.B. n° 90-08 (*op. cit.*).

²⁰²¹ Initialement établi à l'art. L. 465-1, al. 4 C. mon. et fin., ce délit fut déplacé vers l'article L. 465-2 par la loi n° 2005-842 du 26 juill. 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie (*JO* du 27 juill. 2005, p.

222-3 du règlement général de l'A.M.F.²⁰²². Indiquons enfin le délit de manipulation des cours (C. mon. et fin., art. L. 465-2, al. 1^{er}), comportement réprimé également par l'article 631-1 dudit règlement²⁰²³.

828. *Le cas de la C.N.I.L.* – Selon l'article 45-I alinéa 1^{er} de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés²⁰²⁴, la Commission nationale de l'informatique et des libertés peut mettre en demeure le responsable d'un traitement informatique ne respectant pas les obligations découlant de la loi, de faire cesser le manquement constaté et ce dans un délai fixé par elle. Ce pouvoir – qui, par ailleurs, peut être présenté comme une faculté importante de dissuasion et qui concerne nombre d'A.A.I.²⁰²⁵ – est accompagné en cas de non-soumission du responsable à la mise en demeure émise par la C.N.I.L., d'un pouvoir de sanction (L. 6 janv. 1978, art. 45-I, al. 2)²⁰²⁶. Les sanctions ainsi prévues (sanctions pécuniaires²⁰²⁷, injonctions²⁰²⁸ ou retraits d'autorisations) se reportent donc directement au non-respect de la mise en demeure et par-là au non-respect des obligations de la loi. Par conséquent, on constate que les sanctions mises en œuvre par la C.N.I.L. possèdent le même champ d'application que celui sur lequel se fondent les articles 226-16 à 226-24 du Code pénal et l'article 51 de la loi de 1978²⁰²⁹, réprimant quant à eux *pénalement* diverses violations des dispositions légales. Ces dernières incriminations, ombres des dispositions de la loi de 1978 portées dans le droit pénal²⁰³⁰, trouvent parallèlement à ce dispositif une possible

12160).

²⁰²² Initialement prévu par le règlement C.O.B. n° 98-07 relatif à l'obligation d'information du public (*JO* du 2 mars 1999).

²⁰²³ Initialement prévu par le règlement C.O.B. n° 90-04 relatif à l'établissement des cours (*JO* du 20 juillet 1990).

²⁰²⁴ *JO* du 7 janv. 1978, p. 227. Notons que la loi du 6 janv. 1978 a été modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 (*op. cit.*).

²⁰²⁵ S'agissant du C.S.A., son pouvoir de mise en demeure et sa possibilité de rendre publiques ces décisions caractérisent une dissuasion importante dans un domaine médiatique où le caractère public revêt une incidence toute particulière. Sur ce point, V. DERIEUX (E.), « Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *Petites affiches* 15 mars 2005, n° 52, spéc. pp. 6 et 8 : « *La plupart du temps (...) la mise en demeure suffit, pour assurer le respect de l'obligation rappelée ou la mise en conformité* » (p. 8).

²⁰²⁶ Sur la procédure devant être suivie en matière de sanctions administratives, V. les articles 70 à 82 du décret n° 2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi n° 78-1 du 6 janv. 1978, modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 (*JO* du 22 oct. 2005, p. 16769).

²⁰²⁷ Sur le montant de ces sanctions, V. *supra*, n° .

²⁰²⁸ Pour une distinction entre injonction et sanction, V. *infra*, n° (en note).

²⁰²⁹ Le décret n° 2005-1309 du 20 octobre 2005 a renforcé le dispositif pénal en matière de traitement des données à caractère personnel. L'article 90 de ce décret intègre dans le Code pénal les articles R. 625-10 à R. 625-13 relatifs aux atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques.

²⁰³⁰ En ce sens, V. LEPAGE (A.), « Réflexions de droit pénal sur la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel », *Dr. pén.* 2005, ét. n° 5, p. 9 citant notamment GASSIN (R.), « Le droit pénal de l'informatique », *D.* 1986, chron. p. 40.

protection *administrative* par le recours aux sanctions de l'article 45-I alinéa 2. Une double protection qui confirme l'évidence d'une concurrence : les interventions répressives – pénales et administratives – pouvant s'exprimer sur un même domaine d'activité.

829. Au vu de ces diverses incriminations en matière financière ou informatique, la concurrence s'établit de manière qualitative et quantitative. Qualitativement, la répression administrative s'imprègne de comportements déjà incriminés et sanctionnés par le droit pénal. Mais la concurrence possède également une dimension quantitative puisque la pratique démontre qu'il est davantage fait appel à la répression administrative qu'à la répression pénale ; la première apparaissant plus en adéquation avec la technicité des contentieux à traiter. Cette tendance n'étant pas étrangère semble-t-il au quantum des sanctions pécuniaires pouvant être prononcées.

830. *Concurrence révélée par le quantum des sanctions pécuniaires.* – Selon le Pr. J.-H. ROBERT, la répression issue des autorités administratives indépendantes est « *beaucoup plus sévère que celle qui aurait été pratiquée par les juridictions judiciaires, encore qu'elle ait pris des chemins différents* »²⁰³¹. Si nous ne cautionnons pas la trop forte généralité de ces propos²⁰³², nous nous soumettons en revanche au constat selon lequel certaines sanctions administratives émises par ces autorités de régulation sont effectivement d'une lourdeur incontestable. Bien que la peine privative de liberté demeure le monopole du juge pénal²⁰³³, les sanctions pécuniaires pouvant être prononcées par ces autorités peuvent être importantes. Prenons quelques exemples caractéristiques pour illustrer notre propos.

²⁰³¹ ROBERT (J.-H.), « La dépenalisation », *Arch. phil. dr.* 1997, t. 41, p. 197. Pour une vision moins tranchée, V. WILLEMART (E.), « La répression pénale et la répression administrative : de l'autonomie à la subsidiarité ? » in DELPÉRÉE (F.) (sous la dir.), *Le principe de subsidiarité*, op. cit., pp. 185-186 : « *la sanction administrative n'est pas forcément moins redoutable que la sanction pénale ; elle atteint sans doute moins la personne que son patrimoine, dans la mesure où les peines privatives de liberté sont exclues, mais son importance financière peut être bien plus considérable que celle d'une amende pénale. De plus, en dépit des correctifs dont elle est assortie, la procédure administrative présente encore, sous certains aspects, des garanties moindres que celles offertes par la procédure pénale* ».

²⁰³² La peine d'emprisonnement reste en effet la sanction la plus lourde dans la mesure où elle a pour seul objet l'un de nos droits les plus fondamentaux, à savoir la liberté. Sur ce point, V. notamment MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 457.

²⁰³³ Cons. const. 17 janv. 1989, op. cit., consid. 27 et 28 – Cons. const. 28 juill. 1989, op. cit., consid. 6.

831. *Le cas de l’Autorité de régulation des communications électroniques et des postes*²⁰³⁴. – S’agissant du pouvoir de sanction en matière de communications électroniques, la loi du 20 mai 2005 n’a pas modifié l’article L. 36-11, 2°, b du Code des postes et des communications électroniques fixant le montant de la sanction pécuniaire à 3 % du chiffre d’affaires hors taxes du dernier exercice clos (ou 150 000 euros), porté à 5 % (ou 375 000 euros) en cas de nouvelle violation de la même obligation. S’agissant des activités postales, la loi de 2005 a intégré de nouvelles dispositions dans le Code des postes et des communications électroniques relatives notamment au pouvoir de sanction. L’article L. 5-3, b) dudit code fixe le montant de la sanction pécuniaire à 5 % du chiffre d’affaires hors taxes du dernier exercice clos (ou 150 000 euros), porté à 10 % (ou 375 000 euros) en cas de nouvelle violation de la même obligation.

On le voit, le montant de ces sanctions pécuniaires – que l’on retrouve de manière quasi similaire s’agissant du C.S.A.²⁰³⁵ ou de la C.A.D.A.²⁰³⁶ – reste relativement élevé concurrençant, voire dépassant, les montants classiquement prévus en droit pénal²⁰³⁷. Concurrence qui s’est depuis peu manifestée s’agissant de la relation entre la C.N.I.L. et les dispositions spécifiquement pénales.

832. *Le cas de la C.N.I.L.* – Par son caractère récent, il est intéressant de se pencher sur le pouvoir de sanction de la C.N.I.L. qui, depuis la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, a la

²⁰³⁴ Des modifications récentes ont atteint l’Autorité de régulation des télécommunications (A.R.T.). En décidant de confier à cette autorité la régulation des activités postales, le législateur en a modifié sa dénomination. Aussi la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales (*JO* du 21 mai 2005, p. 8825) a-t-elle substitué l’autorité de régulation des communications électroniques et des postes (A.R.C.E.P.) à l’A.R.T.

²⁰³⁵ L’échelle des sanctions pécuniaires pouvant être prononcées par le C.S.A. est la suivante : 3 % du chiffre d’affaires hors taxes du dernier exercice clos, porté à 5 % en cas de nouvelle violation de la même obligation (L. n° 86-1067 du 30 sept. 1986, art. 42-2, al. 1^{er}).

²⁰³⁶ Article 18 nouveau de la loi du 17 juill. 1978 modifiée par l’ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 (*op. cit.*).

²⁰³⁷ Ce dépassement est expressément exclu s’agissant du pouvoir de sanction du C.S.A. Depuis la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l’économie numérique (*JO* du 22 juin 2004, p. 11168), « [lorsque] le manquement est constitutif d’une infraction pénale, le montant de la sanction pécuniaire ne peut excéder celui prévu pour l’amende pénale » (L. n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication, art. 42-2, al. 2). A l’inverse, les sanctions infligées par le Conseil de la concurrence demeurent très élevées. V. par exemple le prononcé de deux amendes de 2,5 millions d’euros à une société commerciale et à son réseau de distribution pour abus de position dominante et entente verticale (Cons. conc. 22 juin 2005, déc. n° 05-D-32, *JCP éd. E* 2005, act. 197), l’amende de 80 millions d’euros pour abus de position dominante (Cons. conc. 7 nov. 2005, déc. n° 05-D-59) ou encore les amendes prononcées à l’encontre des sociétés Orange, SFR et Bouygues Télécom d’un montant total de 534 millions d’euros pour entente illicite (Cons. conc. 30 nov. 2005, déc. n° 05-D-65).

possibilité de prononcer des sanctions pécuniaires d'une importance non négligeable²⁰³⁸. En vertu de l'article 47 alinéa 1^{er} de la loi du 7 janvier 1978, la C.N.I.L. peut, en cas de refus d'obtempérer à une mise en demeure de cesser une pratique illicite, infliger une sanction pécuniaire dont le montant est « *proportionné à la gravité des manquements commis et aux avantages tirés de ce manquement* »²⁰³⁹. La règle pénale de l'individualisation des peines est donc prévue, ce qui s'avérait inévitable face à l'importance théorique des sanctions²⁰⁴⁰. Face à ces maxima de principe, il est à craindre que l'application effective qui en sera faite confirme cette sévérité théorique. En effet, en pratique, il semblerait que la « *sanction, si rare soit-elle, sera forte et sera rendue publique pour montrer que le risque "informatique et libertés" existe* »²⁰⁴¹. La rigueur qui tend à se dessiner manifeste donc le désir de la C.N.I.L., sinon de se substituer, du moins de concurrencer les sanctions pénales dans la gestion du contentieux technique lié à l'informatique. Par l'importance des articles 226-16 et suivants du Code pénal²⁰⁴², nulle substitution ne semble, *pour l'heure*, envisageable. En revanche, une intervention accrue des sanctions administratives est possible réduisant d'autant l'opportunité de recourir au droit pénal ; cette réflexion étant, de toute évidence, transposable aux autorités de régulation précitées. Sur ce point, en analysant la concurrence s'établissant entre le droit pénal et l'A.M.F., un auteur craignait ouvertement « *une marginalisation du contentieux pénal* »²⁰⁴³.

²⁰³⁸ L'étude des autorités administratives indépendantes – telles que l'A.M.F. ou le Conseil de la concurrence – pouvant prononcer des sanctions d'une extrême importance peut ici trouver sa place. Nous avons toutefois jugé plus opportun d'inclure ces pouvoirs de sanction dans l'analyse consacrée à l'identité de nature entre sanction administrative et sanction pénale et à l'inclusion de ce pouvoir dans la matière pénale (V. *infra*, nos *et ss.*). C'est en effet la gravité des sanctions encourues qui permet à l'article 6 Conv. EDH de trouver application et de relever une nature "pénale" commune aux prérogatives punitives dévolues aux différentes A.A.I.

²⁰³⁹ Formule que l'on retrouve notamment en ce qui concerne les pouvoirs de sanction de l'A.R.C.E.P. que nous venons d'analyser (C. postes et comm. électr., art. L. 5-3 2^o, b et L. 36-11, 2^o, b), ceux de l'Autorité des marchés financiers (C. mon. et fin., art. L. 621-15, III), ceux du Conseil de la concurrence (C. com., art. L. 464-2 I, al. 3), ceux du C.S.A. (L. n^o 86-1067 du 30 sept. 1986, art. 42-2 al. 1^{er} et 48-2) et ceux de la C.A.D.A. (L. du 17 juill. 1978, art. 18 al. 3).

²⁰⁴⁰ S'agissant de la C.N.I.L., le montant s'élève à 150 000 euros si le manquement constaté est le premier manquement imputable au responsable du traitement informatique en question. Si un nouveau manquement a lieu dans les cinq ans à compter du prononcé d'une première sanction, le montant s'élève alors à 300 000 euros ou, s'il s'agit d'une entreprise, à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes du dernier exercice clos dans la limite de 300 000 euros (L. 7 janv. 1978, art. 47, al. 2).

²⁰⁴¹ Propos de Ch. PALLEZ, secrétaire général de la C.N.I.L. cité in BOCCARA (V.), « Loi "informatique et libertés" : des sanctions fortes, des risques accrus », *Petites affiches* 16 févr. 2005, n^o 33, p. 4. La première sanction pécuniaire prononcée par la C.N.I.L. a été infligée au Crédit Lyonnais le 28 juin 2006. Le montant de l'amende s'est élevé à 45 000 euros pour entrave à l'action de la C.N.I.L. et inscription abusive dans des fichiers gérés par la Banque de France. Il semblerait que cette condamnation ait eu un impact direct sur l'organisation du Crédit Lyonnais qui décida de mettre en place des dispositifs correctifs (sur ce point, V. *JCP* 2006, act. 427).

²⁰⁴² V. également C. pén., art. R. 625-10 et ss.

²⁰⁴³ JEANDIDIER (W.), *Droit pénal des affaires*, op. cit., n^o 121, p. 150.

Mais outre l'importance des sanctions pécuniaires encourues et prononcées, la concurrence du pouvoir de sanction de la C.N.I.L. et de certaines autres autorités administratives indépendantes²⁰⁴⁴ avec le droit pénal se manifeste également par l'identité de nature entre ces diverses sanctions ; identité clairement établie par l'inclusion de ces sanctions dans la "matière pénale".

833. Concurrence révélée par une identité de nature entre les sanctions. – Si nous poursuivons notre analyse du nouveau pouvoir de sanction de la C.N.I.L., précisons que l'article 47 alinéa 3 de la loi de 1978 précitée souligne que lorsque « *la Commission nationale de l'informatique et des libertés a prononcé une sanction pécuniaire devenue définitive avant que le juge pénal ait statué définitivement sur les mêmes faits ou des faits connexes, celui-ci peut ordonner que la sanction pécuniaire s'impute sur l'amende qu'il prononce* »²⁰⁴⁵. Cette imputation n'est possible qu'à partir du seul instant où la nature des sanctions – issues du droit administratif et du droit pénal – est identique. Cela signifie donc que les sanctions de la C.N.I.L. (ainsi que celles de l'A.M.F. et du C.S.A.) doivent relever de la matière punitive du Conseil constitutionnel et/ou de la matière pénale de l'article 6 Conv. EDH.

834. Non saisi de la loi du 6 août 2004 pour un contrôle de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel n'a pu affirmé l'inclusion du pouvoir de sanction de la C.N.I.L. dans la matière punitive. S'agissant de son insertion dans la matière pénale, une méthode déductive permet – en l'absence encore de toute décision sur ce point – de conclure positivement à un rapprochement. Conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le caractère alternatif des critères de détermination de la matière pénale²⁰⁴⁶, « *ce sont ceux relatifs au caractère dissuasif de la sanction et à sa sévérité, son ampleur, qui emportent la conviction que les sanctions pécuniaires prononcées par les autorités administratives indépendantes entrent dans le champ d'application de la matière pénale* »²⁰⁴⁷. Le caractère "pénal" des sanctions encourues fut par exemple reconnu à celles décidées par le Conseil de la concurrence qui, depuis la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations

²⁰⁴⁴ Nous verrons en effet que la logique que nous allons suivre s'applique à d'autres autorités administratives indépendantes comme l'A.M.F. ou le Conseil de la concurrence.

²⁰⁴⁵ V. également C. mon. et fin., art. L. 621-16 pour l'A.M.F. ; L. 30 sept. 1986, art. 42-2 al. 3 (l'intégration de cet alinéa est issue de l'article 10-II de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, *op. cit.*) et art. 48-2 pour le C.S.A. Cette imputation est expressément rejetée s'agissant de l'A.R.C.E.P. ; les dispositions des articles L. 5-3 b et L.36-11 b C. postes et comm. électr. précisent en effet que les sanctions administratives pécuniaires ne sont envisageables que « *si le manquement n'est pas constitutif d'une infraction pénale* ». Sur ce point, V. *infra*, n° .

²⁰⁴⁶ CEDH 25 août 1987, *Lutz*, série A, n° 123 – CEDH 24 févr. 1994, *Bendenoun*, *op. cit.*

²⁰⁴⁷ GUINCHARD (S.) *et al.*, *op. cit.*, n° 107, p. 153.

économiques – dite "loi N.R.E."²⁰⁴⁸ – peut prononcer des sanctions d'un montant de 3 millions d'euros ou de 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes s'il s'agit d'une entreprise (C. com., art. L. 464-2 I, al. 4)²⁰⁴⁹. En pratique, on le voit, cette autorité use assez durement de son pouvoir de sanction en prononçant des amendes proches des maxima théoriquement prévus²⁰⁵⁰.

Outre une reconnaissance constitutionnelle de son pouvoir de sanction²⁰⁵¹, la C.O.B. connut la même tendance : le montant élevé des sanctions encourues fut déterminant dans l'applicabilité de l'article 6 Conv. EDH²⁰⁵² ; ceci restant valable aujourd'hui en ce qui concerne l'A.M.F.²⁰⁵³.

835. Prémices de la généralisation de la "matière pénale" à l'ensemble des A.A.I. –

Suivant ces diverses jurisprudences, on peut légitimement déduire que les sanctions pécuniaires prononcées par la C.N.I.L. font partie intégrante de la matière pénale. Cette conclusion est inspirée par le revirement opéré par le Conseil d'Etat qui était jusqu'alors réticent à intégrer le pouvoir de sanction des A.A.I. dans le cadre de l'article 6²⁰⁵⁴. Dans un arrêt *Didier* du 3 décembre 1999 relatif à la sanction du retrait d'une carte professionnelle prononcé par le Conseil des marchés financiers (C.M.F.), le Conseil d'Etat étend

²⁰⁴⁸ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JO* du 16 mai 2001, p. 7776.

²⁰⁴⁹ Sur la reconnaissance de la nature "pénale" des sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence avant la modification intervenue avec la loi du 15 mai 2001, V. CA Paris, 26 avril 1994 – CA Paris, 15 juin 1999, *JCP* 2000.II.10254 – Com. 5 oct. 1999, *Petites affiches* 15 oct. 1999, n° 206, p. 4, note C. Ducouloux-Favard ; *JCP* 2000.II.10255, note E. Cadou – Com. 28 janv. 2003, *Petites affiches* 14 févr. 2003, n° 33, p. 8. V. également SUDRE (F.) et PICHERAL (C.) (sous la dir.), *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, Paris, La Documentation française, 2003, spéc. p. 77 et ss. Si les sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil de la concurrence suivant le système antérieur à la loi N.R.E. ont été introduites dans la "matière pénale", force est de constater qu'elles le demeurent après cette loi dans la mesure où cette dernière aggrave les sanctions encourues (sur ce point, V. spéc. JEANDIDIER (W.), *Droit pénal des affaires*, op. cit., n° 359).

²⁰⁵⁰ V. *supra*, n° (en note).

²⁰⁵¹ Cons. const. 28 juill. 1989, *Commission des opérations de bourse*, déc. n° 89-260 DC, op. cit.

²⁰⁵² CA Paris 12 janv. 1994 (5 arrêts), *RJDA* 1994, p. 884 – Com. 9 avril 1996, *Haddad*, *Bull. civ. IV*, n° 115 ; *RJDA* 1996, p. 438, concl. A. Piniot – Com. 18 juin 1996, *Conso*, *RJ com.* 1997, p. 66 ; *RD bancaire* 1997, p. 177, note M. Germain et M.-A. Frison-Roche – Com. 1^{er} déc. 1998, *Oury*, *JCP* 1999.II.10057, note E. Garaud ; *Petites affiches* 15 janv. 1999, note C. Ducouloux-Favard – Cass. Ass. Plén. 5 févr. 1999, *Oury*, *Petites affiches* 10 févr. 1999, p. 3, note C. Ducouloux-Favard ; *JCP* 1999.II.10060, note H. Matsopoulou ; *JCP éd. E* 1999, p. 357, note E. Garaud ; *Dr. pén.* 1999, comm. 54, obs. J.-H. Robert – Com. 25 janv. 2000, *JCP* 2000.IV.1462.

²⁰⁵³ La loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 relative à la sécurité financière (*JO* du 2 août 2003, p. 13220) n'a pas modifié les pouvoirs de sanctions. A l'image de la C.O.B., l'A.M.F. peut prononcer « une sanction pécuniaire dont le montant ne peut être supérieur à 1,5 million d'euros ou au décuple du montant des profits éventuellement réalisés » (C. mon. et fin., art. L. 621-15, III, c).

²⁰⁵⁴ Fondée sur un critère organique, la jurisprudence du Conseil d'Etat refusait jusqu'alors l'applicabilité de l'article 6. V. not. C.E. 31 mars 1995 (avis), *Ministre du budget c/ SARL Auto-industrie Méric*, op. cit. qui réserve l'application de l'art. 6 aux décisions juridictionnelles. Egalement deux arrêts relatifs au C.S.A., C.E. 14 juin 1991, *Association Radio-Solidarité*, *Leb.* p. 232 – C.E. 9 oct. 1996, *Association Ici et Maintenant*, *Leb.* p. 401.

l'applicabilité de l'article 6 Conv. EDH suivant un critère matériel de sorte qu'il « *convient désormais d'admettre que les autorités administratives [et donc les A.A.I.] relèvent de l'article 6 au titre de la "matière pénale" lorsqu'elles prononcent des sanctions pécuniaires* »²⁰⁵⁵. Cet arrêt *Didier* donna naissance à la première décision de la Cour européenne des droits de l'homme intéressant directement une autorité administrative indépendante française²⁰⁵⁶. D'une qualité discutable²⁰⁵⁷, ce dernier arrêt se reporte simplement à la solution émise par le juge interne. C'est donc bien l'arrêt du Conseil d'Etat qui doit être directement considéré puisqu'il amorce une jurisprudence nouvelle quant aux relations entre les autorités administratives indépendantes et la matière pénale.

836. Devant l'importance de cet arrêt *Didier*, deux limites doivent toutefois être relevées. Tout d'abord, un arrêt du même jour a refusé l'applicabilité de l'article 6 § 1 à la procédure de sanction de la C.N.I.L.²⁰⁵⁸. Cette décision semble de prime abord ruiner nos espoirs de croire en une émancipation généralisée de la matière pénale dans le droit administratif et de poursuivre notre démonstration de la concurrence entre ce dernier et le droit pénal. Dans la mesure où une autorité administrative indépendante – pourtant détentrice d'un pouvoir de sanction – est exclue de ce domaine, toute rivalité est semble-t-il minée.

Notre pessimisme se dissipe toutefois dès que nous précisons que ce dernier arrêt est intervenu avant que la C.N.I.L. ne dispose d'un pouvoir de sanction *pécuniaire*. Devant l'importance des sanctions aujourd'hui encourues devant cette institution, il n'est plus probable que le Conseil d'Etat statue à l'image de l'arrêt *Caisse de Crédit mutuel de Bain-Tresboeuf* et refuse de soumettre la C.N.I.L. aux exigences conventionnelles. Concernant justement la nature des sanctions, la seconde limite de l'arrêt *Didier* tiendrait au fait suivant lequel le Conseil d'Etat exclurait de la matière pénale les sanctions non pécuniaires et les intégrerait au contraire dans la "matière civile"²⁰⁵⁹. Mais une dissipation de cette limite intervient également ici. En effet, il est indéniable qu'un objectif commun anime les sanctions

²⁰⁵⁵ SUDRE (F.), « Note sous C.E. 3 décembre 1999, *Didier, Leriche et Caisse de Crédit mutuel de Bain-Tresboeuf* », *JCP* 2000.II.10267.

²⁰⁵⁶ CEDH 27 août 2002, *Didier c/ France*, *op. cit.*

²⁰⁵⁷ Pour un regard critique sur la qualité de l'arrêt *Didier* de la Cour EDH, V. GONZALEZ (G.), « Note sous CEDH 27 août 2002, *Didier c/ France* », *JCP* 2003.II.10177 : « *la déception quant à la qualité de la décision rendue est à la mesure des attentes de la doctrine (et des juridictions nationales) de voir cette partie du contentieux de l'article 6 enfin clarifié* » (p. 1997, n° 5).

²⁰⁵⁸ C.E. 3 déc. 1999, *Caisse de Crédit mutuel de Bain-Tresboeuf*, *AJDA* 2000, p. 126, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *JCP* 2000.II.10267, note F. Sudre ; *RFD adm.* 2000, p. 584, concl. J.-D. Combrexelle.

²⁰⁵⁹ En ce sens, V. SUDRE (F.), « Note sous C.E. 3 décembre 1999 », *op. cit.*, p. 425.

pécuniaires et les sanctions non pécuniaires ; cet objectif tenant précisément en la volonté de sanctionner et de dissuader l'individu afin d'éviter la réitération du comportement. Par conséquent, si l'on ajoute ce critère finaliste aux autres critères, la généralisation de la matière pénale semble donc acquise.

837. Concurrence révélée par une identité d'objectif entre toutes les sanctions : consécration de la généralisation de la matière pénale à l'ensemble des A.A.I. – On ne peut parler de généralisation de la matière pénale qu'à partir du moment où l'ensemble des sanctions – pécuniaires ou non – émises par les autorités administratives indépendantes relèvent de cette matière. Il est aisé de relever l'intégration dans ce domaine des sanctions pécuniaires d'un montant élevé²⁰⁶⁰. Il est en revanche plus délicat de le faire s'agissant des restrictions de droit qui, le plus souvent, ne sont pas considérées comme ayant été prononcées par un tribunal au sens de la Conv. EDH. Le Conseil d'Etat déduit en effet du critère matériel tenant à la gravité et à la nature de la sanction, un critère organique acceptant ou refusant suivant les cas à l'autorité en question le caractère juridictionnel et la dénomination de tribunal²⁰⁶¹. Ainsi, une autorité administrative dont les décisions relèvent exclusivement de la branche civile de l'article 6 § 1 paraît très difficilement pouvoir être regardée comme un tribunal au sens de cet article.

Etablir que les sanctions non pécuniaires ressortissent non à la matière civile mais à la matière pénale aurait donc pour conséquence première de reconnaître le statut de *tribunal* aux diverses autorités administratives et notamment aux A.A.I. Cela reviendrait également et surtout à démontrer que le pouvoir de sanction de ces dernières est d'une nature unique et peut dès lors s'établir comme un concurrent face à la répression pénale. Pour cela, il convient de s'engager dans une perspective finaliste et de percevoir les buts poursuivis par les sanctions non pécuniaires.

838. Sanctions non pécuniaires et matière pénale. – En tant qu'autorités de régulation, les A.A.I. disposent d'un pouvoir de sanction aux dimensions hétérogènes. Outre les sanctions

²⁰⁶⁰ V. DELMAS-MARTY (M.) et GIUDICELLI-DELAGE (G.) (sous la dir.), *op. cit.*, p. 178 : « L'idée de répression est au cœur des sanctions pécuniaires (...) ».

²⁰⁶¹ Pour un refus de reconnaître la dénomination de tribunal suite à l'inclusion du contentieux dans la matière civile, V. C.E. 3 déc. 1999, *Caisse de Crédit mutuel de Bain-Tresboeuf*, *op. cit.* – C.E. 22 juin 2001, *Société Athis*, *AJDA* 2001, p. 634, chron. M. Guyomar et P. Collin. *Contra*, V. C.E. 28 juill. 2000, *Société Copper Communication* : cet arrêt reste toutefois peu exploitable par son manque de précision sur la présence des critères matériel et organique.

pécuniaires, la C.N.I.L. par exemple peut prononcer des injonctions ou des retraits d'autorisation (L. 6 janv. 1978, art. 45 I, 2^o)²⁰⁶². Dépassant le domaine informatique, citons également le C.S.A. qui possède des sanctions spécifiques : suspension de l'édition, de la diffusion ou de la distribution des services ou d'une partie des programmes, réduction de la durée de l'autorisation, retrait d'autorisation²⁰⁶³ ou encore, de manière indirecte, le non-renouvellement de l'autorisation. L'A.R.C.E.P. quant à elle peut prononcer des avertissements, la réduction, la suspension ou le retrait d'une autorisation²⁰⁶⁴.

On le voit, le pouvoir de sanction mis en œuvre par les autorités administratives indépendantes est protéiforme et comporte des mesures propres à chacune des particularités des domaines en question. Pour autant, devant cette diversité, force est de reconnaître que le but recherché par ces sanctions – et, au préalable, par l'incrimination des comportements – est punitif. Si, à l'inverse des sanctions pécuniaires, il n'est pas possible de conclure à l'introduction des sanctions non pécuniaires dans la matière pénale en recourant à leur gravité, nous pouvons toutefois établir cette inclusion en faisant appel à leur finalité punitive²⁰⁶⁵. Certes, les sanctions non pécuniaires précitées restreignent « *les capacités d'actions des opérateurs concernés* [c'est-à-dire] (...) *le droit d'exercer une activité professionnelle* »²⁰⁶⁶ qui constitue, selon l'arrêt *König* de la Cour EDH, un droit civil au sens de l'article 6 Conv. EDH²⁰⁶⁷. Toutefois, si nous dépassons la qualification civile des droits touchés, nous remarquons que l'atteinte qui y est portée reste animée par un fort esprit répressif. Même si une logique de prévention imprègne incontestablement ces sanctions non pécuniaires liées au retrait d'une autorisation d'exercer une activité professionnelle, la punition demeure la finalité essentielle de la sanction. Comme le précise un auteur, le « *caractère déterminant de la punition ne signifie pas qu'il soit toujours exclusif : la punition peut s'accompagner d'un*

²⁰⁶² Sans être spécifiquement dénommées *sanctions*, la C.N.I.L. peut, en cas d'urgence, décider l'interruption de la mise en œuvre du traitement, le verrouillage de certaines données à caractère personnel ou encore l'information au Premier ministre afin qu'il prenne les mesures nécessaires pour faire cesser la violation constatée (L. 6 janv. 1978, art. 45, II).

²⁰⁶³ Ces trois sanctions sont prévues aux 1^o, 2^o et 4^o de l'article 42-1 et à l'article 48-2 de la loi du 30 sept. 1986. Précisons que l'article 42-1, 1^o a été complété par l'article 22 de la loi n^o 2006-64 du 23 janv. 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers (*JO* du 24 janv. 2006, p. 1129).

²⁰⁶⁴ C. postes et comm. élect., art. L. 5-3, 2^o, a. (V. également l'art. L. 36-11, 2^o, a).

²⁰⁶⁵ Sur ce point, V. GUINCHARD (A.), *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale. Du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, Paris, L.G.D.J., 2003, n^{os} 150 et ss.

²⁰⁶⁶ SUDRE (F.), « Note sous C.E. 3 décembre 1999 », *op. cit.*, p. 425.

²⁰⁶⁷ CEDH 28 juin 1978, *König c/ Autriche*, série A, n^o 27.

aspect préventif de la norme [incriminatrice et sanctionnatrice] »²⁰⁶⁸. Ainsi, il devient certain que ces sanctions non pécuniaires participent directement à la réprobation – parfois publique²⁰⁶⁹ – du comportement répréhensible. L’objectif poursuivi est *prioritairement* punitif afin de blâmer et stigmatiser une attitude contraire à un ordre établi et *secondairement* dissuasif afin qu’aucune réitération n’intervienne. Dans la logique de la jurisprudence de la Cour EDH²⁰⁷⁰, ces sanctions ne peuvent donc qu’être incluses dans la matière pénale.

839. On s’aperçoit donc que l’arrêt *Didier* précité du Conseil d’Etat qui a permis d’étendre la matière pénale aux sanctions pécuniaires des autorités administratives indépendantes peut être dépassé. Les sanctions non pécuniaires intègrent également cette matière de sorte que l’ensemble de la répression administrative en fait partie. Grâce à la démonstration de l’identité de nature ("pénale") et d’objectif (punitif) entre les répressions administrative et pénale, la concurrence établie entre elles devient, semble-t-il, incontestable.

Mais l’arrêt *Didier*, hormis cette impulsion envers la généralisation de la matière pénale au sein de la répression administrative, permet une autre conclusion. Cette décision est intervenue non spécifiquement en matière administrative, mais dans le domaine disciplinaire. Nul doute donc que les sanctions prévues par les divers droits disciplinaires intègrent également la matière pénale. Aussi pouvons-nous préciser que le droit pénal, standard pour le droit administratif répressif, l’est également pour le droit disciplinaire – distinct de la répression administrative – ce qui conduit, parallèlement, à croire en une nouvelle concurrence entre ce dernier et le droit pénal.

– Section 2 –

Concurrence explicite : la fonction du droit pénal dans la progression du droit disciplinaire

840. Existence d’une concurrence explicite. – Il est ici question de concurrence *explicite* puisqu’il est patent que le droit disciplinaire a pour fonction première de réprimer un

²⁰⁶⁸ GUINCHARD (A.), *op. cit.*, n° 157, p. 92.

²⁰⁶⁹ Pour le C.S.A. : L. 30 sept. 1986, art. 42-4, al. 1^{er} et art. 48-3.

²⁰⁷⁰ CEDH 25 août 1987, *Lutz*, *op. cit.*, § 54. Egalement CEDH 21 févr. 1984, *Öztük c/ Allemagne*, *op. cit.* – CEDH 24 févr. 1994, *Bendenoun c/ France*, *op. cit.* – CEDH 23 sept. 1998, *Malige c/ France*, *op. cit.*, § 39.

comportement donné. A l'image du droit pénal, le droit disciplinaire est, par essence, un droit répressif. Une distinction s'établit donc ici avec le droit administratif qui, originellement, n'a aucune prérogative punitive²⁰⁷¹. Le droit disciplinaire, au contraire, se présente comme le « frère germain » du droit pénal²⁰⁷² ou, plus directement, comme « le droit pénal des corps intermédiaires »²⁰⁷³. Même si le droit disciplinaire ne s'intéresse qu'à un groupe particulier de personnes (salariés, membres d'une association, adhérents à un syndicat, détenus, militaires, étudiants, etc.), nul ne saurait douter de la prégnance du concept de répression et de la logique punitive en ce domaine : « la sanction disciplinaire a un but incontestablement punitif qui atteint le fonctionnaire [ou, plus largement, le membre du groupe déterminé] de façon analogue à une peine pénale »²⁰⁷⁴. Nombre d'auteurs dénomment d'ailleurs indistinctement cette matière de "droit" ou de "répression" disciplinaire²⁰⁷⁵. Cette réaction punitive se distingue donc aujourd'hui aisément de la répression administrative ; distinction qui n'a pas toujours été évidente au vu des liens étroits que ces deux types de répression entretenaient.

841. Spécificité du droit disciplinaire. – La confusion entre répression administrative et répression disciplinaire provient vraisemblablement du fait qu'elles peuvent se définir identiquement comme les prérogatives permettant d'assurer le respect de règles propres à un domaine particulier. Il est vrai que suivant cet énoncé ces deux formes répressives semblent se mêler. Mais conserver un telle lecture revient également à occulter un élément déterminant quant à la reconnaissance d'un critère distinctif. Aussi est-il nécessaire d'ajouter, s'agissant de

²⁰⁷¹ V. *supra*, n° et notamment les conclusions du commissaire du gouvernement ROMIEU sur l'arrêt *Société immobilière Saint-Just*. S'agissant en effet du droit administratif, la concurrence, par le manque de pouvoir punitif, n'était de prime abord qu'implicite et aucune rivalité n'existait *ab initio*. Ce n'est que le développement d'une forme particulière de répression qui a, progressivement, fait naître une concurrence entre les deux systèmes juridiques.

²⁰⁷² RICOL(J.), *Les tendances du droit disciplinaire*, thèse, Toulouse, 1908, p. 13 cité in DELLIS (G.), *op. cit.*, n° 303, pp. 214-215. Ce dernier auteur précise que « c'est la sanction disciplinaire qui fait preuve de liens de parenté plus étroits avec la catégorie pénale » (*ibid.*).

²⁰⁷³ BRETHER DE LA GRESSAYE (J.), *Rép. pén.*, v° « Discipline », n° 1 cité in PRALUS-DUPUY (J.), *Rép. pén.*, v° « Discipline », n° 1 ; « L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et les contentieux de la répression disciplinaire », *Rev. sc. crim.* 1995, pp. 723-724. V. également LÉGAL (A.) et BRETHER DE LA GRESSAYE (J.), *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Paris, Sirey 1938, p. 114 : « le droit disciplinaire n'est au fond que le droit pénal particulier des institutions ».

²⁰⁷⁴ DELLIS (G.), *op. cit.*, n° 303, p. 215. V. également DELMAS-MARTY (M.), *Les grands systèmes de politique criminelle*, *op. cit.*, p. 225.

²⁰⁷⁵ En ce sens, V. JEANDIDIER (W.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 65 ; DE LAUBADÈRE (A.), VÉNÉZIA (J.-C.) et GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 160. Pour une démonstration de la prégnance de la répression dans la définition du droit disciplinaire, V. CORNU (G.) (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Discipline » ; PRALUS-DUPUY (J.), *Rép. pén.*, *op. cit.*, n° 20 où l'auteur précise que le droit disciplinaire reste « un droit uniquement répressif(...) ». *Contra*, GUINCHARD (A.), *op. cit.*, n° 1114 qui exclut le pouvoir disciplinaire du pouvoir de répression.

la répression disciplinaire, que *ce pouvoir n'est possible qu'à la stricte condition qu'existe au préalable un rapport hiérarchique.*

842. Hétérogénéité du droit disciplinaire et unité de la logique punitive. – La plupart des auteurs ayant étudié le phénomène répressif extra-pénal sont publicistes. Dès lors, ils ont souhaité fonder leur analyse sur le droit administratif et percevoir en lui une certaine unité, notamment répressive. Or, en favorisant l'apparente indivisibilité de la matière administrative, ils ont complexifié la lecture du droit répressif extra-pénal, dont le droit disciplinaire²⁰⁷⁶. Aussi devons-nous rétablir la lecture des divers droits répressifs suivant une plus grande clarté. Pour cela, il convient tout d'abord de refuser l'unité – artificielle – du droit administratif et d'exclure le droit disciplinaire de l'étude de la répression administrative. De cette séparation s'ensuivra l'introduction dans le droit disciplinaire *lato sensu* d'une branche juridique, certes totalement étrangère au droit administratif, mais non moins intégrée au droit répressif extra-pénal : le droit disciplinaire *privé*. Mais si le droit disciplinaire est empreint d'une relative *hétérogénéité* dans la mesure où existent des traces du droit public et du droit privé²⁰⁷⁷, il manifeste également une certaine *unité* à travers la poursuite d'une rationalité punitive spécifique²⁰⁷⁸ et son inclusion dans le droit répressif *lato sensu*²⁰⁷⁹.

843. Hétérogénéité du droit disciplinaire et diversité du champ d'action. – Si, malgré les natures privée et publique, le droit disciplinaire parvient à établir une homogénéité punitive, l'observateur reste quelque peu désarmé devant ses multiples manifestations. Si le droit de punir peut être effectivement un élément fédérateur pour le droit disciplinaire, il ne réussit pas à dissimuler le trouble pouvant naître devant la diversité de ses champs d'action. Le droit

²⁰⁷⁶ Pour une assimilation des répressions administrative et disciplinaire, V. DELPÉRÉE (F.), *L'élaboration du droit disciplinaire de la fonction publique*, Paris, L.G.D.J. 1969, p. 25 : « *Le droit disciplinaire, en fixant les devoirs de chacun au sein de l'institution professionnelle et en assurant la sanction du respect de ces obligations par les agents de la fonction publique, fait partie intégrante du droit administratif* » ; AUBY (J.-M.), « Les sanctions administratives disciplinaires applicables aux usagers volontaires des services publics », *op. cit.* ; MASSAT (E.), « Des rapports du droit disciplinaire et du droit pénal dans l'administration... », *op. cit.* Pour une tentative de séparation des deux formes de répression, V. MOURGEON (J.), *op. cit.*, p. 92 : la répression administrative « connaît deux sortes de destinataires : les administrateurs et les administrés ».

²⁰⁷⁷ Pour une mise en évidence de cette hétérogénéité, V. PRALUS-DUPUY (J.), « La répression disciplinaire de l'infraction pénale », *Rev. sc. crim.* 1992, p. 230 ; *Rép. pén.*, *op. cit.*, n^{os} 13 et 15 où l'auteur parle notamment d'« émiettement de la matière ».

²⁰⁷⁸ Selon le Pr. J. SAVATIER, il y a « une parenté entre les divers droits disciplinaires » (*Rép. trav.*, v^o « Droit disciplinaire », n^o 3). V. également LÉGAL (A.) et BRETHER DE LA GRESSAYE (J.), *op. cit.*, p. 108.

²⁰⁷⁹ On en revient ici à l'expression traditionnelle selon laquelle *le système répressif est un*. Pour une reprise de cette formule, V. MODERNE (F.), *Sanctions administratives et justice constitutionnelle...*, *op. cit.*, p. 327 ; GUINCHARD (A.), *op. cit.*, n^o 1115 ; MASSAT (E.), *op. cit.*, p. 744. Pour une remise en cause de ce postulat, V. *infra*, n^{os} *et ss.*

disciplinaire apparaît dans des domaines d'activité aussi variés que les activités professionnelles, associatives, syndicales, sportives, ou encore en matière militaire, carcérale ou d'éducation. Il ne rentre pas dans le cadre de la présente étude d'analyser l'ensemble de ces secteurs²⁰⁸⁰. Nous devons davantage ici expliquer dans quelle mesure le droit disciplinaire peut être perçu comme un concurrent du droit pénal. Pour y parvenir, un découpage précis du droit disciplinaire doit toutefois être effectué.

844. Difficultés dans l'établissement de regroupements. – Tout rapprochement des diverses institutions disciplinaires s'avère délicat. Dès qu'un élément fédérateur est avancé, une donnée contraire vient réduire la pertinence d'une telle réunion, ne permettant pas alors de mettre clairement en évidence la place et le rôle du droit pénal dans le développement du droit disciplinaire²⁰⁸¹. Devant ces difficultés, quel critère devons-nous choisir ? A défaut d'élément véritablement distinctif, nous avons décidé d'établir une séparation suivant la présence ou non d'une acceptation préalable du droit disciplinaire. Cette distinction permet effectivement de mettre à jour les fonctions principales du droit pénal face au droit disciplinaire.

La quasi-majorité des droits disciplinaires semble relever d'une acceptation, le plus souvent implicite. Une seule discipline paraît imposée : la discipline pénitentiaire infligée aux détenus. Celle-ci, bien qu'isolée, n'en est pas moins d'une extrême importance quant à la détermination de la place occupée par le droit pénal dans la progression du droit disciplinaire

²⁰⁸⁰ Pour une étude exhaustive, V. MORET-BAILLY (J.), *Les institutions disciplinaires*, Paris, Mission de recherche Droit et Justice, coll. Arrêt sur recherches n° 4, oct. 2003. Cette étude a relevé plus de 150 institutions disciplinaires, juridictionnelles ou non, de première ou de seconde instance, publiques ou privées.

²⁰⁸¹ En est-il ainsi par exemple de la classification pouvant être construite autour de la distinction entre les institutions disciplinaires juridictionnelles et les institutions disciplinaires non juridictionnelles (pour une telle distinction, V. MORET-BAILLY (J.), *op. cit.*, pp. 31 à 46 ; AUBY (J.-M.), « Les sanctions administratives disciplinaires applicables aux usagers volontaires des services publics », *op. cit.*, p. 77). Cette classification a le mérite (juridique) d'être dualiste, pour autant elle ne peut être pleinement satisfaisante. Etablie sur la base d'un critère organique et fonctionnel, cette distinction ne permet pas d'établir les liens entre le droit disciplinaire *lato sensu* et le droit pénal. Un reproche que l'on retrouve s'agissant de la classification établie en fonction du caractère professionnel ou non de l'institution disciplinaire. Là encore, un trop large écart sépare ces institutions – ordres professionnels classiques, chefs d'entreprise, ministres de tutelle ou encore autorités administratives indépendantes – pour pouvoir correctement apprécier le rôle joué par le droit pénal en ces domaines. Sur ce dernier point, V. par exemple le pouvoir disciplinaire de l'A.M.F. (C. mon. et fin., art. L. 621-15, III, a et b), de la Commission bancaire (C. mon et fin. art. L. 613-1, L. 613-2, L. 613-21 à L. 613-24), de la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des instituts de prévoyance (C. assur., art. L. 310-18 et L. 310-18-1) ou encore de l'Agence française de lutte contre le dopage remplaçant depuis la loi n° 2006-405 du 5 avril 2006 le Conseil de prévention et de lutte contre le dopage (C. sport, art. L. 232-21 et ss.). Le Code du sport est issu de l'ordonnance n° 2006-596 du 23 mai 2006 relative à la partie législative du code du sport, JO du 25 mai 2006, p. 7791).

lato sensu. Si le *droit disciplinaire accepté* se présente comme un concurrent classique du droit pénal en intégrant les caractéristiques et les règles qui lui sont inhérentes (§ 2), le *droit disciplinaire imposé* apparaît davantage, au vu de leurs fortes similarités, comme un héritier du droit pénal s'affranchissant progressivement de ce dernier (§ 1).

§ 1. – Le droit disciplinaire imposé : l'émule incertain du droit pénal

845. *Filiation entre le droit pénal et la discipline pénitentiaire.* – Analyser la discipline pénitentiaire prioritairement à la discipline acceptée se justifie aisément au vu de l'imbrication évidente que la discipline carcérale entretient avec le droit pénal. Contrairement au droit disciplinaire exercé par l'employeur, par l'autorité militaire ou administrative ou encore par une autorité administrative indépendante, le droit disciplinaire pénitentiaire fait partie intégrante du processus pénal. C'est en cela que ce droit se présente comme un héritier du droit pénal. Le lien de filiation est en effet très net : sans exercice réel ou potentiel²⁰⁸² du droit de punir de nature pénale, la discipline pénitentiaire n'a aucune raison d'être. Son fondement se trouve au cœur même du processus punitif pénal.

Mais la mise en perspective de cette relation ne manifeste pas pour autant l'émergence d'une concurrence franche entre ces deux droits. Si le rapport s'instaurant entre eux est incontestablement étroit, une concurrence ne s'intaura qu'à partir du moment où l'on relève dans chacune des sanctions prises par ces deux types de droit une certaine identité tenant notamment à la gravité objective des mesures ou aux objectifs qui leur sont assignés. Or, certaines divergences peuvent apparaître.

846. *Une concurrence a priori incertaine.* – En analysant en détail le droit disciplinaire pénitentiaire, on s'aperçoit que la sanction qui peut être prononcée à l'encontre d'un détenu possède certaines particularités la détournant, semble-t-il, de toute rivalité avec le droit pénal. S'inscrivant dans le strict cadre du maintien de la sécurité intérieure, la discipline pénitentiaire ne paraît pas suivre franchement l'ambition affichée par le droit pénal. D'ailleurs, celle-ci ne s'inscrit pas pleinement dans le concept de "matière pénale" propre à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. Toute rivalité semble dès lors écartée.

²⁰⁸² Il s'agit ici du cas très particulier de la détention provisoire.

Pourtant, s'il est vrai que les deux domaines se distinguent sur certains points, on ne peut manquer de remarquer qu'un rapprochement et une rivalité se dessinent malgré tout. Les objectifs répressifs poursuivis par la discipline pénitentiaire, ses aspirations en vue de la resocialisation des individus, sa soumission progressive aux exigences de l'article 6 § 1 Conv. EDH sont autant d'éléments conduisant à réduire l'écart existant entre les deux systèmes répressifs. Tout en étant encore instable (A), la concurrence qui s'instaure entre le droit disciplinaire pénitentiaire et le droit pénal témoigne de l'avancée de la discipline carcérale vers une autonomie croissante par rapport au second (B).

A. – Une concurrence instable : l'apparente opposition entre le droit disciplinaire et le droit pénal

847. Révélation progressive d'une concurrence. – L'instabilité de la concurrence, c'est-à-dire la mise en évidence de domaines pouvant s'avérer totalement étrangers à toute forme de rivalité, tient essentiellement en deux points. Tout d'abord, il ne peut raisonnablement être question de concurrence entre le droit pénal et le droit disciplinaire puisque, dépendant de la sécurité intérieure, l'objectif assigné à la discipline carcérale reste d'une technicité à laquelle le droit pénal reste semble-t-il étranger (1°). Ensuite, s'il est des sanctions disciplinaires intégrant la matière pénale, force est de reconnaître que ce constat ne saurait être généralisé à l'ensemble des mesures prises par la commission de discipline carcérale (2°). Contrairement au premier cas, une concurrence existe alors mais reste assez restreinte confirmant le caractère instable de cette rivalité.

Mais si la "pénalisation" de la discipline carcérale – c'est-à-dire l'établissement d'une concurrence entre le droit disciplinaire et le droit pénal – semble effectivement limitée, il est possible toutefois, pour chaque situation, de douter de la pertinence de ces limitations et de relever, çà et là, des éléments propres au renforcement et à la stabilisation de cette concurrence. De la mise en évidence de ces éléments, la réalité d'une rivalité entre les deux droits devient alors progressivement plus certaine.

1°/ La discipline pénitentiaire justifiée par la sécurité intérieure : une technicité étrangère au droit pénal ?

848. Il est possible de définir la discipline pénitentiaire comme un « *mécanisme de gestion et de contrôle de la population pénale* »²⁰⁸³, telle une épée de Damoclès constamment suspendue au-dessus des cellules pour garantir la sécurité dans les établissements²⁰⁸⁴. La discipline pénitentiaire, tout en répondant à la définition classique et générique du concept de discipline²⁰⁸⁵ possède donc un aspect technique non négligeable tenant au nécessaire maintien de la sécurité intérieure à l'établissement pénitentiaire. Cette nécessité occulte toute forme de concurrence avec le droit pénal qui ne joue, semble-t-il, aucun rôle en cette matière (a). Pourtant, on ne saurait nier toute forme de rivalité puisque derrière la sauvegarde de la sécurité intérieure, la discipline carcérale poursuit indirectement un objectif de resocialisation des détenus ; "objectif spéculatif" commun avec le droit pénal (b).

a. Maintien de la sécurité intérieure et rejet discutable de la concurrence

849. Rôle du droit disciplinaire dans le maintien de la sécurité intérieure. – L'article D. 242 du Code de procédure pénale précise que l' « *ordre et la discipline doivent être maintenus avec fermeté, mais sans apporter plus de contraintes qu'il n'est nécessaire pour le maintien de la sécurité et d'une bonne organisation de la vie en collectivité* ». Hormis le terme de fermeté qui reste indéterminé, une confusion semble s'être installée entre les termes d'*ordre* et de *discipline*. Le droit disciplinaire pénitentiaire – comme d'ailleurs l'ensemble des droits disciplinaires, qu'ils soient de nature privée ou de nature publique – a pour fondement le maintien de l'ordre au sein du groupe concerné²⁰⁸⁶. Mais si le maintien de l'ordre interne est effectivement la raison d'être de la discipline carcérale, peut-on en conclure pour autant qu'elle en possède l'exclusivité ?

²⁰⁸³ BOURGOIN (N.) et GALINDO (C.), « La règle et son application : la punition en prison », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 323. V. également FOUCAULT (M.), *op. cit.*, p. 204 : « *L'appareil disciplinaire parfait permettrait à un seul regard de tout voir en permanence. Un point central serait à la fois source de lumière éclairant toute chose, et lieu de convergence pour tout ce qui doit être vu : œil parfait auquel rien n'échappe et centre vers lequel tous les regards sont tournés* » ; HERZOG-EVANS (M.), *La gestion du comportement du détenu. Essai de droit disciplinaire*, Paris, l'Harmattan, 1998, pp. 285-286 ; MOREL D'ARLEUX (J.), « Politique disciplinaire et gestion de la détention : dépasser la relation duale détenus/personnels », *AJ pén.* 2005, p. 402.

²⁰⁸⁴ Sur la sécurité en détention, V. PÉCHILLON (E.), *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, Paris, L.G.D.J., 1998.

²⁰⁸⁵ La discipline doit être entendue comme l' « *ensemble des règles de conduite imposées aux membres d'une collectivité pour assurer le bon fonctionnement d'[une] organisation sociale* » (*Dictionnaire Hachette*, v° « Discipline »). V. également CÉRÉ (J.-P.), *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 17 : « *la discipline est un facteur de cohésion et de permanence de l'institution* ».

²⁰⁸⁶ Cette logique se retrouve dans les propos de M. FOUCAULT : « *Ces méthodes qui permettent le contrôle minutieux des opérations du corps, qui assurent l'assujettissement constant de ses forces et lui imposent un rapport de docilité-utilité, c'est ce qu'on peut appeler les "disciplines"* » (*Surveiller et punir*, *op. cit.*, p. 161).

850. Critique de l'exclusivité du droit disciplinaire dans le maintien de la sécurité intérieure. – L'affirmation selon laquelle la garantie de la sécurité interne aux établissements pénitentiaires serait due à un exercice exclusif de la discipline carcérale n'est pas conforme à la réalité. On ne peut dissimuler en effet la possible dualité de poursuites en cas d'actes violents commis en détention. De nombreuses fautes disciplinaires ont effectivement un doublon pénal. Il en est ainsi par exemple des violences physiques (C. pr. pén., art. D. 249-1, 1° et 5° ; C. pén., art. 222-1 et ss.), de la détention de stupéfiants (C. pr. pén., art. D. 249-1 3° ; C. pén., art. 222-37), de l'évasion ou de la tentative d'évasion (C. pr. pén., art. D. 249-1, 6° ; C. pén., art. 434-27), des dégradations (C. pr. pén., art. D. 249-1, 7° et D. 249-2, 4° ; C. pén., art. 322-1 et ss.), des menaces (C. pr. pén., art. D. 249-2, 1° ; C. pén., art. 222-17 et ss.), des vols (C. pr. pén., art. D. 249-2, 3° ; C. pén., art. 311-1 et ss.) ou encore des exhibitions sexuelles (C. pr. pén., art. D. 249-2, 5° ; C. pén., art. 222-32). La possibilité de recourir à des sanctions pénales en cas de commission d'infractions durant la détention démontre que le droit pénal, comme le droit disciplinaire, peut participer au maintien de la sécurité dans les établissements pénitentiaires. Une concurrence s'établit donc en ce qui concerne la garantie de l'ordre carcéral ; les deux répressions pouvant légitimement intervenir et, dès lors, se cumuler entre elles.

851. Concurrence ou complémentarité ? – Devant l'évidence de cette concurrence, n'est-il pas possible d'avoir une lecture inverse de cette dualité répressive ? N'est-ce pas le droit disciplinaire qui possède un champ d'application identique à celui du droit pénal ? Dans l'affirmative, sans être véritablement un concurrent du droit pénal en ces domaines, le droit disciplinaire constituerait un complément technique non négligeable de la répression pénale. Cette dernière se manifestera par les sanctions pénales classiques alors que le droit disciplinaire permettra de prononcer des sanctions spécifiquement liées aux circonstances carcérales de l'infraction. Plus adapté à la particularité des fautes commises et plus apte à figurer comme un mode efficace de resocialisation des détenus, le droit disciplinaire apparaîtrait comme un recours devant être privilégié par rapport à un traitement exclusivement pénal des comportements en cause²⁰⁸⁷.

b. Modalité de resocialisation des détenus et établissement incontesté d'une concurrence

²⁰⁸⁷ Pour une confirmation du caractère complémentaire – et non concurrent – de ces répressions, V. *infra*, n^{os} *et ss.*

852. Dualité du concept de discipline. – La conception purement négative et arbitraire de la discipline, entendue comme une surveillance constante et généralisée des comportements, est notamment née de la théorie que Michel FOUCAULT avait forgée sur ce concept. Nous admettons que la discipline puisse être perçue comme un moyen de dresser des corps, de rendre dociles des individualités et partant de pouvoir contrôler, assujettir et contraindre²⁰⁸⁸. Pour autant, afin d’avoir une vision saine de la discipline, il est indispensable de considérer le contre-pied de cette "discipline-contrainte". Ainsi, comme tout système de droit, de normes et de contrôle, l’objectif essentiel n’est pas la docilité immédiate des individus, mais plus largement l’équilibre devant s’installer dans ce système. Les moyens d’action de la discipline ne peuvent dès lors être seulement négatifs. Si les sanctions sont effectivement les méthodes les plus caractéristiques de la discipline, elles ne sont pas les seules et coexistent à côté d’elles les récompenses. C’est ainsi qu’entrevoir la discipline sous son aspect de pure contrainte et suivant sa seule logique sanctionnatrice revient à dénaturer ce concept. La discipline cherche la garantie d’un équilibre institutionnel et possède pour y parvenir des moyens tant négatifs que positifs.

Qu’en est-il précisément de cette logique binaire en matière de discipline pénitentiaire ? Retrouve-t-on ces manifestations positives et négatives et, finalement, cette discipline est-elle guidée par la seule recherche d’un équilibre interne ?

853. Respect de la dualité par la discipline pénitentiaire. – La discipline appliquée aux détenus fait partie intégrante des modalités d’exécution de la peine privative de liberté. Elle doit en effet s’entendre globalement de l’obligation faite aux détenus d’agir d’une manière déterminée – par les textes – et dont le degré de satisfaction s’exprime en des conséquences positives (récompenses) ou négatives (sanctions disciplinaires). C’est pourquoi, dès lors que nous traitons de la discipline pénitentiaire, il convient tout d’abord de percevoir celle-ci dans son ensemble et non simplement de façon négative. Si les détenus sont effectivement soumis à une discipline interne représentant un mécanisme de contrôle et de contrainte, elle ne correspond pas exclusivement à un mécanisme de sanctions. Les moyens ayant une connotation négative – surveillance constante, contrainte, sanction, etc. – sont en effet plus intenses que pour toute autre forme de discipline. Mais cela résulte incontestablement de la particularité de la discipline pénitentiaire et ne doit en aucun cas occulter les bénéfiques que les

²⁰⁸⁸ FOUCAULT (M.), *op. cit.*, p. 161.

détenus peuvent acquérir. Dès l'article D. 241 alinéa 2 C. pr. pén., il est précisé que « *selon leurs mérites et leurs aptitudes, les condamnés ont une égale vocation à bénéficier des divers avantages que comporte éventuellement le régime de l'établissement où ils subissent leur peine* ».

Cette logique se trouve réaffirmée aux articles D. 252 et D. 254 C. pr. pén.²⁰⁸⁹. Selon ces dispositions, le détenu bénéficiera de mesures d'individualisation de l'exécution de sa peine en fonction de ses efforts de réinsertion et de sa conduite en détention. Pour évaluer cette bonne conduite et accorder une réduction de peine²⁰⁹⁰, le juge de l'application des peines pouvait officiellement apprécier « *le sens des responsabilités manifesté par le détenu quant au respect des règles organisant la vie collective dans l'établissement pénitentiaire* » (C. pr. pén., ancien art. D. 253). Par l'abrogation de cette disposition par l'article 26 du décret n° 2004-1364 du 13 décembre 2004, une telle possibilité n'est plus reconnue directement au magistrat dans les textes. Ce dernier se trouve-t-il pour autant dans l'incapacité de procéder à une telle évaluation ? Nul ne saurait le croire tant l'appréciation de l'attitude correcte du condamné conduisant à l'application effective de réductions de peine se fait essentiellement sur le respect de la discipline. Celle-ci devient donc un élément indispensable dans le processus de resocialisation et d'amendement du détenu²⁰⁹¹. Elle possède alors une double utilité : celle relative au maintien d'un *équilibre interne* et celle relative à la *réinsertion sociale* du détenu. La discipline pénitentiaire deviendrait-elle alors la source tant espérée d'une exécution de la peine privative de liberté socialement efficace ?

854. *Respect de la discipline pénitentiaire et resocialisation des détenus : consécration de l'idéal pénal ?* – La discipline favorise semble-t-il le plein accomplissement des missions traditionnellement confiées à la prison : garder en toute sécurité et resocialiser les détenus en

²⁰⁸⁹ Ces articles sont placés dans un paragraphe intitulé « *Mesures visant à encourager les efforts des détenus en vue de leur réinsertion sociale* » contenu dans une section elle-même placée au sein d'un chapitre relatif à la discipline et la sécurité des établissements pénitentiaires. De manière encore plus nette, avant le décret du 23 mai 1975, cette section était intitulée « *Des punitions et des récompenses* ».

²⁰⁹⁰ Le régime des réductions de peine a été modifié par la loi du 9 mars 2004, dite « Perben 2 » et le décret n° 2004-1364 du 13 décembre 2004 modifiant le Code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif à l'application des peines (JO du 15 déc. 2004, p. 21247 ; JO du 26 déc. 2004, p. 22031 – rectific.). Désormais le détenu bénéficie d'un crédit de réductions de peine que le juge de l'application des peines peut partiellement retirer en cas d'incidents (C. pr. pén., art. 721). Sur ce point, V. LAVIELLE (B.), « Le nouveau régime des réductions de peine », *AJ Pénal* 2004, p. 320 ; GIACOPELLI (M.), *op. cit.*, p. 2593 et s. V. également les modifications issues de l'article 12 de la loi n° 2005-1549 du 12 déc. 2005 (*op. cit.*).

²⁰⁹¹ M. FOUCAULT, tout en maintenant son idée générale, semblait avoir admis ce point : « *Est docile un corps qui peut être soumis, qui peut être utilisé, qui peut être transformé et perfectionné* » (*op. cit.*, p. 160 ; c'est nous qui soulignons).

recherchant leur amendement²⁰⁹². Une telle précision reste primordiale dès lors que les dispositions du Code de procédure pénale prévoient les diverses modalités attachées à la procédure disciplinaire sans affirmer expressément la mission exacte de cette discipline²⁰⁹³. Au vu de sa fonction utilitaire, cette dernière serait donc, d'un point de vue théorique, une reprise en miniature du droit pénal. En participant à la resocialisation des détenus, le droit disciplinaire se rapproche en effet sensiblement de la logique idéale inhérente au droit pénal avec, semble-t-il, davantage de certitude. Si la sanction pénale poursuit un objectif théorique de resocialisation, elle accède prioritairement à une fonction rétributive²⁰⁹⁴. Agissant sur un domaine plus restreint, la fonction resocialisante du droit disciplinaire en prison pourra manifestement trouver un écho plus direct par rapport à celle perceptible avec le droit pénal.

Mais si un recoupement avec le droit pénal est effectivement envisageable ici, on ne peut manquer de relativiser notre propos dès lors que certaines sanctions disciplinaires semblent précisément exclues de la matière pénale au sens européen du terme.

2°/ Les sanctions disciplinaires exclues de la "matière pénale" : un obstacle à la concurrence ?

855. Avant même la consécration par le décret du 2 avril 1996 d'un véritable *droit disciplinaire pénitentiaire*²⁰⁹⁵, l'arrêt *Marie* du Conseil d'Etat du 17 février 1995²⁰⁹⁶ constitua

²⁰⁹² L'article 707 nouveau C. pr. pén., issu de la loi du 9 mars 2004, énonce très explicitement que « l'exécution des peines favorise (...) l'insertion ou la réinsertion des condamnés » (al. 2). Le nouvel alinéa 2 de l'article 132-24 C. pén. issu de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 (*op. cit.*) précise que 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 (...) ». Déjà, l'article D. 189 C. pr. pén. énonçait que « le service public pénitentiaire (...) prend toutes les mesures destinées à faciliter [la] réinsertion sociale ». Ces dispositions relèvent historiquement du projet de réforme pénitentiaire d'après-guerre dite « réforme AMOR » précisant que la « peine privative de liberté a pour but essentiel l'amendement et le reclassement social du détenu ». Sur ce point, V. AMOR (P.), « La réforme pénitentiaire en France », *Rev. sc. crim.* 1947, p. 1. Egalement Cons. constit. 20 janv. 1994, déc. n° 93-334, *JO* du 26 janv. 1994 ; *Gaz. Pal.* 1994. 1, Lég. 220 : « 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 permettre son éventuelle réinsertion ».

²⁰⁹³ L'article D. 242 du Code de procédure pénale précise certes la finalité générale de la discipline (maintien de la sécurité et d'une bonne organisation de la vie en collectivité) mais n'énonce rien s'agissant de ses liens manifestes avec la raison d'être de la peine privative de liberté.

²⁰⁹⁴ V. *supra*, n°s *et ss.*

²⁰⁹⁵ Décret n° 96-287 du 2 avril 1996 relatif au régime disciplinaire des détenus et modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale (*JO* du 5 avril 1996, p. 5260 ; *D.* 1996, Lég. p. 137). Notons toutefois qu'avant ce décret, le décret n° 75-402 du 23 mai 1975 avait déjà favorisé la naissance d'un droit disciplinaire. Grâce à ce texte en effet, les *punitions* disciplinaires étaient devenues des *sanctions* disciplinaires. Sur la différence entre pouvoir disciplinaire et droit disciplinaire, V. COUV RAT (P.), « L'originalité du droit disciplinaire dans les prisons », *Arch. pol. crim.*, 2000, pp. 86-87.

²⁰⁹⁶ C.E. Ass. 17 févr. 1995, *Marie*, *RFD adm.* 1995, p. 353, concl. P. Frydman et p. 822, note F. Moderne et J.-P. Céré ; *D.* 1995, p. 381, note N. Belloubet-Frier ; *Rev. sc. crim.* 1995, p. 381, chron. P. Couvrat et p. 621,

la première réelle ouverture de l'action disciplinaire à la vie juridique²⁰⁹⁷. Devant l'importance de cette décision dans le processus d'inclusion de la discipline carcérale dans le champ d'application de l'article 6 Conv. EDH (b), on ne saurait toutefois nier ses limites tenant précisément à l'éviction de certaines sanctions disciplinaires de la matière pénale (a).

a. Eviction de certaines sanctions disciplinaires de la matière pénale : les limites de l'arrêt *Marie*

856. Principe de l'éviction. – En décidant qu' « eu égard à la nature et à la gravité de cette mesure, la punition de cellule constitue une décision faisant grief susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir », le Conseil d'Etat accepte d'annuler une mesure disciplinaire – et lui refuse ainsi la qualification de mesure d'ordre intérieur – si elle a des effets matériels et juridiques néfastes sur les conditions de détention. Le juge administratif reprend à son compte le raisonnement suivi par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Campbell et Fell*²⁰⁹⁸. Ainsi, le critère privilégié de détermination de l'applicabilité de l'article 6 Conv. EDH au titre de la matière pénale est celui tenant à la gravité de la sanction sur la situation carcérale du détenu.

Devant l'exigence d'une atteinte aux droits et libertés de la personne, « on ne saurait donc déduire de l'arrêt *Campbell et Fell* [et de l'arrêt *Marie*] que toutes les sanctions pénitentiaires relèvent de la matière pénale »²⁰⁹⁹. Face à l'arsenal répressif en matière de discipline carcérale, nombre de sanctions « qui comportent les effets les moins graves »²¹⁰⁰ pour le détenu, ne peuvent dès lors être incluses dans la matière pénale. Aussi doit-il être procédé à une distinction suivant que la sanction disciplinaire constitue soit une « atteinte sensible à des libertés ou droits protégés (...) [ou] une atteinte substantielle à la situation statutaire ou

chron. M. Herzog-Evans ; *JCP* 1995.II.22426, note M. Lascombe et F. Bernard ; *AJDA* 1995, p. 379, note L. Touvet et J.-H. Stahl. S'agissant de la discipline militaire, V. arrêt *Hardouin* du même jour.

²⁰⁹⁷ HERZOG-EVANS (M.) et CÉRÉ (J.-P.), « La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence », *D.* 1999, chron. p. 509.

²⁰⁹⁸ CEDH 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, série A, n° 80 ; *Journ. dr. intern.* 1986, p. 1058, note P. Tavernier. Plus récemment, V. CEDH 9 oct. 2003, *Ezeh et Connors c/ Royaume-Uni*, *AJDA* 2004, p. 534, chron. J.-F. Flauss ; *JCP* 2004.I.107, note F. Sudre ; *Dr. pén.* 2004, ét. n° 7, E. Vergès. Précisons que le raisonnement de l'arrêt *Campbell* avait été celui suivi par la Cour EDH le 8 juin 1976 dans l'arrêt *Engel c/ Pays-Bas* en matière de discipline militaire (série A, n° 22).

²⁰⁹⁹ SUDRE (F.) et PICHERAL (C.) (sous la dir.), *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, op. cit., p. 117. C. PICHERAL parle alors d'*applicabilité sélective* de l'article 6 § 1 Conv. EDH (*ibid.*, p. 116).

²¹⁰⁰ FRYDMAN (P.), « Conclusions sous C.E. ass. 17 févr. 1995, *Marie et Hardouin* (Le contrôle juridictionnel des mesures disciplinaires dans les institutions fermées) », *RFD adm.* 1995, p. 353.

administrative de l'intéressé »²¹⁰¹, soit une sanction d'une faible gravité ne modifiant guère les conditions de détention. Quelques exemples illustreront cette différenciation.

857. Exemples d'éviction : sanctions générales et sanctions spéciales. – L'exclusion de certaines sanctions disciplinaires du champ d'application de l'article 6 § 1 Conv. EDH au titre de la matière pénale revient à reconnaître la persistance de leur nature de *mesure d'ordre intérieur*. Distinguons pour cela les sanctions générales – applicables quelle que soit la faute disciplinaire – et les sanctions spéciales – en lien avec cette faute.

Puisque la gravité de la sanction constitue le critère déterminant en ce domaine, l'avertissement prévu à l'article D. 251, 1° du Code de procédure pénale se présente comme l'une des sanctions ne posant pas, semble-t-il, de difficultés quant à son exclusion de la matière pénale. Cette sanction dite "morale" ne bouleverse pas la situation carcérale du détenu, ni ne porte atteinte à l'un de ses droits ou à l'une de ses libertés. D'autres sanctions disciplinaires générales, bien que dénuées de caractère moral²¹⁰², ne sauraient non plus – du fait de leur nature strictement pécuniaire et matérielle – être soumises aux exigences conventionnelles de l'article 6 § 1 Conv. EDH ; nul droit fondamental n'étant en effet atteint par ce genre de mesures.

A côté des sanctions générales, il existe des sanctions spéciales en lien avec la faute disciplinaire²¹⁰³. A la lecture de l'article D. 251-1 C. pr. pén., et conformément à ce que nous venons d'énoncer pour certaines sanctions générales, aucun droit fondamental du détenu ne semble affecté.

858. Limites de l'arrêt Marie ? – L'arrêt du 17 février 1995 n'a pas permis, au vu de ces évictions, une "pénalisation" généralisée des sanctions disciplinaires. La discipline pénitentiaire n'apparaît donc pas en elle-même comme un élément constant de la matière pénale. Elle ne l'est qu'en référence à la sévérité de la sanction. La liberté d'aller et venir

²¹⁰¹ *Ibid.*, p. 366.

²¹⁰² Il s'agit de l'interdiction de recevoir des subsides de l'extérieur et la privation de la faculté d'effectuer en cantine tout achat autre que l'achat de produits d'hygiène, du nécessaire de correspondance et de tabacs : C. pr. pén., art. D. 251, 2° et 3°.

²¹⁰³ C. pr. pén., art. D. 251-1. Il s'agit de la mise à pied d'un emploi, du déclassement d'un emploi ou d'une formation, de la privation de tout appareil acheté ou loué par l'intermédiaire de l'administration, de la suppression de l'accès au parloir sans dispositif de séparation, de l'exécution d'un travail de nettoyage des locaux, de la privation d'activités de formation, culturelles, sportives et de loisirs et de l'exécution de travaux de réparation.

apparaît alors comme le critère essentiel de détermination des mesures faisant grief et susceptibles de recours pour excès de pouvoir. Si cette liberté individuelle n'est pas atteinte, impossible sera alors la reconnaissance de l'inclusion de ces sanctions dans la matière pénale. Dans ce cas, de nombreuses sanctions conservent alors leur nature de *mesure d'ordre intérieur* faisant ainsi douter de l'existence d'une concurrence entre le droit disciplinaire et le droit pénal et de l'apport réel de l'arrêt *Marie*.

Cette conclusion peut toutefois être remise en cause si nous parvenons à démontrer que les évictions que nous venons d'établir sont purement artificielles et si nous acceptons de percevoir certaines des mesures d'ordre intérieur restantes comme de réelles sanctions portant atteinte à la situation matérielle et administrative du détenu. Dans ce cas, l'arrêt *Marie* constituerait sans aucun doute la révélation d'une possible "pénalisation" élargie du contentieux disciplinaire.

b. Renforcement de la "pénalisation" de certaines sanctions disciplinaires : l'apport de l'arrêt *Marie*

859. Apports direct et indirect. – Deux apports principaux peuvent être déduits de l'arrêt *Marie*. Le premier, indirect, consiste à remettre en cause l'exclusion de certaines sanctions disciplinaires de la catégorie des *mesures faisant grief* (1). Le second, plus direct, revient à démontrer que cet arrêt, bien que n'ayant pas pour fondement l'article 6 Conv. EDH, a toutefois permis au droit disciplinaire pénitentiaire de s'engager dans un large processus de "pénalisation" (2).

1) *Remise en cause de l'éviction de certaines sanctions disciplinaires de la catégorie des "mesures faisant grief"*

860. Importance des effets de la sanction. – La sévérité de la sanction disciplinaire prononcée dans l'affaire *Marie* – mise en cellule disciplinaire pour une durée de huit jours avec sursis – ne posait *a priori* pas de réelles difficultés. Si nous détaillons toutefois cette sanction, on s'aperçoit qu'elle bénéficiait du sursis. Pour décider de conférer à cette sanction le statut d'atteinte grave aux droits du détenu ou à son statut administratif, le Conseil d'Etat prit davantage en considération les incidences théoriques de cette sanction que la sévérité

intrinsèque de celle-ci²¹⁰⁴. Nous savons en effet que la mise en cellule disciplinaire emporte privation d'achat en cantine, de visites et de toutes activités (C. pr. pén., art. D. 251-3). Nous savons également, à la lecture de l'article 721 alinéa 3 C. pr. pén., que la mauvaise conduite du condamné en détention – manifestée par exemple par une mise en cellule disciplinaire – peut justifier un retrait du crédit de réduction de peine²¹⁰⁵.

Au vu de ces divers effets, la sévérité de la sanction disciplinaire est révélée constituant ainsi « *une décision faisant grief susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir* ». Si la gravité globale de la sanction doit donc être déduite tant de sa sévérité intrinsèque – caractère répressif et dissuasif de la sanction prévue et/ou prononcée – que de ses conséquences néfastes²¹⁰⁶, il apparaît possible de poursuivre ce raisonnement pour des sanctions qui, de prime abord, ne rassemblent pas en elles-mêmes une telle intensité.

861. Cas de certaines sanctions générales. – Comme nous le verrons pour le droit disciplinaire accepté²¹⁰⁷, les sanctions morales telles que l'avertissement peuvent raisonnablement incorporer la matière pénale. Si nous considérons les conséquences que peut revêtir cet avertissement, il est clair qu'une liberté fondamentale se trouve atteinte. Il est effectivement admis qu'un « *avertissement avec inscription au dossier prolongera par exemple l'atteinte à la liberté d'aller et venir en retardant la libération* »²¹⁰⁸. Même si la perte de réduction de peine reste simplement potentielle, on est très proche ici de la situation ayant donné naissance à l'arrêt *Campbell et Fell* de la Cour européenne des droits de l'homme reconnaissant la nature "pénale" de la sanction disciplinaire consistant en une perte importante de remise de peine. Aussi devrions-nous admettre l'inclusion de l'avertissement dans la matière pénale si celui-ci a des chances sérieuses de conduire à un retrait de crédit de réduction de peine.

²¹⁰⁴ Ajoutons que le Conseil d'Etat, pour annuler la sanction disciplinaire de M. Marie, s'est également appuyé sur le fait que le directeur de l'établissement pénitentiaire s'était « *fondé sur des faits qui n'[étaient] pas de nature à justifier une sanction* ».

²¹⁰⁵ V. également C. pr. pén., art. D. 115-7 et ss. Ces dispositions sont issues du décret n° 2004-1364 du 13 décembre 2004.

²¹⁰⁶ Pour une analyse critique de l'importance conférée aux effets de la sanction dans la détermination de l'applicabilité de l'article 6 CONV. EDH, V. VERGÈS (E.), « La Cour européenne des droits de l'homme et la discipline pénitentiaire (à propos de l'arrêt *Ezeh et Connors c/ Royaume-Uni*) », *Dr. pén.* 2004, ét. 7, spéc. n°s 17 et 18 : « *L'effet indirect de la condamnation disciplinaire ne permet pas de tirer une conclusion définitive sur la nature de l'accusation. Il faut plutôt procéder à une analyse de l'ensemble des sanctions disciplinaires au regard des critères posés par la Cour européenne* ».

²¹⁰⁷ V. *infra*, n° .

²¹⁰⁸ TCHEN (V.), « Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire », *RFD adm.* 1997, p. 601.

Cette logique peut être étendue à l'interdiction de recevoir des subsides de l'extérieur et à la privation de la faculté d'effectuer en cantine tout achat autre que l'achat de produits d'hygiène, du nécessaire de correspondance et de tabacs. En effet, le prononcé d'une sanction disciplinaire, quelle qu'elle soit²¹⁰⁹, produit un effet désastreux sur les chances de préservation future du capital de crédit de réduction de peine, de sorte que ces « *deux mesures – sanction disciplinaire et réduction de peine – sont intrinsèquement liées* »²¹¹⁰. La généralité de la formule de l'alinéa 3 de l'article 721 C. pr. pén., selon laquelle la « *mauvaise conduite du condamné en détention* » entraîne un retrait de réduction de peine, conduit en effet à penser que tout mauvais pas de ce dernier – dont font naturellement partie toute faute disciplinairement sanctionnée – aggrave sa situation carcérale par une non-diminution de la durée de la peine, c'est-à-dire pas une évacuation de l'automatisme des réductions issues de la technique des crédits.

862. Cas des sanctions disciplinaires spéciales. – Si nous avons précisé que les sanctions spéciales demeurent des mesures d'ordre intérieur du fait de l'absence d'atteinte à un droit fondamental, on ne saurait nier pour autant le point selon lequel un droit de nature civile peut être l'objet de cette mesure. En est-il ainsi du droit à un emploi, à une formation ou une activité culturelle, sportive ou de loisirs. Ce raisonnement nous rapproche certes de l'article 6 § 1 Conv. EDH, mais en sa composante "civile", ce qui ne peut nous aider dans notre démonstration d'un renforcement de la "pénalisation" des sanctions disciplinaires applicables en milieu carcéral²¹¹¹.

Sans pour autant rechercher directement l'applicabilité de l'article 6 dans sa dimension pénale, on peut dans un premier temps rapprocher ces sanctions de la jurisprudence *Marie*. En effet, nul ne saurait remettre en question le fait selon lequel certaines de ces sanctions

²¹⁰⁹ Il semblerait que nous puissions faire rentrer dans la catégorie des mesures ayant une incidence non négligeable sur la situation du détenu, le placement en cellule disciplinaire à titre préventif (C. pr. pén., art. D. 250-3). En ce sens, V. CÉRÉ (J.-P.), *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, op. cit., pp. 165 à 167 ; HERZOG-EVANS (M.) et CÉRÉ (J.-P.), « La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence », op. cit., p. 512 : « un séjour au quartier disciplinaire équivaut à une perte future de réduction de peine ». *Contra*, V. C.E. 12 mars 2003, *Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ M. Frérot*, AJDA 2003, p. 521, obs. M.-C. de Montecler ; D. 2003, Jurisp. p. 1585, note E. Péchillon ; D. 2003, IR p. 947. V. également SUDRE (F.) et PICHERAL (C.), (sous la dir.), op. cit., pp. 132 et 134.

²¹¹⁰ CÉRÉ (J.-P.), « L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le procès disciplinaire en prison », JCP 2001.I.316, p. 871. Et plus loin : « *En principe, seule une mise en cellule disciplinaire entraîne de facto une perte de réduction de peine. Mais la référence au passé disciplinaire est tellement prégnante aujourd'hui que la conservation dans le dossier du détenu d'un simple rapport d'incident concernant une affaire classée sans suite peut même conduire à une perte de réduction de peine* » (*ibid.*).

²¹¹¹ V. toutefois *infra*, n^{os} *et ss.* pour un rapprochement entre la "matière pénale" et la "matière civile".

spéciales mettent en cause le processus de resocialisation des détenus. La mise à pied d'un emploi, le déclassement d'un emploi ou d'une formation, la suppression de l'accès au parloir sans dispositif de séparation ou encore la privation d'activités de formation, culturelles, sportives et de loisirs portent directement atteinte à des éléments essentiels du régime progressif et aux exigences de réinsertion telles que définies par les articles 707 C. pr. pén. ou 132-24, alinéa 2 C. pén.²¹¹². On le voit, certaines sanctions disciplinaires spéciales²¹¹³ ont une incidence directe sur la situation matérielle (privation de parloir par exemple) et administrative (notamment la mise à pied d'un emploi) des détenus. Les conditions de détention se trouveront, suite à ces sanctions, plus rigoureuses et tout élargissement *via* les réductions de peine pourra sans doute être freiné par la prise en considération de ce genre de mesures²¹¹⁴.

863. Cas de la mise à l'isolement d'un détenu contre son gré. – Au-delà des sanctions disciplinaires, nous pouvons inclure dans la catégorie des *mesures faisant grief* les mesures coercitives de maintien de l'ordre intérieur. La décision de la mise à l'isolement est l'une d'entre elles et se rapproche, grâce à une lecture audacieuse de cette mesure par le juge administratif, des sanctions disciplinaires *stricto sensu*.

Revenant sur une jurisprudence constante qui classait la mise à l'isolement dans la catégorie des mesures d'ordre intérieur²¹¹⁵, l'arrêt *Remli* du Conseil d'Etat du 30 juillet 2003 a décidé que « le placement à l'isolement d'un détenu contre son gré constitue, eu égard à l'importance de ses effets sur les conditions de détention, une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir »²¹¹⁶. Le parallèle avec l'arrêt *Marie* est ici incontestable. Il serait même possible de croire au dépassement de la logique établie par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 17 février 1995. En effet, alors que l'arrêt *Marie* revendiquait

²¹¹² V. T.A. Dijon 28 déc. 2004, *D.* 2005, p. 999, obs. J.-P. Céré.

²¹¹³ Il ne s'agit pas de toutes les sanctions spéciales. La privation de tout appareil acheté ou loué par l'intermédiaire de l'administration, l'exécution d'un travail de nettoyage des locaux ou encore l'exécution de travaux de réparation ne peuvent selon nous que demeurer des mesures d'ordre intérieur.

²¹¹⁴ A titre d'exemple, il est clair que la mise à pied d'un emploi ou le déclassement d'un emploi ou d'une formation ne sont naturellement pas des gages de réinsertion et peuvent être à l'origine d'un retrait du crédit de réduction de peine sur le fondement de l'article 721, al. 3 C. pr. pén.

²¹¹⁵ CE. Ass. 27 janv. 1984, *Caillol*, *Leb.* p. 28 – C.E. 28 févr. 1996, *Fauqueux*, *Leb.* p. 52 ; *D.* 1996, IR p. 134 ; *Dr. adm.* 1996, comm. 288 ; *RFD adm.* 1996, p. 396 ; *Rev. sc. crim.* 1997, p. 447, chron. P. Poncela ; *Petites affiches* 23 juin 1997, p. 16, note M. Herzog-Evans.

²¹¹⁶ C.E. 30 juillet 2003, *Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ M. Remli*, *AJDA* 2003, p. 2090, note D. Costa ; *D.* 2003, Jurisp. p. 2331, note M. Herzog-Evans ; *Dr. pén.* 2004, comm. 43, note A. Maron. V. également *D.* 2003, Jurisp. p. 377, concl. J.-P. Demouveau.

le recevabilité du recours pour excès de pouvoir sur la base des incidences matérielles et juridiques de la sanction disciplinaire, l'arrêt *Remli* quant à lui semble se contenter de l'appréciation des seules incidences matérielles de la mesure²¹¹⁷. Si, en 1995, le Conseil d'Etat a souhaité favoriser la "pénalisation" du contentieux disciplinaire applicable aux détenus, force est de reconnaître que cette démarche est d'autant plus visible en 2003 et ce même si la mesure en question ne constitue pas strictement, selon l'article D. 283-1-2 alinéa 1^{er} C. pr. pén.²¹¹⁸, une sanction disciplinaire²¹¹⁹.

L'arrêt *Marie* a donc permis la progression du droit disciplinaire pénitentiaire vers une plus large "pénalisation" – traduisant l'instauration grandissante d'une concurrence – malgré le fait que cette décision ne soit pas explicitement fondée sur l'article 6 Conv. EDH et ne concerne pas, de manière générale, l'ensemble des sanctions disciplinaires.

2) Développement de la "pénalisation" du contentieux disciplinaire pénitentiaire

864. L'arrêt *Marie* a accepté de voir dans les sanctions disciplinaires autre chose que de simples mesures propres à régler le fonctionnement interne d'une institution. Le Conseil d'Etat perçut certaines de ces mesures comme ayant des incidences graves et diverses sur le régime de détention de la personne. Tout en ayant une conséquence directe sur le quotidien de la détention – le placement en cellule disciplinaire étant l'exemple le plus manifeste – ce type de sanctions possède également des incidences à moyen ou long terme. Elles peuvent être effectivement un obstacle à une mesure d'aménagement de peine et même devenir le fondement d'une nouvelle peine privative de liberté si l'infraction disciplinaire constitue également une infraction pénale. Devant la spécificité de ces mesures, il était donc nécessaire – outre la reconnaissance par le juge – d'établir textuellement et de consacrer plus directement le processus de "pénalisation".

²¹¹⁷ En ce sens, V. MARON (A.), « Note sous C.E. 30 juillet 2003, *Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ M. Remli* », *Dr. pén.* 2004, comm. 43.

²¹¹⁸ Ce nouvel article, issu du décret n° 2006-338 du 21 mars 2006 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif à l'isolement des détenus (*JO* du 23 mars 2006, p. 4349) reprend strictement, sur ce point précis, l'ancien article D. 283-2.

²¹¹⁹ L'isolement tend de plus en plus à devenir une "discipline déguisée" dans la mesure où cette mesure est prononcée en considération de la situation personnelle de l'individu, de la nature et de la gravité des infractions pénales commises, du risque que la personne peut faire courir sur l'ordre et la sécurité de l'établissement, ainsi que du risque d'évasion. En ce sens, CEDH 8 juin 1999, *Messina c/ Italie*, Rec. 1999-V – CEDH 27 janv. 2005, *Ramirez Sanchez c/ France*, D. 2005, Jurisp. p. 1272, note J.-P. Céré. Le décret du 21 mars 2006 (*op. cit.*) a pris acte de cette jurisprudence en modifiant la rédaction de l'article D. 283-1 C. pr. pén. Désormais l'alinéa 4 de cette disposition précise que « [t]ant pour la décision initiale que pour les décisions ultérieures, il est tenu compte de la personnalité du détenu, de sa dangerosité particulière et de son état de santé ».

865. Décret n° 96-287 du 2 avril 1996²¹²⁰. – S’agissant du lien s’établissant entre la discipline carcérale et la matière pénale, l’intérêt du décret du 2 avril 1996 est incontestable. Ce texte traduit en effet une avancée considérable de l’insertion du régime disciplinaire appliqué aux détenus dans la sphère juridique. Au-delà du travail de pure clarification de la matière, le décret de 1996 entreprend d’imposer à la discipline pénitentiaire l’ensemble des principes fondamentaux inhérents au droit pénal ou à la procédure pénale. Un auteur a d’ailleurs pu affirmer qu’avec ce texte le « *droit disciplinaire devient en réalité un droit pénal en miniature, ou si l’on préfère un droit pénal très spécial* »²¹²¹. Dans le sillage du Conseil de l’Europe²¹²², le décret énonce les principes de légalité des fautes et des sanctions disciplinaires, de proportionnalité, du contradictoire, de la collégialité de la commission de discipline et du respect des droits de la défense. Ces derniers jouissent d’ailleurs d’une plus grande solidité depuis la loi du 12 avril 2000 garantissant au détenu la présence d’un avocat devant la commission de discipline.

866. Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000. – Le respect des droits de la défense restait l’un des chantiers non achevés par le décret de 1996²¹²³. La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations²¹²⁴ confirme la poursuite de l’intégration de la discipline pénitentiaire dans la matière pénale. En rappelant en substance que le détenu peut faire des « *observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande des observations orales* » et en affirmant que « *cette personne peut se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix* »²¹²⁵, le droit disciplinaire pénitentiaire – *via* la

²¹²⁰ Décret n° 96-287 du 2 avril 1996 relatif au régime disciplinaire des détenus et modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale, *JO* du 5 avril 1996, p. 5260 ; *D.* 1996, Lég. p. 137.

²¹²¹ COUV RAT (P.), « L’originalité du droit disciplinaire dans les prisons », *op. cit.*, p. 88. Du même auteur, V. « Le régime disciplinaire des détenus depuis le décret du 2 avril 1996 », *Rev. sc. crim.* 1996, p. 709 et spéc. p. 712 où l’auteur parle d’ « *un mini-droit pénal qui est ainsi échafaudé* ». Sur ce décret, V. encore PRADEL (J.), « Le nouveau régime disciplinaire des détenus depuis le décret n° 96-287 du 2 avril 1996. Une révolution en droit pénitentiaire », *D.* 1996, chron. p. 319.

²¹²² Recommandation n° R (87) 3 adoptée par le Comité des ministres le 12 février 1987, incluse dans un fascicule intitulé « Règles pénitentiaires européennes ». Pour les nouvelles règles pénitentiaires, V. Recommandation (2006)2 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l’Europe le 11 janv. 2006. Sur ce point, V. BEZIZ-AYACHE (A.), « Les nouvelles Règles pénitentiaires européennes », *AJ pén.* 2006 (à paraître).

²¹²³ Sur ce point, V. les critiques du Pr. COUV RAT *in* « L’originalité du droit disciplinaire dans les prisons », *op. cit.*, p. 91. V. également BIANCHI (V.), « La défense en matière disciplinaire », *AJ pén.* 2005, p. 407.

²¹²⁴ *JO* du 13 avril 2000, p. 5646 ; *D.* 2000, Lég. p. 221. Sur cette loi, V. spéc. HERZOG-EVANS (M.) et PÉCHILLON (E.), « L’entrée des avocats en prison. Et autres conséquences induites par la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 », *D.* 2000, chron. p. 481 ; PROUVEZ (J.-B.), « L’avocat au prétoire : une réforme incidente et toujours inachevée du régime disciplinaire des détenus », *Procédures* 2001, chron. n° 5.

²¹²⁵ Sauf demandes d’auditions abusives, urgence ou circonstances exceptionnelles. Sur ce point, V. PONCELA (P.), « La procédure disciplinaire carcérale dans la tourmente », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 874.

loi du 12 avril 2000 – accède aux exigences formulées dès 1944 par l’arrêt *Dame Veuve Trompier-Gravier* du Conseil d’Etat²¹²⁶. Lorsqu’une personne doit faire l’objet d’une décision individuelle motivée en application de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979²¹²⁷, c’est-à-dire lorsqu’une personne est confrontée à une décision qui restreint ses droits et libertés ou lui porte grief, les avantages issus de la loi du 12 avril 2000 lui sont applicables. Outre la promotion de la légitimité de ce type de procédure²¹²⁸, on s’aperçoit que ce texte rapproche sensiblement le procès disciplinaire du procès pénal de droit commun devant lequel le caractère équitable des débats doit être absolu. La discipline carcérale se conforme ainsi progressivement aux standards procéduraux de l’article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales.

867. Article 6 Conv. EDH. – Avant même que le Conseil d’Etat ne déclenche avec l’arrêt *Marie* une « révolution en droit pénitentiaire »²¹²⁹, la Cour européenne des droits de l’homme rendit un arrêt enclin déjà à inclure la discipline carcérale dans la matière pénale. Si, suivant le juge de Strasbourg, l’accusation en matière pénale « peut en général se définir comme la notification officielle, émanant de l’autorité compétente, du reproche d’avoir accompli une infraction pénale, elle peut dans certains cas revêtir la forme d’autres mesures impliquant un tel reproche et entraînant elles aussi des répercussions importantes sur la situation du suspect »²¹³⁰. Ce passage d’une conception formelle à une conception matérielle de la matière pénale doit conduire à l’extension de cette dernière dans le domaine disciplinaire et carcéral. Les conséquences d’une sanction disciplinaire peuvent, nous l’avons vu, être assez lourdes au regard de la situation du détenu et de son régime d’incarcération²¹³¹ ; l’importance de ces effets imposant l’admission d’une partie substantielle de la discipline carcérale au sein de la matière pénale.

²¹²⁶ C.E. Sect. 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, op. cit. V. également C.E. 8 janv. 1960, *Sieur Rohmer*, *Leb.* p. 12 ; *Rev. dr. publ.* 1960, p. 333, concl. G. Braibant.

²¹²⁷ *JO* du 12 juill. 1979, p. 1711.

²¹²⁸ HERZOG-EVANS (M.) et PÉCHILLON (E.), *op. cit.*, p. 484 ; CÉRÉ (J.-P.), « Le droit disciplinaire pénitentiaire entre jurisprudence interne et européenne », *AJ pén.* 2005, p. 393.

²¹²⁹ PRADEL (J.), « Le nouveau régime disciplinaire des détenus depuis le décret n° 96-287 du 2 avril 1996. Une révolution en droit pénitentiaire », *op. cit.*

²¹³⁰ CEDH 10 déc. 1982, *Foti*, série A, n° 56. V. également CEDH 27 févr. 1980, *Deweert*, série A, n° 25.

²¹³¹ Manifestation d’une mauvaise conduite en détention, elle est communiquée au juge de l’application des peines et peut être à l’origine d’un retrait de crédit de réduction de peine, de l’ajournement ou du retrait d’une permission de sortir, d’une semi-liberté, d’un placement à l’extérieur, d’un placement sous surveillance électronique ou d’une libération conditionnelle.

En élargissant ainsi la catégorie des mesures faisant grief et en enrichissant implicitement la matière pénale à la quasi totalité des sanctions disciplinaires, nous déterminons l'*applicabilité* de cette disposition conventionnelle en matière de discipline carcérale. A présent, il convient de s'interroger plus précisément sur l'*application* de l'article 6 Conv. EDH.

868. Vers une pleine intégration à la matière pénale ? – Le rapprochement inévitable et progressif qui existe désormais entre le droit disciplinaire pénitentiaire et le droit pénal trouverait une parfaite consécration dans le respect par la discipline carcérale des exigences européennes. Or, sur ce point, on constate que certains éléments de l'article 6 mériteraient sans conteste une plus grande considération : délai de préparation de la défense plus long et sans contrainte²¹³², possibilité inconditionnée de faire citer des témoins, amélioration substantielle de l'indépendance et de l'impartialité de la commission de discipline, émergence d'une publicité modérée du procès disciplinaire, etc²¹³³.

Malgré ces carences, l'essentiel dans la relation entretenue entre la discipline pénitentiaire et la matière pénale est l'émergence d'un contrôle du respect par le régime disciplinaire des dispositions de l'article 6 Conv. EDH et la reconnaissance de cette discipline comme un élément intégrant progressivement la matière pénale et les données du procès équitable. Les juges nationaux et européens perçoivent donc cette instance comme étant susceptible, à moyen ou long terme, d'assurer l'ensemble des garanties liées au procès équitable et d'être en harmonie avec les exigences propres au respect des droits de l'homme. En comparant la discipline carcérale au modèle pénal européen, ils gagent que le régime juridique de la discipline pénitentiaire – relevant déjà pour une part de la matière pénale – deviendra peu à peu une procédure conforme à toutes les prescriptions de l'article 6 Conv. EDH.

869. Devant cet optimisme, on ne peut nier pour autant les déficiences de la discipline carcérale face au procès équitable type. Celles-ci peuvent s'avérer lourdes de conséquences et nous pousser à croire que toute concurrence n'est finalement qu'illusion²¹³⁴. Si nous ne

²¹³² Sur ce point, V. T.A. Clermont-Ferrand 7 juill. 2000, *D.* 2002, chron. p. 117, obs. M. Herzog-Evans (aucune violation des droits de la défense en cas de refus envers le détenu de téléphoner à son avocat sans contrôle). V. toutefois T.A. Toulouse 30 nov. 2004, *AJ pén.* 2005, p.78, obs. J.-P. Céré (impossibilité pour le président de la commission de discipline de refuser une demande de renvoi de l'audience disciplinaire sollicitée par le détenu et motivée par l'absence de l'avocat).

²¹³³ Sur ce point, V. CÉRÉ (J.-P.), « L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le procès disciplinaire en prison », *op. cit.*, spéc. pp. 872 à 874 ; « Le droit disciplinaire pénitentiaire entre jurisprudence interne et européenne », *op. cit.*

²¹³⁴ V. *infra*, Chapitre 2, n^{os} *et ss.*

pouvons encore établir une telle constatation, nous sommes en droit en revanche de démontrer la distance qui s'instaure progressivement et la rivalité spécifique qui se met en place entre le droit disciplinaire pénitentiaire et le droit pénal. Si le premier suit un régime qui lui est propre c'est précisément parce qu'il jouit, dans l'exercice du droit de punir qui lui est attaché, d'une forte autonomie par rapport au second. Sans pleinement évacuer toute référence au droit pénal, le droit de punir mis en œuvre par la discipline carcérale traduit ainsi une concurrence nouvelle.

B. – Une concurrence nouvelle : l'autonomie du droit disciplinaire par rapport au droit pénal

870. La convergence théorique entre les principes guidant le procès pénal et le procès disciplinaire provient essentiellement du fait selon lequel le droit disciplinaire pénitentiaire résulte du droit pénal lui-même. Dérivant de l'exercice du droit de punir de nature pénale – à travers l'application de la peine privative de liberté – la discipline carcérale doit en toute logique marcher dans les pas du droit pénal.

Si, dans un premier temps, le rapprochement entre ces deux matières perdure par la persistance et l'importance du caractère punitif de la discipline carcérale (1°), nous ne pourrions toutefois dissimuler dans un second temps le fait selon lequel le droit disciplinaire s'émancipe véritablement du joug pénal en devenant un degré répressif à part entière (2°). Ce phénomène ne pouvant que traduire l'émergence d'une concurrence entre les deux sphères punitives.

1°/ Affirmation du caractère prioritairement punitif de la discipline pénitentiaire

871. De la nature "pénale" à la nature "punitive" de la discipline pénitentiaire. – La modification de la nature de certaines sanctions disciplinaires – qui, de *mesures d'ordre intérieur*, peuvent être qualifiées de *mesures faisant grief* générant par là même la possibilité de former un recours – rend indiscutable le rapprochement entre les sanctions disciplinaires et la matière pénale. Mais affirmer le caractère "pénal" de la discipline pénitentiaire au regard de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme ne revient-il pas finalement à reconnaître le caractère punitif de ce régime et à se rapprocher de la jurisprudence constitutionnelle ?

872. Convergence entre le Conseil constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil d'Etat. – En bâtissant sa théorie des sanctions punitives²¹³⁵, le Conseil constitutionnel se rapproche sensiblement de l'esprit guidant la Cour européenne des droits de l'homme dans ce même domaine, alors même que le mécanisme d'analyse de la conformité des mesures aux textes de référence (DDHC et Conv. EDH) différait auparavant²¹³⁶. La logique issue du texte européen, selon laquelle un faisceau d'indices doit permettre de catégoriser une sanction, se retrouve donc en droit interne tant au niveau de la jurisprudence du Conseil d'Etat qu'au niveau de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Par cette multiple consécration des juges, on parvient donc à la reconnaissance d'une théorie générale de la sanction disciplinaire répondant à un développement inépuisable de la matière pénale et/ou punitive. La discipline carcérale, eu égard à sa lecture européenne et nationale, devient ainsi, dans la très grande majorité des cas, une véritable punition du détenu. Distincte de la peine privative de liberté, elle s'additionne à une punition initiale d'origine strictement pénale.

De ce point de vue, loin de constituer simplement une modalité d'exécution de la peine, la sanction disciplinaire ne peut-elle pas être présentée comme une punition autonome caractérisant ainsi la naissance d'un nouvel et étrange système répressif ?

2°/ Naissance d'un nouveau degré de répression : consécration de la concurrence

873. Après avoir précisé que la discipline pénitentiaire est parvenue à un certain niveau de "pénalisation"²¹³⁷, nous devons clarifier sa position par rapport à la peine privative de liberté (a). De cet éclaircissement, émergera une inévitable concurrence avec le droit pénal dans la

²¹³⁵ V. notamment, Cons. constit. 30 déc. 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982*, Rec. p. 63 – Cons. constit. 17 janv. 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, op. cit. ; Cons. constit. 28 juill. 1989, *Commission des opérations de bourse*, op. cit.

²¹³⁶ Le Conseil constitutionnel semblait suivre une logique séparatiste consistant à exclure du domaine des "sanctions ayant le caractère d'une punition", les mesures ayant une nature partiellement indemnitaire (Cons. constit. 30 déc. 1982, op. cit.). Sur l'ensemble de ce point, V. KLUGER (J.), op. cit. ; PONCELA (P.), *Droit de la peine*, op. cit., spéc. pp. 471 à 473 ; DELMAS-MARTY (M.), *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., pp. 32 et ss. et pp. 344 et ss. ; *Pour un droit commun*, op. cit., pp. 187 à 191. Pour un rapprochement des méthodes utilisées par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme, V. FARINA-CUSSAC (J.), op. cit. V. également *supra*, n° .

²¹³⁷ Même s'il reste de gros efforts à fournir afin d'être en adéquation parfaite avec l'article 6 Conv. EDH. Sur ce point, V. notamment CÉRÉ (J.-P.), « L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le procès disciplinaire en prison », op. cit., p. 874 : « *Les règles relatives au déroulement des audiences disciplinaires devant la commission de discipline apparaissent très en retrait des canons de l'article 6 de la Convention EDH* ».

mesure où la discipline pénitentiaire acquiert progressivement une autonomie – punitive – par rapport à ce dernier (b).

a. Position de la discipline pénitentiaire par rapport à la peine privative de liberté

874. Enoncer que le droit disciplinaire se rapproche sensiblement de la matière pénale, ne donne aucun éclairage quant à la détermination et l'évolution des liens qu'entretient la sanction disciplinaire avec la sanction pénale qui constitue pourtant son fondement. Sur ce point, et du fait même de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, un doute subsiste : la discipline pénitentiaire demeure-t-elle un outil indispensable à une bonne exécution de la peine privative de liberté ou accède-t-elle – par une certaine autonomie et du fait de son inclusion dans la matière pénale – à un statut plus élevé faisant d'elle la rivale de la peine originelle ?

875. *Discipline pénitentiaire : modalité d'exécution de la peine privative de liberté ?* – Dans le sens de la première hypothèse – moins encline à reconnaître une valeur spécifiquement punitive à ce type de mesures – nous pouvons considérer le régime disciplinaire comme un mécanisme d'individualisation de l'exécution de la peine. Perçue comme une modification indéniable de l'exécution de la peine privative de liberté, la sanction disciplinaire deviendrait un élément de l'application des peines. Alors que ces mécanismes tendent classiquement au seul prononcé de mesures positives, un élément négatif s'inscrirait dans cette démarche. Suivant cette vision, la sanction disciplinaire ne serait certes pas une punition ; pour autant, elle resterait une sévérité dans l'exercice de la peine. C'est cette hypothèse que la Chambre criminelle de la Cour de cassation semblait avoir adoptée dans un arrêt du 27 mars 1997 précisant que la mise en cellule disciplinaire et le retrait de réduction de peine qui accompagne cette mesure « *ne sauraient s'analyser comme des condamnations supplémentaires (...) [mais doivent être perçus] seulement comme des modalités d'exécution d'un emprisonnement antérieurement prononcé* »²¹³⁸.

876. *Discipline pénitentiaire : rivale de la peine privative de liberté ?* – Cette vision de la discipline carcérale – tendant à la qualifier de simple modalité d'exécution de la peine – doit être rejetée compte tenu de l'évidence du caractère punitif de la sanction disciplinaire. Suivant

²¹³⁸ Crim. 27 mars 1997, *Bull. crim.* n° 128 cité in VERGES (E.), *op. cit.*, n° 17.

une formule connue, celle-ci constituerait une sorte de « *prison dans la prison* »²¹³⁹ ou, plus globalement, une "peine dans la peine". Il y aurait ainsi une certaine « *continuité carcérale puisque la peine réelle combinera celles prononcées par le tribunal [i.e. le juge pénal *lato sensu*] et l'autorité disciplinaire* »²¹⁴⁰. Mais ce phénomène de prolongement ou d'imbrication naturelle de la sanction disciplinaire à la sanction pénale occulte-t-il pour autant une indépendance de la première envers la seconde ? Rien n'est moins sûr et il est possible au contraire de penser que la sanction disciplinaire développe peu à peu une autonomie non négligeable vis-à-vis du droit pénal.

b. Autonomie progressive du droit disciplinaire pénitentiaire par rapport au droit pénal

877. Discipline pénitentiaire : un ajout punitif. – La sanction disciplinaire acquiert une forte autonomie par rapport à l'exécution initiale de la peine privative de liberté. Elle n'existe certes que par rapport à la peine originelle ; pour autant, la logique conduisant la commission de discipline à infliger cette sanction procède non seulement d'un souci de maintenir l'équilibre interne à l'établissement pénitentiaire – et d'assurer ainsi la bonne exécution de la peine initiale – mais également et surtout de la volonté de répondre de manière répressive et automatique à l'accomplissement d'un acte contraire à un ordre établi. Cette discipline est donc prioritairement la miniature d'un modèle punitif classique à l'image de celui issu de la pensée kantienne où le rétablissement obligatoire de l'ordre moral devient le maître-mot ; la fonction rétributive de la sanction disciplinaire devenant aussi prégnante que celle inhérente à la sanction pénale.

Cette vision dualiste de la sanction disciplinaire – sanction découlant de la sanction pénale mais poursuivant une logique séparée – semble se retrouver dans les termes de l'arrêt *Ezeh et Connors c/ Royaume-Uni* de la Cour européenne des droits de l'homme. Selon la Cour en effet, la sanction disciplinaire doit s'entendre comme une « *nouvelle privation de liberté infligée à des fins punitives après un verdict de culpabilité* »²¹⁴¹. Le droit disciplinaire pénitentiaire, s'il prend naissance dans le droit pénal par l'exécution de la peine privative de liberté, s'en extirpe néanmoins de manière progressive.

²¹³⁹ Pour un emploi de cette expression, V. MODERNE (F.), « A propos du contrôle des punitions en milieu carcéral. Le point de vue du publiciste », *RFD adm.* 1995, p. 823.

²¹⁴⁰ TCHEN (V.), *op. cit.*, p. 601.

²¹⁴¹ CEDH 9 oct. 2003, *Ezeh et Connors c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 124.

878. Indépendance procédurale. – L'autonomie du droit disciplinaire envers le droit pénal s'exprime plus intensément lorsque ceux-ci s'intéressent à un fait prenant les traits d'une faute disciplinaire et d'une infraction pénale. Dans une telle situation, ces droits sont sur un pied d'égalité puisque les deux procédures sont parfaitement autonomes. Cette indépendance des systèmes pouvant notamment donner lieu à de singulières hypothèses. Il en est ainsi par exemple d'un jugement du tribunal administratif de Rouen du 24 juillet 2002. Alors que le juge pénal relaxa le détenu en écartant les faits, le juge administratif valida quant à lui la sanction disciplinaire au motif que le détenu n'apportait pas la preuve que les faits étaient matériellement inexacts²¹⁴². Suivre une telle décision reviendrait, non sans risque, à consacrer définitivement l'autonomie du droit disciplinaire et à l'ériger en un concurrent réel du droit pénal. Devant l'ambiguïté de la solution émise par les juges, la question de la détermination de l'objet et de la nature juridiques réels de la discipline pénitentiaire se pose inexorablement. Si le contentieux pénal et le contentieux disciplinaire peuvent être traités isolément l'un de l'autre, cela traduit une volonté d'instituer la discipline carcérale comme une répression d'une intensité concurrente de celle perceptible au sein de la répression pénale, poursuivant toutefois un objectif nécessairement distinct et plus limité.

879. Emergence d'un système répressif séparé et concurrentiel. – La détermination de la nature véritable de la discipline carcérale pourrait, semble-t-il, provenir d'une rupture avec la peine privative de liberté. Ne peut-on pas entrevoir cette forme de discipline comme un système répressif à part entière ayant comme seule particularité de prendre naissance dans l'accomplissement d'une sanction pénale privative de liberté ? Bien que fondée sur une peine d'emprisonnement, la sanction disciplinaire use d'un droit de punir spécifique et poursuit une logique répressive qui lui est propre, attachée à la révélation de la supériorité d'un ordre qui ne saurait être public. La répression ainsi mise en œuvre s'inscrit en effet dans une dynamique distincte de celle soutenue par le droit pénal et se trouve guidée par un souci de réguler des comportements à l'intérieur d'un corps.

On assiste donc, dans le domaine carcéral, à une multiplication des techniques de répression. On ajoute au système répressif primaire – le droit pénal – un système répressif secondaire – le droit disciplinaire – non sans faire naître une certaine perplexité²¹⁴³. Mais la crainte que nous

²¹⁴² T.A. Rouen, 24 juill. 2002, req. n° 00134 (inédit). Sur ce point, V. CÉRÉ (J.-P.), HERZOG-EVANS (M.) et PÉCHILLON (E.), « Actualité du droit de l'exécution des peines », *D.* 2004, p. 1099.

²¹⁴³ A ce sujet, on peut se demander s'il y a encore la moindre rationalité à punir la non-exécution d'une sanction disciplinaire comme le prévoit en substance l'article D. 249-2, 7° du Code de procédure pénale. Cette disposition

nourrissons ici dans le domaine pénitentiaire de voir un système répressif concurrencer le système pénal – tant en termes de sévérité de la sanction que de garanties effectivement accordées au détenu – s’amplifie au regard de l’évolution que connaît un autre pan du droit disciplinaire, à savoir le droit disciplinaire accepté.

§ 2. – Le droit disciplinaire accepté : un concurrent certain du droit pénal

880. Nature professionnelle prépondérante – mais non exclusive – du droit disciplinaire accepté. – Par le terme d’acceptation, il convient de rassembler toutes les situations dans lesquelles une relation hiérarchique, et notamment professionnelle, est établie. Il s’agit donc d’un droit disciplinaire majoritairement professionnel fondé explicitement sur un contrat ou, plus largement, sur les nécessités inhérentes à une organisation collective. Selon Santi ROMANO, « [il] n’est pas d’organisme social de si peu de complexité [qui n’] instaure en son sein un régime comportant tout un ordre d’autorités, de pouvoirs, de normes, de sanctions »²¹⁴⁴. Ce fondement rejoint directement la théorie institutionnelle de HAURIUO²¹⁴⁵ qui fut par ailleurs privilégiée par la Cour de cassation en ce qui concerne le pouvoir disciplinaire de l’employeur²¹⁴⁶.

Cette faculté dévolue à l’employeur ou, plus généralement, au supérieur hiérarchique dans une institution privée ou publique constitue incontestablement l’expression la plus parfaite du droit disciplinaire accepté. Mais cette instance disciplinaire n’est qu’une composante de ce droit. A côté, coexistent des formes plus spécifiques de disciplines où interviennent des autorités administratives indépendantes, des syndicats, des associations ou encore des ordres professionnels. Si la référence à la profession est donc prépondérante dans ce domaine disciplinaire, elle ne saurait être exclusive de toute autre forme de subordination. Ainsi, l’expression droit disciplinaire *accepté* traduit plus fidèlement la diversité des rapports pouvant exister entre l’autorité disciplinaire et la personne, laquelle a dès l’origine accepté – contractuellement ou non – l’exercice potentiel d’un pouvoir disciplinaire du supérieur

constituerait-elle un système répressif "tertiaire" ?

²¹⁴⁴ ROMANO (S.), *L’ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, p. 92 cité in DEGOFFE (M.), *Droit de la sanction non pénale*, op. cit., p. 44, note 1.

²¹⁴⁵ HAURIUO (M.), *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 2^{ème} éd., 1916, spéc. p. 128.

²¹⁴⁶ Soc. 16 juin 1945, *Dr. soc.* 1946, p. 427, note P. Durand – Soc. 26 févr. 1953, *Dr. soc.* 1953, p. 350 – Soc. 25 juin 1987, *Bull. civ.* V, n° 423 ; *Dr. soc.* 1988, p. 258, obs. J. Savatier ; *D.* 1987, IR p. 165. V. également BRETHER DE LA GRESSAYE (J.) « La discipline dans les entreprises, les syndicats et les professions organisées », *Arch. phil. dr.* 1953-1954, p. 75 : « Le pouvoir disciplinaire du chef d’entreprise existe de plein droit et a un caractère social, institutionnel ».

hiérarchique ou de l'autorité qui la dirige. L'acceptation préalable fonde la discipline, elle-même commandée par la « *nécessité organique de la vie collective* »²¹⁴⁷ et par l'indispensable équilibre du groupe. L'existence même d'une institution impose donc l'existence d'un pouvoir et d'un droit disciplinaires.

881. Droit disciplinaire accepté et article 6 Conv. EDH. – Comme nous l'avons remarqué pour le droit administratif répressif et le droit disciplinaire imposé, on ne peut véritablement parler de concurrence qu'à partir du seul instant où une identité de nature peut être révélée entre les différents droits. Sans hésitation et en l'absence de décision constitutionnelle en ce sens, c'est bien évidemment à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme auquel il faut recourir pour déterminer cette concurrence. Si le droit disciplinaire s'intègre *substantiellement* dans ces dispositions, c'est-à-dire s'il rassemble les caractéristiques *matérielles* propres à cette intégration²¹⁴⁸, il n'y a pas de doute et d'obstacle *a priori* pour que le droit disciplinaire soit un concurrent réel du droit pénal et qu'il puisse à long terme évincer ce dernier.

Mais, pour l'heure, une telle conclusion paraît par trop hâtive. Énoncer la soumission du contentieux disciplinaire à l'article 6 Conv. EDH ne suffit pas en lui-même à prouver l'émergence d'une concurrence avec le droit pénal. Celle-ci peut ne jamais prendre corps si le droit disciplinaire s'intègre non dans la "matière pénale" mais dans la "matière civile" de l'article 6, comme cela semble être majoritairement le cas en droit positif (A). On remarquera toutefois, pour conforter notre sentiment premier, que la "matière civile" n'est pas exclusive en droit disciplinaire et qu'une partie de celui-ci a déjà intégré la "matière pénale". Ainsi, une généralisation de cette dernière, c'est-à-dire une plus large "pénalisation" du droit disciplinaire, reste dès lors envisageable (B). La gêne que nous pouvons ressentir face à l'étude du droit disciplinaire accepté provient donc du fait que si, de prime abord, la concurrence avec le droit pénal apparaît parfaitement illusoire, elle constitue finalement – et au regard de la matière pénale – une réalité incontestable.

²¹⁴⁷ LÉGAL (A.) et BRETHER DE LA GRESSAYE (J.), *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, op. cit., p. 110.

²¹⁴⁸ Nous analysons l'applicabilité de l'article 6 § 1 Conv. EDH au vu de la substance même de la matière disciplinaire. S'agissant des exigences organiques (existence d'un tribunal par exemple), elles n'ont qu'une incidence secondaire. Nous savons en effet qu'elles peuvent être respectées seulement devant l'instance de recours. Pour une mise en évidence de l'importance de cette dérogation, V. *infra*, n^{os} *et ss.*. Pour une étude privilégiant le critère organique sur le critère matériel, V. BONICHOT (J.-C.), « Quelques remarques sur le champ d'application de l'article 6, § 1 dans le droit français » in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 49.

A. – Une concurrence illusoire : le maintien du caractère "civil" du droit disciplinaire

882. L'applicabilité de l'article 6 Conv. EDH au titre des « *contestations sur [des] droits et obligations de caractère civil* »²¹⁴⁹ en matière de discipline imposée²¹⁵⁰ possède une double lacune : tout d'abord en termes de garanties effectivement exigées (1°), ensuite en termes de révélation d'une concurrence avec le droit pénal (2°).

1°/ Garanties conventionnelles minorées en matière civile

883. *Inexistence des garanties des paragraphes 2 et 3 de l'article 6 Conv. EDH.* – A la lecture des dispositions de l'article 6 Conv. EDH, certaines garanties conventionnelles ne constituent pas de réels impératifs pour un contentieux de nature civile. Il s'agit des principes énoncés aux paragraphes 2 et 3 de l'article 6 et des articles 2, 3 et 4 du Protocole n° 7 qui constituent des « *garanties spécifiques à la matière pénale* »²¹⁵¹. En est-il ainsi de la présomption d'innocence, du droit à être informé de la nature et de la cause de l'accusation, du droit à disposer du temps nécessaire à la préparation de sa défense, du droit à l'assistance d'un avocat, du droit d'interroger les témoins à charge ou décharge, du droit à l'assistance d'un interprète, du droit d'accès à un double degré de juridiction, du droit à être indemnisé en cas d'erreur judiciaire et enfin du droit à ne pas être jugé ou puni deux fois pour un même fait. S'il est vrai que ces règles sont assurées pour l'essentiel en droit (civil) interne, il n'en est pas moins intéressant de noter cette spécificité européenne selon laquelle la matière civile – et notamment disciplinaire – n'y est nullement soumise.

884. *Subsistance des garanties du paragraphe 1^{er} de l'article 6 Conv. EDH.* – Devant le regret de la non-application de certaines dispositions, reconnaissons toutefois que le paragraphe 1^{er} de l'article 6 Conv. EDH reste pleinement applicable aux instances de nature civile et disciplinaire. Ainsi, le droit à « *un idéal de justice vraie, respectueuse des droits de l'homme* »²¹⁵² comme le présente le Pr. J. PRADEL, est reconnu tant dans sa dimension formelle

²¹⁴⁹ Pour éviter une trop grande lourdeur dans nos propos, l'expression "*contestations sur des droits et obligations de caractère civil*" sera le plus souvent remplacée par le concept de "*matière civile*".

²¹⁵⁰ Pour une analyse précise de l'incorporation de la discipline acceptée à la matière civile, V. *infra*, n°s *et ss.*

²¹⁵¹ MEUNIER (J.), « La notion de procès équitable devant la Cour européenne des droits de l'homme » in RUIZ FABRI (H.) (sous la dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Travaux de l'atelier de droit international de l'UMR de droit comparé de Paris, Paris, Société de législation comparée, 2003, p. 194. V. également SUDRE (F.) et PICAL (C.), (sous la dir.), *op. cit.*, p. 18.

²¹⁵² PRADEL (J.), « La notion de procès équitable en droit pénal européen », *Rev. gén. dr.* 1996, p. 506 cité in RENUCCI (J.- F.), *Droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, n° 125, p. 228.

que substantielle²¹⁵³ lorsqu'il est question de contestations sur des droits et obligations de caractère civil.

Malgré l'application du paragraphe 1^{er} de l'article 6 Conv. EDH, la matière civile reste toutefois en deça des exigences imposées à la matière pénale. Cette divergence est capitale puisqu'elle souligne le point selon lequel la matière civile constitue un obstacle réel à toute mise en perspective d'une concurrence entre les répressions pénale et disciplinaire.

2°/ Concurrence avec le droit pénal ignorée en matière civile

885. Si le postulat qui s'impose est une immersion dans la matière civile de la majorité des instances disciplinaires, il est clair que nulle concurrence ne peut se dégager. S'il est vrai que certaines garanties sont identiquement reconnues tant en matière pénale qu'en matière civile, ces domaines constituent immanquablement un *dualisme juridictionnel*²¹⁵⁴ qui développe une divergence importante quant à la finalité poursuivie par les mesures relevant de chacune de ces matières (a). Dès lors, si une rivalité s'exprime, elle demeure insignifiante puisque de larges pans du droit disciplinaire se concentrent dans la matière civile (b).

a. Finalité divergente entre les mesures relevant de la matière civile et celles relevant de la matière pénale

886. *Délimitation de la matière civile.* – L'un des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ayant contribué à l'élaboration du concept de "matière civile" intéresse précisément le droit disciplinaire. L'arrêt *König*²¹⁵⁵, rendu à propos d'un retrait d'une autorisation d'exercer la médecine et d'exploiter une clinique, précise que pour la révélation de la nature civile d'un droit, « *seul compte le caractère [privé] du droit qui se trouve en cause* »²¹⁵⁶. La contestation sur des droits et obligations de caractère civil doit avoir pour origine une atteinte à un moyen d'existence, c'est-à-dire à un droit subjectif de caractère patrimonial²¹⁵⁷. En outre, s'agissant plus précisément du droit disciplinaire, un contentieux est

²¹⁵³ Sur la double nature du droit au procès équitable, V. RENUCCI (J.- F.), *Droit européen des droits de l'homme*, op. cit., n° 125, p. 231 ; GUINCHARD (S.), « Le procès équitable, garantie formelle ou droit substantiel », *Mélanges Farjat*, Paris, éd. Frison-Roche, 1999, p. 139.

²¹⁵⁴ Sur cette expression, V. GUINCHARD (S.) *et al.*, op. cit., n°s 334 et ss.

²¹⁵⁵ Nous avons déjà entrevu cet arrêt s'agissant du prononcé de sanctions administratives non pécuniaires (V. *supra*, n°). Il doit être repris ici s'agissant plus précisément du droit disciplinaire.

²¹⁵⁶ CEDH 28 juin 1978, *König c/ Autriche*, op. cit., § 90.

²¹⁵⁷ CEDH 26 févr. 1993, *Salesi c/ Italie*, série A, n° 257, § 46.

présenté comme relevant de la matière civile s'il consiste notamment en une atteinte ou, selon la Cour européenne des droits de l'homme, en « *une ingérence directe et substantielle* »²¹⁵⁸ dans le droit à pratiquer une activité professionnelle ; cette référence au domaine professionnel soulignant la divergence existant entre la matière civile et la matière pénale.

887. Divergence avec la matière pénale. – L'affaire *Didier*, que nous avons précédemment analysée²¹⁵⁹ et qui concerne précisément le domaine disciplinaire, traduit parfaitement la disparité existant entre les matières civile et pénale. En l'espèce, la matière pénale fut relevée à travers l'existence de sanctions pécuniaires. Encore fallait-il qu'au regard des critères inhérents à la matière pénale, elles soient d'une certaine gravité et poursuivent une finalité punitive et dissuasive²¹⁶⁰. Parallèlement à cette sanction pécuniaire, M. Didier s'était vu infliger un retrait de sa carte professionnelle pour six mois. Cette dernière sanction, à l'inverse de la sanction pécuniaire, atteignait directement et, de toute évidence, de manière substantielle le droit pour la personne à pratiquer une activité professionnelle. Aussi son rattachement devait-il s'effectuer auprès de la matière civile et non auprès de la matière pénale.

888. Intérêt de la distinction. – La séparation entre la matière civile et la matière pénale trouve peu d'intérêt en pratique. Il est vrai que lorsque s'engage une instance disciplinaire, la sanction qui sera effectivement prononcée reste incertaine, rendant également incertaines les garanties et les exigences devant être respectées. Même si, s'agissant de la matière pénale, ce respect peut être retardé par l'existence d'un recours, cette distinction reste sans grand intérêt en réalité, sinon à rebours en cas de contestation. La sanction devra semble-t-il, dans l'ignorance, respecter dès l'origine les canons de la matière pénale qui restent théoriquement les plus complets²¹⁶¹.

On le voit, la différenciation entre les sanctions disciplinaires "civiles" et les sanctions disciplinaires "pénales" reste donc en pratique purement artificielle. Pour autant, tout intérêt

²¹⁵⁸ CEDH 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c/ Belgique*, série A, n° 43, § 49.

²¹⁵⁹ V. *supra* les arrêts *Didier* du Conseil d'Etat et de la Cour européenne des droits de l'homme (spéc. n°s et).

²¹⁶⁰ Tel avait été le cas de la sanction pécuniaire de 5 millions de francs infligée à M. Didier par le Conseil des marchés financiers ; sanction jugée comme ressortissant à la matière pénale eu égard à son montant relativement important qui, corrélativement, manifestait sa finalité nettement répressive.

²¹⁶¹ En ce sens, V. PRALUS-DUPUY (J.), « L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et les contentieux de la répression disciplinaire », *op. cit.*, p. 732. Notons toutefois que cet auteur ne traite pas de la distinction entre matière civile et matière pénale mais soulève la distinction entre les privations du droit d'exercer une profession et les sanctions dites morales telles que la réprimande, le blâme ou l'avertissement.

ne doit pas être évacué. D'une manière théorique, la mise en perspective d'une pluralité de nature des sanctions disciplinaires permet d'établir l'importance, plus ou moins grande, de la concurrence pouvant exister entre le droit disciplinaire et le droit pénal. Et, sur ce point, le critère finaliste fixé en matière civile se présente comme un élément, sinon exclusif, du moins fortement restrictif d'une telle concurrence.

b. Rivalité insignifiante entre le droit disciplinaire et le droit pénal

889. Problématique. – Si la finalité reconnue aux sanctions disciplinaires est le plus souvent une atteinte à l'exercice d'une activité professionnelle, force est alors de constater que la matière civile, en se diffusant ainsi, ôte toute perspective concurrentielle du droit disciplinaire avec le droit pénal. Pour rétablir une rivalité entre eux, la seule possibilité reviendrait à douter de l'inclusion réelle de ces sanctions dans la matière civile. Il faut donc se demander si la majorité des sanctions disciplinaires qui peuvent être aujourd'hui prononcées – quelle que soit la nature de l'organe détenteur du pouvoir disciplinaire – s'inscrit véritablement dans le "cadre civil" de l'article 6 Conv. EDH. Dans l'affirmative, toute concurrence serait alors illusoire.

Devant l'importance de la tâche, la complexité et la variabilité du droit disciplinaire *lato sensu*, il est vain de croire en une quelconque exhaustivité. C'est pourquoi nous illustrerons nos propos seulement par certaines sanctions disciplinaires recensées²¹⁶². Malgré cette restriction, nous ne pouvons pour autant nous passer d'une grille de lecture permettant de mesurer l'importance des sanctions relevant de la matière civile et d'apprécier corrélativement le caractère dérisoire de l'instauration d'une concurrence entre le droit pénal et le droit disciplinaire. Cette grille de lecture doit s'articuler autour de la distinction entre les autorités disciplinaires de nature juridictionnelle (1) et les autorités disciplinaires de nature non juridictionnelle (2)²¹⁶³.

1) Les autorités disciplinaires de nature juridictionnelle

²¹⁶² Pour un tel recensement, V. MORET-BAILLY (J.), *op. cit.*, pp. 82-83 et pp. 129 à 132. Pour un exposé plus synthétique, V. PRALUS-DUPUY (J.), *Rép. pén.*, *op. cit.*, n^{os} 62 à 65.

²¹⁶³ Cette distinction est garantie par le Conseil d'Etat. Sur ce point, V. C.E. 12 janv. 2004, *D.* 2004, IR p. 997. Egalement C.E. 20 juin 2003, *D.* 2003, IR p. 1807 ; *AJDA* 2003, p. 1334, obs. Donnat et Casas.

890. Définition. – Les instances disciplinaires prenant la forme d'un ordre professionnel ont une nature juridictionnelle²¹⁶⁴. Il en est ainsi des divers conseils des ordres professionnels (avocats, chirurgiens-dentistes, experts-comptables, commissaires-priseurs, huissiers, médecins, pharmaciens, vétérinaires, sages-femmes). La nature juridictionnelle de l'instance disciplinaire peut encore être admise s'agissant par exemple du Conseil supérieur de la magistrature statuant en matière disciplinaire à l'égard des magistrats du siège (ord. n° 58-1270 du 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 48 et ss.) ou de la Chambre de l'instruction statuant sur la discipline des fonctionnaires civils et militaires en leur qualité d'officiers ou agents de police judiciaire (C. pr. pén., art. 224 à 230).

Devant ces différentes instances, les sanctions les plus souvent encourues sont directement liées au droit d'exercer une activité professionnelle ; sanctions dont la nature "civile" est incontestable. A l'inverse, des doutes subsistent concernant les sanctions dites morales.

891. Nature certaine des sanctions ayant une incidence sur l'activité professionnelle. – Les révocations (avec ou sans suspension des droits à pension), les mises à la retraite d'office, les exclusions ou les retraits temporaires de fonctions, les rétrogradations ou encore les abaissements d'échelon²¹⁶⁵ et les radiations du tableau de l'ordre professionnel ont une incidence incontestable dans l'exercice d'une profession. A ce titre, en tant que privation ou restriction de cet exercice, ces sanctions conduisent à l'application de l'article 6 § 1 Conv. EDH relatif aux *contestations sur des droits et obligations de caractère civil*. C'est ainsi que le Conseil d'Etat ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme ont expressément reconnu la nature civile à différentes sanctions prononcées par les ordres professionnels²¹⁶⁶.

²¹⁶⁴ V. par exemple ADER (H.), « La discipline et les ordres professionnels », *Arch. pol. crim.* 1984, n° 7 (« Des sanctions »), p. 103 qui parle expressément de « *juridictions ordinaires* ». Egalement MORET-BAILLY (J.), *op. cit.*, pp. 31 et ss. et 59 et ss.

²¹⁶⁵ L'ensemble de ces sanctions est prévu notamment par l'art. 45 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature (*JO* du 23 déc. 1958, p. 11551). Si nous envisageons le domaine militaire, certaines sanctions sont identiques, d'autres ont une spécificité, tel que l'arrêt ou la consigne (L. n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires, art. 41, 1°, b et e).

²¹⁶⁶ S'agissant de la jurisprudence européenne intéressant la France, V. CEDH 20 mai 1998, *Gautrin c/ France*, *AJDA* 1998, p. 991, obs. J.-F. Flauss ; *Rev. dr. publ.* 1999, p. 874, obs. F. Sudre (sanction contre un médecin) – CEDH 29 sept. 1999, *Serre c/ France*, *Journ. dr. intern.* 2000, p. 120, obs. M. Eudes (sanction contre un vétérinaire). S'agissant de la jurisprudence du Conseil d'Etat, V. CE 14 févr. 1996, *Maubleu, Leb.* p. 34 ; *AJDA* 1996, p. 403 note J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; *JCP* 1996II.22669, note Lascombe et Vion ; *RFD adm.* 1996, p. 399 et p. 1186, concl. M. Sanson (sanction contre un avocat) – CE 26 juill. 1996, *D.* 1966, IR p. 227 (sanction contre un chirurgien-dentiste) – CE 9 nov. 1998, *M. Compan* (inédit), req. n° 152888 (sanction contre un vétérinaire) – CE 3 déc. 1999, *Leriche*, *JCP* 2000.II.10267, note F. Sudre (sanction contre un médecin).

Cette tendance s'est poursuivie en matière de pouvoir disciplinaire exercé par une autorité administrative indépendante, à savoir l'ancien Conseil des marchés financiers²¹⁶⁷. Issue de la fusion de la Commission des opérations de bourse, du Conseil des marchés financiers et du Conseil de discipline de la gestion financière, l'Autorité des marchés financiers conserve nécessairement les pouvoirs disciplinaires de chacune de ces institutions. L'article L. 621-15 (III, a et b) du Code monétaire et financier expose ainsi deux sanctions disciplinaires atteignant directement les activités professionnelles et pouvant être prononcées par la commission des sanctions de l'A.M.F.²¹⁶⁸ ; il s'agit de l'interdiction à titre temporaire ou définitif de l'exercice de tout ou partie des services fournis ou des activités et le retrait temporaire ou définitif de la carte professionnelle. Au regard de ces sanctions et de leur similarité avec celles existant auparavant, il ne fait guère de doute que la jurisprudence *Didier* perdue concernant le pouvoir disciplinaire de l'A.M.F.

892. Extension du domaine de la matière civile. – Par l'ampleur des sanctions ainsi mises en évidence, la démonstration d'une concurrence entre les droits disciplinaire et pénal semble peu probable. Plus le champ de la matière civile de l'article 6 Conv. EDH s'intensifie, plus la concurrence devient illusoire. Cette tendance s'est d'ailleurs accentuée ces dernières années par la position prise par la Cour européenne des droits de l'homme envers la fonction publique. De nombreux arrêts témoignent en effet du souci, pour le juge européen – suivi en cela par le Conseil d'Etat – de voir le champ d'application de l'article 6 § 1 et de la matière civile, s'étendre à ce domaine. Ainsi, un agent public peut bénéficier des dispositions de l'article 6 au titre d'une contestation sur des droits ou obligations de caractère civil dès lors qu'il ne participe pas à l'exercice de prérogatives de puissance publique ou n'exerce pas des fonctions visant à sauvegarder les intérêts généraux de l'Etat²¹⁶⁹. En décidant d'entendre largement la *non-participation à des prérogatives de puissance publique*, formule sujette à

²¹⁶⁷ C.E. 3 déc. 1999, *Didier*, op. cit. V. également *supra*, n° . Dans cette espèce, le Conseil des marchés financiers avait prononcé le retrait de la carte professionnelle de M. Didier pour six mois.

²¹⁶⁸ Sur cette commission des sanctions, V. décret n° 2005-131 du 14 févr. 2005 modifiant le décret n° 2003-1109 du 21 nov. 2003 relative à l'Autorité des marchés financiers, *JO* du 17 févr. 2005, p. 2670.

²¹⁶⁹ CEDH 27 juin 2000, *Frydlender c/ France*, *AJDA* 2000, p. 1010, obs. J.-F. Flauss ; *Rev. dr. publ.* 2001, p. 664, note G. Gonzalez ; *JCP* 2001.I.291, obs. F. Sudre ; *RFD adm.* 2001, p. 1252, chron. H. Lebayle et F. Sudre (sanction contre un agent contractuel du ministère de l'Economie et des Finances). V. également CE 23 févr. 2000, *L'Hermite*, *Leb.* p. 101 ; *AJDA* 2000, p. 363, note C. Moniolle ; *JCP* 2000.II.10371, note C. Moniolle (sanction contre un personnel enseignant et hospitalier de centre hospitalier et universitaire). Et déjà, V. CEDH 8 déc. 1999, *Pellegrin c/ France*, *AJDA* 2000, p. 530, obs. J.-F. Flauss ; *JCP* 2000.I.203, obs. F. Sudre ; *Petites affiches* 17 mai 2000, note F. Melleray ; *Rev. dr. publ.* 2000, p. 617, chron. X. Prétot et p. 711, obs. G. Gonzalez ; *RTDH* 2000, p. 819, note P. Wachsmann ; *JCP* 2000.II.10426, note T. Graffin.

interprétation, les juges parviendront peut-être à étendre d'autant la matière civile. Mais cette extension vers une "civilisation" des sanctions disciplinaires n'est-elle pas toutefois freinée par les sanctions morales ?

893. Nature incertaine des sanctions morales. – Un doute surgit quant à l'inclusion dans la matière civile de certaines sanctions non pécuniaires²¹⁷⁰. S'agissant effectivement des sanctions morales, d'une gravité inférieure aux sanctions atteignant directement le droit d'exercice d'une activité professionnelle, il n'est pas évident de percevoir un lien entre ce type de mesures et l'atteinte à la profession. L'avertissement, la réprimande ou encore le blâme constituent des sanctions mineures dont le caractère "civil" reste dès lors incertain²¹⁷¹.

Si l'on s'écarte toutefois de toute référence à l'exercice de la profession, ces sanctions – que l'on retrouve dans le pouvoir disciplinaire des ordres professionnels, de la fonction publique ou encore des autorités administratives indépendantes²¹⁷² – semblent pouvoir être tout de même rattachées à la matière civile et imposer les exigences de l'article 6 § 1 Conv. EDH. En effet, ces sanctions disciplinaires morales peuvent être présentées comme des mesures portant atteinte à l'honneur ou la réputation des personnes qui y sont soumises ; droit à l'honneur et à la réputation pouvant, selon certains auteurs, « être rangé parmi les droits de caractère civil »²¹⁷³.

894. Sanctions morales et atteinte indirecte à la profession. – Si nous établissons ici la nature civile des sanctions morales sans effectuer de détour par le domaine professionnel, on ne peut toutefois nier tout lien entre ce dernier et ce genre de sanction. Les sanctions morales ne sont en effet pas totalement étrangères à une certaine atteinte au droit d'accéder à une activité professionnelle. Elles constituent une sorte de prélude à une éventuelle restriction ou privation de ce droit. C'est une première étape vers le prononcé d'une sanction plus lourde et

²¹⁷⁰ Nous verrons d'ailleurs plus loin que ce type de sanctions trouve un intérêt tout particulier s'agissant de la révélation de la généralisation de la matière pénale et de la logique punitive au sein du droit disciplinaire (V. *infra*, n°).

²¹⁷¹ SUDRE (F.) et PICHÉRAL (C.) (sous la dir.), *op. cit.*, p. 148.

²¹⁷² C. mon. et fin., art. L. 621-15 (III, a et b) s'agissant du pouvoir disciplinaire de l'A.M.F.

²¹⁷³ LAMBERT (P.), « La Convention européenne des droits de l'homme et les procédures disciplinaires au sein des professions libérales », *RTDH* 1990, p. 42 cité in PRALUS-DUPUY (J.), « L'article 6 de la Convention européenne... », *op. cit.*, p. 733. V. également SUDRE (F.) et PICHÉRAL (C.) (sous la dir.), *op. cit.*, spéc. pp. 29 et 149.

vers une éventuelle atteinte à l'exercice de la profession. Cette lecture des sanctions disciplinaires morales fut privilégiée par le juge français, administratif²¹⁷⁴ et judiciaire²¹⁷⁵.

On le voit, ces sanctions morales ne portent pas une atteinte directe à l'activité professionnelle, ce qui freine logiquement leur incursion dans la matière civile. Une certaine incertitude s'est dès l'origine installée et n'a pu être dissipée qu'avec un éclairage circonstancié donné notamment par le Conseil d'Etat. Mais si le caractère moral de ces sanctions a permis effectivement de mettre en doute leur soumission aux exigences de l'article 6 § 1 Conv. EDH, n'en est-il pas de même des sanctions disciplinaires qui, sans atteindre de manière directe le droit d'exercer une activité professionnelle, exposent les personnes à leur exclusion d'un groupement dont la discipline relève d'une autorité non juridictionnelle ?

2) Les autorités disciplinaires de nature non juridictionnelle

895. Nature certaine des sanctions ayant une incidence sur l'activité professionnelle ou collective. – Il est des sanctions disciplinaires qui, comme en matière de discipline juridictionnelle, ne soulèvent aucune difficulté particulière. Il en est ainsi bien évidemment du licenciement prononcé par un employeur à l'encontre d'un salarié. L'inclusion de cette sanction dans la matière civile ne fait bien évidemment aucun doute. Définie comme une mesure « *de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération* »²¹⁷⁶, la sanction disciplinaire prévue par le Code du travail porte en elle-même – au travers du licenciement disciplinaire – sa nature "civile". La mise à pied disciplinaire qui constitue à la fois une suspension temporaire du contrat de travail²¹⁷⁷, une mise à l'écart de l'entreprise et une réduction proportionnelle du salaire, traduit également une mise en cause réelle du droit à l'exercice d'une activité professionnelle.

Si nous dépassons le pouvoir disciplinaire de l'employeur, nous pouvons citer des cas plus spécifiques ayant également un lien direct avec une activité, sinon professionnelle, du moins à caractère civil. Il s'agit des activités sportives. En vertu de l'article L. 232-21 C. sport, les

²¹⁷⁴ C.E. 9 nov. 1998, *M. Compan*, op. cit. (sanction morale infligée à un vétérinaire) – C.E. 3 nov. 1999, *Zurmely, Leb.* p. 341 ; *RFD adm.* 2000, p. 1079, concl. A.-F. Roul – C.E. 19 juin 2000, *M. B.* (inédit), req. n° 196741 (sanction morale infligée à un médecin).

²¹⁷⁵ Civ. 1^{ère} 5 oct. 1999, *JCP* 1999.II.10203, concl. J. Sainte-Rose.

²¹⁷⁶ C. trav., art. L. 122-40.

²¹⁷⁷ La suspension du contrat de travail au titre d'une sanction disciplinaire doit intervenir même si une autre suspension a déjà été prononcée pour un arrêt de maladie. V. Soc. 21 oct. 2003, *Bull. civ.* V, n° 256 ; *Petites affiches* 5 janv. 2004, n° 3, p. 4.

fédérations sportives agréées engagent des procédures disciplinaires afin de sanctionner les licenciés ou les membres licenciés des groupements sportifs qui leur sont affiliés s'ils ont contrevenu aux dispositions de lutte contre le dopage. En exerçant leur pouvoir disciplinaire, les fédérations sportives portent effectivement atteinte au droit à l'exercice d'une activité sportive soumise à un agrément et affectent donc un droit "civil"²¹⁷⁸. En effet, dès lors que l'alinéa 5 de l'article L. 232-21 C. sport dispose que les « *sanctions disciplinaires prises par les fédérations sportives peuvent aller jusqu'à l'interdiction définitive de participer aux compétitions et manifestations sportives* », nul doute que la restriction ou la privation d'un tel droit relève de la matière civile²¹⁷⁹. Cette situation – non strictement professionnelle – nous rapproche de l'hypothèse où des exclusions d'un groupement peuvent être prévues.

896. Nature incertaine des exclusions. – La liberté de ne pas adhérer à une association ou à un syndicat est aujourd'hui un principe reconnu au niveau international²¹⁸⁰. Face à cette liberté, il ne faut pas nier toutefois l'importance de ces corps intermédiaires qui permettent à leurs membres de poursuivre un objectif social et, pour les syndicats, un objectif professionnel, à savoir la défense des intérêts de la profession en question. Les adhésions à une association ou à un syndicat ne sont donc pas de simples libertés collectives exercées autour d'enjeux sociaux communs. Il s'agit également de libertés individuelles²¹⁸¹ prenant les

²¹⁷⁸ Selon le *Vocabulaire juridique Capitant*, la licence est en effet un « *agrément ouvrant droit, pour son bénéficiaire, à la pratique d'un sport ou d'une activité, moyennant affiliation à un club ou une association* » (op. cit., v° « Licence » ; c'est nous qui soulignons).

²¹⁷⁹ Sur ce point, une concurrence semble exister entre les fédérations sportives et l'Agence française de lutte contre le dopage. En vertu de l'article L. 232-23 C. sport, celle-ci peut en effet prononcer des interdictions temporaires ou définitives de participer aux compétitions et manifestations ou de participer – directement ou indirectement – à l'organisation et au déroulement de ces représentations et aux entraînements y préparant. Elle peut encore prononcer envers un professionnel lié aux activités physiques et sportives une interdiction temporaire ou définitive d'exercer ses fonctions. Enfin, elle peut exercer le pouvoir disciplinaire des fédérations sportives si celles-ci ne l'ont pas exercé, réformer leurs décisions ou encore étendre une sanction disciplinaire (C. sport, art. L. 232-22, 2°, 3° et 4°).

²¹⁸⁰ L'article 11 Conv. EDH relative à la liberté de réunion et d'association ne prévoyait pas le droit pour les personnes de refuser toute adhésion à une association ou un syndicat. Il fallut attendre l'arrêt *Sigurjónsson c/ Islande* du 30 juin 1993 de la Cour européenne des droits de l'homme pour reconnaître un « *droit d'association négatif* », c'est-à-dire un droit de ne pas s'associer ou de ne pas se syndiquer. Notons tout de même que, de manière isolée, l'article 20 § 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 déc. 1948 reconnaissait déjà que « *nul ne peut être obligé de faire partie d'une association* ». Sur l'ensemble de ce point, V. GUINCHARD (S.) et HARICHAUX (M.) (sous la dir.), *Le grand oral : Protection des libertés et des droits fondamentaux*, Paris, Montchrestien, 2^{ème} éd., 2004, p. 413.

²¹⁸¹ L'exercice de la liberté syndicale ou d'association est le plus souvent collectif, manifesté d'ailleurs par le recours à la liberté de réunion. En revanche, l'origine de l'adhésion à un syndicat ou à une association est strictement personnelle et liée aux souhaits de chacun d'intégrer ou non un groupement. Sur ce point, V. spéc. l'alinéa 6 du Préambule de la Constitution de 1946 qui dispose que « *tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix* » (c'est nous qui soulignons).

traits du droit de devenir membre d'un groupement déterminé. Ce type de prérogatives a un caractère nécessairement civil, et ce pour deux raisons. Tout d'abord, l'acte d'adhésion à une association est, suivant l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901, un acte contractuel²¹⁸². Ensuite, l'adhésion à de tels groupements peut favoriser la protection de droits de nature civile. Il en est ainsi de manière évidente s'agissant de l'adhésion à un syndicat.

Ainsi, qu'il s'agisse de la nature ou de l'exercice de la liberté "d'être membre d'une association ou d'un syndicat", force est de reconnaître son imprégnation "civile". L'exclusion disciplinaire d'une personne de ces groupements doit dès lors être perçue comme pouvant être à l'origine d'une *contestation sur des droits et obligations de caractère civil* au sens de l'article 6 § 1 Conv. EDH et générer l'application des garanties inhérentes à ces dispositions.

Par l'inclusion de ce type de sanctions, la "matière civile" est encore en pleine extension et, aujourd'hui, le droit disciplinaire accepté s'y trouve très majoritairement représenté ; ceci étant d'autant plus remarquable que les sanctions disciplinaires pécuniaires – prioritairement de nature pénale – restent encore très marginales en ces domaines.

897. Marginalité des sanctions pécuniaires. – La présentation des sanctions pouvant être prononcées par des autorités tant juridictionnelles que non juridictionnelles démontre que les sanctions atteignant la personne dans son activité professionnelle sont nombreuses à la différence des sanctions pécuniaires qui restent peu utilisées²¹⁸³ et, dans certains cas, interdites²¹⁸⁴. Cette marginalité des sanctions pécuniaires traduit ainsi le peu de progression de la matière pénale au sein du droit disciplinaire, confirmant ainsi l'omnipotence de la matière civile en ce domaine.

Toutefois, devant cette évidente précellence de la matière civile dans le domaine disciplinaire, n'existe-il pas certains éléments faisant craindre que cette supériorité soit plus artificielle que réelle ?

898. Omnipotence de la matière civile dans le droit disciplinaire ? – Au vu de tout ce qui précède, la conclusion devant s'imposer tient en la formule suivante : *majoritairement exprimé au travers de sanctions atteignant l'exercice d'une activité professionnelle,*

²¹⁸² N'étant qu'une forme particulière d'association, les syndicats suivent la même logique.

²¹⁸³ V. toutefois, C. mon. et fin., art. L. 621-15, III, a et b, s'agissant des pouvoirs de sanctions de l'A.M.F.

²¹⁸⁴ V. par exemple l'alinéa 1^{er} de l'article L. 122-42 du Code du travail qui précise que les « *amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites* ». Sur ce point, V. SAVATIER (J.), *op. cit.*, n^{os} 151 à 180.

manifestant en cela des contestations sur des droits et obligations de caractère civil, le droit disciplinaire accepté est principalement intégré à la matière civile, repoussant ainsi toute concurrence influente envers le droit pénal. Satisfaisante *a priori*, cette conclusion souffre néanmoins d'un écueil important à savoir qu'elle postule que les atteintes à l'exercice d'une activité professionnelle sont étrangères à toute logique punitive et pénale... ce qui ne peut être valablement soutenu.

Ainsi, les divers droits disciplinaires énoncés possèdent-ils véritablement leur nature civile de manière incontestable ? L'artificialité éventuelle de leur inclusion dans la matière civile ne peut-elle pas faire naître dans notre esprit l'espoir d'un glissement de certains pans du droit disciplinaire accepté dans la matière pénale ? Si nous arrivons à prouver l'émergence d'une perspective répressive dans ce genre de sanctions, force sera effectivement de reconnaître leur introduction dans le champ d'application "pénal" de l'article 6 Conv. EDH développant ainsi considérablement la possibilité de parvenir à une concurrence effective entre le droit disciplinaire et le droit pénal.

B. – Une concurrence réelle : la généralisation du caractère "pénal" du droit disciplinaire

899. Depuis l'arrêt *Didier*, la distinction entre les matières civile et pénale s'effectue en fonction de la nature pécuniaire ou non des sanctions. La rationalité d'une telle dichotomie reste discutable eu égard à la finalité parfois répressive de certaines sanctions non pécuniaires. En effet, si nous dépassons la lecture classique de la matière civile appliquée au domaine disciplinaire accepté, nous nous apercevons qu'une concurrence réelle avec le droit pénal peut, sur ce point, raisonnablement s'établir (1°). Cette analyse, qui démontre la nature secondaire ou subsidiaire du droit pénal dans la répression de certains comportements fautifs, n'est pas exempte toutefois de critiques quant à la teneur de la matière pénale elle-même (2°).

1°/ Concurrence révélée par une lecture novatrice de la matière civile

900. Démontrer l'émergence d'une concurrence entre le droit disciplinaire accepté et le droit pénal revient tout d'abord à mettre en exergue la nature pénale des sanctions pécuniaires. Nous avons à plusieurs reprises analysé ce point²¹⁸⁵ et avons souligné que la seule difficulté est finalement celle de savoir à partir de quel seuil de gravité ce type de sanctions relève de la

²¹⁸⁵ V. *supra*, n^{os} et .

matière pénale²¹⁸⁶. Une fois cette démonstration effectuée, il convient ensuite d'appréhender l'obstacle principal à la "pénalisation" du contentieux disciplinaire. Il faut donc s'intéresser désormais à la seule matière civile et percevoir en quoi celle-ci peut favoriser l'apparition d'une concurrence entre les droits précités (b). La solution provient semble-t-il de la preuve de l'établissement initial d'une convergence entre les finalités poursuivies par la matière pénale et la matière civile (a).

a. Convergence entre les finalités poursuivies par la matière civile et la matière pénale

901. Confusion entre la matière civile et la matière pénale : le précédent administratif. –

Nous avons vu que les sanctions pécuniaires d'une certaine gravité ont incontestablement une nature pénale. La sévérité des sanctions témoigne en effet du souci pour l'autorité disciplinaire de punir l'individu pour un acte fautif et de le dissuader de toute réitération de cet acte. Nous avons pu analyser également²¹⁸⁷, s'agissant de la répression administrative et plus précisément des sanctions administratives pouvant être prononcées par les autorités administratives indépendantes, que les sanctions non pécuniaires pouvaient être incluses dans la matière pénale. Cette extension de la matière pénale aux sanctions pécuniaires et non pécuniaires conduit ainsi à confondre les deux volets de l'article 6 § 1 Conv. EDH. Peut-il en être de même s'agissant du droit disciplinaire ?

902. Confusion entre la matière civile et la matière pénale : l'émergence d'une "matière mixte". – L'accentuation du phénomène de "pénalisation" du droit disciplinaire accepté ne peut provenir aujourd'hui que de l'extension des sanctions non pécuniaires dans le champ pénal. Est-ce à dire que nous assistons aujourd'hui à l'attribution d'une nature pénale aux domaines que nous avons pu inclure précédemment dans la matière civile, ce qui réduirait d'autant cette matière ? Si une réponse affirmative doit être apportée ici, ce constat mérite toutefois d'être nuancé. En effet, si nous verrons que certains pans du volet civil peuvent raisonnablement intégrer la matière pénale, nous ne pourrions toutefois occulter le point selon lequel, *par nature*, certains domaines demeurent des droits ou obligations civils. S'agissant en revanche de l'*objectif* assigné à la mesure qui porte atteinte à ces droits, il s'avère que leur

²¹⁸⁶ Pour des arrêts critiquables, V. CEDH 23 mai 1994, *Ravnsborg c/ Suède*, série A, n° 283 B, *Rev. sc. crim.* 1994, p. 7, comm. L.-E. Pettiti ; *Rev. sc. crim.* 1995, p. 387 comm. F. Massias – CEDH 22 févr. 1996, *Putz c/ Autriche*. Ces arrêts n'ont pas reconnu le caractère pénal de sanctions pécuniaires infligées pour une infraction d'audience et dont le non-paiement est susceptible d'entraîner un emprisonnement.

²¹⁸⁷ V. *supra*, n^{os} et .

nature pénale, caractérisée en cela par leur volonté de punir l'acte frauduleux et de dissuader la personne de réitérer son geste, est dans certaines hypothèses incontestable.

903. Affirmation de la logique punitive. – La lecture assimilatrice entre les matières civile et pénale fut récemment confirmée par une décision du 16 décembre 2004 de la Cour administrative de Versailles rendue conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement²¹⁸⁸. Dans cette affaire, le juge administratif admit au titre de sanction disciplinaire un retrait d'emploi de direction d'école pris dans l'intérêt du service. Si cette décision trouve un intérêt quant à la teneur de la légalité disciplinaire²¹⁸⁹, elle est également d'une importance certaine s'agissant de la révélation de la possible convergence des objectifs poursuivis par la matière pénale et par la matière civile. Cette identité de finalités est soulignée par le commissaire du gouvernement PELLISSIER qui affirme que « toute sanction disciplinaire a pour objet de punir le comportement *d'un agent public qui, parce qu'il a méconnu ses obligations, affecte nécessairement le bon fonctionnement du service public* »²¹⁹⁰. La sanction disciplinaire prononcée en l'espèce était en rapport avec l'activité professionnelle et mettait bien évidemment en cause le droit de continuer à pratiquer cette activité ; la mesure prononcée étant ainsi logiquement intégrée dans la matière civile. Pourtant, malgré cette apparente nature civile – telle que nous l'avons analysée précédemment –, force est de reconnaître ici qu'une logique pénale semble également s'introduire dans ce genre de mesure. En affirmant vouloir punir le comportement d'un agent, c'est-à-dire en se fondant sur la finalité de la sanction disciplinaire prononcée, le commissaire du gouvernement invite implicitement à l'attribution d'une dimension pénale à cette mesure.

904. Privilège pour la nature pénale. – La séparation entre la matière civile et la matière pénale est donc loin d'être aussi hermétique que l'on pouvait penser. S'il est des cas dans lesquels la nature et la finalité strictement civiles restent indiscutables (contestations concernant l'état des personnes ou le droit de propriété)²¹⁹¹, d'autres au contraire prêtent largement à discussion. C'est le cas de manière flagrante du droit disciplinaire accepté. S'il

²¹⁸⁸ CAA Versailles 16 déc. 2004, *Petites affiches* 20 juill. 2005, n° 143, p. 15.

²¹⁸⁹ V. *infra*, n° .

²¹⁹⁰ PELLISSIER (G.), « Concl. sous CAA Versailles 16 déc. 2004 (La distinction entre mesure prise dans l'intérêt du service et sanction disciplinaire) », *Petites affiches* 20 juillet 2005, n° 143, p. 15 (c'est nous qui soulignons). *Contra*, V. spéc. CE 26 oct. 2005, *Gollnisch*, req. n° 279189, *JCP* 2005.IV.3517 : « *La suspension d'un membre du personnel de l'enseignement supérieur pour un temps qui n'excède pas un an, sans privation de traitement, est une mesure conservatoire prise dans l'intérêt du service qui ne constitue pas une sanction disciplinaire (...)* ».

²¹⁹¹ Sur ce point, V. RENUCCI (J.-F.), *Droit européen des droits de l'homme*, op. cit., n° 126.

s'applique à des droits de nature civile (droit de continuer à exercer une activité professionnelle, droit d'accéder à une telle activité, droit d'exercer une activité culturelle ou sportive ou encore droit de participer à un groupement quelconque), il peut parallèlement s'exprimer par des mesures expressément punitives. Dans ces hypothèses précises, et dans ces hypothèses seulement, cette dernière caractéristique permet alors d'intégrer le droit disciplinaire accepté, originairement civil, à la matière pénale.

Devant cette dualité, c'est-à-dire devant l'applicabilité conjointe de la matière civile et de la matière pénale, laquelle devons-nous privilégier ? Sans conteste, au vu de la richesse des garanties inhérentes à la seconde, c'est l'ensemble de l'article 6 Conv. EDH ainsi que les articles 2, 3 et 4 du Protocole n° 7 qui doivent être respectés ; le droit disciplinaire accepté devenant alors, *dans certains cas et dans son exercice même*, un droit pleinement assimilé à la matière pénale, ce qui l'érige en un rival sérieux du droit pénal en matière de punition.

b. Rivalité réelle entre le droit pénal et le droit disciplinaire accepté

905. Origine commune. – Les liens très étroits qu'entretiennent le droit pénal et le droit disciplinaire et, corrélativement, la rivalité qui s'instaure entre eux, a sans nul doute une origine historique. Comme l'expose le Pr. J.-M. AUBY, on peut légitimement penser que « *le pouvoir de répression pénale est né du pouvoir disciplinaire inhérent à une société devenue étatique* »²¹⁹². Le groupe social était initialement conduit suivant une dynamique collective, soucieuse de maintenir l'équilibre de celui-ci ; cet équilibre ne pouvant être garanti, suivant la théorie de l'institution, qu'avec l'aide d'un pouvoir répressif exercé uniquement à l'encontre des membres du groupe. Avec l'évolution des relations humaines, le groupe social est devenu étatique et n'a point perdu ses caractéristiques disciplinaires. Généralisée à l'ensemble de la société, la discipline s'exprime sous la forme du droit pénal et reprend l'idée originelle de garantir l'ordre en réprimant les actes répréhensibles des membres du groupe. Le droit pénal est donc la continuité d'un droit originairement disciplinaire. Leur nature se trouve donc nécessairement imbriquée l'une à l'autre.

906. Nature commune. – Si l'Etat et le droit pénal se sont substitués aux groupements et aux droits disciplinaires, force est de reconnaître que cette substitution n'a pas été absolue. Les corps intermédiaires demeurent naturellement et la logique disciplinaire subsiste

²¹⁹² AUBY (J.-M.), « Les sanctions administratives disciplinaires... », *op. cit.*, p. 74.

aujourd'hui en différents domaines que nous avons déjà pu préciser. Ceux-ci constituent autant de milieux dans lesquels une rivalité entre le droit pénal et le droit disciplinaire peut s'instaurer. S'il est possible en effet de penser que le « *droit disciplinaire est de même nature que le droit pénal, (...) [qu'il] tend au même but, [à savoir] assurer l'ordre au sein d'une société donnée, au moyen de sanctions répressives qui, comme celles du droit pénal, ont en vue la réprobation, l'intimidation et la prévention* »²¹⁹³, il est clair alors qu'il peut s'immiscer dans des domaines strictement pénaux ou compléter la répression pénale²¹⁹⁴.

907. Au vu de ces précisions, il peut paraître nécessaire de s'interroger sur la pertinence du choix du droit pénal – plutôt que le droit disciplinaire – pour réprimer un comportement déterminé, ou encore sur l'opportunité de prévoir le cumul de ces deux types de répression pour un même comportement. Lorsqu'une identité de nature est établie entre le droit pénal et un autre droit comme le droit disciplinaire, la question de la concurrence et du bien-fondé du recours au droit pénal se pose. Dès lors que les deux répressions possèdent des caractéristiques et des finalités communes, quelles raisons peuvent en effet conduire à privilégier tel ou tel droit ?

Si nous verrons plus loin que la réponse à cette question peut être formulée plus facilement qu'il n'y paraît²¹⁹⁵, on peut à ce stade de notre étude nourrir quelques doutes sur l'utilité du droit pénal dans l'intervention de certains contentieux ; ces doutes se développant d'autant que l'on constate une véritable généralisation de la logique punitive à des sanctions disciplinaires originellement étrangères à cette dynamique.

908. Généralisation de la logique punitive. – Certaines sanctions disciplinaires, excluant de prime abord toute logique punitive, témoignent finalement et paradoxalement d'une possible généralisation de la logique punitive et "pénale" en droit disciplinaire. S'agissant tout d'abord des sanctions morales tel l'avertissement ou le blâme, leur caractère punitif ne peut provenir de leur gravité effective. L'important est sans nul doute leur réprobation morale qui induit un reproche et une possible élévation de la sanction en cas de réitération du

²¹⁹³ LÉGAL (A.) et BRETHER DE LA GRESSAYE (J.) cité in PRALUS-DUPUY (J.), *Rép. pén.*, op. cit., n° 18. Pour un rapprochement de nature entre le droit pénal et le droit disciplinaire, il n'est pas inutile de se reporter à l'analyse de l'élément moral de l'infraction effectuée par le Pr. M. PUECH. Selon cet auteur, l'élément moral serait en effet fondé sur le concept d'*indiscipline (Droit pénal général, op. cit., n°s 543 et ss.)*.

²¹⁹⁴ Inversement, le droit pénal peut intégrer des domaines strictement disciplinaires ; mais ceci démontre la dénaturation possible du droit pénal par une dispersion par trop large de son champ d'application. Sur ce point, V. *supra*, première Partie, Titre II.

²¹⁹⁵ V. *infra*, n°s *et ss.*

comportement. C'est donc leur aspect symbolique, plus encore que leur sévérité matérielle, qui se trouve ici mis en évidence. Dès lors, la répression disciplinaire se rapproche du droit pénal pour lequel l'affliction symbolique reste une donnée capitale. Nous avons vu en effet que, selon la pensée kantienne, le droit pénal pouvait se définir comme l'exercice d'une compensation symbolique et morale du crime par la sanction²¹⁹⁶. A travers les sanctions morales, un parallèle entre le droit pénal et le droit disciplinaire est donc possible. Mais corrélativement à ce rapprochement, il semble que soit mise en évidence une certaine concurrence entre ces deux droits ; concurrence qui fut par ailleurs clairement établie par le Conseil d'Etat pour un blâme prononcé par la Commission bancaire²¹⁹⁷.

S'agissant ensuite des sanctions de type professionnel – radiation, licenciement, retrait de la carte professionnelle, etc. – le caractère punitif de ces mesures ne pose pas de réelles difficultés. Définies comme les sanctions disciplinaires les plus graves dans la mesure où elles privent ou restreignent le droit de continuer à exercer une activité professionnelle ou de participer à la vie du groupement, ce genre de mesures ont incontestablement une finalité punitive ; l'exercice d'une liberté publique est en effet atteint sur la base d'un comportement jugé fautif. Ce n'est pas parce que l'activité professionnelle est au centre de la sanction, qu'il ne peut y avoir de punition. Le droit d'exercer une activité professionnelle n'est que l'*objet* de la sanction disciplinaire, non l'*objectif* ; ce dernier étant constitué par la volonté de stigmatiser et de réprouver officiellement au sein du groupe le comportement commis. Le fondement de ces sanctions est donc la faute commise par les individus à l'occasion de cette activité ou pouvant troubler le bon exercice de celle-ci ; ces raisons confirmant la fonction éminemment rétributive de ces mesures²¹⁹⁸.

909. Fonction rétributive commune. – La rétribution apparaît comme la fonction récurrente tant en droit pénal qu'en droit disciplinaire. N'est-ce pas d'ailleurs cette fonction que MM. les Pr. MERLE et VITU mettent en avant lorsqu'ils précisent que le rôle du pouvoir disciplinaire est « *de frapper les fautes commises par les membres* [d'une institution

²¹⁹⁶ V. *supra*, n^{os} et .

²¹⁹⁷ C.E. 19 nov. 1999, *Société Rivoli Exchange, Leb.* p. 366 ; *JCP* 2000.IV.1712, obs. M.-C. Rouhault – C.E. 20 oct. 2000, *Habib Bank Limited, AJDA* 2000, p. 1001, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *JCP* 2001.II.10459, concl. F. Lamy. Notons toutefois que dans ces affaires, la Commission bancaire avait certes prononcé un blâme, mais celui-ci était accompagné de sanctions pécuniaires dont le montant était respectivement de 250 000 F. et de 300 000 F. V. également C.E. 26 juill. 1996, *Pandit, Leb.* p. 304.

²¹⁹⁸ C'est en substance ce qu'a soulevé le commissaire du gouvernement PELLISSIER dans l'arrêt de la Cour administrative de Versailles que nous avons cité plus haut.

secondaire] *contre la discipline* »²¹⁹⁹ ? La répression disciplinaire intervient donc, à l'image du droit pénal, comme un mécanisme de compensation d'un désordre créé à l'intérieur d'un groupe déterminé²²⁰⁰. Ainsi, devant l'analogie des caractéristiques des sanctions disciplinaires et pénales, la conclusion s'imposant à nous est celle consistant à qualifier le droit disciplinaire de *droit de punir extra-pénal*.

910. Droit disciplinaire : un droit de punir extra-pénal. – Comme nous venons de le voir, plusieurs raisons militent pour l'assimilation du droit disciplinaire à un réel droit de punir extra-pénal, concurrent du droit pénal : intégration possible dans la "matière pénale", sévérité des sanctions, caractère punitif et dissuasif de celles-ci, fonction rétributive, dimension symbolique et morale de la répression ainsi mise en œuvre. Dans la mesure où le droit disciplinaire est « *une manifestation du droit de punir qui appartient à toute société organisée à l'égard de ceux de ses membres qui causent un désordre collectif* »²²⁰¹, aucune entrave ne semble exister quant à son développement et à l'émergence d'une rivalité plus intense avec le droit pénal. Même s'il existe entre les deux formes de répression une différence quant aux domaines d'application, en ce sens que « *les sanctions disciplinaires n'interviennent qu'à l'intérieur d'un groupe restreint pour des manquements internes aux règles de celui-ci* »²²⁰², on ne peut s'empêcher de croire que le droit disciplinaire, en tant que droit de punir spécifique, reste un concurrent sérieux pour le droit pénal dans la répression de comportements spécifiques.

La matière pénale s'enrichit donc ici de domaines juridiques qui, par nature, ne lui sont pas attribués. Mais s'agit-il véritablement d'un enrichissement ? On peut très largement en douter dans la mesure où ce phénomène tend d'une part à reléguer le droit pénal à une place secondaire dans la réaction et la réprobation sociales face à la délinquance et, d'autre part, à rendre la matière pénale quelque peu illisible.

²¹⁹⁹ MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. 2, *op. cit.*, n° 19 (c'est nous qui soulignons).

²²⁰⁰ MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 439.

²²⁰¹ LÉGAL (A.) et BRETHER DE LA GRESSAYE (J.) cité in PRALUS-DUPUY (J.), *Rép. pén.*, *op. cit.*, n° 18. Pour une formule identique, V. PRALUS-DUPUY (J.), « Le sursis disciplinaire : un emprunt du droit disciplinaire au droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1994, p. 135.

²²⁰² VARINARD (A.) et JOLY-SIBUET (E.), *op. cit.*, pp. 191-192. V. également LÉGAL (A.) et BRETHER DE LA GRESSAYE (J.) cité in PRALUS-DUPUY (J.), *Rép. pén.*, *op. cit.*, n° 18 : « [ce] qui distingue seulement le droit disciplinaire du droit pénal, c'est le groupement à l'intérieur duquel il s'applique et les devoirs qu'il sanctionne : le droit pénal est relatif à la société civile et sanctionne les obligations communes à tous les citoyens ; le droit disciplinaire concerne une société particulière et il sanctionne les devoirs dont les membres sont tenus spécialement envers le corps auquel ils appartiennent. Le droit disciplinaire est le droit pénal propre à chaque corps social ».

2°/ Subsidiarité du droit pénal dans la "matière pénale"

911. La reconnaissance de la nature "pénale" de certains contentieux non spécifiquement liés à cette matière constitue un enjeu important en termes d'extension des garanties conventionnelles (a). Toutefois, devant ce développement et, parallèlement, devant l'atténuation du rôle joué par le droit pénal dans la réaction sociale face à des actes répréhensibles, une crainte se fait jour. Pouvons-nous en effet croire en une extension constante des garanties conventionnelles à des contentieux extra-pénaux ou devons-nous craindre une saturation quant à la réception par ces derniers de ces différentes règles (b) ?

a. Un enjeu : l'extension des garanties conventionnelles

912. *Entre espoir et regret.* – Face à l'enjeu majeur dont il est question ici, se conjugent à la fois un espoir, celui de la généralisation du procès équitable²²⁰³, et un regret lié quant à lui à la mise en retrait du droit pénal au sein du droit positif répressif.

913. *Un espoir : la généralisation du procès équitable.* – Le Pr. R. KOERING-JOULIN faisait, il y a quelques années, le constat selon lequel le « *droit au procès équitable bénéficie à des personnes toujours plus nombreuses, joue devant des "tribunaux" sans cesse plus variés, et couvre des contentieux chaque jour plus vastes* »²²⁰⁴. Suivant en effet la lecture novatrice de la matière civile, nous arrivons à une applicabilité toujours plus importante des exigences du procès équitable. Les garanties conventionnelles sont ainsi étendues – du fait de la gravité matérielle des mesures prononcées, de leurs incidences ou de la réprobation morale et symbolique qu'elles induisent – à des domaines relevant *ab initio* de la matière civile. Le volet pénal de l'article 6 Conv. EDH l'emporte donc sur son volet civil, ce qui n'est en soit nullement critiquable ; les règles inhérentes au premier sont en effet plus nombreuses et plus respectueuses encore des droits individuels que celles caractérisant le second.

Devant cette évolution méritoire du droit au procès équitable, la croissance de la "pénalisation" de contentieux *a priori* civils ne traduit pas pour autant, comme on pourrait s'y attendre, une revalorisation du droit pénal. Ce qui se trouve valorisée est la *matière pénale* et

²²⁰³ Par l'expression *procès équitable*, nous embrassons les garanties de l'article 6 Conv. EDH mais également celles des articles 2, 3 et 4 du Protocole n° 7. En ce sens, V. KOERING-JOULIN (R.), « Introduction générale » in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 9.

²²⁰⁴ *Ibid.*, p. 10.

non précisément le *droit pénal*. Au contraire, celui-ci se trouve mis en retrait ou, plus modérément, mis en concurrence dans la répression de comportements particuliers.

914. *Un regret : le caractère accessoire du droit pénal.* – L’extension de la matière pénale a une conséquence directe sur la fonction du droit pénal dans le traitement répressif des actes antisociaux. En effet, dès l’instant où des droits extra-pénaux accèdent ou tendent d’accéder aux exigences du procès équitable et, plus globalement, de la matière pénale, le droit pénal devient l’accessoire d’un mécanisme général de répression. Démontrer que les exigences de l’article 6 Conv. EDH peuvent être requises dans des droits extra-pénaux revient à réduire la différence naturelle existant entre ceux-ci et le droit pénal. Si l’on sait que les règles fondamentales du procès équitable sont imposées à des disciplines juridiques étrangères au droit pénal et plus aptes techniquement à résoudre des contentieux spécialisés, le phénomène qui se met alors en place est celui tenant à la révélation de la subsidiarité du droit pénal. Nous avons déjà pu analyser plus haut²²⁰⁵ le fait qu’une dénaturation du droit pénal pouvait intervenir suite à un mouvement de dépenalisation, c’est-à-dire d’éviction du droit pénal du processus répressif. Ce que nous avons appréhendé du point de vue du droit pénal trouve logiquement ici son écho du point de vue extra-pénal. Si, comme nous l’avons vu, le développement d’une répression extra-pénale traduit à l’évidence une dépréciation du droit pénal, il entraîne parallèlement une accentuation qualitative de cette nouvelle forme répressive ; accentuation exprimée bien évidemment par l’applicabilité accrue de l’article 6 Conv. EDH.

Si cette accélération de la pénalisation – au sens européen du terme – permet un enrichissement de la répression extra-pénale en terme de protection des droits fondamentaux, elle n’est toutefois pas dépourvue de tout risque quant à la teneur de la matière pénale et des garanties du procès équitable.

b. Un danger : l’hypertrophie de l’article 6 Conv. EDH dans sa dimension pénale

915. *Développement excessif de la matière pénale.* – Traitant de l’élargissement des frontières de l’article 6 Conv. EDH, le Pr. R. KOERING-JOULIN souligne que « *cette boulimie d’équité procédurale n’est pas sans inconvénients* »²²⁰⁶. Si cet auteur envisage ces

²²⁰⁵ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

²²⁰⁶ KOERING-JOULIN (R.), « Introduction générale », *op. cit.*, p. 17 (V. également p. 18).

désavantages par rapport aux possibles contradictions entre les points de vue de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Commission européenne des droits de l'homme, ces propos restent symptomatiques du danger que peut susciter le développement excessif de la matière pénale. Il est à craindre en effet que ne s'instaure une application simplement relative des exigences de l'article 6 Conv. EDH par les divers domaines juridiques qui y sont soumis, confirmant par là même un flou juridique où l'imprécision et l'adaptabilité sont dominantes²²⁰⁷.

916. *Respect relatif des exigences liées à la matière pénale.* – En élargissant le champ d'action de l'article 6 Conv. EDH, on augmente la concurrence à laquelle est confronté le droit pénal dans le processus répressif ; cette concurrence s'aggravant d'autant plus que cet élargissement est constant voire exponentiel²²⁰⁸. Qu'il s'agisse des principes fondamentaux de la matière pénale issus de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme ou des principes généraux du droit pénal issus des décisions du Conseil constitutionnel, tous sont applicables à des pans non négligeables tant de la répression administrative que de la répression disciplinaire.

Devant ce constat favorable quant au respect des droits individuels, nous devons nous demander si ces principes sont pour autant appliqués de manière effective. Le danger inhérent à la prolifération des exigences conventionnelles est que la réponse soit négative. Le respect des obligations du procès équitable, de la matière pénale et de la matière punitive ne serait alors que relatif, renouvelant ainsi la thèse selon laquelle un flou juridique persiste quant à l'observation des règles fondamentales de protection des droits de l'homme.

917. *Confirmation et renouvellement du flou juridique.* – Selon le Pr. M. DELMAS-MARTY, la "logique du flou" doit s'entendre comme un mécanisme permettant « *de dégager une*

²²⁰⁷ V. RENUCCI (J.-F.), *Droit européen des droits de l'homme*, op. cit., n° 125, p. 231. Sur le thème du flou juridique, il est indispensable de se reporter aux travaux suivants du Pr. M. DELMAS-MARTY : « Vers une autre logique juridique : à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 1998, chron. p. 221 ; « La "matière pénale" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1987, p. 819 ; *Le flou du droit*, op. cit., spéc. pp. 317 et ss. ; *Pour un droit commun*, op. cit., spéc. pp. 164 à 166. V. également BARTHÉLÉMY (J.), « Les nouvelles frontières du procès équitable » in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., spéc. p. 117 et ss.

²²⁰⁸ Pour un exemple récent de cette évolution de la matière pénale, V. notamment C.E. 1^{er} juill. 2005, *Ousty et Gravier*, req. n^{os} 261002 et 276521 : « la perte de la qualité d'électeur prévue à l'article L. 7 du code électoral ainsi que l'inéligibilité qui en résulte constituent une sanction prononcée à l'issue d'une procédure ayant le caractère d'accusation en matière pénale au sens de l'article 6 § 1 [Conv. EDH] ».

identité européenne sans pour autant réduire la diversité des traditions juridiques nationales »²²⁰⁹. Face à l'hétérogénéité des systèmes juridiques européens, on souhaite par ce flou instaurer une « *meilleure adaptation aux situations complexes* »²²¹⁰ en intégrant dans la résolution des conflits des données, certes indéterminées, mais flexibles et ajustables aux indices contextuels.

Le pluralisme juridique inhérent à cette logique du flou²²¹¹ se retrouve dans la variété du soin que les diverses branches du droit répressif *lato sensu* apporteront au respect des principes généraux de nature pénale. Au flou initialement constitué par l'émergence de concepts génériques et autonomes comme celui de "matière pénale" (Conv. EDH) ou de "sanction ayant le caractère d'une punition" (Conseil constitutionnel), s'ajoute une nouvelle logique du flou tenant non plus à l'affirmation de ces concepts mais à l'application et au respect de ceux-ci. Comme a été admis le raisonnement initial de la Cour européenne des droits de l'homme pour assurer l'effectivité de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme²²¹², il faut aujourd'hui admettre l'émergence d'un nouveau flou juridique. Guidé par une même volonté d'efficacité, celui-ci n'a plus pour objectif d'énoncer des concepts dont la valeur s'exprime précisément par leur imprécision ; il tend plutôt à instaurer une certaine approximation dans l'observation même des règles conventionnelles et constitutionnelles. C'est une analyse comparative dont il est question ici ; il s'agit toutefois d'une analyse comparative interne, puisque loin de dégager des disparités entre les divers droits nationaux, c'est une divergence au sein du système juridique français entre les droits administratif, disciplinaire et pénal que nous devons à présent mettre en évidence.

²²⁰⁹ DELMAS-MARTY (M.), *Le flou du droit*, op. cit., p. 331.

²²¹⁰ DELMAS-MARTY (M.), « La "matière pénale" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal », *op. cit.*, p. 837.

²²¹¹ DELMAS-MARTY (M.), *Le flou du droit*, op. cit., p. 331.

²²¹² Le raisonnement est notamment celui suivi dans l'arrêt *Öztürk* selon lequel il serait contraire à l'objet et au but de l'article 6 de permettre à l'État de soustraire à l'empire de ce texte toute une catégorie d'infractions en les qualifiant d'infractions non pénales (CEDH 21 févr. 1984, *Öztürk c/ Allemagne*, op. cit., spéc. § 53). V. également CEDH 28 juin 1984, *Campbell et Fell*, op. cit., § 68 : « Si les Etats contractants pouvaient à leur guise, en qualifiant une infraction de disciplinaire plutôt que de pénale, écarter le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7, l'application de celles-ci se trouverait subordonnée à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec l'objet et le but de la Convention ».

Conclusion du chapitre 1

918. L'évolution des mécanismes répressifs s'exerçant en dehors du droit pénal est incontestable. Leur utilité dans la gestion de contentieux – souvent de masse – auxquels ils sont fréquemment confrontés, font de ces droits répressifs extra-pénaux (administratif et disciplinaire) des concurrents directs et sérieux du droit pénal dans l'usage du droit de punir. Loin de demeurer simplement des compléments de l'œuvre répressive pénale, ils échafaudent eux-mêmes un schéma punitif. Cette nouvelle logique dans l'utilisation et la dispersion du droit de punir impose dès lors un regard dépréciatif sur les fonctions qu'est appelé à remplir le droit pénal dans le droit répressif *lato sensu* ; l'émancipation d'une nouvelle forme de répression ayant semble-t-il, parallèlement, accentué l'affaiblissement du droit pénal. Il n'est plus le seul à posséder l'outil punitif ; il en serait même étrangement le moins bon détenteur puisque ne pouvant, contrairement aux droits répressifs extra-pénaux, répondre techniquement à certains contentieux ou apporter la régulation nécessaire de certaines activités particulières.

Devant l'étiollement *a priori* avéré du droit pénal, nous est-il toutefois donné de croire en une restauration de cette matière et à une revalorisation de ses fonctions ? L'appréciation de la nature *a fortiori* divergente du droit de punir exercé par les droits répressifs extra-pénaux d'une part et le droit pénal d'autre part impose une réponse positive. La concurrence que nous venons de mettre en exergue n'est dès lors que purement théorique. Les droits répressifs extra-pénaux ne peuvent finalement constituer de véritables rivaux du droit pénal ; une trop lourde disparité tenant à leur objectif et leurs caractéristiques les séparant.

Chapitre 2

Droit pénal et droits répressifs extra-pénaux : une concurrence fictive

919. *Dissipation de la concurrence et divergence.* – La concurrence entre le droit pénal et les droits répressifs extra-pénaux concernant l'exercice du droit de punir se dissipe à mesure que nous analysons la nature véritable de ces différents droits. Une disparité existe effectivement sur ce point de sorte qu'il n'est plus possible d'entrevoir une réelle rivalité entre

eux, alors même que les droits extra-pénaux détiennent indiscutablement une part du droit de punir. Il est impossible en effet de discuter la réalité du caractère répressif des sanctions pouvant être prononcées au sein des diverses disciplines ou institutions extérieures au champ pénal. Ce type de sanctions fait partie intégrante du droit de punir et les autorités les mettant en œuvre, si elles « *s'intéresse[nt] plus à la régulation qu'à la répression* »²²¹³, n'excluent aucunement la fonction punitive inhérente aux mesures prises²²¹⁴. Une équation entre régulation et punition est donc possible.

Compte tenu de cette identique possession du droit de punir, comment alors établir une divergence entre le droit pénal et les droits extra-pénaux ? Quel critère doit être mis en exergue pour distinguer ces deux catégories de droit usant identiquement de prérogatives punitives ?

920. Refus de l'unité et promotion de la divergence. – Afin de nier toute forme de concurrence entre le droit pénal et les droits répressifs extra-pénaux en matière d'exercice du droit de punir, il est indispensable de mettre en doute l'unité réelle ou potentielle du droit répressif *lato sensu* et de mettre en évidence les particularités de chacun des systèmes punitifs. Nombre d'auteurs estiment que « *de multiples répressions s'entrecroisent via une logique punitive similaire* »²²¹⁵ conduisant à la nécessité d'instaurer un système répressif unitaire²²¹⁶. Avec en arrière-plan les exigences formelles et substantielles du droit pénal, ces analyses revendiquent l'assimilation des régimes juridiques des différentes répressions aux origines organiques pourtant très diverses.

Certes, il est incontestable que ce critère lié à l'autorité détentrice du pouvoir répressif ne doit pas inférer exagérément dans la détermination des garanties applicables. Suivant en cela la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme²²¹⁷, il est bon en effet que seule la matérialité du contentieux gouverne la fixation des règles devant être respectées pour le règlement du litige. Mais une question se pose alors s'agissant de cette matérialité : doit-elle être simplement comprise comme l'accomplissement d'un acte punitif qui serait alors intégré

²²¹³ CAZE-GAILLARDE (N.), *thèse précit.*, n° 882, p. 511.

²²¹⁴ DELMAS-MARTY (M.) et GIUDICELLI-DELAGE (G.) (sous la dir.), *Droit pénal des affaires*, op. cit., spéc. p. 177.

²²¹⁵ MASSAT (E.), « Des rapports du droit disciplinaire et du droit pénal dans l'administration... », op. cit., p. 744.

²²¹⁶ En ce sens, V. GUINCHARD (A.), op. cit., passim et spéc. n° 1116.

²²¹⁷ V. notamment CEDH 21 févr. 1984, *Öztürk c/ Allemagne*, op. cit., spéc. § 53.

à la matière pénale ou constitue-t-elle également les prémices d'une finalité particulière pouvant être différente suivant les autorités la mettant en œuvre ?

921. Du critère matériel au critère finaliste. – Si, suivant le critère matériel, la lecture du système répressif global doit conduire à accepter l'unification des droits répressifs, tel ne peut être le cas dans l'hypothèse d'une approche finaliste des logiques punitives. Il est vrai que la prise en considération de la finalité de la mesure encourue ou prononcée suit, quant à la détermination du pouvoir de répression, une approche matérielle. Aussi devrions-nous conclure à la confusion des approches finaliste et matérielle. Dès lors que l'on s'accorde « pour reconnaître l'attribution d'un pouvoir de répression par le constat de la finalité punitive de la norme »²²¹⁸, il devient en effet difficile de relever une distinction entre les critères finaliste et matériel puisque tous deux s'expriment à travers la dimension punitive de la mesure.

Pourtant, il apparaît possible de dépasser cette unité conceptuelle et de dégager une dualité dans l'idée même de finalité. La sanction prononcée conduit certes à infliger une punition, mais pas seulement. Par cette punition, l'autorité répressive désire accéder à un objectif plus approfondi et bien précis, différent suivant que l'on se place au niveau du droit pénal ou au niveau des droits répressifs extra-pénaux. Nous nous trouvons alors face à une finalité "première" et une finalité "secondaire".

922. Finalités première et secondaire. – La finalité première de la sanction demeure invariablement la punition²²¹⁹, permettant ainsi, selon certains auteurs, de prôner l'unité du système répressif. Cette unité décline toutefois dans la mesure où la finalité secondaire est, quant à elle, liée à la nature du droit mettant en œuvre le droit de punir. Alors que le droit de punir exercé par les droits répressifs extra-pénaux – droit administratif ou droit disciplinaire – poursuit un objectif de *régulation d'un déséquilibre institutionnel*, le droit de punir strictement pénal ambitionne quant à lui à la *résolution d'un trouble à l'ordre social*²²²⁰.

²²¹⁸ GUINCHARD (A.), *op. cit.*, n° 154, p. 90.

²²¹⁹ Pour une séparation des concepts de *punition* et de *sanction*, V. toutefois *infra* notre titre II.

²²²⁰ Tout en la rejetant de manière catégorique, le Pr. Fr. MODERNE met en évidence cette distinction : « *Toutes les explications avancées pour différencier un droit pénal, voué à la défense des grandes valeurs sociales, et un droit administratif répressif, cantonné à la préservation d'intérêts secondaires, se trouvent aujourd'hui en porte-à-faux avec la réalité répressive* » (*Sanctions administratives et justice constitutionnelle...*, *op. cit.*, p. 327).

La finalité secondaire doit donc s'entendre de l'objectif poursuivi au vu de la spécificité des intérêts protégés par chacun des droits dont il est question. Cette spécificité conduisant ainsi à la révélation de la particularité et de la différence de nature des droits de punir alors mis en œuvre.

923. Spécificités du droit de punir de régulation. – L'engouement actuel pour les mécanismes de régulation sociale, dans lesquels sont intégrés les régimes répressifs extérieurs au droit pénal, ne doit pas occulter les multiples éléments conférant au droit de punir ainsi mis en place, un caractère nécessairement limité. La clé de voûte de cette limitation est la liberté avec laquelle le droit de punir extra-pénal intègre les principes généraux du droit répressif. Si nous verrons que cette approximation dans le respect de ces principes – manifestation de la divergence entre le droit pénal et les droits répressifs extra-pénaux – doit en dernier lieu être acceptée et consacrée par le droit, nous ne pourrions toutefois taire le point selon lequel le droit de punir de régulation se trouve, en dernier lieu, placé en deçà du droit de punir de résolution, c'est-à-dire spécifiquement pénal. Parallèlement à ce phénomène, le droit pénal se trouve progressivement rétabli dans ses fonctions et parvient même à réinvestir la stature qu'il avait jusqu'alors perdue.

Ainsi, la restitution des fonctions originelles du droit pénal ne pourra intervenir qu'après avoir démontré que le droit de punir extra-pénal n'est finalement pas un concurrent sérieux du droit pénal. Pour cela, il convient de mettre en avant les divergences existant entre eux. Celles-ci se manifestent à travers la réception limitée des principes fondamentaux du droit répressif dont font preuve les droits extra-pénaux, et ce contrairement au droit pénal (**SECTION 1**). Ces divergences, si elles apparaissent inacceptables de prime abord, doivent finalement être admises ; il est possible en effet d'autoriser la variabilité des garanties si les finalités des droits de punir mis en place diffèrent. Sur ce point, on remarque que seul le droit pénal possède une utilité à long terme au sein de l'exercice du droit de punir (**SECTION 2**).

– Section 1 –

Exposé des limites du droit de punir de régulation
opposé au droit de punir de résolution

924. Manque d'uniformité significatif. – Avant d'apprécier matériellement les dérogations apportées par les droits répressifs extra-pénaux aux droits fondamentaux du droit répressif, nous devons apporter une précision liminaire essentielle. Notre dessein n'est pas ici de faire l'inventaire de *chacune* des limites de *chacune* des branches du droit répressif extra-pénal. Nous devons plus largement mettre en lumière l'hétérogénéité du droit de punir exercé hors droit pénal et pointer du doigt en quoi sa fonction régulatrice empêche toute uniformisation du droit répressif *lato sensu* et l'élaboration d'un droit commun de la sanction²²²¹. S'il est vrai que la méconnaissance de ces règles n'est pas générale – certains principes trouvant çà et là des échos satisfaisants – elle est toutefois, vu l'importance des domaines concernés (droit fiscal, contentieux de la circulation routière, discipline pénitentiaire et, dans une certaine mesure, le droit des étrangers), symptomatique des difficultés éprouvées par les droits répressifs extra-pénaux à se hisser à la hauteur des garanties attachées au droit pénal. L'exclusion ou, plus raisonnablement, l'adaptation de ces règles constitue ainsi un frein évident dans la reconnaissance de la répression extra-pénale comme un droit de punir pleinement équitable.

925. Révélation d'un "pseudo" droit de punir. – Notre critique principale tient donc au manque d'uniformité sur quelques-unes des règles fondamentales du droit répressif, empêchant ainsi de croire en l'émergence d'un véritable *droit* de punir extra-pénal. L'éparpillement dans la considération des principes généraux du droit pénal et de la procédure pénale conduit effectivement à un certain pessimisme de notre part quant à l'élaboration d'un droit répressif unitaire. Les droits extra-pénaux, s'ils poursuivent incontestablement une dynamique punitive, ne mettent que difficilement en œuvre un réel droit de punir. Sans minimiser les avancées d'un « *mouvement de pénalisation* »²²²² dont nous avons déjà brossé certains traits, nous ne pouvons occulter le manque d'harmonie et la forte variabilité dans l'observation des principes fondamentaux répressifs. C'est ainsi que les multiples

²²²¹ Sur cette expression, V. DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, op. cit., spéc. p. 187 ; « Sanctionner autrement ? », *Arch. pol. crim.* 1984, n° 7 (« Des sanctions »), p. 53 ; PONCELA (P.), *Droit de la peine*, op. cit., 471.

²²²² SUDRE (F.), « Note sous CE 3 déc. 1999, *Didier, Leriche, Caisse de Crédit mutuel de Bain-Tresboeuf* », op. cit., n° 6, p. 425 ; *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, 7^{ème} éd., 2005, n° 209.

revendications envers l'élaboration d'un droit commun de la sanction apparaissent bien illusoires devant cet imbroglio extra-pénal.

Sans nullement prétendre à l'exhaustivité, il nous faut donc entreprendre ici l'étude des principes directeurs de nature pénale n'ayant pas une reconnaissance absolue tant en droit administratif répressif qu'en droit disciplinaire. Ainsi, qu'il s'agisse des garanties processuelles liées au concept de procès équitable (§ 1) ou des garanties substantielles liées aux questions de fond que sont l'incrimination et la sanction (§ 2), une grande liberté existe dans la reprise de ces principes par les droits répressifs extra-pénaux. Ce qu'il convient donc de mettre en évidence est non pas une *violation généralisée* des divers principes fondamentaux, mais les inconvénients d'une *insoumission partielle* à ceux-ci. Il est à craindre en effet que dans cette hypothèse, l'émergence d'un droit de punir extra-pénal uniforme et concurrent du droit pénal ne soit qu'une pure illusion. Une divergence quant à leur substance même étant ainsi établie.

§ 1. – Déroptions aux garanties processuelles fondamentales du droit répressif

926. La question du respect des garanties formelles du procès équitable. – Parce que le « droit à un procès équitable (...) constitu[e] le critère principal d'un Etat de droit »²²²³, il représente à lui seul les exigences formelles devant être respectées par l'ensemble des droits tendant à l'application d'une punition, de quelque nature qu'elle soit. Comme le précise effectivement le Pr. DELMAS-MARTY, « tout processus qui peut conduire à une sanction doit respecter le droit fondamental de chaque personne à une procédure équitable, respect renforcé quand la sanction, relevant de la matière pénale, risque de porter atteinte aux droits essentiels »²²²⁴. Le droit au procès équitable apparaît ainsi comme le réceptacle des impératifs processuels pesant sur les différentes disciplines juridiques usant, prioritairement ou non, du droit de punir.

Or, lorsqu'on s'intéresse aux droits répressifs extra-pénaux, on s'aperçoit que ces impératifs ne sont qu'imparfaitement respectés ; notre crainte quant à ces dérogations devant *a priori* être relativisée par l'effectivité du droit à exercer un recours devant une autorité considérée

²²²³ GUINCHARD (S.) *et al.*, *op. cit.*, n° 223.

²²²⁴ DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, *op. cit.*, p. 190. Pour un classement du *droit au procès équitable* dans la catégorie des droits fondamentaux, V. GUINCHARD (S.), « Le procès équitable : droit fondamental ? », *AJDA* 20 juill./20 août 1998, n° spécial, p. 191.

comme un tribunal et respectant dès lors les exigences liées à cette qualification. Si en effet, dans certains contentieux, les exigences du procès équitable restent une pure illusion (A), on remarque que de telles exigences peuvent être retardées et réclamées devant l'autorité connaissant du recours. Mais si ce retardement apparaît de prime abord comme un gage de satisfaction quant au respect des principes fondamentaux du procès équitable, on ne peut manquer de constater qu'il n'est finalement d'aucune opportunité dans la mesure où le droit de punir a été initialement mis en œuvre par une autorité méconnaissant précisément ces règles (B). Or nul ne saurait admettre de telles dérogations au sein d'un droit répressif désirant concurrencer la justice pénale.

A. – Droit de punir extra-pénal et spéciocité du procès équitable

927. Sélection inévitable des composantes du procès équitable. – Le concept de *procès équitable* est une des notions vaporeuses et autonomes contenues dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme²²²⁵. Ce type de procès renvoie à une multitude d'impératifs. S'il est vrai que la notion de procès équitable n'est pas une exclusivité de l'article 6 § 1 Conv. EDH, reconnaissons que le droit français forge majoritairement ce concept sur la base de cette disposition²²²⁶. Celle-ci génère ainsi de nombreuses garanties : droit d'accès à un tribunal, droit à la publicité des débats et du jugement²²²⁷, droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable, droit à un tribunal indépendant et impartial, droit à la présomption d'innocence, droit à être informé de divers éléments relatifs au procès²²²⁸, droit à préparer et organiser sa défense, droit d'interroger ou d'obtenir la convocation de témoins et enfin droit à un interprète.

Vu la richesse de cette disposition conventionnelle, nul doute qu'une sélection et une classification des droits énoncés doivent intervenir. Il y a quelques années, des auteurs

²²²⁵ Citons également les concepts de "contestations de caractère civil", de "matière pénale", de "délai raisonnable" ou encore de "tribunal".

²²²⁶ En ce sens, V. GUINCHARD (S.), « Le procès équitable : droit fondamental ? », *op. cit.*, spéc. pp. 191-192 où l'auteur cite les textes internationaux reconnaissant également le droit à un procès équitable comme un droit fondamental.

²²²⁷ L'article 6 § 1 Conv. EDH précise toutefois que « l'accès à 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 ».

²²²⁸ L'article 6 § 3, a) prévoit que tout accusé doit « être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ».

présentèrent l'article 6 Conv. EDH de manière binaire en distinguant d'une part les garanties et les exigences relatives au *tribunal* et, d'autre part, les garanties et les exigences relatives au *procès*²²²⁹. Nous inscrivant dans cette logique dualiste, nous percevons toutefois que cette dichotomie demeure imprécise. Aussi devons-nous établir une distinction plus pertinente lorsque nous considérons ces données processuelles au regard de l'exercice du droit de punir. C'est ainsi que les exigences liées au tribunal se précisent comme étant celles prescrivant une indépendance et une impartialité de l'autorité punitive (1°); celles relatives au procès s'interprétant nécessairement comme les impératifs tenant au respect des droits de la défense (2°). Au vu de ces deux principales obligations fondamentales, nous remarquons que les droits répressifs extra-pénaux demeurent frileux quant à leur pleine reconnaissance et acquittement.

1°/ Illusoires indépendance et impartialité de l'autorité punitive

928. Autorité punitive et notion de "tribunal". – Les autorités détentrices d'un droit de punir, qu'elles soient ou non de nature strictement pénale, doivent répondre aux exigences du procès équitable, et précisément celles tenant à l'indépendance et à l'impartialité du tribunal prononçant la sanction. Mais parvenir à ce stade nécessite au préalable que ces autorités aient obtenu le statut de "tribunal" au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme.

Sur ce point, est considéré comme un "tribunal", un organe ayant une fonction juridictionnelle²²³⁰ et pouvant dès lors « trancher, sur le fondement de normes juridiques et au terme d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence »²²³¹, qu'il

²²²⁹ SOYER (J.-C.) et DE SALVIA (M.), « article 6 » in PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.) et IMBERT (P.-H.) (sous la dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2^{ème} éd., 1999, pp. 256 et ss. Pour être précis, notons que ces auteurs établissent une plus large distinction entre les dispositions générales de l'art. 6 § 1 intéressant les matières civile et pénale et les dispositions spécifiques au procès pénal de l'art. 6 § 2 et 3.

²²³⁰ Cette fonction juridictionnelle n'est pas exclusive de toute autre fonction, qu'elle soit administrative, réglementaire, consultative ou encore que l'autorité en question détienne un pouvoir spécifique de contrôle. Sur ce point, CEDH 30 nov. 1987, *H. c/ Belgique*, série A, n° 127, *Cah. dr. europ.* 1988, p. 448, obs. G. Cohen-Jonathan ; *Rev. sc. crim.* 1988, p. 362, obs. L.-E. Pettiti ; *Journ. dr. intern.* 1988, p. 877, obs. P. Rolland et P. Tavernier : « un tel cumul d'attributions ne saurait à lui seul priver une institution de la qualité de "tribunal" pour certaines d'entre elles ». V. également CEDH 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, op. cit.

²²³¹ RENUCCI (J.-F.), *Droit européen des droits de l'homme*, op. cit., n° 130, p. 211 citant notamment CEDH 27 août 1991, *Demicoli c/ Malte*, série A, n° 210. En ce sens, V. également MATSCHER (F.), « La notion de "tribunal" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme » in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 29 : un tribunal au sens de la Conv. EDH est « un organe, établi par la loi, indépendant et impartial qui, en suivant une procédure de

s'agisse de contestations sur des droits et obligations de caractère civil ou d'accusations en matière pénale. Le droit au tribunal tel qu'énoncé par l'article 6 § 1 Conv. EDH – qui suppose nécessairement la reconnaissance du droit d'accès à ce tribunal²²³² – repose donc sur une acception matérielle du juge. La Cour de Strasbourg reste donc étrangère aux précisions nationales formelles tendant à qualifier – ou non – de tribunal l'institution en question. Dès lors qu'un pouvoir décisionnel est entre les mains de cette autorité, l'applicabilité de l'article 6 § 1 peut être envisagée²²³³. Certaines autorités punitives françaises sont passées par ce filtre manifestant par là l'extension du concept de tribunal.

929. Autorités punitives françaises et notion de "tribunal". – Si aucune difficulté relative à la dénomination de "tribunal" n'existe logiquement s'agissant des juridictions – le problème tenant simplement à l'application respectueuse de l'article 6 et non à l'applicabilité de celui-ci à celles-là – toute différente semble être la situation concernant les autorités administratives indépendantes. La Cour européenne des droits de l'homme n'a eu que peu d'occasions de se prononcer sur l'applicabilité de l'article 6 § 1 Conv. EDH à ce type d'autorités et sur leur qualification – conventionnelle – de "tribunal". C'est pourquoi il convient de lire avec intérêt l'arrêt *Didier* précité du 27 août 2002 par lequel la Cour de Strasbourg décida que le défunt Conseil des marchés financiers, lorsqu'il exerçait son pouvoir de sanction, était un tribunal au sens de l'article 6 § 1 Conv. EDH²²³⁴. Au niveau interne, le Conseil d'Etat semble poursuivre cette logique extensive de la notion de tribunal, faisant par exemple entrer dans le giron de l'article 6 § 1 la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance²²³⁵, la Commission bancaire²²³⁶, l'Autorité de régulation des

caractère judiciaire, est habilité et obligé à rendre des décisions contraignantes au sujet des controverses ou des affaires qui lui ont été soumises ».

²²³² CEDH 21 févr. 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, série A, n° 18, *AFDI* 1975, p. 330, obs. R. Pelloux – CEDH 9 oct. 1979, *Airey c/ Irlande*, série A, n° 32, *Cah. dr. europ.* 1980, p. 470, obs. G. Cohen-Jonathan ; *Journ. dr. intern.* 1982, p. 187, obs. P. Rolland.

²²³³ Pour des rejets de la dénomination de tribunal au sens de l'article 6 § 1, V. C.E. 15 oct. 2003, *D.* 2003, IR p. 2728 (à propos de la Commission administrative paritaire du corps des adjoints techniques de recherche et de formation du ministère de l'Education nationale qui, en conseil de discipline, ne formule qu'un avis) – Civ. 2^{ème} 18 déc. 2003, *C. c/ CRCAM du Midi*, *Bull. civ. II* n° 397 (à propos de la Commission de surendettement des particuliers).

²²³⁴ CEDH 27 août 2002, *Didier c/ France*, op. cit.

²²³⁵ C.E. 28 oct. 2002, *Laurent*, *AJDA* 2002, p. 1492, note D. Costa.

²²³⁶ C.E. 20 octobre 2000, *Société Habib Bank Ltd*, *AJDA* 2000, p. 1001, chron. M. Guyomar et P. Collin et p. 1072, note P. Subra de Bieusses.

télécommunications²²³⁷ ou encore l’Autorité des marchés financiers²²³⁸. De son côté, la Cour de cassation reconnut notamment à la Commission des opérations de Bourse²²³⁹ et au Conseil de la concurrence²²⁴⁰ une identique affiliation au texte conventionnel.

C’est donc face à un tribunal tel qu’entendu largement au niveau européen que l’indépendance et l’impartialité devront être respectées. Ainsi, devant les prérogatives décisionnelles et répressives dont disposent les autorités émanant des droits extra-pénaux, la question de leur conformité aux exigences conventionnelles se pose nécessairement. Dans la mesure où ces autorités tranchent effectivement une question juridique sur la base de règles de droit et peuvent dès lors être présentées comme de réels tribunaux, il est logique de s’interroger sur leurs qualités intrinsèques et effectives au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme.

930. Autorité punitive et "tribunal indépendant et impartial". – Même si la lecture du concept de *tribunal* par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme est plus extensive que celle établie en droit interne, il reste que de nombreuses interrogations existent concernant l’indépendance et l’impartialité de certaines autorités punitives agissant hors du cadre pénal *stricto sensu*. Ainsi, après avoir exposé les principes d’indépendance et d’impartialité (a), il conviendra d’évoquer quelques exemples afin de démontrer le peu d’homogénéité au sein du droit répressif extra-pénal (b). En effet, comme l’expose un auteur, l’« étude du droit positif révèle qu’on est encore loin de ce schéma idéal »²²⁴¹ selon lequel l’ensemble des autorités punitives détiendraient les qualités d’indépendance et d’impartialité à l’image du juge pénal.

a. Exposé des principes d’indépendance et d’impartialité

²²³⁷ C.E. 28 juill. 2000, *Société Copper Communication*. Depuis, l’A.R.T. est devenu l’A.R.C.E.P. (V. *supra*, n°).

²²³⁸ C.E. 4 févr. 2005, *Société GSD Gestion*, D. 2005, Jurisp. p. 717, obs. A. Lienhard ; *RTD com.* 2005, p. 384, obs. N. Rontchevsky ; *JCP éd. E* 2005, p. 368 ; *Petites affiches* 2005, n° 82, p. 5, concl. M. Guyomar – CE 2 nov. 2005, *Société Banque privée Fideuram Wargny*, *JCP éd. A* 2005, act. 757.

²²³⁹ Cass. Ass. plén. 5 févr. 1999, *Commission des opérations de Bourse c/ Oury*, *Bull. civ. Ass. plén.* n° 1 ; *Gaz. Pal.* 24-25 févr. 1999, concl. M.-A. Lafortune, note M. Degueldre, Gramblat et Herbière ; *Petites affiches* 10 févr. 1999, note C. Ducouloux-Favard et P. M. ; *RTD com.* 1999, p. 467, obs. N. Rontchevsky ; *RTD civ.* 1999, p. 494, obs. J.-P. Marguénaud et p. 738, obs. R. Libchaber ; *Rev. sociétés* 1999, p. 620, obs. H. Le Nabasque ; *RTD civ.* 2000, p. 618, obs. J. Normand ; *JCP* 2000.II.10060, note H. Matsopoulou.

²²⁴⁰ Com. 5 oct. 1999, *Campenon-Bernard*, D. 1999, Jurisp. p. 44, obs. A. M ; *JCP éd. E* 1999, p. 2018, note Fourgoux ; *Gaz. Pal.* 2 nov. 1999, Doctr. p. 2, comm. O. Flécheux et p. 9, concl. M.-A. Lafortune ; *JCP* 2000.II.10255, note E. Cadou ; *RTD com.* 2000, p. 632, obs. E. Claudel.

²²⁴¹ GUINCHARD (A.), *op. cit.*, n° 246.

931. Distinction entre l'indépendance et l'impartialité. – Selon le Pr. Jean PRADEL, la procédure pénale – et par extension, toute procédure répressive – doit poursuivre une logique d'équité. Ainsi, traitant des organes participant à cette procédure, cet auteur souligne les deux qualités que ceux-ci doivent impérativement réunir, à savoir l'indépendance (1) et l'impartialité (2). Loin de les confondre, l'éminent pénaliste tient à distinguer ces concepts en précisant que « *l'indépendance est un droit et l'impartialité un devoir* »²²⁴². Pour comprendre la différence existant entre ces deux notions, analysons-les successivement.

1) Indépendance du tribunal

932. Le concept d'indépendance renvoie à la protection de l'autorité punitive « *contre les ingérences des pouvoirs publics, et plus généralement, contre tout lien de subordination* »²²⁴³. A ce titre, un organe ne peut être indépendant qu'à la stricte condition que des garanties existent effectivement afin d'écartier toute relation d'interêt entre lui et une institution influente – ou présumée comme telle – comme l'est par exemple le pouvoir exécutif. Par l'importance sociale de l'exercice du droit de punir, on refuse que des autorités détentrices de ce droit ne jouissent pas d'une organisation ou d'une composition²²⁴⁴ éliminant tout assujettissement ou pression extérieur.

Prôner l'indépendance de ces autorités revient parallèlement à assurer la légitimité de leurs actions puisque ce principe traduit « *la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer au justiciable* »²²⁴⁵. On le voit, l'indépendance du tribunal doit être perçue comme un droit pour les parties de faire entendre leur cause devant une institution dont les qualités induisent parallèlement une qualité de la décision rendue. Encore

²²⁴² PRADEL (J.), « Notre procédure pénale défend-elle l'intérêt général », *op. cit.*, p. 511.

²²⁴³ GUINCHARD (A.), *op. cit.*, n° 254.

²²⁴⁴ SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, n° 214.

²²⁴⁵ CEDH 23 avril 1996, *Remli c/ France*, § 48, *JCP* 1997.I.4000, obs. F. Sudre ; *Rev. sc. crim.* 1996, p. 930, obs. L.-E. Pettiti ; *Rev. sc. crim.* 1997, p. 473, obs. R. Koering-Joulin ; *Gaz. Pal.* 1997.II.459, note M. Puechavy. Egalement CEDH 1^{er} oct. 1982, *Piersak c/ Belgique*, série A, n° 53, § 30.

faut-il que cette indépendance, qu'elle soit structurelle, fonctionnelle ou technique²²⁴⁶, se double d'une impartialité ; qualité reliée précisément aux parties présentes.

2) Impartialité du tribunal

933. Dualité de l'impartialité. – On présente classiquement l'impartialité comme un concept à double facette ; il y a effectivement une impartialité subjective et une impartialité objective²²⁴⁷. La première, difficilement discernable, correspond à l'absence de préjugés que l'autorité punitive pourrait forger. La seconde, plus accessible, s'induit de l'absence dans les faits d'indices laissant penser que cette autorité ne serait point impartiale. S'appuyant sur une appréciation concrète des fonctions exercées par les juges, la Cour européenne ne rejette pas systématiquement le cumul de fonctions dans une même affaire²²⁴⁸, à moins que celui-ci ne soit de nature à faire naître de trop lourds soupçons quant à l'impartialité de ces juges²²⁴⁹. Si, comme le préconise le Pr. J.-F. RENUCCI, il est préférable de parler en ce domaine d'« impartialité fonctionnelle »²²⁵⁰, on remarque alors que cette qualité correspond à un véritable devoir pour l'autorité punitive de ne pas "préjuger" – tant moralement que juridiquement – l'affaire.

²²⁴⁶ L'*indépendance structurelle* doit être entendue comme celle étant relative à la composition et à la nomination des membres de l'autorité punitive. L'*indépendance fonctionnelle* s'intéresse à l'organisation et au fonctionnement de l'autorité ainsi qu'à la nécessaire irrévocabilité ou stabilité de ses membres (GUINCHARD (A.), *op. cit.*, n^{os} 355 à 364). L'*indépendance technique* serait celle tenant à la faculté pour les membres de l'autorité punitive de traiter pleinement – et isolément – les divers aspects techniques des dossiers que ceux-ci ont à connaître. Cette question se pose principalement pour les autorités juridictionnelles classiques (*ibid.*, n^{os} 300 à 302 et n^{os} 319 à 322), moins naturellement pour les autorités administratives indépendantes qui, par nature, traitent des questions spécifiques relevant précisément de leur compétence et de leurs connaissances techniques. V. toutefois les interrogations pouvant être posées s'agissant des aptitudes de ces autorités en matière répressive (*ibid.*, n^{os} 335 à 339).

²²⁴⁷ En ce sens, V. RENUCCI (J.-F.), *Droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, n^o 131, p. 261 ; SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, n^o 214, p. 360 ; SOYER (J.-C.) et DE SALVIA (M.), *op. cit.*, p. 260.

²²⁴⁸ CEDH 10 févr. 2004, *Depiets c/ France* (req. n^o 53971/00) : un magistrat de la Cour de cassation n'est pas partial s'il statue à la fois sur le pourvoi formé contre un arrêt d'une chambre d'accusation [*i.e.* chambre de l'instruction] et sur le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'assises attachée à la même affaire.

²²⁴⁹ Ainsi est prohibé le cumul entre les fonctions d'instruction et de jugement (CEDH 26 oct. 1984, *De Cubber c/ Belgique*, série A, n^o 86 – CEDH 24 août 1993, *Nortier c/ Pays-Bas*, *Journ. dr. intern.* 1994, p. 812, obs. E. Decaux et P. Tavernier ; *Rev. sc. crim.* 1994, p. 362, obs. R. Koering-Joulin ; *RTDH* 1994, p. 437, obs. J. van Compernelle ; *D.* 1995, Somm. p. 105, obs. J.-F. Renucci – CEDH 25 juill. 2000, *Tierce et autres c/ Saint-Marin*, *JCP* 2001.I.291, chron. F. Sudre) ou entre les fonctions de poursuite et de jugement (CEDH 1^{er} oct. 1982, *Piersak c/ Belgique*, *op. cit.* – CEDH 27 août 1991, *Demicoli c/ Malte*, *op. cit.* – CEDH 12 avril 2005, *Whitfield c/ Royaume-Uni*, *JCP* 2005.I.159, chron. F. Sudre). Pour une position récente de la Cour de cassation sur ce point, V. par exemple *Crim.* 15 sept. 2004, *D.* 2005, *Jurisp.* p. 1138, note S. Lavric et G. Royer : un magistrat ne peut être membre d'une chambre des appels correctionnels s'il était antérieurement membre d'une chambre de l'instruction ayant examiné la valeur probante de déclarations à charge servant précisément de fondement à l'affaire jugée en appel.

²²⁵⁰ RENUCCI (J.-F.), *Droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, n^o 131, p. 261.

934. Concentration autour de l'impartialité objective ou fonctionnelle. – Au sein même du problème général lié à l'impartialité de l'autorité punitive, seule la seconde forme particulière d'impartialité doit nous retenir. Le possible manque d'impartialité subjective (ou personnelle) n'est pas en effet une particularité des détenteurs du droit de punir extra-pénal ; un tel reproche pouvant en fait être formulé à l'encontre du juge pénal lui-même et de n'importe quelle autre autorité décisionnelle.

A l'inverse, et même si certaines difficultés peuvent toujours surgir çà et là en droit pénal, l'impartialité objective reste un problème intéressant majoritairement les détenteurs de la répression administrative et davantage encore les détenteurs de la répression disciplinaire. Il est vrai que ce problème ne se pose pas véritablement en droit pénal dans la mesure où l'autorité punitive, nous l'avons vu, ne peut être l'autorité ayant vocation à déclencher les poursuites²²⁵¹. Théoriquement, les mécanismes de composition pénale et de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ne remettent pas en cause ce principe puisque le juge du siège demeure seul l'autorité punitive, validant ou homologuant les propositions faites par le parquet²²⁵². Si, en pratique, ces procédures confèrent au procureur de la République certaines prérogatives proches du droit de punir, ce n'est qu'au détriment de l'acception traditionnelle du droit pénal et d'un dévoiement du droit de punir. Cela démontre parfaitement que le droit pénal, dans son essence même, respecte le principe d'impartialité objective et que ce n'est que si l'on s'écarte de cette essence ou si l'on sort du champ spécifiquement pénal que ce principe tend à être atteint. Illustrons ces propos par quelques exemples pris précisément des droits extra-pénaux.

b. Exemples de dérogations aux principes d'indépendance et d'impartialité

935. Des dérogations interviennent tant en droit administratif répressif (1) qu'en droit disciplinaire (2). Examinons celles-ci sur la simple base de quelques exemples caractéristiques.

1) Droit administratif répressif et manque d'indépendance et d'impartialité

936. Hiérarchie et illusoire indépendance de l'Administration. – La critique tenant au manque d'indépendance et/ou d'impartialité des autorités administratives détentrices du

²²⁵¹ On retrouve ici la distinction cardinale entre le droit de punir et l'action publique ; V. *supra*, n° .

²²⁵² V. *supra*, n°s .

pouvoir répressif est parfaitement fondée s'agissant des fonctionnaires. Soumises à une hiérarchie, ces personnes sont par nature dépendantes de la fonction publique²²⁵³. Il en est ainsi par exemple, de façon flagrante, en matière d'amendes administratives prononcées par le ministre de l'Intérieur dans le cadre de l'article L. 625-1 C. étr. Bien que disposant d'une prérogative répressive, ce ministre est en effet sous la dépendance et l'autorité du Premier Ministre qui, en vertu de l'article 21 de la Constitution, « dirige l'action du Gouvernement »²²⁵⁴. S'agissant encore de l'indépendance, il en est de même dans le cas spécifique de la contribution forfaitaire spéciale versée à l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations. L'article R. 341-9 C. trav. souligne en effet que cette agence, détentrice d'un pouvoir de répression via son directeur, « est placée sous la tutelle des ministres chargés de l'emploi et de l'intégration » ; l'article R. 341-10 C. trav. complète ce dispositif en précisant que la désignation des membres du conseil d'administration de l'Agence représentant l'Etat est effectuée par les ministres chargés des questions relevant de la compétence de cet organisme²²⁵⁵.

Si l'Administration se trouve confrontée à une indéniable absence d'indépendance²²⁵⁶, tel ne semble pas être le cas, en toute logique des autorités administratives dites *indépendantes*²²⁵⁷. Si, sur certains points précis, des interrogations peuvent toujours se poser quant à leur réelle indépendance²²⁵⁸, force est de reconnaître que la principale pierre d'achoppement de ces autorités demeure leur éventuel manque d'impartialité.

²²⁵³ GUINCHARD (A.), *op. cit.*, n° 324 : « La fonction publique est, par nature, hiérarchisée et une hiérarchie, pesante ou non, représente tout le contraire de la vertu d'indépendance ».

²²⁵⁴ C'est nous qui soulignons.

²²⁵⁵ Il s'agit des ministres chargés de l'intégration, de l'emploi, de l'intérieur, des affaires étrangères, de l'agriculture, de l'industrie, de l'éducation nationale et de la santé.

²²⁵⁶ De manière générale, l'article 20 de la Constitution souligne que le Gouvernement « dispose de l'administration ».

²²⁵⁷ Il est intéressant de remarquer que le Conseil constitutionnel, dans sa décision relative au C.S.A. (déc. n° 88-248 DC du 17 janv. 1989, *op. cit.*), qualifie cette autorité à la fois d'*autorité administrative indépendante* (consid. 27) et d'*autorité ou d'instance indépendante* (consid. 27 et 30), escamotant ainsi la nature originellement administrative de ces institutions.

²²⁵⁸ La principale critique provient des modalités concernant les nominations des membres des autorités administratives indépendantes. La Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers par exemple est composée de 12 membres dont deux conseillers d'Etat désignés par le vice-président du Conseil d'Etat, deux conseillers de la Cour de cassation désignés par le président de la Cour de cassation et des personnalités qualifiées désignées quant à elles par le pouvoir exécutif représenté par le ministre chargé de l'économie. La C.N.I.L. peut également faire l'objet de critiques dans la mesure où siègent au sein de cette autorité, quatre parlementaires, deux membres du Conseil économique et social, six représentants des hautes juridictions (Conseil d'Etat, Cour de cassation et Cour des comptes) et cinq personnalités qualifiées désignées par les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat ainsi que par le Conseil des ministres. Sur cette question, V. *supra*, n° et les références en note.

937. Autorités administratives indépendantes et manque d'impartialité : l'exemple des autorités statuant en matière économique et financière. – S'interroger sur l'impartialité fonctionnelle des autorités administratives indépendantes conduit incontestablement à pointer du doigt la recevabilité de ce principe au sein des autorités statuant plus précisément en matière économique et financière. Revenons sur la situation de la Commission des opérations de bourse et du Conseil des marchés financiers avant de s'interroger sur l'impartialité de l'actuelle autorité de régulation des marchés financiers, à savoir l'Autorité des marchés financiers (A.M.F.).

938. Commission des opérations de bourse et impartialité. – La Commission des opérations de bourse s'est vu reprocher la présence du rapporteur au délibéré²²⁵⁹. Même si ce dernier ne prenait pas part au vote, sa simple présence était un indice de partialité²²⁶⁰. En effet, de manière générale, le rapporteur a en charge l'instruction de l'affaire et présente devant le collège de l'autorité ses observations. La relation qu'il tend alors à avoir avec ce collège peut orienter le jugement de ce dernier.

Au-delà de cette présence du rapporteur, l'impartialité fonctionnelle de la C.O.B. fut clairement mise en cause dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 7 mars 2000 reprochant au collège de la Commission d'avoir successivement « *décidé la mise en accusation [d'une société] sur des faits qu'il a constatés, formulé les griefs visant la personne poursuivie, statué*

²²⁵⁹ Cass. Ass. plén. 5 févr. 1999, *Commission des opérations de Bourse c/ Oury*, op. cit. Pour une critique identique concernant le Conseil de la concurrence, V. Com. 5 oct. 1999, *Petites affiches* 15 oct. 1999, p. 4, obs. C. Ducouloux-Favard ; *Gaz. Pal.* 2 déc. 1999, p. 2, obs. O. Flécheux et p. 9, concl. M.-A. Lafortune ; *Dr. pén.* 1999, comm. 117, obs. J.-H. Robert ; *R.G.D.P.* 1999, p. 719, obs. L. Idot ; *JCP* 2000.II.10255, note E. Cadou.

²²⁶⁰ Cette logique conduisant à déduire une forme de partialité de la seule présence au délibéré d'une personne ne devant prendre part au vote vient d'être réaffirmée par la Cour EDH dans un arrêt *Martinie c/ France* du 12 avril 2006 (req. n° 58675/00, D. 2006, p. 1121, T. Guillemin et p. 1128, obs. M.-C. Monteclerc). Les juges de Strasbourg condamnent la présence – même passive – du commissaire du gouvernement au délibéré de la Cour des comptes et confirment ainsi la jurisprudence concernant la procédure de délibéré devant le Conseil d'Etat (CEDH 7 juin 2001, *Kress c/ France*, *AJDA* 2001, p. 675, note F. Rolin ; D. 2001, chron. p. 2611, J. Andriantsimbazovina et *Jurisp.* p. 2619, note R. Drago ; *JCP* 2001.II.10578, note F. Sudre ; *RFD adm.* 2001, p. 991, obs. B. Genevois et p. 1000, obs. J.-L. Autin et F. Sudre ; *Rev. dr. publ.* 2001, p. 983, obs. X. Prétot, *RTDH* 2002, p. 223, note L. Sermet – CEDH 5 juill. 2005, *Loyen c/ France*, *AJDA* 2005, p. 1593, J.-F. Flauss). Pour une position identique concernant la présence de l'avocat général près la Cour de cassation au délibéré, V. CEDH 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane Kaïd c/ France*, D. 1999, *Jurisp.* p. 281 et *Somm.* p. 366, obs. Baudoux ; *Procédures* 1998, comm. 177, obs. J. Buisson ; *JCP* 1999.I.105, obs. F. Sudre ; *Rev. sc. crim.* 1999, p. 401, obs. R. Koering-Joulin ; *JCP* 1999.II.10074, note S. Soler ; *RTD civ.* 1998, p. 511, obs. J.-P. Marguénaud – CEDH 8 juill. 2003, *Fontaine et Bertin c/ France* (req. n°s 38410/97 et 40373/98). Sur ce point, V. de manière plus générale, SAINTE-ROSE (J), « Le parquet général de la Cour de cassation "réformé" par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : mythe ou réalité ? », D. 2003, chron. p. 1443 ; MALAURIE (P.), « La Cour de cassation, son parquet général et la Cour européenne des droits de l'homme (Histoire et enjeux d'une crise) », *Petites affiches* 7 mars 2003, n° 48, p. 3.

sur sa culpabilité et sanctionné cette dernière »²²⁶¹. Au vu des circonstances de l'espèce²²⁶², les juges ont pu reconnaître que les craintes de la société quant à l'exigence d'impartialité étaient objectivement justifiées et que celle-ci était « *fondée à soutenir qu'il a été porté atteinte à son droit à un procès équitable* ».

939. Conseil des marchés financiers et impartialité. – Le Conseil d'Etat, statuant relativement aux pouvoirs de sanction du Conseil des marchés financiers (C.M.F.), poursuivait une logique moins stricte en matière de reconnaissance de l'impartialité du tribunal. L'arrêt *Didier* déjà analysé estimait en effet que le rapporteur devant le C.M.F. ne peut être regardé comme partial par le "seul" fait qu'il ait instruit l'affaire et participé au délibéré²²⁶³. Le juge administratif adopte véritablement ici la position européenne de l'analyse objective et concrète de l'impartialité²²⁶⁴ ; si le rapporteur instruit le dossier sans porter d'appréciation sur le fond, il est donc possible de croire en sa pleine impartialité dans la mesure où aucun excès de pouvoir ne peut être relevé à son encontre. Ce raisonnement du Conseil d'Etat n'est d'ailleurs pas propre au Conseil des marchés financiers, le juge administratif suivant la même logique s'agissant de l'ancien Conseil de discipline de la gestion financière²²⁶⁵.

Mais ne peut-on pas raisonnablement d'une part « *avoir des doutes sur cette capacité à instruire sans prendre position au fond* »²²⁶⁶ et, d'autre part, remettre en cause la légitimité de la position du Conseil d'Etat qui refuse de reconnaître la partialité du rapporteur lors de sa

²²⁶¹ CA Paris, 7 mars 2000, *Société KPMG Fiduciaire de France*, *Petites affiches* 22 mai 2000, p. 4, note C. Ducouloux-Favard ; *Dr. pén.* 2000, comm. 74, obs. J.-H. Robert ; *RTD com.* 2000, p. 405, obs. N. Rontchevsky ; *JCP* 2000.II.10408, note R. Drago ; *JCP éd. E* 2000.992, note A. Couret.

²²⁶² Les éléments factuels sont pour la Cour d'appel de Paris primordiaux : « *Il est de principe que le cumul au sein de la COB des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement n'est pas en lui-même contraire à l'exigence d'impartialité, toutefois il y a lieu de rechercher si compte tenu des modalités concrètes de mise en œuvre de ces attributions, spécialement au regard de la composition des organes appelés à les exercer, le droit de la personne poursuivie à un procès équitable est respecté* » (CA Paris, 7 mars 2000, *op. cit.*).

²²⁶³ L'arrêt *Didier* du Conseil d'Etat fut confirmé par la Cour EDH le 27 août 2002 (*op. cit.*). Pour une réaffirmation de ce principe, V. spéc. C.E. 27 oct. 2004, *Mme Soudabeh-Kimy Thizeau*, *Rev. AMF* févr. 2005, p. 143 ; *D.* 2005, p. 2606, note Y. Reinhard et S. Thomasset-Pierre – C.E. 17 nov. 2004, *Mimran*, *AJDA* 2005, p. 342 ; *D.* 2005, p. 2606, note Y. Reinhard et S. Thomasset-Pierre. Le Conseil d'Etat refuse également de reconnaître une violation du principe d'impartialité du fait de la présence du commissaire du gouvernement – représentant du ministre des Finances – au délibéré de la formation disciplinaire du C.M.F. (*ibid.*).

²²⁶⁴ SUDRE (F.), « Note sous C.E. 3 décembre 1999, *Didier, Leriche et Caisse de Crédit mutuel de Bain-Tresboeuf* », *op. cit.*, n^{os} 18 à 20. V. également SALOMON (R.), « Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière. Conformité aux garanties fondamentales », *JCP* 2000.I.264, spéc. n^o 26.

²²⁶⁵ C.E. 31 mars 2004, *Société Etna Finance et M. Parent c/ A.M.F.*, *Petites affiches* 29 juill. 2005, n^o 150, p. 14, concl. M. Guyomar.

²²⁶⁶ SUDRE (F.), « Note sous C.E. 3 décembre 1999 », *op. cit.*, n^o 20.

participation au délibéré ? La réforme issue de la loi du 1^{er} août 2003²²⁶⁷ instituant l'Autorité des marchés financiers apporte une réponse affirmative à ces interrogations et confirme l'illégitimité de cette jurisprudence.

940. Autorité des marchés financiers et impartialité. – Les articles L. 621-15, IV et R. 621-40, III C. monét. et fin. précisent que la « *commission des sanctions* [de l'Autorité des marchés financiers] *statue par décision motivée, hors la présence du rapporteur* »²²⁶⁸. Si l'article 17 de l'ancien règlement de la C.O.B. avait été préalablement modifié en ce sens²²⁶⁹, il semblerait qu'aujourd'hui une contestation de l'impartialité de l'A.M.F. devienne de plus en plus illusoire dans la mesure où désormais les textes eux-mêmes prévoient cette qualité.

Pourtant récemment, un arrêt de la Cour d'appel de Paris peut laisser sceptique l'observateur²²⁷⁰. Selon cette décision, des déclarations publiques concernant une affaire – au demeurant très largement médiatique²²⁷¹ – portée devant l'A.M.F. et provenant du secrétaire général de cette autorité et du président de la Commission des sanctions ne peuvent constituer une violation du principe d'impartialité. La cour d'appel estime que les commentaires relatifs aux conditions dans lesquelles la mission de contrôle de l'A.M.F. s'est déroulée ainsi que la divulgation du quantum de la sanction prononcée par la Commission des sanctions avant la notification aux parties n'ont pu porter atteinte à l'impartialité de cette instance ; l'une des raisons principales invoquées reposant sur le fait qu' « *il résulte des dispositions des articles L. 621-2 et suivants du code monétaire et financier que la Commission des sanctions est indépendante des autres services de l'A.M.F.* ». Impartialité et indépendance semblent faire l'objet ici d'une certaine assimilation permettant ainsi de rejeter toute forme de partialité, alors même que les éléments factuels pouvaient, selon nous, raisonnablement faire naître quelques soupçons.

²²⁶⁷ Loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, *JO* du 2 août 2003, p. 13220.

²²⁶⁸ Les articles L. 621-3, I et R. 621-40, III C. monét. et fin. précisent quant à eux que la commission des sanctions statue hors la présence du commissaire du gouvernement.

²²⁶⁹ Déc. C.O.B. 4 avril 2002, *JO* du 28 mai 2002, p. 9652 ; *JCP éd. E* 2002, act. n° 23.

²²⁷⁰ CA Paris 28 juin 2005, *J.-M. Messier et SA Vivendi Universal c/ A.M.F.*, *D.* 2005, Jurisp. p. 1940, obs. A. Lienhard ; *RTD com.* 2005, p. 807, obs. N. Rontchevsky ; *RD bancaire et fin.* 2005, n° 151, note A. Couret.

²²⁷¹ Cette décision est relative à la procédure engagée pour communication d'informations inexactes ou trompeuses (C. monét. et fin., art. L. 231-11, 2°) à l'encontre de la société *Vivendi Universal* et de son ex-président.

941. Alors que nous pouvions espérer avec plaisir « *une source potentielle de contentieux tarie pour l'avenir* »²²⁷², nous craignons au contraire une absolution de certains "dérapages" de l'A.M.F. sur le fondement des dispositions nouvelles. Si cette autorité respecte textuellement le principe d'impartialité en statuant hors les présences du rapporteur et du commissaire du gouvernement, il ne faudrait pas que cette garantie formelle soit le paravent ou le blanc-seing pour la validation d'attitudes, sinon partiales, du moins génératrices de doutes quant au strict respect de l'exigence du procès équitable. Le problème de l'impartialité ne semble donc pas pleinement réglé s'agissant des autorités administratives indépendantes statuant en matière économique et financière²²⁷³. Il ne l'est pas non plus pour certaines autres autorités de régulation²²⁷⁴ et, plus franchement encore, pour certaines autorités disciplinaires.

2) Droit disciplinaire et manque d'indépendance et d'impartialité

942. Quelle que soit la forme du droit disciplinaire – imposée ou acceptée – un large doute existe quant à la recevabilité en ces domaines des principes d'indépendance et d'impartialité.

943. Droit disciplinaire pénitentiaire. – Selon l'article D. 250 alinéa 2 C. pr. pén., la « *commission de discipline comprend, outre le chef d'établissement ou son délégué, président, deux membres du personnel de surveillance (...) désignés par le chef d'établissement (...) [et ayant] voix consultative* ». L'article D. 250-1 alinéa 2 précise quant à lui que le « *chef d'établissement apprécie, au vu du rapport [établi par le chef de service pénitentiaire ou un premier surveillant] (...), l'opportunité de poursuivre la procédure* ». Les dispositions de l'article D. 250-3 C. pr. pén. nous renseignent enfin sur les pouvoirs du chef d'établissement durant la phase d'instruction. Il peut en effet placer préventivement le détenu en cellule disciplinaire si les circonstances l'exigent.

²²⁷² REINHARD (Y.) et THOMASSET-PIERRE (S.), « Note sous C.E. 17 nov. 2004, *Mimran* », *D.* 2005, p. 2606.

²²⁷³ V. également le cas du Conseil de la concurrence. Sauf cas particuliers prévus par l'article L. 462-5 C. com., le « *rapporteur général, le ou les rapporteurs généraux adjoints et le rapporteur assistent au délibéré, sans voix délibérative* » (C. com., art. L. 463-7, al. 4 ; c'est nous qui soulignons). Sur ce point, V. Com. 5 oct. 1999, *op. cit.*

²²⁷⁴ Parfois, eu égard à une formulation imprécise des textes, toute conclusion relative à l'impartialité peut rester délicate. Par exemple, l'alinéa 1^{er} de l'article 46 de la loi du 6 janv. 1978 relatif à la procédure de sanction devant la C.N.I.L. dispose que le « *rapporteur peut présenter des observations orales à la commission mais ne prend pas part à ses délibérations* ». La formule consistant à préciser que "le rapporteur ne prend pas part à la délibération" reste floue dans la mesure où un doute persiste quant à l'objet de l'interdiction. S'agit-il de la participation de ce rapporteur à la délibération ou s'agit-il plus franchement de sa présence au délibéré ?

On le voit, le chef de l'établissement pénitentiaire dispose donc d'une pluralité de fonctions, celles de poursuite, d'instruction et de jugement²²⁷⁵. Conformément à l'appréciation concrète que l'on doit avoir de l'impartialité fonctionnelle, force est donc de reconnaître que la composition et le fonctionnement de la commission de discipline en milieu carcéral fournissent de nombreux indices de partialité de ce "tribunal". S'il est possible d'accepter un cumul des fonctions d'instruction et de jugement²²⁷⁶, « *le principe séparatiste doit être [en revanche] absolu s'agissant de la poursuite et du jugement* »²²⁷⁷. La commission de discipline présidée par le chef d'établissement pénitentiaire détenant seul le pouvoir de poursuivre et de juger apparaît donc contraire à la nécessaire séparation des fonctions de justice²²⁷⁸. De plus, il est à craindre qu'au-delà de l'impartialité fonctionnelle n'intervienne une impartialité personnelle. En effet, dans certaines hypothèses relatives aux fautes disciplinaires atteignant directement l'institution carcérale – hypothèses les plus courantes – il n'est pas impossible de croire que le chef d'établissement est à la fois juge et partie et possède déjà, avant même la réunion de la commission de discipline, des préjugés. Cette position, si elle est inhérente à l'institution carcérale, n'en demeure pas moins un obstacle très net quant à l'instauration d'un tribunal indépendant et impartial en cette matière. C'est d'ailleurs une situation identique que l'on retrouve en matière de discipline exercée par un supérieur hiérarchique dans le domaine professionnel.

944. Droit disciplinaire accepté. – Dans les domaines disciplinaires que nous avons défini comme relevant de la matière pénale²²⁷⁹, les exigences relatives au procès équitable et notamment à l'indépendance et à l'impartialité du "tribunal" doivent être respectées.

²²⁷⁵ Comme le précise J.-P. CÉRÉ, le chef d'établissement serait également une « *autorité d'application de la sanction [disciplinaire]* » en vertu des dispositions des articles D. 251-6 à D. 251-8 C. pr. pén. (« L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le procès disciplinaire en prison », *op. cit.*, p. 874).

²²⁷⁶ Pour des exemples d'acceptation de cumul entre les fonctions d'instruction et de jugement, V. par ex. CEDH 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, série A, n° 154 – CEDH 24 août 1993, *Nortier c/ Pays-Bas*, *op. cit.* Egalement Crim. 7 avril 1993, *Bull. crim.* n° 152 ; *D.* 1993, p. 553, note J. Pradel ; *JCP* 1993.II.22151, note A. Allaix ; *Rev. sc. crim.* 1994, p. 67, comm. M. Huyette et p. 75, note C. Lazerges.

²²⁷⁷ RENUCCI (J.-F.), *Droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, n° 131, p. 267. Pour un rejet du cumul entre les fonctions de poursuite et de jugement, V. CEDH 1^{er} oct. 1982, *Piersack c/ Belgique*, série A, n° 53 ; *AFDI* 1985, p. 415, obs. V. Coussirat-Coustère ; *Journ. dr. intern.* 1986, p. 1072, obs. P. Rolland et P. Tavernier – CEDH 27 févr. 1997, *Findlay c/ Royaume-Uni*, *Rev. sc. crim.* 1997, p. 889, obs. L.-E. Pettiti. V. également Cons. constit. 2 févr. 1995, déc. n° 95-360 DC, *JO* du 7 févr. 1995, p. 2097.

²²⁷⁸ En ce sens, V. CEDH 12 avril 2005, *Whitfield et autres c/ Royaume-Uni*, *JCP* 2005.I.159, p. 1453, chron. F. Sudre.

²²⁷⁹ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

S'agissant de l'indépendance, il a notamment été jugé que le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens ne respectait pas les exigences conventionnelles de l'article 6 § 1 Conv. EDH puisque siégeait au sein de cette juridiction ordinaire en formation disciplinaire, un représentant du ministre de la santé²²⁸⁰. La non-reconnaissance du statut de *tribunal indépendant* à cette autorité est d'autant plus sévère qu'en l'espèce, ce représentant n'avait qu'une voie consultative. On remarque donc que l'indépendance doit s'entendre d'une indépendance réelle ou apparente ; aucun signe ne devant traduire une quelconque immixtion d'une institution étrangère à l'autorité punitive²²⁸¹.

S'agissant de l'impartialité, des critiques peuvent être logiquement formulées en ce qui concerne la procédure disciplinaire professionnelle dans le domaine privé. Si aucune dépendance n'est à craindre de la part de l'employeur, en revanche, une partialité est largement présente dans cette hypothèse. Il serait même possible d'affirmer que le manque d'impartialité est inhérent à la procédure disciplinaire au sein d'une entreprise. En effet, selon l'article L. 122-40 du Code du travail, une sanction disciplinaire se définit comme « toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif (...) »²²⁸². On le voit, l'employeur cumule ici nombre de pouvoirs qui, en d'autres domaines, seraient incompatibles. Il édicte les normes (règlement intérieur), poursuit le salarié et décide de la sanction à appliquer ; comportement conduisant le Pr. M. DELMAS-MARTY à établir le constat selon lequel l'employeur est « à la fois législateur, juge et partie »²²⁸³.

945. Lorsqu'est exercé le droit de punir parallèlement à certaines prérogatives (poursuite notamment), une autorité ne peut être objectivement impartiale, et ce quel que soit le domaine considéré. Certes, en matière disciplinaire, une avancée est intervenue grâce à la loi n° 82-689 du 4 août 1982 permettant au Conseil de prud'hommes²²⁸⁴ d'apprécier la proportionnalité de la

²²⁸⁰ C.E. 14 oct. 2002, *M. Fred B.*, n° 219631.

²²⁸¹ La Cour EDH s'appuie sur l'adage anglais *justice must not only be done : it must also be seen to be done* [trad.: « La justice ne doit pas seulement être rendue, mais il doit être visible qu'elle est rendue » (SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., n° 214, p. 361, note 1)]. V. également, SOYER (J.-C.) et DE SALVIA (M.), op. cit., p. 260 ; RENUCCI (J.-F.), *Droit européen des droits de l'homme*, op. cit., n° 130, p. 260.

²²⁸² C'est nous qui soulignons. Sur les inconvénients que cette définition entraîne du point de vue du principe de légalité, V. *infra*, n° .

²²⁸³ DELMAS-MARTY (M.), *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., p. 229. V. également SAVATIER (J.), op. cit., n° 213 : l' « employeur est à la fois accusateur et juge ».

²²⁸⁴ Sur l'impartialité du Conseil de prud'hommes, V. Civ. 2^{ème} 20 oct. 2005, *D.* 2005, IR p. 2770 ; *JCP* 2005.IV.3463.

sanction à la faute. Malgré cela, l'opportunité de l'exercice du droit de punir disciplinaire reste l'apanage de l'employeur²²⁸⁵, de sorte que nous pouvons craindre une « *persistance d'un pouvoir souverain de l'employeur et l'interdiction faite aux juges de juger* »²²⁸⁶ pleinement le cas d'espèce. Une avancée quant à une baisse de l'omnipotence de l'employeur pourrait également être recherchée dans l'instauration conventionnelle des conseils de discipline. Toutefois, on remarque que le rôle de ces instances est purement consultatif – rendant simplement un avis sur la sanction envisagée – et que la prédominance de l'employeur demeure dans la procédure disciplinaire et plus particulièrement dans le choix final de la sanction. De telles situations font naître naturellement une large perplexité envers l'impartialité de l'organe décisionnel et sanctionnateur mais aussi quant au respect véritable des droits de la défense.

2°/ Difficile respect des droits de la défense

946. Richesse des droits de la défense. – Pour que le principe constitutionnel du respect des droits de la défense²²⁸⁷ soit effectif, la présomption d'innocence – elle-même principe à valeur constitutionnelle²²⁸⁸ – doit prioritairement être respectée (a). Ce n'est qu'ensuite que la défense pourra s'exprimer à travers une procédure contradictoire et publique (b)²²⁸⁹. Devant

²²⁸⁵ SAVATIER (J.), *op. cit.*, n° 299.

²²⁸⁶ PÉLISSIER (J.), « Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire », *Mélanges Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 282.

²²⁸⁷ Le respect des droits de la défense est, pour le Conseil constitutionnel, un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Sur ce point, V. notamment Cons. const. 2 déc. 1976, déc. 76-70 DC, *Rev. dr. publ.* 1978, p. 817, comm. L. Favoreu.

²²⁸⁸ DDHC, art. 9. V. également l'article 11 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 qui énonce que « toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à la défense lui auront été assurées » ; l'article 14-2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 déc. 1966 précise que « toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie » ; l'article 48 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Nice, 7 déc. 2000) énonce que « tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ». V. enfin l'article préliminaire du Code de procédure pénale. Selon le III de cet article, « toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie (...) ». Pour une reprise de ces textes, V. spéc. AMBROISE-CASTÉROT (C.), *Rép. pén.*, v° « Présomption d'innocence », n° 8.

²²⁸⁹ Les droits de la défense peuvent également s'entendre comme le droit de préparer sa défense (Conv. EDH, art. 6 § 3 b) et le droit d'être jugé dans un délai raisonnable (Conv. EDH, art. 6 § 1). Ces deux prérogatives constituent certes un pan important des droits de la défense. Pour autant, leur non-respect n'est pas une caractéristique des droits extra-pénaux ; le droit pénal lui-même pouvant recevoir de larges critiques concernant notamment la violation du délai raisonnable. Nous avons donc décidé d'exclure ces données de notre démonstration pour nous concentrer sur les éléments du droit de la défense posant de réelles difficultés dans les droits extra-pénaux. Or, le critère de l'exigence du délai raisonnable n'est pas pertinent sur ce point car ces derniers semblent plus respectueux de ce principe que le droit pénal lui-même. Sur ce point, V. *supra* n° et notamment la remarque du président de la Commission des sanctions de l'A.M.F. sur la durée de traitement des dossiers par cet organisme (en note).

ces exigences, nous devons nous demander quel est l'état du droit positif en matière extra-pénale ?

a. Présomption d'innocence

947. Sans nier les possibles situations pouvant se rencontrer dans d'autres secteurs, intéressons-nous à deux illustrations caractéristiques témoignant de l'ignorance du principe de la présomption d'innocence en certains domaines punitifs extra-pénaux. Il s'agit, une fois encore, de la répression en matière économique et financière (1) et de la discipline professionnelle (2).

1) Répression en matière économique et financière

948. Cas de la C.O.B. – Le problème de la présomption d'innocence s'est posé principalement pour la Commission des opérations de bourse. Contrant l'instabilité de la position de la Cour d'appel de Paris²²⁹⁰, la Chambre commerciale estima qu'un membre de cette autorité ne pouvait, sans remettre en cause le principe de la présomption d'innocence, déclarer publiquement « *une personne coupable d'une infraction avant que les juges compétents ne se soient prononcés* »²²⁹¹. Cette solution de la Cour de cassation doit être accueillie avec intérêt dans la mesure où cet arrêt précise que la présomption d'innocence est atteinte par les propos de ce membre de la C.O.B.²²⁹² « *peu important par ailleurs que leur auteur, ayant cessé ses fonctions, n'ait pas participé à la délibération décidant la poursuite de la procédure (...), ni à la décision sur le fond* ».

Le fait de se prononcer, avant toute décision définitive, sur la culpabilité d'une personne, constitue une atteinte à la présomption d'innocence et le fait que le "procès" s'inscrive dans un contentieux spécialisé tel que celui traité par la C.O.B. (aujourd'hui l'A.M.F.) ne doit faire l'économie des principes fondamentaux du droit répressif. Ceci fut rappelé encore par un arrêt du 2 juillet 1999 de la Cour d'appel de Paris sanctionnant la publication par la C.O.B. d'une

²²⁹⁰ Compétente en matière d'appel des décisions de sanction de la C.O.B. Concernant l'A.M.F., V. C. mon. et fin., art. R. 621-45, II. Le Conseil d'Etat est compétent pour connaître des recours contre les sanctions prononcées envers les personnes et entités mentionnées au II de l'art. L. 621-9 C. mon. et fin. (C. mon. et fin., art. R. 621-45, I).

²²⁹¹ Com. 1^{er} déc. 1998, *Bull. civ. IV* n° 283 ; *JCP éd. E* 1999.II.10057, note E. Garaud ; *Petites affiches* 15 janv. 1999, note C. Ducouloux-Favard ; *RTD com.* 1999, p. 161, obs. N. Rontchevsky ; *R.G.D.P.* 1999, p. 276, obs. L. Idot.

²²⁹² Il s'agissait en l'espèce du président de la C.O.B. lui-même.

décision de sanction non définitive et ce même en l'absence de précision nominative. Le simple fait de pouvoir, par des détails, identifier les personnes ou l'entité en question suffit à prouver la violation de la présomption d'innocence telle qu'énoncée à l'article 6 § 2 Conv. EDH²²⁹³. On le voit, les juges portent une attention particulière au respect de ce principe par les autorités administratives indépendantes statuant en matière économique et financière, pouvant ainsi donner naissance à une jurisprudence stricte face à un principe ne supportant nul tempérament. L'institution de l'Autorité des marchés financiers – se substituant à la C.O.B., au Conseil des marchés financiers et au Conseil de discipline de la gestion financière – ne semble chasser aucune crainte en ce domaine dans la mesure où les violations précitées de la présomption d'innocence procédaient moins de l'institution elle-même ou de son organisation, que de circonstances purement factuelles.

2) Discipline professionnelle

949. Illusoire présomption d'innocence en matière de discipline professionnelle. – Malgré la soumission de la procédure disciplinaire initiée par l'employeur à l'article 9 DDHC²²⁹⁴, celle-ci reste très hermétique à une quelconque expansion du principe de la présomption d'innocence. S'il est vrai qu'il doit être remis au salarié, préalablement à l'entretien avec l'employeur, une convocation laissant ainsi la possibilité d'organiser sa "défense" et son assistance par un membre du personnel de l'entreprise²²⁹⁵, aucun doute ne semble émerger quant à l'imputation d'une faute par l'employeur au salarié. Dans la convocation, l'employeur doit effectivement mentionner l'objet de celle-ci, de sorte que s'il ne peut être fait mention de la sanction, il n'en reste pas moins que l'attribution – et non la simple suspicion – de la faute au salarié est clairement affirmée par l'employeur. La Cour de cassation s'attache d'ailleurs à reconnaître que le salarié ne doit pas se méprendre sur l'objet précis de l'entretien, c'est-à-dire

²²⁹³ CA Paris 2 juill. 1999, *Petites affiches* 15 oct. 1999, p. 6, note C. Ducouloux-Favard ; *R.G.D.P.* 1999, p. 721, obs. L. Idot.

²²⁹⁴ Les termes généraux de l'article 9 de la Déclaration de droits de l'homme et du citoyen – selon lequel « *tout homme [est] présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable (...)* » – poussent à penser que ce principe n'est pas, constitutionnellement, réservé au seul domaine pénal mais peut être élargi aux divers droits pouvant intégrer la matière "punitive". Plus globalement, la hiérarchie des normes impose une soumission des règles relatives à la discipline professionnelle au bloc de constitutionnalité dont fait partie la Déclaration de 1789 (Cons. const. 16 juill. 1971, *Liberté d'association*, déc. n° 71-44 DC, *JO* du 18 juill. 1971, p. 7114).

²²⁹⁵ C. trav., art. L. 122-41 et R. 122-17, al. 1^{er}. Nous pouvons voir ici une autre atteinte aux droits de la défense dans la mesure où le salarié ne peut être assisté que par un membre de l'entreprise, non par une personne extérieure à celle-ci excluant par là toute possibilité d'intervention d'un conseil.

sur la reconnaissance par son employeur d'une faute et le prononcé probable d'une sanction²²⁹⁶. Cette logique s'oppose donc à celle gouvernant le principe de la présomption d'innocence selon lequel les détenteurs du droit de punir « *ne doivent pas, a priori, avoir la conviction que la personne en cause est coupable* »²²⁹⁷ ; cette conviction ne devant intervenir qu'après l'organisation et le déroulement d'une instance contradictoire et publique.

b. Principes du contradictoire et de publicité

950. Existence légale et déficience pratique des principes. – Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes intervenant en matière économique et financière (*i.e.* l'A.M.F. et le Conseil de la Concurrence notamment) semble conforme au principe du contradictoire²²⁹⁸. Cette affirmation prend appui sur une base textuelle indéniable mais n'empêche pas certaines interrogations en pratique sur le respect de ce principe dans tel ou tel dossier²²⁹⁹. L'important reste toutefois une prévision textuelle du contradictoire et les interférences perceptibles en pratique ne peuvent remettre en cause l'existence objective de ce principe dans les règles régissant les autorités administratives indépendantes précitées²³⁰⁰.

Cette précision effectuée, nous constatons que la situation en matière fiscale est quelque peu différente. Tout en ayant largement évolué, la répression fiscale nourrit encore de nombreux

²²⁹⁶ Sur ce point, V. SAVATIER (J.), *op. cit.*, n^{os} 234 et ss. (citant notamment Soc. 25 mai 1989, *Bull. civ.* V, n^o 393).

²²⁹⁷ RENUCCI (J.-F.), *Droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, n^o 136, p. 280.

²²⁹⁸ Nombreuses sont en effet les garanties textuelles permettant de conclure ainsi. Par exemple, concernant l'A.M.F., V. C. mon. et fin., art. L. 621-15 II : « *La commission des sanctions peut, après une procédure contradictoire, prononcer une sanction (...)* » ; concernant le Conseil de la concurrence, V. C. com., art. L. 463-1 : « *L'instruction et la procédure devant le Conseil de la concurrence sont pleinement contradictoires (...)* » sauf si le secret des affaires l'exige (C. com., art. L. 463-4) ; concernant la Commission bancaire, C. mon. et fin., art. L. 613-23, II *a contrario* : sauf urgence, cette commission doit suivre une procédure contradictoire.

²²⁹⁹ En ce sens, V. Com. 14 juin 2005, *D.* 2005, *Jurisp.* p. 1778, obs. A. Lienhard et p. 2605, note Y. Reinhard et S. Thomasset-Pierre ; *RTD com.* 2005, p. 804, obs. N. Rontchevsky ; *RD bancaire et fin.* 2005, comm. 153, note A. Couret. Cet arrêt, infirmant un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 27 avril 2004 (*RTD com.* 2004, p. 784, obs. N. Rontchevsky), reste critiquable car il ne retient pas la violation du principe du contradictoire alors même qu'une personne a été condamnée au vu de documents non portés à sa connaissance. Selon l'arrêt précité de la Cour d'appel de Paris en effet, « *la non-communication de ce document prive [le requérant] de l'exercice effectif des droits de la défense et de son droit au bénéfice d'un procès équitable* ». V. également CA Paris 28 juin 2005, *op. cit.* Selon le Pr. N. RONTCHEVSKY, « *au regard de la rigueur des sanctions administratives (ou disciplinaires) encourues par les personnes poursuivies, il est anormal que celles-ci n'aient pas spontanément communication de toutes les pièces du dossier recueillies au cours de l'enquête et ne soient ainsi pas en mesure d'apprécier quelles sont les pièces qui pourraient avoir une incidence sur l'appréciation des faits par la commission des sanctions* » (« Observations sous CA Paris 28 juin 2005 », *RTD com.* 2005, p. 809).

²³⁰⁰ Concernant l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Chambre commerciale du 14 juin 2005, certains auteurs n'hésitent toutefois pas à critiquer le fait que « *le comportement de l'AMF en l'espèce ne peut que fragiliser la légitimité de sa démarche sanctionnatrice* », et de penser que l'« *autorité de régulation boursière aurait grand intérêt à jouer la transparence si elle veut éviter d'inévitables contentieux* » (REINHARD (Y.) et THOMASSET-PIERRE (S.), *op. cit.*, p. 2606).

doutes quant à la garantie de l'égalité des armes²³⁰¹, fondement – symbolique plus que juridique²³⁰² – du principe du contradictoire (1)²³⁰³. La publicité des débats, autre composante des droits de la défense, se trouve quant à elle négligée dans de nombreux domaines extra-pénaux, et spécialement en matière de discipline pénitentiaire (2).

1) Méconnaissance par la répression fiscale de l'égalité des armes

951. Principes du contradictoire et de l'égalité des armes. – Alors que nous venons de nous interroger sur l'impartialité des autorités extra-pénales détentrices d'un droit de punir et de redouter parallèlement le manque patent de cette qualité, le principe du contradictoire se présente précisément comme « une méthode pour neutraliser les partialités »²³⁰⁴. La contradiction²³⁰⁵ peut dès lors apparaître comme une notion plus large que celle de droits de la défense²³⁰⁶, ces derniers se présentant simplement comme l'un des éléments de l'exigence du débat contradictoire. Toutefois, de manière classique, le respect des droits de la défense doit être vu comme l'ensemble dans lequel le contradictoire doit être inscrit, comme doit l'être par ailleurs l'égalité des armes.

La Cour européenne des droits de l'homme définit l'égalité des armes comme le principe qui « implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »²³⁰⁷. Si la répression fiscale semble assurer pleinement les exigences relatives aux droits de la défense, en ce sens qu'elle respecte d'une

²³⁰¹ Pour une première reconnaissance de l'égalité des armes, V. CEDH 27 juin 1968, *Neumeister c/ Autriche*, série A, n° 8.

²³⁰² Critiquant le concept de l'égalité des armes, se ramenant tantôt aux droits de la défense, tantôt au principe du contradictoire, le Pr. Jean PRADEL précise que cette expression « ne se trouve ni dans le Code de procédure pénale ni dans la Convention européenne des droits de l'homme » (« Notre procédure pénale défend-elle l'intérêt général », *op. cit.*, p. 517) ; seule la Cour de Strasbourg ayant forgé cette notion. Il est vrai que l'article préliminaire du Code de procédure pénale ne traite que de « l'équilibre des droits des parties » (C. pr. pén., art. prélim., I).

²³⁰³ V. GUINCHARD (S.) *et al.*, *op. cit.*, n° 451 précisant que le contradictoire est un « élément de l'égalité des armes et du procès équitable ».

²³⁰⁴ CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 159.

²³⁰⁵ Sur l'importance du choix de la formule utilisée (principe du contradictoire, contradiction, principe de la contradiction), V. MINIATO (L.), « Le "principe du contradictoire" : nouveau principe directeur du procès ? », *D.* 2005, p. 2537.

²³⁰⁶ FERRARI-BREEUR (C.), « La contradiction et le pouvoir de sanction de l'Administration », *RFD adm.* 2001, p. 34.

²³⁰⁷ CEDH 27 oct. 1993, *Dombo Beheer c/ Pays-Bas*, série A, n° 274, § 34.

part l'obligation de motivation des décisions administratives²³⁰⁸ et, d'autre part, le principe du contradictoire, on ne saurait pour autant conclure à une entière reconnaissance par cette procédure de l'égalité des armes²³⁰⁹. Le contradictoire et l'égalité des armes se présentent donc comme deux approches d'un même principe, les droits de la défense. Si la répression fiscale ne respecte que très récemment – et partiellement – la première et la moins ambitieuse de ces approches, elle pêche en revanche quelque peu sur la seconde, la plus complète.

952. Sanctions fiscales et principe du contradictoire. – Si, grâce à la loi de 1979, « *le contribuable qui fait l'objet de sanctions fiscales connaît une protection minimale* [en ce sens qu'] *il est assuré de connaître les motifs des pénalités qui lui ont été infligées* »²³¹⁰, il peut aujourd'hui, parallèlement, contester ces motifs. Contrairement à ce qu'évoquait l'arrêt d'assemblée du Conseil d'Etat *Yacht Motors Corporation* du 27 avril 1979²³¹¹, le législateur souhaite à l'heure actuelle « *renforcer la sécurité juridique et la confiance dans les relations entre les contribuables et l'administration fiscale* »²³¹² ; l'ordonnance du 7 décembre 2005 se fixant d'ailleurs de tels objectifs. « *Basées sur la confiance réciproque entre ces deux acteurs* »²³¹³, ces relations se manifestent notamment par le droit pour le contribuable d'obtenir communication des documents que l'administration lui oppose lors d'une procédure fiscale.

Si, au demeurant, l'Administration fiscale œuvre donc, dans l'exercice de son pouvoir de répression, en faveur d'une plus grande application des exigences conventionnelles, force est toutefois de reconnaître que certaines exceptions tendent à relativiser notre optimisme. Ainsi,

²³⁰⁸ Impératif exprimé par la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public. Précisons toutefois que les dispositions de la loi de 1979 ont été rendues applicables à la matière fiscale seulement à partir d'une décision du Conseil d'Etat du 13 octobre 1986 (*Rev. jurisp. fisc.* 1986, n° 1141 ; *Dr. fisc.* 1987, comm. 996, concl. B. Martin-Laprade). V. toutefois le régime dérogatoire de la Commission des infractions fiscales (*infra*, n°).

²³⁰⁹ Si nous nous concentrons ici sur la répression fiscale, on ne saurait pour autant nier les difficultés pouvant être soulevées en d'autres domaines notamment en matière de discipline pénitentiaire : « *L'égalité des armes qui conditionne l'exercice même des droits de la défense dans le respect des principes du contradictoire devient alors plus qu'un leurre, une tromperie* » (BIANCHI (V.), « La défense en matière disciplinaire », *op. cit.*, p. 408).

²³¹⁰ LE BOS-LE POURHIET (A.-M.) et BUISSON (J.), « La Constitution et la procédure de sanction fiscale », *AJDA* 1991, p. 499.

²³¹¹ C.E. Ass. 27 avril 1979, *Yacht Motors Corporation*, *op. cit.* (V. *supra*, n°). Selon cet arrêt, il « *ressort de l'ensemble des dispositions du Code général des impôts, notamment de son article 1736, que le législateur a entendu exclure pour l'administration fiscale, chargée d'établir les impositions assignées à un contribuable ainsi que les pénalités dont ces impositions peuvent être assorties, l'obligation de suivre une procédure contradictoire* ».

²³¹² COPÉ (J.-F.), « Présentation de l'ordonnance du 7 déc. 2005 », *op. cit.*

²³¹³ *Ibid.*

la procédure applicable devant la Commission des infractions fiscales ne poursuit pas une logique contradictoire²³¹⁴. Cette autorité confère certes au contribuable de plus larges garanties – notamment en termes de transparence, d’indépendance et d’impartialité²³¹⁵ – face à l’administration fiscale. De plus, la Commission des infractions fiscales communique au contribuable l’essentiel des griefs motivant sa saisine et invite ce dernier à lui faire parvenir, dans un délai de trente jours, les informations qu’elle estimerait nécessaires (L.P.F., art. R. 228-2, al. 1^{er}). Ces dispositions, favorisant les rapports entre l’administration et les administrés, ne peuvent toutefois pallier le manque de contradiction réelle en cette matière ; absence liée au caractère non-juridictionnel de la commission. L’article R. 228-2 (al. 2) du Livre des procédures fiscales dispose en effet que « *le contribuable n’est pas admis à présenter des observations orales par lui-même ni par mandataire* »²³¹⁶. En outre, l’article R. 228-6 L.P.F. précise que l’avis rendu par cette commission n’est pas soumis à l’obligation de motivation²³¹⁷.

Ainsi, au-delà du seul principe du contradictoire, ce sont des dérogations liées au concept plus général d’égalité des armes qui font douter du respect intégral des droits de la défense par la répression fiscale.

953. Sanctions fiscales et égalité des armes. – Selon un arrêt *Foucher c/ France* du 18 mars 1997 de la Cour de Strasbourg, le droit de se défendre personnellement « *implique un*

²³¹⁴ La Commission des infractions fiscales a été créée par la loi n° 77-1453 du 29 déc. 1977 accordant des garanties de procédure aux contribuables en matière fiscale et douanière (*JO* du 30 déc. 1977, p. 6279). Devant le pouvoir d’appréciation, voire le pouvoir discrétionnaire, de l’Administration fiscale en matière de déclenchement de l’action publique – nécessité d’une plainte de sa part – le législateur a considéré qu’il convenait d’instaurer un système de filtrage et ainsi « *de contrôler la saisine par l’administration des juridictions répressives* » (travaux préparatoires, doc. Sénat, n° 36). La fonction principale de la commission est donc l’appréciation de l’opportunité d’engager des poursuites pénales à l’encontre d’un contribuable.

²³¹⁵ Travaux préparatoires à la loi n° 77-1453 du 29 déc. 1977, doc. AN 1977, n° 2997 : « *il importe que l’engagement des poursuites correctionnelles se fasse en pleine clarté et selon une procédure offrant aux redevables toutes garanties d’impartialité* ».

²³¹⁶ Pour un rejet par la Cour de cassation des moyens fondés sur l’exigence d’un débat contradictoire, V. Crim. 28 janv. 1991, *Carles et Lavigne* (2 arrêts), *Rev. jurisp. fisc.* avril 1991, n° 528 ; *Dr. fisc.* 1992, comm. 1160, note G. Tixier et T. Lamulle – Crim. 28 sept. 1992, *Maurel*, *Rev. jurisp. fisc.* nov. 1993, n° 1503 – Crim. 10 juill. 1997, *JCP* 1997.IV.1404 – Crim. 16 mai 2001, *D.* 2001, p. 2000 ; *Procédures* 2001, comm. 224, obs. J.-L. Pierre. Sur la compétence de l’ordre judiciaire en matière de recours formés contre les décisions de saisine de la Commission des infractions fiscales et contre l’avis formulé par elle, V. T. confl. 19 déc. 1988, *Gaz. Pal.* 18-20 juin 1989, p. 6, concl. Laroque.

²³¹⁷ L’avis de la Commission des infractions fiscales n’est donc pas soumis aux exigences de la loi du 11 juill. 1979 précitée. En ce sens, V. Crim. 21 oct. 1991, *Georgeault et Marche*, *Rev. jurisp. fisc.* avril 1992, n° 565 ; *Dr. fisc.* 1992, comm. 633, note. G. Tixier et T. Lamulle.

droit d'accès au dossier et de communication des pièces de la procédure »²³¹⁸. Ainsi, constitue une violation de l'article 6 Conv. EDH, l'impossibilité pour une personne citée directement devant un juge et assurant seule sa défense, d'avoir accès à son dossier et d'obtenir communication des pièces composant celui-ci ; « *faute d'avoir eu cette possibilité, l'intéressé n'était pas en mesure de préparer sa défense d'une manière adéquate et n'a pas bénéficié de l'égalité des armes* »²³¹⁹. Or, en matière fiscale, l'exigence concernant la communication des éléments du dossier possède une double restriction mise en avant, paradoxalement, par la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, les juges de Strasbourg estiment que l'égalité des armes n'est pas violée par le fait que l'Administration puisse circonscrire le droit d'accès aux seuls documents permettant d'établir la faute et la responsabilité du contribuable²³²⁰. Ils considèrent également que ne peut être constitutive d'une atteinte au principe de l'égalité des armes, l'exigence tenant à la présence, au sein de la demande de communication du contribuable, d'une motivation spécifique²³²¹.

Au vu de ces solutions, on ne peut s'empêcher de croire que la Cour européenne des droits de l'homme favorise davantage l'action administrative que les droits du contribuable à pouvoir connaître l'ensemble des éléments lui permettant d'élaborer pleinement sa défense. Ceci est d'autant plus vrai qu'au-delà de cette restriction du contradictoire s'ajoute un manque de publicité devant la Commission des infractions fiscales²³²². Nous en arrivons ainsi à la seconde exigence relative aux droits de la défense consistant en la tenue d'un débat public. L'étude de ce principe, qui, nous le voyons, trouve un intérêt spécifique concernant la répression fiscale, possède toutefois une acuité plus particulière encore en dehors de cette matière.

2) Méconnaissance du principe de publicité

²³¹⁸ SUDRE (F.), « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2005.I.159, chron. p. 1453. Sur l'arrêt *Foucher c/ France*, du même auteur, V. *JCP* 1998.I.107, chron. n° 30. Egalement VERGÈS (E.), « Note sous CEDH 14 juin 2005, *Menet c/ France* », *Rev. pénit. dr. pén.* 2005, p. 970.

²³¹⁹ CEDH 18 mars 1997, *Foucher c/ France*, § 36.

²³²⁰ CEDH 24 févr. 1994, *Bendenoun c/ France*, op. cit. Concernant la procédure devant la Commission des infractions fiscales, V. CEDH 26 sept. 1996, *Mialhe c/ France*, *Justices* 1997-5, p. 193, obs. G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss ; *AJDA* 1997, p. 989, obs. J.-F. Flauss ; *Procédures* 1997, comm. 110, obs. J.-L. Pierre ; *Rev. jurisp. fisc.* nov. 1996, n° 1375 – CEDH 11 janv. 2000, *Le Meignan c/ France*, *Rev. jurisp. fisc.* mars 2001, n° 426.

²³²¹ Sur l'ensemble de ce point, V. FLAUS (J.-F.), « Sanctions fiscales et Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. fr. fin. publ.* 1999, p. 92.

²³²² L.P.F., art. R. 228-5 : « *Les séances de la commission et des sections ne sont pas publiques. La commission et les sections délibèrent en dehors de la présence de l'autorité qui l'a saisie et du contribuable* ».

954. Principe. – Selon la Cour européenne des droits de l’homme, « *le principe de publicité constitue l’un des moyens qui contribuent à préserver la confiance dans les cours et tribunaux ; par la transparence qu’elle donne à l’administration de la justice, elle aide à réaliser le but de l’article 6-1* »²³²³. Le principe de publicité fait donc partie intégrante du procès équitable en tant qu’il permet aux parties que le procès se déroule dans des conditions satisfaisantes, à armes égales et qu’il garantit, dans une certaine mesure, l’impartialité du juge. Cette acception jurisprudentielle de la publicité tranche avec le texte même de la Convention européenne des droits de l’homme prévoyant le refus de la publicité des débats si les intérêts de la justice l’exigent (art. 6 § 1)²³²⁴.

S’il est vrai que nous pouvons examiner l’absence de publicité hors sphère pénitentiaire²³²⁵, reconnaissons que le cadre spécifique de la discipline carcérale donne à cette lacune une coloration particulière.

955. Discipline pénitentiaire. – Lorsque l’on considère le droit disciplinaire pénitentiaire, on remarque qu’il fait « *abstraction de la publicité à tous les stades de la procédure* »²³²⁶. Nul ne saurait admettre que l’intervention et l’assistance d’un avocat – grâce à la loi du 12 avril 2000 – permettent une atténuation des reproches sur ce point précis. Si cette faculté reste une avancée considérable dans le sens d’une réelle "procéduralisation" de l’instance disciplinaire, on ne peut toutefois voir en l’avocat ce tiers au sens où l’entend le principe de publicité. Les conditions de détention, les exigences liées à la sécurité de l’établissement, la volonté des parties de ne pas ébruiter certains débordements sont autant de raisons confortant l’Administration pénitentiaire dans sa position conduisant à maintenir le huis clos devant la commission de discipline. Pourtant, des systèmes sont concevables. Si la présence aux débats

²³²³ CEDH 8 déc. 1983 (deux arrêts), *Axen c/ RFA* et *Pretto c/ Italie*, série A, nos 71 et 72 – CEDH 22 févr. 1984, *Sutter c/ Suisse*, série A, n° 74.

²³²⁴ C’est sur ce fondement que des parties mises en cause devant l’A.M.F. ont reproché – vainement – que la présence aux débats de deux agents de la direction des affaires juridiques de l’A.M.F. a méconnu le caractère non public de la séance : C.E. 4 févr. 2005, *Société GSD Gestion*, op. cit.

²³²⁵ Devant le Conseil de la concurrence, les séances ne sont pas publiques (C. com., art. L. 463-7, al. 1^{er}). Ceci a valu les critiques de l’avocat général M.-A. LAFORTUNE dans son avis concernant l’arrêt de la Chambre commerciale du 28 janvier 2003 : « *Il n’est plus possible de soutenir que, parce que le Conseil de la concurrence n’est pas un "tribunal" ou une "juridiction", le principe de la publicité des débats ne lui est pas applicable dans l’exercice de son pouvoir de sanction à l’encontre d’entreprises poursuivies pour des actes valant "accusation en matière pénale" et susceptibles d’encourir des sanctions administratives assimilables à des "punitions" de caractère pénal par leur montant, la publicité qui leur est donnée et l’objectif de prévention et de répression qui les justifie* » (« Caractère non public des audiences et du prononcé des décisions du Conseil de la concurrence », *Petites affiches* 14 févr. 2003, n° 33, pp. 8 et ss. et spéc. p. 14).

²³²⁶ CÉRÉ (J.-P.), « L’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme... », op. cit., p. 874, n° 37.

et à la lecture de la décision des *seuls* détenus ne saurait être la meilleure solution, il est possible d'envisager l'intervention des divers personnels extérieurs intervenant en détention (assistantes sociales, personnels de santé, enseignants, aumônier, etc.).

Au-delà de la commission de discipline, la procédure disciplinaire pénitentiaire n'est pas non plus en totale adéquation avec le principe du contradictoire. En cas de contestation de la décision de la commission, le recours hiérarchique devant le directeur régional des services pénitentiaires – préalable obligatoire – ne satisfait point en effet à cette exigence²³²⁷. La possibilité de recourir à une instance supérieure n'est donc pas synonyme de maintien des garanties procédurales. Le caractère équitable du procès fluctue donc au gré des instances ; phénomène qui ne saurait malheureusement être limité au seul droit disciplinaire pénitentiaire.

B. – Droit de punir extra-pénal et inanité du retardement du procès équitable

956. *Vers un retardement consenti des exigences conventionnelles.* – Selon une formule récurrente du Conseil d'Etat, si une décision d'une autorité administrative – devant être regardée comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale – fait « *l'objet d'un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'Etat, la circonstance que la procédure suivie devant elle ne serait pas en tous points conforme aux prescriptions de l'article 6, § 1, de la Convention européenne n'est pas de nature à entraîner dans tous les cas une méconnaissance du droit à un procès équitable* »²³²⁸. On remarque donc que le juge administratif, inspiré en ce domaine par la Cour européenne des droits de l'homme, admet le retardement de certaines exigences conventionnelles dès lors que « *le justiciable [peut] disposer d'un recours devant un organe juridictionnel indépendant qui, à la fois, soit doté de la plénitude de juridiction et offre les garanties de l'article 6* »²³²⁹.

957. *Irrecevabilité de la technique de retardement.* – Malgré cette acceptation généralisée du retardement du respect de certaines exigences du procès équitable, il est impossible selon nous de ne pas soulever quelques éléments tendant à remettre en cause l'opportunité de cette technique. Aussi pensons-nous que celle-ci est inacceptable pour deux raisons essentielles. D'une part, l'autorité punitive de "première instance" ne respecte pas certaines règles

²³²⁷ T.A. Nantes 27 oct. 2004, *D.* 2005, p. 999, obs. J.-P. Céré.

²³²⁸ C.E. 4 févr. 2005, *Société GSD Gestion*, op. cit. – C.E. 31 mars 2004, *Société Etna Finance et M. Parent c/ A.M.F.*, op. cit. – CE 2 nov. 2005, *Société Banque privée Fideuram Wargny*, op. cit.

²³²⁹ CEDH 10 févr. 1983, *Albert et Le Compte c/ Belgique*, série A, n° 58, § 29 ; *AFDI* 1984, p. 447, obs. R. Pelloux ; *Journ. dr. intern.* 1985, p. 212, obs. P. Rolland.

fondamentales du droit répressif alors même que cette autorité poursuit une logique de concurrence envers le juge pénal. Le paradoxe est alors évident : pourquoi cette instance ne suit-elle point la voie de celui qu'elle veut précisément concurrencer (1°) ? D'autre part, ce retardement n'est d'aucune pertinence dans la mesure où le juge de "seconde instance" n'assure pas lui-même certaines garanties liées au procès équitable (2°). Ce mécanisme tendant à repousser le respect absolu des exigences conventionnelles ou, plus largement, des principes généraux du droit pénal est donc contraire à la logique inhérente à l'exercice du droit de punir. Que celui-ci émane d'une phase administrative ou d'une phase juridictionnelle, nulle dérogation n'est *a priori* acceptable.

1°/ Inadmissibilité du retardement du respect du procès équitable par les autorités punitives de "première instance"

958. Frein à la "pénalisation" des autorités punitives extra-pénales. – Selon certains auteurs, de tels aménagements du droit d'accès à un tribunal « *ne remettent pas en question le principe même du droit à un juge [dans la mesure où] ils se contentent (...) de le différer dans le temps* »²³³⁰. Une telle affirmation nous paraît contestable puisqu'elle porte sur des autorités détentrices d'une fonction punitive et désirant d'une certaine manière s'inscrire définitivement comme des concurrents sérieux du droit pénal. Or, le fait que l'autorité devant prioritairement infliger une punition ne réponde pas strictement aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme et du procès équitable emporte une double conséquence préjudiciable concernant son "processus de pénalisation". Tout d'abord, cette technique de retardement – telle qu'énoncée par le Conseil d'Etat²³³¹ – conduit à sélectionner les éléments du procès équitable considérés comme impératifs (a). Ensuite, et de manière plus générale, il reste inadmissible qu'une autorité punitive puisse se passer du respect de certaines exigences du droit répressif *lato sensu*, le recours de pleine juridiction ne pouvant justifier de telles atteintes (b).

a. Inopportunité de la sélection des éléments impératifs du procès équitable

²³³⁰ GUINCHARD (S.) *et al.*, *op. cit.*, n° 276.

²³³¹ V. *supra*, n° .

959. Exceptions au retardement : impartialité et droits de la défense. – Lorsque le Conseil d’Etat établit la possibilité de retarder les exigences de l’article 6 Conv. EDH, il précise toutefois que les moyens tirés de ce que l’autorité punitive de première instance « *aurait statué dans des conditions qui ne respecteraient pas le principe d’impartialité et le principe des droits de la défense rappelés à l’article 6 de la convention européenne peuvent, eu égard à la nature, à la composition et aux attributions de cet organisme, être utilement invoqués à l’appui d’un recours formé devant le Conseil d’Etat à l’encontre de sa décision* »²³³². Ainsi, le plus éminent des principes du procès équitable – l’impartialité du tribunal, auquel peut être ajouté le principe d’indépendance – ne semble souffrir d’aucun compromis. Nulle contestation n’est donc possible sur ce point ; une généralisation de cette exigence propre au droit pénal conduisant au contraire à la mise en évidence du souci de l’accroissement de la "pénalisation" des droits extra-pénaux. L’obligation de respecter les droits de la défense confirmant par ailleurs cette tendance.

960. Nécessités de la régulation et possibilité de retarder certains éléments du procès équitable. – Notre optimisme quant à la "pénalisation" des droits extra-pénaux n’est toutefois que de courte durée car s’il est vrai que l’impartialité et les droits de la défense doivent être impérativement respectés dès la première instance, comment devons-nous analyser le retardement possible de nombreuses autres exigences conventionnelles du procès équitable ?

Il est admis par les juges internes et européens que certaines exigences peuvent être différées – et dès lors adaptées – du fait d’une indispensable garantie de l’activité régulatrice mise en œuvre²³³³. Si la régulation d’un secteur est effectivement bridée par les contraintes conventionnelles, un ajustement de leur caractère impératif est alors accepté par les juges. Mais le souci d’efficacité – vertu première des formes de régulation des conflits²³³⁴ – ne peut justifier à lui seul, sinon le rejet, du moins l’adaptation de certains principes pénaux. De plus, l’inapplication de ces dispositions conventionnelles ne peut trouver une explication dans le fait que les autorités en question ne constituent pas de réelles juridictions au regard du droit interne. En effet, dès lors qu’une autorité peut être définie comme un *tribunal décidant du bien-fondé d’une accusation en matière pénale* au sens de la Convention européenne des

²³³² C.E. 31 mars 2004, *Société Etna Finance et M. Parent c/ A.M.F.*, op. cit. – CE 2 nov. 2005, *Société Banque privée Fideuram Wargny*, op. cit. V. également C.E. 4 févr. 2005, *Société GSD Gestion*, op. cit.

²³³³ Sur ce point, V. *infra*, n^{os} à .

²³³⁴ DELMAS-MARTY (M.), « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits. Introduction », *op. cit.*, p. 215.

droits de l'homme, nulle dérogation ne devrait intervenir. Si les droits répressifs extra-pénaux désirent effectivement se rapprocher de la logique pénale, de telles particularités demeurent injustifiées ; la justice pénale n'acceptant en effet quant à elle aucune sorte d'exceptions aux règles conventionnelles et aux principes fondamentaux du droit répressif.

961. Inconsistance de la sélection effectuée. – Au-delà du frein que le retardement du respect des exigences conventionnelles induit sur le processus de "pénalisation" des droits répressifs extra-pénaux, une différenciation des éléments du procès équitable suivant leur caractère impératif ou non – c'est-à-dire suivant leur application obligatoire ou non dès la première instance – semble inopportune et sans le moindre fondement. Lorsque le Conseil d'Etat énonce les principes d'impartialité, d'indépendance et de respect des droits de la défense comme éléments impératifs, il prend soin de choisir les règles permettant d'inclure le plus largement le concept de *procès équitable*. Pour autant, l'ensemble du procès équitable n'est pas réductible à ce tryptique... à moins que nous considérions que le Conseil d'Etat accepte *toujours* d'analyser le concept de droits de la défense comme le réceptacle des principes de publicité des débats et du contradictoire. Cette logique aurait alors pour conséquence de rendre l'ensemble des exigences de l'article 6 Conv. EDH applicable dès la première instance. En effet, si le Conseil d'Etat estime que l'impartialité et les droits de la défense sont impératifs dès l'instance suivie devant l'autorité administrative non juridictionnelle, cela reviendrait à inclure l'ensemble de l'article 6 dans ce commandement ; le retardement sus-énoncé n'ayant alors plus aucun fondement.

Devant notre interprétation extensive du procès équitable, force est de constater que le juge administratif possède une vision fluctuante des principes gouvernant ce concept. Le juge n'hésite pas en effet à établir que le contradictoire peut être évincé – et dès lors détaché des droits de la défense – si le justiciable dispose d'un recours devant une juridiction où ce principe sera précisément respecté²³³⁵. Contrairement à ce que nous avons pu avancer, le principe du contradictoire n'est donc plus ici un élément constitutif des droits de la défense et

²³³⁵ C.E. 3 déc. 1999, *Didier*, op. cit. Malgré l'opinion de certains auteurs pour lesquels l'impartialité invoquée dans l'arrêt *Didier* recouvre le principe du contradictoire (DAILLE-DUCLOS (B.), « Le respect du contradictoire devant les autorités administratives non juridictionnelles, *Contrats-Concur-Cons.* 2000, chron. 9, spéc. p. 7), nous considérons au contraire que dans cette affaire le Conseil d'Etat estime que *seul* le principe d'impartialité n'est pas méconnue (« *il n'est résulté de [la participation du rapporteur] aux débats et au vote à l'issue desquels il a été décidé d'infliger une sanction à M. Didier aucune méconnaissance du principe d'impartialité rappelé à l'article 6, § 1, de la Convention EDH* »). Nulle référence n'est faite au principe du contradictoire, celui-ci ayant été précisément ignoré et différé du fait de l'existence d'un recours devant le Conseil d'Etat.

il peut dès lors être différé dans le temps. Pourquoi retarder tel principe plutôt qu'un autre ? Pourquoi se retourner vers la possibilité de former un recours ? Telles sont les questions auxquelles la technique du retardement ne peut légitimement répondre.

b. Impuissance du recours de pleine juridiction envers l'inadmissibilité du retardement des impératifs conventionnels

962. Recours de pleine juridiction ou correction des manquements antérieurs ? – Comme nous venons de le préciser, le retardement des exigences conventionnelles s'explique, selon la Cour européenne des droits de l'homme, par le fait que des « *impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs, et a fortiori, d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects à ces mêmes prescriptions* »²³³⁶ ; cette légèreté envers la garantie des droits de la personne à disposer d'un procès équitable devant impérativement être rectifiée par un recours devant un organe de pleine juridiction²³³⁷. C'est ainsi que le respect des exigences de l'article 6 Conv. EDH s'apprécie d'une manière globale, en référence à l'ensemble des phases du procès théoriquement envisagées. Les juges de Strasbourg, sous couvert de respecter la flexibilité des règles de fonctionnement en matière de régulation de certaines activités économiques et/ou techniques, élargissent inconsidérément cette flexibilité aux garanties du procès équitable.

Cette position, suivie en droit interne par le Conseil d'Etat²³³⁸ et la Cour de cassation²³³⁹, ne peut manquer de choquer. En effet, la possibilité offerte par la Cour européenne de déroger aux dispositions conventionnelles nous semble contraire à l'esprit même de la Convention et à son caractère normatif²³⁴⁰. Il ne peut dès lors être admis, sans violer les dispositions de l'article 15 Conv. EDH relatif aux conditions strictes de dérogations aux dispositions conventionnelles, de prévoir un droit à la violation du procès équitable par les autorités de

²³³⁶ CEDH 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, série A, n° 43.

²³³⁷ CEDH 10 févr. 1983, *Albert et Le Compte c/ Belgique*, op. cit.

²³³⁸ C.E. 9 avril 1999, *GIE Oddo-Futures*, JCP éd. E 1999, p. 1435 (à propos de la procédure suivie devant le Conseil des marchés à terme).

²³³⁹ Com. 5 oct. 1999, *Campeon Bernard*, op. cit. (à propos de l'absence de publicité devant le Conseil de la concurrence) – Com. 28 janv. 2003, op. cit.

²³⁴⁰ Selon le Préambule de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, les Etats signataires réaffirment en effet « *leur profond attachement [aux] libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme dont ils se réclament* ».

première instance grâce à la simple instauration d'un recours. Cette dérogation est d'autant plus inadmissible que l'atteinte au procès équitable émane d'autorités détenant expressément un droit de punir. Or, quelle que soit la nature de la punition – proprement pénale ou non – nulle entorse ne peut être admise.

963. *Autorités punitives et respect inconditionnel des principes fondamentaux répressifs.*

– Avec cette technique de retardement des règles conventionnelles, nous disposons, selon un auteur, de « *l'illustration de la nécessaire dissociation entre le champ d'application de l'article 6, paragraphe 1 qui est relatif à une matière et le respect des exigences qui en découlent qui, lui, dépend de la phase dans laquelle on se trouve* »²³⁴¹. Nous rejetons catégoriquement cette lecture de l'article 6 dans la mesure où il est inadmissible qu'une mesure, dès lors qu'elle relève de la matière pénale, puisse être prononcée par une autorité pouvant se dispenser des exigences liées au procès équitable. Il ne doit y avoir aucun retardement du « *moment du procès équitable* »²³⁴² – même justifié par des impératifs de souplesse et d'efficacité – puisque aucune dérogation n'est autorisée au sein de la justice pénale classique. Si, comme nous en convenons, « *la garantie d'un procès équitable est un droit fondamental* »²³⁴³, il ne devrait exister aucune exception à celui-ci sous peine de l'affaiblir : ce principe est exigible en fonction de la matière (pénale) dont il est question et non en fonction du degré de l'autorité (inférieure ou supérieure) exerçant le droit de punir.

Un recours de pleine juridiction devant un tribunal respectant les exigences conventionnelles ne peut corriger toutes les défaillances relevées devant l'autorité punitive de première instance. Dès le prononcé initial d'une sanction, l'ensemble des règles relatives au procès équitable doivent être respectées comme cela est le cas devant le juge pénal. Revendiquer une exception reviendrait alors à révéler une certaine spécificité procédurale par rapport au droit pénal et, par là même, à avouer le manque de concurrence avec ce dernier. Ce constat s'aggrave si ce type de dérogations, loin de concerner seulement l'autorité punitive de première instance, intéresse également et paradoxalement les institutions connaissant du recours.

²³⁴¹ FERRARI-BREEUR (C.), *op. cit.*, p. 39.

²³⁴² GONZALEZ (G.), « Note sous CEDH 27 août 2002, *Didier c/ France* », *JCP* 2003.II.10177, spéc. n° 11.

²³⁴³ GUINCHARD (S.), « Le procès équitable : droit fondamental ? », *op. cit.*, p. 191.

2°/ Inadmissibilité du non respect du procès équitable par les autorités punitives de "seconde instance"

964. S'il est vrai que la majorité des autorités devant lesquelles sont exercés les recours sont garantes de l'effectivité du droit d'accès à un procès équitable et notamment du droit d'accès à un tribunal de pleine juridiction (a), nous ne pouvons ignorer les cas dans lesquels cette effectivité reste illusoire (b). Cette dérogation se présente alors comme un obstacle supplémentaire à la reconnaissance d'une cohérence entre les droits répressifs extra-pénaux et à une révélation d'une concurrence réelle entre ces derniers et le droit pénal.

a. Effectivité du droit d'accès à un tribunal de pleine juridiction

965. Définition du contrôle de pleine juridiction. – La Cour européenne des droits de l'homme a forgé, grâce à plusieurs décisions, le concept de "contrôle de pleine juridiction". Ainsi, en 1995, les juges de Strasbourg précisent que ce type de contrôle induit, de la part de l'organe supérieur, un « *pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur* »²³⁴⁴. L'autorité punitive de seconde instance doit donc pouvoir « *examiner point par point tous les moyens présentés par le requérant sur le fond sans jamais se voir contraint de décliner sa compétence pour y répondre ou pour établir les faits* »²³⁴⁵.

Ce type de contrôle est effectif s'agissant principalement des recours formés contre les décisions des autorités administratives indépendantes et contre celles de l'employeur en matière disciplinaire.

966. Recours contre les décisions des autorités administratives indépendantes. – Deux autorités juridictionnelles distinctes s'avèrent compétentes pour connaître des recours formés contre les décisions prises par les autorités administratives indépendantes²³⁴⁶. Il s'agit soit du Conseil d'Etat²³⁴⁷, soit de la Cour d'appel de Paris²³⁴⁸, soit de ces deux juridictions

²³⁴⁴ CEDH 23 oct. 1995, *Schmautzer c/ Autriche*, série A, n° 328-A.

²³⁴⁵ CEDH 26 avril 1995, *Fischer c/ Autriche*, série A, n° 312 ; *JCP* 1996.I.3910, obs. F. Sudre.

²³⁴⁶ Sur ce point, V. DELVOLVÉ (P.), « Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », *Petites affiches* 17 sept. 2001, n° 185, p. 18.

²³⁴⁷ En est-il ainsi des décisions émises par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (L. 30 sept. 1986, art. 42-8), l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (C. postes et comm. électr., art. L. 5-3 (dern. al.) et art. L. 36-11, 5°), la Commission de régulation de l'énergie (L. n° 2000-108 du 10 févr. 2000, art. 40, 7°) ou encore la Commission nationale informatique et libertés (L. n° 78-17 du 6 janv. 1978, art. 46, dern. al.).

²³⁴⁸ Il s'agit principalement des décisions rendues par le Conseil de la concurrence (C. com., art. L. 464-7, al. 1^{er}).

cumulativement²³⁴⁹. Au vu de cette répartition des compétences, il convient de se demander si ces juges ont la possibilité d'exercer un contrôle de pleine juridiction. S'agissant du Conseil d'Etat, les textes posent très clairement le principe du recours de pleine juridiction²³⁵⁰. En ce qui concerne la Cour d'appel de Paris, l'article 464-7 du Code de commerce précise que les décisions du Conseil de la concurrence font l'objet « *d'un recours en annulation ou en réformation* » à l'image de ce qui existe devant un contentieux administratif²³⁵¹. S'il n'est pas textuellement établi que le contrôle mis en œuvre par cette juridiction est de pleine juridiction, nul doute n'existe toutefois sur ce point²³⁵². Le juge judiciaire exerce incontestablement un contrôle de pleine juridiction dans la mesure où il a la faculté de réformer les points légaux de la décision de l'organe inférieur et notamment le pouvoir de modérer la sanction prononcée. On a vu par exemple récemment, et concernant le pouvoir de sanction de l'Autorité des marchés financiers, la Cour d'appel de Paris réduire fortement le montant des amendes infligées à des personnes physique et morale²³⁵³.

967. Recours contre les sanctions disciplinaires de l'employeur. – Appliquant la logique du retardement, l'employeur n'est pas tenu de respecter les impératifs de l'article 6 Conv. EDH ; seul le Conseil de prud'hommes ayant la charge de ce respect²³⁵⁴. Outre la garantie de l'impartialité et du contradictoire, le Conseil de prud'hommes dispose de la faculté de réformer en tous points la décision prononcée. L'article L. 122-43 du Code du travail énonce effectivement que les sanctions disciplinaires irrégulières en la forme, injustifiées ou

²³⁴⁹ Selon l'article R. 621-45 C. mon. et fin., ces deux juridictions ont des domaines de compétences délimités pour connaître des recours formés contre les décisions de l'Autorité des marchés financiers. Les recours formés devant le Conseil d'Etat concernent les décisions de la Commission des sanctions en matière disciplinaire et intéressant les professionnels du marché ; les recours devant la Cour d'appel de Paris concernent en revanche les sanctions prononcées contre toute autre personne non professionnelle du marché.

²³⁵⁰ V. l'ensemble des dispositions textuelles précédemment citées.

²³⁵¹ Ce type de recours conduit donc à penser que si le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence est « *un contentieux formellement judiciaire (...) il est matériellement un contentieux administratif* », ce qui incite à qualifier la Cour d'appel de Paris de "juridiction administrative" dans une telle situation (GAUDEMET (Y.), « Le pouvoir de réformation de la CA de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence », *JCP* 1999.I.188, n° 1. V. également DELVOLVÉ (P.), « La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », *Mélanges J.-M. Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 47 ; V. enfin l'entretien avec J. RIBS, président de la Commission des sanctions de l'A.M.F., in *Gaz. Pal.* 21 et 22 déc. 2005, p. 9).

²³⁵² Pour une référence explicite au contentieux de pleine juridiction, V. CA Paris 15 juin 1999, *Canal Plus* (inédit) – CA Paris 2 juill. 1999, *Petites affiches* 15 oct. 1999, p. 7, note. C. Ducouloux-Favard.

²³⁵³ CA Paris 28 juin 2005, *op. cit.* Les juges ont réduit de 1 million à 500 000 euros le montant de l'amende infligée à la personne physique et de 1 million à 300 000 euros le montant de l'amende infligée à la personne morale. Toutefois, récemment, la Cour d'appel de Paris a confirmé la décision du Conseil de la concurrence qui avait infligé à France Télécom une amende de 80 millions d'euros (Cons. conc. 7 nov. 2005, déc. n° 05-D-59, *op. cit.*) dans un arrêt du 4 juill. 2006 (*JCP* 2006, act. 352).

²³⁵⁴ PRALUS-DUPUY (J.), « L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et les contentieux de la répression disciplinaire », *op. cit.*, p. 730, note 42.

disproportionnées à la faute commise, autres que le licenciement, peuvent être annulées par cette juridiction. Cela prouve, semble-t-il, que le contrôle ici institué est conforme à celui exigé par la Cour européenne des droits de l'homme.

Le problème étant, qu'en ce domaine, la sanction relevant prioritairement de la matière pénale – le licenciement disciplinaire²³⁵⁵ – n'est pas pleinement assujéti au contrôle du Conseil de prud'hommes. Lorsqu'elle est confrontée précisément à cette dernière sanction, cette juridiction n'effectue aucun contrôle de pleine juridiction mais dispose de la seule faculté de prononcer des dommages-intérêts ; elle ne peut l'annuler. Ainsi, dans certaines situations, le pouvoir de réformation n'existe donc pas pleinement et certains contrôles, apparaissant de prime abord effectifs, sont en définitive totalement illusoires.

b. Ineffectivité du droit d'accès à un tribunal de pleine juridiction

968. Cas spécifique de la discipline pénitentiaire. – Comme nous venons de le voir pour le contrôle effectué par le Conseil de prud'hommes sur les sanctions disciplinaires relevant de la matière pénale et comme nous l'étudierons ultérieurement pour le pouvoir restreint du juge en matière de modulation de la sanction fiscale²³⁵⁶, le droit d'accès à un contrôle de pleine juridiction est parfois inaccessible.

Tel est le cas en matière de discipline pénitentiaire : si le détenu a la possibilité de saisir le juge administratif exerçant un contrôle de pleine juridiction au sens de la Cour européenne des droits de l'homme²³⁵⁷, il doit au préalable exercer systématiquement un recours devant le directeur régional des services pénitentiaires. Justifié par des impératifs de filtrage des demandes adressées devant le juge administratif, ce système possède le lourd inconvénient de rendre ineffectif le contrôle de pleine juridiction normalement exercé par ce dernier. En effet, la non prévision du sursis à exécution contraint le plus souvent le détenu à subir la sanction disciplinaire partiellement, voire totalement, avant même que le juge n'ait entrepris l'examen du dossier. L'existence même d'un contrôle de pleine juridiction est prouvée, en revanche son effectivité reste très incertaine. Or, selon la Cour européenne, si « *le droit d'accès aux tribunaux n'est (...) pas absolu, [il ne doit pas pour autant être] atteint dans sa substance*

²³⁵⁵ Sur la possibilité de rattacher le licenciement à la matière pénale, V. *supra*, n^{os} et .

²³⁵⁶ V. *infra*, n^{os} *et ss.*

²³⁵⁷ VERGÈS (E.), « La Cour européenne des droits de l'homme et la discipline pénitentiaire... », *op. cit.*, p. 11.

même »²³⁵⁸, que ce droit soit issu de l'article 6 (droit à un tribunal) ou de l'article 13 (droit à un recours) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme²³⁵⁹.

969. Confirmation d'une concurrence délictueuse entre le droit pénal et les droits extra-pénaux. – Puisque le droit d'accès à un tribunal n'a pas de réelle consistance en matière de recours contre une sanction de discipline carcérale, nous ne pouvons croire en ce domaine en une juste concurrence avec le droit pénal. Si les dispositions processuelles diffèrent aussi fortement, si les divergences dans le respect des exigences conventionnelles sont aussi accrues, les droits répressifs extra-pénaux et le droit pénal ne peuvent être placés sur un pied d'égalité ; cette rupture devenant plus forte encore à l'étude des dérogations aux garanties substantielles du droit répressif *lato sensu*.

§ 2. – Dérogations aux garanties substantielles fondamentales du droit répressif

970. Droit à une bonne justice pénale et "pénalisation" incomplète de la répression extra-pénale. – S'il est vrai qu'en matière répressive « *la procédure est plus que tout la garantie de droits des parties poursuivies* »²³⁶⁰, reconnaissons que cette garantie serait bien maigre si elle s'instituait dans un cadre exempt des principes généraux substantiels constituant l'ensemble des règles de fond régissant la matière pénale. Or, sur ce point, il est regrettable de constater que la soumission parcellaire du droit de punir extra-pénal – que nous venons d'analyser concernant les principes généraux processuels du droit répressif – se poursuit s'agissant des garanties substantielles.

Que l'on se place au sein du droit administratif répressif ou du droit disciplinaire, deux principales règles inhérentes au droit pénal sont imparfaitement intégrées par ces formes particulières d'exercice du droit de punir. Il s'agit tout d'abord du principe de légalité des incriminations et des sanctions qui a du être adapté au vu de l'exigence de régulation propre à ces droits (A). Il sera question ensuite de la règle de la non-automaticité de la sanction, liée au pouvoir de modulation du juge ou de l'autorité administrative, qui est parfois totalement ignorée par certains domaines de la répression extra-pénale (B).

²³⁵⁸ CEDH 21 nov. 2001, *Al-Adsani c/ Royaume-Uni*, req. n° 35763/97853.

²³⁵⁹ Sur la combinaison de ces deux articles, V. CÉRÉ (J.-P.), « Le droit disciplinaire pénitentiaire entre jurisprudence interne et européenne », *op. cit.*, p. 398.

²³⁶⁰ GAUDEMET (Y.), « Le pouvoir de réformation de la CA de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence », *op. cit.*, n° 14.

A. – Faiblesse constante du principe de légalité des incriminations et des sanctions dans la répression extra-pénale

971. *Evanescence du principe de légalité.* – Le principe de légalité des incriminations et des sanctions regroupe l'exigence de termes clairs et précis mais également la règle de non-rétroactivité des normes plus sévères ou de la rétroactivité des normes plus douces. Si cette seconde composante de la légalité ne pose pas de réelles difficultés en matière de répression extra-pénale dans la mesure où ce principe y est assez largement reconnu²³⁶¹, nous devons tenir des propos plus modérés s'agissant de l'acceptation première du principe de légalité. Devant la valeur de cette règle, il est en effet fâcheux que la répression extra-pénale ne parvienne pas, de manière homogène, à respecter cet impératif. La violation ou, plus précisément, le manque de rigueur dans le respect du principe de légalité des incriminations et des sanctions se retrouve en effet tant dans la répression administrative (1°) que dans la répression disciplinaire (2°). La fluctuation en ce domaine des droits répressifs non pénaux impose donc à nouveau la conclusion suivant laquelle l'unité du droit de punir extra-pénal n'est que pure illusion et possède de nombreuses limites, écartant d'autant ce droit de la rigueur de principe propre au droit pénal.

1°/ Obscurité et imprécision des termes dans la répression administrative

972. *Approche libérale du principe de légalité.* – Si le principe de légalité constitue le « moteur du droit pénal »²³⁶², il convient de remarquer que son importance reste relative en

²³⁶¹ Si le Conseil d'Etat a parfois refusé « d'accorder aux contribuables le bénéfice des sanctions plus favorables au cas d'une pénalité attachée à une imposition dont le fait générateur était antérieur à l'entrée en vigueur d'une loi les atténuant » (BORNHAUSER (M.), « La modération des pénalités fiscales devant le juge de l'impôt », *Bull. fisc.* oct. 1993, pp. 617-618. Sur ce point, V. également C.E. 18 déc. 1970, *Ministre des Finances c/ sieur Blondin*, *Leb.* p. 781), la position jurisprudentielle semble aujourd'hui clairement orientée vers une reconnaissance des principes de non-rétroactivité de la loi plus sévère (C.E. 11 déc. 1987, *SCI Rudel*, *Rev. jurisp. fisc.* 1988, n° 190, concl. B. Martin-Laprade ; *Dr. fisc.* 1988, comm. 924 – C.E. 10 févr. 1989, *SCI « Le Cros »*, *Rev. jurisp. fisc.* 1989, n° 476 – C.E. 27 févr. 1991, *SCI Raspail*, *Rev. jurisp. fisc.* 1991, n° 440, concl. O. Fouquet ; *Dr. fisc.* 1992, comm. 672) ou de rétroactivité *in mitius* (C.E. 27 mai 1993 (avis), *EDCE* 1993, n° 45, p. 342 (en matière de sanctions infligées par l'Office des migrations internationales, actuellement l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations) – C.E. 5 avril 1996 (avis), *Houdmond*, *Leb.* p. 116 (en matière de sanctions fiscales) – C.E. 23 avril 1997, *Préfet de l'Isère c/ Société routière du Midi*, *Leb.* p. 155 (en matière de contraventions de grande voirie)). Une attitude identique apparaît en droit boursier ; la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers applique le principe de la rétroactivité de la loi pénale plus douce en cas de confrontation entre l'ancien règlement C.O.B. n° 98-05 (homologué par arrêté du 10 déc. 1998) et le règlement général de l'A.M.F. homologué par arrêté du 12 oct. 2004 et modifié par arrêté du 1^{er} sept. 2005 (Entretien avec J. RIBS, président de la Commission des sanctions de l'A.M.F., *Gaz. Pal.* 21 et 22 déc. 2005, p. 11).

²³⁶² MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 12.

droit administratif répressif dans lequel il n'est intégré qu'avec peu de rigueur²³⁶³. En effet, on s'aperçoit à la lecture notamment des décisions du Conseil constitutionnel relatives à l'acceptation des pouvoirs de sanctions aux autorités administratives indépendantes, qu'un aménagement, dans un sens libéral, du principe de légalité des délits et des peines est perceptible. En considérant « *qu'appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements* »²³⁶⁴, le Conseil constitutionnel fait référence notamment aux incriminations par renvoi et atténue de ce fait la force contraignante du principe de légalité. Cette souplesse dans l'appréciation du principe de légalité est révélée avec une particulière acuité en matière de communication audiovisuelle.

973. Cas spécifique du Conseil supérieur de l'audiovisuel. – Certaines dispositions de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication sont caractéristiques de l'approche libérale dont font preuve les autorités administratives en matière de légalité. Les articles 1^{er} et 3-1 de cette loi constituent le socle des impératifs et obligations devant être observés par les éditeurs et distributeurs de services de radio ou de télévision. En cas de non-respect, la procédure de sanctions est mise en mouvement, au premier rang de laquelle se trouve la mise en demeure.

L'importance de ces textes tranche avec leur contenu normatif qui reste très incertain. Comme l'explique le Pr. E. DÉRIEUX, ces articles « *ne définissent pas très exactement des "obligations" dont la violation serait ainsi sanctionnée, mais (...) correspondant peut-être davantage à*

²³⁶³ En ce sens, V. VARINARD (A.) et JOLY-SIBUET (E.), « Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit pénal et le droit administratif pénal », *op. cit.*, spéc. p. 200 ; DELMAS-MARTY (M.) et TEITGEN-COLLY (C.), *Punir sans juger ?*, *op. cit.*, pp. 63 et ss. : « *le principe de légalité est également appliqué en matière administrative, mais il se trouve assoupli tant dans sa signification que dans ses conséquences* » (p. 63) ; SAILLARD (A.), « Le Conseil d'Etat adapte le principe de légalité des délits et des peines aux sanctions administratives », *Petites affiches* 11-12 nov. 2004, n°s 226-227, p. 13. *Contra*, MODERNE (F.), « La sanction administrative (éléments d'analyse comparative) », *op. cit.*, p. 492 : « *le principe de légalité domine logiquement le droit administratif répressif de même qu'il encadre le droit pénal ordinaire* ». Précisons toutefois que pour affirmer cela cet auteur se place dans une dynamique européenne et comparative. S'intéressant au seul droit interne, ce même auteur rejoint la doctrine majoritaire en précisant que la « *compétence du législateur n'est pas en effet requise avec la même rigueur dans ces deux branches du droit répressif que sont le droit pénal et le droit des sanctions administratives* » (« Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens », *RFD adm.* 1997, p. 10).

²³⁶⁴ Cons. const. 17 janv. 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, déc. n° 88-248 DC, *op. cit.* Pour une reprise de cette formule par le Conseil d'Etat, V. C.E. 13 janv. 1995, *Société TFI, Leb.* p. 30 – C.E. Ass. 7 juill. 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ Mr. Benkerrou*, *Petites affiches* 11-12 nov. 2004, n°s 226-227, p. 13, note A. Saillard.

l'idée de "régulation", ils se contentent d'énoncer des principes plus généraux et imprécis, voire de simples "propositions" ou "recommandations" »²³⁶⁵. Contrairement aux exigences de certitude, de précision et d'intelligibilité inhérentes au principe de légalité, la loi de 1986 (modifiée par les lois des 21 juin et 9 juillet 2004 et par la loi du 31 mars 2006 sur l'égalité des chances) s'inscrit dans la reconnaissance de principes généraux dénués de considérations pratiques immédiates. Il n'y a donc pas, à la lecture de ces dispositions, une représentation claire de l'interdit. Si ces textes constituent manifestement une charte de bonne conduite à l'endroit des intervenants dans le domaine audiovisuel, ils ne renferment toutefois que des généralités dont le caractère impératif, s'il existe, est plus symbolique qu'effectif. On cède une part de contrainte pour une part d'efficacité de l'action régulatrice de l'autorité administrative indépendante : « la généralité des objectifs et l'imprécision des textes et, en conséquence, la marge de détermination et d'appréciation ainsi laissée au C.S.A. caractérisent probablement ce qui est constitutif de la "régulation" ! »²³⁶⁶.

974. Recours au droit pénal et respect du principe de légalité. – On pourra rétorquer à ces critiques concernant la réglementation par trop générale applicable devant le Conseil supérieur de l'audiovisuel, que les éditeurs et distributeurs de services de radio ou de télévision peuvent se voir reprocher des actes punis sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et, en application de l'article 28-1, I de la loi de 1986, être sanctionnés par le C.S.A. suite à une condamnation pénale sur ces motifs. Ainsi, plus aucun reproche quant à un manque de considération du principe de légalité ne serait alors possible. Les infractions de presse sont claires et précises et les sanctions encourues pour celles-ci le sont tout autant.

Si cette dernière affirmation reste incontestable, le recours à la loi de 1881 ne rétablit toutefois nullement les lacunes dont fait preuve la réglementation administrative en matière de communication audiovisuelle concernant le principe de légalité. En effet, les délits de presse sont des infractions relevant du droit pénal (L. 29 juill. 1881, art. 45) et l'on voit parfaitement que si le C.S.A parvient à prononcer une sanction administrative, ce n'est que par l'intermédiaire de dispositions expressément pénales et après le prononcé d'une sanction

²³⁶⁵ DÉRIEUX (E.), « Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *op. cit.*, p. 6, note 10.

²³⁶⁶ *Ibid.* Egalement SAILLARD (A.), *op. cit.*, p. 16 : « Comme le Conseil constitutionnel et la doctrine, le Conseil d'Etat se montre soucieux de ne pas enserrer l'action de l'administration dans des règles trop rigides, en préférant à la détermination rigoureuse de l'infraction, l'encadrement plus large des textes imposant des obligations de faire et de ne pas faire ».

pénale. L'obéissance à l'exigence de précision ne provient donc pas directement de l'article 28-1 de la loi de 1986 qui établit simplement un renvoi, mais des seules dispositions de la loi de 1881²³⁶⁷. On le voit, seul le recours au droit pénal permet d'obtenir un respect total du principe de légalité des délits et des peines ; le droit administratif répressif se contentant d'une image lointaine (technique du renvoi), ou pire, déformée (énoncé de principes généraux et non de dispositions claires et précises) de celui-ci. Cette conclusion négative quant au respect du principe de légalité se retrouve s'agissant du droit disciplinaire.

2°/ Obscurité et imprécision des termes dans la répression disciplinaire

975. S'il est possible de relever un manque de rigueur dans la reprise du principe de légalité en matière de discipline pénitentiaire (a), c'est envers les droits disciplinaires acceptés que ce principe connaît les plus lourdes lacunes (b).

a. Principe de légalité et droit disciplinaire imposé

976. Outre le problème tenant à la prévision réglementaire – et non légale – des comportements disciplinairement répréhensibles²³⁶⁸, le domaine de la discipline carcérale témoigne d'une spécificité relative à la rédaction de certaines fautes, rédaction demeurant par trop large. En est-il ainsi par exemple du fait pour un détenu « *de participer à toute action collective de nature à compromettre la sécurité de l'établissement* » (C. pr. pén., art. D. 249-1, 2°) ou « *de refuser d'obtempérer aux injonctions des membres du personnel de l'établissement* » (C. pr. pén., art. D. 249-3, 4°). De même, des renvois au règlement intérieur (C. pr. pén., art. D. 249-3, 5°, 10° et 11°) ou aux « *instructions particulières arrêtées par le*

²³⁶⁷ Précisons que l'article 28-1 de la loi de 1986 ne renvoie pas seulement à la loi de 1881, mais fait également référence aux articles 227-23 et 227-24 du Code pénal qui sont eux-aussi à l'abri de toute critique concernant la précision et la clarté de leurs termes.

²³⁶⁸ Ce problème peut être rapidement résolu par la mise en évidence de la possible compétence du pouvoir réglementaire en matière de détermination des infractions et des sanctions disciplinaires *lato sensu* et non simplement pénitentiaires. A ce sujet, la décision précitée du Conseil constitutionnel relative au C.S.A. ne traite-t-elle pas des lois et des règlements ? Sur ce point, V. également C.E. 28 sept. 1945, *Leb.* p. 196 – C.E. 21 janv. 1949, *Trouvé, Leb.* p. 29 – C.E. 8 juin 1962, *Ministre des P. et T. c/ Frischmann, Leb.* p. 382 ; *AJDA* 1962, p. 418, chron. J.-M. Galabert et M. Gentot ; *D.* 1962, p. 492, note L. Dubouis – C.E. Ass. 13 juill. 1967, *Allegretto, Leb.* p. 315 – C.E. Ass. 7 juill. 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ Mr. Benkerrou*, op. cit. : sous le contrôle du Conseil d'Etat, le pouvoir réglementaire peut déterminer les éléments constitutifs de l'infraction ainsi que les sanctions administratives applicables.

chef de l'établissement » (C. pr. pén., art. D. 249-3, 5°) sont parfois effectués, rendant plus difficile l'accès du détenu à la connaissance de l'acte répréhensible.

S'agissant des sanctions disciplinaires, l'incertitude règne également. Elles ont généralement une incidence plus large que celle qui leur ait initialement conférée par les textes réglementaires qui les prévoient. Elles peuvent en effet entraîner un retrait du crédit de réduction de peine, un refus d'une semi-liberté, etc.²³⁶⁹. La prévisibilité inhérente au principe de légalité n'est donc pas pleinement reprise en droit disciplinaire pénitentiaire tant en ce qui concerne les fautes qu'en ce qui concerne les sanctions. Une conclusion identique peut être formulée s'agissant de certains pans du droit disciplinaire intervenant dans le domaine professionnel.

b. Principe de légalité et droits disciplinaires acceptés

977. *Légalisme insuffisant.* – S'inscrivant dans les relations professionnelles et éparpillés dans des textes aussi divers que les codes de déontologie, les règlements intérieurs, les statuts d'associations ou de syndicats ou encore dans les décrets portant règlement de la déontologie et de la discipline dans certains secteurs, les différents droits disciplinaires acceptés ne semblent pas respecter aveuglément le principe de légalité. En ce sens, MM. LÉGAL et BRETHER DE LA GRESSAYE, soulignaient que le droit disciplinaire « *n'est pas astreint au principe de la légalité parce que les diverses institutions particulières n'ont pas de règlements précis et que c'est la coutume qui détermine les actes répréhensibles et les sanctions appropriées* »²³⁷⁰. Face à cette affirmation, deux points peuvent être soulevés afin de relativiser l'exclusion du principe de légalité de la sphère disciplinaire. Tout d'abord, nous ne pouvons nier qu'une "textualisation" soit intervenue en matière disciplinaire et que la coutume soit devenue le plus souvent une donnée marginale ; à ce titre, on a pu parler de « *légalité disciplinaire* »²³⁷¹. Ensuite, il faut remarquer que la légalité doit s'entendre largement et d'un point de vue substantiel, et non de manière formelle ou organique tendant à reconnaître une valeur à la seule loi *stricto sensu*. Ainsi, dès lors que s'échappe des textes incluant des fautes et des

²³⁶⁹ Ces incidences des sanctions disciplinaires constituent, selon les termes de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, des « *sanctions d'application de la peine* » (*Etude sur les droits de l'homme dans la prison*, 27 janvier 2000). Sur cette idée de percevoir la discipline pénitentiaire comme une modalité d'exécution de la peine privative de liberté, V. *supra*, n°.

²³⁷⁰ LÉGAL (A.) et BRETHER DE LA GRESSAYE (J.) cité in DELMAS-MARTY (M.), *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., p. 226.

²³⁷¹ LYON-CAEN (A.), « Sanction disciplinaire dans l'entreprise et droit étatique », op. cit., p. 110.

sanctions disciplinaires une certaine normalisation de la matière, le principe de légalité semble respecté. Encore faut-il toutefois que cette légalité soit caractérisée par les qualités classiquement exigées sur ce point : la clarté et la précision.

Ainsi, pour que soit véritablement respecté le principe de légalité, il convient finalement de se demander si le domaine disciplinaire concerné a l'ambition de parvenir à une régulation efficace et légitime de l'activité en question²³⁷². En effet, les exigences de clarté et de précision collaborent d'une part à l'efficacité de la discipline mise en œuvre suivant une rationalité déterminée préalablement et favorisent d'autre part l'acceptabilité de la sanction qui, nous l'avons vu²³⁷³, demeure le fondement de cette forme de discipline. Illustrons nos propos par l'exposé de certaines situations caractéristiques de l'élasticité du principe de légalité en matière disciplinaire.

978. Pouvoir disciplinaire de l'employeur dans le secteur privé. – La généralité de la répression disciplinaire en ce domaine est révélée par l'article L. 122-40 du Code du travail : « *Constitue une sanction [disciplinaire] toute mesure, autre que les observations verbales, prises par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif* ». Avec l'utilisation de la formule *par lui*, cette disposition renvoie au règlement intérieur – souvent critiqué pour son caractère unilatéral – qui, selon l'article L. 122-34 dudit code, fixe « *les règles générales et permanentes relatives à la discipline* ».

979. S'agissant tout d'abord de la précision et de la clarté des agissements répréhensibles, on ne peut que souscrire à un certain désappointement. Les prescriptions en matière disciplinaire sont souvent « *formulées de manière tellement générale que les comportements visés ne sont plus identifiables* »²³⁷⁴. Sans pour autant œuvrer dans l'arbitraire dans la mesure où l'employeur doit respecter les exigences tirées du Code du travail²³⁷⁵ et des conventions collectives, le pouvoir disciplinaire ici étudié reste marqué par une assez grande liberté. Pour preuve, notons cet arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 2 décembre 2003 qui reconnut comme constitutif d'une faute disciplinaire un retrait de permis de conduire suite

²³⁷² Traitant plus particulièrement du milieu des affaires, V. DELMAS-MARTY (M.), *op. cit.*, p. 227.

²³⁷³ V. *supra*, n° .

²³⁷⁴ LYON-CAEN (A.), *op. cit.*, p. 111. V. également SAVATIER (J.), *op. cit.*, n° 32 : « *l'employeur peut sanctionner des comportements du salarié qui n'étaient pas définis à l'avance comme constitutifs de fautes disciplinaires* ».

²³⁷⁵ V. spéc. l'article L. 122-41 C. trav. relatif à l'information écrite préalable du salarié, à la notification et à la motivation de la sanction disciplinaire. Selon le Pr. J. SAVATIER, la « *motivation de la sanction est une garantie essentielle contre l'arbitraire. Elle permet le contrôle judiciaire du bien-fondé de la sanction* » (*op. cit.*, n° 248).

à une conduite sous l'empire d'un état alcoolique, bien que ce comportement ait été commis en dehors du temps de travail²³⁷⁶. L'extension du domaine disciplinaire est ici manifeste ; extension qui est par ailleurs textuellement consacrée s'agissant des notaires, des avoués, des commissaires-priseurs, des huissiers de justice ou encore des avocats. En ces domaines, tout manquement « *même se rapportant à des faits extraprofessionnels* » peut donner lieu à sanction disciplinaire²³⁷⁷.

980. S'agissant de la précision et de la clarté des sanctions, une garantie semble offerte par l'article L. 122-34 précité qui souligne que le règlement intérieur, outre la détermination générale de la discipline, fixe « *notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur* ». La règle *nulla poena sine lege* semble dès lors consacrée tant qualitativement (nature de la sanction) que quantitativement (quantum de la sanction). Mais de nombreux auteurs – reconnaissant pourtant une limitation du pouvoir disciplinaire par l'immixtion du principe de légalité – ne cachent pas leur déception quant à l'absence d'une évolution *substantielle* dans l'inclusion de ce principe dans la répression disciplinaire de l'employeur. S. FROSSARD estime par exemple que la loi du 4 août 1982, encadrant le pouvoir disciplinaire professionnel²³⁷⁸, « a esquissé *une transposition en droit disciplinaire du principe de légalité des peines (...)* [et que] *l'obligation de mentionner la nature et l'échelle des sanctions donne quelque consistance à l'application en droit disciplinaire du travail d'un substitut, certes bien imparfait, à la légalité des peines* »²³⁷⁹. Si quantitativement, la sanction disciplinaire peut être réduite par le juge en cas de disproportion par rapport à la faute commise²³⁸⁰, on ne peut que regretter que dans sa dimension qualitative certaines étrangetés demeurent. Avant même la proportionnalité de la sanction – principe qui n'est qu'un accessoire de la légalité – il existe la règle de la prévisibilité qui est, quant à elle, le fondement

²³⁷⁶ Soc. 2 déc. 2003, *Bull. civ.* V, n° 304 ; *JCP* 2004.II.10025, note D. Corrignan-Carsin ; *RTD civ.* 2004, p. 729, obs. J. Mestre et B. Fages ; *JCP éd. E.* 2003, act. 327 : le salarié, affecté en exécution de son contrat de travail à la conduite de véhicules, a fait l'objet d'un licenciement disciplinaire à la suite d'un retrait de permis de conduire intervenu en dehors du cadre professionnel.

²³⁷⁷ Pour les notaires, les avoués, les commissaires-priseurs et les huissiers de justice, V. art. 2 de l'ordonnance n° 45-1418 du 28 juin 1945 relative à la discipline des notaires et de certains officiers ministériels (*JO* du 29 juin 1945, p. 3926). Pour les avocats, V. art. 183 du décret n° 91-1197 du 27 nov. 1991 organisant la profession d'avocat (*JO* du 28 nov. 1991) modifié par le décret n° 2005-531 du 24 mai 2005 (*JO* du 26 mai 2005, p. 9107).

²³⁷⁸ Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, dite "Loi Auroux", *JO* du 6 août 1982, p. 2518 ; *D.* 1982, Lég. p. 383.

²³⁷⁹ FROSSARD (S.), « Les évolutions du droit disciplinaire », *D.* 2004, chron. p. 2454 (c'est nous qui soulignons). Dans le même sens, V. LYON-CAEN (A.), *op. cit.*, p. 113 : « *L'idée d'une légalité disciplinaire, clairement présentée dans la loi du 4 août 1982 n'a, en fin de compte, reçu qu'une consécration limitée* ».

²³⁸⁰ C. trav., art. L. 122-43.

du principe de légalité. Or, sur ce point, il faut admettre que l'article L. 122-34 du Code du travail se trouve dépassé par la jurisprudence. Conformément à la théorie de l'institution²³⁸¹ et au nécessaire maintien de cette dernière, la Cour de cassation a validé le prononcé d'une sanction pourtant non prévue par un règlement intérieur²³⁸².

On le voit, de nombreuses spécificités se découvrent donc en "droit disciplinaire privé" ; spécificités se retrouvant, *mutatis mutandis*, dans le droit disciplinaire de la fonction publique.

981. Pouvoir disciplinaire de l'employeur dans la fonction publique. – A l'image du pouvoir disciplinaire exercé dans le secteur privé, le droit disciplinaire de la fonction publique souffre d'une imprécision des incriminations et des sanctions. S'agissant tout d'abord des incriminations, la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires²³⁸³ fait part, en son article 29, du pouvoir de sanction disciplinaire à l'encontre des agents de la fonction publique : « *Toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale* ». Plus spécifiquement, les dispositions relatives à la discipline des magistrats méritent également d'être citées au vu de leur particulière généralité. L'article 43 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958²³⁸⁴ précise en effet que « *tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité, constitue une faute disciplinaire* ». L'imprécision semble encore davantage marquée s'agissant des militaires. La loi n° 2005-270 du 24 mars 2005²³⁸⁵ en son article 40 énonce simplement que « *sans préjudice des sanctions pénales qu'ils peuvent entraîner, les fautes ou manquements commis par les militaires les exposent [à des sanctions disciplinaires]* ».

La généralité de ce type de dispositions est incontestable puisqu'elles se rapportent à toutes les infractions contenues dans les dispositions pénales et, pour les militaires, dans les titres II et III du Livre III du Code de justice militaire (art. L. 321-1 et ss.). Aucune référence directe à des fautes spécifiquement disciplinaires n'est établie. Le renvoi aux infractions pénales et

²³⁸¹ V. *supra*, n° et les références en note.

²³⁸² Soc. 16 juin 1945, *Dr. soc.* 1946, p. 427, note P. Durand – Soc. 25 juin 1987, *Bull. civ.* V, n° 423 ; *Dr. soc.* 1988, p. 258, obs. J. Savatier ; *D.* 1987, IR p. 165.

²³⁸³ *JO* du 14 juillet 1983, p. 2174.

²³⁸⁴ Ord. n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, *JO* du 23 déc. 1958, p. 11551.

²³⁸⁵ Loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires, *JO* du 26 mars 2005, p. 5098.

militaires démontre donc l'inexistence de fautes disciplinaires *stricto sensu* mais également le recours nécessaire à la loi pénale pour obtenir des normes répressives précises. Selon certains auteurs pourtant, dans toutes ces situations, « *il est excessif de parler d'absence de légalité de la faute et [il est] probablement plus exact d'invoquer une "légalité négative" »*²³⁸⁶. Cette approche de la légalité disciplinaire laisse perplexe dans la mesure où il est inconcevable que l'autorité disciplinaire puisse, suivant cette technique, s'assigner « *un champ de légalité indéfini* »²³⁸⁷. La contradiction des termes est criante : comment peut-on encore parler de principe de légalité, dont le but est précisément d'instaurer un cadre d'action et de répression, quand aucune limite – sinon celles d'autres matières – n'est expressément prévue ? La légalité existe positivement ou n'existe pas.

982. Ces critiques se retrouvent quant à la détermination des sanctions. Si nombre de sanctions sont effectivement établies dans des dispositions textuelles, le Conseil d'Etat « *n'hésite guère à admettre le droit pour l'administration d'infliger certaines sanctions non prévues par une disposition générale préexistante* »²³⁸⁸. Il est clair ici que l'application de la règle *nulla poena sine lege* demeure encore très approximative. Le principe de légalité souffre donc soit de la généralité des termes instituant la répression disciplinaire, soit de l'absence même de toute prévision textuelle. Au-delà de ces deux écueils, il est à craindre toutefois qu'il ne souffre également d'une qualification ambiguë de la répression disciplinaire qui se trouve, parfois, assimilée au pouvoir de direction du supérieur hiérarchique.

983. Pouvoir de direction et pouvoir disciplinaire. – Outre la généralité perceptible dans les textes, la fonction publique établit une distinction pouvant ruiner toute éventuelle légalité ; cette distinction se retrouvant en substance dans le secteur privé. A côté de son pouvoir disciplinaire, le chef d'entreprise dispose en effet d'un pouvoir de direction « *qui lui permet de prendre les décisions de gestion de l'entreprise, et notamment de donner des ordres ou instructions au personnel placé sous son autorité* »²³⁸⁹. Le pouvoir de direction ou, dans la fonction publique, celui de prendre des mesures dans l'intérêt du service, comporte donc une certaine forme de coercition. De ce fait, un détournement de procédure peut intervenir. Pour

²³⁸⁶ PRALUS-DUPUY (J.), *Rép. pén.*, op. cit., n° 34 citant BÉRAUD (J.-M.), « La discipline dans l'entreprise », *Mélanges Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 1989, p. 383.

²³⁸⁷ *Ibid.*

²³⁸⁸ AUBY (J.-M.), « Les sanctions administratives disciplinaires applicables aux usagers volontaires des services publics », op. cit., p. 89. L'auteur cite par ailleurs certains arrêts du Conseil d'Etat : C.E. 16 févr. 1912, *Yvert, Leb.* p. 237 – C.E. 27 mars 1931, *Crozat, Leb.* p. 386 – C.E. 8 juill. 1936, *Dame Hoarau, Leb.* p. 743.

²³⁸⁹ SAVATIER (J.), op. cit., n° 2.

éviter les exigences liées à la procédure disciplinaire, comme la réunion d'un conseil de discipline dans la fonction publique ou la consultation du dossier par le fonctionnaire concerné, il est tentant pour le chef de service de qualifier la sanction prononcée de *mesure prise dans l'intérêt du service* et non explicitement de sanction disciplinaire²³⁹⁰. Pourtant, si le comportement fautif de la personne se trouve prioritairement pris en considération et si une instruction non dépourvue de toute contrainte pour l'agent est prononcée, il est illusoire de croire que ce chef de service est encore animé par les seuls intérêt et équilibre de l'institution. Il souhaite également réprimer un acte, atteignant certes le service, mais étant surtout *considéré par lui comme fautif*. Par ce dévoiement des concepts, l'autorité hiérarchique a alors un large pouvoir d'appréciation quant à la qualification de l'acte et des garanties qui s'ensuivent. La légalité pouvant être initialement établie pour la répression disciplinaire se trouve dès lors écartée par ce mécanisme tendant à mettre en avant, de manière artificielle, le pouvoir de direction.

Suivant le dernier état de la jurisprudence du Conseil d'Etat, la qualification de *mesure prise dans l'intérêt du service* semble alors exclusive de la qualification disciplinaire, ce qui constitue un détournement injustifié de la légalité disciplinaire. L'application de la règle *nulla poena sine lege* dans les droits disciplinaires acceptés reste relative ce qui ne peut traduire une pénalisation satisfaisante de ce pan du droit répressif extra-pénal. La liberté que connaît ici le juge en matière de légalité tranche avec l'état de soumission auquel il peut être parfois confronté lors de la détermination du quantum de la sanction.

B. – Ignorance sporadique du principe de modulation de la sanction par la répression extra-pénale

984. Extension du principe de légalité. – Outre la règle de la non-rétroactivité des lois plus sévères, de la rétroactivité *in mitius* ou encore l'impératif de précision et de clarté des textes, le principe de légalité possède une autre composante : le caractère non-automatique des sanctions. Si la sanction prononcée doit être issue d'un texte, elle doit également être l'œuvre du juge ou de l'autorité punitive qui la façonne en fonction du degré de gravité de la faute commise. Cet écart entre la sanction prononcée et le texte même, tel que celui-ci la prévoit,

²³⁹⁰ Sur ce point, V. C.E. 26 oct. 2005, *Gollnisch*, op. cit. *Contra*, V. CAA Versailles 16 déc. 2004, *Petites affiches* 20 juill. 2005, n° 143, p. 15 : la Cour administrative d'appel de Versailles a décidé que le retrait d'emploi de direction d'école prise dans l'intérêt du service n'en revêt pas moins à l'égard du fonctionnaire en cause un caractère disciplinaire.

renvoie au pouvoir de modulation, voire de modération, de la sanction de la part du détenteur du droit de punir.

985. Modulation et procès équitable. – Selon la Cour européenne des droits de l’homme, le concept de *procès équitable* exige que le détenteur du droit de prononcer une mesure de nature "pénale" dispose d’un pouvoir de pleine juridiction. Dans l’arrêt *Schmautzer* précité, le juge européen expose cette exigence en précisant que ce détenteur du droit de punir doit jouir du « *pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise* ». Ce pouvoir de réformation conduit nécessairement à reconnaître un pouvoir de modulation de la sanction aux autorités capables de la prononcer.

Si cette lecture de la jurisprudence européenne paraît incontestable, nous ne pouvons que regretter que le Conseil d’Etat²³⁹¹, notamment dans le domaine fiscal, ignore cette prescription conventionnelle et refuse d’accorder un pouvoir de modulation au juge. Mais avant d’envisager

les dérogations au principe de la modulation de la sanction par certains pans du droit de punir extra-pénal et de régulation (2°), il est nécessaire de poser les éléments essentiels de cette règle (1°).

1°/ Exposé du principe de modulation de la sanction

986. Distinction générale entre modération et modulation. – De nombreuses études doctrinales se sont interrogées sur le pouvoir modérateur du juge²³⁹². Celui-ci consiste en un « *pouvoir exorbitant conféré au juge par la loi dans des cas spécifiés (exceptionnels) de déroger à l’application normale de la règle de droit (strict), lorsque celle-ci entraînerait des conséquences d’une rigueur manifestement excessive* »²³⁹³. Le pouvoir de modulation quant à lui est, la plupart du temps, simplement esquissé dans ces diverses réflexions et présenté

²³⁹¹ C.E. 5 avril 1996 (avis), *Houdmond, Leb.* p. 116 ; *Rev. jurisp. fisc.* 1996, n° 607 et p. 311, chron. S. Austray ; *Dr. fisc.* 1996, comm. 765, concl. J. Arrighi de Casanova ; *RFD adm.* 1997, p. 843, note J. Petit – C.E. 8 juill. 1998, *Fattell, Dr. fisc.* 1998, comm. 842 ; *Rev. jurisp. fisc.* 1998, n° 970 et p. 637, concl. J. Arrighi de Casanova. *Contra*, TA Strasbourg 8 déc. 1994, *Rev. jurisp. fisc.* 1996, n° 73 ; *RTDH* 1995, p. 522 ; *RUDH* 1995, p. 120, obs. G. Cohen-Jonathan (« Les tribunaux administratifs et les traités relatifs aux droits de l’homme : quelques observations à propos du jugement du tribunal administratif de Strasbourg du 8 décembre 1994 ») et p. 145, concl. J.-J. Louis – TA Saint-Denis de la Réunion 17 déc. 1997, *Rev. jurisp. fisc.* 1998, n° 176.

²³⁹² BRUNET (C.), *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, thèse, Paris, 1973 ; FISCHER (J.), *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004 ; LAFAY (F.), *Le pouvoir modérateur du juge en droit privé*, thèse, Lyon-III, 2004 ; GROSSEN (J.-M.), « Le pouvoir modérateur du juge civil suisse », *Mélanges Cornu*, Paris, P.U.F., 1994, p. 193 ; PASTRÉ-BOYER (A.-L.), « Note sous Civ. 1^{ère} 12 juill. 2005 (Pouvoir modérateur du juge en cas de clause d’indemnisation forfaitaire) », *D.* 2005, Jurisp. p. 3021.

comme la faculté laissée au juge, en dehors de toute disproportion manifeste, de réduire l'intensité d'une norme afin d'atteindre « *une exacte proportionnalité entre la finalité de la règle et ses effets pratiques* »²³⁹⁴.

Ces précisions effectuées, on constate qu'une distinction s'établit donc entre les deux concepts, la modulation étant empreinte – plus que la modération – d'un souci constant d'équité ; le pouvoir modérateur ne s'exerçant qu'au vu d'une disproportion manifestement excessive. Si nous circonscrivons notre propos à la seule modulation, force est de constater que l'objet de ce mécanisme reste la norme dans son ensemble et non spécifiquement la sanction²³⁹⁵. Or la modulation de la sanction reste un critère essentiel dans la mise en perspective d'un réel *droit* de punir à travers ses caractéristiques essentielles que sont la nécessité, l'individualisation et la proportionnalité.

987. Importance de la modulation dans la perspective punitive : affirmation de la nécessité de la sanction. – Traitant du pouvoir de modulation reconnu au juge en droit civil français, un auteur admettait que cette prérogative n'est « *qu'une simple faculté et ne confère pas au juge un pouvoir normatif* »²³⁹⁶. Ce pessimisme ne conduit-il pas à de fâcheuses conclusions lorsque nous transposons ces propos au détenteur du droit de punir ?

La reconnaissance envers le juge d'un pouvoir *minimum* dans la détermination de la peine confèrerait à la loi une réelle omnipotence en cette matière. Dans cette logique, et s'agissant plus spécifiquement de l'exercice du droit de punir, cela reviendrait à prévoir la possible automaticité des sanctions. La loi seule fixerait les sanctions devant être appliquées en un domaine particulier, le juge n'ayant quant à lui aucune possibilité de discuter la pertinence du prononcé de cette mesure, ni le quantum de celle-ci. Dans cette hypothèse, le rôle du juge serait très largement réduit ; aucune appréciation de l'opportunité et, dès lors, de la nécessité de la sanction ne pouvant intervenir.

Occultant le pouvoir de modulation des juges, le principe de l'automaticité des sanctions s'en remet donc à la loi pour révéler le caractère nécessaire de celles-ci. Or, la modulation légale

²³⁹³ CORNU (G.) (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Modérateur (pouvoir) ». En ce sens, V. également FISCHER (J.), op. cit., n° 7 et ss. et spéc. n° 14.

²³⁹⁴ FISCHER (J.), op. cit., n° 14, pp. 29-30.

²³⁹⁵ Sur la modulation de la sanction, V. toutefois LAFAY (F.), *thèse précit.*, n° 735 et ss.

²³⁹⁶ FISCHER (J.), op. cit., n° 74. V. toutefois les développements ultérieurs de cet auteur revenant expressément sur ce point (n° 92 et 93).

ne pourra jamais atteindre la qualité inhérente à la modulation juridictionnelle qui, au-delà de la mise en évidence de la nécessité de la sanction, participe à l'individualisation de cette dernière. Individualisation qui demeure une règle d'une « *nécessité impérieuse* »²³⁹⁷ s'agissant de la mise en œuvre du droit de punir.

988. Importance de la modulation dans la perspective punitive : retour à l'individualisation de la peine. – Nous savons que le juge adapte la peine, par un processus d'individualisation, à la personnalité ou aux capacités financières du délinquant et aux circonstances particulières de l'infraction (C. pén., art. 132-24)²³⁹⁸. De fait, et comme l'exprime le Pr. MAYAUD, il est clair que « *l'automatisme d'une peine est difficilement conciliable avec une politique d'individualisation* »²³⁹⁹ ; cette antinomie se mesurant principalement grâce à deux critères.

D'une part, le caractère automatique et/ou fixe de la sanction – c'est-à-dire le rejet du pouvoir modulateur de l'autorité détentrice du droit de punir – interdit de considérer l'"humain". Engendré par l'espoir d'amendement des personnes, le vent humaniste soufflant sur les mécanismes d'individualisation²⁴⁰⁰ se trouve alors stoppé par le carcan légaliste entourant la sanction. Occultant l'individu, la loi opère ainsi une égalité parfaite – mais rigide – entre les infractions et les contrevenants. Seule la flexibilité reconnue au détenteur du droit de punir dans le choix et la détermination de la sanction permet de garantir la disparité naturelle établie entre les personnes d'une part et entre leurs actes d'autre part. Nier le pouvoir de modulation du juge revient donc à établir une trop lourde rigidité dans la répression des comportements et la punition des individus²⁴⁰¹.

²³⁹⁷ PRADEL (J.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 629, p. 574.

²³⁹⁸ Cet article fut complété par un nouvel alinéa issu de l'article 4 de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales (op. cit.).

²³⁹⁹ MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 470. Une réflexion similaire peut s'induire de l'éventuelle fixité de la sanction.

²⁴⁰⁰ Outre l'article 132-24 C. pén., nous pouvons citer l'article 720-1-1 C. pr. pén. dont la philosophie « *repose sur une humanisation du droit pénal qui imprègne non seulement, d'ailleurs, notre droit national, mais l'ensemble de celui des Etats signataires de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » (MARON (A.), « Note sous Crim. 28 sept. 2005 », *Dr. pén.* 2005, comm. 183, p. 25).

²⁴⁰¹ Nous restons très étonnés de la méfiance qu'exprime un auteur sur la "liberté" conférée au juge par le Code pénal de 1994 quant à la détermination des peines. Selon lui, « *avec l'individualisation des peines, et le nouveau Code pénal (de 1994) qui ne connaît que des maxima, le risque d'inégalité pour des fautes égales est considérable* » (BERNARD (G.), « Sanction pénale (abord historique et philosophique de la –) » in LOPEZ (G.) et TZITZIS(S.) (sous la dir.), *Dictionnaire des sciences criminelles*, op. cit., spéc. p. 849). S'il est vrai qu'une disparité puisse intervenir entre les juridictions, pouvons-nous raisonnablement craindre une *inégalité sensible* entre les personnes jugées ? Le croire reviendrait à rabaisser le pouvoir d'individualisation judiciaire à un véritable arbitraire. Nous ne pensons pas que le mécanisme de personnalisation de la peine théorisé par SALEILLES

D'autre part, l'automatisme et la fixité de la sanction ne sauraient refléter la dualité de l'individualisation de la sanction. Suivant ce dernier principe, la détermination de la sanction conduit en effet « à une aggravation de celle-ci par rapport à la norme (...), ou au contraire à son atténuation »²⁴⁰². En cristallisant le quantum de la sanction à un taux prédéfini, la loi ne peut permettre la modulation de la sanction au-delà ou en deçà de celui-ci selon la personnalité ou les circonstances particulières de l'affaire. Ici se trouve mise en exergue, une nouvelle distinction entre modulation et modération. Alors que le pouvoir de modération induit nécessairement une logique d'indulgence ou, plus sobrement, de réduction de l'intensité de la sanction, le pouvoir de modulation répond quant à lui plus largement tant à une demande de diminution qu'à une demande d'aggravation de cette sanction.

989. Nier l'indispensable individualisation de la sanction, revient donc, on le voit, à nier l'hétérogénéité des actes infractionnels et, de manière plus critiquable, la diversité des personnalités. S'il est vrai que la loi reste « le point d'appui stable du juste »²⁴⁰³, force est de reconnaître que cette quête du juste ou de l'équité induit une démarche volontariste du juge mais également, selon les cas, de l'autorité administrative ou disciplinaire alors détentrice du droit de punir. Seule cette dynamique permettra de parvenir à une plus juste proportionnalité dans la répression, ultime qualité requise de la sanction prononcée.

990. Importance de la modulation dans la perspective punitive : affirmation de la proportionnalité de la sanction. – Si la proportionnalité de la sanction établie par la loi permet une compréhension satisfaisante par l'agent de sa possible punition²⁴⁰⁴, reconnaissons que cette intelligibilité ne prend véritablement corps qu'avec l'effort d'adaptation de cette mesure à l'infraction et au délinquant effectué par le détenteur du droit de punir. La proportionnalité de la sanction apparaît comme le corollaire technique du principe humaniste d'individualisation que nous venons d'énoncer. Ces deux règles sont en effet guidées par le même souci de la plus juste adaptation de la sanction à la gravité de l'acte, à la dangerosité de la personne mais également à ses perspectives d'amendement ou de récidive, c'est-à-dire à la

mérite un si lourd procès.

²⁴⁰² JEANDIDIER (W.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 415, p. 466. V. également la belle formule du Pr. MAYAUD : la politique humaniste d'individualisation de la sanction « n'est pas synonyme de clémence systématique. La personnalisation ne se confond pas avec une répression toujours orientée à la baisse. Elle a également ses tendances haussières » (*Droit pénal général*, op. cit., n° 485, p. 458).

²⁴⁰³ FISCHER (J.), op. cit., n° 74.

²⁴⁰⁴ V. *supra*, n°^{os} et .

multitude des éléments matériels et personnels devant être pris en considération afin de garantir à la répression – pénale, administrative ou disciplinaire – sa pleine légitimité²⁴⁰⁵.

991. Manque de modulation et carence de la "pénalisation". – Devant cette démonstration de l'importance de la modulation de la sanction et de son rôle dans la détermination et la justification du droit de punir, il est regrettable que ce principe ne soit pas pleinement respecté en certains domaines répressifs extra-pénaux. L'existence d'un pouvoir de modulation de la sanction de la part de l'autorité détentrice du droit de punir constitue en effet un critère important de la qualité du processus de "pénalisation" du contentieux extra-pénal. A l'inverse, l'absence de modulation et les dérogations pouvant exister sur ce point révèlent une carence dans le rapprochement des logiques pénale et extra-pénale. Déroger au principe de la modulation de la sanction revient dès lors à souligner la spécificité de ces deux systèmes répressifs d'une part et leur impossible mise en concurrence d'autre part.

2°/ Dérogations au principe de modulation de la sanction

992. Excepté le domaine spécifique du droit disciplinaire pénitentiaire où la violation du principe de modulation reste assez marginale (a), l'absence de pouvoir de modulation de la sanction extra-pénale et le risque lié à son automaticité s'expriment essentiellement dans l'exercice du droit administratif répressif et plus précisément en matière fiscale (b). Cette disparité dans l'application de cette règle attestant de la délicate mise en œuvre d'un véritable droit de punir extra-pénal aux contours uniformes.

a) Déficience du pouvoir de modulation de la sanction en droit disciplinaire pénitentiaire

993. Anomalie dans le choix de la sanction. – Si l'ensemble du droit disciplinaire reste touché par ce phénomène²⁴⁰⁶, on constate néanmoins une brèche plus nette dans le processus de modulation de la sanction au comportement de la personne en matière de discipline pénitentiaire. De manière générale, en ce qui concerne le principe de proportionnalité entre la faute et la sanction disciplinaires en milieu carcéral, aucun véritable reproche ne semble devoir être effectué. L'article D. 251-5, alinéa 1^{er} C. pr. pén. précise en effet que les sanctions

²⁴⁰⁵ En ce sens, V. DELMAS-MARTY (M.) et TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, p. 90.

²⁴⁰⁶ Sur les contrôles restreints effectués par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation en matière d'appréciation de la proportionnalité de la sanction à la faute, V. PRALUS-DUPUY (J.), *Rép. pén.*, *op. cit.*, spéc. n° 107 ; « L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et les contentieux de la répression disciplinaire », *op. cit.*, pp. 741 à 743.

prononcées devront être « *proportionnées à la gravité des faits et adaptées à la personnalité de leur auteur* ». Le respect de la proportionnalité est par ailleurs favorisé par la classification des fautes disciplinaires en trois degrés en rapport avec la gravité des faits²⁴⁰⁷.

Tout risque de disproportion est-il pour autant évacué ? Rien n'est moins sûr ; des anomalies pouvant s'installer dans le choix des sanctions. D'un point de vue qualitatif en effet, une absence de logique entre la faute et la sanction peut s'instaurer. Ce point a été très clairement analysé par le Pr. P. COUVRAT : « *l'utilisation de toutes les sanctions d'ordre général, y compris les sanctions de cellule, est possible quel que soit le degré de la faute. On peut très bien concevoir par exemple une "punition de cellule" pour une faute du troisième degré et un avertissement pour une faute du premier degré. Autrement dit, il n'y a pas (...) de corrélation entre la [nature de la] sanction et l'importance de la faute, ce qui diminue fortement l'intérêt d'une division des fautes en trois degrés* »²⁴⁰⁸. Cette anomalie qualitative – et corrélativement quantitative – permet donc de douter de la rigueur avec laquelle le droit disciplinaire pénitentiaire retranscrit le principe de proportionnalité. Ce doute pourra semble-t-il s'estomper au vu d'un recours devant le juge, garantissant ainsi le rétablissement d'une proportion entre la faute et la sanction disciplinaires. Mais ce recours juridictionnel, mis en exergue notamment par l'arrêt *Marie* du 17 février 1995, répond-il à ces exigences ?

994. Un recours suffisant ? – Le juge administratif a la possibilité de contrôler la sanction disciplinaire. Il examine ces mesures au regard de l'erreur manifeste d'appréciation et peut ainsi remettre en cause ces sanctions si une disproportion manifeste avec la faute commise existe. Ce recours semble donc pallier les lacunes ou les défauts précédemment énoncés concernant les choix qualitatif et quantitatif de la sanction disciplinaire.

Pourtant, on ne saurait se contenter pleinement de ce recours dans la mesure où celui-ci reste circonscrit aux sanctions disciplinaires qui, selon le Conseil d'Etat, sont des mesures portant grief. Or, celles-ci semblent aujourd'hui constituées par les seules punitions de cellule. Si nous avons précisé plus haut que d'autres mesures disciplinaires pouvaient avoir cette

²⁴⁰⁷ L'article D. 249-1 C. pr. pén. énonce les fautes du 1^{er} degré, c'est-à-dire les plus graves. L'article D. 249-2 expose les fautes du deuxième degré de gravité moyenne. L'article D. 249-3 rassemble quant à lui les fautes du troisième degré d'une gravité relativement faible. Pour une présentation exhaustive de ces fautes, V. PRADEL (J.), « Le nouveau régime disciplinaire des détenus depuis le décret n° 96-287 du 2 avril 1996. Une révolution en droit pénitentiaire », *op. cit.*, pp. 320 à 322.

²⁴⁰⁸ COUVRAT (P.), « Le régime disciplinaire des détenus depuis le décret du 2 avril 1996 », *op. cit.*, p. 714.

caractéristique et être incluses dans la matière pénale²⁴⁰⁹, force est de constater que la mise en cellule disciplinaire demeure la seule mesure ayant été reconnue expressément par le juge comme une mesure portant grief²⁴¹⁰. De ce fait, « *des sanctions disciplinaires échapperont encore à tout recours (...) [et] le cadre du contrôle juridictionnel du juge administratif est encore loin d'être pleinement tracé* »²⁴¹¹. La suffisance du recours contentieux permettant de garantir le détenu contre la déficience dans le choix de la sanction et, corrélativement, dans la rationalité de la réaction disciplinaire, est dès lors très largement contestable. La particularité et les défauts de la proportionnalité de la discipline carcérale que le Pr. COUVRAT avait parfaitement perçus, persistent par les insuffisantes prérogatives du juge. Mais, de manière plus grave, ce dernier voit parfois disparaître l'ensemble de son pouvoir de modulation ; tel est le cas lorsqu'est en cause notamment la répression administrative et notamment la répression fiscale.

b) Inexistence du pouvoir de modulation de la sanction en droit administratif répressif

995. Nous avons présenté plus haut les dérogations au principe de la modulation de la sanction comme étant l'œuvre du seul Conseil d'Etat²⁴¹². S'il est vrai que le juge administratif suprême, en contradiction avec le juge judiciaire, a expressément et prioritairement évacué des prérogatives du juge celle de pouvoir moduler la sanction, force est de reconnaître que le Conseil d'Etat ne reste pas isolé dans sa prise de position. Qu'il s'agisse du Conseil constitutionnel ou plus franchement de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil d'Etat trouve en ces juridictions un soutien certain. Délimitées principalement au domaine fiscal (1), on ne peut que constater que les lacunes dans le pouvoir de modulation du détenteur du droit de punir tendent à se développer au sein du droit administratif répressif, atteignant les domaines de la circulation routière et de l'emploi de travailleurs étrangers (2).

1) Dérogations en matière fiscale

²⁴⁰⁹ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

²⁴¹⁰ A côté de la mise en cellule disciplinaire, on peut raisonnablement inclure le confinement en cellule individuelle ordinaire (C. pr. pén., art. D. 251, 4^o) qui possède un régime juridique proche. D'ailleurs, l'article D. 251-5 al. 2 C. pr. pén. précise que ces sanctions « *sont réput[ées] de même nature* ». Sur ce point, V. la consécration par T.A. Lille 26 févr. 2004, *AJ pén.* 2004, p. 209, obs. J.-P. Céré. Malgré un seul jugement en la matière, la privation d'activités de formation, culturelles, sportives et de loisirs peut également être perçue comme une mesure portant grief (T.A. Dijon 28 déc. 2004, *op. cit.*).

²⁴¹¹ CÉRÉ (J.-P.), *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, *op. cit.*, pp. 299-300.

²⁴¹² V. *supra*, n^o.

996. Contrariété entre le juge administratif et le juge judiciaire. – Il existe une divergence entre le juge administratif et le juge judiciaire sur le point de savoir si l'autorité administrative – le juge notamment – dispose du pouvoir de moduler la sanction en matière fiscale. L'arrêt *Ferreira* de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 29 avril 1997 fut la première décision en matière de rejet de l'application automatique d'une pénalité fiscale (amende prévue par l'ancien article 1840 N *quater* C.G.I.) et, corrélativement, de reconnaissance au juge de l'impôt du pouvoir de se prononcer sur le principe et le montant de cette pénalité. Depuis cet arrêt, la jurisprudence judiciaire est constante et le principe énoncé est réitéré sans relâche : « *il résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'un système de majorations d'impôt ne se heurte pas à l'article 6 de la Convention pour autant que le contribuable puisse saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de ce texte ; que l'amende fiscale prévue par l'article 1840 N quater du Code général des impôts constitue une sanction ayant le caractère d'une punition et que cette disposition n'a pas institué à l'encontre de la décision de l'Administration un recours de pleine juridiction permettant au tribunal de se prononcer sur le principe et le montant de l'amende ; qu'il résulte que l'application de l'article 1840 N quater doit être écartée dans cette mesure au regard de l'article 6 § 1 susvisé* »²⁴¹³. L'inclusion dans la matière pénale nécessite donc pour la Chambre commerciale la reconnaissance explicite d'un pouvoir de modulation. Les juges judiciaires estiment que le droit d'accès à un tribunal impose que celui-ci détienne les prérogatives nécessaires quant à la réformation de la décision, ce qui renvoie indubitablement au concept de tribunal de pleine juridiction... non reconnu précisément au juge de l'impôt par le Conseil d'Etat.

997. Exigence d'un tribunal de pleine juridiction et position du Conseil d'Etat. – Pour démontrer l'importance de cette exigence, le Pr. F. SUDRE affirme que le « *contrôle du juge ne doit pas être trop limité, sous peine de vider le droit au tribunal de sa substance* »²⁴¹⁴. En faisant référence à la notion de contrôle, cet auteur reprend le principe énoncé par la Cour européenne des droits de l'homme selon lequel les exigences relatives au droit à un tribunal

²⁴¹³ Com. 29 avril 1997, *Ferreira*, op. cit. Pour une reprise de cette solution, V. par exemple Com. 23 mars 1999 (inédit) – Com. 18 mai 1999 (inédit) – Com. 1^{er} juin 1999 (3 arrêts-inédits) – Com. 22 févr. 2000, *Bull. civ. IV*, n° 38 – Com. 19 déc. 2000 (inédit). De son côté, et s'agissant des contributions indirectes, la Chambre criminelle tend à confirmer cette position et mettre en exergue le pouvoir de modulation du juge ; sur ce point, V. Crim. 7 nov. 2001 (inédit) : « *les sanctions sollicitées par l'Administration ne sont en rien disproportionnées ou excessives étant observé qu'elles sont prévues aux articles 1791 et 1804 du Code général des impôts et qu'il appartient au juge de les apprécier et de les moduler* ».

²⁴¹⁴ SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., n° 212, p. 339.

peuvent ne pas être respectées par les autorités de première instance, si elles « *subissent le contrôle ultérieur d'un organe de pleine juridiction* »²⁴¹⁵ répondant eux aux impératifs de l'article 6 § 1 Conv. EDH. Suivant cette lecture du droit au tribunal, un recours de pleine juridiction doit pouvoir être effectué, que les garanties de l'article 6 aient été ou non établies dès la première instance²⁴¹⁶.

S'agissant plus spécifiquement du domaine fiscal et des recours possibles en cette matière, les règles relatives au procès équitable et au droit au tribunal sont-elles respectées ? Malgré les exigences conventionnelles relativement strictes, force est de constater que le Conseil d'Etat persiste dans la non-reconnaissance d'un pouvoir de modulation au juge de l'impôt lors d'un recours. Il se fonde sur le fait que la proportionnalité établie par la loi entre les pénalités et le comportement du contribuable suffit à répondre aux exigences de l'article 6 § 1 Conv. EDH, le juge de l'impôt « *après avoir exercé son plein contrôle sur la qualification retenue par l'Administration, [devant] appliquer le taux de majoration prévu en ce cas par la loi sans pouvoir le moduler pour tenir compte de la gravité de la faute commise par le contribuable* »²⁴¹⁷. Le Conseil d'Etat n'inclut donc pas le pouvoir de réformation ou de modulation de la sanction dans le concept de "recours de pleine juridiction" alors même que depuis l'arrêt *Schmautzer* précité (et les autres décisions du même jour de la Cour européenne impliquant l'Autriche²⁴¹⁸), ce pouvoir – « *réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur* » – est un critère de pleine juridiction. Le Conseil d'Etat, soutenu sur ce point par une décision du Conseil constitutionnel²⁴¹⁹, s'appuie donc expressément sur l'existence préalable d'une modulation légale mais également et implicitement sur l'éventualité d'une transaction, éléments de modulation qui demeurent somme toute dérisoires.

998. Modulation dérisoire des sanctions fiscales par la loi. – Comme nous l'avons précisé²⁴²⁰, au vu du principe de proportionnalité, la modulation légale ne suffit pas à caractériser la dynamique humaniste de l'individualisation de la sanction. Or, c'est

²⁴¹⁵ CEDH 10 févr. 1983, *Albert et Le Compte c/ Belgique*, op. cit. V. également CEDH 21 févr. 1984, *Öztiirk c/ Allemagne*, op. cit. – CEDH 23 oct. 1995, *Schmautzer*, op. cit. – CEDH 20 mai 1998, *Gautrin c/ France*, *Journ. dr. intern.* 1998, p. 239, obs. H. Muscat ; *AJDA* 1998, p. 991, obs. J.-F. Flauss.

²⁴¹⁶ Sur ce point, V. *supra*, n^{os} *et ss.*

²⁴¹⁷ C.E. 5 avril 1996 (avis), *Houdmond*, op. cit.

²⁴¹⁸ Ce sont les affaires *Umlauft*, *Gradinger*, *Pramstetter*, *Palaoro* et *Pfarmerier*.

²⁴¹⁹ Cons. const. 30 déc. 1997, *Loi de finances pour 1998*, déc. n^o 97-395 DC, *JO* du 31 déc. 1997, p. 19313.

²⁴²⁰ V. *supra*, n^o .

précisément cette proportionnalité inhérente à la loi qui écarte tout pouvoir de modulation au juge de l'impôt. En prévoyant déjà pour les pénalités fiscales des montants déterminés en fonction de la nature et de la gravité de la faute commise, la loi – consacrée sur ce point par une instruction de l'Administration fiscale du 11 mai 2004²⁴²¹ – fait obstacle au pouvoir du juge de modifier ces quanta en considération des *circonstances précises de l'espèce* mais également de l'*attitude particulière prise par le contribuable... même si celui-ci s'est corrigé spontanément*²⁴²². En résumé, et suivant la lecture qu'en fait le Conseil d'Etat, la loi ôte au juge l'une des prérogatives les plus éminentes du droit de punir, à savoir le pouvoir d'individualisation de la sanction ; l'importance de cette faculté étant déterminée par le fait qu'elle participe directement à la fonction sociale du droit de punir. Cette distance prise par l'Administration quant au devoir d'individualisation de la sanction a pour origine sa non-reconnaissance par le Conseil constitutionnel en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République²⁴²³, mais également par l'inapplicabilité de l'article 8 DDHC au juge ; le principe de nécessité et de proportionnalité s'imposant semble-t-il au seul législateur²⁴²⁴.

Ce fondement de la jurisprudence administrative reste très largement contestable. En intégrant les pénalités fiscales dans la matière pénale et en leur conférant dès lors un but dissuasif et répressif²⁴²⁵, les juges administratifs et européens ont souhaité conférer à des sanctions non-pénales les fonctions propres aux peines issues du droit pénal. Disposant notamment de la possibilité de prononcer le sursis à exécution²⁴²⁶, on ne voit dès lors pas pourquoi le droit administratif répressif écarte le principe pénal posé à l'article 132-24 C. pén. Il semble que dans le domaine fiscal, les pouvoirs du juge se situent aux extrêmes : soit il ne dispose d'aucune faculté quant à la détermination du quantum de la sanction, soit, au contraire, il a la

²⁴²¹ BOI 13 N-1-04.

²⁴²² C.E. 27 avril 1979, *Société Yacht Motors Corporation*, op. cit. V. également BORNHAUSER (M.), op. cit., p. 618.

²⁴²³ Cons. const. 19 et 20 janv. 1981, déc. n° 81-127 DC, *Rec.* p. 15.

²⁴²⁴ En ce sens, V. AUSTRY (S.), « L'application des principes généraux du droit pénal aux pénalités fiscales : étendue et limites », *Rev. jurisp. fisc.* 1996, chron. p. 311 et spéc. p. 314.

²⁴²⁵ CEDH 24 févr. 1994, *Bendenoun c/ France*, op. cit.

²⁴²⁶ Sur ce point, V. SCHOETTL (J.-E.), « Chronique sous loi de finances pour 1998 », *AJDA* 1998, p. 124. En dehors du domaine fiscal, le sursis est également possible notamment en droit de l'environnement et plus précisément en cas de pollution marine et de rejets de substances nuisibles en mer ou dans les eaux salées. Le dernier alinéa de l'article L. 218-75 C. env. précise en effet que la décision du représentant de l'Etat dans la région de suspension d'une autorisation de pêche peut être assortie du sursis.

possibilité d'écarter totalement cette dernière, en refusant de punir le contrevenant²⁴²⁷. La faculté donnée à l'Administration d'effectuer une transaction avec le contribuable confirme cette situation très ambiguë des détenteurs du pouvoir de sanction en ce domaine.

999. Modulation dérisoire des sanctions fiscales par la transaction. – Le rejet d'un pouvoir de modulation au juge de l'impôt a une origine plus contestable encore que la soi-disant proportion préalablement effectuée par la loi. On avance en effet le fait que, disposant en matière gracieuse de la possibilité de transiger avec le contribuable (L.P.F., art. L. 247, 248 et 249)²⁴²⁸, l'Administration détiendrait par ce détour le pouvoir effectif de moduler la sanction, tempérant ainsi l'automatisme des sanctions fiscales²⁴²⁹.

Malgré la mansuétude que ce mécanisme semble refléter, l'invocation de la possibilité constante pour l'Administration de transiger avec le contribuable ne peut constituer une modulation de la sanction, comprise comme une modalité particulière du droit de punir et un prolongement de la "pénalisation". Elle en serait même la négation. S'il est vrai en effet que nous avons constaté les impacts punitifs du mécanisme transactionnel²⁴³⁰, il ne faut pas nier le point selon lequel l'une des caractéristiques essentielles du droit de punir, à savoir sa nature pleinement imposée, n'existe pratiquement plus en matière transactionnelle. La transaction reste dans certains de ses aspects une forme punitive et quelque peu contraignante dévolue à l'Administration ; pour autant, elle traduit également une limite incontestable de la pénalisation des droits répressifs extra-pénaux représentant le droit de punir de régulation. Le fait que le droit pénal dispose lui aussi de procédures négociées ne modifie en rien notre perception de la baisse du processus de pénalisation des droits répressifs extra-pénaux. Cela confirme au contraire cette tendance puisque nous avons vu que ces formes pénales de justice négociée constituent un fort risque de dénaturation du droit pénal²⁴³¹. En tant qu'expression punitive nécessairement partielle, la transaction ne permet pas, s'agissant des sanctions

²⁴²⁷ Sur cette idée de fausse alternative et de manque de choix, V. DEGOFFE (M.), *Droit de la sanction non pénale*, op. cit., n° 598. V. également BORNHAUSER (M.), op. cit., p. 618 : « en refusant de se reconnaître un pouvoir de modération en matière de pénalités fiscales, le juge de l'impôt applique la règle du "tout ou rien" au détriment du principe de proportionnalité des peines, qui a pourtant valeur constitutionnelle ».

²⁴²⁸ Sur ce point, V. JEANDIDIER (W.), *Droit pénal des affaires*, op. cit., n° 186 ; NÉEL (B.), op. cit., pp. 333 et ss. et spéc. pp. 337 à 344.

²⁴²⁹ En ce sens, V. spécialement DELMAS-MARTY (M.) et TEITGEN-COLLY, op. cit., p. 86 et p. 91 ; V. notamment la citation (p. 91, en note) de J.-A. ROUX selon lequel la transaction est « un moyen devant permettre de proportionner la sanction à la gravité de l'infraction ». V. également *supra* n° la formule du Pr. R. GASSIN (*Rép. pén.*, v° « Transaction », n° 131).

²⁴³⁰ V. *supra.*, n°^{os} et .

²⁴³¹ V. *supra.*, n°^{os} et ss.

fiscales, de pallier les carences du pouvoir de modulation des détenteurs du droit de punir, du fait principalement de ses limites en termes d'imposition de la sanction. Ces carences deviennent par ailleurs plus intenses puisque la position originellement isolée du Conseil d'Etat en matière fiscale tend à se développer à d'autres domaines et trouve un soutien non négligeable de la Cour européenne des droits de l'homme.

2) Extension des dérogations

1000. Droit des étrangers et confirmation de la jurisprudence du Conseil d'Etat. – Nous avons précisé plus haut²⁴³² que la contribution forfaitaire spéciale versée à l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations (C. trav., art. L. 341-7) ainsi que l'amende versée par une entreprise de transport aérien ou maritime au titre de l'article L. 625-1 C. étr. concourent directement à la progression d'un droit de punir extra-pénal. Pourtant, puisque l'on réduit très largement, lors du prononcé de ces sanctions, l'appréciation devant être faite par le détenteur du pouvoir répressif du comportement du contrevenant, il est patent de remarquer que le processus de pénalisation imprégnant ces mécanismes se trouve, sinon stoppé, du moins réfréné. Le caractère exceptionnel des modérations pouvant affecter la seconde sanction manifeste en effet la difficulté – ou la réticence – qu'exprime le ministre de l'Intérieur à user de clémence envers les entreprises de transport. S'agissant de la contribution spéciale du Code du travail, ce n'est pas l'autorité administrative qui bride son pouvoir de modulation mais bien au contraire la jurisprudence du Conseil d'Etat. Selon l'arrêt *GIE Mumm-Perrier-Jouët* du 28 juillet 1999, les dispositions des articles L. 341-7 et R. 341-35 du Code du travail n' « *habilitent pas davantage* [le juge administratif] *que l'administration elle-même à moduler les taux qu'elles ont fixés (...)* [et] *le respect des stipulations de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'implique pas non plus que le juge module l'application du barème résultant des dispositions précitées* ». En dehors du domaine fiscal, le Conseil d'Etat confirme ainsi sa confiance aveugle envers la proportionnalité issue de la tarification légale. S'instaure alors progressivement une logique de « *forfaitisation* »²⁴³³ laquelle, malgré son évident éloignement avec l'individualisation prônée par SALEILLES, trouva une confirmation dans l'arrêt *Malige* de la Cour européenne des droits de l'homme²⁴³⁴.

²⁴³² V. *supra*, n^{os} *et ss.*

²⁴³³ DELMAS-MARTY (M.) et TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, p. 90.

²⁴³⁴ CEDH 23 sept. 1998, *Malige c/ France*, *op. cit.*

1001. Droit de la circulation routière et confirmation de la jurisprudence du Conseil d'Etat. – Comme nous l'avons déjà précisé, le juge européen retient que le contrevenant a la possibilité de contester la réalité de l'infraction routière devant un tribunal – le tribunal de police. Le droit d'accès à un tribunal est ainsi respecté. Mais *quid* du droit à un bon juge, exigence imposant que « *les légitimes intérêts en présence soient protégés d'une façon qui soit la plus satisfaisante possible* »²⁴³⁵ ? Est-il possible de croire en le respect de cette exigence face à un juge qui, certes peut infirmer la réalité de l'acte mais qui, parallèlement et en cas de confirmation de l'infraction, ne peut toucher au quantum et par extension à la nature de la sanction, à savoir la perte de points du permis de conduire ?

En de telles hypothèses, nul recours de pleine juridiction n'existe véritablement. Pour autant, et en l'absence de pouvoir de modulation de la sanction de la part du juge, pouvons-nous vraiment conclure à une absence de bonne justice ? A considérer plus intensément le profil des contentieux – dits de "masse" – dans lesquels existent les dérogations au principe de modulation, le doute semble pouvoir légitimement s'installer.

1002. Vers une acceptation des dérogations. – Retirer ou refuser *ab initio* le pouvoir de modulation de la sanction à l'autorité détentrice du droit de punir – alors que ce pouvoir constitue le critère essentiel de la prérogative punitive – témoigne de deux phénomènes. Ce rejet représente un frein dans la "pénalisation" du droit de punir extra-pénal et exprime la particularité qui se dégage de ce droit. Si nous dépassons le cadre du pouvoir modulateur du juge, précisons que les droits extra-pénaux, tout en développant leur prérogative punitive, modèrent et adaptent la logique de pénalisation afin de rendre compte et de respecter leur spécificité en matière de répression.

En mettant en exergue ces caractéristiques, n'arrivons-nous pas à une acceptation de l'intégration limitée, par les droits extra-pénaux, des principes généraux du droit pénal ? Dans l'affirmative, le *droit commun de la sanction* qui, nous l'avons vu, peut difficilement s'établir dans les faits, n'est plus véritablement un regret. S'il est vrai que l'établissement d'un régime commun applicable aux sanctions pénales et extra-pénales aurait permis une plus large assurance des droits et libertés des personnes, ce régime aurait également neutralisé les spécificités de chaque système répressif. Le droit de la sanction ne peut donc, par essence, être pleinement uniforme. En effet, prôner le monisme dans les garanties accordées

²⁴³⁵ RENUCCI (J.-F.), *Droit européen des droits de l'homme*, op. cit., n° 115.

reviendrait à établir un seul système répressif général et nier la disparité des contentieux pouvant se présenter. Dès lors, loin de prêcher la disparition des dérogations au mécanisme de pénalisation, nous devons les accepter pour admettre la particularité du droit de punir extra-pénal fondé précisément sur une logique différente de celle animant le droit pénal ; la régulation pouvant et devant ainsi s'exprimer plus intensément face à la logique de résolution pénale.

– Section 2 –

Acceptation des limites du droit de punir de régulation
associé au droit de punir de résolution

1003. Manque d'unité. – L'exposé des cas dans lesquels se pose avec une acuité particulière les problèmes de réception des principes fondamentaux du droit répressif n'avait pour seul but que de mettre en perspective le manque d'unité des divers droits répressifs extra-pénaux en cette matière. L'ambition de notre étude était moins d'établir un inventaire complet des autorités punitives respectant ou non de telles exigences que de pointer du doigt les lourdes défaillances d'un système répressif – extra-pénal – souhaitant pourtant mettre en œuvre des mécanismes protecteurs communs et concurrents du droit pénal. Une telle uniformité dans les garanties accordées ne peut exister en l'état du droit positif, la loi « *multipliant les particularités à tel point que chaque sanction dispose quasiment d'un régime spécifique* »²⁴³⁶ ; ceci ruine bien évidemment la construction d'un droit commun de la sanction et éloigne le droit extra-pénal *lato sensu* d'une concurrence réelle avec le droit pénal. Il faut donc admettre qu'il n'existe pas, en matière de répression extra-pénale, une véritable théorie d'ensemble²⁴³⁷ ;

²⁴³⁶ SAILLARD (A.), *op. cit.*, p. 17.

²⁴³⁷ En ce sens, V. DELMAS-MARTY (M.) et GIUDICELLI-DELAGE (G.) (sous la dir.), *op. cit.*, p. 185 ; GUYOMAR (M.), « La sanction administrative », *Petites affiches* 12 janv. 2006, n° 9, p. 7 : « *il n'existe pas de modèle général de*

chacune des facettes de cette répression adaptant certains points ou niant au contraire certains autres.

1004. Problématique. – Suite à l'exposé des *différentes* limites établies par *différentes* autorités détentrices d'un pouvoir répressif extra-pénal en *différents* domaines tant administratif que disciplinaire, il devient indispensable de savoir si l'on peut s'accommoder de cette disparité et renoncer à l'émergence d'un Droit de punir uniforme. Devant la libre et très relative intégration des principes généraux du droit pénal, devons-nous rechercher la pénalisation absolue du droit de punir extra-pénal – l'intégrant ainsi au droit de punir aux contours pénaux affirmés – ou pouvons-nous accepter qu'une différence s'établisse entre ces deux formes de prérogative punitive ? En d'autres termes, le manque d'unité précédemment énoncé doit-il être rejeté et blâmé ? Nous ne le pensons pas ; nombreux sont en effet les bienfaits de l'hétérogénéité contribuant ainsi à l'acceptation des différences entre "droit de punir extra-pénal de régulation" et "droit de punir proprement pénal".

1005. Admission et promotion de l'hétérogénéité. – Les limites dont font preuve les droits répressifs extra-pénaux dans la recevabilité des principes généraux du droit pénal trouvent une explication dans la différenciation des buts poursuivis par chacune de ces disciplines et dans l'utilisation faite par elles du droit de punir. Ainsi, à partir de la démonstration d'une dualité d'objectifs entre les deux types de droit de punir (§ 1), il apparaît plus aisé d'accepter une certaine souplesse dans le respect des principes fondamentaux du droit pénal. Mais l'acceptation de cette différence de traitement ne peut provenir de cette seule raison. Pour être pleinement légitime, une justification tenant à la restauration du droit pénal doit être avancée. Aussi devons-nous préciser que l'émergence d'un droit de punir à finalité régulatrice, manifestation d'une nouvelle forme de "dépénalisation", favoriserait curieusement un mouvement de "re-pénalisation"²⁴³⁸. L'existence d'un système répressif distinct permettrait effectivement au droit pénal d'évacuer certains domaines de son autorité et, parallèlement, de contrôler plus efficacement les entrées dans son champ d'application. L'affirmation d'une exclusivité pénale en certains domaines serait dès lors pleinement envisageable (§ 2). Toute forme de *concurrence* étant alors rompue ; place étant faite alors à une *complémentarité* des systèmes répressifs.

la sanction administrative ».

²⁴³⁸ Pour une utilisation de cette expression, V. LE CANNU (P.), *Droit des sociétés*, Paris, Montchrestien, 2^{ème} éd., 2003, n° 448.

§ 1. – De la dualité de garanties à la dualité d'objectifs :
légitimation du cumul répressif

1006. La possibilité de déroger à la règle *non bis in idem*²⁴³⁹, c'est-à-dire la possibilité de cumuler des poursuites et des sanctions « *selon des réseaux juridiques différents* »²⁴⁴⁰, ne trouve une explication rationnelle qu'au regard de la spécificité de l'objectif même du droit de punir dit de "régulation" (B) nécessitant au préalable des restrictions dans la recevabilité des principes généraux du droit pénal (A).

A. – Exigences du droit de punir de régulation et nécessaire restriction des principes généraux du droit pénal

1007. Avant d'apprécier quelles sont les obligations attachées au droit de punir de régulation (2°), il est nécessaire de préciser que ce dernier doit aujourd'hui être entendu de manière relativement large (1°).

1°/ Extension du droit de punir de régulation

1008. Naissance du droit de la régulation. – Nul doute que le *droit de la régulation* est né de la confrontation du droit et de l'économie. Selon le Pr. M.-A. FRISON-ROCHE, cette nouvelle branche du droit conduit effectivement à « *une meilleure adéquation entre le droit et l'économie, (...) a vocation à exprimer un nouveau rapport entre le droit et l'économie* »²⁴⁴¹. Dans le sillage de cette thèse, l'ensemble de la doctrine a donc assimilé la régulation à l'ensemble des secteurs économiques et financiers devant faire appel à des règles juridiques spécifiques afin de garantir leur équilibre et surtout leur efficacité. Suivant cette logique, les autorités administratives indépendantes – dont nous avons déjà analysé le pouvoir de sanction – apparaissent prioritairement – voire exclusivement – comme les "autorités de régulation"

²⁴³⁹ Pour une analyse récente de ce principe et des questions liées aux conflits de compétences dans l'Union européenne, V. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Livre vert sur les conflits de compétences et le principe ne bis in idem dans le cadre des procédures pénales*, Bruxelles, déc. 2005.

²⁴⁴⁰ DELMAS-MARTY (M.), *Le flou du droit*, op. cit., p. 143.

²⁴⁴¹ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le droit de la régulation », op. cit., p. 610. Sur le rapport existant entre la régulation et l'économie, V. également MARCOU (G.), « La notion juridique de régulation », *AJDA* 2006, p. 349 : la régulation est « *la fonction de la puissance publique visant à la satisfaction de besoins collectifs par des activités de nature économique sous un régime concurrentiel* ».

assurant à ces domaines d'activité la stabilité fonctionnelle qu'ils recherchaient²⁴⁴². Mais doit-on véritablement circonscrire le droit de la régulation à ces secteurs économiques ?

1009. Vers une généralisation du droit de la régulation. – Nous pensons que le terme de *régulation* doit être compris non plus seulement dans un sens économique, financier, ou plus largement technique, mais dans un sens plus général tendant à englober des domaines aussi divers que la réglementation de la circulation routière²⁴⁴³, le droit des étrangers, la répression fiscale ou encore le droit disciplinaire au sens large. Un auteur a exprimé, en terme notamment d'analyse uniforme du droit de la régulation, sa crainte quant à une compréhension large du concept²⁴⁴⁴. Pourtant, nous ne pouvons aujourd'hui écarter l'ensemble des dispositifs tendant à traiter les contentieux de masse et poursuivant précisément une logique régulatrice. A titre d'exemple, l'alinéa 1^{er} de l'ancien article L. 3612-1 du Code de la santé publique précisait que le « *Conseil de prévention et de lutte contre le dopage, autorité administrative indépendante, participe à la définition de la politique de protection de la santé des sportifs et contribue à la régulation des actions de lutte contre le dopage* »²⁴⁴⁵. On le voit, la régulation n'a donc plus comme domaine exclusif l'économie et l'on doit dès lors comprendre le terme de régulation suivant une acception plus large dépassant le cadre fondateur du droit des affaires, de l'économie, des finances et des droits dits technologiques (énergie, télécommunications, audiovisuel, etc.). Comme l'énonçait un auteur à propos du

²⁴⁴² Sur l'utilisation synonymique des concepts d'*autorité administrative indépendante* et d'*autorité de régulation*, V. par exemple POCHARD (M.), « Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction », *op. cit.* ; BRISSON (J.-F.), « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.* ; AUTIN (J.-L.), « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *Rev. dr. publ.* 1988, p. 1213 ; RENAUD (S.), « Les autorités de régulation et le démembrement du pouvoir central », *RRJ* 2001, p. 2203 ; BOULOC (B.) (sous la dir.), *Autorité de régulation et vie des affaires*, Paris, Dalloz, 2006.

²⁴⁴³ Selon un auteur, le « *contrôle de la circulation routière s'insère (...) dans un système de régulation étendu, dans lequel le pénal ne tient pas toute la place* » (LOMBARD (F.), « La double compétence administrative et judiciaire en matière de suspension du permis de conduire », *op. cit.*, p. 79).

²⁴⁴⁴ JAMIN (C.), « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », *D.* 2005, p. 2342. Sur les acceptions diverses du concept de régulation, V. JEAMMAUD (A.), « Introduction à la sémantique de la régulation juridique » in CLAM (J.) et MARTIN (G.) (sous la dir.), *op. cit.*, p. 47.

²⁴⁴⁵ Cette disposition est aujourd'hui incluse dans l'article L. 232-5 I C. sport qui précise que l'« *Agence française de lutte contre le dopage, autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale, définit et met en œuvre les actions de lutte contre le dopage* ». Bien que la nouvelle rédaction ne traite pas explicitement de la régulation, il est fort probable que l'esprit de cette dernière imprègne fortement cette agence.

Comité consultatif national d'éthique, on parviendrait ainsi à l'émergence d'un « *nouveau modèle de régulation* »²⁴⁴⁶, c'est-à-dire à la naissance d'un droit de la régulation *lato sensu*²⁴⁴⁷.

1010. Vers une "pénalisation" du droit de la régulation : naissance du droit de punir de régulation. – L'analyse que nous avons effectuée et tendant à la démonstration d'une éventuelle concurrence entre le droit pénal et les droits administratif répressif et disciplinaire, nous a conduit à mettre en perspective un nombre important de prérogatives punitives exercées hors cadre pénal traditionnel. Le degré de sévérité perceptible dans les mesures – sanctions – prononcées par les autorités administratives et/ou disciplinaires participe effectivement au rapprochement des droits extra-pénaux du paradigme du droit de punir, à savoir le droit pénal.

Pour autant, et si désormais nous ne pouvons nier l'existence d'un *droit de punir de régulation* dans la mesure où nous reconnaissons un pouvoir de sanction aux diverses institutions intervenant dans les secteurs classiquement régulés (économie, bourse, télécommunications, audiovisuel, etc.) ou respectant dans leur domaine une dynamique de régulation (circulation routière, droit des étrangers, etc.), nous ne pouvons parallèlement croire en l'identité de nature entre ce droit de punir et le droit de punir strictement pénal. Les obligations particulières auxquelles sont confrontées les diverses branches du droit de punir de régulation ruinent en effet toute homogénéité punitive.

2°/ Obligations attachées au droit de punir de régulation

1011. Réciprocité des exigences. – Selon le Conseil constitutionnel, l'essentiel en matière de reconnaissance d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives (indépendantes ou non), est l'élaboration d'un droit général de la répression qui « *ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives [c'est-à-dire pénale] mais s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non-juridictionnelle [et non-judiciaire]* »²⁴⁴⁸. Mais cette

²⁴⁴⁶ PÉDROT (P.), « Le comité consultatif national d'éthique : nouvelle instance de régulation ? », *RRJ* 2001, p. 2282.

²⁴⁴⁷ Pour une présentation du droit de la régulation sous les apparences du scepticisme, V. JAMIN (C.), *op. cit.*, p. 2342 : le droit de la régulation est « *un droit nouveau en mutation constante, dont on ne sait pas encore vraiment s'il constitue une nouvelle branche du droit ou un nouveau paradigme* ».

²⁴⁴⁸ Cons. const. 28 juill. 1989, *Commission des opérations de bourse*, déc. n° 89-260 DC, *op. cit.*, consid. 18. V. également HUBRECHT (H.G.), « La notion de sanction administrative », *Petites affiches* 17 janv. 1990, n° 8, p. 10.

exigence de pénalisation à travers l'émergence d'une théorie répressive tend à réduire l'efficacité de l'activité régulatrice (a), ce qui conduit inéluctablement à restreindre les impératifs conventionnels et constitutionnels envers le droit de punir de régulation (b).

1012. Précisions. – Notre constat tient simplement ici à la constatation d'un affaiblissement de la logique régulatrice en cas de respect inconditionné des droits fondamentaux du procès équitable. En aucune façon, bien évidemment, nous ne regrettons l'application de ces garanties en ces diverses matières de régulation. Constaté l'inadéquation de l'application rigide de certaines garanties processuelles ou substantielles par certains droits de régulation, ne revient naturellement pas à remettre en cause l'existence même de ces droits et garanties. Nous ne discutons pas non plus l'exercice adapté de ceux-ci, dès l'instant où cette adaptation n'atteint pas un degré tel qu'elle reviendrait à établir la répression administrative comme une prérogative arbitraire. Aussi, une fois ces précisions effectuées, devons-nous préciser que l'application mitigée des garanties fondamentales du droit répressif par le droit de punir de régulation est imposée précisément par le fait d'offrir à la logique régulatrice l'occasion de se manifester pleinement et efficacement.

a. Exigence de la pénalisation et entrave à la réalisation des activités de régulation

1013. Limitation de la régulation par le processus de pénalisation et de juridictionnalisation. – En tant qu'expression d'une certaine forme de droit de punir, les droits répressifs extra-pénaux, tout en poursuivant un objectif de régulation, ne sauraient de prime abord se voir dispenser du respect des principes régissant la matière "pénale" ou "punitive". Comme nous venons de le voir, le caractère régulateur de l'action administrative ou disciplinaire n'exclut pas en effet la possible nature contraignante et punitive des mesures mises en œuvre conduisant au respect nécessaire des garanties y étant attachées.

Que l'on se place au niveau du droit administratif répressif ou du droit disciplinaire, la demande de *pénalisation* et de respect des garanties conventionnelles et constitutionnelles s'est naturellement convertie en une exigence de juridictionnalisation des contentieux techniques. Mais sous couvert de lutter contre l'arbitraire des décisions prises en ces matières ou, plus modérément, de combattre le manque patent de garanties individuelles, c'est la logique régulatrice propre à ces disciplines qui tend à se trouver mise en porte-à-faux. La reconnaissance aux autorités administratives et disciplinaires d'un pouvoir de sanction

constituerait donc paradoxalement la limite principale à la réalisation de leur objectif de régulation. En exigeant de ces contentieux extra-pénaux une intégration totale des principes du procès équitable, nous menaçons de réduire l'efficacité inhérente au processus de régulation²⁴⁴⁹. Comme l'explique le Pr. J.-F. BRISSON, « [on] comprend dès lors pourquoi le juge administratif (...) hésite à faire entrer les autorités de régulation dans la spirale "infernale" de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme : c'est la conception même des spécificités juridiques de la régulation économique qui pourrait s'en trouver ébranlée »²⁴⁵⁰. Aussi, afin de pallier l'affaiblissement de la logique régulatrice, devons-nous constater que le processus de pénalisation et de juridictionnalisation du droit de punir de régulation n'est pas total ; loin s'en faut comme nous avons déjà pu le constater²⁴⁵¹.

b. Exigence de la régulation et entrave à l'élaboration d'un droit commun de la sanction

1014. Limitation de la pénalisation et de la juridictionnalisation par l'exigence de régulation. – Puisque la pénalisation du contentieux extra-pénal fragilise les mécanismes de régulation, il devient nécessaire de les adapter ce qui constitue autant de limites au respect des principes fondamentaux du droit répressif et des exigences du procès équitable²⁴⁵². En effet, l'indispensable soumission des droits punitifs extra-pénaux aux principes généraux du droit répressif d'origine conventionnelle et constitutionnelle amoindrit l'efficacité des répressions administrative et disciplinaire dans le traitement de la délinquance technique qu'elles ont en charge. Ainsi, le droit français de la régulation, s'il souhaite demeurer un droit de pure régulation de contentieux techniques et/ou de masse, peut ne pas souscrire de manière aussi rigide que le droit pénal aux exigences du procès équitable ou, plus largement, aux principes fondamentaux de la répression. Ceci s'oppose-t-il pour autant à l'exigence constitutionnelle

²⁴⁴⁹ Sur l'efficacité de la régulation, V. notamment *supra*, n^{os} *et ss.*

²⁴⁵⁰ BRISSON (J.-F.), *op. cit.*, p. 848. V. également COLLIN (P.) et GUYOMAR (M.), « Chron. sous C.E. 22 juin 2001, Société Athis », *AJDA* 2001, p. 634 : l'état du droit aujourd'hui « préserve, dans le respect des exigences procédurales essentielles, les autorités administratives indépendantes d'un excès de formalisme qui serait de nature à diminuer l'efficacité de leur activité de régulation » ; GALABERT (J.-M.), « Conclusion et prospective » in *La sanction en matière économique et financière : ombres et lumières*, Association Droit et démocratie, Petites affiches 12 janv. 2006, n^o 9, p. 31 : il faut « veiller à ce que les garanties qu'il a paru nécessaire d'accorder sur la base de l'article 6-1 de la Convention [de sauvegarde des droits de l'homme] ne deviennent pas paralysantes et ne fassent pas perdre à la sanction administrative ce qui est quand même son avantage spécifique, qui est une certaine rapidité de procédure ».

²⁴⁵¹ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

²⁴⁵² C'est ce constat amère qu'établit en substance le Pr. J. SAVATIER lorsqu'il considère le droit disciplinaire de l'entreprise : « L'évolution contemporaine du droit disciplinaire de l'entreprise tend à y introduire, au profit des salariés, des garanties analogues à celles dont bénéficient les citoyens devant les juridictions répressives. Néanmoins, ces garanties demeurent sensiblement inférieures » (*op. cit.*, n^o 4).

selon laquelle, si des autorités extra-pénales et extra-juridictionnelles peuvent effectivement exercer un pouvoir de sanction, ce pouvoir doit toutefois être « assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis »²⁴⁵³ ? On ne saurait croire pleinement en une violation de cet impératif puisque s'il y a effectivement *adaptation* des principes, nulle *négation* de ceux-ci n'est à craindre ; l'exercice du pouvoir répressif n'est donc pas arbitraire et un minimum de droits demeure garanti.

Fondant son propos sur l'identité de nature existant entre les diverses répressions – tant pénale qu'extra-pénale – un auteur souligne que « *quelle que soit l'autorité à laquelle il est attribué, le droit de punir devrait s'accompagner de la satisfaction d'une exigence de qualité de la part de toutes les autorités qui en sont attributaires* »²⁴⁵⁴. Aussi est-il soutenu que ces qualités « *ne devraient pas varier en fonction de la nature de l'organe attributaire* »²⁴⁵⁵. Ces propos ne peuvent être pleinement acceptables car s'il est vrai que la nature des organes est différente (judiciaire, administrative ou disciplinaire ; juridictionnelle ou non), la nature de la répression mise en œuvre l'est tout autant.

1015. Compte tenu de la diversité des situations et de la divergence des objectifs fixés entre les droits répressifs extra-pénaux et le droit pénal, il est concevable de croire en une restriction par les premiers des impératifs imposés *inconditionnellement* au second. Prenant appui sur la répression administrative, un auteur précise que l'évolution constante vers un respect des droits de l'homme « *dépouille la sanction administrative de nombreux avantages pratiques (...) [qu'elle] présentait par rapport à la sanction pénale* »²⁴⁵⁶. Non sans un certain excès, cet auteur poursuit son triste constat de l'évolution de la sanction administrative d'une manière assez directe : « *La sanction administrative ne constitue plus une réaction rapide et efficace que lorsque la considération de la personne de l'administré s'efface largement devant le souci de la conservation de l'ordre public* »²⁴⁵⁷. Malgré le caractère exagéré de ces propos, nous ne pouvons nier le point selon lequel, au vu de l'exigence de régulation, certains principes fondamentaux doivent être adaptés. Ne pas effectuer ces adaptations conduirait à nier la spécificité des contentieux et des droits de la régulation qui, confrontés au droit pénal,

²⁴⁵³ Cons. const. 28 juill. 1989, *Commission des opérations de bourse*, déc. n° 89-260 DC, *op. cit.*

²⁴⁵⁴ GUINCHARD (A.), *op. cit.*, n° 245.

²⁴⁵⁵ *Ibid.*

²⁴⁵⁶ ROBERT (J.-H.), « L'alternative entre les sanctions pénales et les sanctions administratives », *AJDA* 20 oct. 2001, n° spécial, p. 90.

²⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 91 (c'est nous qui soulignons).

ne poursuivent pas le même but. Reconnaissons toutefois que ces droits peuvent, du fait même de ces arrangements, se voir atteints dans leur caractérisation "pénale".

1016. Limitation de la nature "pénale" de la répression. – Les principes répressifs fondamentaux ont été adaptés pour permettre à la régulation de s’instaurer efficacement, n’influençant parfois que faiblement la nature "pénale" (au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme) de la répression mise en œuvre. La finalité punitive reconnue en ces domaines et le degré de punition des mesures prises consacrent en effet le maintien de cette nature.

Dans certains cas toutefois, l’adaptation de certains principes généraux traduisent une limite directe à la caractérisation "pénale" de la répression. Cette limite s’explique par le fait que ces principes sont d’une importance toute particulière lorsqu’ils s’inscrivent dans une perspective punitive et participent des fondements même du droit pénal *stricto sensu*. En est-il ainsi par exemple en matière de restriction des principes de légalité, d’indépendance ou d’impartialité. Ces exigences doivent par conséquent être respectées par toutes les disciplines usant – ou croyant user – de prérogatives répressives identiques au droit pénal et étant – ou se croyant être – les concurrents de ce dernier.

En toute logique, l’acceptation de la liberté prise par les droits extra-pénaux dans la réception de ces principes ne peut donc exister qu’à partir du moment où, précisément, ces droits ne se disent plus être les rivaux du droit pénal. Mais reconnaître ce point revient finalement à reconnaître la différence des objectifs poursuivis et le possible cumul des répressions, pénale et extra-pénale.

B. – Particularité de l’objectif assigné au droit de punir de régulation et cumul possible avec le droit pénal

1017. Disparition de la concurrence. – La limitation du processus de pénalisation de la répression tant administrative que disciplinaire tend fortement à limiter la concurrence précédemment évoquée. En effet, si les contentieux extra-pénaux n’intègrent pas l’ensemble des garanties pénales, toute forme de comparaison paraît pour le moins remise en cause. Difficulté comparative qui se trouve accentuée par le fait que les deux types de droit de punir – exprimés au travers des droits répressifs extra-pénaux d’une part et du droit pénal d’autre

part – répondent, comme nous le verrons, à deux logiques bien distinctes. Aussi pourrions-nous soutenir que la restauration du droit pénal comme expression la plus intègre du droit de punir est en voie d’accomplissement.

Mais avant de pouvoir tirer une telle conclusion, précisons que cette différenciation des finalités propres à chacun des systèmes permet d’écarter la règle du non-cumul des sanctions, ce qui une fois encore éloigne le droit extra-pénal de la logique strictement pénale. Si une sanction administrative ou disciplinaire peut effectivement être ajoutée à une sanction pénale, cela prouve que nous passons à une phase non plus de concurrence mais de complémentarité.

1018. Cumul des sanctions : entre proportion et disproportion. – La règle *non bis in idem* selon laquelle nul ne peut être puni deux fois pour le même fait, ne s’applique pas lorsque sont confrontées des sanctions pénales et des sanctions administratives de nature pécuniaire²⁴⁵⁸, mais également des sanctions pénales et des sanctions disciplinaires²⁴⁵⁹. Le non-respect de ce principe est une donnée constante dans la relation s’établissant entre les droits répressifs extra-pénaux et le droit pénal. Le cumul des sanctions pénales et extra-pénales risque donc fort de conférer à la répression globale de l’individu un caractère disproportionné (1°). Les motifs d’opportunité souvent avancés confortent cette impression négative. En matière fiscale par exemple, on soutient « *qu’il y a chaque année plus de deux millions de sanctions fiscales prononcées pour seulement 750 poursuites pénales, de telle sorte qu’appliquer le principe non bis in idem permettrait aux plus grands fraudeurs d’éviter toute sanction fiscale* »²⁴⁶⁰. Devant le peu de légitimité apparente du cumul des sanctions, cet agrégat punitif trouve toutefois une justification par la spécificité des contentieux et des raisons d’être affichées par les mécanismes punitifs mis en œuvre (2°).

1°/ Présentation du cumul des sanctions : le risque d’une répression disproportionnée

1019. Le caractère disproportionné de la répression globale engagée après la constatation de fautes pénale et extra-pénale et établie après le prononcé de sanctions pénale et extra-pénale, a

²⁴⁵⁸ Cons. const. 28 juill. 1989, *Commission des opérations de bourse*, déc. n° 89-260 DC, *op. cit. Contra.*, V. l’arrêt isolé Cons. const. 23 juill. 1996, *Réglementation des télécommunications*, déc. n° 96-378 DC, *Rec.* p. 99, *RFD adm.* 1996, p. 909, obs. J. Chevallier ; *AJDA* 1996, p. 694, obs. O. Schrameck ; *RFD adm.* 1997, p. 1, obs. F. Moderne : le Conseil constitutionnel précise qu’ « *une sanction administrative de nature pécuniaire ne peut se cumuler avec une sanction pénale* » (consid. 15).

²⁴⁵⁹ Cons. const. 30 décembre 1997, déc. n° 97-395 DC, *Rec.* p. 333 ; *AJDA* 1998, p. 173.

²⁴⁶⁰ KORNPROBST (E.) et MORVAN (I.), *op. cit.*, n° 168 *in fine*.

été soigneusement écarté tant par le Conseil constitutionnel que par le législateur ou encore la Cour européenne des droits de l'homme (a). Le fait est toutefois que, si ces outils permettent d'obtenir dans la majorité des cas une certaine proportionnalité *matérielle* de la répression, ils ne peuvent parer tout excès. Sur un plan *symbolique* en effet, un déséquilibre peut intervenir (b).

a. Lutte contre une répression matériellement disproportionnée

1020. Apport du Conseil constitutionnel. – Dans sa décision précitée du 28 juillet 1989, le Conseil constitutionnel parvient, non sans une certaine ambiguïté, à écarter tout risque de disproportion. Tout en reconnaissant la possibilité de cumuler des sanctions pénales et des sanctions administratives, le Conseil estime en effet que « *le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues* »²⁴⁶¹. Cette précision tendant à une limitation quantitative de la répression trouve, çà et là, des applications législatives.

1021. Apports législatifs. – Confirmant le souci du Conseil constitutionnel de ne pas mettre en œuvre une répression disproportionnée, l'article L. 621-16 du Code monétaire et financier par exemple dispose que « *lorsque la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers a prononcé une sanction pécuniaire devenue définitive avant que le juge pénal ait statué définitivement sur les mêmes faits ou des faits connexes, celui-ci peut ordonner que la sanction pécuniaire s'impute sur l'amende qu'il prononce* »²⁴⁶².

1022. Apport de la Cour européenne des droits de l'homme. – La règle *non bis in idem* est consacrée à l'article 4 § 1 du protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 22 novembre 1984²⁴⁶³. Cette disposition fit l'objet d'une réserve d'interprétation de l'Etat français précisant que « *seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions* » permettant d'exclure le cumul des poursuites et des

²⁴⁶¹ V. également Cons. const. 30 décembre 1997, déc. n° 97-395 DC, *op. cit.*

²⁴⁶² Ce mécanisme se retrouve à l'article 47 alinéa 3 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 s'agissant de la C.N.I.L. et aux articles 42-2 al. 3 et 48-2 de la loi du 30 sept. 1986 s'agissant du C.S.A. (V. *supra*, n°).

²⁴⁶³ V. également l'article 14 § 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques signé à New-York le 16 déc. 1966.

sanctions. Cette dérogation permettait donc à la France de pouvoir cumuler des répressions pénale et extra-pénale, les infractions ayant alors une nature distincte.

Devant cette manifestation de la souveraineté de l'Etat français, il est possible de croire en un certain redressement du principe *non bis in idem*. L'arrêt *Gradinger* déjà cité du 23 octobre 1995 de la Cour européenne des droits de l'homme – arrêt intéressant l'Autriche mais pouvant être transposé à la France eu égard à l'identité des réserves émises par ces pays – écarta la réserve d'interprétation autrichienne apparaissant par trop générale et estima que la "matière pénale" énoncée dans cette réserve devait s'entendre de la "matière pénale" au sens de l'article 6 Conv. EDH et non au sens du droit interne. La règle *non bis in idem* ne peut donc, selon la Cour européenne, souffrir d'aucune entorse²⁴⁶⁴. Cette affirmation claire des juges de Strasbourg a-t-elle toutefois trouvé écho en droit interne ? La réponse négative devant être apportée à cette interrogation tend inéluctablement à rendre quelque peu illusoire la lutte contre le caractère disproportionné de la répression globale pouvant être mise en œuvre.

b. Illusion de la lutte contre une répression symboliquement disproportionnée

1023. Imputation facultative de la sanction administrative sur la sanction pénale. – S'il n'est pas possible de remettre en cause le principe constitutionnel formulé dans la décision du 28 juillet 1989, nous pouvons en revanche très fortement relativiser la technique de l'imputation par le juge pénal du montant de la sanction administrative sur celui de la sanction pénale. En effet, il ne s'agit ici que d'une simple faculté pour le juge de ne pas cumuler exagérément les sanctions. Tout en restant dans le maximum fixé par les exigences du Conseil constitutionnel, le juge peut ainsi atteindre un degré certain de sévérité. En ajoutant la sanction pénale à l'édifice répressif déjà érigé par les autorités extra-pénales, le juge pénal peut en théorie accéder au montant le plus élevé de l'une des sanctions alors encourues. Les dispositions législatives tendant à restreindre les dérogations au principe *non bis in idem* n'ont dès lors qu'une portée limitée. Notre crainte s'intensifiant encore au vu de la non-soumission des juges français à l'impératif de la Cour européenne des droits de l'homme posé dans l'arrêt *Gradinger*.

²⁴⁶⁴ Sur ce point, V. spéc. GUINCHARD (S.), « Le procès équitable : droit fondamental ? », *op. cit.*, p. 195. V. également CEDH 29 avril 1988, *Belilos c/ Suisse*, série A, n° 132 – CEDH 26 avril 1995, *Fischer*, série A, n° 312 – CEDH 4 juill. 2001, *Ilascu*, D. 2002, Somm. p. 684, obs. J.-F. Renucci ; *RUDH* 2001, p. 174.

1024. Dérogations françaises. – Suite à l'arrêt *Gradinger*, la position des juges français fut pour le moins surprenante. Que nous nous placions dans le cadre du droit administratif répressif – et notamment de la répression fiscale – ou dans le cadre du droit disciplinaire, la Chambre criminelle relève que « *la règle non bis in idem consacrée par l'article 4 du protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme ne trouve à s'appliquer, selon les réserves faites par la France en marge de ce protocole, que pour les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale et n'interdit pas le prononcé de sanctions [extra-pénales] parallèlement aux sanctions infligées par le juge répressif* », c'est-à-dire le juge pénal lui-même²⁴⁶⁵.

Le Conseil d'Etat choisit également la voie de l'acceptation du cumul. Dans un avis *Jammet* du 4 avril 1997, le juge administratif décide en effet qu'au vu de l'article 14, § 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques – et non au vu du protocole additionnel à la Convention européenne – nulle disposition « *ne fait obstacle à ce qu'un contribuable condamné ou relaxé des poursuites du chef de fraude fiscale se voie appliquer, s'il y a lieu, par l'administration fiscale, les pénalités pour mauvaise foi ou pour manœuvres frauduleuses ou les pénalités prévues en cas d'absence de déclaration ou de déclaration tardive* »²⁴⁶⁶.

1025. Disproportion symbolique : exemple de la répression fiscale. – Si dans l'ensemble des cas, le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues ne pourra jamais être dépassé, on ne peut nier le fait selon lequel la personne subit une répression multiple d'un point de vue symbolique. Le cumul de mesures ne traduit pas, par exemple pour l'administration fiscale, le seul souci d'obtenir une réparation des dommages subis (du fait de la fraude ou de la négligence du contribuable) en sus de la punition infligée par la justice pénale. En imposant les pénalités fiscales parallèlement aux sanctions pénales,

²⁴⁶⁵ Pour un cumul entre une sanction pénale et une sanction fiscale, V. Crim. 20 juin 1996, *Ponsetti*, D. 1997, p. 249, note G. Tixier et T. Lamulle ; *Rev. jurisp. fisc.* 1996, n° 1503, chron. S. Austray (arrêt confirmé par CEDH 14 sept. 1999, *Ponsetti c/ France*, *Rev. jurisp. fisc.* 2000, n° 443) – Crim. 6 nov. 1997, *JCP* 1998.II.10087, note M. Cliquennois ; *Dr. fisc.* 1998, n° 521 – Crim. 11 déc. 1997, *Dr. pén.* 1998, comm. 55, note J.-H. Robert – Crim. 4 juin 1998, *Bull. crim.* n° 186. Pour un cumul entre une sanction pénale et une sanction administrative et/ou disciplinaire, V. Crim. 27 mars 1997, *Bull. crim.* n° 128 – Crim. 1^{er} mars 2000, D. 2000, AJ p. 229, note A. Lienhard ; *Rev. sc. crim.* 2000, p. 629, obs. J. Riffault ; *RTD com.* 2000, p. 1028, obs. B. Bouloc – Crim. 7 sept. 2004, *Bull. crim.* n° 200 ; D. 2004, IR p. 2691 ; *Dr. pén.* 2005, comm. 24, note J.-H. Robert ; *Rev. sc. crim.* 2005, p. 69, obs. E. Fortis – Civ. 1^{ère} 18 oct. 2005, *JCP* 2005.IV.3439.

²⁴⁶⁶ C.E. 4 avril 1997 (avis), *Jammet*, *Leb.* p. 129 ; D. 1997, IR p. 125 ; *Rev. jurisp. fisc.* 1997, n° 469, p. 287, chron. S. Austray ; *Dr. fisc.* 1997, comm. 660, concl. F. Loloum. Pour un rejet de l'application de l'article 14, § 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques par la Cour de cassation, V. Crim. 19 nov. 1999, *Dr. pén.* 2000, comm. 46.

l'administration souhaite plus largement mettre en évidence la particularité tant des intérêts protégés par elle que de la volonté punitive qui l'imprègne.

On avance souvent²⁴⁶⁷ que les amendes fiscales symboliques seraient plus indemnitaires que répressives, ce dernier caractère étant alors réservé aux amendes dont le montant est élevé. Cette position reste sans peu de fondement car si les premières mesures sont véritablement symboliques – et par là même modiques – leur rôle ne peut être précisément indemnitaire. Le propre de l'indemnisation n'est-il pas de réparer l'intégralité du préjudice porté à l'administration fiscale ? Comment croire également que les intérêts protégés par cette dernière soient eux-mêmes modiques ? Devant la perplexité qui accompagne ce type de sanctions, force est donc de leur reconnaître un caractère pleinement répressif.

1026. Disproportion symbolique : exemple de la répression disciplinaire. – Cette accumulation de répressions symboliques s'exprime également lors de la manifestation cumulée des droits disciplinaire et pénal. Si l'on admet de considérer le droit disciplinaire comme un droit strictement répressif²⁴⁶⁸, il est nécessaire d'admettre conjointement que cette répression se distingue de celle strictement pénale. La personne subit certes une répression qui se trouve *in globo* proportionnée, mais reconnaissons toutefois que les objectifs différents assignés à chaque système répressif tendent à multiplier la stigmatisation pouvant atteindre l'individu.

1027. Pourtant à bien considérer l'ensemble de ces hypothèses de cumul punitif, est-il certain que la répression soit véritablement aussi disproportionnée qu'elle n'y paraît ? Paradoxalement, rien n'est moins sûr. La disparité des objectifs, loin d'être le constat d'un manque de proportionnalité punitive, apparaît au contraire comme le meilleur gage d'un équilibre dans la répression instituée. Le cumul répressif que nous craignons se trouve finalement pleinement justifié par la diversité des finalités des systèmes répressifs.

2°/ Justification du cumul des sanctions : la constatation d'une répression proportionnée

²⁴⁶⁷ NEEL (B.), *Les pénalités fiscales et douanières*, op. cit., p. 171.

²⁴⁶⁸ PRALUS-DUPUY (J.), *Rép. pén.*, op. cit., n° 20.

1028. Identité d'objet répressif, une illusion. – Selon un auteur, « [à] partir du moment où les trois identités, d'objet, de parties et de cause, sont réunies, l'exercice du pouvoir de répression doit s'arrêter »²⁴⁶⁹. Si cette réflexion est incontestable s'agissant du droit de punir de nature pénale – face à une telle identité, il est évident qu'une double répression s'avère disproportionnée – elle s'avère plus difficilement soutenable lorsque ce dernier se trouve confronté au droit répressif administratif ou disciplinaire.

Si l'on s'intéresse à la seule identité d'objet – définie comme « l'existence d'une poursuite répressive » ou, plus précisément, comme l' « identité d'actions matériellement répressives et ce, quelle que soit [leur] dénomination officielle »²⁴⁷⁰ – il est possible de croire en l'illégitimité du cumul répressif dans la mesure où coexistent au moins deux mécanismes punitifs. Cependant, l'identité d'objet ne peut être réduite à la seule appréciation de l'existence matérielle de ces mécanismes ; il convient également de considérer la finalité même de ceux-ci. L'identité d'objet s'entend alors d'une identité d'actions répressives mais également d'une identité de finalités punitives. Dans ce cas, l'arrêt préconisé de la répression s'explique alors par l'identité des fonctions affichées par les différentes formes de punition. Or, lorsque nous considérons le "droit de punir extra-pénal" et le "droit de punir pénal", force est de remarquer le manque de convergence entre leur finalité répressive ; ceci révélant *in fine* le caractère illusoire de l'identité d'objet préalablement affiché. Ainsi, aucune disproportion n'existe véritablement parce que des objectifs distincts irriguent ces prérogatives punitives (a) obligeant à l'acceptation d'une pluralité punitive aux conséquences nécessairement diverses (b).

a. Pluralité de finalités répressives, une réalité

1029. Dualité d'objectifs et justification du cumul de sanctions. – Nombre d'auteurs sont conscients du fait selon lequel « l'unité du "corps répressif" que constitue l'ensemble [des] attributaires du pouvoir de répression, est loin d'être réalisée (...) [et] n'est encore qu'embryonnaire »²⁴⁷¹. Si nous sommes d'accord avec ce constat, nous ne rejoignons pas pour

²⁴⁶⁹ GUINCHARD (A.), *op. cit.*, n° 993.

²⁴⁷⁰ *Ibid.*, n° 908.

²⁴⁷¹ *Ibid.*, n° 261. V. également DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, *op. cit.*, pp. 187 à 191 ; GUINCHARD (S.), « Le procès équitable : droit fondamental ? », *op. cit.*, spéc. pp. 192 à 197 ; MIGNON (E.), « L'ampleur, le sens et la portée des garanties en matière de sanctions administratives », *op. cit.*, p. 105 : le mouvement de pénalisation « demeure sur certains points inachevé ou imprécis et conduit à des hésitations, voire à des divergences jurisprudentielles ».

autant cette doctrine s'agissant de la recherche inévitable d'une unité répressive. On ne peut prôner en effet cette unité qu'à partir du moment où il est clairement établi que l'ensemble des systèmes juridiques poursuivent des objectifs identiques. Dans cette hypothèse, le cumul de sanctions n'a alors aucune pertinence, ni aucune légitimité puisqu'il y aurait alors manifestement exercice abusif du droit de punir.

A l'inverse, si nous parvenons à prouver la pluralité d'objectifs, le cumul de sanctions (pénales, administratives et/ou disciplinaires) se trouve pleinement justifié. Sur ce point, il apparaît que le droit positif intègre parfaitement cette logique. Le droit de punir possède en effet une nature hybride consistant en une finalité de régulation ou de résolution (1) ; cette dualité conduisant à complexifier encore davantage l'objet central de notre étude (2).

1) *Hybridité du droit de punir : entre régulation et résolution*

1030. Spécificité de l'intérêt protégé par le droit de punir de régulation. – Qu'il s'agisse du droit administratif répressif ou du droit disciplinaire, leur souci demeure le maintien d'une organisation interne conduisant finalement à assimiler l'exercice de la punition à un acte d'administration ou de gestion. En punissant, ces institutions gèrent des agents ou des usagers afin de rendre les relations plus propices au développement de l'efficacité du domaine intéressé. Le droit de punir en l'espèce s'appuie bien sur des valeurs sociales mais il est remarquable que ces valeurs ne sont finalement que des données strictement mercantiles ou utilitaires assez éloignées de la conception morale des valeurs sociales protégées par le droit pénal.

Conjointement à cette logique de gestion imprégnant les détenteurs du droit de punir extra-pénal, un souci de compromis est également présent. Aussi l'intérêt général n'est-il pas unique et exprimé seulement par l'autorité publique, mais il semble au contraire « *relatif, plus transactionnel, plus respectueux de l'autonomie des acteurs sociaux et doit s'apprécier davantage par secteur d'activité en procédant à la pesée contradictoire des intérêts en présence* »²⁴⁷². Dans ce cadre-là, le droit de punir se présente uniquement comme l'un des éléments au service d'une institution pour réguler les comportements des personnes agissant en son sein et ainsi asseoir son autorité et son équilibre. L'incidence de l'exercice punitif reste

²⁴⁷² SAUVÉ (J.-M.), « Les sanctions administratives en droit public français (...) », *op. cit.*, p. 18.

donc cloisonnée au seul domaine considéré, contrairement à la répression pénale poursuivant dans l'absolu une aspiration plus vaste.

1031. Spécificité du droit de punir établi par le droit pénal : la résolution du conflit. –

Comme nous l'avons analysé tout au long de notre étude, le droit pénal possède initialement une place primordiale dans l'ordonnement social. Il possède une double fonction, normalisatrice et sanctionnatrice lui permettant de réagir *matériellement* contre le crime (l'action punitive) mais également de mettre en évidence *symboliquement* un cadre comportemental impératif, c'est-à-dire un ordre public (l'action normative). « *Autrement dit, le droit pénal ne se contente pas d'interdire, il prescrit des comportements, de façon toujours plus minutieuse, par ses lois et par ses pratiques (...), et se place ainsi dans une perspective qui, de normative, devient normalisante ou normalisatrice* »²⁴⁷³. Le droit pénal a donc une mission générale d'apaisement social en *réglant* définitivement un litige né et en posant le caractère impératif d'un standard de comportements ; il ne s'agit donc pas uniquement de *réguler* de manière temporaire une activité ou une situation conflictuelle en soulignant la simple inadéquation de l'attitude individuelle au regard de l'efficacité de l'institution. La différence entre les deux formes de droit de punir s'induit donc de la différenciation des perspectives faisant suite à l'exercice punitif.

1032. Comparaison entre le droit de punir de régulation et le droit de punir de résolution.

– La mission poursuivie par les droits répressifs extra-pénaux apparaît d'une moindre importance que celle poursuivie par le droit pénal consistant globalement à garantir la paix publique ; la régulation demeurant au contraire circonscrite à un domaine technique particulier. Pour établir une comparaison entre le *droit de punir de régulation* et le *droit de punir de résolution*, il convient donc de se placer au niveau des seuls objectifs assignés à chacun, écartant dans une certaine mesure l'importance de la qualité des personnes atteintes par la sanction. A titre d'exemple, les sanctions fiscales visent le contribuable, c'est-à-dire le citoyen et non un membre déterminé d'un groupe. *A priori*, la répression fiscale s'éloignerait ainsi du droit de punir de régulation, entendu comme la répression s'exerçant au sein d'un groupe ou d'une institution restreinte. Pour autant, c'est bien de régulation dont il s'agit. S'il est vrai que la majorité des citoyens peuvent être l'objet de la répression fiscale – caractère général la rapprochant de la répression pénale – il reste que l'objectif premier de cette forme

²⁴⁷³ DELMAS-MARTY (M.), « Réflexions sur le pouvoir disciplinaire », *RTDH* 1995, p. 155.

de droit de punir demeure le souci d'offrir à l'administration fiscale une plus grande efficacité et une autorité plus nette. Le domaine d'intervention de cette répression est alors limité à l'action fiscale et ne s'étend pas à la société elle-même et à la recherche de sa stabilité générale. Il en est de même notamment en matière de contraventions de grande voirie dont l'objectif reste limité à la conservation du seul domaine public en assurant une protection efficace de son intégrité et un usage conforme à son affectation²⁴⁷⁴.

1033. Particularité du droit de punir de régulation face au droit de punir de résolution. –

Au vu de ces exemples, il est nécessaire de distinguer entre le *destinataire* de la norme et de la sanction – qui peut être ou non un citoyen considéré dans sa généralité – et l'*objectif* de la norme et de la sanction – qui diffère suivant la matière. Bien que traitant précisément de la discipline applicable au sein d'une entreprise, les propos suivants des Pr. CŒURET et FORTIS peuvent être transposés à l'ensemble du droit de punir extra-pénal. Ils soulignent en effet plus largement la divergence s'instaurant entre les répressions pénale et extra-pénale : « *La sanction de la faute disciplinaire et celle de l'infraction pénale obéissent à des règles différentes mais surtout sont commandées par un esprit différent. L'objectif essentiel du droit disciplinaire est la sanction des comportements qui nuisent au bon fonctionnement de l'entreprise alors que la répression pénale sanctionne les actes nuisant d'abord à la société dans son ensemble* »²⁴⁷⁵. On le voit, le droit de punir n'est plus un objet d'étude unique mais se complexifie, devenant un concept protéiforme.

2) Complexité du droit de punir : répression à géométrie variable

1034. Double degré du droit de punir. – Si, de manière générale, la logique de répression reste globalement la même – à savoir que l'on punit la violation avérée d'une obligation préétablie par des textes – nous ne pouvons parallèlement croire en une immuabilité du concept même de *droit de punir*. Sous l'angle d'une analyse comparative des systèmes

²⁴⁷⁴ Sur ce point, C.E. 8 juin 1966, *Société Worms*, *Leb.* p. 383. Egalement GÉLARD (P.), « Le caractère mixte de la contravention de grande voirie », *op. cit.*, p. 142 ; LANNES (J.), *Les contraventions de grande voirie*, *op. cit.*, n° 119, p. 78 ; PERRET (J.-M.), *Les contraventions de grande voirie*, *op. cit.*, p. 14.

²⁴⁷⁵ CŒURET (A.) et FORTIS (E.), *Droit pénal du travail*, *op. cit.*, n° 161. Concernant la régulation dans le droit disciplinaire de la fonction publique, V. CARRÉ DE MALBERG (R.), *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français*, cité in AUBY (J.-M.), « Les sanctions administratives disciplinaires applicables aux usagers volontaires des services publics », *op. cit.*, p. 75 : la participation à une institution spécifique fait « naître à la charge des particuliers l'obligation de se conformer aux règles établies pour le fonctionnement interne. L'administration en tire une puissance régulatrice spéciale sanctionnée disciplinairement » (c'est nous qui soulignons).

juridiques européens, le Pr. Fr. MODERNE précise que certains de ces systèmes – dont le système français – tolèrent « *la dualité des sanctions administratives [ou plus généralement extra-pénales] et pénales, qui ne répondent pas toujours aux mêmes finalités concrètes, au-delà de la volonté punitive commune* »²⁴⁷⁶.

Ainsi, et contrairement à ce qu'estime une partie de la doctrine – à savoir que la répression s'instaure au-delà de la régulation, sans que ces techniques ne puissent se recouper²⁴⁷⁷ – nous pensons plutôt qu'il est largement possible de percevoir une logique régulatrice au sein même de la répression. *Au-delà de la volonté punitive commune* – premier degré du droit de punir – nous percevons des finalités "secondaires" prenant les traits précisément de la régulation ou de la résolution. La violation de la règle *non bis in idem*, qui semblait de prime abord inacceptable, est en définitive pleinement justifiée et trouve une explication rationnelle dans la différenciation des objectifs poursuivis par les droits administratif et disciplinaire d'une part et par le droit pénal d'autre part. Le droit de punir de régulation s'oppose ainsi au droit de punir de résolution propre au droit pénal ; le premier ayant sans conteste une dimension moindre que le second. Cette différenciation au sein même du droit de punir entraîne-t-il pour autant une différenciation du degré de sévérité de la répression mise en œuvre ?

1035. Double degré de sévérité du droit de punir ? Retour sur la soft law. – Eu égard d'une part à la technicité des intérêts protégés et des domaines concernés et, d'autre part, au caractère restreint des activités ou des institutions en cause, il serait légitime avant tout de croire que le droit de punir extra-pénal – de régulation – est plus "doux" que le droit de punir classique. Ce préjugé proviendrait du fait selon lequel la notion de *droit souple* ou de *droit mou* – on parle également de *soft law*²⁴⁷⁸ – est étrangère ou tend clairement à s'écarter de toute perspective contraignante et autoritaire²⁴⁷⁹ ; d'où la conclusion s'imposant d'ailleurs que le

²⁴⁷⁶ MODERNE (F.), « La sanction administrative (éléments d'analyse comparative) », *op. cit.*, p. 493 (c'est nous qui soulignons).

²⁴⁷⁷ En ce sens, V. DELMAS-MARTY (M.) et GIUDICELLI-DELAGE (G.) (sous la dir.), *op. cit.*, p. 177.

²⁴⁷⁸ D'autres expressions peuvent être utilisées : droit flou, droit doux, droit spontané, droit flexible. Pour une analyse de ces concepts, V. DEUMIER (P.), *Le droit spontané*, Paris, Economica, 2002 ; THIBIERGE (C.), « Le droit souple », *RTD civ.* 2003, p. 599 ; DELMAS-MARTY (M.), « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits. Introduction », *op. cit.*, p. 209.

²⁴⁷⁹ THIBIERGE (C.), *op. cit.*, spéc. pp. 600-601 : « *La crise du modèle pyramidal et hiérarchique d'engendrement du droit, associé aux valeurs d'obéissance et de stabilité, fait place à une plus grande flexibilité normative caractérisée par des valeurs de souplesse, de créativité et de pluralisme* » (p. 601).

droit souple ne peut être un véritable droit dès lors qu'il lui manque la sanction pour être effectif²⁴⁸⁰.

Certains auteurs ont affronté cette argumentation et ont démontré que le droit pouvait exister en l'absence de contrainte et que, dès lors, le droit souple était un droit véritable²⁴⁸¹. Partie intégrante de la *soft law*, le droit de la régulation reçoit naturellement les mêmes objections initiales et répond identiquement par l'affirmation claire de son caractère strictement juridique. Si cette démonstration est capitale, elle reste pour nous secondaire dans la mesure où notre questionnement est à l'évidence inversé.

1036. Renversement de la problématique. – Face à ce droit souple, le problème auquel nous sommes confrontés n'est point celui de savoir si le Droit peut exister sans contrainte ni sanction, c'est-à-dire si la *soft law* fait partie du Droit. Notre préoccupation est inversée : le droit souple existe-t-il encore lorsqu'il est en présence d'une force coercitive et punitive ? En d'autres termes, notre souci tient en la démonstration de l'existence d'un droit souple coercitif et punitif. Il faut donc davantage nous interroger sur la possibilité d'admettre l'introduction d'une rigidité dans le droit souple que sur la faculté d'intégrer de la souplesse dans le Droit, considéré par essence rigide.

Au vu de l'analyse des divers pouvoirs de sanction confiés à l'administration directe, aux autorités administratives indépendantes, aux ordres professionnels ou encore aux employeurs eux-mêmes, nous avons prouvé qu'il existait incontestablement un droit de punir de régulation²⁴⁸². Eu égard à l'importance quantitative et à l'intensité qualitative de l'exercice de ce droit, la question en suspens demeure celle de savoir si cela reste encore du "droit souple". Si originairement la *soft law* abandonne toute logique contraignante, il est singulier de croire que le droit de punir de régulation fasse pleinement partie de cette catégorie.

²⁴⁸⁰ Sur l'importance de la sanction dans la définition du droit, V. *infra*, n^{os} *et ss.* Egalement ATIAS (C.), *Philosophie du droit*, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 2^{ème} éd., 2004, p. 171 : « *Il n'est nullement sûr que la régulation relève des techniques juridiques* ».

²⁴⁸¹ En ce sens, V. notamment CHEVALLIER (J.), « La régulation juridique en question », *op. cit.*, spéc. p. 834 ; JESTAZ (P.), « La sanction ou l'inconnue du droit », *op. cit.*, spéc. p. 200 ; DUPUY (R.-J.), « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la *soft law* », *Société française de droit international*, Paris, Pedone, 1975, p. 132 ; THIBIERGE (C.), *op. cit.*, passim et spéc. pp. 619 et ss. ; CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, *op. cit.*, pp. 319-320 : « *Le caractère contraignant n'est certes pas un simple hasard dans l'évolution du droit ; il n'est pas néanmoins essentiel, au point d'être le signe de la juridicité* » (p. 319).

²⁴⁸² V. notamment *supra*, n^o .

1037. Existence d'un droit de punir "souple". – Ni pleinement un élément du droit de punir traditionnel, "dur" et de résolution²⁴⁸³, ni pleinement un élément du droit souple, comment dès lors qualifier le droit de punir de régulation ? Devant la spécificité de ce système répressif poursuivant un objectif plus limité que celui du droit pénal et usant de mesures appropriées à chaque domaine d'intervention – sans atteindre la sévérité extrême du droit pénal pouvant consister en la peine privative de liberté – il est incontestable que le droit de punir de régulation constitue majoritairement un droit souple²⁴⁸⁴. On assiste donc à une catégorisation progressive de ce dernier : s'il se démarque prioritairement du droit dur par l'exclusion initiale de la contrainte, rien ne lui empêche d'intégrer certaines données coercitives dès l'instant où les objectifs qu'il s'est assignés et répondant à un pur souci de régulation – témoignant de la "souplesse" du droit appliqué – ne peuvent être atteints qu'à travers l'exercice de sanctions.

Pour caractériser un droit de "dur" ou de "souple", il ne suffit donc plus de savoir si un esprit punitif ou, plus modérément de contrainte, anime ou non celui-ci. Il faut dépasser ce stade et se demander quelle est la finalité secondaire affectée à ce système usant précisant du droit de punir. Si cette finalité est relative à la régulation d'un corps, d'une institution ou d'un quelconque organe, il est alors mis en évidence l'existence d'une *punitive soft law*²⁴⁸⁵. La souplesse d'un droit peut donc être déterminée à partir de l'existence ou non d'une contrainte (première phase) ou de la finalité régulatrice mise en œuvre par l'exercice du droit de punir (seconde phase). Devant cet assemblage complexe, il est difficile de ne pas sombrer dans une confusion des systèmes ; confusion qu'il convient pourtant d'éviter au maximum.

²⁴⁸³ Selon le Pr. J. CHEVALLIER, « ce "droit de régulation" apparaît comme un "autre droit", n'ayant plus guère à voir avec le "droit réglementaire" classique » (« La régulation juridique en question », *op. cit.*, p. 833). V. également CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 146 : « C'est un droit [le droit flou] qui agit par la persuasion d'un modèle, non par commandement sans réplique ; par régulation, non point par règle ».

²⁴⁸⁴ Cette souplesse peut également se caractériser par le fait que les droits extra-pénaux usent – contrairement au droit pénal – de la technique de l'injonction qui, tout en pouvant être qualifiée de "sanction" (en ce sens, JEANDIDIER (W.), *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n° 359, p. 471), suit parallèlement une logique de régulation. Le droit de punir de régulation serait alors la continuité du pouvoir d'injonction traduisant ainsi la particularité même de cette forme de répression. V. également DECOOPMAN (N.), « Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes », *JCP* 1987.I.3303, spéc. n° 13 : « L'injonction est un ordre donné par une autorité. Sa fonction n'est pas de réprimer, ni de réparer, mais de corriger, de rétablir une situation, de remettre en quelque sorte les intéressés dans le droit chemin juridique, économique... Cette manifestation d'autorité est encore plus accentuée lorsque l'injonction est accompagnée d'une sanction en cas de non-respect ».

²⁴⁸⁵ C'est en substance ce qui ressort de la thèse de C. ATIAS : « A l'origine, le recours aux techniques de régulation paraît marquer un recul de la contrainte et de l'interventionnisme. En réalité, rendant plus discrète l'immixtion des autorités publiques dans l'économie, il en prépare l'extension » (*Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 171).

1038. Eviter le "flou". – S'il est difficile d'identifier clairement les contours du *droit souple*²⁴⁸⁶, quelle n'est donc pas l'aporie de vouloir déterminer le *droit de punir souple* et de le distinguer du *droit de punir dur* ? L'existence d'une punition n'est-elle pas en elle-même la manifestation d'une certaine dureté ?

La solution à la différenciation des diverses formes punitives tient, nous l'avons dit, aux objectifs que chacun des systèmes s'est attribué. Pour déterminer la souplesse ou la dureté du droit en question, il faut donc désormais se concentrer sur le *seul* objectif et non sur les moyens mis en œuvre par celui-ci. Si la finalité essentielle du processus punitif est davantage la stabilité de l'organe en intégrant des mesures certes répressives mais adaptées – voire adaptables²⁴⁸⁷ – aux comportements et dirigées directement vers les attentes matérielles que sont l'efficacité et/ou la productivité de cet organe, le droit de punir ne peut être qu'un droit de punir souple de régulation. Si de tels objectifs sont affichés par le droit pénal – droit de punir dur par excellence – et les a précisément en charge – alors qu'il n'a, ou ne devrait avoir, qu'une fonction morale, symbolique et rétributive – il est alors indispensable de modifier l'exercice punitif et de procéder à un transfert vers un système souple de pure régulation. Si le droit pénal et les droits extra-pénaux usent du droit de punir, ils n'en demeurent pas moins différents par la divergence de leur but, imposant par là même une redistribution des charges de chacun. Telles sont les implications inéluctables qu'induit la volonté de clarifier le concept progressif de droit de punir.

b. Conséquences de la pluralité punitive

1039. La première conséquence du pluralisme punitif, c'est-à-dire de la mise en évidence de la distinction entre le droit de punir de régulation et le droit de punir de résolution, est la diversité d'attitudes en matière de reconnaissance des garanties et droits fondamentaux (1). Cette incidence, déjà ébauchée, est accompagnée d'une conséquence intéressant directement le droit pénal. En effet, si certains mécanismes de régulation manifestent, malgré l'adaptation des exigences conventionnelles ou constitutionnelles, une quelconque inefficacité dans le traitement des contentieux extra-pénaux et, finalement, dans le maintien de l'équilibre des

²⁴⁸⁶ Sur ces difficultés, V. spéc. THIBIERGE (C.), *op. cit.*, p. 609.

²⁴⁸⁷ Sur l'importance de l'"adaptation" dans le système juridique de la régulation, V. TIMSIT (G.), « Les deux corps du droit : essai sur la notion de régulation », *Rev. fr. adm. publ.* 1996, p. 375 : le droit de la régulation est caractérisé par « *son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au contexte des sociétés qu'il prétend régir* ».

secteurs régulés, un transfert de ce contentieux au droit pénal paraît inéluctable (2). Si les objectifs que l'on souhaite atteindre évoluent, le droit de punir parallèlement mis en place doit également être modifié. Après une souplesse initiale dans le traitement et la régulation d'un différend, une certaine rigidité peut s'instituer par l'intervention nécessaire du droit pénal. Ce dernier deviendrait-il alors le seul droit envisageable dans certaines situations ?

1) Diversité dans la reconnaissance des garanties

1040. De la dualité d'objectifs à la dualité de garanties. – Alors que l'exposé des dérogations aux garanties propres du droit pénal constituait précédemment l'occasion de constater l'hétérogénéité des objectifs assignés à chaque catégorie répressive, nous devons à présent appréhender ces dérogations comme la conséquence inévitable de la reconnaissance de la pluralité d'objectifs. A partir du moment où chaque droit poursuit une finalité différente, les garanties devant être mises en œuvre peuvent être différentes. La mise en évidence de la finalité secondaire – régulation ou résolution – permet effectivement de déterminer le degré de garanties devant être mis en œuvre. Les garanties générales du droit répressif *lato sensu* n'ont pas à être pleinement respectées dès l'instant que la mesure possède une nature punitive et que l'autorité en question détient une parcelle du droit de punir ; une fluctuation pouvant en effet légitimement intervenir si l'on se place dans une hypothèse de pure régulation.

1041. Exigences et déficiences de la régulation. – Comme nous l'avons déjà précisé, il peut être regrettable que l'efficacité de la régulation régresse dans certains domaines du fait de sa soumission aux principes généraux du droit pénal. Prenant appui sur l'impératif de modulation de la sanction, le conseiller d'Etat SAUVÉ s'interroge sur la pertinence d'un respect inconditionné de ces principes : « [si] toute sanction devait à l'avenir être modulée en fonction de considérations propres aux circonstances de l'infraction et à la personnalité de celui qui l'a commise, des régimes conçus pour traiter des contentieux de masse auraient-ils encore un sens ? »²⁴⁸⁸. Cette réflexion, directement tournée vers le souci d'efficacité devant

²⁴⁸⁸ SAUVÉ (J.-M.), *op. cit.*, p. 21. Si le droit de punir de régulation se soumettait entièrement aux principes fondamentaux du droit répressif, force serait de constater que le caractère automatique de certaines sanctions extra-pénales tendrait à se réduire, ainsi que leur admissibilité en tant que mesures efficaces de traitement et de régulation d'un type de contentieux. Le caractère automatique des peines participant à l'esprit de forfaitisation s'intègre au contraire parfaitement dans une logique de régulation. De même, l'absence de contradictoire – ajoutée au caractère automatique de la sanction – en matière de retrait de points permet de gérer plus efficacement ce contentieux de masse qu'est la délinquance routière. Si un débat contradictoire existe en cette matière, il concerne devant le juge pénal l'existence même de l'infraction ou, devant le juge administratif, les conditions formelles de notification de la décision. En aucune façon, le débat contradictoire n'est relatif à la

imprégner les contentieux administratif et disciplinaire, traduit la crainte que la soumission aux règles gouvernant le droit pénal ne bouleverse l'équilibre des institutions en question en alourdissant le régime juridique du pouvoir sanctionnateur. Cette inquiétude, ici dirigée vers la modulation de la sanction, peut être étendue aux autres principes généraux du droit pénal susceptibles de restreindre le dynamisme des mécanismes juridiques de régulation. Dès lors, l'adaptation de ces principes, initialement perçue comme une violation, ne peut *in fine* qu'être acceptée. Cette adaptation étant ainsi guidée par un souci de rétablir la logique régulatrice propre à ces mécanismes mais également par la mise en évidence de la particularité de la régulation face à la logique de résolution²⁴⁸⁹.

1042. On perçoit ici clairement ce que nous avons dénommé plus haut le *droit de punir souple*, concept manifestant à la perfection le "mélange de la texture des droits"²⁴⁹⁰. En effet, lorsque le droit de la régulation use du droit de punir, il exprime incontestablement une forme de dureté. Toutefois, le droit de la régulation est aussi par nature un droit souple en ce sens que la logique régulatrice induit nécessairement une souplesse des normes appliquées ; les dérogations aux garanties fondamentales du droit répressif participant précisément de cette souplesse.

Cette forme très particulière du droit de punir consistant à mêler la *fermeté* de la réponse apportée aux différends (la sanction) et la *flexibilité* des qualités du processus mis en œuvre (les dérogations perceptibles dans la procédure de sanction) peut conduire, dans certaines situations, à refuser cette dualité et à demander un respect absolu des garanties tant processuelles que substantielles du droit répressif ; cette revendication d'une unité dans la dureté et l'inflexibilité du droit de punir conduisant inévitablement à un transfert des contentieux concernés des droits extra-pénaux au droit pénal.

2) Transfert des contentieux au droit pénal

1043. Demande accrue de garanties et processus de (re)pénalisation. – Dans la grande majorité des domaines d'application de la régulation, les préoccupations divergent radicalement de celles perceptibles en droit pénal, « *le législateur vis[ant] l'efficacité de la*

substance même de la sanction administrative de retrait de points, que ce soit dans sa gravité, sa nécessité ou sa proportionnalité.

²⁴⁸⁹ Sur ce point, V. tout particulièrement la spécificité du retardement des exigences conventionnelles (*supra*, n^{os} *et ss.*) ; concession impensable dès lors qu'il s'agit du droit pénal lui-même.

²⁴⁹⁰ Sur cette expression et ce qu'elle regroupe, V. THIBIERGE (C.), *op. cit.*, p. 616.

répression, pas les garanties du mis en cause »²⁴⁹¹. Aussi est-il nécessaire, si l'on souhaite accentuer les garanties applicables à un type précis de contentieux, ou bien si l'on estime que la régulation n'est plus à même d'assurer l'équilibre de l'institution en question, de transférer ce contentieux au droit pénal. Celui-ci suivra inéluctablement une logique de résolution intégrale du conflit – modifiant par là l'objectif du droit de punir initialement établi – et assurera les droits processuels et substantiels des justiciables. Le paradoxe du droit pénal, selon lequel il serait « *tout à la fois protection et menace pour les libertés et droits fondamentaux* »²⁴⁹², ne fait donc pas obstacle à sa promotion dans la mesure où finalement, et d'un point de vue légal, il est le seul à respecter inconditionnellement les impératifs du droit répressif *lato sensu* ; aucune dérogation n'étant admise. Ce postulat a d'ailleurs été réaffirmé indirectement par le Conseil d'Etat qui, traitant de la sanction préfectorale de la démission d'office de certains élus locaux (C. élect., art. 7)²⁴⁹³, précise que cette mesure « *est subordonnée à la reconnaissance de la culpabilité de l'auteur (...) par la juridiction pénale devant laquelle l'intéressé bénéficie des garanties exigées par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »²⁴⁹⁴.

1044. Nouveau paradoxe du droit pénal. – Lorsque le Pr. DELMAS-MARTY présente le paradoxe sus-énoncé du droit pénal, elle conclut cette analyse par l'exposé d'un autre paradoxe pénal tenant à la diffusion du modèle pénal et de ses impératifs : « *ces garanties ont vocation à s'étendre ailleurs, partout où la sanction surgit, même quand elle ne s'affiche pas comme telle, même quand elle se substitue à la sanction pénale. Et voici comment, en ces temps où l'on rêve de dépenalisation, le droit pénal se trouve progressivement érigé en modèle* »²⁴⁹⁵.

Si nous souscrivions initialement à cet optimisme, force est maintenant de reconnaître que nos aspirations ont été très largement réfrénées. Si le droit pénal est désormais présenté comme un modèle, c'est moins le fruit du processus selon lequel les droits extra-pénaux dits "répressifs" tendraient à se conformer aux garanties générales du droit pénal que la conséquence d'une application dérogatoire de ces garanties par ces mêmes droits. Le droit pénal est devenu le

²⁴⁹¹ GUINCHARD (A.), *op. cit.*, n° 324.

²⁴⁹² DELMAS-MARTY (M.), « Le paradoxe pénal », *op. cit.*, p. 437. Sur ce paradoxe, V. également MARON (A.), « Des "innocents d'Outreau" aux "innocents d'Ailleurs" (propos inconvenants) », *Dr. pén.* févr. 2006, p. 1.

²⁴⁹³ Sur cette mesure, V. *supra*, n° .

²⁴⁹⁴ C.E. 1^{er} juill. 2005, *Ousty et Gravier*, *op. cit.*

²⁴⁹⁵ DELMAS-MARTY (M.), « Le paradoxe pénal », *op. cit.*, p. 455.

paradigme répressif puisqu'il constitue parfois le seul système punitif observant l'ensemble des qualités requises en la matière. Ainsi, l'érection du droit pénal comme modèle aura, suivant cette nouvelle acception, une conséquence singulière à savoir l'accroissement de la pénalisation. Ceci n'est pas sans poser naturellement de lourdes interrogations quant à l'intégrité du droit pénal. Cette nouvelle répartition punitive – prescrite par l'impossible émergence d'un régime de protection uniforme – s'accompagnera-t-elle en effet d'une restauration du droit pénal et d'un rétablissement de ces fonctions classiques ?

§ 2. – De la dépénalisation à une "re-pénalisation" maîtrisée :
vers une restauration effective du droit pénal

1045. L'assemblage des différentes facettes du droit de punir – droit de punir de régulation et droit de punir de résolution – constitue la clé de la restauration du droit pénal. Loin d'accroître l'éloignement de ces deux piliers du même édifice – le droit répressif *lato sensu* – il est préférable de les accoler et d'échafauder une logique d'enchevêtrement. Certains auteurs estiment qu'« un transfert de pouvoir répressif du juge pénal à l'autorité administrative »²⁴⁹⁶ ou disciplinaire est intervenu. Sans dénier fondamentalement ce transfert, nous pensons qu'il doit s'agir davantage, dans ces hypothèses, d'une nouvelle répartition des prérogatives punitives dans une logique de complémentarité. Pour établir correctement ce fait, il convient donc de constater qu'un soutien mutuel intervient entre eux afin de pallier leurs carences respectives.

Le droit de la régulation, dans son acception répressive, poursuit certes une dynamique propre à la technicité des domaines et des secteurs concernés. Pour autant, on ne peut manquer d'observer que cette nouvelle parcelle répressive remédie partiellement à la dénaturation précédemment observée du droit pénal (A). Si ce dernier parvient ainsi à recouvrer sa substance traditionnelle, il est alors possible de penser qu'il puisse parallèlement pallier les carences inhérentes au droit de punir de régulation (B). Plus qu'une interférence, c'est une réelle complémentarité qui naît alors de la coexistence de ces deux formes punitives distinctes.

A. – Le droit de punir de régulation comme palliatif à la dénaturation du droit pénal

²⁴⁹⁶ GUYOMAR (M.), « La sanction administrative », *op. cit.*, p. 7. V. également GUINCHARD (A.), *op. cit.*, *passim*.

1046. Palliatif à l'usage excessif du droit de punir par le droit pénal. – Le développement d'une répression distincte de la répression pénale permettrait de rationaliser cette dernière sur certains de ses aspects favorisant sa dénaturation. Nous avons précisé plus haut dans notre étude que ces éléments défavorables au développement et à la cohérence du droit pénal pouvaient notamment prendre appui sur un usage excessif du droit de punir²⁴⁹⁷, que cet usage soit relatif aux personnes morales (1°) ou, plus largement, qu'il manifeste un excès punitif injustifié annihilant le caractère d'*ultima ratio* du droit pénal (2°). Reprenons ces deux points au regard de l'immixtion du droit de la régulation dans le champ répressif.

1°/ Transfert de la répression de la délinquance des personnes morales

1047. Incompatibilité entre le droit pénal et les personnes morales. – Nous avons vu que la responsabilité pénale des personnes morales ne pouvait pleinement participer de la logique pénale dès lors que le droit de punir s'exerçait sur une entité dénuée des attributs propices à la réception de ses caractéristiques, notamment morales. Il en est ainsi par exemple de la rétribution qui, poursuivant une moralisation de l'ordre social par la révélation de la gravité du trouble commis, ne peut trouver le moindre écho dans ces êtres moraux dont la délinquance demeure artificielle. S'il y avait eu la moindre constatation de la matérialité de cette délinquance, nul doute que le droit pénal aurait pu y puiser le fondement de son intervention. Mais devant la spéciosité du raisonnement en ce domaine et l'inhérence de l'homme et de la justice pénale, la conclusion s'imposant demeure celle de l'inconciliabilité du droit pénal et de la responsabilité des personnes morales. Sur ce point, la technicité des droits répressifs extra-pénaux semble nous apporter un tout autre enseignement.

1048. Compatibilité entre le droit extra-pénal et les personnes morales. – Le droit de la régulation est, nous l'avons vu, un droit expressément technique intéressant des domaines aussi vastes que ceux de l'économie, des finances, de la bourse, de l'énergie, de la communication (audiovisuelle ou non), de la déontologie et des relations professionnelles, etc. Lorsque nous considérons le pouvoir de sanction en chacun de ces domaines, il existe une constante claire : l'omniprésence, voire l'omnipotence, des personnes morales dans l'accomplissement des actes répréhensibles.

²⁴⁹⁷ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

1049. Rétribution, régulation et personnes morales. – En ces différents domaines, on le voit, une délinquance des êtres moraux est donc pleinement concevable. Toutefois, pour légitimer pleinement cette affirmation, il convient d'exposer les raisons invoquées pour privilégier le traitement de ce type de délinquance à l'extérieur même du droit pénal. Pour répondre, il suffit de reprendre la fonction principale du droit de punir exercé par le droit pénal, à savoir la rétribution. Si nous estimons que l'existence d'une responsabilité pénale des personnes morales induit la dénaturation du droit pénal, cela est dû avant toute chose à l'antagonisme perceptible entre les être moraux et la recherche d'une symbolisation de l'antisocialité à travers le prononcé de la peine rétributive. Constitutive d'une souffrance morale, la peine doit ainsi trouver un écho dans la conscience des délinquants et non pas simplement être perçue comme une réduction de leur capacité financière.

A l'inverse, les sanctions extra-pénales sont majoritairement dépourvues de toute coloration profondément morale et rétributive. Davantage orientées vers le respect de l'organisation d'une activité ou d'une profession que vers la réprobation sociale d'un comportement, ces mesures apparaissent dès lors mieux adaptées à la prise en considération de la "délinquance" des personnes morales. En effet, dès l'instant où leur « *seul but est la prévention fondée sur un calcul économique, elles visent des entités accessibles à un tel calcul, mais incapables de souffrance, de repentir et d'amendement* »²⁴⁹⁸. Par essence, ce type de sanctions est donc conforme à la logique de régulation propre aux personnes morales concernées. Le droit de punir doit ainsi se départir de sa mission rétributive et y substituer une fonction plus pragmatique, plus flexible et dès lors plus adaptée à la spécificité et à l'immatérialité des êtres moraux. N'ayant aucun fondement face à ceux-ci, la réprobation morale de l'acte commis doit céder devant le souci de satisfaire à l'exigence d'efficacité et à la technicité des domaines intéressés ; le droit pénal doit donc céder devant l'espoir d'une répression régulatrice.

1050. Reddition ou réédification du droit pénal ? – Si le droit pénal doit abandonner certaines parcelles de son champ d'application, on ne saurait faire l'erreur de conclure à un appauvrissement de cette matière. L'émergence de droits répressifs extra-pénaux, enclins à la régulation, lui permettraient au contraire de se libérer d'une charge inutile quant à son complet épanouissement et à sa pleine efficacité.

²⁴⁹⁸ DECOCQ (A.), « La dépénalisation du droit de la concurrence », *op. cit.*, p. 90.

Mais l'apport de ces droits en ce qui concerne la restauration de la justice pénale ne saurait se limiter à ce seul aspect. S'ils donnent en effet l'occasion au droit pénal de se défaire d'une délinquance tendant à la perversion de sa nature propre, ils permettent plus largement de le reconsidérer comme le stade répressif "ultime", c'est-à-dire préservant les valeurs sociales les plus essentielles à l'équilibre social.

2°/ Consécration du droit pénal comme *ultima ratio* de la répression

1051. Droit pénal de régulation. – Contre toute évidence, un droit pénal de régulation existe. Celui-ci est certes minoritaire mais il est possible cependant de le percevoir au travers de certaines techniques (a) ou de certaines matières propices à la régulation (b). L'irruption d'une répression extra-pénale soutenant une logique précisément régulatrice peut permettre l'évacuation de ces domaines du champ pénal.

a. Evacuation des techniques pénales de régulation

1052. Eventuelle insuffisance dans la résolution des conflits. – En usant de procédés particuliers, le droit pénal a parfois des difficultés à apporter une pleine résolution des conflits. Ces procédures – telles que l'*ordonnance pénale* ou l'*amende forfaitaire* – s'apparentent ainsi à des techniques de régulation ; elles assurent une stabilité du domaine protégé et manifestent l'efficacité de la répression mise en place par la quasi-certitude de la peine²⁴⁹⁹, mais ne parviennent pas pour autant à instituer un retour utile sur l'acte commis et à mettre en exergue la teneur réelle de la réprobation sociale. On retrouve parfaitement la logique régulatrice perceptible dans le traitement des contentieux de masse. L'extension du champ d'application de la procédure de l'ordonnance pénale par les lois "Perben" des 9 septembre 2002 et 9 mars 2004 aux délits prévus par le Code de la route, aux contraventions connexes à ce même code, ainsi qu'aux délits en matière de réglementation des transports terrestres traduit d'ailleurs parfaitement notre propos.

L'absence de débat contradictoire et public ainsi que la fixité du montant des sanctions (amende forfaitaire) renvoient aux dérogations dont peuvent faire preuve les divers droits répressifs extra-pénaux renforçant ainsi le rapprochement entre le droit pénal et la logique régulatrice. Mais si rapprochement il y a, il n'en reste pas moins que cela reste contraire à

²⁴⁹⁹ V. Crim. 9 nov. 2005, D. 2006, IR p. 11 (dispense de peine en cas de procédure d'amende forfaitaire majorée).

l'esprit général devant irriguer la justice pénale. Si, comme nous allons le voir²⁵⁰⁰, celle-ci ne peut être simplement perçue comme une modalité de stabilisation temporaire d'un ordre spécifique, mais doit au contraire être définie comme un apaisement et une résolution définitive d'un conflit, les techniques précitées contribuent donc à la dénaturation du droit pénal. Les droits non-pénaux de la régulation peuvent-ils alors jouer un rôle particulier dans le rétablissement de la rationalité pénale ?

1053. Apport des droits répressifs extra-pénaux. – La mise en place d'une logique de régulation par les droits répressifs extra-pénaux doit permettre au droit de punir de nature strictement pénale de se séparer de ces techniques de régulation et d'intégrer une logique exclusivement tournée vers la résolution pleine et entière des conflits. Cette juxtaposition des systèmes répressifs doit ainsi favoriser « *une approche réaliste de redéploiements au profit de l'institution judiciaire ; celle-ci doit se recentrer sur les enjeux les plus fondamentaux dont elle a la charge, plutôt que de se disperser dans des tâches nouvelles qui ne seraient pas essentielles à l'affirmation de son autorité* »²⁵⁰¹. Ce raisonnement conduirait donc à la mise en place d'un mouvement de dépenalisation, faisant entrer dans la sphère de la régulation un certain nombre de matières intéressées par les procédures simplifiées. Cette dépenalisation se présenterait toutefois comme une "dépenalisation positive" puisqu'elle permettrait une répartition correcte des contentieux entre le droit pénal et les droits répressifs extra-pénaux.

1054. Confirmation de l'implantation de la logique régulatrice hors champ pénal. – La pertinence de ce partage apparaît clairement au vu de la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises²⁵⁰². L'article 54 de ce texte modifie l'article 495 C. pr. pén. relatif à l'ordonnance pénale. Peuvent désormais être soumis à cette procédure « *les délits prévus au titre IV du livre IV du Code de commerce pour lesquels une peine d'emprisonnement n'est pas encourue* ». La spécificité de la rédaction tend inévitablement à inclure dans le champ d'application de l'ordonnance pénale, les personnes morales²⁵⁰³. En intégrant certaines dispositions en matière de concurrence, l'ordonnance pénale n'est donc plus aujourd'hui réservée aux personnes physiques – seules capables de commettre des

²⁵⁰⁰ V. *infra*, n^{os} *et ss.*

²⁵⁰¹ SAUVÉ (J.-M.), « Les sanctions administratives en droit public français... », *op. cit.*, p. 24.

²⁵⁰² Loi n^o 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, *JO* du 3 août 2005, p. 12639.

²⁵⁰³ V. notamment les articles L. 441-5 (infractions en matière de facturation), L. 441-6 (infractions relatives à la communication des conditions générales de vente), L. 441-7, III (infractions liées aux relations contractuelles), L. 442-3 (infractions relatives à la revente au-dessous du prix d'achat) et L. 443-3 du Code de commerce.

infractions routières ou en relation avec la réglementation des transports terrestres – mais devient une technique élargie aux êtres moraux – principaux protagonistes des relations commerciales. Cette nouvelle législation regroupe donc deux éléments inhérents à une logique régulatrice : les personnes morales d'une part et la procédure de l'ordonnance pénale d'autre part.

Favoriser l'émergence des droits répressifs extra-pénaux pour promouvoir le traitement par ceux-ci de ce type de contentieux conduirait à préciser la place subsidiaire que doit occuper le droit pénal afin de recouvrer une rationalité. La justice pénale ne doit être mise en œuvre qu'à la stricte condition que le système de régulation ne puisse plus répondre convenablement aux exigences liées au contentieux. Tant que ce stade n'est pas atteint, seule la régulation se justifie : tel est le cas de nombre de matières pourtant gérées, encore aujourd'hui, par le droit pénal.

b. Evacuation du droit pénal des matières propices à la régulation

1055. Transposition en France du système des Ordnungswidrigkeiten. – Le système allemand connaît depuis plus d'un siècle le système des *Ordnungswidrigkeiten* permettant à l'administration de sanctionner des infractions mineures, appelées "infractions aux règlements" selon la traduction pouvant être donnée du concept germanique²⁵⁰⁴. Certains domaines ont été considérés comme relevant par nature de ce système administratif (environnement, urbanisme, distribution, ivresse, tapage nocturne). D'autres l'ont été en rapport direct à l'encombrement que ceux-ci généraient dans le contentieux pénal (délinquances routière, fiscale et douanière).

Appliqué au droit français, ce système aurait le mérite de pallier d'une double façon l'obstruction des tribunaux pénaux. Il existe d'une part des infractions pénales qui, par nature, répondraient pleinement à la logique prévue par les *Ordnungswidrigkeiten* ; il s'agit de la catégorie juridique des contraventions. Dès lors que les sanctions extra-pénales auraient pour simple rôle « *d'attirer l'attention du contrevenant sur le danger qu'il fait courir à la société en ne se conformant pas aux normes qu'elle a édictées* »²⁵⁰⁵, sans s'inscrire dans une profonde réprobation morale de l'acte commis, la matière contraventionnelle constitue le creuset de ce

²⁵⁰⁴ Sur l'ensemble de ce point, V. BENMAKHOLOUF (A.) et FALLETTI (F.), « Les Ordnungswidrigkeiten en République fédérale d'Allemagne », *Arch. pol. crim.* 1984, n° 7 (« Des sanctions »), p. 74.

²⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 76.

mécanisme. D'autre part, la délinquance routière non suivie d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique de la personne, est un contentieux de masse freinant le cours de la justice pénale et prédisposé à une dépenalisation. La Cour européenne des droits de l'homme consacre même un tel mouvement dans son arrêt *Oztürk* du 21 février 1984. Tout en exigeant l'application de l'article 6 Conv. EDH, la cour précise en effet qu' « *eu égard au grand nombre des infractions légères, notamment dans le domaine de la circulation routière, un Etat contractant peut avoir de bons motifs de décharger ses juridictions [pénales] du soin de les poursuivre et de les réprimer (...) [et ainsi de confier] cette tâche, pour de telles infractions, à des autorités administratives (...)* »²⁵⁰⁶. Une part non négligeable de la délinquance routière peut donc légitimement être évacuée du champ pénal ; le fait qu'elle le soit déjà partiellement aujourd'hui par le système du retrait de points conforte cette tendance.

1056. Question de la dualité de la répression. – Contrairement au système allemand intégrant une phase administrative (phase initiale) et une phase judiciaire (phase de recours)²⁵⁰⁷, nous pensons qu'il est préférable d'instaurer une répression exclusivement administrative²⁵⁰⁸. Certes dans un système dualiste, le droit pénal conserverait son caractère d'*ultima ratio* en ce sens qu'il représenterait une menace constante devant peser sur les actions humaines, que celles-ci relèvent ou non du pouvoir sanctionnateur de l'administration²⁵⁰⁹. Toutefois, cette dualité ne répondrait pas à notre souci principal qui est celui de circonscrire le droit pénal à la défense des valeurs les plus essentielles de la société. Qu'il intervienne en cas de recours contre une décision de l'administration – donc contre une décision intéressant une infraction mineure – ne bouleversera pas l'importance de la valeur protégée ; le droit pénal demeurant en cette hypothèse le garant d'intérêts d'une importance sociale discutable.

²⁵⁰⁶ CEDH 21 févr. 1984, *Oztürk c/ Allemagne*, op. cit.

²⁵⁰⁷ Notons tout de même qu'en droit français, nombre de domaines sont caractérisés par une certaine forme de dualité. C'est le cas, comme nous l'avons déjà précisé, du droit de la circulation routière. Il en est de même également du droit des étrangers et du pouvoir du juge des libertés et de la détention en cas de rétention administrative. Sur ce dernier point, V. DE CROONE (J.), « La sanction administrative dans le droit des étrangers », *AJDA* 20 oct. 2001, n° spécial, p. 63 : les « *sanctions pénales ne peuvent (...) être l'instrument principal de régulation et de pilotage* ».

²⁵⁰⁸ *Contra*, GENEVOIS (B.) « La sanction administrative en droit français », *Arch. pol. crim.* 1984, n° 7 (« Des sanctions »), p. 73 ; SAUVÉ (J.-M.), *op. cit.*, p. 23 qui expose un système relativement complexe : « *on peut s'interroger sur le point de savoir s'il y a lieu (...) de réfléchir à un nouveau schéma de régulation qui combinerait l'intervention de l'administration et la saisine du juge pénal (...) L'idée de substituer à leur pouvoir [les autorités administratives] de sanction un pouvoir de poursuite et d'instruction des manquements à la loi, qui seraient ensuite jugés par les tribunaux pénaux, mériterait d'être explorée* ».

²⁵⁰⁹ En ce sens, V. CISSÉ (A.), « Justice transactionnelle et justice pénale », *op. cit.*, pp. 516 à 519.

1057. Unité répressive. – L’*ultima ratio* que nous préconisons s’appuie au contraire sur une redistribution rationnelle de la protection des valeurs sociales et une dépenalisation étendue et cohérente. Si le droit pénal doit intervenir, ce n’est point au titre du recours formé contre une sanction extra-pénale, mais afin de garantir *seul* la défense d’un intérêt social précis. Si cet intérêt ne justifie point l’attention du droit pénal, ce sont les droits répressifs extra-pénaux qui devront alors opérer tant en première instance qu’en matière de recours. En revanche, si l’on admet que le droit pénal soit, pour certaines valeurs sociales, l’exclusif acteur de leur protection, cela signifie qu’il est dans ces cas précis le seul à pouvoir agir efficacement. Cette réflexion suppose donc que le droit pénal doive posséder un monopole dans des matières où le droit répressif de régulation est déficient. A l’inverse, le droit pénal pourrait se désengager de matières dans lesquelles la répression qu’il met en place reste anecdotique. Tel est le cas par exemple en matière fiscale où le taux de sanctions fiscales est humiliant au regard du nombre de poursuites pénales dont la particularité « *peu[t] expliquer en partie cette baisse surprenante* »²⁵¹⁰.

B. – Le droit pénal comme palliatif des carences du droit de punir de régulation

1058. La tendance conduisant les droits répressifs extra-pénaux, par leur intervention, à favoriser la concentration du droit pénal sur des aspects essentiels de la vie sociale, révèle *in fine* l’apport unique et spécifique de ce dernier en certains domaines et sa réelle utilité dans le droit répressif *lato sensu* (1°). La concurrence que nous avons décrite plus haut se mue donc en une complémentarité des systèmes répressifs (2°).

1°/ Révélation de la spécificité et de l’utilité du droit de punir inhérent au droit pénal

1059. La particularité du droit de punir de nature pénale se manifeste à travers la démonstration de sa finalité première tenant à la résolution à long terme d’un conflit (a). Cette caractéristique essentielle – tranchant avec celle du droit de punir de régulation – confirme la nature fédératrice du droit pénal dans le champ de la politique criminelle (b).

²⁵¹⁰ PORTELLI (S.), « Les sanctions pénales en matière économique et financière », *op. cit.*, p. 13. V. également *supra*, n° (en note). La particularité de la procédure pénale en matière fiscale tient au dépôt obligatoire d’une plainte de l’administration pris sur avis conforme de la Commission des infractions fiscales (L.P.F., art. L. 228). Au-delà de la matière fiscale, le nombre limité de condamnations pénales est également perceptible dans le domaine informatique ; sur ce point, V. LEPAGE (A.), « Réflexions de droit pénal sur la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes à l’égard des traitements de données à caractère personnel », *op. cit.*, spéc. n° 2.

a. De la supériorité du droit de punir de nature pénale comme mode de résolution des conflits

1060. Limites du droit de punir de régulation. – Outre le fait que les droits extra-pénaux prennent en considération moins l'intérêt général que plusieurs intérêts spécifiques, remarquons que la qualité du droit de punir de régulation reste inférieure à celle inhérente au droit de punir pénal. S'il est vrai que toute comparaison demeure délicate au vu de la différenciation des objectifs assignés à chacune de ces disciplines, nous ne pouvons nier le point selon lequel la régulation reste, s'agissant du traitement des différends, à un stade inférieur par rapport au droit pénal²⁵¹¹.

Lorsque le droit pénal intervient dans un litige, une déclaration publique et symbolique des torts, des fautes et des faiblesses a lieu et le procès s'inscrit clairement dans une démarche d'achèvement et de résolution intégrale du conflit. Par la force de son pouvoir accusateur, la justice pénale parvient à *rétablir* à long terme la prédominance du Droit et produit un effet cathartique au sein du groupe social. A l'inverse, la régulation ne saurait être assimilée à une technique de résolution dans la mesure où il est davantage question d'*harmoniser* un secteur troublé temporairement par une attitude non conforme aux règles techniques régissant spécifiquement un ordre et un groupe restreint d'individus, que de *révéler* l'antisocialité d'une personne ayant déséquilibré profondément l'équilibre public et la paix sociale dans sa généralité²⁵¹².

1061. Identité entre les droits de punir de régulation et de résolution. – Malgré la nette distinction entre la résolution et la régulation, une certaine identité entre les répressions pénale et extra-pénale semble pouvoir être relevée. L'ensemble de la doctrine s'accorde en effet à admettre que les sanctions administratives et disciplinaires possèdent, suivant leur importance, une fonction dissuasive. L'importance des sanctions pécuniaires pouvant être prononcées par les autorités administratives indépendantes (Conseil de la concurrence, Autorité des marchés financiers, Commission d'accès aux documents administratifs, etc.) traduit une volonté d'endiguer certaines habitudes malveillantes et contraires à l'efficacité et la productivité des secteurs régulés. Comme l'exprime un auteur, « *la prise en compte de*

²⁵¹¹ Sur ce point, précisons que le droit de la régulation est qualifié de *soft law*, pouvant être traduit en *droit mou*, ce qui est certes peu glorifiant, mais qui n'est peut-être aussi pas un hasard.

²⁵¹² Traitant du pouvoir disciplinaire dans la fonction publique, le Pr. J.-M. AUBY souligne en effet que « *la répression disciplinaire se caractérise par sa spécialité : visant à assurer le respect de règles particulières à diverses institutions, elle comporte pour chaque pouvoir considéré un cercle limité d'assujettis* » (« Les sanctions administratives disciplinaires applicables aux usagers volontaires des services publics », *op. cit.*, p. 74 ; c'est nous qui soulignons).

l'analyse économique suggère que l'une des conditions nécessaires à l'optimalité de la répression des infractions [soit] que la sanction des pratiques condamnables [devienne] suffisamment dissuasive »²⁵¹³. Concernant par exemple le Conseil de la concurrence, l'augmentation des seuils de pénalités par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques et l'instauration par l'ordonnance du 4 novembre 2004²⁵¹⁴ d'une astreinte de 5 % maximum du chiffre d'affaires journalier moyen pour contraindre les personnes à se conformer aux décisions vont expressément dans ce sens. Il apparaît ainsi clairement que « *l'objectif de régulation fonde le pouvoir de sanction* »²⁵¹⁵ des autorités extra-pénales suivant une logique d'intimidation.

Cette fonction dissuasive des sanctions extra-pénales se rapproche ainsi d'une certaine forme de rétribution, mais d'une rétribution purement matérielle tenant à la constatation de la gravité d'un acte et à l'application corrélative d'une sanction proportionnée à ce dernier. Si cette fonction rétributive renvoie de prime abord à la sanction pénale²⁵¹⁶, force est de remarquer qu'une forte disparité demeure néanmoins entre ces deux formes de répression.

1062. Disparité et apport du droit de punir de résolution. – Comme nous avons vu que le droit pénal ne permettait pas parfois de répondre efficacement à un type particulier de délinquance – engendrant de lui-même une certaine forme de dépenalisation – nous devons constater ici que l'analyse inverse relative aux sanctions extra-pénales peut être avancée. Si celles-ci engendrent ou sont susceptibles d'engendrer une certaine dissuasion, elles ne possèdent aucun pouvoir de rétribution morale qui, à l'inverse, est l'essence même de la peine et du droit pénal²⁵¹⁷. Inévitablement limitées, les sanctions non pénales ne peuvent être les seules manifestations du droit de punir en certains cas, et notamment si, loin de vouloir simplement répliquer arithmétiquement à un déséquilibre institutionnel, on souhaite insuffler au droit de punir ainsi mis en œuvre une certaine moralité. Dans cette dernière hypothèse, les

²⁵¹³ BOY (L.), « Réflexions sur "le droit de la régulation" (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *D.* 2001, p. 3034.

²⁵¹⁴ Ord. n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du Code de commerce au droit communautaire de la concurrence, *JO* du 5 novembre 2004, p. 18689 (V. spéc. art. 10 de l'ordonnance modifiant l'article L. 464-2 du Code de commerce).

²⁵¹⁵ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le droit de la régulation », *op. cit.*, p. 614 ; GUYOMAR (M.), « La sanction administrative », *op. cit.*, p. 7.

²⁵¹⁶ Sur le caractère nécessairement rétributif de la sanction pénale, V. *supra*, n^{os} *et ss.* Sur le caractère éventuellement dissuasif de la sanction pénale, V. *supra*, n^{os} *et ss.*

²⁵¹⁷ DECOCQ (A.), « La dépenalisation du droit de la concurrence », *op. cit.*, p. 90 ; BENMAKHOLOUF (A.) et FALLETTI (F.), *op. cit.*, pp. 76-77.

qualités intrinsèques du droit pénal conduisent à ce que ce dernier demeure la seule forme de répression concevable, retraçant les frontières de la politique criminelle.

b. De la confirmation du droit pénal comme vecteur de la politique criminelle

1063. La politique criminelle se définit traditionnellement comme « *l'organisation de la lutte contre une criminalité préalablement définie, lutte menée sous diverses formes, employant des moyens variés, et orientée vers des buts précis* »²⁵¹⁸. Si, suivant cette acception large, la politique criminelle ne se limite donc pas au droit pénal²⁵¹⁹, on ne saurait toutefois dénier sa place centrale ; place que l'on a cru délaissée un temps suite à l'émergence des droits répressifs extra-pénaux. Cette crainte était trompeuse et le droit pénal demeure le cœur des choix répressifs. Que le législateur recherche une sanction expressément rétributive (1) ou, au contraire, qu'il veuille des garanties maximales en matière punitive (2), le droit pénal conserve une utilité, voire un monopole, incontestable en ces domaines.

1) Recherche d'une sanction rétributive et sélection du droit pénal

1064. Droit pénal, modalité répressive la plus achevée. – La volonté de juxtaposer le droit pénal au sein d'une répression administrative par exemple, et de lui conférer un rôle expressément décisionnel et punitif²⁵²⁰, traduit la difficulté qu'il y a à ne pas recourir au droit pénal dès que l'on souhaite dépasser le cadre du rééquilibrage matériel de l'ordre public déstabilisé et afficher une réprobation morale envers un comportement mettant en cause la paix sociale. Le droit pénal réunit ces deux facettes de la répression : il permet par le prononcé de la peine de rétablir symboliquement une forme de stabilité et, parallèlement et par le même acte, parvient à réaffirmer l'importance des valeurs bafouées.

Le droit de punir exercé par le droit pénal est donc à la fois *sanctionnateur* et *normatif* en ce sens qu'à travers la peine il parvient certes à protéger un ordre préétabli mais également à déterminer la portée et la valeur de celui-ci. La combinaison de ces deux fonctions conduit ainsi à qualifier – implicitement mais nécessairement – le droit pénal de prescriptif ou normalisateur ; il impose en effet le respect d'une norme et l'acquisition d'un comportement conforme aux exigences sociales. A l'inverse, le droit de punir extra-pénal poursuit

²⁵¹⁸ STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 22.

²⁵¹⁹ PRADEL (J.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 59.

²⁵²⁰ SAUVÉ (J.-M.), *op. cit.*, p. 23.

uniquement une logique sanctionnatrice sans véritablement apporter de réprobation morale, ni imposer une conformité à un standard social. C'est la raison pour laquelle le droit pénal ne pourra jamais être évincé totalement du champ répressif si une attitude particulière, par sa gravité, impose une appréciation morale²⁵²¹. Selon MM. les Pr. STÉFANI, LEVASSEUR et BOULOC, « *le recours aux sanctions pénales est une ultima ratio qui doit être précédée d'essais de sanctions techniques mieux appropriées* »²⁵²². Aussi est-il possible, si cet essai n'est pas probant, de faire appel à la justice pénale. Cette logique tendant à reconnaître le droit pénal comme l'unique détenteur d'une qualité précise se retrouve s'agissant plus largement des garanties que celui-ci impose obligatoirement.

2) Recherche de garanties indérogeables et sélection du droit pénal

1065. Droit pénal, pivot des mécanismes de politique criminelle. – C'est une perspective dualiste qui, nous l'avons vu, s'établit en matière de respect des garanties – processuelles et substantielles – par les droits administratif, disciplinaire et pénal. Si ce respect doit être inconditionnel en droit pénal, il faut admettre qu'il ne peut parfois qu'être partiel dans les autres matières. Le Conseil d'Etat lui-même précise que « *l'état de droit n'est pas menacé du seul fait que le régime juridique des sanctions administratives, en particulier lorsqu'elles sont prononcées par une autorité administrative indépendante, n'est pas strictement identique au régime des sanctions pénales* »²⁵²³.

Cette logique d'acceptation trouve néanmoins ses limites si l'on s'aperçoit que la procédure mise en place, au vu des sanctions prononcées, ne respecte que trop peu les principes fondamentaux du droit répressif en général et les garanties du procès équitable en particulier. Dans une telle situation, il deviendrait nécessaire de basculer ce contentieux dans le champ pénal. Si les exigences se font plus pressantes, cela provient du fait que les sanctions infligées sont plus lourdes et que les valeurs protégées sont plus importantes. Ceci sous-entend donc que l'autorité – administrative ou disciplinaire – n'aurait plus en charge simplement la régulation d'un secteur déterminé mais tendrait plus directement au maintien de l'équilibre social. Afin de sauvegarder la logique régulatrice de ces autorités, un transfert du contentieux au droit pénal paraîtrait nécessaire. Celui-ci se trouverait donc pleinement restauré dans sa dimension de protection des valeurs les plus essentielles. Plus qu'un modèle, le droit pénal

²⁵²¹ BENMAKHOLOUF (A.) et FALLETTI (F.), *op. cit.*, p. 76.

²⁵²² STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 31, p. 26.

²⁵²³ CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 363.

serait l'ultime recours pour une catégorie de contentieux ne pouvant déroger aux garanties fondamentales du droit répressif et deviendrait le stade supérieur dans l'ordonnement de la politique criminelle.

1066. Droit pénal, poste d'aiguillage de la politique criminelle. – La mise en évidence du droit pénal comme vecteur principal de détermination de la politique criminelle nous rapproche ici des *principes directeurs de régulation des conflits* prônés par Mme le Pr. DELMAS-MARTY. Ces principes sont en effet une « sorte de "plaque d'aiguillage" susceptible d'orienter le choix du législateur vers tel ou tel type de sanction, à partir de divers indicateurs, d'utilité et d'effectivité [et rendant] plus visibles et plus conscients les choix essentiels de politique criminelle que sont les mouvements de pénalisation et dépenalisation »²⁵²⁴. Tout en préconisant l'instauration d'un droit commun de la sanction, cet auteur pointe donc tout de même du doigt la diversité des choix répressifs possibles au regard des garanties offertes par chaque système.

C'est alors que se pose la question de la détermination du seuil de pénalisation. A partir de quel stade pouvons-nous affirmer que l'instauration d'une répression pénale devient nécessaire ?

1067. De la délicate question du seuil de pénalisation. – Selon le Pr. W. JEANDIDIER, « c'est en droit pénal que les enjeux sont les plus graves et c'est en droit pénal que les garanties les plus strictes doivent être érigées »²⁵²⁵. Alors qu'en matière extra-pénale les garanties fondamentales du procès doivent être adaptées, voire parfois sacrifiées sur l'autel de l'efficacité, la logique issue du droit pénal déroge partiellement à cette dynamique. Si, bien évidemment, la recherche d'efficacité est une constante des divers systèmes répressifs, remarquons que le respect des garanties processuelles et substantielles participent davantage pour le droit pénal à sa *légitimité*, de sorte qu'aucun arrangement ne peut intervenir au titre de la *productivité* de la justice et des domaines concernés par la répression pénale. Cette différence est essentielle et explique en partie le choix qui pourra être fait en faveur du droit

²⁵²⁴ DELMAS-MARTY (M.), « Sanctionner autrement ? », *Arch. pol. crim.* 1984, n° 7 (« Des sanctions »), p. 52.

²⁵²⁵ JEANDIDIER (W.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 76. V. également DANTI-JUAN (M.), *L'égalité en droit pénal*, Paris, éd. Cujas, 1987, n° 255, p. 205: « Ce qui est exigé de la justice en général l'est encore bien plus de la justice pénale en particulier, parce qu'elle est la plus contraignante, la plus redoutée et aussi, parfois, la plus déshonorante » ; ROUQUETTE (R.), *Dictionnaire du droit administratif*, Paris, éd. du Moniteur, 2002, v° « Sanction administrative » : la répression administrative se définit comme la punition d' « un comportement infractionniste (sic), généralement des manquements à des règles moins fondamentales que celles punies par des sanctions pénales ».

pénal si, au-delà de la rentabilité du secteur régulé, on souhaite instaurer une soumission plus intense aux droits fondamentaux et une reconnaissance plus large des intérêts protégés.

1068. Conséquences. – Si l'on suit cette prescription, deux conséquences sont alors perceptibles : le droit pénal doit d'une part se décharger d'un contentieux dans lequel les valeurs sociales protégées ne revêtent pas une importance caractérisée ou n'illustrent pas un enjeu grave (dépenalisation positive) et, d'autre part, se réinvestir dans des domaines nécessitant sa protection (re-pénalisation). Ce double phénomène tend évidemment à rétablir le fondement originel du droit pénal, à savoir garantir le maintien de la paix publique en réglant les contentieux portant atteinte aux valeurs essentielles de l'ordre social.

1069. Exemples. – Si nous nous cantonnons au processus de re-pénalisation²⁵²⁶, on s'aperçoit qu'il peut atteindre de nombreux domaines ou secteurs régulés. Prenons l'exemple du droit des médias qui donne conjointement compétence au Conseil supérieur de l'audiovisuel pour les infractions à la loi du 30 septembre 1986 et au juge pénal en cas d'infractions pénales et de presse. Par un arrêt du 19 mars 1997 du Conseil d'Etat, une décision de non-renouvellement d'autorisation de diffusion d'une antenne de radio prise par le C.S.A. fut annulée au motif que la gravité des faits ne justifiait pas une telle sanction²⁵²⁷. Certains commentateurs ont exposé leur inquiétude face à cette annulation puisqu'il s'agissait en l'espèce de propos racistes et antisémites constitutifs d'une atteinte à l'égalité entre les personnes ainsi qu'à la dignité de celles-ci et pouvant, *raisonnablement*, justifier une telle sanction²⁵²⁸. Devant ce paradoxe, on peut se demander si on ne devrait pas s'écarter fortement, dans une telle situation, de « *l'idée initiale de "régulation", pour retomber dans un droit bien plus classique* »²⁵²⁹. Dès lors que des libertés publiques – liberté d'expression d'un côté, dignité humaine et égalité entre les hommes de l'autre – sont confrontées de manière aussi intense, n'est-il pas du ressort du juge pénal de réinvestir seul ce type de répression, la gravité des faits et des sanctions commandant parfois un processus de re-pénalisation ?

Dépasant le champ du droit des médias, ne pouvons-nous pas affirmer que cette logique fut respectée en matière informatique ? En intégrant dans le Livre II du Code pénal – relatif aux

²⁵²⁶ Sur la dépenalisation positive, V. nos développements précédents *supra*, n^{os} *et ss.* et spéc. n^{os} *et ss.*

²⁵²⁷ C.E. 19 mars 1997, *Association Ici et maintenant*, *Légipresse*, mai 1997, n° 141, III, p. 65.

²⁵²⁸ En ce sens, V. MAUBOUSSIN (E.), « Note sous C.E. 19 mars 1997, *Association Ici et maintenant* », *Légipresse*, mai 1997, n° 141, III, pp. 65-67.

²⁵²⁹ DERIEUX (E.), « Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *op. cit.*, p. 9.

atteintes contre les personnes – les dispositions originaires incluses dans la loi du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés, le législateur a perçu tout l’intérêt qu’il pouvait y avoir à favoriser un processus de re-pénalisation et ainsi à revaloriser la sanction pénale dans le traitement d’un contentieux pourtant technique²⁵³⁰. Cette dernière apparaît donc, dans certaines situations, comme la réponse la plus appropriée et la mieux à même de respecter les intérêts en jeu ; ceci confirmant l’établissement, sinon d’un nouveau domaine réservé ou d’un monopole pénal, du moins d’un champ d’intervention obligatoire pour le droit pénal²⁵³¹.

1070. Re-pénalisation et champ d’application obligatoire. – La dualité répressive que nous avons rejetée²⁵³², ne concerne que la double nature répressive (administrative/pénale ou disciplinaire/pénale) au sein d’une même procédure. Nous n’écarterons nullement le cumul de sanctions (administrative et pénale ou disciplinaire et pénale) s’inscrivant dans une dualité de procédures. Le processus de re-pénalisation ne signifie donc pas que nous recherchions la *seule* répression pénale. Une re-pénalisation peut intervenir si plus aucune sanction non pénale n’est pertinente ou parallèlement à une sanction extra-pénale préexistante. Notre exemple relatif au C.S.A. commande semble-t-il une intervention exclusive du droit pénal en cas d’atteinte à la dignité par voie de presse ou radiophonique – l’arrêt du Conseil d’Etat bridant le pouvoir sanctionnateur du C.S.A. dans cette situation – mais ne commande pas une re-pénalisation intégrale et exclusive du droit des médias. Ce n’est que dans l’éventualité d’une protection insuffisante des valeurs sociales essentielles – donc d’une répression insuffisante – par les droits répressifs extra-pénaux que l’on doit s’en remettre au droit pénal. Le concept de re-pénalisation doit être simplement entendu comme un retour au droit pénal si une sanction d’une certaine intensité doit être nécessairement mise en place et si les garanties extra-pénales sont insuffisantes au vu de la gravité de cette mesure et de l’importance de la valeur sociale considérée²⁵³³. Le non-renouvellement de l’autorisation de diffuser, compte

²⁵³⁰ Sur ce point et adoptant une approche sceptique du processus de re-pénalisation, notamment au regard du quantum des peines encourues, V. LEPAGE (A.), « Réflexions de droit pénal sur la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes à l’égard des traitements de données à caractère personnel », *op. cit.*, passim et notamment nos 8 et 27.

²⁵³¹ Après le droit des médias et de l’informatique, nous pouvons citer encore la bioéthique qui a trouvé, grâce à la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique et à l’incrimination de l’eugénisme et du clonage reproductif, un écho pénal indispensable pour la reconnaissance et la préservation de nouvelles valeurs sociales.

²⁵³² V. *supra*, n° .

²⁵³³ En ce sens, V. GALABERT (J.-M.), « Conclusion et prospective », *op. cit.*, p. 30 : « pour les affaires vraiment très complexes, les affaires qui d’ailleurs sont en général celles où auront été le plus nettement commises des infractions, il est assez normal que la répression pénale garde le rôle le plus important ».

tenu de l'atteinte à la liberté d'expression, ne peut-elle pas justifier une intervention du droit pénal pour cette seule mesure, le C.S.A. demeurant pleinement compétent pour les autres sanctions envisageables ? Une réponse positive ne conduit pas à une remise en cause du cumul des sanctions mais à l'affirmation du caractère complémentaire du droit pénal dans le processus général de répression.

2°/ Révélation de la complémentarité du droit de punir inhérent au droit pénal

1071. Droit pénal : modèle, concurrent ou complément ? – Notre raisonnement nous a conduit à définir prioritairement le droit pénal comme un modèle. Cette qualification doit toutefois être dépassée. Dès lors qu'aujourd'hui le droit pénal n'est plus un concurrent mais un complément de l'action punitive (*b*), il est délicat de continuer à caractériser le droit pénal comme un modèle, cette dénomination étant on ne peut plus ambiguë au regard de la place que celui-ci doit effectivement occuper (*a*).

a. L'ambiguïté du droit pénal comme modèle

1072. Crainte. – Affirmer que le droit pénal est un modèle conduit à considérer les droits non-pénaux comme pouvant poursuivre des objectifs identiques à ceux du droit pénal s'ils parviennent à suivre les prescriptions propres à ce dernier. En d'autres termes, si l'attribution au droit pénal de la qualité de modèle semble le glorifier, cela le restreint en définitive d'un point de vue matériel. Le modèle est ce vers quoi on tend, non forcément ce qui est applicable. Idéaliser le droit pénal revient à le renvoyer en dehors des frontières de la pratique, les droits extra-pénaux pouvant alors assumer cette nouvelle charge. Ainsi, à cantonner le droit pénal à un modèle, et devant la montée en puissance de la répression extra-pénale, le risque est de pouvoir se passer matériellement du modèle sans pour autant s'en départir totalement d'un point de vue théorique. Une certaine exclusion du droit pénal tendrait ainsi à s'exprimer si les droits extra-pénaux parvenaient à s'ériger au plus près des exigences émises par la justice pénale, paradigme du procès équitable.

1073. Illusion. – Nous savons que cette crainte n'est qu'illusion et ce pour deux raisons essentielles. D'une part, les droits extra-pénaux restent en deçà du droit pénal tant en ce qui concerne les objectifs poursuivis par ceux-ci, que par les garanties procédurales et substantielles dont ils font preuve. D'autre part, le droit pénal ne peut être assimilé à une

*notion à contenu variable*²⁵³⁴, formule propre au concept de standards aux frontières indéterminées et fluctuantes. Ce droit est au contraire un droit dur, soumis à l'interprétation stricte de ses règles et ne pouvant varier librement au gré des circonstances, des personnes ou des lieux.

Malgré cette stabilité incontestable du droit pénal, le maintien du *modèle* pénal perdure pourtant comme si l'on "espérait" encore une identité possible entre les deux formes de répression. Comme on le sait, cette attente est vaine. Les répressions se cumulent mais ne se confondent pas et le droit pénal doit davantage être présenté pour les droits extra-pénaux comme un nécessaire complément que comme un modèle obligatoire à suivre. Une autonomie des systèmes répressifs s'établit alors progressivement.

b. L'utilité du droit pénal comme complément

1074. Dissipation de la concurrence par une complémentarité des systèmes répressifs. – Le critère principal de la restauration du droit pénal tient à la complémentarité des systèmes répressifs mis en balance : « *l'idée qu'il faut bien avoir en tête, au-delà de la difficulté des critères de répartition, c'est qu'il ne s'agit pas d'un "match", il ne s'agit pas de dire "pénal contre administratif" »*²⁵³⁵. Loin de générer une rivalité, l'exercice respectif du droit de punir par ces droits conduit à révéler l'utilité de chacun au sein du droit répressif *lato sensu*. Chaque catégorie répressive doit intégrer une logique qui lui est propre et un champ d'application qui lui est adapté. Les réponses aujourd'hui envisageables face à la délinquance sont multiples, le droit pénal n'étant qu'une facette de cette réaction. Mais, prévient un auteur, « *il serait plus judicieux aujourd'hui de penser ces réponses non en terme d'antagonisme ou de concurrence mais plutôt en termes de complémentarité. C'est aujourd'hui un préalable nécessaire à toute réflexion sur les fondements de la justice, les limites du droit de punir et les droits de l'homme. L'essentiel étant de consacrer la réponse la mieux adaptée, la plus appropriée en vue d'un traitement efficace de la criminalité »*²⁵³⁶. L'agrégat punitif auquel nous sommes aujourd'hui confrontés ne saurait être assimilé à un amoncellement irrationnel de répression ; chaque domaine doit user du droit de punir pour une finalité et suivant des modalités bien

²⁵³⁴ PERELMAN (C.) et VANDERL ELST (R.) (sous la dir.), *Les Notions à contenu variable en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1984.

²⁵³⁵ GALABERT (J.-M.), « Conclusion et prospective », *op. cit.*, p. 30. Et l'auteur poursuit : « *il s'agit de convenir qu'il y a une place du pénal dont il ne me paraît pas question d'envisager l'élimination et, pour le reste, essayer de faire pour le mieux, en fonction de préoccupations pratiques davantage que de critères théoriques »*.

²⁵³⁶ CISSÉ (A.), *op. cit.*, p. 511.

précises. Si cumul il y a, ceci est davantage le produit d'une différenciation des objectifs répressifs que le fruit d'une concentration exagérée des outils répressifs sur un même objet.

Nous devons donc désormais nous inscrire dans une spécification des systèmes répressifs : chacun doit être employé dans un but déterminé trouvant par là même une réelle utilité à son intervention. L'utilisation excessive du droit pénal que nous dénonçons serait dès lors remise en cause par un usage plus harmonieux du droit de punir entre les différents droits.

1075. Emergence d'un utilitarisme pénal ? – La complémentarité des droits répressifs induit de prime abord une conservation du système pénal dans la mesure où le recours à ce dernier est, dans certaines situations, inévitable. Les droits extra-pénaux, par leurs carences, permettent ainsi au droit pénal de recouvrer une finalité utilitaire indiscutable. Nous avons précisé antérieurement que les fonctions rétributive, symbolique et morale du droit pénal prévalaient sur les fonctions utilitaires de la peine²⁵³⁷. Nous ne remettons nullement en cause cette affirmation, ces fonctions demeurant une finalité espérée et non le caractère même du droit pénal.

Toute utilité du droit pénal n'est pas pour autant bannie. La nécessité de recourir au droit pénal peut en effet provenir de la recherche de stigmatisation et d'un blâme public, de l'affliction d'une certaine forme de souffrance et par là même d'une symbolisation de l'antisocialité de la personne. Ces exigences ne peuvent être le fruit de droits répressifs extra-pénaux qui, dénués de toute appréciation morale et empreints au contraire de forte technicité, ne peuvent garantir une moralisation de l'acte commis. Le droit pénal possède donc une sphère propre intouchable, un monopole dans la détermination de l'immoralité des actes individuels. Cette tendance, qui se trouve établie par exemple en matière de contraventions de grande voirie – pouvant être le plus souvent supplées par des incriminations pénales classiques – ou encore en matière de protection de l'environnement²⁵³⁸, témoigne de l'inévitable présence du droit pénal et du mouvement possible de pénalisation si les exigences morales deviennent plus prégnantes.

1076. Vers une restauration du droit pénal. – Les fonctions traditionnelles du droit pénal se trouvent dès lors étrangement réaffirmées par les droits répressifs extra-pénaux. Le droit pénal

²⁵³⁷ V. *supra*, n^{os} et ss.

²⁵³⁸ Sur ce point, V. spéc. LE ROUX (M.), *Contravention de grande voirie, domaine public naturel et protection pénale de l'environnement*, thèse, Nantes, 1999, pp. 330 et ss et spéc. pp. 366 et ss.

conserverait – ou retrouverait – son acception première : être le premier garant de la stabilité sociale. Les droits extra-pénaux se présentent donc comme un espoir de restauration du droit pénal, une chance pour celui-ci de se rétablir dans les frontières qui auraient dû être toujours les siennes. Que ce soit dans son fondement – rétablissement de la paix sociale – ou dans son expression – peine rétributive – le droit pénal trouve dans la répression extra-pénale l'occasion de s'élever au rang qu'il a, un temps, délaissé. Mais une telle différenciation des domaines d'application des divers droits répressifs (droit pénal et droits extra-pénaux), si elle permet de rationaliser l'action punitive en offrant notamment au droit pénal la possibilité de réinvestir une cohérence dans ses choix répressifs, ne revient-elle pas toutefois à rendre illusoire tout droit commun en matière de sanction ?

1077. Illusion du droit commun de la sanction : la richesse d'un système punitif pluriel. –

Si l'adaptation des principes répressifs par les droits extra-pénaux s'explique par d'évidentes raisons liées aux activités de régulation, l'absence de pleine conformité avec les règles pénales favorise l'essor du droit pénal dans l'exercice du droit de punir *lato sensu*. Il serait possible, de ce seul point de vue lié à la restauration du droit pénal, de conclure à la richesse d'un système punitif pluriel. Le danger d'un système punitif homogène, tenant au recours constant au modèle unitaire du droit pénal, serait de développer des rapprochements sur une base quelque peu artificielle ; les natures, les objectifs et les moyens étant en effet divergents.

L'espoir d'une homogénéisation est donc bâti sur une illusion. Si un droit commun de la sanction existe dans une certaine mesure, en ce sens que certains principes généraux pénaux sont appliqués, il reste néanmoins formel. D'un point de vue plus substantiel, ce droit commun reste difficilement perceptible. Si le droit pénal influence assez fortement les droits répressifs extra-pénaux, jamais ces derniers ne détiendront son symbolisme et sa perception morale des actes commis. Moins technique, le droit pénal demeure empreint d'une philosophie particulière tenant à sa mission de protection des valeurs essentielles à la paix sociale.

1078. L'avantage d'une répression pluraliste est donc de circonscrire chaque droit répressif à un domaine qui, par essence, lui est adapté. Cette adaptation – tenant à la technicité de chacun et à la possible liberté quant à la réception des garanties inhérentes à la matière pénale – constitue une richesse incontestable. On peut dès lors se réjouir de l'hétérogénéité du système punitif – et la promouvoir – en se fondant plus largement sur la qualité des réponses alors

apportées aux différentes formes de délinquance. Nous pensons qu'il ne faut pas rechercher l'unité dans le mécanisme punitif général puisque les natures et les objectifs assignés sont distincts. La mise en place d'un "code de procédure répressive" esquissant un droit commun de la sanction ne serait donc d'aucune pertinence, la spécificité des domaines démontrant en effet l'ajustement continu des règles au but poursuivi.

Alors que l'on recherche aujourd'hui une intelligibilité, une compréhension de la peine par le délinquant ainsi qu'une meilleure affirmation de son effet dissuasif, quel n'est pas l'apport fondamental de la pluralité répressive permettant de déterminer avec précision la nature et l'intensité de la réaction punitive ainsi que la finalité qui peut lui être dévolue ! Cet ajustement de l'acte punitif au plus près de la spécificité du contentieux n'assure-t-il pas en effet une plus grande efficacité de la répression ? Dans l'affirmative, il convient de promouvoir la pluralité des systèmes de répression ; le monisme conduisant au contraire à l'extinction des particularités et à la disparition de l'espoir d'obtenir une répression conforme à chaque type de délinquance.

1079. Promotion du système dualiste. – Conformément à ce qu'avancait un auteur, nous pouvons affirmer qu'il y a bien aujourd'hui un pouvoir répressif partagé²⁵³⁹. Notre conclusion diverge cependant sur la nécessité de recourir à un modèle unitaire. Nous restons convaincus que les faits imposent une dualité dans l'exercice de ce pouvoir ; les exigences les plus fortes sont perceptibles dans le champ pénal, les contraintes envers les droits de punir extra-pénaux étant moindres.

Seule cette perspective dualiste permettrait selon nous de restaurer le droit pénal dans les dimensions qui sont les siennes et non de le placer au milieu d'un système répressif global dont il ne serait qu'un élément. Affirmer que son régime juridique diffère et demeure plus strict que celui des autres droits répressifs induit une prédominance des valeurs protégées par lui. Les systèmes répressifs – issus du droit pénal et des droits extra-pénaux – doivent coexister et non rivaliser. Ils doivent devenir pleinement complémentaires les uns avec les autres. Cette logique d'adéquation n'est pas impossible ; le droit civil ayant ouvert la voie d'une conciliation et d'une complémentarité entre les diverses prérogatives punitives.

²⁵³⁹ En ce sens, V. GUINCHARD (A.), *op. cit.*, passim.

Conclusion du chapitre 2

1080. Les droits répressifs extra-pénaux mettent en œuvre les principes généraux du droit pénal avec une certaine liberté afin de maintenir leur dynamique régulatrice. Alors que nous pensions que cette liberté favorisait une opposition entre ces droits et le droit pénal, force est finalement de reconnaître qu'aucune confrontation n'existe. Si le droit de punir de régulation adapte les principes fondamentaux du droit répressif, ce n'est pas seulement pour consacrer le concept de régulation, c'est également la conséquence de la mise en évidence de la particularité de cette dernière. L'acceptation du régime dérogatoire des droits répressifs extra-pénaux provient donc de la spécificité de la finalité de ces derniers qui ne peut se substituer à celle poursuivie par le droit pénal. Une différence entre les deux types de répression est donc révélée confirmant d'une part le manque réel de concurrence entre eux et, d'autre part, la position des juridictions françaises quant à la possibilité de cumuler les diverses formes de sanction du fait de leur diversité d'objet et de nature. Si l'on recherche davantage l'efficacité lors de l'exercice du droit de punir de régulation, c'est plus largement une répression morale et une quête de symboles qui animent les détenteurs du droit de punir de nature pénale.

Dans cette dernière hypothèse, un courant contraire à la plupart des analyses doctrinales se fait jour. Dans certains cas, il apparaît en effet nécessaire d'accentuer le processus de pure pénalisation. Il faut rétablir dans l'escarcelle du droit pénal les comportements devant recevoir une réprobation morale et devant également être traités suivant une procédure respectant inconditionnellement les garanties et les principes généraux du droit répressif. La subsidiarité du droit pénal, contrairement à la logique traditionnelle, passerait donc ici par une re-pénalisation. Celle-ci constituerait la phase ultime d'un processus établissant une distinction entre d'une part les actes nécessitant un droit de punir accompli et porté par un souci de préservation de l'ordre social et, d'autre part, les actes pouvant être traités par un droit de punir irrémédiablement subordonné à une logique d'efficacité – réduite à une institution ou un corps particulier – et dénué de toute connotation rétributive. En étant le seul à poursuivre un objectif de résolution des conflits, le droit pénal est ainsi redevenu maître chez lui ce qui confirme le processus de restauration de ce dernier par l'émergence du droit de punir extra-pénal.

Conclusion du titre I

1081. Du déclin... – Nous avons dressé le tableau des manifestations punitives administratives et disciplinaires. L'exposé des différentes formes du droit de punir extra-pénal permet de mettre en évidence les fonctions nouvelles que le droit pénal se voit attribuer. Originellement détenteur exclusif du droit de punir, il devient un auxiliaire dans le développement d'un nouvel art de punir. Cette fonction secondaire, nous l'avons vu, ne peut s'analyser comme un affaiblissement automatique du droit pénal ; sa fonction dans la détermination des principes devant être respectés par la répression extra-pénale manifestant la prégnance et l'influence du droit pénal en ces domaines.

Mais le modèle ainsi établi ressortit-il véritablement au concept national de *droit pénal* ou n'est-il pas davantage lié à la *matière pénale* ? La seconde hypothèse s'impose ; le modèle devient alors plus large que le droit pénal *stricto sensu*, prend en compte les spécificités des diverses formes répressives et intègre finalement le droit pénal dans un ensemble répressif dont il n'est qu'un élément.

On remarque donc que la référence au droit pénal interne comme paradigme de la répression est loin d'être explicite. Ceci manifeste le possible affaiblissement de ce dernier du fait de l'émergence de répressions administrative et disciplinaire. Attaqué sur son propre terrain, le droit pénal est *a priori* très largement concurrencé par les droits extra-pénaux quant à l'exercice du droit de punir. Il est intégré dans un système punitif dans lequel il n'est plus qu'une branche à laquelle se réfèrent hypocritement les autres droits pour légitimer le développement de leurs prérogatives punitives. Prenant de sa substance, ces nouvelles disciplines répressives semblent même pallier les lacunes du droit pénal dans des matières techniques où ce dernier péchait par manque de plasticité. Cette progression des droits répressifs extra-pénaux a, sans conteste, été favorisée par l'intérêt spécifique apporté par leur exercice du droit de punir.

1082. ... à la renaissance du droit pénal. – Ce panorama pessimiste renferme paradoxalement la démonstration du possible redressement du droit pénal face à la répression extra-pénale. Sur certains points, nous percevons effectivement que le droit administratif ou disciplinaire peut être l'occasion pour le droit pénal de se rétablir dans des prérogatives qui lui avaient jusqu'alors échappées. L'analyse de la rivalité s'exprimant entre le droit pénal et les

droits répressifs extra-pénaux doit donc être dépassée et une rénovation du droit pénal quant à sa perspective punitive doit dès lors être échafaudée. Certes il existe une accélération d'une nouvelle dynamique punitive au travers de droits étrangers à la justice pénale. Mais ce droit de punir nouvellement établi, que l'on croyait concurrent du droit de punir exercé par le droit pénal, apparaît en définitive intégré dans une optique divergente par rapport à ce dernier. La concurrence entre les droits répressifs extra-pénaux et le droit pénal n'était finalement qu'une apparence, les premiers loin de constituer des rivaux pour le second, sont au contraire les moyens de sa révélation ; la rivalité laissant ainsi la place à la complémentarité des systèmes répressifs.

TITRE II

LE DROIT PÉNAL, UN COMPLÉMENT DE LA SOUVERAINETÉ

PUNITIVE EXTRA-PÉNALE

1083. Absence de concurrence et illustration de la complémentarité des systèmes répressifs. – La conclusion que nous venons d'établir et tenant à l'absence de concurrence entre d'une part les droits répressifs extra-pénaux de nature administrative et disciplinaire et, d'autre part, le droit pénal, constitue un réel postulat lorsque nous considérons les relations existant entre ce dernier et le droit civil. Malgré une confusion originelle des justices pénale et civile, il est clair aujourd'hui que les techniques mises en œuvre par elles s'inscrivent plus largement dans une logique de complémentarité que dans une logique de rivalité.

1084. D'une confusion originelle à une séparation progressive du droit civil et du droit pénal. – Nous avons vu précédemment²⁵⁴⁰ la forte imprégnation qui existait à l'origine du droit de punir entre le désir de réparation et le désir de vengeance. Le *faidus* et le talion apparaissent comme les premières formes de réparation due à la victime, même si demeure au-dessus de ces mécanismes une inexorable ombre vindicative. Les responsabilités pénale et civile s'inscrivirent donc dans une « *symbiose originelle* »²⁵⁴¹ qui ne manqua pas d'obscurcir les relations qu'ont par la suite entretenues ces disciplines. Progressivement, les deux types de justice se sont éloignés du fait de la différenciation de leur finalité propre. Alors que la responsabilité civile est soucieuse de réparer un dommage intervenu à la suite de la violation de la norme²⁵⁴², la responsabilité pénale quant à elle souhaite naturellement couvrir cette violation d'opprobre et punir l'auteur de ce comportement antisocial. C'est donc la

²⁵⁴⁰ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

²⁵⁴¹ BRUN (P.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Litec, 2005, n° 55.

²⁵⁴² La violation de la norme doit être entendue de manière large. Il s'agit de comportements tant intentionnels que non intentionnels, sans qu'ils soient nécessairement constitutifs d'une infraction pénale.

rationalisation du droit de punir grâce à l'exercice strictement étatique du droit pénal qui permet qu'une rupture nette intervienne entre punition et réparation.

1085. De la complémentarité à un nouveau rapprochement du droit civil et du droit pénal.

– Considérer aujourd'hui le droit pénal en rapport avec le droit civil conduit inéluctablement l'observateur à réfuter toute forme de concurrence. La justice civile et la répression pénale s'imbriquent donc afin de parfaire le traitement social d'un litige. Chaque discipline juridique suit une démarche n'empiétant en aucune façon sur la fonction attribuée à l'autre. Il est vrai que les aspirations traditionnelles de ces deux droits divergent très largement conduisant à la constatation classique d'une certaine forme d'extranéité de la justice civile au regard du droit de punir. La réparation, manifestation la plus caractéristique du droit civil, exclut selon toute vraisemblance une quelconque dimension punitive.

Le caractère traditionnellement supplétif des droits pénal et civil induit-il pour autant tout renoncement à un nouvel assemblage de ceux-ci ? Rien n'est moins sûr. Les postulats d'hier étant les incertitudes d'aujourd'hui, il est possible à l'heure actuelle de mettre en doute la non-interférence de ces disciplines. L'usage que fait la justice civile d'un certain nombre de sanctions dans un sens nettement punitif, afin de remplir ses fonctions tant en matière contractuelle qu'en matière extra-contractuelle²⁵⁴³, modifie profondément la vision dichotomique que l'on pouvait avoir de ces deux droits.

1086. Dimension punitive de la justice civile. – Le droit de punir apparaît dans une matière dès lors qu'une mesure contraignante et obligatoire est prise afin de répondre à un acte contraire à un ordre établi. En matière civile, il est possible d'affirmer l'existence avérée d'un droit de punir. Qu'il soit question du domaine contractuel ou extra-contractuel, on s'aperçoit en effet qu'un droit de punir spécifique s'y est investi tant au niveau de leur fondement que de leur expression. Même si nous verrons que ce dernier s'éloigne sur certains points de l'acception traditionnelle que nous avons forgée du droit de punir, sa prégnance dans ces domaines ne peut plus être niée. Aussi devons-nous délimiter et mettre en lumière les caractéristiques punitives de ces diverses sources d'obligations afin d'établir les fondements

²⁵⁴³ A l'image du Pr. P. BRUN, nous préférons parler de *responsabilité extra-contractuelle* plutôt que de *responsabilité délictuelle*, la première étant selon cet auteur scientifiquement préférable (*op. cit.*, n° 22, p. 15). L'utilisation du premier terme est également le choix de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription élaboré par la commission présidée par le Pr. P. CATALA et dont le rapport a été remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005. Sur ce point, V. spéc. la contribution du Pr. Geneviève VINEY, pp. 141 et ss. dudit rapport.

et les contours de ce nouveau droit de punir. Pour cela, il convient toutefois de ne pas perdre de vue qu'en matière civile, une distinction sémantique très nette sépare les notions de *sanction* et de *punition*.

1087. Distinction entre sanction et punition en droit civil. – D'une manière large, la sanction est l'acte officiel par lequel une autorité reconnaît et approuve l'existence d'une règle ou d'un comportement. A ce titre, la sanction doit être perçue de façon positive comme l'adhésion de cette autorité envers une action et non comme le rejet de celle-ci. En somme, elle « *permet à la règle de droit de prendre forme dans le réel* »²⁵⁴⁴, de sorte que nulle perspective punitive n'existe sur ce point.

Si nous dépassons ce cadre positif et percevons la sanction non plus comme une récompense mais comme la réponse négative à la violation d'une règle, nous nous apercevons que l'acceptation punitive du droit civil n'apparaît pas ici de prime abord. Pour établir une fonction punitive de la mesure civile prononcée, il ne suffit pas de constater que celle-ci « [garantisse] *l'observation du dispositif de la règle* »²⁵⁴⁵, encore faut-il qu'elle prenne en considération le comportement antérieur dommageable d'un agent. On retombe alors ici sur le concept de peine et plus précisément de *peine privée* dont la définition, nous le verrons, reste encore évanescence²⁵⁴⁶. Approcher le droit de punir en matière civile doit ainsi conduire à la prudence ; si toute punition de nature civile est une sanction, toute sanction civile ne constitue pas nécessairement une mesure punitive. Aussi la difficulté de notre entreprise provient-elle du fait selon lequel notre but tend à la recherche au sein de la justice civile des interstices punitifs qui, la plupart du temps, ne sont pas enclins à révéler ouvertement leur fonction répressive.

1088. Interstices punitifs au sein de la justice civile et recherche d'une classification. – La détermination du droit de punir de nature civile est rendue délicate du fait de la dualité des domaines dans lesquels ce droit s'exprime. De manière classique, nous pouvons présenter le droit de punir civil suivant la *summa divisio* établie entre les relations contractuelles et les relations extra-contractuelles (délictuelles). Pour élémentaire qu'elle soit, cette présentation

²⁵⁴⁴ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2002, n° 2, p. 3.

²⁵⁴⁵ *Ibid.*

²⁵⁴⁶ Sur le flou entourant la peine privée, V. notamment HUGUENEY (L.), *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse, Paris, Arthur Rousseau éd., 1904, p. 1 ; JAULT (A.), *La notion de peine privée*, Paris, L.G.D.J., 2005, n°s 1 et 16.

n'est pas réellement pertinente. Cette classification se fonde en effet sur la nature de l'obligation ayant donné naissance à la mesure punitive. Or, il est précisément des mesures qui s'expriment quelle que soit l'assise sur laquelle elles furent bâties. Il en est ainsi de la responsabilité civile qui trouve une expression tant en matière contractuelle qu'en matière extra-contractuelle²⁵⁴⁷.

Devant une telle difficulté de représentation du droit de punir civil, nous devons établir une distinction plus nette. Si nous ne pouvons nous fonder sur l'origine de ce droit, c'est-à-dire sur l'acte (contractuel ou non) lui donnant naissance, penchons-nous alors sur sa finalité. Suivant ce critère, une nouvelle dualité apparaît, rappelant par ailleurs certains traits de la *summa divisio* précitée. En effet, lorsque le droit de punir s'exprime dans le domaine conventionnel et prend notamment les traits de la nullité, l'objectif essentiel de la sanction alors mise en œuvre tient à la volonté de moraliser les relations contractuelles (**Chapitre 1**). En revanche, et en dehors du cas précis de la nullité, l'exercice du droit de punir en matière civile s'inscrit davantage dans une logique de compensation des dommages causés, que ceux-ci aient ou non un lien avec un accord contractuel (**Chapitre 2**). La moralisation et la compensation, telles sont donc les finalités poursuivies par le droit de punir de nature civile, manifestant une complémentarité punitive avec le droit pénal.

1089. Complémentarité punitive. – La justice civile marche donc dans les pas du droit pénal en usant çà et là de mesures comminatoires. Pour autant, nulle rivalité n'existe véritablement entre le droit civil et le droit pénal. D'une part, si le droit civil exploite un type particulier de droit de punir, on ne saurait croire en sa généralisation dès l'instant qu'est prononcée une sanction tant en matière contractuelle qu'extra-contractuelle. Une délimitation précise de la dimension punitive de la justice civile doit dès lors être effectuée. D'autre part, les finalités poursuivies par les punitions mises en œuvre dans les droits civil et pénal diffèrent très largement, éloignant encore davantage toute perspective concurrentielle. Si le droit civil cherche principalement une *compensation* des intérêts en jeu et un équilibre limité le plus souvent aux seules parties, le droit pénal quant à lui est plus largement soucieux de *protéger* lesdits intérêts et de promouvoir la paix publique.

²⁵⁴⁷ Sur la légitimité de la dualité de la responsabilité civile, V. spéc. DURRY (G.), « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : dualité ou unité ? », *Resp. civ. et assur.*, hors-série juin 2001, p. 20. L'auteur expose très clairement sa position en précisant que « le débiteur qui ne respecte pas ses engagements encourt bien de ce chef une responsabilité, contractuelle » (pp. 20-21), affirmant ainsi que « la dualité des responsabilités est bien vivante dans notre droit » (p. 21).

Mais si les finalités divergent entre le droit pénal et le droit civil, il est remarquable que l'on retrouve les caractéristiques essentielles du droit de punir de nature pénale. Suivant la pensée kantienne, nous avons vu en effet que punir est un impératif catégorique, un devoir tant moral que social, afin précisément de rétablir un équilibre rompu²⁵⁴⁸. Examiner les particularités du droit de punir civil conduit ainsi au réexamen des qualités fondamentales du droit de punir exercé au sein du droit pénal révélées par les concepts de moralisation et de rétribution. C'est alors que de cette similitude pourra se dessiner une restauration de l'acception traditionnelle du droit pénal et du droit de punir mis en œuvre en son sein.

Chapitre 1. – Le droit de punir civil et la moralisation des relations contractuelles

Chapitre 2. – Le droit de punir civil et la compensation rétributive des déséquilibres dommageables

Chapitre 1

Le droit de punir civil et la moralisation des relations contractuelles

1090. Unité du droit pénal et diversité du droit des contrats. – Le droit de punir s'établissant au sein même d'une relation contractuelle s'extirpe du schéma traditionnel que nous avons jusqu'ici suivi pour le droit pénal. En matière contractuelle en effet, la fonction punitive du droit ne suit pas la rationalité pénale tenant à l'unicité de la sanction pénale – *i.e.* que la sanction pénale est l'unique réaction contre le crime – et à l'unique caractère punitif de la peine. Ici, au contraire, le droit de punir s'inscrit non dans les traits d'une seule sanction mais dans ceux de plusieurs sanctions contractuelles de nature et d'intensité diverses. Cette diversité – et la différenciation avec le droit pénal – s'explique par la diversité des fondements de ces sanctions. Alors qu'en droit pénal la logique est unique en ce sens que la sanction pénale ne se fonde qu'au regard d'une infraction considérée comme une atteinte à l'ordre

²⁵⁴⁸ V. *supra*, spéc. n° .

public, le droit des contrats possède quant à lui une logique dualiste. Contrairement à la sanction pénale qui demeure une réponse à la seule commission d'une infraction, les sanctions en matière contractuelle répondent à une double attente localisée en deux phases distinctes de la relation contractuelle. Par leur intermédiaire, les contractants souhaitent en effet sanctionner la *formation* ou l'*exécution* défectueuse du contrat et instaurer à ces niveaux une certaine moralisation du droit des contrats. Cette ambition reste complexe car le concept de moralisation a progressé au fur et à mesure que se renouvelaient les considérations doctrinales sur l'obligation contractuelle.

1091. Moralisation et évolution de l'obligation contractuelle : du consensualisme à l'utilitarisme. – Le contrat est traditionnellement défini comme « *un accord de volontés, qui sont exprimées en vue de produire des effets de droit* »²⁵⁴⁹. Cette définition, incontestablement correcte, n'en demeure pas moins insuffisante. La doctrine s'accorde en effet pour considérer que les rédacteurs du Code civil n'ont pas souhaité ériger la volonté comme l'essence exclusive du contrat²⁵⁵⁰. Aussi devons-nous préciser que si le contrat demeure empli de consensualisme, il puise davantage sa force obligatoire dans la fonction qu'il occupe au sein de la société que dans l'accord préalable de volontés. Ainsi, « *la volonté n'est plus une fin en soi, mais un instrument au service d'une finalité sociale* »²⁵⁵¹, à savoir la recherche du bien commun. La liberté et le volontarisme contractuels ne peuvent fonder seuls le contrat dans la mesure où ceux-ci poursuivent nécessairement un dessein clairement défini. La volonté de conclure exprime en partie la validité du contrat mais ne permet pas d'expliquer les raisons de ce contrat. La volonté reste en effet subordonnée à la nécessité de s'engager ; l'utilité devenant alors génératrice de la volonté contractuelle.

²⁵⁴⁹ GHESTIN (J.), « La notion de contrat », *D.* 1990, chron. 27, p. 156.

²⁵⁵⁰ MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, t. II, *Obligations, théorie générale*, vol. 1, Paris, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, n° 116, p. 104 : « Un rôle important doit donc être reconnu à la volonté, *mais seulement comme un moyen au service du droit*, comme un instrument du bien commun » ; CARBONNIER (J.), *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 22^{ème} éd., 2000, n° 16 : « *la philosophie volontariste a marqué le Code civil mais (...) le principe de l'autonomie de la volonté n'a jamais été posé comme un absolu dans les lois* » ; GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, Dijon, 1912 ; RIEG (A.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, thèse, Strasbourg, 1961 ; WALINE (J.), « Le rôle de la volonté dans la théorie de l'acte administratif unilatéral et dans le droit civil des contrats », *Mélanges Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 874 : « *dès la promulgation du Code civil, le rôle de la volonté n'avait pas le rôle impérieux que semble suggérer la doctrine de l'autonomie de la volonté* ».

²⁵⁵¹ OTTENHOF (R.), *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, Paris, L.G.D.J., 1970, n° 14, p. 16. V. également CAILLE (A.), « De l'idée de contrat » in JAMIN (C.) et MAZEAUD (D.) (sous la dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2002, p. 47 : la « *motivation [du contrat] est un "objet certain", une utilité, un intérêt déterminés* ».

De ce fait, en tant que manifestation d'un rapport humain étroit et nécessaire, le contrat doit inclure dans sa substance les idées d'équilibre et de solidarité. Certes, le concept d'utilité s'inscrit, à l'origine même du lien contractuel, dans une dimension purement individuelle. Comme l'exprime un auteur, l'utilité est en effet « *une notion clef dans toute relation contractuelle puisque le contrat n'est qu'un moyen pour les parties de satisfaire un intérêt (...) préexistant au contrat lui-même, que la conclusion ne fait que réaliser* »²⁵⁵². Malgré l'importance de cette utilité particulière, on ne saurait croire qu'elle détienne un quelconque monopole dans la caractérisation de la validité du contrat²⁵⁵³. Le droit des contrats ne peut échapper en effet à une perspective altruiste conduisant à la mise en évidence d'un principe d'égalité dans les relations contractuelles et de promotion, au sein même de ces relations, de l'intérêt général. C'est alors que le droit des contrats s'engage dans l'ère du *solidarisme contractuel*.

1092. Moralisation et évolution de l'obligation contractuelle : du solidarisme contractuel à l'éthique contractuelle. – En s'orientant dans une quête du bien commun par la conclusion de rapports contractuels, le droit des contrats intègre non seulement une dimension utilitaire mais acquiert également une fonction de justice. Ainsi, cette justice contractuelle de type commutatif s'entend de l'ensemble des règles conduisant à ce que « *le contrat ne détruise pas l'équilibre qui existait antérieurement entre les patrimoines (...) [et que] chacune des parties reçoive l'équivalent de ce qu'elle donne* »²⁵⁵⁴. Poursuivant le mythe de l'équilibre contractuel, plus encore que celui de l'égalité contractuelle²⁵⁵⁵, certains auteurs sont allés au bout de « *cette vision humaniste du droit des contrats* »²⁵⁵⁶ en revendiquant l'émergence d'un solidarisme contractuel²⁵⁵⁷. De manière synthétique, ce concept est « *fondé sur la primauté du social (...) [et] substitue à la vision du contrat comme produit de la conciliation des intérêts égoïstes d'individus également aptes à les défendre, celle du contrat en tant qu'œuvre de*

²⁵⁵² OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.*, n° 39. V. également LÉCUYER (H.), « Redéfinir la force obligatoire du contrat ? », *Petites affiches* 6 mai 1998, n° 54, p. 44 : « *le contrat est le plus sûr moyen – sinon le seul – dont dispose l'homme pour se projeter dans l'avenir* ».

²⁵⁵³ En ce sens, V. spéc. GHESTIN (J.), « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, chron. p. 4.

²⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 6.

²⁵⁵⁵ Sur l'égalité et l'équilibre contractuels et leur délicate concrétisation, V. TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 9^{ème} éd., 2005, n° 45.

²⁵⁵⁶ MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *Mélanges Terré*, Paris, Dalloz, P.U.F., Juris-Classeur, 1999, p. 606.

²⁵⁵⁷ Sur ce point, V. spéc. THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357 ; MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *op. cit.* ; JAMIN (C.), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Mélanges Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 441.

coopération entre des individus situés, unis par des liens de solidarité issus de leur appartenance au groupe social »²⁵⁵⁸.

Sans pleinement adhérer à cette perception idyllique des relations contractuelles, nous estimons que le contrat manifeste très souvent un rapport de force entre des intérêts qui, dans certaines situations, restent nécessairement antagoniques. Aussi ce n'est pas véritablement de solidarité dont il doit être question, mais plutôt de fidélité et d'éthique contractuelles poussant à la moralisation nécessaire des relations obligationnelles nées du contrat²⁵⁵⁹. En respectant les termes du contrat, c'est-à-dire en demeurant fidèle à ses engagements, le contractant ne doit pour autant « *se montrer dévoué à autrui* »²⁵⁶⁰ sous peine de réduire l'efficacité de ce type d'obligations. En revendiquant davantage la naissance d'une coopération humaine que d'une relation d'affaires, il est possible de penser que le solidarisme contractuel maintiendra les contractants dans d'insidieuses limites condamnant le contrat à une "insipidité économique"²⁵⁶¹.

C'est devant ce risque de sclérose des relations contractuelles que nous préférons engager notre analyse sous le regard d'une éthique contractuelle mettant en œuvre d'une part une "simple" logique de fidélité des contractants vis-à-vis de leurs engagements et, d'autre part, une rationalité punitive propre à réprimer les abus des éventuels perfides.

1093. Moralisation de l'obligation contractuelle et fonction du droit de punir. – Si l'on considère la relation contractuelle comme une relation humaine devant être empreinte de loyauté et dans laquelle s'entremêlent les concepts de bonne foi et de respect de la parole donnée, il paraît pour le moins singulier que soit parallèlement prévu un mécanisme de sanction et, plus précisément, de punition à l'encontre de ceux outrepassant leur prérogative et agissant sans réelle probité. La logique inhérente au droit de punir semble s'opposer en effet à

²⁵⁵⁸ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Les obligations, 1. L'acte juridique*, Paris, A. Colin, coll. U, 11^{ème} éd., 2004, n° 119, p. 81. Précisons pour être complets que ces auteurs n'adhèrent point à cette doctrine et revendiquent leur adhésion au volontarisme social. Selon ce système, la volonté demeure le fondement du contrat mais est encadrée par les impératifs de justice et d'utilité retranscrits au travers des intérêts individuels et de l'intérêt général de la société (*op. cit.*, n° 120).

²⁵⁵⁹ Le terme *éthique* vient effectivement du latin *êthikos* signifiant "moral".

²⁵⁶⁰ TRIGEAUD (J.-M.), « Justice et fidélité dans les contrats », *Arch. phil. dr.* 1983, p. 207.

²⁵⁶¹ Traitant du régime de l'hypothèque, c'est en substance ce qui ressort de cette analyse de PORTALIS établie lors de son Discours préliminaire : « *Sans doute, il ne faut pas que les hommes puissent se tromper mutuellement, en traitant ensemble ; mais il faut laisser quelque latitude à la confiance et à la bonne foi (...)* Nous nous sommes effectivement convaincus que nos dernières lois sur cette matière ne pouvaient contribuer qu'à paralyser toutes les affaires de la société (...) » (*Discours préliminaire*, Fenet I, p. 463).

la logique issue des relations contractuelles. Comme le précise un auteur, « *l'imposition d'une volonté unilatérale et d'un pouvoir monopolisé sont contraires à l'essence même d'un contrat, qui est toujours le fruit de deux ou plusieurs volontés* »²⁵⁶².

Face à ce positionnement doctrinal quelque peu angélique, nous pouvons développer une réflexion inverse ; il peut être en effet déraisonnable de ne point établir de mécanismes punitifs à l'encontre de personnes qui, engagées dans des liens de droit, ont violé la confiance mutuelle établie entre les contractants ou ont, par exemple, abusé de leur position économiquement forte : « *Sanctionner [et punir] le manquement à la loyauté, c'est sanctionner [et punir] le mensonge, la fraude, l'abus ou une trop grande habileté perverse soit dans la rédaction du contrat soit dans son exécution* »²⁵⁶³. Eu égard à l'éthique et aux valeurs qui sous-tendent aujourd'hui l'approche morale du contrat, des mécanismes punitifs de protection des engagements de chacun doivent ainsi être établis sous peine de nier toute force obligatoire au contrat et de le considérer comme un *acta imperfecta*²⁵⁶⁴. Ainsi, l'évolution du droit des contrats a permis au droit de *punir* – et non simplement au mécanisme de *sanction*²⁵⁶⁵ – de jouer un rôle particulier dans la garantie du respect des liens contractuels. Le désir de moralisation dont le contrat fait aujourd'hui l'objet impose effectivement que des mesures d'une sévérité certaine soient prises, même si aujourd'hui encore, dans notre droit positif, leurs empreintes restent claires.

1094. Moralisation de l'obligation contractuelle et sporadicité du droit de punir. – Qu'il soit question de la formation ou de l'exécution du contrat, l'utilisation de sanctions n'induit pas nécessairement et systématiquement une fonction punitive du droit des contrats. Ces sanctions interviennent dans la relation contractuelle mais toutes ne procèdent pas d'une dynamique punitive. C'est pourquoi, pour chacune de ces deux phases, il convient d'apprécier les cas dans lesquels une véritable sanction punitive est mise en œuvre. Pour cela, un critère doit être établi tendant à distinguer en matière contractuelle les sanctions à fonction punitive des autres sanctions. Ce critère peut être recherché dans la possibilité de formuler un reproche à l'encontre d'un des contractants, que celui-ci ait altéré la validité du contrat dès sa formation

²⁵⁶² DELLIS (G.), *op. cit.*, n° 174. Bien que cet auteur traite du contrat administratif, la réflexion est parfaitement transposable aux contrats de droit privé.

²⁵⁶³ FLÉCHEUX (G.), « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », *Mélanges Ghestin*, *op. cit.*, p. 343.

²⁵⁶⁴ Ceci renvoie à la *lex imperfecta* de l'époque romaine dans laquelle nulle sanction n'était prévue. Sur ce point, V. *supra*, n° .

²⁵⁶⁵ Sur la distinction entre sanction et punition, V. *supra*, n° .

(SECTION 1) ou qu'il ait affaibli la force obligatoire du contrat lors de son exécution (SECTION 2).

– Section 1 –

Le droit de punir et la formation défectueuse du contrat

1095. Incontournable nullité. – Dès lors que l'on s'interroge sur la validité de la formation du contrat et donc sur sa possible défectuosité, une seule notion rend compte de cette situation : la nullité. Traditionnellement définie comme la *sanction de l'inobservation des conditions de formation du contrat* (consensualisme, capacité, objet et cause)²⁵⁶⁶ et ayant comme finalité son anéantissement rétroactif²⁵⁶⁷ et sa perte de reconnaissance juridique, la nullité ne peut rendre compte, dans sa totalité, de la fonction punitive du droit des contrats. Les effets de la nullité – l'annulation de l'acte – possède invariablement une finalité sanctionnatrice. Obtient-elle pour autant et automatiquement une connotation punitive ? La réponse ne peut être ici que négative de sorte qu'il est indispensable, pour déterminer l'ampleur du droit de punir dans la formation du contrat, de bien distinguer la nullité dans sa fonction sanctionnatrice (§ 1) et la nullité dans sa fonction punitive (§ 2).

§ 1. – La nullité comme sanction de la formation défectueuse du contrat

1096. Bonne foi des contractants. – La nullité se fonde sur la violation des conditions formelles et substantielles de validité du contrat. Si nous considérons ici cette mesure comme une simple *sanction* de l'inobservation des exigences légales et non véritablement comme une *punition*²⁵⁶⁸, cela suppose inévitablement une absence de mauvaise foi de la part des contractants. En effet, si nous prenions en compte l'état d'esprit malveillant des individus,

²⁵⁶⁶ Pour une reprise de cette définition, V. notamment TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 82 ; MALINVAUD (P.), *Droit des obligations*, Paris, Litec, 9^{ème} éd., 2005, n° 381 ; FABRE-MAGNAN (M.), *Les obligations*, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 2004, n° 151 ; MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2^{ème} éd., 2005, p. 323.

²⁵⁶⁷ Par cette rétroactivité, on souhaite distinguer la *nullité* de la *caducité*, la seconde étant simplement orientée vers l'anéantissement futur du contrat suite à la disparition de l'un de ses éléments constitutifs et nécessaires à sa validité (objet, cause, décès d'un contractant, etc.).

²⁵⁶⁸ En ce sens, V. GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 1992, spéc. n°s 363 et ss.

force serait alors d'admettre que la mesure étudiée possède non seulement les caractères d'une sanction mais également et surtout ceux d'une punition.

La nullité dont il est ici question se réfère au contraire à la probité des contractants confrontés à une anomalie dans le rassemblement des conditions de validité du contrat. Ainsi, la nullité ne *punit* pas ici la déloyauté des contractants mais *sanctionne* la "simple" imperfection de leur consentement (A) ou de leur engagement (B).

A. – Nullité et sanction de l'imperfection du consentement

1097. Réparation et régularisation. – Dans le domaine du consensualisme, la sanction contractuelle a « *pour rôle essentiel de réparer les conséquences que la violation de la règle a produites pour la victime, en la rétablissant dans la situation qui aurait été la sienne si la violation n'avait pas eu lieu, c'est-à-dire si son comportement avait été libre et éclairé* »²⁵⁶⁹. Il peut être de prime abord surprenant de qualifier la remise en état antérieur de réparation dans la mesure où ce concept induit le plus souvent une compensation financière. Pour autant, c'est bien de réparation dont il s'agit ici puisque l'on corrige l'imperfection de l'accord de volontés en lui refusant toute conséquence juridique. On le voit, la réparation est protéiforme ; elle devient régularisation²⁵⁷⁰ dès lors que l'objectif de la sanction n'est pas simplement de compenser financièrement un déséquilibre mais de nier expressément ce déséquilibre en niant rétroactivement la relation contractuelle²⁵⁷¹. La nullité, en sanctionnant ici la défaillance de la volonté des contractants, souhaite assainir les relations humaines quitte à anéantir les relations contractuelles. Cette sanction contractuelle, par son existence même, parvient donc à établir un équilibre entre les parties ; cet équilibre n'étant apprécié qu'à travers le prisme de l'existence ou non d'une liberté contractuelle²⁵⁷².

Cette liberté peut donc avoir été atteinte à l'origine du contrat. La sanction contractuelle – la nullité – doit être prononcée. Quel critère détermine toutefois la nature strictement

²⁵⁶⁹ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.*, n° 32.

²⁵⁷⁰ Le terme de *régularisation* doit être entendu de manière large comme l' « *action de rendre un acte ou une situation conforme à la règle* » (CORNU (G.) (sous la dir.), *op. cit.*, v° « Régularisation ») et non de manière plus étroite et reliée au droit des obligations consistant à « *valider un acte initialement nul en lui apportant l'élément qui lui fait défaut* » (TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 398, p. 403).

²⁵⁷¹ MM. MALAURIE, AYNÈS et STOFFEL-MUNCK estiment en effet que la « *nullité d'un contrat est sa mise à néant* » (*op. cit.*, n° 323).

²⁵⁷² En ce sens, V. spéc. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.*, n° 17, p. 30. Selon cet auteur, les sanctions contractuelles sont faites pour rétablir la volonté contractuelle et non rééquilibrer le contrat.

sanctionnatrice de celle-ci et occulte par la même toute acception punitive ? La réponse est à rechercher dans la qualité du contractant étant à l'origine de l'altération du consentement. S'il s'avère que seule la victime est à la source de l'imperfection du consentement (1°), la nullité sanctionne alors son inconscience dans sa représentation de la réalité (2°).

1°/ La victime, critère déterminant de la nature sanctionnatrice de la nullité

1098. La nature strictement sanctionnatrice de la nullité, c'est-à-dire l'éviction expresse du droit de punir de cette mesure, s'explique par le fait que la victime de l'altération de son consentement peut, dans certaines situations, être à l'origine même de cette défectuosité et qu'il serait dès lors inepte d'envisager une dimension punitive de la nullité en ce cas. Dans cette logique, lorsque l'on constate une altération du consentement, la victime peut intervenir d'une double façon dans la mise en évidence de cette défectuosité. Elle peut d'une part être à l'origine d'un vice du consentement (a) et, d'autre part, être à l'origine de l'inconsistance de son consentement (b).

a. Victime à l'origine d'un vice du consentement

1099. Vices du consentement. – La conclusion d'un contrat s'entend de la rencontre de volontés sur un objet précis ainsi que sur l'ensemble des éléments contractuels. Les parties contractantes ont échangé leur consentement et se sont accordées sur la teneur des bénéfices respectifs ainsi que sur l'ampleur des éventuels inconvénients de la relation contractuelle. Malgré cette apparente stabilité, le contrat peut être déséquilibré du fait de la présence initiale d'un vice du consentement. Dès lors, et au vu de l'article 1108 du Code civil présentant le consentement des parties comme l'une des conditions de validité d'une convention²⁵⁷³, la nullité doit être prononcée si nulle volonté libre et éclairée n'est perceptible lors de la conclusion du contrat. L'erreur, le dol et la violence peuvent donc être invoqués par la personne qui se prétend victime de l'altération de sa volonté lors de la formation du contrat et invoquant corrélativement un déséquilibre dans l'engagement contractuel.

Sur ce point, la victime du vice du consentement est donc l'élément déclencheur de la nullité, sanction de la défectuosité de la volonté contractuelle. Mais au-delà de ce rôle, la victime

²⁵⁷³ Les autres conditions sont : la capacité de contracter, un objet certain et une cause licite.

n'est-elle pas également à l'origine même du vice, expliquant par là même la nature strictement sanctionnatrice – et non punitive – de la nullité ?

1100. Victime et vices du consentement : éviction du droit de punir. – Quel que soit le vice du consentement, la victime subit sans conteste les désagréments du lien contractuel vicié. Toutefois, il est un cas dans lequel le comportement de la victime joue un rôle essentiel dans la détermination de la nature de la nullité. En effet, si la victime participe directement à l'altération de la volonté contractuelle et s'inscrit comme le fondement même de la sanction-nullité, il est nécessaire d'admettre que cette dernière mesure ne peut raisonnablement recevoir le qualificatif de punition²⁵⁷⁴. Dès lors que nous admettons que le droit de punir civil ne peut s'inscrire que dans une démarche de réprobation d'un comportement jugé contraire à l'intérêt privé d'une personne tierce, il est totalement inapproprié, voire irrationnel, de concevoir une forme quelconque de punition envers la victime d'un rapport contractuel vicié lorsque celle-ci est à l'origine de cette défektivité. Si, comme le présentait HUGUENEY, la peine privée – c'est-à-dire une mesure de nature civile aux dimensions punitives – doit être entendue comme une sanction profitant à la victime, il est clair qu'une incompatibilité existe entre le droit de punir et la nullité prononcée lors d'une erreur de la victime ; *erreur* qui demeure ainsi l'unique cas dans lequel la nullité est infligée au simple titre de sanction suite à la révélation d'un consentement vicié par la victime.

b. Victime à l'origine de l'inconsistance du consentement

1101. Capacité contractuelle et consentement. – L'absence de volonté libre et éclairée peut également être le résultat obligé de la constatation d'une inaptitude contractuelle. L'article 1108 précité inscrit effectivement la « *capacité de contracter* » comme une condition de validité du contrat. La victime demande alors l'anéantissement rétroactif du lien contractuel grâce à la nullité. Si cette disposition distingue le consentement de la capacité contractuelle, une naturelle interdépendance existe entre ces éléments. En effet, « *le consentement est d'abord, fondamentalement, une opération mentale, une disposition intérieure. Après avoir délibéré en elle-même, pesé le pour et le contre, chaque partie va décider, ou non, de s'engager (...). En bref, le consentement est une volition précédée d'une réflexion. C'est dire*

²⁵⁷⁴ Dans un autre ordre d'idée, nous pouvons nous référer au domaine de la responsabilité extracontractuelle dans lequel s'applique la technique tenant à l'abaissement de l'indemnisation de la victime suite à une faute de sa part. La victime joue ici un rôle déterminant dans l'intensité du droit de punir, celui-ci étant par ailleurs tourné vers elle. Sur ce point, V. *infra*, n^{os} *et ss.*

qu'il requiert l'aptitude à comprendre, c'est-à-dire l'intelligence, et l'aptitude à se décider, c'est-à-dire la volonté »²⁵⁷⁵. Le consentement, acte fondateur du contrat, n'existe donc qu'à la stricte condition que soit préalablement établie une capacité contractuelle, donnée liminaire à la caractérisation d'une volonté libre et avisée ; la « lumière de l'intelligence [venant] éclairer l'énergie de la décision »²⁵⁷⁶.

1102. Inaptitudes contractuelles. – En l'absence de consentement éclairé, la conclusion s'impose de reconnaître l'inexistence même du contrat. Si la personne n'a pu manifester parfaitement sa volonté, elle n'a pu valablement conclure et être partie au contrat. Toutes ces données sont liées et aboutissent à l'absence de tout accord de volontés et à la nullité du contrat. La personne, par son état, qu'elle soit mineure ou majeure sous protection, ne possède pas l'ensemble des facultés requises pour donner pleine consistance à son consentement. Il apparaît donc que la victime est à l'origine même de la défectuosité du consentement ce qui exclut toute acception punitive de la nullité alors mise en œuvre.

Mais au vu de cette seconde manifestation de l'altération du consentement, on remarque qu'il ne suffit pas, pour pouvoir envisager une éviction pleine et entière du droit de punir, que la victime soit à l'origine de l'altération du consentement ; encore faut-il qu'elle ait été inconsciente de cette altération. Si tel n'était pas le cas, l'état de victime ne serait pas pleinement légitime, justifiant ainsi éventuellement l'établissement du droit de punir au sein de la nullité.

2°/ L'inconscience, fondement exclusif de la nature sanctionnatrice de la nullité

1103. L'inconscience de l'altération du consentement ne peut être le fondement d'une prérogative punitive quelconque. Que cette inconscience soit la constatation d'une incapacité (a) ou d'une erreur (b), la nullité ne peut être perçue que comme une mesure sanctionnant la non-conformité du contrat aux règles et non comme la punition de comportements illégaux.

a. L'incapacité contractuelle

²⁵⁷⁵ TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 93.

²⁵⁷⁶ *Ibid.*

1104. Incapacité et nullité : de la protection à la prévention. – En matière contractuelle, deux types d’incapacités peuvent être envisagées ; les incapacités d’exercice et les incapacités de jouissance. Dans ces deux situations, si une annulation du contrat intervient, cela est davantage le fruit d’une volonté de protéger les intérêts des personnes – soit en neutralisant le lien contractuel, soit en prévenant toute possibilité d’abus sur ces intérêts – que le désir de soumettre les individus à une forme quelconque de répression.

1105. Incapacité d’exercice. – Une personne ne peut raisonnablement contracter si, du fait de son âge, de son état mental ou, jadis, de son statut pénal²⁵⁷⁷, une incapacité la bride dans ses possibilités d’engagement. Aujourd’hui, au sens de l’article 1124 du Code civil, un mineur non émancipé ou un majeur protégé (sous le régime de la sauvegarde de justice, de la curatelle ou de la tutelle) sont, sauf exceptions²⁵⁷⁸, incapables de contracter. « *En droit des contrats, l’incapacité marque (...) le fait de ne pouvoir émettre une volonté suffisamment consciente pour pouvoir être autonome* »²⁵⁷⁹. Cette inaptitude provient de la présomption de leur inconscience de la teneur réelle des conditions et engagements contractuels. De manière proche, les personnes souffrant d’insanité d’esprit au moment de la conclusion de l’acte ne peuvent être considérées comme pouvant donner un consentement libre et éclairé et, dès lors, être aptes à contracter. Cette possibilité offerte par l’article 489 C. civ. d’annuler un acte pour cette absence de conscience dans la détermination des clauses contractuelles²⁵⁸⁰, s’explique par le fait qu’un régime de protection n’est pas nécessairement mis en œuvre dès l’altération des facultés mentales et que cette lacune ne peut légitimement fonder un acte lésionnaire.

Quelle que soit la situation retenue, la personne reste victime²⁵⁸¹ d’une altération de son consentement. Du fait qu’elle ne possède point le discernement requis pour évaluer les tenants et aboutissants de l’acte conventionnel, qu’elle demeure inconsciente des engagements

²⁵⁷⁷ L’interdiction légale était prévue par les articles 29, 30 et 31 de l’ancien Code pénal. Elle était une peine accessoire des peines criminelles afflictives et infamantes, privatives de liberté, perpétuelles ou temporaires. En cas d’interdiction légale, les règles édictées pour la tutelle des majeurs étaient alors applicables. Sur ce point, V. MANNHEIM-AYACHE (A.), « L’interdiction légale », *D.* 1992, chron. 109 ; PASCHOUD (A.-C.), *Rép. pén.*, v° « Interdiction légale ».

²⁵⁷⁸ Des exceptions existent notamment en ce qui concerne les actes personnels, conservatoires ou courants du mineur non émancipé ainsi que les actes en lien avec le droit du travail. Sur ce point, V. MALAURIE (P.), *Les personnes. Les incapacités*, Paris, Defrénois, coll. Droit civil, 2004, nos 613-615 et n° 746 concernant le majeur protégé.

²⁵⁷⁹ FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, n° 102 (c’est nous qui soulignons).

²⁵⁸⁰ Dans le cas de l’article 489 C. civ., il ne s’agit plus d’une présomption ; la victime de l’insanité d’esprit devant prouver l’altération de son consentement.

²⁵⁸¹ Nous pouvons toutefois rester sceptique sur le fait de reconnaître le statut de victime à la personne faisant usage de drogue ou d’alcool et de lui conférer la possibilité de demander la nullité de l’acte passé.

réellement pris et, en somme, qu'elle soit étrangère à toute appréciation de l'opportunité de l'acte ou de ses conditions, la nullité ou la rescision pour cause de lésion doivent être encourues. Ces mesures ont pour but exclusif de sanctionner l'inconscience du contractant sur les termes du contrat et de protéger le plus efficacement ses intérêts. Nulle punition n'est perceptible ici dans la mesure où nulle appréciation critique du comportement de l'un des contractants n'est perceptible. L'objectif est le strict anéantissement de l'acte, non l'affirmation d'une faute quelconque. Suivant cette logique et dépassant le cadre strict des incapacités d'exercice, nous pouvons affirmer que le droit de punir est identiquement absent en matière d'interdictions contractuelles, prenant la forme d'incapacités de jouissance.

1106. Incapacités de jouissance. – Contrairement aux incapacités contractuelles, les interdictions concernent des individus possédant le plein exercice de leurs prérogatives contractuelles, c'est-à-dire n'étant soumis à aucun manque de discernement. Malgré cela, le droit a créé des cas spécifiques d'incapacités de jouissance. En est-il ainsi par exemple des médecins ou des ministres du culte qui, suivant les dispositions de l'article 909 C. civ., ne peuvent recevoir des libéralités de personnes suivies par eux pendant la maladie dont elles meurent. Une incapacité de jouissance pèse également sur le tuteur qui ne peut acquérir les biens de son pupille (C. civ., art. 450 al. 3). Citons encore l'interdiction dont souffrent les personnes occupant un emploi dans un établissement hébergeant des personnes âgées ou dispensant des soins psychiatriques. Celles-ci ne peuvent, en vertu de l'article 1125-1 C. civ., « *se rendre acquéreur d'un bien ou cessionnaire d'un droit appartenant à une personne admise dans [ce type d'] établissement, non plus que de prendre à bail le logement occupé par cette personne avant son admission dans l'établissement* ». Une incapacité de jouissance est également établie sur la base de l'article 515-2 C. civ. relatif au pacte civil de solidarité (P.A.C.S.) et interdisant dans certaines situations la conclusion d'un tel contrat.

Si le fondement de ces deux types d'incapacités (incapacités d'exercice et incapacités de jouissance) diffère, reconnaissons qu'elles se rejoignent sur le caractère sanctionnateur des nullités pouvant être appliquées en cas de violation de ces règles. Dans la majorité des cas en effet, la nullité intervenant suite à une incapacité de jouissance s'inscrit dans une démarche préventive. Puisque cette incapacité s'explique par le risque d'un abus possible d'une

personne en position de force, la nullité qui lui est corrélative poursuit cette même démarche prophylactique sans s'engager automatiquement dans une dynamique punitive²⁵⁸².

b. L'erreur

1107. Principe de l'erreur. – Classiquement, l'erreur est « *le fait de se représenter inexactement l'objet d'une obligation* »²⁵⁸³. La conclusion du contrat a lieu alors même que l'une des parties n'a pas voulu expressément ce pour quoi elle est désormais engagée. L'erreur suppose en effet « *une inadéquation entre la représentation intellectuelle que se fait l'un des contractants d'une qualité substantielle de la chose objet du contrat, d'une part, et la réalité, d'autre part* »²⁵⁸⁴. Ce contractant – l'*errans* – a certes exprimé sa volonté et manifesté un choix. Toutefois cette liberté contractuelle reste purement artificielle dans la mesure où elle est en inadéquation totale avec la réalité.

Face à ce vice du consentement, deux solutions restent possibles : l'une se fonde sur le rejet de l'erreur dans le cas où celle-ci n'a pas substantiellement altéré le consentement ; l'autre s'inscrit dans une démarche d'acceptation de l'erreur en tant que vice si, à l'inverse, le contrat s'est conclu alors même qu'en l'absence d'erreur cette conclusion n'aurait pu raisonnablement avoir lieu²⁵⁸⁵. Dans cette dernière situation, la nullité sanctionne alors simplement l'imperfection du consentement sans pouvoir porter une quelconque appréciation réprobatrice ou punitive sur l'attitude des contractants (2). Le droit de punir reste donc totalement absent de l'anéantissement du contrat comme il l'est d'ailleurs dans le cas où le lien contractuel demeure (1). Ces diverses situations liées à l'erreur s'inscrivent donc dans une démarche strictement sanctionnatrice occultant totalement toute perspective punitive. La distinction entre sanction et punition est encore ici réaffirmée.

1) Refus de l'erreur et sanction de la négligence contractuelle

²⁵⁸² Pour une dimension punitive des nullités sanctionnant une incapacité de jouissance, V. toutefois *infra*, n^{os} **et ss.**

²⁵⁸³ MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n^o 497, p. 243. V. également GHESTIN (J.), *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, L.G.D.J., 1963 ; SÉRIAUX (A.), *Droit des obligations*, Paris, P.U.F., 2^{ème} éd., 1998, n^o 16 : L'erreur est une « [f]ausse représentation de la réalité, elle atrophie le consentement à sa racine intellectuelle » ; MALINVAUD (P.), *op. cit.*, n^o 151.

²⁵⁸⁴ GHESTIN (J.), « L'authenticité, l'erreur et le doute », *Mélanges Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 457.

²⁵⁸⁵ Civ. 28 janv. 1913, S. 1913.1.487 – Com. 20 oct. 1970, *JCP* 1971.II.16916, note J. Ghestin.

1108. Liberté contractuelle et négligence. – La première logique envisageable face à l'existence d'une erreur lors d'un rapport contractuel pourrait être celle tenant à la révélation d'une négligence de la part de l'*errans*. Aussi doit-on conclure ici au fait selon lequel cette personne doit, dès lors, supporter la responsabilité de son mauvais choix²⁵⁸⁶ ; la liberté contractuelle impliquant en effet l'idée de responsabilité et d'acceptation de ces propres décisions²⁵⁸⁷.

Malgré sa rigidité, cette solution a le mérite d'affirmer clairement la position de victime du co-contractant qui, lui, s'est engagé loyalement et sans surprise dans les termes du contrat. Refuser la nullité du contrat pour cause d'erreur serait alors maintenir une sécurité juridique pour cette personne et ne pas la sanctionner injustement au vu de la négligence de l'autre partie. Parallèlement, refuser la nullité du contrat en cas de négligence ne pourrait être perçu comme une punition de l'*errans*. Ce ne serait que la conséquence inéluctable de la force de la liberté contractuelle et non la réprobation d'un comportement particulier. Aucune aspiration moralisatrice ou dissuasive n'est perceptible ici. Le maintien du contrat se présente simplement comme la continuation du processus engagé suite à l'accord de volontés. L'incurie de certain ne doit pas entacher le lien contractuel né, à moins que l'*errans* subisse le rapport contractuel alors même qu'il ignorait légitimement la teneur réelle de ce lien.

2) Acceptation de l'erreur et sanction de l'imperfection du consentement

1109. Caractère déterminant de l'erreur. – L'article 1110 C. civ. admet l'erreur « lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet » ou sur la personne cocontractante si la considération de celle-ci est « la cause principale de la convention ». Pour reconnaître l'erreur comme origine de l'altération du consentement et du lien contractuel, il est donc nécessaire de considérer le caractère déterminant de ce vice sur la qualité de la volonté alors exprimée. Cette appréciation s'effectue suivant les personnes et les circonstances entourant la conclusion du contrat. Selon un auteur, la « reconnaissance juridique d'une erreur de nature à vicier le consentement comporte donc un plancher, dont le niveau varie en fonction de la personne de l'*errans*, et qui se matérialise juridiquement par le

²⁵⁸⁶ Précisons toutefois que l'erreur n'induit pas nécessairement un désavantage pour l'*errans*. Ce vice du consentement conduit simplement à la prise en considération d'une inadéquation entre ce qui a été conclu et ce qui a été voulu par la personne.

²⁵⁸⁷ Sur ce point, V. spéc. QUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.*, n^{os} 408 et 433.

caractère légitime de l'erreur »²⁵⁸⁸. Si l'erreur est légitime, le consentement ne peut être considéré comme libre et éclairé et ne peut dès lors fonder un quelconque rapport contractuel. L'erreur a créé des conditions particulières propices à la formation du contrat. Elle fut un critère déterminant conduisant la victime à conclure le contrat ou à le conclure à des conditions différentes de celles qui auraient pu être envisagées en dehors de toute erreur.

1110. Caractère strictement sanctionnateur de la nullité. – Au regard de la rupture existant entre le réel et l'imaginaire contractuels, l'annulation du contrat se présente comme la mesure respectant au mieux les intérêts des contractants. Si, pour certains auteurs, la nullité ne traduit qu'imparfaitement la conciliation nécessaire entre le respect du consensualisme et la sécurité des transactions²⁵⁸⁹ incitant à engager une profonde remise en cause de son efficacité²⁵⁹⁰, nous pensons que cette mesure demeure toutefois la seule sanction permettant de ne pas aggraver ou modifier injustement la situation d'un cocontractant. L'imposition des conditions envers lesquelles l'*errans* aurait souscrit en l'absence d'erreur ne peut être satisfaisante²⁵⁹¹. La nullité relative reste – et doit rester – l'unique sanction envisageable en cas d'erreur viciant le consentement²⁵⁹². Ne pas privilégier la nullité reviendrait certes à équilibrer la relation contractuelle pour l'*errans* mais non pour le cocontractant qui verrait les termes de son contrat modifiés en dehors de toute manifestation de volonté.

Seul le consentement vicié doit donc être l'objet de la sanction. S'il est vrai que cette simple affirmation conduit à l'anéantissement rétroactif du contrat, plus intolérable serait la mesure conduisant à l'imposition de conditions non expressément validées par le cocontractant²⁵⁹³. Seule la nullité est donc à même de stopper le déséquilibre contractuel en restaurant les contractants dans un *statu quo ante* favorable à la naissance de nouvelles relations. La nullité, par essence sanctionnatrice, circonscrit son action sur le seul acte contractuel et ne développe

²⁵⁸⁸ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.*, n° 434, p. 338.

²⁵⁸⁹ En ce sens, V. MALINVAUD (P.), *op. cit.*, n° 173. Traitant de l'erreur, cet auteur estime qu'il existe en ce domaine des contradictions dont « résulte parfois le sentiment d'un certain impressionnisme juridique ».

²⁵⁹⁰ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.*, n°s 210 et ss.

²⁵⁹¹ *Contra*, OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.*, n° 211, p. 180.

²⁵⁹² C'est en ce sens que s'est d'ailleurs prononcé l'avant projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005. L'article 1112 proposé présente effectivement la nullité relative comme la seule et unique sanction en matière de vice du consentement.

²⁵⁹³ La possibilité pour le cocontractant d'obtenir des dommages-intérêts demeure un pis-aller dans la mesure où cet élément ne fait que compenser un déséquilibre né et ruine l'engagement de bonne foi de cette personne sur des conditions aujourd'hui inexistantes. Sur la possible dimension punitive des dommages-intérêts, V. toutefois *infra*, Chapitre 2, n°s *et ss.*

aucune incidence négative sur les personnes elles-mêmes comme pourraient éventuellement le faire certaines autres sanctions.

1111. En limitant son action sur le contrat, la nullité sanctionnant l'erreur souhaite mettre en évidence l'absence de toute perspective réprobatrice ou négative. Il faut simplement faire en sorte que la sanction prononcée rétablisse le caractère libre et éclairé des consentements, non qu'elle défavorise illégitimement un cocontractant. On le voit, la nullité en cette hypothèse est donc doublement éloignée de toute dynamique punitive. On ne doit en effet punir ni l'*errans*, ni son cocontractant.

Si le consentement peut être à l'origine de la sanction de nullité, les autres conditions de validité du contrat peuvent également soumettre la relation contractuelle à un tel anéantissement. Il ne s'agit plus alors d'un défaut du consentement mais d'une imperfection atteignant la capacité, l'objet ou la cause du contrat, c'est-à-dire l'engagement contractuel lui-même.

B. – Nullité et sanction de l'imperfection de l'engagement contractuel

1112. Conditions de l'engagement contractuel. – Si un consentement doit être préalablement établi en vue de la formation d'un contrat, cette volonté n'est pas suffisante. Elle doit manifester l'engagement de personnes sur un objet précis et être justifiée par des raisons d'une identité précise. En cas de défaillances de l'une de ces conditions – objet (1°) ou cause (2°) de l'obligation – il est indéniable que la relation contractuelle ne puisse recevoir de fondement véritable et doive dès lors être sanctionnée par la nullité. Dans ces hypothèses, cette sanction est dénuée de toute connotation punitive si elle n'intervient qu'au regard de l'absence de certaines qualités de ces conditions, qu'il s'agisse de leur existence, de leur détermination ou de leur possibilité.

1°/ Les défaillances de l'objet de l'obligation contractuelle sanctionnées par la nullité

1113. Sanction de l'incertitude de l'objet. – Selon l'article 1108 du Code civil, l'objet est « *la matière de l'engagement* » contractuel, l'« *opération juridique que les parties cherchent à réaliser* »²⁵⁹⁴. Par leur accord de volontés, les parties se sont engagées respectivement à faire (*facere*), ne pas faire (*non facere*) ou donner (*dare*) quelque chose (C. civ., art. 1126) ; ce

²⁵⁹⁴ MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (F.), *op. cit.*, n° 231, p. 232.

triptyque constituant alors le but, l'objet même de l'obligation née du contrat²⁵⁹⁵. Pour simple que soit cette présentation de l'objet, cet élément n'en demeure pas moins une notion complexe et déterminante pour la formation du contrat. Dès lors, la nullité devra sanctionner l'inexistence de cet objet (a) ou l'indétermination de sa consistance²⁵⁹⁶ (b) lors de la formation du contrat²⁵⁹⁷ ; cette sanction intervenant en dehors même de toute considération de l'attitude des contractants, évinçant ainsi toute démarche punitive.

a. Sanction de l'inexistence d'objet lors de la formation du contrat

1114. Existence de l'objet et validité du contrat. – L'article 1108 C. civ. énonce clairement l'exigence d'un objet *certain* pour valider le contrat. Cette certitude impose donc qu'un accord de volontés soit effectivement intervenu et qu'au moins un engagement – une obligation – ait surgi de cette rencontre consensualiste. Mais si l'objet de l'obligation doit exister lors de la formation du contrat, la chose fondant cette obligation peut ne pas encore exister. L'article 1130 du Code civil dispose en effet que, sauf exceptions²⁵⁹⁸ les « choses futures peuvent être l'objet d'une obligation ». Cette absence ou cette non-disponibilité immédiate du bien ne conduit donc pas à occulter tout objet au contrat dès lors qu'il est fortement vraisemblable que la chose surviendra²⁵⁹⁹. Si tel n'est toutefois pas le cas, soit le contrat demeure valide si les contractants ont entendu conclure une convention dite *aléatoire*, soit le contrat devient caduc pour non-apparition effective de la chose, objet du contrat. Cette caducité ne doit pas être confondue avec la nullité. Alors que la première mesure relève du bon sens et constate simplement l'inexécution possible du contrat pourtant régulièrement

²⁵⁹⁵ Sur la différence entre l'*objet du contrat* et l'*objet de l'obligation*, V. notamment MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (F.), *op. cit.*, n^{os} 231 et ss. ; STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Droit civil. Les obligations*, t. 2, *Contrat*, Paris, Litec, 6^{ème} éd., 1998, n^o 571 ; TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n^{os} 266 et ss. ; MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n^o 596. Pour une critique de cette distinction, V. SÉRIAUX (A.), *op. cit.*, n^o 27, note 324 ; et plus modérément, V. FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *L'acte juridique*, *op. cit.*, n^o 234.

²⁵⁹⁶ Pour une reprise de la notion de consistance, V. spéc. SÉRIAUX (A.), *op. cit.*, n^o 27, p. 95 ; FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, n^o 128.

²⁵⁹⁷ Une autre condition existe toutefois relativement à l'objet ; il s'agit de la possibilité de son exécution. Bien que relevant de l'objet, nous décidons d'analyser cette condition lors de l'étude de la relation existant entre le droit de punir et l'*exécution* défectueuse du contrat. En effet, la révélation de l'impossibilité absolue d'exécuter l'obligation est en pratique établie lors de l'exécution du contrat, non lors de sa formation. Sur ce point, V. *infra*, n^{os} *et ss.*

²⁵⁹⁸ En est-il ainsi des pactes sur succession future (C. civ., 1130 al. 2 ; la loi n^o 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités (JO du 24 juin 2006, p. 9513) modifie toutefois la rédaction de cet article en stipulant que ces pactes ne sont possibles « que dans les conditions prévues par la loi ». La logique se trouve donc aujourd'hui inversée) ou des cessions globales par un auteur de ses droits sur ses œuvres futures (C. propr. intell., art. L. 131-1).

²⁵⁹⁹ C'est le cas notamment des ventes d'immeubles à construire (C. civ., art. 1601-1).

formé, la seconde en revanche sanctionne *ab initio* la non conformité de l'obligation aux conditions nécessaires de sa validité. Si la caducité renvoie à l'impossibilité matérielle postérieure de s'obliger, la nullité établit quant à elle l'invalidation originelle du lien contractuel. Seule cette dernière mesure nous intéresse ici puisqu'elle est, plus encore que la caducité, la caractérisation de l'importance des règles de formation du contrat.

1115. Inexistence de l'objet et nullité impérative du contrat. – Contrairement à la caducité qui suppose que les personnes aient eu connaissance de l'objectif même du contrat passé entre elles, la nullité pour inexistence d'objet implique une ignorance totale de celles-ci quant à la teneur de leur engagement. Puisque l'objet est effectivement défini comme la *matière* de cet engagement, force est alors de reconnaître que cet engagement est *dématérialisé*, anéanti du fait de l'absence d'objet. C'est cette logique que l'on retrouve en cas d'impossibilité absolue d'accomplir la prestation promise. En vertu de l'adage *nulla impossibilium obligatio est* – selon lequel *à l'impossible, nul n'est tenu* – le sort du contrat ne peut qu'être la nullité. Faute d'objet – du fait de son impossibilité même – le contrat ne peut naturellement produire aucun effet de droit, sinon celui tenant au versement de dommages-intérêts en cas de connaissance par l'un des contractants de l'impossibilité absolue.

L'annulation du contrat ne s'inscrit donc pas ici dans une démarche réprobatrice du comportement des contractants – aucune faute ne leur étant en effet reprochée – mais traduit au contraire la non-viabilité initiale du contrat. Si, dès l'origine, l'objet de l'obligation n'existe pas, soit formellement (non précision dans le contrat écrit), soit substantiellement (destruction de la chose lors de la conclusion du contrat), l'engagement des parties ne peut être parfait et celles-ci doivent être préservées. L'annulation du contrat interviendra donc comme une mesure de sauvegarde et de prévention de l'intégrité des consentements qui seraient alors échangés. En cas par exemple de destruction de la chose avant cet échange, les volontés qui seraient susceptibles de s'exprimer se fonderaient alors sur le néant, ruinant ainsi leur valeur respective.

Mais au-delà de la destruction de la chose au moment où le contrat est formé, le contrat doit être établi, nous l'avons dit, sur la base d'un objet certain. Si cette certitude induit nécessairement l'existence de la chose, objet de l'engagement, ne suppose-t-elle pas également une détermination précise de celle-ci ? Et ce manque possible de précision, ne doit-il pas lui-aussi être à l'origine de la sanction de l'annulation du contrat ?

b. Sanction de l'indétermination de l'objet lors de la formation du contrat

1116. Détermination de l'objet et validité du contrat. – Si l'on achète un animal, il convient de savoir de quelle espèce et de quelle race provient ce dernier. Si l'on veut rendre service à une personne, il faut spécifier la nature même de ce service²⁶⁰⁰. Si l'on conclut la construction d'une maison, il est nécessaire d'en préciser le lieu, les surfaces, le style, etc. En somme, l'existence de la chose ou de la prestation (animal, service, maison), objet de l'obligation née du contrat (contrat de vente, de service ou de construction), ne suffit pas pour conférer au lien contractuel pleine conséquence obligationnelle. Il faut attacher à cette chose des qualités spécifiques tendant d'une part à son identification²⁶⁰¹ ou à son rattachement par rapport à une espèce²⁶⁰² et, d'autre part, à l'éviction de toute ambiguïté quant aux divers éléments de l'engagement. Si cette détermination ne se produit pas, c'est-à-dire si l'on ne peut connaître avec précision la substance de l'obligation lors de la conclusion du contrat, ce dernier ne peut être valable et doit nécessairement encourir une sanction : son annulation.

Si, sur ce point, la nullité suppose l'indétermination de l'objet, toute forme d'indétermination n'emporte toutefois pas obligatoirement nullité du contrat.

1117. Indétermination de l'objet et nullité instable du contrat. – Lorsque l'indétermination dont souffre l'objet de l'obligation conduit à la non-identification possible de la chose ou de la prestation (vendre quelque chose, faire un geste, construire quelque part quelque chose...), les contractants ne sont tenus à rien²⁶⁰³ et n'ont dès lors conclu aucun engagement réel. La nullité est impérativement encourue dans ce genre de situations et l'on est très proche alors de l'hypothèse de l'absence d'objet²⁶⁰⁴.

En revanche, lorsque l'indétermination lors de la formation du contrat prend appui sur la qualité de la chose ou sur sa quantité, nulle sanction n'intervient. Cette absence s'explique par le fait que pour les choses de genre – et les choses de genre seulement – la qualité peut être

²⁶⁰⁰ Com. 28 févr. 1983, *Bull. civ. IV* n° 86; *RTD civ.* 1983, p. 746, obs. F. Chabas ; *Defrénois* 1984, p. 294, obs. J.-L. Aubert (engagement d'une personne à « faire un geste » envers une autre).

²⁶⁰¹ C'est le cas d'un corps certain défini comme une « chose corporelle déterminée dans sa matérialité, spécifiée dans son individualité » (CORNU (G.) (sous la dir.), *op. cit.*, v° « Certain – corps »).

²⁶⁰² Pour les choses de genre (blé, vin, fuel, charbon, etc.), elles doivent être déterminées quant à leur espèce, non nécessairement quant à leur quantité (C. civ., art. 1129).

²⁶⁰³ MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (F.), *op. cit.*, n° 237.

²⁶⁰⁴ V. *supra*, n°^{os} et .

moyenne sans que puisse être mise en cause la validité du lien contractuel²⁶⁰⁵. En outre, s'agissant de la quotité, la possibilité qu'elle puisse être seulement déterminable (C. civ., art. 1129, al. 2) s'inscrit souvent dans une démarche de bon sens. En effet, la fourniture d'un bien (eau, gaz, téléphone, électricité...) et la détermination de sa quantité – et de son prix²⁶⁰⁶ – seront fonction de la consommation réellement effectuée par les personnes. Il est donc logique que cette indétermination existe lors de la formation même du contrat et que sa détermination intervienne lors de son exécution.

1118. Limites de l'indétermination et de la nullité. – Au regard de ce qui précède concernant l'indétermination de l'objet, il est tentant de procéder à une première conclusion. Cette faiblesse contractuelle ne semble jamais relever, selon nous, de la nullité. Nous venons d'apprécier les dérogations possibles à la nécessaire détermination de l'objet et à l'inapplication de cette sanction contractuelle en cas d'imprécision de choses de genre. *Quid* alors de la nullité requise en cas d'indétermination de l'objet pour des corps certains ou pour des prestations ?

Sur ce dernier point, notre raisonnement tient non pas en la démonstration d'une absence de nullité – en ce cas « *l'exigence [de détermination] est évidente* » selon MM. les Pr. FLOUR, AUBERT et SAVAUX²⁶⁰⁷ conduisant à ce que la nullité le soit tout autant – mais bien davantage en la démonstration d'une absence d'indétermination d'objet. En effet, si un corps certain ou une prestation n'est pas déterminé, n'est pas précisé de manière à identifier ou à apprécier sans la moindre ambiguïté *la* chose ou *la* prestation, ce n'est plus en termes de détermination ou d'indétermination que la question doit être posée mais en termes d'existence ou non de l'objet même du contrat. L'indétermination de l'objet qui est alors sanctionnée par la nullité (corps certain et prestation) n'est finalement que l'inexistence même de l'objet. En dehors de cette "exigence existentielle" – comme c'est le cas pour les choses de genre, naturellement indiscernables – le contrat ne peut pas être annulé pour cause d'indétermination.

1119. Exemple : l'inévitable imbroglio de l'indétermination du prix. – C'est implicitement sur ce fondement que s'est appuyée l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en matière

²⁶⁰⁵ L'article 1246 du Code civil dispose en effet que si « *la dette est d'une chose qui ne soit déterminée que par son espèce [i.e. les choses de genre], le débiteur ne sera tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure espèce ; mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise* ».

²⁶⁰⁶ Sur l'indétermination du prix, V. également *infra*, n° .

²⁶⁰⁷ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *L'acte juridique*, op. cit., n° 236.

d'indétermination du prix²⁶⁰⁸. Pour éviter que la nullité soit la sanction revendiquée par les contractants – peut-être de mauvaise foi – en cas de non détermination du prix lors de la formation du contrat, l'Assemblée plénière décida de s'engager dans la voie de « *l'abandon de l'exigence d'un prix déterminé ou déterminable* »²⁶⁰⁹ comme condition de validité du contrat. Ainsi, en cas d'indétermination du prix, aucune mesure ne peut être prise afin de sanctionner la formation²⁶¹⁰ du contrat puisque, selon cette jurisprudence, « *l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable à la détermination du prix* ». Aussi devons-nous admettre aujourd'hui que le prix ne peut être perçu comme un élément intrinsèque de l'objet de l'obligation contractuelle et que son imprécision ne peut être à l'origine de la nullité.

Est-ce pour autant réduire cette sanction à peau de chagrin ? Nous ne le pensons pas. D'une part, la nullité se retrouve sous un aspect différent – la résiliation – lors de l'exécution défectueuse du contrat et relativement au prix notamment²⁶¹¹. D'autre part, cette sanction intervient malgré tout en matière de non-fixation du prix pour certains types de contrats. Dans ce dernier cas, c'est moins sur la base de l'indétermination que sur celle de l'absence d'objet qu'est alors prononcée la nullité. En effet, lorsque le législateur précise par exemple que, dans le contrat de vente, le prix « *doit être déterminé et désigné par les parties* » (C. civ., art. 1591) ou encore que la vente est parfaite « *dès qu'on est convenu de la chose et du prix* » (C. civ., art. 1583), il souhaite mettre en exergue la nécessaire présence dans ce genre de contrat d'un engagement réel (détermination du prix) et sérieux (accord sur le prix)²⁶¹². Dans ces hypothèses, le prix acquiert donc à l'image de la chose – l'article 1583 est d'ailleurs éclairant sur ce point – le statut de condition de validité du contrat. S'il s'agit en surface de *déterminer* le prix pour qu'un contrat de vente soit valable, il est question en réalité de prouver l'existence même de ce prix, devenu alors l'objet de l'obligation (le paiement) née du contrat de vente²⁶¹³.

²⁶⁰⁸ Ass. plén. 1^{er} déc. 1995 (4 arrêts), *Bull. civ. Ass. plén.* n° 9 ; *Gaz. Pal.* 9 déc. 1995, note P. de Fontbressin ; *JCP* 1996.II.22565, concl. M. Jéol, note J. Ghestin ; *JCP* éd. E. II.776, note L. Leveneur ; *JCP éd. N* I.93, obs. D. Boulanger ; *D.* 1996, Jurisp. p. 13, concl. M. Jéol et L. Aynès ; *Petites affiches* 27 déc. 1995, n° 155, p. 11, note D. Bureau et N. Molfessis ; *Contrats-Concur-Cons.* 1996, n° 5 et chron. Leveneur ; *RTD civ.* 1996, p. 153, obs. J. Mestre ; *Defrénois* 1996, p. 748, obs. Delebecque.

²⁶⁰⁹ MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (F.), *op. cit.*, n° 237-6.

²⁶¹⁰ Les arrêts de l'Assemblée plénière précisent toutefois que la résiliation ou l'indemnisation peut être appliquée en cas d'abus dans la fixation du prix. Sur ce point, V. *infra*, n°s *et ss.*

²⁶¹¹ V. note précédente.

²⁶¹² Sur ce point, V. Com. 12 nov. 1997, *Contrats-Concur-Cons.* 1998, n° 22, obs. L. Leveneur.

²⁶¹³ Le contrat de vente n'est pas le seul exemple en ce sens. V. également l'article 1831-1 C. civ. qui soumet le contrat de promotion immobilière à la détermination d'un prix, l'article 1710 qui exige également la fixation d'un prix pour le contrat de louage d'ouvrage ou encore l'article 6 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 qui

On le voit, la nullité apparaît sans le moindre doute possible comme *la* sanction de la formation défectueuse du contrat. Si elle reste effectivement présente lorsque peut être invoquée une défaillance de l'objet de l'obligation, elle demeure également lorsqu'est mise en doute la cause même de cette obligation.

2°/ Les défaillances de la cause de l'obligation contractuelle sanctionnées par la nullité

1120. Cause de l'obligation et cause du contrat. – A l'image de l'objet, la cause est un concept flou, voire fluctuant, selon qu'on le considère par rapport à l'obligation ou par rapport au contrat²⁶¹⁴. La cause de l'obligation s'entend de la détermination de la finalité immédiate de l'engagement. On conclut par exemple un contrat de vente pour acheter un bien ; la raison première de cet engagement tenant au transfert de propriété et à la livraison du bien faisant suite au paiement du prix. Cette cause, objective et invariable suivant les contractants et les catégories de contrats²⁶¹⁵, demeure insuffisante pour définir avec précision le *pourquoi* de l'accord contractuel²⁶¹⁶. On doit alors relever la cause du contrat s'analysant comme les mobiles personnels ayant motivé l'engagement des contractants. Il est donc nécessaire ici de se plonger dans la psychologie des personnes afin de discerner les raisons profondes et déterminantes de leur accord de volontés. On franchit une étape supplémentaire dans la compréhension de cet accord et dans la détermination de son bien-fondé.

La cause *lato sensu*, comprenant sa dimension objective et sa dimension subjective, constitue ainsi une condition de validité du contrat. Mais à ce stade de l'analyse, une distinction doit être effectuée. Si la cause du contrat (*i.e.* les raisons subjectives) constitue un élément nécessaire à la validité de l'engagement, cette cause ne doit être prise en considération qu'au regard de l'éventuelle illicéité ou immoralité de l'opération contractuelle et donnant naissance à une certaine expression du droit de punir²⁶¹⁷. A l'inverse, la cause de l'obligation suffit pour apprécier la validité de la formation du contrat et sa conformité à l'article 1131 C. civ.

précise que le contrat de location doit indiquer le montant des loyers (sur ce dernier type de contrat, V. toutefois art. 1716 C. civ.).

²⁶¹⁴ Selon MM. FLOUR, AUBERT et SAVAUX, la cause est « *l'une des notions les plus incertaines du droit civil* » (*L'acte juridique*, op. cit., n° 253).

²⁶¹⁵ Sur ce point, V. notamment MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (F.), *op. cit.*, n° 263 ; TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 333.

²⁶¹⁶ La cause de l'obligation est insuffisante notamment pour déterminer l'illicéité ou l'immoralité de l'engagement contractuel.

²⁶¹⁷ Nous verrons donc ce point plus loin dans notre étude : V. *infra*, n°s *et ss.*

proscrivant notamment la fausseté (a) ou l'inexistence même de la cause (b) ; l'appréciation des motivations – la cause du contrat – étant dans ces hypothèses superfétatoire.

a. Sanction de la fausseté de la cause

1121. Dualité de la fausseté de la cause. – MM. STARCK, ROLAND et BOYER ont parfaitement mis en lumière la dualité de la fausseté de la cause²⁶¹⁸. Si l'on considère la fausse cause comme une cause dont l'inexactitude a entraîné pour l'un des contractants une croyance non conforme à la réalité, deux situations sont alors possibles : soit l'individu s'est trompé et a commis une erreur dans l'appréciation de la cause ; soit l'individu a été trompé et induit en erreur dans l'appréciation de la cause. Alors que dans le premier cas, la fausse cause fait référence à l'erreur comme vice de consentement, dans le second cas en revanche, la fausse cause s'appuie sur des techniques particulières que sont la simulation et le dol. Bien que distinctes, ces notions n'en restent pas moins proches par leur définition²⁶¹⁹. Comme nous le verrons, ces deux situations renferment indéniablement une observation du comportement de l'un ou des contractants et induit une possible réprobation de cette attitude. Ainsi, dès l'instant où l'on accepte d'examiner la loyauté des contractants, la dimension de la nullité n'est plus simplement sanctionnatrice ; elle est plus largement punitive. Aussi étudierons-nous ce point plus bas dans notre exposé²⁶²⁰.

Nous devons donc ici circonscrire notre analyse à la seule fausseté de la cause dans laquelle se glisse l'erreur spontanée et non l'erreur provoquée. La fausse cause et la cause erronée deviennent alors synonymes. Mais la confusion se limite-t-elle à ce couple ou ne peut-elle pas inclure une autre défaillance pouvant atteindre la cause, à savoir son absence ?

1122. Identité entre la fausse cause, la cause erronée et l'absence de cause. – Si nous partons du principe selon lequel la fausse cause est une cause erronée, la lecture de l'article 1131 nous donne l'occasion d'établir un second postulat. Selon cette disposition en effet, une assimilation semble intervenir expressément entre l'absence et la fausseté de la cause²⁶²¹. Si

²⁶¹⁸ STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, t. 2, n^{os} 874 et ss.

²⁶¹⁹ La simulation se définit comme le « mensonge concerté entre des contractants qui dissimulent le contrat qui renferme leur volonté réelle derrière un contrat apparent » (TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n^o 537) alors que le dol est l'ensemble des « tromperies par lesquelles un contractant provoque chez son partenaire une erreur qui le détermine à contracter » (*ibid.*, n^o 228).

²⁶²⁰ V. *infra*, n^{os} *et ss.* et n^{os} *et ss.*

²⁶²¹ En ce sens, V. TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n^o 351.

textuellement cette assimilation peut être discutée²⁶²², il convient d'admettre toutefois qu'un défaut de cause procèdera le plus souvent d'une fausse cause donc d'une cause erronée. Ainsi, la détermination du caractère sanctionnateur de la nullité – établie par l'article 1131 disposant que l' « *obligation sans cause, ou sur fausse cause (...) ne peut avoir aucun effet* » – s'en trouve facilitée. En effet, il suffira de se référer au régime juridique de l'erreur-vice du consentement pour connaître la nature de la nullité ainsi prononcée ou envisagée.

Comme nous l'avons précisé, l'erreur est recevable si elle porte sur la substance de la chose, objet du contrat (C. civ., art. 1110) c'est-à-dire si « *elle est de telle nature que, sans elle, l'une des parties n'aurait pas contracté* »²⁶²³. Si cette référence à la chose nous conduit incontestablement à l'objet du contrat, on ne saurait pour autant écarter de cette analyse la cause même de l'obligation et du contrat. Dans la mesure où celle-ci constitue les motifs immédiats et médiats de l'engagement contractuel, il est clair que l'existence d'une erreur sur la chose débouche sur une mauvaise appréciation des diverses raisons ayant conduit les parties à la conclusion du contrat. Méconnaître les qualités réelles de la chose ou croire faussement en l'existence d'une contreprestation induit nécessairement une cause erronée et défailante aboutissant à son inexistence même.

1123. Caractère sanctionnateur de la nullité. – Le défaut de cause suit donc intimement les traces de l'erreur-vice de consentement. Il est donc logique que le caractère de la nullité prononcée dans un cas se retrouve dans l'autre cas. Ainsi, dès lors que nous avons affirmé le caractère strictement sanctionnateur – et non punitif – de la nullité en cas d'erreur²⁶²⁴, on ne saurait nier ce caractère s'agissant du défaut de cause.

Pourtant, à regarder de plus près l'hypothèse de l'absence de cause, on remarque que le caractère sanctionnateur de la nullité ne peut être aussi simplement déduit ; l'analyse de l'inexistence de la cause étant en effet plus complexe.

b. Sanction de l'inexistence de la cause

1124. Solidarité de la cause et de l'objet du contrat. – L'article 1131 C. civ. subordonne la validité du contrat à l'existence d'une cause, même si celle-ci peut ne pas être exprimée dans

²⁶²² Pour une position moins tranchée, V. MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 625.

²⁶²³ Civ. 28 janv. 1913, *op. cit.*

²⁶²⁴ V. *supra*, n° .

le document écrit justifiant l'accord contractuel²⁶²⁵. Pour être valable, un contrat doit avoir un but effectif, c'est-à-dire que la volonté qui s'est exprimée par la conclusion du contrat trouve une raison d'être dans la poursuite d'un objectif réel et réalisable. En tant qu'instrument principal d'échange entre les personnes, le contrat se fonde sur l'existence de contre-prestations. Ces contreparties – réciproques en cas de contrats synallagmatiques – constituent la cause mais également l'objet des obligations de chacune des parties. Si l'objet fait défaut pour l'une d'entre elles, la cause de l'autre manque également. Et réciproquement²⁶²⁶.

1125. Nullité relative et sanction de l'absence de contrepartie. – En précisant que l'obligation sans cause « *ne peut avoir aucun effet* », l'article 1131 C. civ. soumet les engagements contractuels sans réelle contrepartie à la nullité relative²⁶²⁷. Considérant que l'absence de cause tend davantage à protéger les intérêts particuliers que l'intérêt général, la jurisprudence reconnaît aujourd'hui un caractère simplement relatif à cette sanction. Si, de manière générale, la nature de la nullité importe peu quant à la détermination de son caractère punitif ou simplement sanctionnateur²⁶²⁸, on ne peut ici s'empêcher de remarquer que le choix des juges de ne retenir que la nullité relative coïncide avec le but limité inhérent à cette sanction. Affirmer que la nullité pour absence de cause est relative revient à donner la possibilité au contractant-victime de renoncer à la protection issue de cette sanction. Cette nullité relative constitue donc davantage le constat de la non-validité du contrat plutôt que l'affirmation d'un reproche quelconque. D'ailleurs est-on toujours sûr de pouvoir relever une attitude critiquable de l'un ou des contractants en cas d'absence de cause ? Rien n'est moins sûr. Quel reproche pouvons-nous faire par exemple aux personnes contractant un engagement tenant au versement d'une rémunération à un généalogiste afin de découvrir une succession déjà connue²⁶²⁹ ou encore à celles bénéficiant d'une rémunération suite à la présentation de

²⁶²⁵ L'article 1132 C. civ. qui précise que la « *convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée* » renvoie à un simple problème de charge de la preuve et ne permet pas un engagement abstrait, c'est-à-dire sans existence précise d'une cause. En ce sens, V. notamment TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 356 ; MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 629 ; BÉNABENT (A.), *Droit civil. Les obligations*, Paris, Montchrestien, coll. Domat, 9^{ème} éd., 2003, n° 186.

²⁶²⁶ Dans un contrat de vente, si la chose n'existe pas, l'obligation est sans objet pour le vendeur, celle de l'acheteur sans cause.

²⁶²⁷ En ce sens, V. Civ. 1^{ère} 9 nov. 1999, *Bull. civ. I* n° 293 ; *Defrénois* 2000, p. 250, obs. J.-L. Aubert ; *D.* 2000, p. 507, note Cristau ; *JCP* 2000.I.219, obs. L. Mayaux ; *JCP éd. E* 2000.1186, note Roueil ; *Resp. civ. et ass.* 2000, chron. 2, H. Groutel – Civ. 1^{ère} 20 févr. 2001, *Bull. civ. I* n° 39 – Civ. 1^{ère} 29 sept. 2004, *Bull. civ. I* n° 216.

²⁶²⁸ Par exemple, la lésion fonde la rescision – forme particulière de nullité relative – et s'inscrit pleinement dans la dimension punitive de la nullité. Sur ce point, V. *infra*, n°^{os} *et ss.*

²⁶²⁹ Civ. 1^{ère} 13 avr. 1953, *D.* 1953, p. 403 ; *JCP* 1953.II.7761 ; *Gaz. Pal.* 1953.2.7.

leur successeur à leur fonction, alors même que cette présentation ne correspond à aucun droit²⁶³⁰ ? S'il est vrai que le défaut de cause infère parfois une position critiquable de l'un des contractants, aucune généralisation dans le sens d'une dimension punitive de la nullité ne peut être effectuée sur ce point. Contrairement à l'hypothèse de la cause illicite ou immorale qui entraîne, par principe, une nullité punitive²⁶³¹, l'absence de cause impose une analyse au cas par cas nous empêchant de conclure globalement au caractère punitif de la nullité.

Ainsi, de manière certaine, la seule conclusion que l'on peut raisonnablement effectuer ici tient à l'affirmation du caractère sanctionnateur de la nullité relative pour défaut de cause ; cette sanction constatant l'absence de toute contreprestation sans nécessairement imposer une quelconque réprobation sur les agents. Cette conclusion peut-elle être identiquement formulée en cas de contrepartie insuffisante ?

1126. Nullité partielle et sanction de l'insuffisance de la contrepartie. – Quelle nature revêt la nullité lorsque celle-ci est prononcée suite à la constatation d'une clause limitative de responsabilité, défavorable pour l'un des contractants ? Au-delà de son caractère relatif, les juges estiment que la nullité prononcée dans ces hypothèses doit être partielle, c'est-à-dire que seule la clause en question doit être réputée non écrite ; le contrat conservant pour le reste de ses dispositions pleine valeur obligatoire.

Pour illustrer notre propos, l'arrêt *Chronopost* est incontournable²⁶³². Cet arrêt met en lumière le fait selon lequel une clause spécifique ne peut – si elle porte sur l'obligation essentielle du contrat²⁶³³ – avoir le moindre effet à l'égard du cocontractant-victime. En l'espèce, une clause limitait la responsabilité de l'entreprise de transport rapide de correspondance en cas de non-respect de son obligation de ponctualité. Pour la Chambre commerciale de la Cour de cassation, une telle clause tend à priver les cocontractants de la société *Chronopost* de la contreprestation qu'ils attendaient lors de la conclusion du contrat. En ne se conformant pas

²⁶³⁰ Civ. 1^{ère} 20 févr. 1973, *D.* 1974.37, note P. Malaurie.

²⁶³¹ V. *infra*, n^{os} *et ss.*

²⁶³² Com. 22 oct. 1996, *Bull. Civ. IV* n^o 261 ; *D.* 1997, *Jurisp.* p. 121, note A. Sériaux, *chron.* p. 145, note Ch. Larroumet et *Somm.* p. 175, obs. Ph. Delebecque ; *JCP* 1997.II.22881, note D. Cohen ; *Contrat-Concur-Cons.* 1997, comm. 24, obs. L. Leveneur ; *JCP* 1997.I.4002, obs. M. Fabre-Magnan et 4025, obs. G. Viney ; *Defrénois* 1997, p. 333, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1997, p. 418, obs. J. Mestre ; *RTD com.* 1997, p. 319, obs. B. Bouloc ; *RTD civ.* 1998, p. 213, obs. N. Molfessis. Egalement CHAZAL (J.-P.), « Théorie de la cause et justice contractuelle. A propos de l'arrêt *Chronopost* », *JCP* 1998.I.152.

²⁶³³ Selon le Pr. Ph. JESTAZ, « l'obligation fondamentale [ou essentielle] évince les clauses qui lui sont contraires par sa force propre, sans le recours d'aucune règle particulière » (« L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », *Mélanges Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, p. 294).

fidèlement à la raison ayant déterminé la formation du contrat, la société en usant de cette clause a vidé de sa substance son obligation²⁶³⁴. Un déséquilibre se crée alors puisque l'absence de garantie d'une contrepartie réelle dépouille l'obligation des expéditeurs de sa cause. Ceux-ci se sont engagés à verser un surcoût pour l'acheminement rapide et ponctuel de leur correspondance ; si une clause limite l'engagement du transporteur en cas de non satisfaction – donc sur le critère déterminant du lien contractuel – la cause initiale disparaît. Cette absence de cause justifie donc le fait que la clause litigieuse soit réputée non écrite ; la justice contractuelle qui fonde la force obligatoire du contrat imposant en effet « *de ne tenir pour juridiquement valables que les conventions ne présentant pas un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations réciproques* »²⁶³⁵.

De ce point de vue, la nature sanctionnatrice de la nullité partielle paraît avérée puisqu'elle rétablit en effet un simple équilibre contractuel rompu. Toutefois, par la prégnance de la faute dans le raisonnement des juges, ne peut-on pas avoir certains doutes sur la nature exacte de cette nullité partielle ?

1127. Nullité partielle : simple sanction ou réelle punition ? – Les juges se fondent sur l'absence de cause pour sanctionner la naissance d'un déséquilibre entre les contractants et rétablir ainsi l'économie générale du contrat. La nullité partielle rétablit l'utilité du contrat telle que l'avait envisagée l'ensemble des parties et permet ainsi de « *restaurer la réalité de l'opération contractuelle qui avait été convenue* »²⁶³⁶. En somme, les juges parviennent à sanctionner une clause abusive sur la base de l'article 1131 du Code civil, et non point sur celle de l'article L. 132-1 du Code de la consommation proscrivant de telles clauses²⁶³⁷. La nullité partielle ainsi prononcée ne tend donc pas seulement à assurer la « *pérénnité du*

²⁶³⁴ BÉNABENT (A.), *op. cit.*, n° 423.

²⁶³⁵ CHAZAL (J.-P.), *op. cit.*, n° 2.

²⁶³⁶ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 262, p. 193. Sur le concept d'économie du contrat, V. spéc. PIMONT (S.), *L'économie du contrat*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, n° 274 : ce concept est « *le point de convergence des volontés* » ; MOURY (J.), « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *D.* 2000, chron. p. 382 ; ZELCEVIC-DUHAMEL (A.), « La notion d'économie du contrat en droit privé », *JCP* 2001.I.300 ; MAZEAUD (D.), « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? » in JAMIN (C.) et MAZEAUD (D.) (sous la dir.), *op. cit.*, p. 145 : « *l'équilibre initial de l'opération est préservé par cette référence à la notion d'économie du contrat, reflet de la subjectivisation de la cause, qui conduit ici comme ailleurs à éradiquer les clauses qui sont incompatibles avec l'existence ou la subsistance de l'intérêt du contrat pour la partie qui s'oblige* ». Et pour une première utilisation en jurisprudence, V. Civ. 1^{ère} 6 juill. 1959, *Société des fourrures Renel c/ Allouche*, *Rev. crit. DIP* 1959, p. 708, note H. Battifol.

²⁶³⁷ Il n'est pas possible de se fonder sur l'article L. 132-1 C. consom. dans la mesure où cette disposition ne s'applique pas dans des contrats conclus entre professionnels. Sur ce point, V. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.*, n° 175. V. également *infra*, n° .

contrat »²⁶³⁸ mais vise également à contraindre les parties à rendre effective chacune des contre-prestations et rendre une certaine cohérence à l'ensemble contractuel. Cette sanction condamne donc l'attitude de l'un des contractants ayant engendré un déséquilibre tout en maintenant le contrat et l'obligation qui lui est soumise. Elle protège parallèlement la sécurité juridique de la victime qui conserve tout de même un intérêt à la préservation du lien contractuel. En tant que réprobation de l'attitude abusive d'une partie – la clause litigieuse étant en effet une clause abusive *stricto sensu* – cette nullité partielle dépasse sa mission de simple sanction et a pour ambition de punir le manquement d'un contractant.

La jurisprudence *Chronopost*, reposant sur la faute lourde de l'agent pour écarter le bénéfice de la clause limitative de responsabilité, demeure parfaitement dans cette perspective punitive. Par la prise en considération du comportement critiquable de l'entreprise de messagerie, la Cour de cassation confère à la nullité une empreinte indéniablement répressive, même si aujourd'hui l'expéditeur se trouve quelque peu désarmé face à une lecture étroite de la faute lourde par les juges²⁶³⁹. On s'aperçoit donc par cet exemple que la nullité n'est pas nécessairement la simple constatation de la non réunion des conditions de validité du contrat mais peut développer – même si la nullité n'est que partielle ou relative – une dimension punitive dès lors que cette mesure intervient pour blâmer une indéniable improbité d'un contractant.

§ 2. – La nullité comme punition des auteurs de la formation défectueuse du contrat

1128. De la prise en considération du comportement antérieur du contractant et l'affirmation d'une éthique contractuelle... – DOMAT fut vraisemblablement le premier auteur à affirmer l'indispensable développement d'une éthique au sein des relations contractuelles : « *Que dans les engagements volontaires et mutuels, ceux qui traitent ensemble se doivent la sincérité, pour se faire entendre réciproquement à quoy (sic) ils s'engagent, la fidélité pour l'exécuter, et tout ce que peuvent demander les suites des*

²⁶³⁸ MAZEAUD (D.), « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel (...) », *op. cit.*, p. 144.

²⁶³⁹ V. Com. 13 juin 2006, *JCP* 2006.II.10123, note G. Loiseau ; *D.* 2006, AJ p. 1680, note X. Delpech. Selon la Cour de cassation, la faute lourde « *ne saurait résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur* ». Sur l'affaire *Chronopost*, V. également Com. 22 oct. 1996, *op. cit.* – Com. 9 juill. 2002, *Bull. civ. IV* n° 121 ; *D.* 2002, AJ p. 2329, obs. E. Chevrier et Somm. p. 2836, obs. P. Delebecque ; *D.* 2003, *Jurisp.* p. 457, obs. D. Mazeaud – Ch. Mixte 22 avril 2005, *D.* 2005, *Jurisp.* p. 1864, note J.-P. Tosi ; *RTD civ.* 2005, p. 604, obs. P. Jourdain ; *JCP* 2005.II.10066, note G. Loiseau – Com. 30 mai 2006, *D.* 2006, AJ p. 1599, note X. Delpech et *Jurisp.* p. 2288, note D. Mazeaud.

*engagements où ils sont entrez (sic) »²⁶⁴⁰. Empreint d'une forte morale chrétienne (jansénisme) et percevant l'obligation comme un devoir de conscience auquel chacun est tenu envers autrui²⁶⁴¹, Jean DOMAT proscrit donc toute attitude non conforme à la parole initialement donnée : « *Qu'en toute sorte d'engagements, soit volontaires ou involontaires, il est défendu d'user d'infidélité, de duplicité, de dol, de mauvaise foy (sic), et de toute autre manière de nuire et de faire tort (...) »²⁶⁴².**

Les rédacteurs du Code civil ont suivi ces enseignements et, de manière générale, c'est aujourd'hui l'article 6 du Code civil qui enjoint que le contrat s'établisse sur la base d'une certaine éthique contractuelle²⁶⁴³. Selon cette disposition en effet, « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Pour éviter que ce genre de prescriptions ne reste lettre morte et pour que celles-ci deviennent de réels « *impératifs moraux* »²⁶⁴⁴, DOMAT avait déjà perçu l'utilité de mettre en œuvre, parallèlement, des mécanismes tendant à réprimer les abus ou les infidélités des contractants.

1129. ... à la naissance du droit de punir civil. – En précisant que « *tout engagement n'est licite qu'à proportion qu'il [soit] conforme à l'ordre de la société* »²⁶⁴⁵, DOMAT aspire non seulement à la diffusion des préceptes jusnaturalistes mais également à l'effectivité de ceux-ci. Aussi est-il conduit pour se faire à l'instauration de mesures punitives réprouvant l'attitude contractuellement irrespectueuse des individus : « *ceux qui le [l'ordre de la société] blessent sont illicites et punissables, selon qu'ils y sont opposez (sic) (...) Ainsi les promesses et les conventions qui violent les loix ou les bonnes mœurs n'obligent à rien, qu'aux peines que peuvent mériter ceux qui les ont faites* »²⁶⁴⁶. Par cela, cet auteur établit les bases d'un droit de punir de nature civile et souhaite ainsi garantir l'effet obligatoire du contrat et le respect de la parole donnée.

La nullité constitue bien évidemment la clé de voûte de cet arsenal punitif, que cette sanction affecte intégralement le contrat ou, plus modérément, qu'elle ne l'affecte que de manière

²⁶⁴⁰ DOMAT (J.), *Traité des Loix*, Chap. V, V cité in MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (F.), *op. cit.*, p. 39.

²⁶⁴¹ Sur ce point, V. spéc. GAZZANIGA (J.-L.), *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, 1992, n° 43, pp. 55-56. V. également ATIAS (C.), *Philosophie du droit*, *op. cit.*, n° 24.

²⁶⁴² DOMAT (J.), *op. cit.*, Chap. V, VII.

²⁶⁴³ Sur ce concept, V. déjà *supra*, n° .

²⁶⁴⁴ FLÉCHEUX (G.), « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », *op. cit.*, p. 343.

²⁶⁴⁵ DOMAT (J.), *op. cit.*, Chap. V, X.

²⁶⁴⁶ *Ibid.*

partielle en réputant non écrite telle ou telle clause. L'essentiel ici n'est pas tant en effet la portée de la sanction sur le lien contractuel que le fondement même de cette sanction. Si la nullité n'est que partielle, elle n'en demeure pas moins punitive si elle s'appuie sur la prise en considération du comportement déloyal de l'agent et sur la volonté de réprover ouvertement cette improbité²⁶⁴⁷. Si cette règle est d'une importance toute particulière lors de la détermination du contenu du contrat, c'est-à-dire lors de la fixation de l'engagement contractuel lui-même (B)²⁶⁴⁸, on ne saurait pour autant écarter tout mécanisme punitif lorsqu'est en cause, au préalable, le consentement des parties (A).

A. – Nullité et punition des auteurs de l'altération du consentement

1130. Le consentement peut être altéré par l'abus qu'une partie peut produire à l'encontre d'une personne incapable (1°) ou par les vices qu'un contractant indélicat peut développer (2°).

1°/ Dépassement de l'incapacité de jouissance et répression des abus

1131. La nullité qui suit la violation d'une incapacité de jouissance possède une dimension punitive dans la mesure où elle participe à la réprobation de l'indélicatesse de certains contractants (a) et pallie même parfois les carences du droit pénal (b).

a. La nullité, réprobation de l'indélicatesse du cocontractant

1132. Si, de prime abord, nous avons exclu toute acception punitive des nullités mises en œuvre suite à la violation d'une incapacité de jouissance²⁶⁴⁹, nous ne pouvons pour autant exclure totalement le droit de punir dans ces cas. En effet, il est des situations dans lesquelles la nullité a pour fonction de sanctionner la violation des règles substantielles mais également

²⁶⁴⁷ *Contra*, GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, op. cit., spéc. n^{os} 373 et 374 : « la nullité tire son fondement de l'illicite défini comme la violation de la norme protégeant un droit ou un intérêt. Or, l'illicite est une notion purement objective qui ne se confond ni avec la faute, ni avec le préjudice (...) ; le but de la nullité consiste en un rétablissement de la légalité de l'ordre juridique troublé (...) Ce but objectif de rétablissement de la légalité est indifférent aux circonstances subjectives de faute commise ou de préjudice subi par l'un des contractants ». Cet auteur estime, à tort selon nous, que la responsabilité contractuelle est le seul mécanisme mettant en œuvre une approche subjective du contrat dans laquelle un reproche du comportement fautif d'un contractant peut être formulé. Selon nous, au contraire, ce reproche peut être effectué si la responsabilité contractuelle est en cause mais également lorsque la nullité peut être prononcée. Cette dernière sanction n'est pas simplement un concept objectif mais est souvent imprégnée de considérations subjectives.

²⁶⁴⁸ En ce sens, V. tout spécialement TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 264.

²⁶⁴⁹ V. *supra*, n° .

de mettre en exergue la faute du contractant. Les interdictions précitées issues des articles 450 alinéa 3 et 1125-1 du Code civil souhaitent éviter toute immixtion abusive de personnes ayant un pouvoir décisionnel sur le quotidien de la personne protégée. En interdisant certaines acquisitions ou prérogatives sur certains biens de cette dernière, ces incapacités sont les garants d'une gestion neutre du patrimoine. Dans l'éventualité d'une violation de ces règles, il est possible que des abus soient envisagés, soit en terme d'usage, soit en terme de dilapidation. Dans ce cas, la nullité de la convention intervient au titre de la violation des règles légales et au titre de la punition du comportement indélicat du cocontractant. Ceci démontre l'ambivalence possible de la nullité dans l'éventualité d'une violation d'une incapacité de jouissance ; ambivalence impensable face à une incapacité d'exercice.

b. La nullité, palliatif des carences du droit pénal

1133. Exemple. – La dualité – sanctionnatrice et punitive – de la nullité prononcée à la suite d'une incapacité de jouissance est plus nette encore lorsque nous considérons l'interdiction énoncée à l'article 515-2 C. civ. Selon cette disposition, un pacte civil de solidarité ne peut être conclu « *entre deux personnes dont l'une au moins est engagée dans les liens du mariage* » ou « *entre deux personnes dont l'une au moins est déjà liée par un pacte civil de solidarité* » (C. civ., art. 515-2, 2° et 3°). La nullité encourue en cas de violation de cette règle suit une démarche incontestablement punitive. Le caractère absolu de la nullité encourue²⁶⁵⁰ est une indication de la fonction spécifiquement punitive de cette sanction. En effet, la nullité absolue est traditionnellement présentée comme protégeant intrinsèquement des intérêts généraux²⁶⁵¹, à l'image de la fonction première du droit pénal. Or, s'agissant précisément de la nullité fondée sur l'article 515-2 C. civ., il est clair que cette sanction suit la logique inhérente à l'incrimination présente à l'article 433-20 du Code pénal et prohibant la bigamie.

2°/ Altération du consentement et répression des auteurs du vice

1134. Garantie de l'autonomie de la volonté et punition de l'auteur du vice. – Il peut paraître inopportun de considérer comme une punition la nullité sanctionnant un contrat atteint par un vice du consentement. Cette mesure semble en effet considérer davantage le

²⁶⁵⁰ Pour la détermination du caractère absolu de la nullité, V. spéc. Cons. const. 9 nov. 1999, déc. n° 99-419 DC, JO du 16 nov. 1999.

²⁶⁵¹ V. par exemple, FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *L'acte juridique*, op. cit., n° 326 ; MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 703.

contrat et sa défectuosité que l'acte même ayant généré cette défectuosité ; l'essentiel est de nier toute efficacité à un acte non issu d'une volonté saine²⁶⁵².

Toute dimension punitive est-elle pour autant et nécessairement exclue de cette approche technique liée au degré et à la qualité du consentement. Selon RIPERT, il est nécessaire de dépasser l'analyse de la théorie des vices du consentement à travers le prisme de l'autonomie de la volonté et percevoir la logique poursuivie *effectivement* par le juge dans ces situations. Or, qu'il s'agisse du cas de la volonté trompée par le dol (a) ou de la volonté contrainte par la violence (b), il est constant que « *l'examen du juge porte beaucoup moins sur le consentement de celui qui a été trompé que sur l'acte de celui qui a trompé* »²⁶⁵³. Se référer à l'acte répréhensible plutôt qu'à la faiblesse du consentement conduit donc à penser que la nullité possède en ces domaines un caractère indéniablement punitif ; punition renforcée par l'interconnexion entre les dimensions civile et pénale du dol et de la violence.

a. La volonté trompée par le dol

1135. Le caractère punitif de la nullité relative sanctionnant le dol s'induit naturellement et classiquement des origines communes entre le dol pénal et le dol civil (1). Nous ne pouvons toutefois nous contenter de ce fait pour déterminer l'existence du droit de punir au sein de la nullité pour cause de dol. Encore faut-il mettre en exergue une dimension punitive qui lui soit intrinsèque (2).

1) Confusion originelle entre le droit civil et le droit pénal en matière de dol

1136. *Dolus malus.* – Le droit romain établit le dol, dès le 1^{er} siècle avant notre ère, comme un délit pénal²⁶⁵⁴. Il s'agissait de réprimer le seul *dolus malus* – *i.e.* le mauvais dol – en se concentrant uniquement sur la déloyauté et les tromperies du cocontractant. Il n'était donc pas question de condamner la pratique du *dolus bonus* – *i.e.* le bon dol – consistant en l'exagération de la valeur ou des quantités d'une chose dans un simple souci de profit.

²⁶⁵² V. RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1949, n° 41 : « *violentée ou trompée, la volonté est toujours une volonté, mais elle ne saurait pourtant avoir, à raison de ses défauts, la même valeur qu'une volonté saine* ».

²⁶⁵³ *Ibid.*, n° 47.

²⁶⁵⁴ Le préteur ayant institué, par un de ses édits, le dol serait AQUILIUS GALLUS : « *Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo* » (trad. : « *lorsque des choses seront dites avoir été faites en vertu d'un mauvais dol, s'il n'y a pas d'autre action et si l'affaire paraît juste, je donnerai une action pendant une année utile* »)(*Digeste*, 4, 3, 1, 1).

Comme l'expose un auteur, l'institution du dol s'inscrit hier et aujourd'hui dans la seule répression des manœuvres déloyales sans jamais devoir « *porter atteinte à la simple habileté de celui qui sait se débrouiller dans les affaires* »²⁶⁵⁵. Il ne s'agit donc nullement de brider les talents mercantiles de chacun mais de protéger certaines parties d'une trop lourde infériorité générée par une volonté délibérée et malveillante de leur cocontractant.

1137. Punition de l'intention de nuire. – Le dol est traditionnellement présenté comme « *toute espèce de ruse, de tromperie, de manœuvre employée pour surprendre, abuser, tromper quelqu'un* »²⁶⁵⁶. Suivant les termes employés ici par le *Digeste*, il apparaît clairement que l'intention réprimée dépasse la simple volonté de mettre en œuvre des astuces et des stratagèmes admis dans la vie des affaires. Il s'agit plus précisément de punir la déloyauté manifeste d'un agent, sa malhonnêteté et sa mauvaise foi lors de la conclusion du contrat, bref, la tricherie dont il a fait preuve afin de pousser le contractant à conclure et ce au préjudice de ce dernier²⁶⁵⁷.

Le dol n'est donc qu'une erreur commise par une partie et induite par le comportement du cocontractant. L'erreur *stricto sensu* que nous avons précédemment analysée et qui résulte de l'article 1110 C. civ. s'entend d'une erreur spontanée, c'est-à-dire ayant son origine dans le comportement de la seule victime de ce vice. Il est nécessaire de prendre en considération le comportement déclencheur du vice pour déterminer si celui-ci tient en une erreur ou un dol. Si l'*errans* est l'élément déclencheur, seul le vice de l'article 1110 est applicable, même si le cocontractant exploite cette erreur – et, dès lors, la faiblesse inhérente à cette erreur – pour assurer et promouvoir ses intérêts personnels²⁶⁵⁸. A l'inverse, si le cocontractant de la personne victime d'une erreur est à l'origine même du vice, seul l'article 1116 C. civ. relatif au dol doit être mis en œuvre. L'exploitation de la faiblesse n'est alors plus la conséquence de l'erreur initiale mais le fondement même de la mise en œuvre de cette erreur. L'erreur est donc écartée par la révélation de l'intention malveillante du cocontractant et laisse place au concept de dol. De ce déplacement, il est possible d'en déduire une modification de la nature

²⁶⁵⁵ GAZZANIGA (J.-L.), *op. cit.*, n° 119. V. également MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 521, p. 258 qui estiment que « *la tromperie (sic) commerciale est, sauf manœuvres caractérisées, un dolus bonus* ».

²⁶⁵⁶ *Digeste*, 4, 3, 1, 2.

²⁶⁵⁷ En ce sens, V. spéc. Colmar 30 janv. 1970, *D.* 1970, p. 297, note Alfordari ; *JCP* 1971.II.16609, note Loussouarn ; *Deffrénois* 1971, art. 29914, n° 66, obs. J.-L. Aubert.

²⁶⁵⁸ En ce sens, V. GHESTIN (J.), « La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles », *D.* 1971, chron. p. 249. L'auteur renvoie notamment à l'étude précitée de G. RIPERT (*La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, n° 44, p. 82).

même de la nullité. Puisque le droit de punir était expressément exclu de l'erreur, n'est-il pas possible en cas de dol de croire en une intégration de celui-ci ? Une réponse affirmative peut être apportée au regard de la mise en perspective d'un recoupement du droit civil et du droit pénal en matière de répression de l'intention de nuire, c'est-à-dire du dol ; recoupement confortant inévitablement sa nature punitive.

1138. Recoupement entre le droit civil et le droit pénal. – Au vu de l'aspect historique précité, la frontière entre le dol civil et le dol pénal est irrémédiablement « *enveloppée de brouillards* »²⁶⁵⁹. De nombreux recoupements s'établissent effectivement entre eux conduisant à une perception délicate de leur différence. Que nous nous placions dans le cadre pénal ou dans le cadre civil, c'est la faute personnelle d'un agent qui est réprimée. Constitutif de manœuvres déloyales en vue de tromper la personne pour l'inciter à contracter, le dol-vice du consentement renvoie à l'intention de nuire propre au droit pénal et présente à l'alinéa 1^{er} de l'article 121-3 du Code pénal. De manière plus précise, et comme cela a déjà été remarqué²⁶⁶⁰, le dol de l'article 1116 du Code civil possède de nombreuses similitudes avec le délit d'escroquerie. Sans revenir exagérément sur ce point, précisons simplement que ce rapprochement induit nécessairement une approche punitive de la nullité pour cause de dol.

S'agissant précisément de la nullité, et au delà de la parenté classique avec l'escroquerie²⁶⁶¹, le dol civil empreinte une technique strictement pénale : la personnalité des peines. Ainsi, et comme l'expose MM. les Pr. TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, « *l'annulation pour dol est (...) une peine qui ne doit frapper que celui qui en est personnellement responsable* »²⁶⁶². Afin que la nullité pour dol puisse être valablement prononcée, l'article 1116 C. civ. nous enseigne que le cocontractant – ou son représentant²⁶⁶³ – doit seul être à l'origine du vice. Mais cette exigence

²⁶⁵⁹ PLANIOL (M.), « Dol civil et dol criminel », *Rev. crit. législ. et jurisp.* 1893, p. 547 cité in OTTENHOF (R.), *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, Paris, L.G.D.J., 1970, n° 38.

²⁶⁶⁰ Sur la relation entre dol civil et escroquerie, V. spéc. OTTENHOF (R.), *op. cit.*, n°s 43 et ss. où l'auteur précise notamment que l'escroquerie est une « *infraction contre la liberté du consentement* » (n° 44). Egalement CARBONNIER (J.), *Droit civil*, t. 4, *op. cit.*, n° 42, p. 101.

²⁶⁶¹ Pour d'autres rapprochements, V. TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 231, p. 235, en note.

²⁶⁶² TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 235, p. 241. Egalement RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, n° 47 : « *Le caractère pénal de l'action en nullité pour dol apparaît d'ailleurs clairement dans l'organisation technique de l'action. Le dol n'est une cause de nullité que s'il émane du contractant (...)* Si le dol émane du contractant, il ne s'agit plus alors seulement de protéger, mais aussi de punir » ; MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 513 : le dol « *est une peine, qui ne doit pas être supportée par le cocontractant innocent* » ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 215, p. 157 : « *une peine doit être personnelle* ».

²⁶⁶³ Civ. 3^{ème} 29 avril. 1998, *Bull. civ. III* n° 87 ; *RTD civ.* 1998, p. 930, obs. Gautier ; *RTD civ.* 1999, p. 89, obs. J. Mestre.

relative à l'origine "cocontractuelle" du dol conduit-elle à admettre que les manœuvres dolosives demeurent impunies lorsqu'elles émanent d'un tiers et non du cocontractant ? La réponse doit être nuancée. Si la nullité ne s'applique effectivement pas à ce cas-là, des dommages et intérêts peuvent toutefois être prononcés. Les manœuvres déloyales du tiers, non constitutives d'un dol *stricto sensu*, n'en demeurent pas moins réprimées par ce biais-là. Or, si le prononcé possible de dommages et intérêts en cas de dol se rapporte au caractère délictuel et à l'héritage pénal de ce vice du consentement, il induit également une progressive autonomie du droit civil dans la détermination de la nature punitive du dol. Comme l'exprimait le Doyen CARBONNIER, si, sur ce point précis du dol, « *le droit pénal éclaire le droit civil, [il] ne le limite pas* »²⁶⁶⁴.

2) Dimension punitive propre au droit civil en matière de dol

1139. S'il est vrai que le dol fut intégré – et intègre toujours implicitement – le champ pénal, nous pouvons quelque peu rompre avec cette dépendance et afficher sa dimension punitive par des éléments qui lui sont plus exclusifs. Ce caractère punitif, établi par la répression de l'intention de nuire, peut en effet être relevé par certaines caractéristiques propres du droit et du dol civils sans référence explicite au droit pénal. En est-il ainsi de l'incidence de la provocation à l'erreur (α), de la réparation du dommage éventuel (β) ou encore de la répression de l'abstention au titre du dol (γ).

α) Incidence de la provocation : vers une nullité généralisée

1140. Erreur déterminante et nullité punitive. – La provocation émanant des manœuvres dolosives ne peut donner lieu à nullité qu'à la stricte condition que ce dol ait déterminé la conclusion du contrat, c'est-à-dire qu'il en ait été la raison principale. L'article 1116 C. civ. précise en effet, que « *sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté* »²⁶⁶⁵. L'erreur provoquée par le dol doit être déterminante dans la conclusion du contrat.

Néanmoins, ce caractère déterminant – ou principal – du dol n'induit pas nécessairement que la victime ait été induite en erreur sur la substance même de la chose, sur ses qualités

²⁶⁶⁴ CARBONNIER (J.), *Droit civil*, t. 4, *op. cit.*, n° 42, p. 101.

²⁶⁶⁵ En cas de dol incident, c'est-à-dire non déterminant vis-à-vis de la volonté contractuelle, seuls des dommages et intérêts peuvent être prononcés. Pour une remise en cause de cette distinction et la revendication d'une possible nullité en cas de dol incident, V. FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 214 et surtout Civ. 3^{ème} 22 juin 2005, *Bull. civ. III* n° 137 ; *Petites affiches* 24 janv. 2006, n° 17, p. 9, note J. Théron (V. *infra*, même numéro).

substantielles. Contrairement au régime juridique de l'erreur *stricto sensu*, en matière de dol, une méprise sur la valeur ou sur des motifs étrangers à l'objet du contrat peuvent justifier la sanction du contrat par la nullité²⁶⁶⁶. En élargissant les possibilités d'annulation du lien contractuel aux qualités non substantielles mais déterminantes, les juges ont souhaité spécifier encore davantage le dol par rapport à l'erreur et démontrer qu'il est davantage question ici de réprimer l'auteur d'un dévoiement d'un consentement en vue de l'incitation à la conclusion du contrat plutôt que de sanctionner l'inexacte manifestation d'une volonté²⁶⁶⁷. On retombe alors ici sur la distinction entre la nullité simplement sanctionnatrice – puisque fondée uniquement sur l'imperfection du consentement – en cas d'erreur et la nullité expressément punitive – puisque s'attachant à la malveillance explicite du cocontractant – en cas de dol principal. Ce point est aujourd'hui accentué par la troisième chambre civile de la Cour de cassation qui, par un arrêt du 22 juin 2005, admet une action en nullité suite à un dol incident²⁶⁶⁸.

1141. Erreur déterminante et dol incident. – Alors même que la personne aurait contracté en l'absence de manœuvres dolosives – certes à des conditions plus avantageuses pour elle – la Haute juridiction consent la nullité au contractant victime²⁶⁶⁹. Comment traduire cette évolution jurisprudentielle ? On peut tout d'abord y voir une modification de la perception du dol incident. Aujourd'hui, une partie de la doctrine estime qu'un dol incident peut être à l'origine d'une erreur déterminante conformément à l'article 1116 C. civ. dans la mesure où les manœuvres dolosives ont déterminé un certain consentement qui eût été différent en leur absence²⁶⁷⁰. Mais cette interprétation n'a que peu de pertinence et s'appuie sur une confusion.

²⁶⁶⁶ Com. 19 déc. 1961, *Bull. civ. III* n° 492 ; D. 1962, p. 240 – Civ. 1^{ère} 13 févr. 1967, *Bull. civ. I* n° 58 ; D. 1967, *Somm.* p. 74. – Civ. 3^{ème} 2 oct. 1974, *Bull. civ. III* n° 330 ; D. 1974, IR p. 168 – Civ. 3^{ème} 1^{er} mars 1977, D. 1978, p. 91, note Ch. Larroumet – Soc. 5 oct. 1994, D. 1995, p. 282, note Ph. Mozas ; *RTD civ.* 1995, p. 94, obs. J. Mestre et p. 146, obs. Gautier – Paris 22 janv. 1953, D. 1953, p. 136 ; *Gaz. Pal.* 1953.1.137 ; *JCP* 1953.II.7435, note J. M. – Paris 15 janv. 1987, D. 1987, IR p. 28. Sur ce point précis, V. GHESTIN (J.), « La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles », *op. cit.*, spéc. n° 12.

²⁶⁶⁷ En ce sens, V. spéc. FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 211, p. 152 : « *le but poursuivi [par la nullité pour dol] est de sanctionner un fautive – la volonté de tromper –, plus que d'analyser les qualités d'une volonté* ».

²⁶⁶⁸ Civ. 3^{ème} 22 juin 2005, *op. cit.* Egalement Civ. 3^{ème} 6 juill. 2005 (inédit) . Et déjà, Civ. 1^{ère} 22 déc. 1954, D. 1955, p. 254.

²⁶⁶⁹ En l'espèce, une société a conclu une promesse de vente portant sur un immeuble et demande la nullité de cet acte pour réticence dolosive ; la société vendeuse a en effet dissimulé certains éléments qui auraient permis à la société acheteuse de faire l'acquisition de l'immeuble à un prix inférieur. Il s'agit donc véritablement d'un dol incident puisque la conclusion du contrat aurait eu lieu quoi qu'il en soit.

²⁶⁷⁰ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 214 ; GHESTIN (J.), « Note sous Com. 14 mars 1972 », D. 1972, p. 653 ; THÉRON (J.), « Note sous Civ. 3^{ème} 22 juin 2005 », *Petites affiches* 24 janv. 2006, n° 17, spéc. p. 11.

En effet, selon cette thèse, ce que le dol a déterminé est le consentement, non la conclusion même du contrat. Aussi est-il bien illusoire de croire à ce que le dol incident soit créateur d'une erreur déterminante dans la mesure où l'article 1116 C. civ. dispose précisément de la conclusion du contrat et non de ces conditions liées à la variation de la volonté du contractant. Ce qui importe pour le législateur est l'acte consistant en la conclusion du contrat, non la teneur même de cette conclusion. Si le dol – principal – est un vice du consentement ce n'est qu'en rapport à la finalité de ce dernier, à savoir l'acte contractuel effectif. De plus, estimer que le dol incident peut être source de nullité suite au caractère déterminant de l'erreur qu'il a engendré revient à assimiler dol incident et dol principal. C'est donc un non-sens selon nous, si l'on suit cette interprétation, de conserver le concept de dol incident. Si le dol génère une erreur déterminante, il est tout sauf incident.

1142. Dol incident et nullité punitive. – Dans la mesure où la première interprétation conduit à la négation de la spécificité des dols principal et incident – distinction que nous considérons cardinale – il est préférable d'avancer une autre lecture de l'arrêt du 22 juin 2005. Si, selon nous, le dol incident peut aujourd'hui donner lieu à l'annulation du contrat, ce n'est point au vu du caractère déterminant de l'erreur²⁶⁷¹, mais plutôt au vu de l'attitude répréhensible (réticence dolosive) du cocontractant sur des éléments conventionnels déterminants. Le dol reste incident et ne détermine pas la partie à contracter. Elle détermine simplement le consentement sur des points essentiels – que la Cour de cassation nomme maladroitement « *déterminants* » – ce qui est très différent. Ne perdons pas de vue que le dol principal se comprend dans le choix établi entre contracter ou ne pas contracter, le dol incident dans celui de contracter à telles conditions ou à telles autres moins avantageuses ; l'erreur déterminante n'intervenant qu'au regard du premier dol. Nulle référence à l'article 1116 C. civ. ne doit donc être faite s'il est question d'un dol incident puisque le dol prévu par cette disposition ne peut être que déterminant donc principal.

1143. Quel est donc le fondement de la nullité prononcée à la suite du dol incident et confirmée par la troisième chambre civile ? La réponse peut être apportée en recourant au concept de droit de punir. Si l'on réserve l'article 1116 C. civ. au seul cas où un dol principal est prouvé, il faut admettre que la Cour de cassation, dans l'espèce précitée, a statué *contra*

²⁶⁷¹ Précisons d'ailleurs que la troisième chambre civile dans son arrêt de 2005 ne traite pas d'une quelconque erreur déterminante mais d'éléments conventionnels déterminants, ce qui est très différent dans la compréhension que l'on doit avoir du terme *déterminant*.

legem. La raison en est que les juges admettent aujourd'hui difficilement que l'allocation de dommages et intérêts soit suffisante pour garantir la dimension punitive devant être inhérente à la réaction sociale en cas de dol *lato sensu*, c'est-à-dire en cas de malhonnêteté manifeste d'un contractant. Face à cette insuffisance, les juges intègrent donc la logique du dol principal tenant précisément à l'existence de la nullité possédant les traits de la punition²⁶⁷².

Mais là doit s'arrêter la comparaison ; le dol incident n'ayant, par nature, rien de déterminant quant à la conclusion même du contrat. Ainsi, sans recourir au concept de droit de punir, aucune explication rationnelle ne peut semble-t-il être apportée. Mais faire appel à ce concept pour étendre l'article 1116 C. civ. à une situation non prévue par cette disposition ne revient-il pas à ériger le droit de punir en un principe général du droit civil ?

1144. Droit de punir : principe fondamental du droit civil et source de moralisation. – En sanctionnant le dol par la nullité, le législateur a souhaité réprimer l'attitude malveillante d'un contractant n'ayant d'autre objectif que de dévoyer le consentement de la personne en vue de la pousser à contracter. Cette lecture conduit naturellement à présenter la nullité comme la sanction du consentement vicié. Pourtant, on ne peut cantonner la nullité à cette seule lecture dans la mesure où le consentement est double (consentement en vue de contracter et consentement sur les termes du contrat). Devant cette obscurité sémantique, il est indispensable de percevoir la nullité pour dol non plus seulement comme une sanction d'un vice du consentement mais comme une réelle punition, intégrée dans l'ensemble du processus contractuel. On veut punir toute déloyauté du cocontractant, que celle-ci ait déterminé la conclusion même du contrat ou simplement certaines conditions de ce dernier. Puisque ce mécanisme punitif ne peut prendre corps dans l'article 1116 C. civ., il est nécessaire de se fonder sur un principe général permettant d'accepter ce que la loi ne mentionne pas. Ce principe fondamental constituant le fondement de la solution peut être recherché dans *la volonté de punir celui qui, par son improbité, accule une partie à contracter et à subir une relation conventionnelle désavantageuse*.

En anéantissant le contrat vicié par un dol incident sur le fondement de ce principe, la Cour de cassation privilégie ici la justice contractuelle sur la sécurité juridique, ce qui n'est pas sans démontrer la volonté moralisatrice des juges en cette matière. La tolérance envers

²⁶⁷² V. *supra*, n° .

l'indélicatesse des cocontractants s'amenuise²⁶⁷³ et la nullité apparaît progressivement comme l'outil indispensable de l'arsenal tant répressif que moralisateur du droit des contrats. Est-ce à dire alors que la simple allocation de dommages-intérêts en cas de dol écarte toute logique punitive ? En aucune façon ; le processus de réparation suppose la malveillance d'autrui et ne saurait, dès lors, occulter sa dimension punitive et moralisatrice. Ainsi, même sans passer par l'extension jurisprudentielle de la nullité pour dol, le caractère punitif de la sanction pour dol incident pouvait encore être relevé grâce au prononcé de dommages-intérêts. L'opposition réparation/répression ne semble-t-elle pas alors, elle aussi, en voie d'amenuisement ?

β) Réparation du dommage éventuel

1145. Réparation et répression, une opposition incontestable ? – Que l'on soit face à une erreur provoquée par le "dol" d'un tiers²⁶⁷⁴, un dol incident ou un dol principal, l'allocation de dommages-intérêts demeure une constante. Etant nécessairement constitutif d'une faute, le dol entraîne la responsabilité délictuelle du cocontractant. Hormis le rapprochement naturel que l'on peut ici effectuer entre la responsabilité civile délictuelle et la responsabilité pénale²⁶⁷⁵, la nature punitive de la sanction du dol n'apparaît pas de prime abord évidente par ce biais-là. Mais par le mécanisme rétributif inhérent à la réparation, on ne peut manquer de constater qu'une répression peut, insidieusement, se mettre en place. Nous y reviendrons²⁶⁷⁶.

γ) Répression de la réticence dolosive

1146. Généralisation de la répression civile du dol et restauration émergente du droit pénal. – Le dol s'entend aujourd'hui de la tromperie générée par un acte positif (manœuvres, mensonge) ou une abstention (silence gardé de mauvaise foi)²⁶⁷⁷. Dans ce dernier cas on parle

²⁶⁷³ Cette tendance semble aller à l'encontre de la préconisation du Pr. J. GHESTIN pour qui il serait sage « afin d'éviter une excessive déformation de la notion de dol, de ne faire application de l'art. 1116 qu'en présence d'une faute intentionnelle suffisamment caractérisée » (« La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles », *op. cit.*, n° 21 *in fine*).

²⁶⁷⁴ Hypothèse exclue de l'article 1116 C. civ.

²⁶⁷⁵ Selon le Pr. R. OTTENHOF, il « n'existe pas entre le dol civil et le dol criminel une différence de nature, mais plutôt une différence de degré » (*Le droit pénal et la formation du contrat civil*, *op. cit.*, n° 39, p. 45). V. également BRUN (P.), *op. cit.*, n° 57 : « la délimitation des fonctions respectives des deux responsabilités [civile et pénale] tend à s'estomper, si tant est d'ailleurs que celles-ci aient jamais pu être opposées totalement ».

²⁶⁷⁶ Le concept de réparation irrigue l'ensemble de notre second chapitre. C'est pourquoi nous préférons renvoyer le lecteur à nos développements ultérieurs.

²⁶⁷⁷ Sur ce point, V. FABRE (Y.), *Essai sur la nature juridique du dol dans la formation des contrats*, thèse, Toulouse, 1941, spéc. n° 40, p. 55 ; BONASSIES (P.), *Le dol dans la conclusion des contrats*, thèse, Lille, 1955, spéc. pp. 505-506 ; GHESTIN (J.), « La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles », *op. cit.*, spéc. n° 1 et n°s 13 à 15.

alors de *réticence dolosive*. Celui qui se tait volontairement, alors que pèse sur lui une obligation, dans le but exclusif d'induire en erreur l'autre partie et de la déterminer à contracter commet un dol au sens de l'article 1116 C. civ.²⁶⁷⁸. La réticence s'inscrit donc dans la logique du dol principal ; si la victime avait eu connaissance du fait, elle n'aurait point consenti à la conclusion du contrat. Mais la réticence intègre également le dol incident. L'arrêt précité du 22 juin 2005 de la troisième chambre civile de la Cour de cassation estime en effet que la réticence dolosive constitutive d'un dol incident entraîne la nullité du contrat.

Au vu de ce qui précède, on remarque donc aujourd'hui que l'ensemble des comportements déloyaux d'un contractant (dol principal ou incident, comportement actif ou abstention) passent sous les fourches Caudines des sanctions du dol²⁶⁷⁹. La répression en cette matière paraît intégrale et peut, dès lors, s'avérer suffisante pour garantir une moralisation satisfaisante du droit des contrats. Ainsi, il nous est possible aujourd'hui d'espérer que le « *glissement du contentieux civil vers les juridictions pénales en matière de répression du dol* »²⁶⁸⁰ que semblait constater le Pr. OTTENHOF dans sa thèse, soit progressivement stoppé. Si le droit des contrats manifeste encore davantage son engagement dans une perspective punitive en matière de vice du consentement – comme a pu le prouver la troisième chambre civile – nous pouvons croire en une redistribution des litiges et une restauration future de l'acceptation traditionnelle du droit pénal. La complémentarité des répressions civile et pénale fondée sur l'intensité des atteintes portées au cocontractant permettrait effectivement de rationaliser les interventions de chacune des deux répressions. Cette réflexion relative aux sanctions du dol est davantage justifiée s'agissant des sanctions du vice de violence « *dont la coloration pénale est encore plus manifeste* »²⁶⁸¹.

²⁶⁷⁸ V. par exemple, Civ. 3^{ème} 15 janv. 1971, *Bull. civ. III* n° 38 ; *RTD civ.* 1971, p. 839, obs. Loussouarn ; Com. 13 mai 2003, *Bull. civ. I* n° 114 ; *D.* 2004, p. 262, note E. Mazuyer ; *RTD civ.* 2003, p. 700, obs. J. Mestre et B. Fages. V. également RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., n° 48, p. 89 : « *la réticence devient coupable, si l'une des parties a l'obligation de conscience de parler sous peine d'abuser de l'ignorance de l'autre* » ; FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 1992. Dans une perspective davantage pénale, V. OTTENHOF (R.), op. cit., n°s 57 à 59. Également VALOTEAU (A.), *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006.

²⁶⁷⁹ Sur cette extension du concept de dol, on peut se reporter à cette réflexion de G. RIPERT qui présageait déjà l'avenir de cette notion : la jurisprudence a « *étendu autant que possible l'idée de dol pour atteindre le silence coupable de l'un des contractants* » (*La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., n° 48, p. 90 ; c'est nous qui soulignons).

²⁶⁸⁰ OTTENHOF (R.), *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, op. cit., n° 59, p. 61.

²⁶⁸¹ *Ibid.*

b. La volonté imposée par la violence

1147. La détermination du caractère punitif de la nullité pour cause de violence semble plus facilement accessible dans la mesure où il est question dans cette hypothèse de l'exercice d'une contrainte explicite²⁶⁸² par une personne, partie ou non à la convention. Ceci nous écarte donc sensiblement de la dimension strictement contractuelle de la relation (2) qui se trouve alors imposée par cet individu violent ou, plus modérément, menaçant (1).

1) *Imposition de la relation contractuelle*

1148. Violence, une action humaine imputable et coupable²⁶⁸³. – Plus encore que le dol, la violence exprime la malveillance du contractant. Même si la violence dont il est question ici s'apparente davantage à une crainte d'un « *mal considérable et présent* », la terminologie consacrée par le législateur à l'article 1109 C. civ. – consentement extorqué par violence – indique clairement l'intensité de l'action humaine sous-jacente à cette crainte suscitée. Quelle que soit la forme que revêt la violence, elle ne peut qu'émaner d'un comportement humain destiné à produire une crainte substantielle chez une partie pour l'obliger à contracter.

La force physique tournée vers ce dessein s'inscrit naturellement dans cette hypothèse. Mais il en est de même de la contrainte ou de la violence morale. Les actes de pressions psychologiques contraignant une personne à conclure un contrat à des conditions désavantageuses relèvent de l'article 1112 du Code civil. Un doute a pu naître toutefois au sujet de la contrainte dite "économique". On s'est interrogé en effet sur l'existence ou non d'une action humaine coupable dans cette situation.

1149. Contrainte économique, une action humaine imputable et coupable ? – On a pu avancer, à juste titre, qu'aujourd'hui « *l'inégalité économique est consubstantielle au marché* »²⁶⁸⁴ et que *mutatis mutandis* une obligation plus ou moins intense de contracter se fait ressentir suivant les divers domaines où se trouvent les contractants. Un rapport dominant-dominé s'effectuerait inéluctablement dans nos sociétés modernes où, dès lors, la violence

²⁶⁸² Cette contrainte peut relever d'un acte positif ou d'une abstention. En ce sens, V. Cass. req. 19 juin 1877, *S.* 1978.1.271 ; *D.* 1979.1.22. Également DEMOGUE (R.), « De la violence comme vice du consentement », *RTD civ.* 1914, n° 15.

²⁶⁸³ Qu'il nous soit permis ici, par cette formule, de rendre hommage à la thèse de M. le Doyen A.-Ch. DANA.

²⁶⁸⁴ EDELMAN (B.), « De la liberté et de la violence économique », *D.* 2001, chron. p. 2316, n° 5. Également CHAZAL (J.-P.), « La contrainte économique : violence ou lésion ? », *D.* 2000, *Jurisp.* p. 881, n° 5 : « *A moins de vivre en autarcie, il est impossible de ne pas contracter avec plus puissant que soi* ». Et, plus généralement, RIPERT (G.), *op. cit.*, spéc. n° 46.

serait omniprésente. Cette lecture de la relation entre dépendance et domination économiques reste exacte, les besoins sociaux conduisant à la conclusion obligatoire de conventions diverses. Toutefois, on ne saurait souscrire à la prégnance sociale de la violence. Ces situations correspondent certes à une forme de contrainte sociale ; pour autant, nulle véritable violence ne semble systématiquement émerger. La violence telle qu'envisagée par le Code civil s'entend exclusivement d'une violence créée par l'homme ou exploitée par lui. Aussi, en matière de contrainte économique, nous devons davantage parler d'une violence exercée par les personnes dominantes économiquement sur des personnes alors abusées dans leur état de faiblesse. Certains contractants abusent de leur force, de leur toute-puissance économique pour astreindre des personnes à la conclusion de contrats aux conditions désavantageuses pour elles. La violence économique – qui n'est *in fine* qu'une violence morale exercée dans une relation économique²⁶⁸⁵ – n'existe qu'à travers l'*abus de puissance économique* que des personnes économiquement fortes infligent à un groupe économiquement faible. Il y a anormalité dans l'usage de sa supériorité économique²⁶⁸⁶.

Le débat relatif à l'état de nécessité comme possible source de nullité du contrat est donc totalement inutile. Les circonstances factuelles de dépendance – économique ou matérielle²⁶⁸⁷ – ne peuvent à elles seules justifier l'anéantissement de la convention. Il faut nécessairement se rapporter à un agissement coupable d'origine humaine, ou à tout le moins personnelle si l'on admet qu'une personne morale puisse être à l'origine d'une violence²⁶⁸⁸. C'est pourquoi, s'il est vrai que désormais « *on ne peut plus dire qu'en droit positif la contrainte économique ne constitue pas un vice de violence de nature à entraîner l'annulation du contrat* »²⁶⁸⁹, on ne saurait se contenter de ce seul déséquilibre de puissance économique pour fonder cette annulation. Si la dépendance est une condition préalable de la violence, celle-ci ne peut être constituée – conformément à l'article 1112 C. civ. – qu'après démonstration d'un acte

²⁶⁸⁵ En ce sens, V. NOURISSAT (C.), « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? », *D.* 2000, chron. p. 372, spéc. n° 11 *in fine* ; CHAZAL (J.-P.), *op. cit.*, p. 880, n° 2 : « *l'état de nécessité et de dépendance économique est équipollent à une violence morale constitutive d'un vice du consentement* » (citant CA Aix-en-Provence 19 févr. 1988).

²⁶⁸⁶ En ce sens, V. DEMOGUE (R.), « De la violence comme vice du consentement », *op. cit.*, n° 14, p. 449 : la violence vise « *toute pression anormale et injuste qui s'exerce sur la volonté d'autrui pour l'amener à passer un acte* ».

²⁶⁸⁷ La situation de dépendance matérielle rejoint l'exemple topique du navire à la dérive pouvant obtenir l'aide d'un autre bâtiment à la condition que l'équipage de ce dernier obtienne la totalité de la cargaison du navire en détresse. Aujourd'hui, force est de reconnaître que la détresse s'entend principalement d'une détresse économique.

²⁶⁸⁸ NOURISSAT (C.), *op. cit.*, n° 6.

²⁶⁸⁹ CHAZAL (J.-P.), *op. cit.*, n° 4.

émanant précisément d'une personne et du caractère abusif de celui-ci²⁶⁹⁰. S'il ne s'agit pas d'une contrainte en vue de la conclusion du contrat, il s'agit à tout le moins d'une exploitation illégitime de la position d'infériorité ou de faiblesse momentanée. La malhonnêteté n'en reste pas moins prégnante dans ce cas, de sorte que le droit de punir, intrinsèquement lié à l'exigence de moralisation du droit des contrats, imprègne nécessairement la nullité alors prononcée pour violence. Ce n'est donc plus « *la simple altération de la volonté qui est sanctionnée, mais l'injustice résultant d'une exploitation immorale d'un état d'infériorité* »²⁶⁹¹. A ce stade, nous est-il encore possible de parler d'altération ? N'y a-t-il pas plus franchement une abolition du consentement, confirmant ainsi l'acceptation punitive de la sanction de nullité ?

1150. Violence et impossible consentement. – La répression en droit positif du vice de violence repose sur une ambiguïté. On avance traditionnellement que la violence est une atteinte au consentement dans son élément de liberté²⁶⁹². Si nous souscrivons à une telle lecture, nous rejetons toutefois le maintien de la violence au titre d'une altération du consentement et de la liberté contractuelle de l'individu. Dès lors que s'exerce une contrainte « *de nature à faire impression sur une personne raisonnable* », il ne peut y avoir une quelconque acceptation en matière de violence²⁶⁹³. On ne peut raisonnablement avancer que l'on consente à se voir imposer une relation contractuelle dont on n'a point négocié ni souhaité les termes ou le principe même. On subit une telle relation et il apparaît dès lors illusoire de se dissimuler derrière l'adage *Coacta voluntas, tamen voluntas*²⁶⁹⁴ pour considérer

²⁶⁹⁰ En ce sens, V. FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *L'acte juridique*, op. cit., n° 224. Pour un exemple de rejet de la sanction pour absence d'abus de la part du cocontractant, V. Civ. 1^{ère} 24 mai 1989, *Bull. civ. I* n° 212. Pour une acceptation suite à la reconnaissance d'une exploitation abusive par un contractant, V. Civ. 1^{ère} 3 avril 2002, *D.* 2002, p. 1860, note J.-P. Gridel et p. 1862, note J.-P. Chazal.

²⁶⁹¹ MONTELS (B.), « La violence économique, illustration du conflit en droit commun des contrats et droit de la concurrence », *RTD com.* 2002, p. 417.

²⁶⁹² FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *L'acte juridique*, op. cit., n° 216, p. 157.

²⁶⁹³ *Contra*, FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *L'acte juridique*, op. cit., n° 216, p. 158. Sur la délicate distinction entre consentement et volonté, V. l'ambiguïté qui semble également imprégner les propos de R. DEMOGUE, qui reprend par ailleurs l'idée de liberté : « *Lorsqu'une personne a exprimé son assentiment à un acte juridique par des paroles ou une signature, si ce consentement ne correspond pas à sa volonté, parce qu'en réalité elle avait perdu toute liberté d'esprit, ou toute liberté matérielle d'agir autrement, il n'y a pas d'acte juridique, l'acte est inexistant* » (« De la violence comme vice du consentement », op. cit., n° 1, p. 435). Plus loin, l'auteur précise toutefois : « *Que l'absence complète de volonté vienne de la violence matérielle ou de toute autre cause (...), il n'y a pas de volonté, il n'y a pas d'acte juridique* ».

²⁶⁹⁴ Trad. : « *Un consentement forcé demeure un consentement* » (CORNU (G.) (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., V. Maximes et adages – *Coacta voluntas...*). Egalement *Dig.* 4, 2, 1, 21, 5. *Contra*, V. TREILLARD (J.), « La violence comme vice du consentement en droit comparé », *Mélanges Laborde-Lacoste*, Bordeaux, éd. Bière, 1963, p. 420 citant Loysel : « *force n'est pas droit* ».

encore la violence ou la crainte suscitée par elle comme un *vice* du consentement. Il s'agit bien davantage d'une *abolition* du consentement.

Cette analyse nous conforte dans notre démonstration du caractère punitif de la nullité pour violence. Dans cette hypothèse, nous nous situons dans une pure relation humaine dont la forte crispation élude la dimension contractuelle. L'acte de contrainte prévaut sur le déséquilibre inhérent à la conclusion forcée du contrat. Celui-ci devient le simple cadre d'exercice de la violence et l'inégalité perceptible en son sein ne constitue pas le fondement véritable de la nullité. On réprime avant tout le comportement "violent" plus que l'instabilité contractuelle. L'environnement conventionnel n'est, bien évidemment, pas absent ici de la considération répressive puisque la punition infligée s'appuie précisément sur le fait que le contractant violent fait part d'une grande hostilité non seulement envers l'autre partie mais, plus largement, envers la relation contractuelle elle-même, qu'il entend nier.

2) *Négation de la relation contractuelle*

1151. Violence et hostilité envers l'idée de contrat. – La violence exprimée par une personne à l'occasion d'un rapport contractuel doit être réprimée dans la mesure où cet acte traduit l'aversion que nourrit celle-ci à l'encontre de l'idée même de contrat. Le cocontractant violent se trouve dès lors dans une démarche contradictoire consistant à vouloir conclure une convention en vue d'un échange tout en imposant au départ cette conclusion²⁶⁹⁵. Or, on ne peut d'une part oublier qu'un échange ne peut s'entendre que dans une perspective pleinement volontariste et, d'autre part, que la violence reste précisément exclusive de toute idée d'échange. Même si l'on peut aujourd'hui penser que le contrat ne se situe plus dans « *l'échange de consentement mais dans l'échange de valeur* »²⁶⁹⁶, on ne peut occulter le fait essentiel selon lequel tout échange induit nécessairement une part de liberté, sauf à prôner la "mécanisation" des relations humaines.

Or, nous nous trouvons exactement dans un telle perspective lorsqu'une personne use de violence. Dans cette hypothèse, cette personne aliène la liberté d'un contractant et l'enferme dans des obligations artificielles. Ce dernier n'a rien voulu, n'a rien consenti, il n'a fait que subir la conclusion du contrat auquel il est resté – et doit rester – étranger. Dès la conclusion, la victime a pleine conscience de son désavantage mais ne peut y échapper à moins de subir

²⁶⁹⁵ S'agissant du tiers, cela ne change rien puisque dans tous les cas il y a rejet de la logique contractuelle.

²⁶⁹⁶ EDELMAN (B.), *op. cit.*, n° 3.

un mal plus grand. Il n'est plus question de fourberie ou de déloyauté envers un contractant, mais bien plus largement d'hostilité envers une personne et de la négation même de son statut de cocontractant. Cet acte d'échange que constitue le contrat est alors totalement écarté. En usant de violence, le contractant ou le tiers désire ouvertement se détacher de toute relation contractuelle ou en rejeter la logique. L'idée même de contrat est, sinon étrangère, du moins lointaine à la personne "violente" dans la perspective purement individualiste qu'elle a décidée de mettre en œuvre.

Mais si le contrat est à ce point mis à l'écart, n'y a-t-il pas là un indice quant à une modification de la nature même de la nullité alors prononcée en cas de violence ? Peut-on penser que cette sanction vise non plus seulement à moraliser les relations contractuelles mais à moraliser les rapports humains eux-mêmes, conduisant ainsi à une renaissance de l'idée de *metus*, délit pénal de l'ancien droit romain ?

1152. Violence et hostilité des rapports humains : l'ombre de la rationalité pénale. – Si, comme l'exprimait R. DEMOGUE, « *ce que l'on atteint dans l'acte violent ou anormal (...), c'est moins la violence (que tout droit contient en germe) que le résultat injuste, antisocial poursuivi* »²⁶⁹⁷, il est clair que la nullité pour vice de violence aspire davantage à une moralisation des rapports humains qu'à un assainissement des relations contractuelles. Comme ce fut le cas pour la *metus* en droit romain, on s'attache bien plus à l'auteur et à sa répression qu'à l'acte juridique et à la protection du consensualisme qui lui est consubstantiel²⁶⁹⁸. Si la protection du violenté et de son consentement apparaît, sinon secondaire, du moins éclipsée par le souci de blâmer l'attitude hostile d'une personne à une quelconque relation saine et équilibrée, le droit de punir imprègne alors de manière inexorable l'annulation du contrat²⁶⁹⁹.

Suivant cette perspective, on doit avant tout percevoir la nullité prononcée pour violence comme une mesure (ré)intégrant une logique prioritairement répressive. On s'approche alors

²⁶⁹⁷ DEMOGUE (R.), « De la violence comme vice du consentement », *op. cit.*, n° 7, p. 443.

²⁶⁹⁸ En ce sens, V. TREILLARD (J.), *op. cit.*, spéc. pp. 419-420 : le « *caractère pénal, répressif, qui s'attache surtout à l'auteur de la violence est déterminant en droit romain (...)* Le consentement de la victime est bien protégé, si l'on veut, mais en quelque sorte par contre-coup ; on met surtout l'accent en droit romain sur la répression du coupable et il est puni parce qu'il a commis un délit ».

²⁶⁹⁹ *Contra, ibid.* n° 3, p. 423. Précisons que si l'on considère davantage l'acte de la personne violente dans la détermination de la sanction, cela ne signifie pas que l'on ne s'attache pas à certains éléments propres de la victime pour la détermination de la violence elle-même ; l'alinéa 2 de l'article 1112 C. civ. nous imposant en effet cette appréciation.

sensiblement de la rationalité pénale *stricto sensu* fondée précisément sur le maintien et la stabilité des relations sociales. En estimant qu'il y a abus (d'une gravité certaine) de puissance (économique ou autre) et, parallèlement à cet abus, abolition totale de la liberté contractuelle, n'y a-t-il pas alors des indices évidents nous permettant effectivement de penser que la sanction prononcée s'inscrit prioritairement dans une démarche punitive ? La nullité évacue d'une certaine façon le champ contractuel pour pénétrer subrepticement la sphère délictuelle. Une preuve de cet écart par rapport au domaine contractuel peut être relevée à travers la possible répression du tiers violent (C. civ., art. 1111). Dans un tel cas, on peut difficilement croire que la nullité, pouvant intervenir alors que l'ensemble des contractants sont de bonne foi, poursuive une logique d'assainissement des liens contractuels ; l'annulation du contrat s'inscrit donc exclusivement dans une démarche punitive reprenant la logique existante dans l'ancien droit romain²⁷⁰⁰. Au vu de ce caractère répressif, il est alors criant que la nullité, dans ce cas précis, est une sanction totalement inappropriée – puisque dénuée d'incidence en terme de moralisation du droit des contrats – et qu'il conviendrait alors de s'engager dans les voies de l'action en réparation.

1153. De manière générale, on remarque donc que la violence, tout en demeurant dans le champ civil, réintègre la logique qui fut la sienne dans le droit romain ; réintégration qui reviendrait à voir en elle l'ombre civile d'une certaine rationalité pénale. A ce titre, il faut remarquer qu'une partie de la doctrine incline à demi-mot – pour l'ensemble des cas et non seulement pour celui de l'article 1111 – à la révélation du caractère délictuel de la violence en préférant une action en réparation sur le fondement de l'article 1382 C. civ. à un anéantissement rétroactif du contrat²⁷⁰¹ ; cette inclination vers l'indemnisation confirmant paradoxalement la dimension punitive des sanctions pour acte de violence²⁷⁰².

Ainsi, en matière de violence, c'est le dévoiement de l'idée même de contrat qui doit être combattu. Cette lutte que l'on trouve ici en matière de violence s'exprime plus intensément encore lorsque l'engagement contractuel est détourné de son objectif et perd de son essence marquée par la confiance entre les contractants.

B. – Nullité et punition des auteurs du détournement de l'engagement contractuel

²⁷⁰⁰ TREILLARD (J.), *op. cit.*, p. 429.

²⁷⁰¹ V. spéc. NOURISSAT (C.), *op. cit.*, n° 17.

²⁷⁰² Sur le rapprochement entre réparation et droit de punir, V. *infra*, le chapitre 2 de ce même titre.

1154. Si l'on suit le dogme établi par Jean DOMAT et selon lequel le droit de punir n'intervient qu'en vue de reprocher un comportement déloyal de l'un des contractants²⁷⁰³, il est clair que la détermination de l'obligation à travers un objet ou une cause illicite (1°) ainsi que le détournement frauduleux de cette obligation par la simulation (2°) doivent nécessairement donner lieu à une nullité punitive de l'engagement contractuel²⁷⁰⁴.

1°/ Puniton du détournement des éléments constitutifs du contrat : illicéité de l'objet et de la cause de l'obligation

1155. Puniton non généralisée en cas d'absence de cause. – Nous avons eu l'occasion précédemment de préciser les cas dans lesquels la nullité pour absence de cause possédait un caractère strictement sanctionnateur²⁷⁰⁵. Parallèlement, nous avons pu relever la possibilité pour cette mesure d'acquérir une fonction punitive. Le fait que l'on reste toutefois dans une logique de cas par cas nous interdit de généraliser la dimension punitive de la nullité pour défaut de cause. A titre d'exemple, le caractère punitif de la nullité peut être relevé si cette mesure frappe un contrat de rente viagère et est prononcée à l'encontre d'une personne qui, lors de la conclusion du contrat, n'ignorait pas que le décès du vendeur était imminent²⁷⁰⁶. Même si ce décès survient plus de vingt jours après la conclusion du contrat, la nullité est possible pour défaut d'aléa entraînant corrélativement un défaut de cause. Cette mesure ne peut se fonder en effet que sur le seul article 1131 C. civ., l'article 1975 accueillant simplement la nullité pour un décès survenu dans les vingt jours.

Il est également question de puniton lorsque la nullité partielle est prononcée à l'encontre d'une clause abusive portant sur l'obligation essentielle du contrat. Puisque nous avons analysé certaines situations permettant l'application du seul article 1131 du Code civil²⁷⁰⁷, nous devons à présent énoncer rapidement les hypothèses donnant lieu à la mise en œuvre des dispositions du Code de la consommation relatives aux clauses abusives établies entre professionnels et non-professionnels.

²⁷⁰³ V. *supra*, n^{os} et .

²⁷⁰⁴ Suivant cette logique, le refus des clauses abusives devra également être noté, même si cette hypothèse ne peut intégrer pleinement notre étude compte tenu de la sanction encourue.

²⁷⁰⁵ V. *supra*, n^{os} et .

²⁷⁰⁶ Civ. 1^{ère} 2 mars 1977, *Bull. civ. I* n° 115 ; *Deffrénois* 1977, p. 1597, obs. J.-L. Aubert.

²⁷⁰⁷ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

1156. Le cas particulier des clauses abusives. – En droit de la consommation et dans un contrat conclu entre un professionnel et un non-professionnel, est considérée comme abusive toute clause ayant « *pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* »²⁷⁰⁸. L'insertion de ces clauses lors de la formation du contrat tend donc à favoriser le professionnel au détriment du consommateur dans l'exécution de leur engagement. Par essence, les clauses abusives bouleversent l'économie générale du contrat ; or « *respecter l'économie d'un contrat suppose de garantir la réalisation effective de l'équilibre voulu par les parties* »²⁷⁰⁹. Ainsi, inclure une clause abusive revient à manifester son improbité au regard de son cocontractant. Le mécanisme de sanction se mettant en œuvre s'analyse alors comme la réprobation de ce comportement. En effet, selon les alinéas 6 et 8 de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, les « *clauses abusives sont réputées non écrites (...) [et] le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses* ». Il s'agit ici d'une nullité partielle qui, bien que n'anéantissant pas le contrat, protège d'une part le consommateur ayant le plus souvent intérêt à ce que le contrat soit maintenu et punit d'autre part la déloyauté du professionnel qui avait un fort intérêt – économique – à la conservation de la clause illicite. Non dénuée d'intérêt, cette situation ne doit toutefois pas nous retenir davantage ; seules les situations conduisant à une nullité totale (ou intégrale) devant être approfondies.

1157. Punition généralisée en cas d'illicéité de l'objet ou de la cause. – S'il est vrai qu'une dimension punitive de la nullité est possible en cas d'absence de cause, cette dimension est incontestablement reconnue lorsqu'est en cause l'illicéité de celle-ci ou encore l'illicéité de l'objet de l'engagement contractuel.

Outre l'article 6 du Code civil qui impose la conformité des conventions à l'ordre public et aux bonnes mœurs, des dispositions particulières prescrivent donc cette conformité pour l'objet ou la cause de l'obligation (a) et conduisent l'observateur à se demander si le droit civil, par la moralisation que ces dispositions génèrent, ne tend pas à concurrencer dans une certaine mesure le droit pénal (b).

a. Répression de l'illicéité de l'objet et de la cause de l'engagement contractuel

²⁷⁰⁸ C. consom., art. L. 132-1, al. 1^{er}.

²⁷⁰⁹ LAGARDE (X.), « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? », *JCP* 2006.I.110, n° 8.

1158. Illicéité de la contractualisation de certaines choses. – Selon l'article 1128 du Code civil, « il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions »²⁷¹⁰. Originellement empreinte de moralité chrétienne, cette distinction entre les choses pouvant faire l'objet d'un contrat et les autres, évolua au rythme de la société. Si les choses indisponibles au plan de leur contractualisation s'entendaient initialement des choses sacrées et en relation au Divin ou encore des choses relatives au domaine public, force est de constater aujourd'hui un gonflement des choses hors du commerce. Par exemple, cette catégorie comprend désormais la personne humaine (le corps humain et ses éléments)²⁷¹¹, l'état des personnes (le droit au respect de sa vie privée, le droit à l'image...), les *res nullius* (l'eau, l'air, la lumière...) ou encore les choses dangereuses (les drogues, les animaux atteints de maladies contagieuses...). Le champ d'application de la nullité absolue applicable en ces cas-là se trouve dès lors élargi à mesure qu'évolue la considération sociale de l'illicéité de la contractualisation de la chose.

Cette évolution vers une plus grande technicité de l'acception de l'illicéité ruine-t-elle pour autant la moralité qui imprégnait notre ancien droit et la sanction qui en résultait ? Si la réponse semble affirmative au vu de la qualité de la chose insusceptible de pouvoir faire l'objet d'une contractualisation, on ne peut que répondre négativement dès lors que l'on analyse la qualité de l'engagement contractuel lui-même. En ce cas en effet, une moralisation est indéniable.

1159. Illicéité et immoralité de l'engagement contractuel. – Au-delà de l'indisponibilité de la chose au niveau de sa contractualisation, l'opération contractuelle peut, par elle-même, avoir un caractère illicite. Se mêlent alors ici les considérations de l'illicéité de l'objet et de l'illicéité de la cause du contrat même si, çà et là, des disjonctions peuvent s'effectuer²⁷¹².

²⁷¹⁰ De manière proche, DOMAT estimait que les « conventions où l'on met en commerce ce qui n'y entre point, comme les choses sacrées, les choses publiques, sont nulles » (*Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, chap. V, XI).

²⁷¹¹ Sur l'indisponibilité du corps humain, V. notamment CABRILLAC (R.), « Le corps humain » in CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.) et REVET (T.) (sous la dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, op. cit., pp. 145 et ss. et spéc. pp. 151 et ss. Précisons qu'il existe des limites à ce principe et que le corps humain ou ses éléments peuvent faire l'objet d'un contrat (opération chirurgicale, vaccination, don du sang...).

²⁷¹² Pour une quasi-assimilation de l'illicéité de l'objet et de la cause, V. spéc. FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *L'acte juridique*, op. cit., n° 240 ; MALINVAUD (P.), op. cit., n° 250. Sur la difficulté de distinguer l'illicéité de la cause et l'illicéité de l'objet, V. MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (F.), op. cit., n° 281. Pour une distinction entre l'illicéité de la cause et l'illicéité de l'objet, V. MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), op. cit., n° 627 (V. toutefois, p. 306, note 68) ; TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), op. cit., nos 274 et ss., n° 318 et nos 359 et ss. ; BÉNABENT (A.), op. cit., n° 146, nos 157 et ss et nos 190 et ss.

Dans la majorité des cas en effet, si l'obligation se fonde sur un objet illicite (tuer, voler, exploiter une maison de tolérance²⁷¹³, céder un morceau de peau²⁷¹⁴, porter et abandonner un enfant²⁷¹⁵, se dévêtir en public²⁷¹⁶, céder un cabinet d'astrologie²⁷¹⁷), la raison ayant motivé de façon déterminante cet engagement est le plus souvent dénuée de moralité. Les "contractants" poursuivent alors un but illicite devant être sanctionné par la nullité absolue. Il est possible également que tout en ayant un objet licite (inclusion d'une clause au sein d'un contrat de travail), la cause soit contraire à un type particulier d'ordre public comme par exemple la protection de la personne humaine et de sa vie privée (clause de célibat)²⁷¹⁸.

Cette sanction – la nullité absolue – trouve son fondement dans la combinaison des articles 1131 et 1133 du Code civil qui précisent qu'une convention ayant une cause illicite – c'est-à-dire prohibée par la loi et/ou contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs – ne peut avoir aucun effet. Dans ces hypothèses d'illicéité de l'engagement contractuel, la nullité poursuit donc plusieurs missions. Elle doit tout d'abord, et d'un point de vue technique, anéantir le lien contractuel établi en violation de l'ordre public et des bonnes mœurs. Puisque la logique contractuelle est effectivement détournée de toute perspective légitime, on ne saurait croire en l'émergence d'une quelconque obligation. C'est alors qu'apparaît la seconde fonction de la nullité prononcée à la suite de la constatation d'un objet ou d'une cause illicite. Elle doit démontrer l'exigence d'une légitimité au sein de tout lien contractuel et l'indispensable adéquation entre les intérêts particuliers inclus précisément dans le contrat et l'intérêt général. Elle est pour la société une œuvre de moralisation des engagements contractuels présents et à venir, la rapprochant ainsi sensiblement de la rationalité pénale.

b. Emergence d'une concurrence avec le droit pénal

1160. Répression et moralisation de l'engagement contractuel. – S'il est vrai que le caractère moralisateur de la nullité est davantage prégnant lors de la constatation de l'illicéité

²⁷¹³ Civ. 1^{ère} 4 janv. 1956, *JCP* 1957.II.10008, note J. Mazeaud.

²⁷¹⁴ TGI Paris 3 juin 1969, *D.* 1970, p. 136, note J. P. ; *Gaz. Pal.* 1969.2.57.

²⁷¹⁵ Ass. plén. 31 mai 1991, *Bull. civ. Ass. plén.* n° 4 ; *D.* 1991, p. 417, rapp. Y. Chartier et note D. Thouvenin ; *JCP* 1991.II.21752, concl. J. Bernard et H. Dontenville, note F. Terré. La nullité en ce domaine a été consacrée à l'article 16-7 du Code civil qui dispose que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

²⁷¹⁶ TGI Paris 8 nov. 1973, *D.* 1975, p. 401, note M. Puech.

²⁷¹⁷ Civ. 1^{ère} 10 févr. 1998, *Bull. civ. I* n° 49 ; *D.* 1998, IR p. 66.

²⁷¹⁸ CA Paris 30 avril 1963, *D.* 1963, chron. p. 247, note Voirin et p. 428, note Rouast (clause de célibat insérée dans le contrat de travail des hôtesses de l'air de la compagnie aérienne *Air France*).

de l'engagement contractuel que lorsqu'est en cause la qualité de la chose, on ne saurait nier dans les deux cas le caractère absolu de cette sanction. Fondée sur l'article 6 C. civ. rappelant en substance que « *le contrat n'est valable qu'à la condition de se plier aux normes morales et sociales* »²⁷¹⁹, la nullité absolue tend principalement à assainir les relations contractuelles et à prévenir les abus de certains contractants enclins à détourner, pour la recherche de leurs seuls intérêts personnels, les éléments essentiels à la validité du contrat, à savoir son objet et sa cause. Cette fonction prophylactique de la nullité s'inscrit dans une démarche de moralisation dès lors que le soubassement de cette sanction reste à l'évidence l'ordre public, les bonnes mœurs, l'intérêt général constitutifs d'une éthique sociale que le contrat est tenu de suivre.

Mais préalablement à cette moralisation de l'engagement contractuel par la nullité, il ne faut pas perdre de vue que l'origine même de cette sanction demeure avant tout la prise en considération et la volonté de réprimer une attitude immorale de certains contractants souhaitant asseoir leur convention sur un objet illicite ou poursuivre un objectif contraire au bien social. Doivent être effectivement « *réputés contraires aux bonnes mœurs les seuls actes juridiques porteurs d'un germe de destruction sociale, capables de fissurer [le] "véritable ciment de l'édifice social"* »²⁷²⁰. Dans cette perspective, la nullité s'inscrit prioritairement dans une démarche punitive au sein de laquelle l'idée d'un devoir moral de blâmer l'acte socialement hostile tend à émerger. Face à cette affirmation, n'y a-t-il pas alors un risque pour le droit pénal d'être ouvertement concurrencé par le droit civil ?

1161. Naissance d'un concurrent du droit pénal ? – Sur de nombreux points, la nullité absolue pour illicéité de l'objet ou de la cause du contrat converge avec la sanction pénale.

D'une part, et comme nous venons de le voir, cette nullité possède une fonction de dissuasion. Cette finalité, s'il est possible de critiquer son effectivité dans le champ pénal²⁷²¹, imprègne les relations contractuelles et rapproche le droit civil de la logique pénale. En effet, et comme l'explique un auteur, « *parler de dissuasion sous-entend la mauvaise foi du fautif potentiel, c'est-à-dire son intention délibérée de violer la loi pour en retirer un avantage* »²⁷²².

²⁷¹⁹ MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (F.), *op. cit.*, n° 293.

²⁷²⁰ SOURIOUX (J.-L.), « Le destin fabuleux d'une épithète : la reviviscence du sens juridique des bonnes mœurs ? », *RDC* 2005, p. 1277.

²⁷²¹ V. *supra*, n°s *et ss.*

²⁷²² OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.*, n° 68.

Appliquée à la nullité absolue, la dissuasion s'inscrit donc clairement dans une prise en considération de l'attitude fautive antérieure du contractant, intégrant la sanction dans une démarche punitive. Mais à l'image de la faiblesse du caractère dissuasif de la sanction pénale, la nullité semble également souffrir de cette fragilité. N'étant qu'un risque pour le contractant fautif et ne conduisant qu'à l'anéantissement du lien contractuel, cette sanction semble quelque peu dépourvue en pratique de cette fonction dissuasive²⁷²³.

D'autre part, la nullité absolue prononcée suite à la constatation de l'immoralité de l'objet ou de la cause du contrat poursuit une logique vertueuse et éthique. La comparaison avec la sanction pénale, manifestation du devoir moral de réprover un attitude contraire à l'ordre public²⁷²⁴, est alors patente. En ayant pour effet d'anéantir le lien contractuel et de replacer les parties dans la situation dans laquelle elles se trouvaient antérieurement à la conclusion du contrat, la nullité présente non seulement de fortes similarités avec la sanction rétributive propre au droit pénal mais accède également à sa dimension symbolique en ayant pour dessein d'instaurer une moralisation des relations contractuelles. Si l'on considère que la « *peine n'est pas seulement un moyen de prévenir la délinquance mais [est également] une réponse méritée à l'action de l'infracteur, "rectifiant la balance" dans le sens kantien et exprimant une réprobation morale de l'acte commis* »²⁷²⁵, on constate que la nullité adhère parfaitement à cette définition. En rétablissant les contractants dans un *statu quo ante*, cette sanction restaure un équilibre en imputant à l'agent fautif un blâme moral.

Proches l'une de l'autre, la sanction pénale et la nullité se confondent-elles pour autant, conduisant ainsi à penser que le droit civil soit devenu le concurrent du droit pénal ? Une telle conclusion paraît envisageable puisque la nullité tend parfois à s'inscrire comme le palliatif des carences du droit pénal en matière d'incrimination.

1162. Nullité, palliatif du droit pénal. – Si l'on s'intéresse à la seule cause du contrat, la nullité absolue intervient notamment lorsque cette cause est illicite. Et, sur ce point, l'article 1133 du Code civil précise ce qu'il faut entendre par illicéité. Selon ces dispositions, l'illicéité traduit tout d'abord une contrariété avec l'ordre public ou les bonnes mœurs. On sonde alors la psychologie des contractants pour déterminer la légitimité de leur volonté profonde et, dès

²⁷²³ *Ibid.*, n^{os} 68 et ss.

²⁷²⁴ Sur ce point et l'importance de la pensée kantienne en cette matière, V. *supra*, n^o.

²⁷²⁵ VON HIRSCH (A.), *Doing Justice. The Choice of Punishment*, New York, Hill and Wang, p. 51.

lors, la validité ou non de leur engagement. La recherche de cet élément subjectif renforce d'ailleurs, dans une certaine mesure, la comparaison avec le droit pénal, lui-aussi empreint d'une aspiration subjective²⁷²⁶.

Mais l'article 1133 ne se réfère pas simplement à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Il précise en outre que l'illicéité de la cause s'entend également lorsque celle-ci est « *prohibée par la loi* ». En désignant les prohibitions légales, cet article renvoie entre autres – mais indéniablement – aux prohibitions pénales. De telles interdictions induisent majoritairement une référence à l'ordre public et aux bonnes mœurs ; toutefois, on ne saurait généraliser le rapprochement, justifiant ainsi la dualité de l'article 1133 dans son explication de l'illicéité. Si toute prohibition légale renvoie à l'ordre public et aux bonnes mœurs, ces deux derniers éléments n'infèrent pas nécessairement une prohibition légale. A titre d'exemple, un type particulier d'ordre public – visant la dignité de la personne humaine – interdit toute convention ayant comme objet le fœtus ou ayant comme cause une manipulation quelconque de celui-ci²⁷²⁷. A l'inverse, aucune disposition pénale n'incrimine malheureusement les atteintes pouvant être portées au fœtus²⁷²⁸. Dans ce genre de cas, la nullité pallie donc les lacunes du droit pénal en se fondant sur les *bonnes mœurs* ou *l'ordre public* énoncés à l'article précité. Cet expédient demeure d'une importance certaine puisque, sans atteindre pour autant l'intérêt lié à la prévision et au prononcé d'une sanction pénale, il procure une manifestation irréfutable du droit de punir. Précisons toutefois que ces hypothèses restent minoritaires par rapport aux cas dans lesquels, quand est en cause l'illicéité de l'engagement contractuel, la nullité absolue joue le rôle de complément de la sanction pénale ; les bonnes mœurs et l'ordre public étant en effet le plus souvent soutenus par une incrimination pénale.

1163. Nullité, complément du droit pénal. – Le plus souvent, la nullité absolue prononcée pour illicéité de cause ou d'objet ou, plus largement, pour violation de l'article 6 du Code civil, complète le dispositif pénal et doit, du fait de son caractère absolu, être liée à celui-ci²⁷²⁹.

²⁷²⁶ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

²⁷²⁷ La loi autorise les seules conventions ayant l'embryon comme objet, lors d'une procréation médicalement assistée notamment (C. santé publ., art. L. 2141-1 et ss.). Sur ce point, V. notamment, BLUMBERG-MOKRI (M.), « L'embryon humain aux prises avec le droit », *Petites affiches* 7 mars 2003, n^o 48, p. 12.

²⁷²⁸ Pour un développement de ce point, V. *infra* n^{os} *et ss.* Pour une incrimination des procédés ayant pour objet l'embryon, V. toutefois C. pén., art. 214-1 et ss.

²⁷²⁹ *Contra*, Civ. 1^{ère} 15 déc. 1998, *Bull. civ. I* n^o 366 ; *RTD civ.* 1999, p. 383, obs. J. Mestre : rejet du pourvoi formé contre un arrêt de Cour d'appel ayant écarté « la sanction de la nullité du contrat, laquelle ne pouvait résulter du seul manquement aux exigences d'information sur les prix formulées par l'article L. 113-3 du Code de la consommation ».

L'impossibilité de pouvoir confirmer l'acte passé et déclaré nul de nullité absolue pour non-conformité à l'ordre public²⁷³⁰ renforce par ailleurs l'automaticité devant exister entre la répression d'une infraction pénale (entrant nécessairement dans le champ de l'article 6 C. civ.) et la nullité d'un contrat lié à cette infraction²⁷³¹. Si la nullité a un caractère absolu, cela provient du fait que la règle transgressée est d'ordre public et s'inscrit dans une démarche de protection de l'intérêt général. Dans cette perspective, dès lors qu'une disposition pénale sera atteinte et qu'un contrat existera parallèlement à cette situation, la nullité devra nécessairement être prononcée. Cette sanction devient donc ici le complément *légal* de l'œuvre répressive pénale. C'est en ce sens qu'il fallait comprendre les diverses décisions des juridictions civiles annulant les contrats ayant un lien (objet et cause) direct avec les activités de divination ou d'astrologie, pénalement réprimées par l'ancien Code pénal (anc. C. pén., art. R. 34, 7°)²⁷³².

1164. Nullité, devoir social de punir et de moraliser. – Au vu de ce qui précède, on ne saurait – s'agissant de l'illicéité ou de l'immoralité de l'engagement contractuel – justifier les propos suivants : *« si la personne protégée a eu un consentement libre et éclairé, la confirmation pouvait être un moyen pour le juge d'honorer la finalité de la règle protectrice en déduisant de son comportement une volonté non équivoque de renoncer à son droit d'invoquer la sanction. Par l'utilisation de la confirmation, le juge aurait pu éviter de prononcer une nullité inefficace en constatant que la partie faible avait, par son attitude, confirmé tacitement l'acte et démontrer ainsi que la violation ne lui portait pas préjudice »*²⁷³³.

²⁷³⁰ La confirmation se définit comme « l'acte par lequel une personne renonce unilatéralement à se prévaloir de la nullité relative d'un acte juridique (...) » (CORNU (G.) (sous la dir.), *op. cit.*, v° « Confirmation »). Sur l'impossible confirmation d'un acte sanctionné de la nullité absolue, V. Civ. 1^{ère} 26 déc. 1960, *Bull. civ. I* n° 288 – Com. 30 nov. 1983, *Gaz. Pal.* 1984.2.675, note Calvo – Civ. 1^{ère} 16 mars 1994, *Bull. civ. I* n° 100 ; *JCP éd. E* 1995.II.694 ; *Contrats-Concur.Cons.* 1994, n° 152, obs. G. Raymond – Civ. 1^{ère} 30 mars 1994, *Bull. civ. I* n° 130 ; *Deffrénois* 1994, p. 1476, obs. D. Mazeaud ; *Contrats-Concur.Cons.* 1994, n° 129, obs. G. Raymond – Civ. 1^{ère} 10 avril 1996, *Bull. civ. I* n° 178 ; *D.* 1996, p. 527, note T. Hassler. V. également TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 400 ; MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 705.

²⁷³¹ Pour une critique de cette automaticité, V. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.*, n° 239 : « L'inconvénient majeur du refus de la confirmation est l'automatisme de la sanction qu'il renforce ».

²⁷³² Civ. 1^{ère} 12 juill. 1989, *Bull. civ. I* n° 293 ; *JCP* 1990.II.21540, note Dagonne-Labbe ; *Deffrénois* 1990, p. 358, obs. J.-L. Aubert (nullité d'un contrat de vente de matériel d'occultisme) – Civ. 1^{ère} 10 févr. 1998, *op. cit.* (nullité d'une cession d'un cabinet d'astrologie) – CA Aix-en-Provence 12 janv. 1968, *Gaz. Pal.* 1968.1.329 ; *D.* 1968, Somm. p. 123 (nullité d'un contrat liant des clients à un graphologue s'adonnant à la cartomancie). Sur l'ensemble de ce point, V. également NAJJAR (I.), « L'astrologie et le droit : "l'illicéité au sens large" et la cause du contrat », *Mélanges Terré*, *op. cit.*, p. 701.

²⁷³³ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.*, n° 239, pp. 205-206. Egalement NAJJAR (I.), « L'astrologie et le droit... », *op. cit.*, p. 705. Ce dernier auteur reproche le fait que la nullité du contrat se fonde, en matière de

S'il est vrai que la nullité – même absolue – doit, dans une certaine mesure, protéger l'intérêt individuel du cocontractant-victime, il ne faut pas perdre de vue qu'en cas d'illicéité et d'immoralité de l'objet ou de la cause de l'engagement contractuel, cette sanction possède par essence une fonction plus large de protection de l'intérêt général. Face à une infraction pénale ou, plus globalement, face à une violation de l'ordre public et des bonnes mœurs visés à l'article 6 C. civ., la nullité intègre une démarche plus ambitieuse de moralisation du droit des contrats à l'endroit de la société elle-même. En punissant par la nullité les contractants pour leur volonté de détourner l'engagement contractuel et de le placer dans une situation contraire au bien commun, on souhaite atteindre l'ensemble de la société de cet halo de moralité et instituer une sorte de police des contrats. Cette dynamique se retrouve en matière de simulation : bien qu'intéressant les intérêts personnels des contractants, la nullité prononcée dans ce cas poursuit un dessein plus social tendant à la réaffirmation des nécessaires confiance et loyauté devant habiter chaque contractant.

2°/ Puniton du détournement du contrat lui-même : nullité de la simulation

1165. Après une brève présentation de la simulation (a), il conviendra de percevoir dans quelle mesure le caractère punitif de la nullité alors prononcée peut conduire à une moralisation des relations contractuelles (b).

a. Présentation de la simulation

1166. Définition. – La simulation est traditionnellement présentée comme un *mensonge concerté entre les contractants*²⁷³⁴ destiné précisément à créer, à l'égard des tiers, une situation juridique apparente afin de dissimuler la réalité. Derrière l'acte simulé ou apparent, les personnes entendent pleinement respecter leur volonté réelle incluse dans un acte occulte, la contre-lettre.

divination, sur une simple contravention de 3^{ème} classe. Si nous estimons qu'une infraction pénale doit provoquer l'annulation du contrat, nous rejoignons toutefois M. NAJJAR sur le point selon lequel une simple contravention ne devrait être le fondement d'une nullité ; ceci nous conduit à nouveau à la non-pertinence des contraventions au sein du droit pénal (sur ce point, V. *supra*, n^{os} et).

²⁷³⁴ TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n^o 537 ; MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, p. 375.

Si le mécanisme de simulation peut parfois poursuivre un but louable²⁷³⁵, force est de reconnaître qu'il constitue prioritairement un instrument frauduleux : « *Qu'il y ait des simulations licites, précisait CARBONNIER, ne saurait voiler le fait que, dans l'immense majorité des cas, la simulation sert à une fraude* »²⁷³⁶. Nous nous attacherons à cette seule hypothèse dont la sanction – la nullité²⁷³⁷ – porte en germe un caractère punitif.

1167. Simulation, un dol mutuel. – La simulation reste dans son principe proche du *dolus malus* étudié précédemment²⁷³⁸. CICÉRON semblait d'ailleurs assimiler les deux concepts : « *Le dol, c'est le fait de simuler une chose alors qu'on en fait une autre* »²⁷³⁹. Une différence entre ces deux concepts intervient toutefois lorsque nous considérons le mécanisme de travestissement de la vérité. Alors que le dol s'inscrit dans une démarche individuelle destinée à tromper un contractant, la simulation est une volonté commune des contractants de cacher la vérité envers les tiers, cocontractants éventuels de l'une ou l'autre des parties. La dissimulation – intentionnelle, illicite et contraire à l'intérêt des tiers au contrat simulé – de la situation juridique véritable doit impérativement se traduire par l'annulation de cet acte si nous souhaitons mettre en œuvre une moralisation étendue du droit des contrats.

b. Moralisation par la nullité de la simulation

1168. Nullité de la simulation, une exception. – Notre ambition de prôner la nullité du contrat en cas de simulation se trouve bridée en droit positif par le principe selon lequel la simulation n'est pas, par elle-même, une cause de nullité. Elle demeure valable entre les parties "dissimulatrices" à moins que la loi n'en dispose autrement²⁷⁴⁰. Malgré la fraude, la sanction de la simulation peut dès lors être présentée comme une exception. Sur ce point, la sécurité juridique s'entend donc aujourd'hui du seul maintien du lien contractuel sans aucune appréciation morale portée sur cette relation.

²⁷³⁵ Une donation sera dissimulée derrière un acte de vente fictif afin de ne pas faire naître de jalousies chez les personnes exclues de la donation (FABRE-MAGNAN (M.), *Les obligations*, op. cit., n° 133, p. 345).

²⁷³⁶ CARBONNIER (J.), *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, op. cit., n° 87, p. 176.

²⁷³⁷ L'inopposabilité à l'égard de certaines personnes peut également être prononcée.

²⁷³⁸ V. *supra*, n°s *et ss.*

²⁷³⁹ CICÉRON, *De Officiis*, III, 60.

²⁷⁴⁰ V. notamment C. civ., art. 911 al. 1^{er} (nullité de la donation envers un incapable dissimulée derrière un contrat à titre onéreux ou une donation par personnes interposées). V. également à titre indicatif les anciennes dispositions de l'article 1840 du Code général des impôts (nullité de la contre-lettre en cas de fraude fiscale) et de l'article 1099 al. 2 du Code civil (nullité de la donation entre époux dissimulée derrière un contrat à titre onéreux ou une donation par personnes interposées), aujourd'hui abrogées.

Or, la sécurité en droit des contrats ne doit-elle pas également s'interpréter comme la possibilité pour les tiers de ne pas être dupés par les artifices mis en place par des contractants ? Par-delà la stricte relation contractuelle, ne devons-nous pas prendre acte du fait selon lequel le contrat demeure un moyen d'échange certes, mais constitue également un rassemblement²⁷⁴¹ des contractants eux-mêmes et, indirectement, des tiers pouvant être intéressés à cette convention ?²⁷⁴² En d'autres termes, la sécurité juridique ne doit-elle pas intégrer une dimension morale destinée précisément à promouvoir une « *sincérité contractuelle* »²⁷⁴³ tant à l'égard des contractants qu'à l'égard de la société elle-même ?

1169. Généralisation de la nullité : vers une évolution de la "sécurité juridique". – Si nous nous accordons sur l'élargissement du concept de sécurité juridique et acceptons de percevoir, au-delà de la stabilité des rapports contractuels, la loyauté de ceux-ci, il est nécessaire d'encourager ce que CARBONNIER nommait l' « *effort du droit pour faire tomber les masques, partant pour moraliser le contrat* »²⁷⁴⁴. Aussi deviendrait-il opportun de procéder à une généralisation de la nullité en cas de simulation pour affirmer qu'aucune déloyauté, quelle qu'en soit la forme, ne peut être tolérée lors de la formation du contrat. La simulation reste un mensonge et une malhonnêteté envers le corps social qui ne connaît pas les termes véritables de la convention. Ces agissements appellent donc une sanction qui non seulement anéantira le lien contractuel passé mais fixera dans les esprits la rigidité du droit envers tout type de perfidies contractuelles. Le caractère punitif de la nullité s'établira donc sur cette base-là augmentée par le fait que cette sanction interviendra en faveur non d'un contractant mais de la société elle-même, dans le but de garantir l'intérêt général. Cette ambition, consistant à assainir les relations contractuelles et s'engageant dès la formation du contrat, trouve un champ d'application plus large encore dans l'hypothèse d'une exécution défectueuse de la convention.

²⁷⁴¹ Le verbe contracter vient du latin *contrahere* signifiant rassembler, réunir, resserrer. La particule *cum* (trad. avec) est à la base de la formation du verbe con-tracter. Sur ce point précis, V. notamment MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, p. 207, note 1 ; GHESTIN (J.), « La notion de contrat », *op. cit.*, spéc. p. 147.

²⁷⁴² Si une personne souhaite réduire artificiellement son patrimoine, par des ventes fictives, en vue d'une prochaine saisie, le créancier de ce contractant dissimulateur se trouvera alors floué. Il n'est pas partie au contrat simulé mais trouve évidemment un fort intérêt à ce que la technique de simulation soit démontrée et sanctionnée.

²⁷⁴³ CARBONNIER (J.), *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 82.

²⁷⁴⁴ *Ibid.*

– Section 2 –

Le droit de punir et l'exécution défectueuse du contrat

1170. Immixtion du droit de punir dans l'exécution du contrat. – Il y a plus de 35 ans, le Pr. R. OTTENHOF écartait de sa thèse – relative au rapport entre le droit civil et le droit pénal en matière contractuelle²⁷⁴⁵ – l'étude de l'exécution du contrat. Selon cet auteur, le droit pénal ne constituerait en effet qu'un épiphénomène en ce domaine²⁷⁴⁶. Si aujourd'hui, un constat identique semble pouvoir être effectué, notre démarche consistant en la détermination de l'étendue du droit de punir – et non du droit pénal – au sein du droit des contrats, impose au contraire de ne point rejeter l'analyse de cette phase contractuelle ; le droit de punir y est en effet fortement présent au regard notamment des obligations pesant sur les parties.

1171. Obligation contractuelle : théâtre d'un droit de punir fondé sur un devoir de fidélité et de loyauté. – Lors de la conclusion du contrat, les parties se sont engagées sur la base d'une économie générale conventionnelle regroupant l'ensemble de leurs aspirations respectives. Suivant une logique commutative²⁷⁴⁷, la relation contractuelle s'entend donc de l'échange de prestations et de contreprestations possédant une utilité sociale certaine. Ce point ne saurait bien évidemment exclure la recherche d'une finalité propre pour chacun des contractants. De ce fait, si un échange perdure à travers le contrat, cet échange s'inscrit le plus souvent dans une démarche égoïste. Poursuivant non plus un dessein social, mais intégrant au contraire une dynamique individualiste, le contrat peut devenir, lors de son exécution notamment, l'occasion pour l'une des parties de faire jouer et d'abuser de sa puissance économique. Originellement échange, le contrat se fait progressivement déséquilibré, oubliant le précepte d'ARISTOTE selon lequel « *le juste dans les contrats consiste en une certaine égalité* »²⁷⁴⁸.

Pour renouer avec la justice contractuelle commutative, il est nécessaire qu'au *droit initial de s'obliger* corresponde le *devoir futur de répondre* de ses manquements et de son éventuelle improbité. Le contrat peut parfaitement constituer un rapport de force, une rencontre antagonique entre des intérêts divergents et des puissances économiques diverses. Mais « *si*

²⁷⁴⁵ OTTENHOF (R.), *Le droit pénal et la formation du contrat*, op. cit.

²⁷⁴⁶ *Ibid.*, n° 7, p. 10 citant notamment LEVASSEUR (G.), « Les sanctions de l'inexécution des contrats en droit pénal français », *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. XVII, p. 307.

²⁷⁴⁷ Le terme "commutation" vient du latin *commutare* signifiant "échanger".

²⁷⁴⁸ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, V, IV, 3. Egalement STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, t. 2, n° 915 : « *Qui dit contrat dit échange des biens et des services ; qui dit échange dit égalité, ou du moins équivalence* ».

l'équilibre n'est pas de la nature du contrat, il est de l'essence du droit d'offrir aux contractants l'assurance d'un minimum de justice afin d'éviter les abus résultant d'un rapport de force déséquilibré »²⁷⁴⁹. En ce sens, des mesures particulières sont susceptibles d'être prises afin précisément d'une part de pallier l'exécution défectueuse du contrat et de rétablir un certain équilibre entre les parties et, d'autre part, de punir les contractants étant à l'origine de ce déséquilibre.

1172. Exécution défectueuse du contrat et exclusion de la nullité. – La stigmatisation du comportement déviant des contractants infidèles à leurs engagements prend deux formes. Au regard de l'économie générale du contrat et, dès lors, des intérêts de chacune des parties, on préférera soit l'anéantissement du contrat, soit le commandement à l'exécution de celui-ci²⁷⁵⁰. S'agissant de l'anéantissement du contrat lors de son exécution, il ne saurait être question de nullité. Dans la mesure où le « *but de la nullité consiste dans le rétablissement de la légalité transgressée, par la suppression de la situation juridique illicite créée par la conclusion du contrat au mépris d'une règle impérative de formation* »²⁷⁵¹, on remarque que cette sanction est inenvisageable pendant l'exécution du contrat. Mais s'il n'est pas question de la nullité *stricto sensu*, la logique inhérente à cette sanction perdure néanmoins à travers le prononcé de mesures voisines (§ 1) ; celles-ci doivent être prononcées pour corriger le déséquilibre établi par la déloyauté et la défaillance d'un contractant et, dans une certaine mesure, réprimer ce comportement. Mais au-delà de la mauvaise exécution du contrat, celui-ci peut souffrir plus directement d'une inexécution. Dans cette hypothèse, on remarquera que diverses pressions contractuelles peuvent être mises en œuvre pour inciter précisément les contractants à respecter leurs engagements respectifs (§ 2)²⁷⁵².

§ 1. – Les mesures voisines de la nullité comme îlots punitifs des contractants défaillants

1173. La justice contractuelle commutative impose que chacun des contractants obtienne satisfaction de son engagement, ce qui suppose qu'aucun déséquilibre contractuel majeur et,

²⁷⁴⁹ GUÉGUEN (J.-M.), « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *D.* 1999, chron. p. 352.

²⁷⁵⁰ Pour une distinction en ce sens, V. FABRE-MAGNAN (M.), *Les obligations*, op. cit., pp. 555 et ss.

²⁷⁵¹ GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, op. cit., n° 375 (c'est nous qui soulignons).

²⁷⁵² A l'image de ce que nous avons pu précisé au sujet des sanctions prises lors de la formation défectueuse du contrat, on remarque que le droit de punir ne saurait être ici une donnée constante. C'est donc seulement par une considération de chaque mesure que le droit de punir civil pourra manifester ses contours ; aucune généralisation – punitive – ne pouvant effectivement intervenir.

naturellement, aucun abus d'une quelconque partie ne vienne bouleverser l'économie générale du contrat. Si des disproportions interviennent malgré tout, des outils sont à la disposition des parties-victimes pour corriger ce déséquilibre et punir les auteurs de celui-ci. Mais sur ce point précis de la nature punitive des mesures pouvant être prononcées, une hésitation doit être relevée. Si l'abus induit nécessairement un comportement fautif, une intention de nuire ou même une légèreté blâmable²⁷⁵³ conduisant de manière corrélative à la nature punitive des sanctions encourues (B), plus incertaine paraît être la situation en cas de simple déséquilibre du rapport contractuel (A).

A. – Incertitude de la nature punitive des sanctions fondées sur un déséquilibre dans l'exécution du contrat

1174. Le déséquilibre dans l'exécution du contrat renvoie nécessairement à un rapport lésionnaire contre lequel il existe des sanctions ; il s'agit de la rescision et de la révision (1°). Malgré leur importance en ce domaine, ces sanctions n'ont pas une nature punitive franche (2°), alors même que nous sommes en présence ici d'un éloignement de l'un des contractants de la logique issue de la justice contractuelle.

1°/ Sanction de la lésion par la rescision ou la révision

1175. Pour une bonne compréhension, nous devons poser clairement les définitions de la lésion (a) puis de ses sanctions (b).

a. Définition de la lésion

1176. Problématique. – La lésion se définit comme le « *préjudice que subit l'une des parties au contrat (...) du fait de l'inégalité originaires des prestations réciproques* »²⁷⁵⁴. Alors même que ce déséquilibre s'observe lors de la formation d'un contrat à titre onéreux, nous décidons d'étudier ce phénomène dans l'analyse du droit de punir confronté à l'exécution du contrat. Il est clair en effet que c'est moins la validité originelle de la convention que son exécution lésionnaire, déséquilibrée, inégale et dès lors injuste qui est prise en considération.

²⁷⁵³ FAUVARQUE-COSSON (B.), « Droit des contrats », *D.* 2005, Pan. p. 2847. Pour une analyse nuancée de l'intention de nuire, V. KARIMI (A.), *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Paris, L.G.D.J., 2001, spéc. n^{os} 169 et ss.

²⁷⁵⁴ CORNU (G.) (sous la dir.), *op. cit.*, v^o « Lésion ».

Mais si l'on sait à quel moment doit être appréciée la lésion, plus délicate est la question de sa définition même. L'inégalité entre les parties entraîne-t-elle toujours un cas de lésion condamnable ou doit-elle atteindre un certain degré pour cela ? La réponse se trouve dans l'importance qu'un système juridique donné confère à la liberté contractuelle. Soit l'on considère cette liberté comme déterminant la volonté des parties et la force obligatoire du contrat ; soit l'on considère, à l'inverse, que l'on doit dépasser la volonté exprimée et s'interroger sur l'équilibre réel du contrat. Alors que le premier cas assure la sécurité juridique et la stabilité des conventions, le second atteste d'une plus grande justice dans le droit des contrats²⁷⁵⁵.

1177. Conception objective de la lésion. – En disposant en son article 1118 que la « lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes (...) », le Code civil a souhaité qualifier la lésion d'exception et privilégier la sécurité contractuelle. Mais en réservant la sanction de la lésion pour certaines situations seulement (mineurs non émancipés²⁷⁵⁶, majeurs protégés²⁷⁵⁷, ventes d'immeubles²⁷⁵⁸, partage²⁷⁵⁹, propriétés littéraires et artistiques²⁷⁶⁰, baux ruraux²⁷⁶¹...) ²⁷⁶², le droit positif a-t-il pour autant rejeté l'idée d'une justice contractuelle commutative ? La réponse est négative puisqu'au vu de la jurisprudence, il est indéniable que dans les cas ainsi prévus par la loi, « l'égalité des prestations est exigée comme un principe supérieur à celui de la liberté contractuelle : ce qui est juste prime ce qui a été voulu – même voulu consciemment et librement »²⁷⁶³.

Tout en conservant son caractère exceptionnel – en ce sens qu'elle est réservée à certaines situations et ne constitue pas une cause générale d'annulation des contrats – la lésion intègre donc une dimension éthique consistant en la recherche d'un équilibre contractuel²⁷⁶⁴. Indépendamment des circonstances ou d'éventuels vices du consentement, « la lésion est un

²⁷⁵⁵ Sur cette dualité, V. spéc. STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, t. 2, n^{os} 902 et ss.

²⁷⁵⁶ C. civ., art. 1305.

²⁷⁵⁷ C. civ., art. 491-2, al. 2 et art. 510-3.

²⁷⁵⁸ C. civ., art. 1674.

²⁷⁵⁹ C. civ., art. 887.

²⁷⁶⁰ C. prop. intell., art. L. 131-5.

²⁷⁶¹ C. rur., art. L. 411-13

²⁷⁶² Pour une énumération exhaustive des situations lésionnaires pouvant être sanctionnées, V. TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n^{os} 308 et ss. ; STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, t. 2, n^{os} 922 et ss. ; BÉNABENT (A.), *op. cit.*, n^{os} 168 et 169.

²⁷⁶³ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *L'acte juridique*, *op. cit.*, n^o 245.

²⁷⁶⁴ Req. 28 déc. 1932, *DP* 1933.1.87, rapp. Dumas – Req. 21 mars 1933, *DH* 1933, p. 235 ; S. 1933.1.136 – Civ. 21 avr. 1950, *JCP* 1950.II.5800, rapp. Cavarroc et note R. C. ; S. 1951.1.57.

vice objectif tenant au défaut d'équivalence des prestations »²⁷⁶⁵. C'est donc simplement sur la base de la démonstration de ce déséquilibre qu'une sanction pourra alors être prononcée.

b. Définition de la rescision et de la révision

1178. Rescision. – Comme nous l'avons signalé précédemment, la nullité *stricto sensu* est ici évacuée de notre étude. Pour autant, la rescision n'est pas éloignée de cette sanction puisqu'il est admis qu'elle constitue une sorte de nullité relative pour laquelle seul le contractant lésé a le droit d'agir. Et, comme toute forme de nullité, cette sanction conduit à l'anéantissement rétroactif du contrat de sorte que l'action en rescision pour lésion, au-delà de l'éthique qu'elle peut développer dans le droit des contrats, peut constituer un inconvénient pratique majeur pour les parties à la convention, qu'il s'agisse de l'auteur même de la lésion ou de la partie-victime. C'est pourquoi, dans certains cas, le recours à la révision du contrat sera préféré.

1179. Révision. – Outre le délai très bref de l'action en rescision pour lésion (2 ans), il est parfois préférable de sauvegarder le contrat – malgré son caractère lésionnaire – en rééquilibrant les prestations respectives. Dans la mesure où la lésion est souvent déterminée par une tarification légale²⁷⁶⁶, une révision du contrat pourra intervenir en proportion de ces éléments. Si aucune tarification n'existe, une diminution du prix pourra tout de même s'effectuer ; cette mesure étant meilleure tant au regard de la stabilité qu'à celui de la justice des contrats²⁷⁶⁷.

1180. Au regard de l'appréciation objective de la lésion et des sanctions pouvant être prononcées, pouvons-nous conclure à une immixtion du droit de punir dans ce genre de situation ? En d'autres termes, la rescision et la révision possèdent-elles une nature punitive ? Aucune réponse ne peut être apportée dans la mesure où l'imprécision régit en la matière. Le fondement de la lésion reste évanescent et ses sanctions n'ont pas de fonction clairement exprimée.

²⁷⁶⁵ TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 314, p. 321.

²⁷⁶⁶ V. par exemple, la lésion de plus des 7/12^{èmes} pour les ventes d'immeubles et les cessions de droits d'auteur et de plus d'un quart en cas de partage.

²⁷⁶⁷ V. STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, t. 2, n° 997.

2°/ Nature punitive non systématique des sanctions de la lésion

1181. Difficile immixtion du droit de punir au sein de la lésion. – Deux raisons principales nous poussent à douter de la nature punitive de la rescision et de la révision pour cause de lésion. D'une part, ces sanctions ne sont pas automatiques mais restent subordonnées à des conditions particulières et s'inscrivent dans des situations délimitées ; cette non-systématicité conduit naturellement à affaiblir la réprobation morale que l'on est en droit d'attendre d'une punition (a). D'autre part, lorsque ces sanctions sont prononcées, il n'est pas nécessairement relevé une faute du cocontractant ; faute pourtant révélatrice de la finalité moralisatrice d'une punition contractuelle (b).

a. Non-automaticité de la sanction de la lésion

1182. Première conséquence de la conception objective de la lésion. – Affirmer que la lésion est un vice affectant le contrat du fait du déséquilibre entre les prestations des parties, ne signifie pas que toute absence d'équivalence entre ces prestations donne naissance à une sanction. D'une part, la lésion est parfois forfaitairement déterminée par la loi de sorte qu'une sanction sera inenvisageable si un déséquilibre, bien que frappant la relation contractuelle, se place en dehors de ce cadre forfaitaire. En outre, lorsqu'aucune détermination légale de la lésion n'existe, « il revient au juge de déterminer le seuil à partir duquel l'inégalité entre les prestations devient suffisamment grave pour justifier une sanction »²⁷⁶⁸. Suivant sa propre appréciation, le juge révélera ou non juridiquement une lésion et engagera ou non une restitution de l'équilibre contractuel.

Que l'on se place dans le système forfaitaire légal ou dans le système judiciaire, on remarque une injustice et une inégalité. Au gré des contrats et des circonstances, les contrats seront ou non considérés comme lésionnaires. Si l'on avait voulu conférer à la rescision ou à la révision le moindre caractère punitif, n'eût-il point été préférable de généraliser le caractère lésionnaire – donc répréhensible – des contrats dès la constatation d'une disproportion entre les diverses prestations ? Cela ne reviendrait pas à sacrifier la sécurité juridique sur l'autel de la justice commutative puisque si le propre d'une sanction contractuelle est de moraliser les relations issues d'une convention, il est évident qu'aucun déséquilibre significatif ne doit intervenir entre les parties du fait de la supériorité de l'une et de l'infériorité de l'autre. Pour

²⁷⁶⁸ TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 315.

offrir aux sanctions de la lésion d'indéniables finalités tant punitives que dissuasives, il conviendrait de les systématiser dès que l'on parviendrait à démontrer d'une part l'absence d'équivalence et, d'autre part, l'absence d'acceptation expresse du déséquilibre de la part des personnes. Si un déséquilibre accompagné d'une exploitation ou d'une tromperie est donc constaté, la sanction devra être automatiquement prononcée. Mais établir une telle systématisation revient inévitablement à refuser le caractère relatif de ces sanctions.

1183. Conséquence du caractère relatif de la rescision. – La non-automaticité de la sanction en cas de lésion est perceptible également à travers le caractère relatif de la rescision. Puisque cette action ne peut être engagée que par la seule partie lésée, il est délicat de reconnaître une dimension réellement réprobatrice à cette sanction. Présentant les exigences liées au caractère dissuasif de la nullité, un auteur souligne sa nécessaire effectivité : « *Le débiteur de l'obligation doit en effet croire à la réalisation effective de la sanction, ce qui suppose non seulement la dénonciation de la violation, mais aussi l'application de la sanction prononcée* »²⁷⁶⁹. Or, sur ces deux points (dénonciation et application), de fortes incertitudes demeurent. Est-il constant qu'une victime veuille dénoncer et sanctionner la lésion par la rescision alors même que l'anéantissement du contrat peut lui être plus préjudiciable que son maintien ?²⁷⁷⁰ Ainsi l'application de la sanction est donc loin d'être systématique. Ici encore, une lésion peut être relevée sans qu'elle entraîne la moindre réprobation de l'acte déloyal commis. Ce manque d'effectivité fragilise considérablement l'acceptation punitive de la rescision et la moralisation par cette sanction des relations contractuelles. Cette faiblesse étant par ailleurs aggravée par le fait que la révélation d'une faute du contractant n'est pas systématique.

b. Non-automaticité de la faute du contractant

1184. Présomption de déloyauté. – La lésion s'entend de la constatation d'un préjudice pour l'un des contractants suite à une inégalité entre les engagements pris par chacun. Au regard de ce dommage contractuel, il est possible de présumer un comportement déloyal de l'autre partie dans la définition de ses prestations. Une habileté et une compétence particulières dans

²⁷⁶⁹ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.*, n° 68, p. 74.

²⁷⁷⁰ Dans une période de pénurie de logement, un acheteur a-t-il vraiment intérêt à demander la rescision du contrat de vente ? Cet inconvénient a été écarté en matière de baux d'habitation. L'article 17 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs (JO du 8 juill. 1989) prévoit expressément le maintien du contrat et la possibilité pour le locataire de demander la réduction des loyers.

un domaine précis permettront dans certaines situations à une personne d'exiger de son cocontractant un engagement plus approfondi et injustifié au regard des exigences classiques. Mais le plus souvent un exercice abusif d'une supériorité économique sera à l'origine du caractère lésionnaire du contrat, n'excluant d'ailleurs pas tout lien avec le droit pénal.

1185. Lésion, complément punitif du droit pénal. – Certaines infractions pénales possèdent de nombreuses similitudes avec la lésion. En est-il ainsi de l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse incriminé à l'article 223-15-2 C. pén.²⁷⁷¹ ou de l'abus de situation de dépendance ou de vulnérabilité réprimé aux articles 225-13 et 225-14 C. pén.²⁷⁷². Très souvent, dans ces diverses situations, une relation contractuelle existe (contrat de vente²⁷⁷³, contrat d'assurance-vie²⁷⁷⁴, contrat de travail²⁷⁷⁵, contrat de bail²⁷⁷⁶) constituant ainsi un élément déterminant dans la réalisation de ces infractions. Lors de cette relation, une personne abuse de sa puissance économique (bailleur face au preneur ; employeur face au salarié ; banquier face au client...) et crée un déséquilibre lors de la formation du contrat. Alors que les infractions pénales précitées répriment les atteintes à la liberté de comportement²⁷⁷⁷ ou à la dignité de la personne, la reconnaissance par le juge civil du caractère lésionnaire du contrat sanctionne semble-t-il les manquements de l'une des parties à son devoir de loyauté. En marchant dans les pas de la répression pénale, les sanctions civiles pour cause de lésion

²⁷⁷¹ Pour la répression de l'abus de l'état d'ignorance ou de faiblesse en droit de la consommation, V. art. L. 122-8 à L. 122-10 du Code de la consommation.

²⁷⁷² C. pén., art. 225-13 : « *Le fait d'obtenir d'une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende* ».

C. pén., art. 225-14 : « *Le fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende* ».

²⁷⁷³ Crim. 12 janv. 2000, *Bull. crim.* n° 15 ; *Dr. pén.* 2000, comm. 69, note M. Véron ; *D.* 2001, p. 813, note Maréchal ; *Rev. sc. crim.* 2000, p. 614, obs. R. Ottenhof ; *RTD com.* 2000, p. 741, obs. B. Bouloc (abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse).

²⁷⁷⁴ CA Toulouse 22 juill. 1998 (abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse) – CA Paris 2 avril 2001, *D.* 2001, IR p. 1669 (abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse).

²⁷⁷⁵ Crim. 11 déc. 2001, *Bull. crim.* n° 256 ; *D.* 2002, IR p. 695 ; *Dr. pén.* 2002, comm. 65, note M. Véron (abus de situation de dépendance ou de vulnérabilité) – Crim. 3 déc. 2002, *Bull. crim.* n° 215 ; *JCP* 2003.IV.1096 ; *Dr. pén.* 2003, comm. 30, note M. Véron (abus de situation de dépendance ou de vulnérabilité) – Crim. 4 mars 2003, *Bull. crim.* n° 58 ; *JCP* 2003.IV.1804 ; *Rev. sc. crim.* 2003, p. 561, obs. Y. Mayaud ; *Dr. pén.* 2003, comm. 83, note M. Véron (abus de situation de dépendance ou de vulnérabilité).

²⁷⁷⁶ Crim. 17 janv. 2001, *Bull. crim.* n° 16 ; *D.* 2001, IR p. 981 (abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse) – Crim. 11 févr. 1998, *Bull. crim.* n° 53 ; *Dr. pén.* 1998, comm. 65, note M. Véron ; *Rev. sc. crim.* 1998, p. 542, obs. Y. Mayaud et p. 763, obs. B. Bouloc (abus de situation de dépendance ou de vulnérabilité) – Crim. 23 avril 2003, *Dr. pén.* 2003, comm. 107, note M. Véron (abus de situation de dépendance ou de vulnérabilité).

²⁷⁷⁷ En ce sens, V. CONTE (P.), *Droit pénal spécial*, Paris, Litec, 2^{ème} éd., 2005, nos 274 à 277.

intègrent donc indéniablement une dimension punitive. Encore faut-il toutefois que l'on se place dans les situations où la lésion est légalement prévue. Si tel est le cas, un rapprochement entre le droit pénal et le droit civil est perceptible. La rescision pour cause de lésion apparaît alors comme le complément de la répression pénale mise en œuvre à la suite de la constatation d'un comportement de l'un des contractants jugé répréhensible.

Mais s'il est aisé, face à une infraction pénale, de conclure à la finalité punitive des sanctions de la lésion, cela est beaucoup plus délicat lorsque la relation contractuelle ne donne lieu à aucune poursuite pénale.

1186. Seconde conséquence de la conception objective de la lésion : inutilité d'une exploitation systématique. – Selon la conception objective de la lésion, le simple défaut d'équivalence manifeste suffit à démontrer le caractère lésionnaire de la relation contractuelle. Ainsi, il n'est nul besoin de prouver l'existence d'un quelconque vice du consentement ou même d'une exploitation fautive de l'une des parties par l'autre jugée économiquement puissante. Il n'y a en réalité aucune présomption de déloyauté au regard du déséquilibre économique. La lésion existe qu'il y ait ou non exploitation frauduleuse et délibérée d'un contractant.

Dans la mesure où la déloyauté ne saurait être systématiquement révélée, il est délicat d'inférer de la simple constatation d'une disproportion conventionnelle l'ambition punitive des sanctions alors mises en œuvre. Il se peut, dans certaines situations comme celles précédemment énumérées et donnant lieu à infractions pénales, que puisse être prouvé un abus ou une faute d'une partie. Mais puisqu'aucune exigence n'existe sur ce point pour sanctionner civilement la lésion, on ne peut connaître le fondement véritable de ces sanctions ; si l'on est certain que celles-ci réprouvent le déséquilibre économique issu de la formation de certains contrats, on ne peut savoir en revanche si elles punissent expressément l'exercice abusif et fautif de la puissance économique d'un contractant.

Même si l'on détenait une certitude sur ce dernier point, les sanctions de la lésion auraient-elles réellement une utilité au regard du droit de punir ? On peut en douter.

1187. Conclusion : inutilité de la lésion au regard du droit de punir. – Au vu de l'ensemble des éléments caractérisant la lésion, une conclusion s'impose dès lors que l'on confronte cette technique au droit de punir.

Dans cette perspective, si l'on souhaite intégrer pleinement les sanctions de la lésion dans une dynamique punitive, il faudrait les systématiser. Mais, comme nous l'avons vu²⁷⁷⁸, cette généralisation passerait nécessairement par la démonstration de l'exploitation fautive de l'une des parties au contrat, ce qui renverrait incontestablement aux hypothèses déjà analysées de violence et de dol ; la lésion n'ayant pas alors de réelle utilité au regard de la mise en œuvre du droit de punir dans le domaine contractuel.

Dans le même sens, si un vice du consentement (violence ou dol) ne peut être expressément relevé, l'exploitation fautive donnant naissance au contrat lésionnaire se rapporte à un usage abusif d'une puissance économique ou d'une position dominante. Cet usage dépasse naturellement l'exécution normale du contrat et, tout en le déséquilibrant, manifeste l'abus intolérable et répréhensible de l'une des parties. Les sanctions fondées sur le seul déséquilibre contractuel n'ont donc aucune fonction punitive propre ; le droit de punir ne s'immisçant dans ces hypothèses qu'à travers la notion incontournable d'*abus*²⁷⁷⁹. En dehors de ce concept, nulle sanction punitive ne peut être relevée ; ceci nie donc toute autonomie de la lésion et de ses sanctions par rapport au mécanisme punitif mis en œuvre à la suite d'une exécution abusive du contrat par l'une des parties.

B. – Certitude de la nature punitive des sanctions fondées sur un abus dans l'exécution du contrat

1188. Dualité de l'abus²⁷⁸⁰. – Le terme "abus" qui, selon un auteur, « ne manque pas d'être flou »²⁷⁸¹, vient du latin *abusus* et *abuti* signifiant « faire mauvaise usage » de quelque

²⁷⁷⁸ V. *supra*, n° .

²⁷⁷⁹ En ce sens, V. CHAZAL (J.-P.), « Théorie de la cause et justice contractuelle... », *op. cit.*, n°s 12 et 16 : « ce n'est que lorsqu'il y a abus de cette puissance économique, cet abus se traduisant par l'existence de clauses manifestement déséquilibrées, que le mécanisme de la lésion qualifiée protège la partie économiquement faible en ouvrant au juge la possibilité de réviser le contenu du contrat pour le rééquilibrer (...) En effet, le seul déséquilibre contractuel, s'il n'a pour cause un abus de puissance économique, ne devrait pas permettre au juge de modifier la loi des parties ».

²⁷⁸⁰ Nous entendons ce terme latin dans son sens premier et non dans son sens actuel correspondant à la caractérisation d'une prérogative du droit de propriété (V. également le *fructus* et l'*usus*).

²⁷⁸¹ JAMIN (C.), « Réseaux intégrés de distribution : De l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP* 1996.I.3959, n° 5.

chose²⁷⁸². L'abus est donc une prérogative que l'on s'arroge illégitimement dans l'exercice d'une action particulière dans un but autre que celui normalement envisageable. Si cet exercice se traduit naturellement par une certaine forme d'excès, nous ne pouvons écarter le fait que l'*abusus* peut également s'inscrire dans une logique de non-accomplissement de ses obligations ; on abuse alors de sa position de contractant par le non-respect de ses engagements. Suivant cette dualité, deux mesures viennent ainsi réprimer ce genre d'attitudes : la résiliation en cas d'excès dans l'exécution du contrat (1°) et la résolution en cas de déficience dans cette exécution (2°).

1°/ Caractère punitif de la résiliation en cas d'excès dans l'exécution du contrat

1189. La résiliation (a) révélera sa dimension punitive si l'on parvient – et si l'on parvient seulement – à mettre en perspective le caractère moralisateur de cette sanction contractuelle (b).

a. Présentation de la résiliation

1190. Retour sur l'indétermination du prix. – Selon les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1995 relatifs à l'indétermination du prix, « *lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation* ». Ainsi, dans les cas où l'imprécision du prix ne conduit pas à la nullité du contrat (contrat-cadre), c'est-à-dire dans les cas où l'indétermination du prix ne se confond pas avec l'absence de l'objet même de l'obligation²⁷⁸³, la mesure envisagée pour tenter de régulariser le contrat est la résiliation²⁷⁸⁴. En cas d'abus de l'un des contractants dans la fixation du prix lors de conventions d'exécution d'un contrat-cadre, cet « *ensemble contractuel* »²⁷⁸⁵ doit être frappé par la résiliation, annulé pour l'avenir, sans rétroactivité.

²⁷⁸² CORNU (G.) (sous la dir.), *op. cit.*, v° « Abus ».

²⁷⁸³ Pour des exemples, V. *supra*, n° et en note.

²⁷⁸⁴ Nous cantonnons ici notre propos à la seule résiliation du contrat pour détermination abusive du prix ; L'indemnisation sera quant à elle étudiée lors de l'analyse des différents mécanismes de compensation des déséquilibres dommageables (V. *infra*, n°s *et ss.*).

²⁷⁸⁵ Sur le concept d'*ensemble contractuel*, V. spéc. NAJJAR (I.), « La notion d'"ensemble contractuel" », *Mélanges Decocq*, *op. cit.*, p. 509 ; « L'"ensemble contractuel" sur sa lancée... », *D.* 2005, p. 1105. Selon cet auteur, il est des cas dans lesquels « *des actes apparemment séparés forment en réalité un "ensemble", c'est-à-dire un seul et même acte substantiel* » (« La notion d'"ensemble contractuel" », *op. cit.*, p. 510). Précisons toutefois que M. NAJJAR écarte quelque peu le contrat-cadre de la logique poursuivie par un *ensemble contractuel*

Cette mesure est donc à distinguer de la nullité quant à la portée de ses effets. La nullité se caractérise expressément par l'anéantissement rétroactif du lien contractuel²⁷⁸⁶, constituant pour une partie de la doctrine une excessive sanction dans certains domaines, du fait précisément de ses effets dévastateurs²⁷⁸⁷.

Mais au-delà de ses effets particuliers, on s'aperçoit que la résiliation peut se rapprocher sensiblement de la nullité. En effet, nous avons vu que la nullité acquérait une acception punitive dès lors que cette sanction prenait en considération le comportement déloyal de l'un des contractants²⁷⁸⁸. Nous devons conclure, en ce qui concerne la résiliation, à une identique acception punitive dès lors que cette mesure se fonde également sur le comportement indélicat du cocontractant.

1191. Résiliation et appréciation du comportement infidèle du contractant. – Avant même le revirement de jurisprudence réalisé par l'Assemblée plénière, la Première Chambre civile de la Cour de cassation avança déjà l'idée selon laquelle il est nécessaire de considérer la loyauté du comportement du cocontractant dès lors qu'il précise dans le contrat-cadre que le prix sera fixé « *sur la base du tarif en vigueur* »²⁷⁸⁹. En admettant que le prix – considéré encore ici comme une condition de validité du contrat – peut être unilatéralement déterminé par une partie au contrat, la Cour de cassation est contrainte de prévoir parallèlement la possibilité pour le juge de sanctionner ce contractant si un abus est établi dans cette détermination. Aussi est-il nécessaire, selon la Première Chambre civile, pour que le contrat soit valable, qu'il ne soit pas démontré que l'un des contractants ait « *abusé de l'exclusivité qui lui était réservée pour majorer son prix dans le but d'en tirer un profit illégitime, et ainsi méconnu son obligation d'exécuter la convention de bonne foi* ».

(*Ibid.*, p. 521).

²⁷⁸⁶ Sur ce point, V. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.*, n^{os} 38 et ss. et n^{os} 57 et ss.

²⁷⁸⁷ JAMIN (C.), « Réseaux intégrés de distribution : De l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *op. cit.*, n^o 2. V. également AYNÈS (L.), « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? », *D.* 1993, chron. p. 25 ; FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le choix de l'annulation comme sanction de l'indétermination du prix dans les contrats d'exclusivité et ses conséquences », *Petites affiches* 8 déc. 1993, n^o 47, p. 14 ; STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, t. 2, n^o 600.

²⁷⁸⁸ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

²⁷⁸⁹ Civ. 1^{ère} 29 nov. 1994 (*Alcatel*), *Bull. civ. I* n^o 348 ; *D.* 1995, p. 122, note L. Aynès ; *JCP* 1995.II.22371, note J. Ghestin ; *Contrats-Concur-Cons.* 1995, n^o 24, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 1995, p. 358, obs. J. Mestre ; *RTD com.* 1995, p. 464, obs. B. Bouloc.

Suivant cette logique²⁷⁹⁰, l'Assemblée plénière réitère le souci des juges de prouver l'abus dans la fixation du prix pour pouvoir sanctionner le cocontractant déloyal. S'il est vrai que les arrêts de 1995 diffèrent de l'arrêt de la Chambre civile – en ce sens que la détermination du prix n'est pas toujours une condition de validité du contrat – on ne peut nier le fait selon lequel le raisonnement demeure celui tendant à réprouver l'infidélité de l'une des parties au contrat par rapport à ses engagements initiaux. En effet, en estimant que le prix peut être déterminé ultérieurement et unilatéralement par l'un des contractants, l'Assemblée plénière n'offre pas pour autant un blanc-seing à ce dernier pour exagérer le prix. Aussi devra-t-il être sanctionné s'il a fait preuve de déloyauté envers son cocontractant en lui imposant un prix excessif. Même si aucune indication du prix n'existe initialement, force est de constater que l'agent reste soumis à un devoir de probité et de fidélité à l'encontre de l'autre partie qui, confiante, décida de conclure un contrat aux données indéterminées. La résiliation sanctionnera donc la violation, lors de l'exécution des conventions successives, de cet accord implicite initial et du risque de déséquilibre contractuel.

1192. Frontières de la résiliation : intention de se désolidariser ou intention de nuire. – Cette instabilité contractuelle doit être précisée. Si la résiliation tient compte de l'usage abusif de la position occupée par l'un des contractants, elle ne saurait se circonscrire au seul déséquilibre économique pouvant survenir entre les parties. Dépassant le simple excès dans la détermination matérielle du prix, c'est plus largement le comportement infidèle du cocontractant qui est mis en cause. De cette approche morale de la résiliation, surgit la dimension incontestablement punitive de cette sanction ; punition qui, non sans une certaine originalité, parvient à s'exprimer en dehors même de toute prise en considération de l'intention de nuire du cocontractant. La moralisation contractuelle qui émerge alors de la résiliation passe davantage par la preuve d'une volonté de se désolidariser du lien contractuel que de nuire ouvertement à l'autre partie. On remarque donc que cette sanction poursuit avec rigueur l'objectif assigné au droit de punir de nature civile dans la mesure où elle tend directement à agir sur le maintien d'une fidélité contractuelle et au développement d'une moralisation des relations conventionnelles.

b. Moralisation par la résiliation

²⁷⁹⁰ Pour une mise en perspective des différences existant entre les arrêts de la Première Chambre civile et les arrêts de l'Assemblée plénière, V. TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 293.

1193. Résiliation et considération morale de l'abus dans la fixation du prix : apparition du droit de punir. – Si la résiliation demeurerait simplement la sanction encourue par un contractant en cas d'abus de sa position de supériorité et d'imposition d'un prix excessif lors de l'exécution des conventions successives, il est clair que cette mesure serait dénuée de toute perspective punitive. Son rôle se limiterait au rééquilibrage des engagements respectifs des parties. Le profit illégitime du professionnel ayant imposé de manière arbitraire un prix à l'autre partie en situation de faiblesse devrait donc être réduit afin de réinstaurer un équilibre contractuel.

Telle n'est toutefois pas la position doctrinale et jurisprudentielle aujourd'hui retenue de l'abus dans la fixation du prix. Dans ses arrêts de 1995, la Cour de cassation poursuit un objectif plus profond et « *confirme son souci de moraliser les relations contractuelles en faisant appel à la notion d'abus* »²⁷⁹¹. Cette formule renvoie principalement à un comportement abusif dans la détermination des modalités de fixation du prix et non à un excès dans le quantum de ce dernier. C'est davantage le procédé même de l'imposition du prix que son montant qui est alors en cause²⁷⁹². En effet, « *un prix peut être imposé, unilatéralement fixé, sans pour autant être excessif* »²⁷⁹³. La dimension de la résiliation ne peut dès lors être circonscrite à la simple protection d'une partie considérée comme économiquement "faible" en rétablissant le contrat dans de plus justes proportions. Cette mesure acquiert bien davantage une fonction moralisatrice envers « *l'une des parties [qui] a rompu le rapport de confiance qui l'unissait à son cocontractant* »²⁷⁹⁴.

1194. Résiliation et déloyauté contractuelle. – La résiliation s'inscrit donc d'une part dans une dimension de rétablissement de la proportion des engagements et, d'autre part, dans une dimension symbolique de respect inconditionné de ces engagements contractuels, même si ceux-ci ont été frappés d'imprécision, comme ils peuvent l'être au sein d'un contrat-cadre. En contractant, les personnes doivent faire preuve d'altruisme et ce devoir s'impose prioritairement « *à ceux entre les mains desquels le sort du contrat a été placé par le biais d'une clause qui leur confère un pouvoir exclusif sur la détermination du contenu*

²⁷⁹¹ FINEL (L.), « Les règles relatives à la détermination du prix et le contrat de prêt bancaire », *JCP* 1996.I.3957, n° 20.

²⁷⁹² AYNÈS (L.), « Note sous Ass. plén. 1^{er} déc. 1995 », *D.* 1996, Jurisp. p. 20 : « *c'est "l'abus dans la fixation du prix", et non le prix excessif, qui est condamné* ».

²⁷⁹³ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.*, n° 174, p. 152.

²⁷⁹⁴ TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 294.

contractuel »²⁷⁹⁵ ; ce devoir oblige donc « celui qui peut déterminer unilatéralement l'objet de l'obligation de son partenaire à ne pas commettre d'abus »²⁷⁹⁶. En exécutant le contrat, l'une des parties ne peut, en excédant les stipulations contractuelles, s'arroger le droit d'aggraver la situation de son cocontractant sous peine de violer les engagements initiaux et rompre la confiance et la coopération qu'il avait forgées lors de l'acte fondateur. Comme l'énonce le Pr. AYNÈS, « lorsque le juge contrôle l'exercice d'un droit de fixation unilatérale du prix, ce n'est pas la valeur objective du bien qu'il s'attache à découvrir, mais la loyauté de la pratique contractuelle »²⁷⁹⁷. Cette violation traduit donc un manque patent de fidélité qui, par ailleurs, n'est pas propre à l'abus – entendu comme un excès – mais peut être identiquement regrettée lorsque l'une des parties exécute le contrat en deçà de ses obligations originelles.

2°/ Caractère punitif de la résolution judiciaire en cas de déficience dans l'exécution du contrat

1195. Définition. – En cas d'inexécution par un contractant de son obligation née d'un contrat synallagmatique, le créancier dispose d'une option précisée par l'alinéa 2 de l'article 1184 C. civ. Selon cette disposition, la « partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts ». Nous limiterons ici notre exposé à la seconde possibilité²⁷⁹⁸. Contrairement à la résiliation, la résolution emporte anéantissement rétroactif du contrat et extinction de l'ensemble des obligations nées du rapport contractuel²⁷⁹⁹. Cette mesure se rapproche alors davantage de la nullité ; la distinction avec celle-ci provenant du seul fait que la résolution ne peut être prononcée qu'en cours d'exécution du contrat, non lors de sa formation.

En demeurant proche de la nullité, la résolution fait naître les mêmes incertitudes quant à son caractère punitif (envers les parties défaillantes) et moralisateur des relations contractuelles.

²⁷⁹⁵ MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *op. cit.*, p. 619.

²⁷⁹⁶ *Ibid.*

²⁷⁹⁷ AYNÈS (L.), *op. cit.*, p. 20 : « Il est donc admis désormais que la fixation d'un prix futur peut être contractuellement confiée à l'une des parties. Cette marque de confiance est la source d'un devoir de loyauté, qui s'accorde avec l'esprit de collaboration imprégnant les contrats de durée ».

²⁷⁹⁸ La première possibilité consiste en la mise en œuvre de l'exception d'inexécution ou de l'exécution forcée grâce notamment aux astreintes ; ces techniques doivent être analysées ultérieurement (V. *infra*, n^{os} **et ss.**).

²⁷⁹⁹ Pour une réaffirmation récente de ce principe, V. Civ. 3^{ème} 22 juin 2005, *JCP* 2005.II.10149, note Y. Dogorne-Labbe.

Si certains éléments favorisent l'émergence d'une dimension répressive de la résolution (b), d'autres au contraire l'affaiblissent sensiblement (a).

a. Eléments défavorables à la révélation du caractère punitif de la résolution judiciaire

1196. Résolution judiciaire et réclamation du créancier. – Si l'article 1184 C. civ. dispose que la « condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement », il souligne immédiatement le fait que cette « résolution doi[ve] être demandée en justice ». Le créancier insatisfait assigne donc le débiteur défaillant et demande la résolution du contrat pour se libérer de ses engagements. Proche d'une nullité relative, cette résolution judiciaire du contrat est soumise principalement à l'initiative de la partie victime²⁸⁰⁰, réduisant ainsi les éventualités dans lesquelles pourra être prononcée cette mesure. Même si le caractère relatif d'une sanction ne peut, par elle-même, exclure toute dimension punitive, elle n'en demeure pas moins un indice substantiel en la matière, d'autant que le caractère purement facultatif de la résolution judiciaire s'explique également par l'action du débiteur.

1197. Résolution judiciaire et riposte du débiteur. – Comment admettre que la résolution judiciaire – facultative également suivant le pouvoir d'appréciation du juge²⁸⁰¹ – puisse s'analyser comme une pure manifestation du droit de punir en permettant au débiteur d'écarter, avant ou après la décision du juge, l'effet de la résolution ? Si le débiteur offre en effet l'exécution de son obligation, le contrat sera maintenu ou rétabli²⁸⁰², à moins que le juge ne relève un trop lourd retard dans l'exécution ou une insatisfaction dans celle-ci. La résolution judiciaire s'écarte ainsi d'une mesure punitive, laquelle doit d'une part s'inscrire dans la certitude et, d'autre part, être déconnectée de la volonté de la personne subissant cette sanction²⁸⁰³.

1198. Résolution judiciaire et cas de force majeure. – Sur le point précis de la personne, sujet de la sanction, la résolution pèche également par son manque d'esprit réprobateur lorsque cette mesure est prononcée en cas de survenance d'un évènement de force majeure. La jurisprudence admet en effet la résolution quel que soit le motif ayant empêché le débiteur

²⁸⁰⁰ Le créancier du créancier ou la caution peuvent, à titre exceptionnel, exercer une action en résolution. Sur ce point, V. TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 651.

²⁸⁰¹ V. *infra*, n° .

²⁸⁰² Civ. 1^{ère} 22 oct. 1956, *Bull. civ. I* n° 362 ; *JCP* 1956.IV.162.

²⁸⁰³ Sur le rejet de la volonté du délinquant en matière de sanction pénale, V. *supra*, n°s *et ss.*, et spéc. n°s *et ss.*

de satisfaire à ses obligations²⁸⁰⁴. Les juges estiment que « *la seule constatation de l'inexécution par l'un des contractants de ses obligations peut entraîner la résolution du contrat* »²⁸⁰⁵. Par cette prise en considération de la force majeure, on s'éloigne nécessairement de l'examen de la faute du débiteur, élément qui demeure pourtant le critère essentiel de détermination de la nature punitive de la résolution judiciaire.

b. Eléments favorables à la révélation du caractère punitif de la résolution judiciaire

1199. Que ce soit au regard de la loi (1) ou au regard des possibilités extra-légales de procéder à une résolution du contrat (2), le caractère punitif de la résolution judiciaire paraît devoir être relevé.

1) Lecture de l'article 1184 du Code civil favorable à la résolution punitive

1200. Alinéa 1^{er}. – En premier lieu, il convient de s'attacher à la lettre de l'article 1184 du Code civil pour discerner en son sein des indices tendant à faire de la résolution judiciaire une punition de l'agent défaillant et, dès lors, un outil de moralisation des rapports contractuels.

Tout d'abord, l'alinéa premier de cette disposition ne semble pas exclure catégoriquement une certaine approche punitive de la résolution. En précisant que « *la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement* », les rédacteurs du Code civil ont souhaité souligner le champ d'application privilégié de la résolution. Mais en usant du concept de satisfaction, ils ont voulu également et dans une certaine mesure mettre en exergue le caractère fautif et illégitime de l'inexécution²⁸⁰⁶.

1201. Alinéas 2 et 3. – Plus directement, la dimension répressive et morale de la résolution s'apprécie au regard des alinéas 2 et 3 de l'article 1184 soulignant le caractère judiciaire de cette mesure. Selon ces dispositions, la résolution reste facultative au regard des pouvoirs du

²⁸⁰⁴ Civ. 14 avr. 1891, *DP* 1891.1.329, note M. Planiol ; *S.* 1894.1.391 – Civ. 1^{ère} 4 févr. 1976, *Bull. civ. I* n° 53 – Civ. 1^{ère} 2 juin 1982, *Bull. civ. I* n° 205; *RTD civ.* 1983, p. 340, obs. F. Chabas ; *Defrénois* 1983, p. 334, obs. J.-L. Aubert – Civ. 1^{ère} 12 mars 1985, *Bull. civ. I* n° 94 ; *RTD civ.* 1986, p. 345, obs. J. Mestre – Com 9 mars 1999, *Rev. jurisp. dr. aff.* 1999, n° 643, p. 507.

²⁸⁰⁵ GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLAU (M.), *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, Paris, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 2001, n° 453.

²⁸⁰⁶ Le mot "satisfaction" (ou le verbe "satisfaire") vient du latin *satisfactio* qui signifie excuse, justification, disculpation, amende honorable ou, plus globalement, qui s'analyse comme l'action d'acquitter une dette (*Dictionnaire Gaffiot*, v° « satisfactio »). On le voit, ces notions renvoient incontestablement à une attitude initiale critiquable.

juge²⁸⁰⁷ car, disposant d'une appréciation souveraine en la matière, ce dernier peut refuser de prononcer la résolution, préférant par exemple accorder un délai ou prononcer des dommages et intérêts. Ces pouvoirs du juge traduisent, pour certains auteurs, la dimension morale de la résolution : « *s'agissant d'éviter une injustice et de sanctionner le manquement du débiteur, il est normal que rien ne soit automatique* »²⁸⁰⁸.

Si nous soutenons cette analyse, il convient toutefois d'aller plus loin. Une similitude intervient en effet ici entre le refus du caractère automatique de la résolution et le refus des sanctions pénales automatiques²⁸⁰⁹. L'appréciation inéluctable du juge dans ces deux cas traduit la nécessaire adéquation entre la sanction prononcée et l'injustice – sociale et contractuelle – subie par l'une des parties. Pour conférer une pleine dimension dissuasive et morale à la résolution, pour relever le plus parfaitement l'importance des relations en cause – sociales et contractuelles – et afin de les assainir, il est indispensable d'éviter tout arbitraire et que la sanction ainsi prononcée réprime strictement l'attitude fautive de l'agent²⁸¹⁰.

Cette importance conférée au juge conduit-elle pour autant à nier les autres formes de résolution possible ? Une réponse négative doit être apportée. Qu'elles soient le fruit d'une convention ou d'une décision unilatérale d'une partie, ces résolutions non judiciaires n'en demeurent pas moins des indices probants du caractère punitif de la mesure de l'article 1184 C. civ.

2) Caractère punitif et moralisateur de la clause résolutoire et de la résolution unilatérale

1202. Clause résolutoire et consécration de la sécurité juridique. – La clause résolutoire se définit comme la « [c]ause par laquelle les parties, adoptant une condition résolutoire expresse, décident à l'avance dans un contrat (bail, vente, etc.) que celui-ci sera de plein droit résolu, du seul fait de l'inexécution par l'une des parties de son obligation, sans qu'il soit nécessaire de le demander au juge »²⁸¹¹. Contrairement à l'ambiguïté existant entre la

²⁸⁰⁷ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), FLOUR (Y.) et SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, Paris, A. Colin, 4^{ème} éd., 2006, n° 252 ; MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), et STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 878.

²⁸⁰⁸ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), FLOUR (Y.) et SAVAUX (E.), *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n° 252.

²⁸⁰⁹ V. *supra*, n° .

²⁸¹⁰ L'avant-projet de réforme du droit des obligations présenté au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005 pointe toutefois du doigt le fait selon lequel « *l'article 1184 ne précise pas les conditions d'application de la résolution : il ne dit rien du seuil d'inexécution propre à entraîner la résolution, se contentant de viser le "cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement"* » (Contribution du Pr. J. ROCHFELD, p. 41).

²⁸¹¹ CORNU (G.) (sous la dir.), *op. cit.*, v° « Résolutoire – clause ».

résolution judiciaire et la force majeure, la jurisprudence a expressément exclu l'efficacité de la clause résolutoire en cas d'événements de force majeure, réservant cette efficacité pour les seules inexécutions contractuelles imputables au débiteur²⁸¹². Mais cette imputabilité induit-elle systématiquement le caractère punitif de l'application de la clause résolutoire ?

On put en douter à la suite d'une jurisprudence rendant indifférente la bonne foi du débiteur au regard de l'efficacité de la clause résolutoire²⁸¹³. Suivant ces arrêts, il serait inopportun de croire en une punition véritable ; la clause résolutoire tenant avant tout en la démonstration de la force nécessairement obligatoire du contrat (C. civ., art. 1134). En sanctionnant par l'application de la clause résolutoire la simple inexécution – de bonne ou de mauvaise foi – des obligations contractuelles, ces décisions privilégient la sécurité juridique sur la justice contractuelle²⁸¹⁴ ; si la bonne foi est une condition de la force obligatoire du contrat, l'inexécution en revanche rend la sanction automatique, quelle que soit la teneur de la foi contractuelle de la personne. De cette jurisprudence, nulle stigmatisation punitive ne semble pouvoir ressortir. Et pourtant, la doctrine semble aujourd'hui prête à concevoir la clause résolutoire comme une véritable « *peine privée contractuelle* »²⁸¹⁵.

1203. Clause résolutoire et réaffirmation de la justice commutative. – Si nous examinons la clause résolutoire seulement du point de vue de la jurisprudence relative à la bonne foi, il est évident qu'aucun caractère moralisateur ne peut résulter de cette sanction. Pour établir un tel caractère, il convient donc de ne point cantonner notre analyse à la seule considération de la volonté malveillante du contractant. Il faut plus largement concevoir la relation contractuelle comme une relation d'échange et de confiance, la clause résolutoire sanctionnant alors le non-respect de ces prescriptions. Comme le droit pénal ne réprime pas les seuls agissements volontairement contraires à l'ordre social, la résolution intervient pour libérer le créancier envers un débiteur défaillant, que cette défaillance soit intentionnelle ou non. La clause

²⁸¹² Pour un cas de reconnaissance de la force majeure, V. Civ. 3^{ème} 28 juin 1989, *Rev. loyers* 1989, p. 418. Pour une non-reconnaissance de la force majeure, V. Civ. 3^{ème} 20 nov. 1985, *Bull. civ. III* n° 148 ; *RTD civ.* 1987, p. 317, obs. J. Mestre – Civ. 3^{ème} 16 avril 1986, *Bull. civ. III* n° 41 ; *RTD civ.* 1987, p. 316, obs. J. Mestre.

²⁸¹³ Civ. 3^{ème} 14 oct. 1980, *D.* 1981, Somm. p. 107 – Civ. 3^{ème} 10 nov. 1982, *Gaz. Pal.* 1983.1, p. 150 – Civ. 3^{ème} 10 mars 1993, *D.* 1993, p. 357, note Ph. Bihl ; *Contrats-Concur-Cons* 1993, n° 149, obs. L. Leveneur ; *JCP* 1993.I.3725, obs. Ch. Jamin ; *Defrénois* 1994, 35746, n° 19, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1994, p. 100, obs. J. Mestre – Civ. 3^{ème} 24 sept. 2003, *Bull. civ. III* n° 163 ; *RDC* 2004, p. 646, obs. D. Mazeaud ; *Contrats-Concur-Cons* 2003, n° 174, obs. L. Leveneur.

²⁸¹⁴ MAZEAUD (D.), « Observations sous Civ. 3^{ème} 10 mars 1993 », *Defrénois* 1994, 35746, n° 19, p. 347.

²⁸¹⁵ PAULIN (Ch.), *La clause résolutoire*, Paris, L.G.D.J., 1996, n°s 107 et 111. Egalement MESTRE (J.), « Observations sous Civ. 3^{ème} 16 avril 1986 », *RTD civ.* 1987, p. 317 : « la clause résolutoire est une sorte de pénalité privée (...) ».

résolutoire possède donc une fonction moralisatrice des obligations contractuelles, ce que certains auteurs appellent à tort un caractère *pénal*²⁸¹⁶. Il faut donc recourir au concept d'éthique et de justice commutative pour discerner au mieux la nature réelle de cette sanction. Lieu d'échange et de partenariat, le contrat impose envers les parties une certaine discipline qui ne peut être assurée qu'à travers l'instauration d'un mécanisme de stigmatisation de toute forme de négligence ou de désobéissance²⁸¹⁷. Qu'il y ait ou non une faute du débiteur importe peu car, suivant la logique commutative, l'essentiel tient simplement à la mise en place d'un équilibre entre les prestations. La clause résolutoire réprime donc tout déséquilibre dans la mesure où celui-ci induit non seulement une défaillance de l'une des parties, le non-respect des obligations, l'affaiblissement de la force obligatoire et de l'économie générale du contrat, mais traduit également et inévitablement une dévalorisation de la confiance préalablement placée dans le débiteur par le créancier.

Non sans une certaine intransigeance et une vision idéalisée des relations contractuelles, la clause résolutoire – qui ne peut d'ailleurs être accompagnée d'une indemnisation envers le débiteur²⁸¹⁸ – s'inscrit donc dans une logique de réprobation de la non-satisfaction de la parole donnée et de l'inflexibilité du Droit envers l'équilibre contractuel. En concluant, le créancier n'a point fait de pari sur l'avenir²⁸¹⁹ ; il convient dès lors de respecter son engagement moral et matériel. Alors que la sécurité juridique protège la matérialité de l'engagement, la justice commutative assure la moralité de la relation contractuelle ; ces deux points étant parfaitement intégrés dans la clause résolutoire, comme ils le sont d'ailleurs en matière de résolution unilatérale du contrat.

1204. Résolution unilatérale et anticipation punitive. – En dépit de la force obligatoire du contrat inhérente à l'accord préalable de volontés, la jurisprudence a admis la possibilité pour l'un des contractants de rompre unilatéralement le contrat, sans saisine du juge, en cas de comportement grave de l'autre partie²⁸²⁰. Cette hypothèse se fonde précisément sur le

²⁸¹⁶ En ce sens, V. spéc. PAULIN (Ch.), *op. cit.*, n^{os} 109 et ss. Nous rejetons la dénomination *pénal* car celle-ci renvoie directement au droit pénal, ce qui ne saurait être le cas ici. Si la clause résolutoire peut certes avoir certains traits de la sanction pénale, elle ne possède pas une nature strictement pénale.

²⁸¹⁷ Sur ce concept de discipline contractuelle, *ibid.*, n^o 112.

²⁸¹⁸ Selon M. PAULIN, on retrouve ici le caractère afflictif propre à la sanction pénale (*ibid.*, n^{os} 116 et 117).

²⁸¹⁹ *Contra*, V. RIGALLE-DUMETZ (C.), *La résolution partielle du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, n^o 89, p. 53. Nous convenons toutefois du fait selon lequel un pari existe bien évidemment en cas de conclusion d'un contrat aléatoire (C. civ., art. 1104, al. 2).

²⁸²⁰ Civ. 1^{ère} 13 oct. 1998, *Bull. civ. I* n^o 300 ; *D.* 1999, p. 198, note Ch. Jamin et Somm. p. 115, obs. Ph. Delebecque ; *JCP* 1999.II.10133, note N. Rzepecki ; *Deffrénois* 1999, p. 374, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1999,

caractère fautif de l'attitude du débiteur qui nie toute forme d'éthique contractuelle et fait preuve d'un manquement d'une réelle gravité²⁸²¹ : « *Ce n'est pas tant l'inexécution de l'obligation, que le comportement grave, c'est-à-dire en opposition à la foi contractuelle, compromettant la survie même du contrat, qui justifie la rupture* »²⁸²². La gravité des faits n'est d'ailleurs pas laissée à la seule appréciation du créancier puisque les juges pourront examiner *a posteriori* le bien-fondé de la décision unilatérale de résolution. Aussi est-il nécessaire, pour que la résolution soit pleinement validée, que soit prouvée « *l'existence de manquements particulièrement caractérisés mettant gravement en péril les intérêts du créancier* »²⁸²³. Dans ces hypothèses, ce dernier – s'il est de bonne foi – ne fait que devancer la décision judiciaire de résolution du contrat ; décision devenue irrémédiable suite à l'inexécution fautive imputable au seul débiteur²⁸²⁴.

Dans cette perspective, s'il est possible d'assimiler les analyses du créancier et du juge en vue de la résolution du contrat, n'est-il pas également possible de conclure à une identité des conditions de la résolution ? Si la résolution unilatérale se fonde sur une prise en considération du manquement fautif du débiteur, celui-ci est d'autant plus l'objet d'analyse lorsqu'est susceptible d'être prononcée une résolution judiciaire.

1205. Résolution judiciaire : punition et moralisation de l'ensemble des comportements fautifs. – Au regard de la résolution conventionnelle et unilatérale du contrat, la conclusion s'imposant en matière de résolution judiciaire tient à la constatation de sa nature punitive. De manière générale, un auteur affirme en effet que « [q]uelle que soit son origine, légale ou conventionnelle, la résolution pour inexécution est un moyen de sanctionner la violation par un contractant des obligations que le contrat lui impose »²⁸²⁵. Mais affirmer la nature punitive

p. 394, obs. J. Mestre et p. 506, obs. J. Raynard – Civ. 20 févr. 2001, *Bull. civ. I* n° 40 ; D. 2001, p. 1568, note Ch. Jamin et Somm. p. 3239, obs. D. Mazeaud ; *Deffrénois* 2001, p. 705, obs. E. Savaux ; *RTD civ.* 2001, p. 363, obs. J. Mestre et B. Fages – Civ. 1^{ère} 14 janv. 2003, *Bull. civ. I* n° 12 – Civ. 1^{ère} 28 oct. 2003, *Bull. civ. I* n° 211 ; *RDC* 2004, p. 273, obs. L. Aynès et D. Mazeaud ; *Contrats-Concur-Cons* 2004, n° 4, obs. L. Leveneur.

²⁸²¹ Sur ce point, V. spéc. CA Douai 6 juill. 1999, *JCP* 1999.I.191, obs. Ch. Jamin. *Contra*, V. LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004, spéc. n° 198. Cet auteur perçoit très difficilement le caractère systématiquement fautif du débiteur en cas de résolution unilatérale du créancier.

²⁸²² MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 891.

²⁸²³ TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 661.

²⁸²⁴ En ce sens, V. LAITHIER (Y.-M.), *op. cit.*, n° 196 où l'auteur parle de « *résolution judiciaire anticipée* ». Également TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 661 : « *Il semble donc que la gravité du comportement du débiteur défaillant doive être appréciée de manière identique dans les deux cas* », c'est-à-dire la résolution unilatérale et la résolution judiciaire.

²⁸²⁵ PAULIN (Ch.), *op. cit.*, n° 68 (c'est nous qui soulignons). Et plus loin : « *Sanction de la violation d'une obligation contractuelle, elle est un corollaire de la force obligatoire du contrat* » (*op. cit.*, n° 74, p. 79).

– et moralisatrice – de la résolution judiciaire suppose, au préalable, la démonstration du caractère fautif du comportement sanctionné.

Pour SALEILLES, la résolution ne peut s’entendre qu’au regard de la faute du débiteur²⁸²⁶. Cet auteur, et d’autres²⁸²⁷, intègrent donc la résolution dans le cadre de la responsabilité contractuelle²⁸²⁸ ; la référence expresse aux dommages et intérêts dans l’article 1184 C. civ. confortant par ailleurs cette analyse²⁸²⁹. Ainsi, suivant cette logique, si l’on admet que la résolution – judiciaire, unilatérale ou conventionnelle – doive uniquement punir les manquements fautifs des débiteurs, cela signifie que la résolution sanctionne les comportements imputables aux débiteurs négligents ou malveillants. La résolution, en tant qu’anéantissement rétroactif du contrat, peut paraître sévère et inopportune envers une simple incurie. Mais le fait est que la fonction assignée à cette sanction s’inscrit dans un processus de stigmatisation des défaillances des contractants consacrant ainsi le dogme de l’équilibre contractuel. A ce titre, le droit de punir civil doit donc s’exprimer quelle que soit l’intensité des défaillances, comme s’exprime le droit de punir de nature pénale face aux diverses imprudences répréhensibles. La faute doit dès lors être entendue largement comme un comportement infidèle à l’opposé de l’attitude loyale du bon père de famille de l’article 1137

²⁸²⁶ SALEILLES (R.), *La théorie générale de l’obligation*, op. cit., n° 195, p. 214 : « l’inexécution due à la faute du débiteur (...) est le cas d’application normale de la résolution pour inexécution » ; également n° 196, p. 215 : « [Lorsqu’] il s’agit de l’article 1184, on suppose que, par sa faute, le débiteur n’est pas à même d’exécuter intégralement ».

²⁸²⁷ V. spéc. CHABAS (F.), « Observations sous Com. 28 avril 1982 et Civ. 1^{ère} 2 juin 1982 », *RTD civ.* 1983, p. 341 : « la résolution judiciaire [est] tout entière tributaire de l’idée de responsabilité civile, la faute en est une condition nécessaire. La résolution est une forme de réparation en nature et si l’article 1184 dispose qu’elle peut s’accompagner de dommages-intérêts, c’est parce que ces derniers ont éventuellement pour fonction de réparer des préjudices complémentaires, voire le préjudice même que cause la résolution ». Plus généralement, V. COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil*, t. 2, Paris, Dalloz, 7^{ème} éd., 1932, n° 76 : « le débiteur est en faute du moment qu’il n’exécute pas la prestation qu’il doit » ; JOSSERAND (L.), op. cit., n° 380 ; RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité de droit civil*, t. 2, *Obligations et droits réels*, Paris, L.G.D.J., 1957, n° 785 : « le débiteur qui n’exécute pas l’obligation qu’il a assumée par le contrat commet une faute » ; CARBONNIER (J.), *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, Paris, P.U.F., 1996, n° 186 ; MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil. Les obligations*, t. I, Paris, Sirey, 2^{ème} éd., 1988, n° 329 ; MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (F.), op. cit., n°s 1089 et 1097 ; PAULIN (Ch.), op. cit., n°s 70 et ss. (l’auteur parle clairement d’imputabilité et d’illicéité de l’inexécution contractuelle). Pour une appréciation de la résolution dans le système belge et bâtie sur l’idée de faute, V. STIENS (S.), « La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre » in FONTAINE (M.) et VINEY (G.), *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles. Etude de droit comparé*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2001, chap. XIII, n°s 9,25 et 36.

²⁸²⁸ On parle ici précisément de *responsabilité contractuelle* et non de *droit à réparation* ; le second n’étant, nous le verrons, qu’un élément constitutif de la première.

²⁸²⁹ En ce sens, V. BOYER (L.), *Rép. civ.*, v° « Contrats et conventions », 8, 1993, n° 374 : « tout comme les dommages-intérêts, la résolution est la sanction d’une faute contractuelle ».

C. civ.²⁸³⁰. La faute qui doit ici être réprimée découle de l'inexécution de l'obligation mais également de la prise en considération du comportement du contractant²⁸³¹. On s'interroge sur la teneur de ce comportement afin précisément d'obtenir par la sanction envisagée sa modification à moyen terme et *in fine* un assainissement des relations contractuelles.

1206. En résumé, qu'il soit question de la paix publique ou de la stabilité dans les relations contractuelles, il est clair qu'une contrainte étatique doit s'exprimer pour assurer ces divers équilibres. Les sanctions prononcées participent donc à la mise en œuvre d'une éthique contractuelle empreinte de justice commutative. Par la punition, il faut stigmatiser les comportements déviants pour provoquer une moralisation des engagements contractuels. Dans la mesure où le contrat s'analyse comme un rapport d'échange et de confiance entre les parties, cette « *loi commune qu'ils se sont donnée leur impose une conduite morale* »²⁸³². Sur ce point, il est intéressant de remarquer qu'au-delà de sa fonction strictement punitive, la résolution judiciaire peut également s'analyser, en cas de manquements fautifs, en une pression contractuelle ; elle est « *une incitation à l'exécution, car sa simple menace pousse le débiteur à exécuter* »²⁸³³. Si cet examen de la résolution est possible, on ne saurait toutefois conclure à la substitution de cette mesure aux mécanismes expressément incitatifs.

§ 2. – Les mesures incitatives comme îlots punitifs des contractants récalcitrants

1207. Incitation par abstention ou par contrainte. – Lorsque nous considérons les mesures incitatives, il n'est plus question d'une déféction dans l'exécution du contrat, mais d'une inexécution véritable des obligations conventionnelles²⁸³⁴. Or, en cas d'inexécution du contrat par l'une des parties, l'anéantissement du contrat n'est pas toujours la mesure la plus appropriée et l'article 1184 du Code civil prévoit une option. En effet, il est des cas dans

²⁸³⁰ Pour une telle référence V. RIGALLE-DUMETZ (C.), *op. cit.*, n° 88 et 94. Précisons toutefois que cet auteur assimile la faute à un comportement volontaire, réduisant ainsi faussement l'acceptation du concept de culpabilité (*ibid.*, n° 92).

²⁸³¹ En ce sens, V. spéc. FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, Aix-en-Provence, PUAM, 1997, n° 210 cité in RIGALLE-DUMETZ (C.), *op. cit.*, n° 92, p. 55 : « *il n'est pas possible d'envisager l'inexécution de l'obligation sans se référer, ne serait-ce qu'un bref moment, au comportement de son débiteur* ».

²⁸³² RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, n° 162.

²⁸³³ MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 873. V. également SALEILLES (R.), *La théorie générale de l'obligation*, *op. cit.*, n° 184, p. 204 : la résolution judiciaire – ou conventionnelle – « *sert de contrainte à l'encontre du débiteur pour l'obliger à s'exécuter (...)* » (également, n° 196).

²⁸³⁴ Précisons toutefois qu'en cas d'exception d'inexécution, la jurisprudence estime qu'une exécution partielle ou simplement défectueuse suffit (Com. 16 juill. 1980, *Bull. civ. IV* n° 297 – Civ. 1^{ère} 14 mars 1995, *Bull. civ. I* n° 124 ; *JCP* 1995.IV.1169), encore faut-il qu'elle soit d'une gravité suffisante et porte sur un élément essentiel du contrat (Civ. 1^{ère} 21 nov. 1973, *Bull. civ. I* n° 593 – Com. 30 janv. 1979, *Bull. civ. IV* n° 41).

lesquels les contractants ont un réel intérêt à ce que la convention subsiste et soit valablement exécutée. Tel est le cas par exemple d'une personne qui s'est vue promettre par son cocontractant la fabrication et la livraison d'une chose lui étant d'une utilité certaine. Puisque la satisfaction du créancier ne peut provenir que de la seule réalisation de l'acte juridique, celui-ci réclamera son dû en pressant le débiteur de s'exécuter.

Mais s'il est question ici de pression ou d'incitation²⁸³⁵, termes s'incrivant dans une démarche positive de l'attitude du créancier, on constate que ce dernier peut également forcer le cocontractant à s'exécuter par une simple abstention. Alors que la première hypothèse concerne l'exécution forcée, la seconde en revanche fait référence à l'*exceptio non adimpleti contractus*²⁸³⁶ – ou exception d'inexécution – consistant à refuser d'agir tant que persiste l'inertie de son cocontractant.

1208. Mesures incitatives et droit de punir. – Que ce soit par l'intermédiaire de l'*exceptio non adimpleti contractus* (A) ou de l'exécution forcée (B), le fait d'inciter le contractant récalcitrant à s'exécuter ne porte pas d'emblée les germes de la punition. En effet, on ne punit une personne qu'en lui *infligeant une mesure d'une certaine gravité qu'il ne devait initialement supporter et en considération d'un acte répréhensible*. Si la condition tenant au comportement répréhensible du cocontractant est remplie – l'inexécution du contrat est effectivement un acte blâmable – il n'en est pas de même s'agissant de la première exigence. En effet, la décision – implicite ou explicite – tenant à inciter la personne à s'exécuter ne lui est pas étrangère. Le contractant récalcitrant devait en effet dès l'origine tenir sa parole. Ainsi, et puisque l'on ne peut punir une personne en l'incitant simplement à respecter ses engagements, il apparaît délicat de relever une quelconque dimension punitive dans ces mesures incitatives. Dans cette océan vierge de punition, nous apercevrons toutefois un îlot punitif entretenu par le concept d'astreinte.

A. – L'*exceptio non adimpleti contractus* et le rejet du droit de punir

²⁸³⁵ Sur une distinction délicate – et critiquable – entre exécution volontaire, exécution volontaire sous la menace d'une sanction et exécution forcée, V. PUIG (P.), « Les techniques de préservation de l'exécution en nature », *RDC* 2005, p. 85 ; THÉRY (Ph.), « L'exécution forcée » in RÉMY-CORLAY (P.) et FENOUILLET (D.) (sous la dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 235 et 238.

²⁸³⁶ Trad. : « *exception de contrat non rempli* » (CORNU (G.) (sous la dir.), *op. cit.*, v° « *Exceptio non adimpleti contractus* »).

1209. Une partie à un contrat synallagmatique a la possibilité de refuser d'exécuter son obligation tant que son cocontractant n'a point exécuté la sienne, c'est-à-dire tant qu'elle n'a point reçu son dû²⁸³⁷. L'exception d'inexécution constitue donc un formidable moyen de pression à l'encontre d'un débiteur récalcitrant quant à l'exécution de son obligation. Mais si pression envers le débiteur il y a, on ne saurait conclure hâtivement à la présence d'une punition.

En effet, l'exception d'inexécution ne peut tout d'abord être rattachée au *droit* de punir dans la mesure où cette technique incitative se présente comme la réminiscence d'une logique vindicative (1°). Ensuite, si l'exception d'inexécution intègre incontestablement une telle démarche, on ne peut paradoxalement relever le moindre élément punitif ; ce mécanisme étant en lui-même et par essence extérieur à toute idée de punition (2°).

1°/ Rejet du droit de punir justifié par la résurgence d'une logique vindicative

1210. Que l'on compare la reconnaissance par l'autorité publique de l'exception d'inexécution par rapport à la consécration de l'autre mesure incitative qu'est l'exécution forcée, ou que l'on considère la sévérité jurisprudentielle à son égard (a), on remarque que l'*exceptio non adimpleti contractus* se rattache à une certaine forme de justice privée²⁸³⁸, inconciliable avec le droit de punir *stricto sensu* (b).

a. Reconnaissance mitigée de l'exception d'inexécution par l'autorité publique

1211. Reconnaissance légale fragmentaire. – Sans rentrer dans le détail de ce que nous préciserons ultérieurement, nous pouvons déjà affirmer qu'une différence fondamentale existe entre l'*exceptio non adimpleti contractus* et l'exécution forcée. Alors que la seconde est une procédure civile d'exécution à part entière suivant un régime juridique strict²⁸³⁹, la première

²⁸³⁷ Un autre adage peut être avancé pour présenter l'exception d'inexécution. Les canonistes exprimaient ce principe de la façon suivante : *frangenti fidem non est fides servanda* ; trad. : « on n'a pas à tenir sa parole envers celui qui ne la tient pas » (MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 859) ou « A celui qui ne garde pas la foi, foi n'est plus due » (TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 631) ou encore « A celui qui rompt la foi la foi n'est plus due » (ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, Paris, Litec, 4^{ème} éd., 1999, p. 276). V. aussi le principe *Pacta sunt servanda* selon lequel « les conventions doivent être respectées ».

²⁸³⁸ Sur ce concept de justice privée en droit civil, V. JAULT (A.), *La notion de peine privée*, *op. cit.*, n°s 364 et ss. et spéc. n°s 367-368 : la justice privée doit s'entendre d' « une action d'initiative privée subsidiaire à l'intervention de la justice étatique et qui s'exerce sous son contrôle » (*ibid.*, n° 368).

²⁸³⁹ V. *infra*, n°s *et ss.*

en revanche marque son attachement envers une certaine privatisation de la justice, étrangère à toute exigence légale générale. Hormis certains cas légaux donnant naissance à cette mesure²⁸⁴⁰, l'exception d'inexécution n'a pas fait l'objet d'une reconnaissance de principe.

Conséquemment à cette quasi-inexistence textuelle, force est de constater le retrait de l'autorité publique en matière d'exception d'inexécution, contrairement à l'hypothèse de l'exécution forcée pour laquelle elle intervient tant en ce qui concerne la mise en demeure préalable à cette exécution qu'en ce qui concerne l'octroi d'un titre exécutoire. Lorsqu'une partie décide de soulever l'*exceptio non adimpleti contractus*, il agit de son propre chef, de sa seule autorité et, précise la jurisprudence, « à ses risques et périls »²⁸⁴¹.

1212. Rigueur jurisprudentielle. – Il est remarquable de constater avec quelle distance la jurisprudence reconnaît à une partie la possibilité d'invoquer l'exception d'inexécution : « *Le contractant, poursuivi en exécution de ses obligations et qui estime que l'autre partie n'a pas exécuté les siennes, a toujours le choix entre la contestation judiciaire et l'exercice à ses risques et périls de l'exception d'inexécution qui ne représente qu'un refus provisoire d'exécuter* »²⁸⁴². La façon dont les juges rédigent leur décision est caractéristique de la perception que ceux-ci peuvent avoir de l'exception d'inexécution. Selon Ch. ATIAS, celle-ci se dresse « *contre la force obligatoire du contrat* »²⁸⁴³ et doit dès lors être assimilée à un mécanisme de recours offert à l'une des parties contre la défaillance d'un cocontractant ; recours dont l'*excipiens* doit pleinement mesurer les conséquences. Suivant son pouvoir d'appréciation, le juge peut, postérieurement à l'inexécution de l'*excipiens*, estimer que cette défaillance ne se justifiait pas au regard de la faible gravité de l'inexécution de l'autre partie²⁸⁴⁴. Ainsi la personne ayant invoqué l'*exceptio non adimpleti contractus* « *court le risque de ne pas emporter la conviction du juge* »²⁸⁴⁵. Si l'exception d'inexécution est une faculté²⁸⁴⁶ pour le créancier de garantir ses intérêts, les juges ne l'admettent que du bout des

²⁸⁴⁰ C. civ., art. 1612 (vendeur pouvant refuser de livrer la chose tant qu'il n'a pas reçu le prix) ; C. civ., art. 1653 (acheteur pouvant suspendre le paiement du prix s'il craint d'être évincé de la chose acquise) ; C. civ., art. 1704 (exception d'inexécution en matière d'échange) ; C. civ., art. 1948 (exception d'inexécution en matière de dépôt salarié).

²⁸⁴¹ Civ. 1^{ère} 5 mars 1974, *Bull. civ. I n° 73* ; *JCP* 1974.II.17707, note J. Voulet. Sur la formule employée par la jurisprudence (« risques et périls »), V. spéc. ATIAS (Ch.), « Les "risques et périls" de l'exception d'inexécution (limites de la description normative) », *D.* 2003, chron. p. 1103.

²⁸⁴² Civ. 1^{ère} 5 mars 1974, *op. cit.*

²⁸⁴³ ATIAS (Ch.), « Les "risques et périls" de l'exception d'inexécution... », *op. cit.*, p. 1103.

²⁸⁴⁴ Civ. 1^{ère} 21 nov. 1973, *op. cit.* – Com. 30 janv. 1979, *op. cit.*

²⁸⁴⁵ ATIAS (Ch.), « Les "risques et périls" de l'exception d'inexécution... », *op. cit.*, p. 1104.

²⁸⁴⁶ V. Cass. req. 14 mai 1938, *DH* 1938, p. 419.

lèvres et se réservent le droit de rejeter l'argumentation. Dans cette situation, ils jugeront alors que l'*excipiens*, en refusant d'exécuter ses propres obligations, s'est fait justice à lui-même, réaffirmant solennellement que l'exception d'inexécution demeure une action de justice privée.

b. Exception d'inexécution : stigmate de la justice privée

1213. Exception d'inexécution : entre justice et vengeance – Cette reconnaissance très mitigée de l'*exceptio non adimpleti contractus* par la loi et la jurisprudence confirme sa nature primitive, « *quelque peu archaïque et fruste* »²⁸⁴⁷. En effet, on présente généralement cette technique comme un vestige de la justice privée qui, nous l'avons vu, témoigne d'une certaine prégnance de la logique vindicative²⁸⁴⁸. Le "donnant donnant" ou le "trait pour trait" qui caractérise l'exception d'inexécution et consistant à n'agir qu'en fonction et qu'en proportion de l'action de son cocontractant n'est pas sans nous remémorer la logique issue de la loi du talion. Bien que cette dernière soit établie dans un but de réparation – matérielle et symbolique – d'un dommage, il nous est possible ici de conclure à la similarité des raisonnements. Dans les deux situations en effet, on réagit matériellement – par une action pour le talion, par une inaction pour l'exception d'inexécution – au comportement blâmable et préjudiciable de son adversaire-cocontractant. Un rapport de force s'exerce donc dans le but de faire gagner son intérêt propre ; rapport de force qui nous éloigne de la rationalité inhérente au *droit* de punir.

1214. Rejet du droit de punir. – L'exception d'inexécution s'écarte de la logique propre du droit de punir dans la mesure où elle n'émane pas de l'autorité publique et ne poursuit pas un but d'intérêt général. En d'autres termes, *la démarche de l'exception d'inexécution est alors purement individuel par son fondement et individualiste par sa finalité*. L'une des parties – l'*excipiens* – décide par elle-même de suspendre l'exécution du contrat afin d'inciter son contractant à s'exécuter et afin d'obtenir ce qui lui est dû. Il agit donc en autarcie et se fait justice à lui-même. L'esprit vindicatif imprègne donc l'exception d'inexécution excluant incontestablement cette technique du *droit* de punir.

²⁸⁴⁷ TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 632.

²⁸⁴⁸ V. *supra*, n°^{os} *et ss.*

Mais loin d'être simplement exclue de la dimension étatique de la punition – du fait de l'absence de l'autorité publique – l'exception d'inexécution rejette de manière plus globale toute perspective punitive. Outil de la justice privée, elle s'écarte certes du droit de punir ; mais outil d'incitation à l'encontre d'un cocontractant, elle s'écarte plus largement de l'idée même de punition.

2°/ Rejet de toute dimension punitive de l'*exceptio non adimpleti contractus*

1215. Certains éléments peuvent de prime abord apparaître favorables à l'émergence d'une dimension punitive de l'exception d'inexécution (a). Après examen, ceux-ci s'avèrent finalement d'une pertinence bien faible ; l'exception d'inexécution demeurant étrangère à toute idée de répression (b).

a. Eléments favorables à l'émergence d'une dimension punitive

1216. *Exception d'inexécution et moralisation des relations contractuelles.* –Notre postulat concernant les mesures répressives en droit des contrats consistait à les présenter comme des mesures tendant à favoriser la moralisation des relations contractuelles. S'agissant de l'exception d'inexécution, on s'aperçoit qu'elle tend précisément à cette moralisation. Il n'est pas douteux en effet que cette technique s'inscrive pleinement dans le champ de la justice commutative²⁸⁴⁹. Elle tend effectivement à établir un équilibre entre les prestations ; l'*excipiens* souhaitant agir à la stricte condition d'obtenir simultanément la contrepartie qui lui revient. En refusant d'exécuter sa propre obligation et en faisant pression sur son cocontractant, il révèle le manque de respect par ce dernier de sa foi contractuelle.

Cette idée n'est pas neuve et les canonistes, à l'origine de l'exception d'inexécution, jugeaient déjà « *immoral qu'un contractant pût exiger l'accomplissement de la promesse d'autrui lorsqu'il ne voulait ou ne pouvait tenir la sienne* »²⁸⁵⁰ et revendiquaient le fait selon lequel cette technique incitative « *repose sur une idée morale de foi donnée et gardée* »²⁸⁵¹. La moralisation du droit des contrats imprègne donc, on le voit, l'*exceptio non adimpleti contractus* ; cette dimension morale se trouvant renforcée par le caractère comminatoire reconnu à cette mesure.

²⁸⁴⁹ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), FLOUR (Y.) et SAVAUX (E.), *Le rapport d'obligation*, op. cit., n° 242.

²⁸⁵⁰ RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., n° 76.

²⁸⁵¹ *Ibid.* Et plus loin : « *Lentement, difficilement même, semble-t-il, les civilistes ont admis le principe nouveau. Il s'est imposé par la force morale qu'il porte en lui* » (*ibid.*, n° 76, pp. 132-133).

1217. Caractère comminatoire de l'exception d'inexécution. – L'exception d'inexécution est une menace implicite proférée par l'*excipiens* à l'endroit du contractant récalcitrant envers l'exécution de son obligation. Cette technique constitue donc une contrainte matérielle puisque ce dernier ne recevra aucune contreprestation tant qu'il n'aura pas l'intention immédiate de respecter son engagement. De plus, « *il apparaît clairement que l'objectif poursuivi par l'excipiens n'est pas, comme on le prétend trop souvent, la poursuite des relations contractuelles* »²⁸⁵² mais, bien au contraire, l'anéantissement de celles-ci.

Contrainte matérielle certes, mais contrainte morale également puisqu'il est clair que la démarche tendant à invoquer l'exception d'inexécution s'inscrit dans une démarche de discrédit de la parole du contractant défaillant.

1218. Le concept de contrainte est donc inhérent à l'exception d'inexécution. Pouvons-nous pour autant conclure, par la seule présence de cette contrainte, à l'existence d'une punition ? Si nous reprenons la dichotomie que nous avons avancée concernant la contrainte pénale et la diversité de ses manifestations²⁸⁵³, un doute surgit sur ce point. De plus, la moralisation des relations contractuelles n'est pas un gage absolu de l'aspect répressif de l'exception d'inexécution. Ainsi, selon nous, "qui dit moralisatrice et comminatoire, ne dit pas systématiquement punitive".

b. Eléments défavorables à l'émergence d'une dimension punitive

1219. Caractère provisoire de l'exception d'inexécution. – Si l'exception d'inexécution peut, d'une certaine façon, être présentée comme le « *diminutif de la résolution unilatérale* »²⁸⁵⁴ du contrat dans la mesure où elle anticipe très souvent un anéantissement futur du lien contractuel, on ne peut toutefois exagérer l'importance de cette mesure. Elle n'est qu'un relais vers l'exécution de l'obligation par le cocontractant récalcitrant, la résolution du contrat ou l'exécution forcée de l'obligation. Si l'exception d'inexécution avait réellement une dimension punitive, elle devrait se suffire à elle-même. Or, son caractère temporaire – voire accessoire – et le recours nécessaire à l'anéantissement du lien contractuel ou à la contrainte démontrent ses limites en matière répressive. Cette technique est

²⁸⁵² ROCHE-DAHAN (J.), « L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique », *D.* 1994, chron. p. 257.

²⁸⁵³ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

²⁸⁵⁴ ROCHE-DAHAN (J.), *op. cit.*, p. 257 qui estime que la suspension du contrat inhérente à l'exception d'inexécution peut s'analyser comme un « *moyen de résolution anticipée du contrat* ».

comminatoire certes mais cela signifie qu'elle n'est qu'une menace. Toute matérialité – pouvant justifier le caractère punitif de la mesure – lui est étrangère. Elle n'est qu'une simple incitation à exécuter, et non une punition de la non-exécution.

1220. Caractère incitatif de l'exception d'inexécution. – Si elle peut être présentée comme une stigmatisation de la mauvaise foi d'un contractant, l'exception d'inexécution ne dépasse pas ce stade. En aucune façon inciter une personne à respecter ses engagements initiaux ne peut s'analyser comme une punition. Il n'y a punition que si l'on parvient à démontrer l'imposition d'une charge supplémentaire au contractant défaillant. Tel n'est naturellement pas le cas ici.

Mais rejeter le caractère punitif de l'exception d'inexécution sur la base de son caractère incitatif devrait étrangement conduire à l'évacuation de toute dimension punitive de l'exécution forcée qui, à l'image de l'*exceptio non adimpleti contractus*, tend également à forcer le cocontractant à s'exécuter. Comme nous allons à présent le voir, cette conclusion doit être modérée.

B. – L'exécution forcée en nature et l'acceptation limitée du droit de punir

1221. Champ d'application de l'exécution forcée en nature. – Si nous nous concentrons sur les seules obligations de faire ou de ne pas faire²⁸⁵⁵, l'article 1142 du Code civil semble prohiber toute forme de contrainte envers ce type d'obligations. En disposant que « [t]oute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur », le législateur proscrie semble-t-il, au nom de la liberté individuelle, de la dignité et de l'inviolabilité de la personne humaine, l'exécution forcée en nature : *nemo praecise cogi potest ad factum*²⁸⁵⁶.

Une lecture – que nous dénommerons "classique" – a consisté toutefois à ne point demeurer dans une interprétation littérale du texte mais au contraire à relever la possibilité d'user de certaines formes de contrainte, notamment celles portant sur le patrimoine et celles ne portant

²⁸⁵⁵ S'agissant de l'obligation de donner, le problème de son exécution forcée « *ne se pose en réalité que très rarement, ou peut-être même jamais* » (TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 1111, p. 1062) ; un recours à une obligation de faire étant toujours sous-jacent. V. également TALLON (D.), « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 224, n° 6.

²⁸⁵⁶ Trad. : « *Nul ne peut être contraint à faire quelque chose* » (CORNU (G.) (sous la dir.), *op. cit.*, v° Adage « *Nemo praecise...* »).

pas une atteinte grave à la liberté individuelle du débiteur²⁸⁵⁷ ; l'article 1184 du Code civil ne dispose-t-il pas en effet que la « *partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté [peut] (...) forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible* »²⁸⁵⁸ ? Aussi en est-on venu à établir une nouvelle distinction au sein même des obligations de faire entre d'une part les obligations de *facere* portant sur l'activité personnelle du débiteur (peintre devant achever son œuvre, artiste devant se produire en spectacle...) et, d'autre part, les obligations de *praestare* portant en priorité sur une chose (vendeur devant livrer la chose, bailleur devant mettre à disposition le bien loué...). Si les premières sont insusceptibles de pouvoir donner naissance à une condamnation *ad ipsam rem*, c'est-à-dire à une condamnation à l'exécution forcée en nature, les secondes en revanche s'y prêtent naturellement²⁸⁵⁹.

1222. On le voit, l'exécution forcée en nature ne se conçoit que pour certaines formes d'obligations et se trouve parfois même dans une impossibilité d'utilisation²⁸⁶⁰. Malgré cela, cette technique demeure « *la manière par excellence d'assurer le respect de l'engagement contracté* »²⁸⁶¹.

Si le droit de punir paraît s'immiscer dans la technique de l'exécution forcée en nature, on remarquera toutefois que cette immixtion ne s'effectue qu'à travers l'existence d'une mesure spécifique, à savoir l'astreinte (2°). En dehors de ce moyen de pression, l'exécution forcée n'est qu'une mesure incitative dénuée d'une réelle aspiration punitive (1°).

1°/ Rejet de toute dimension punitive de l'exécution forcée en nature

1223. Dualité de l'exécution forcée. – Deux formes d'exécution forcée existent en droit positif : l'*exécution forcée en nature* et l'*exécution forcée par équivalent*. Seule la première forme retiendra ici notre attention dans la mesure où c'est exclusivement cette technique qui permet d'inciter le cocontractant à s'exécuter. L'exécution forcée par équivalent – la mal-nommée dans la mesure où elle ne constitue qu'une modalité de réparation du dommage

²⁸⁵⁷ Civ. 1^{ère} 20 janv. 1953, *JCP* 1953.II.7677.

²⁸⁵⁸ V. également l'article 1^{er} alinéa 1^{er} de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution : « *tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard* ».

²⁸⁵⁹ En ce sens, V. PUIG (P.), *op. cit.*, spéc. p. 87, n^{os} 5 et 6. V. également MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit des obligations. Régime général*, Grenoble, P.U.G., 2005, spéc. pp. 152-153.

²⁸⁶⁰ Tel est le cas bien évidemment de l'obligation qui avait un caractère impératif en terme de délai (inexécution d'une prestation à une date déterminée) ou d'acte matériel (divulgaration d'une information considérée comme secrète) ; dans ces situations, l'exécution forcée est impossible, l'exécution n'ayant alors plus aucun fondement.

²⁸⁶¹ MOLFESSIS (N.), « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *RDC* 2005, p. 41, n^o 9.

causé par la faute du contractant²⁸⁶² ou, plus largement, par l'inexécution de l'obligation contractuelle – devra être analysée lors de l'examen de la responsabilité civile contractuelle et du versement de dommages et intérêts au titre d'une indemnisation.

Prenant donc le parti de ne parler de *réparation* qu'en ce qui concerne l'exécution par équivalent, nous rejetons le concept de *réparation en nature* lorsque nous considérons ce mécanisme en matière contractuelle²⁸⁶³. Dans ce type de relations en effet et hormis le cadre indemnitaire, tout n'est affaire que d'exécution ou d'inexécution. Dès lors que l'on décide d'intervenir "en nature" en droit des contrats, c'est exclusivement en terme d'action ou d'abstention que le problème doit être posé, non en terme de réparation. De manière positive par exemple, le vendeur doit livrer la chose, l'acheteur doit payer le prix, le bailleur doit délivrer la chose louée ou assurer un logement décent, l'artisan doit exécuter l'ouvrage, etc. De manière négative, le constructeur doit par exemple détruire l'ouvrage bâti en violation d'un accord contractuel. Dans cette dernière situation, il s'agit bien de respecter les engagements issus de l'acte juridique et consistant précisément à s'abstenir. En aucune façon cette destruction ne peut – ne doit – être analysée comme la réparation d'un quelconque dommage²⁸⁶⁴ ; elle n'est que la satisfaction des obligations contractuelles préalablement déterminées²⁸⁶⁵.

1224. Dans cette perspective, l'exécution forcée en nature se présente donc uniquement comme une modalité d'incitation au respect des engagements contractuels et nullement comme la réparation d'un dommage causé par un comportement défectueux d'un

²⁸⁶² Sur la délicate comparaison des concepts de réparation et d'exécution, V. RÉMY-CORLAY (P.), « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC* 2005, p. 13. Egalement VINEY (G.), « Note sous Civ. 3^{ème} 30 janv. 2002 », *JCP* 2002.I.186, n^{os} 7 et 8 : « *la place, sans doute excessive, accordée aujourd'hui à la réparation en nature, dont la qualification est ambiguë et la mise en exergue, par certains auteurs, de la notion "d'exécution par équivalent" qui tend à nier l'autonomie de l'exécution par rapport à la réparation, ont fortement contribué à brouiller les cartes* » (*ibid*, n^o 8).

²⁸⁶³ En matière extra-contractuelle, il est évident que les deux types de réparation sont envisageables.

²⁸⁶⁴ Pour une position moins franche, V. PUIG (P.), *op. cit.*, spéc. p. 95, n^o 20 : « *Il s'agit donc bien d'ordonner le paiement (sic) forcé en nature de l'obligation de ne pas faire et non d'accorder la réparation du préjudice subi du fait de son non-respect. Pour autant, la distinction entre les deux remèdes est tenue et il n'est pas interdit de considérer que, dans la majorité des cas, l'exécution forcée emporte réparation du préjudice ou, si l'on préfère, que la réparation conduit au paiement (sic) en nature* ».

²⁸⁶⁵ Un arrêt récent de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 11 mai 2005 (*JCP* 2005.II.10152, note S. Bernheim-Desvaux) relève précisément ce point-là et mêle obligation de faire et démolition. Dans cet arrêt, la Cour affirme qu'un constructeur de maison individuelle, qui n'a pas respecté certains de ses engagements, peut se voir imposer l'exécution forcée du contrat prenant la forme d'une démolition et d'une reconstruction du bâtiment ; cette obligation devant être mise en œuvre même si la non-conformité aux engagements contractuels ne rend pas l'immeuble impropre à son usage ou ne porte pas sur des éléments essentiels du contrat.

cocontractant ; la réparation ne pouvant s'entendre en matière contractuelle qu'en terme d'équivalent²⁸⁶⁶.

Si nous nous concentrons donc sur la seule exécution forcée en nature et rejetons tout caractère indemnitaire, pouvons-nous pour autant plus facilement relever la dimension punitive de cette mesure incitative ? La réponse est incontestablement négative puisque par elle-même, l'exécution forcée en nature n'est qu'une exhortation à l'exécution du contrat et non l'imposition d'une charge supplémentaire sur la tête du cocontractant suite à la constatation de sa défaillance ou de sa résistance (*b*) ; le rejet de la dimension punitive de l'exécution forcée pouvant par ailleurs être révélé par l'intervention possible d'un tiers pour que le créancier puisse obtenir pleine satisfaction (*a*).

a. Exécution forcée et intervention d'un tiers

1225. Technique du remplacement. – Le droit de punir ne peut tout d'abord pénétrer la technique de l'exécution forcée puisqu'il est possible pour le créancier de demander à ce que l'obligation soit accomplie par un tiers (C. civ., art. 1144). L'intervention de cette tierce personne dans le processus de l'exécution forcée annihile bien évidemment toute connotation punitive. Si l'on percevait cette exécution comme la marque d'une répression du comportement répréhensible du cocontractant, pourrions-nous parallèlement affirmer que cette contrainte puisse ne pas être supportée matériellement par ce dernier ? Nulle rationalité ne peut légitimer cette démarche et la conclusion s'impose alors d'exclure le droit de punir du champ de l'exécution forcée.

Il pourra être vainement rétorqué que l'article 1144 C. civ. dispose expressément que le débiteur « *peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution* ». L'imposition de ces frais ne saurait être considérée comme une punition accessoire à l'exécution forcée accomplie par un tiers. En effet, le fait que l'exécution soit aux dépens du cocontractant récalcitrant ne modifie pas la substance même de l'exécution forcée qui reste étrangère à toute perspective punitive. Dans l'hypothèse de l'article 1144 C. civ., on n'impose aucune charge nouvelle sur les épaules du cocontractant ; charge nouvelle qui seule pourrait être analysée comme une punition. La condamnation du débiteur à supporter les frais nécessaires à l'exécution par un tiers demeure dans la stricte perspective de l'exécution des

²⁸⁶⁶ V. *infra*, n^{os} *et ss.*

engagements contractuels, à mi-chemin toutefois entre l'exécution forcée en nature et l'exécution forcée par équivalent. Dans cette situation, le débiteur ne se voit infliger rien d'autre que l'obligation de respecter l'engagement initialement pris. On en vient donc à présenter l'exécution forcée en nature comme une simple technique d'incitation au respect de ses engagements.

b. Exécution forcée et incitation au respect de ses engagements

1226. Droit à l'exécution du contrat ou droit à la punition de l'inexécution du contrat. – Suivant une doctrine majoritaire, la force obligatoire du contrat issue de l'article 1134 C. civ. fait naître un droit à l'exécution forcée en nature²⁸⁶⁷. Opposant l'exécution forcée en nature et l'allocation de dommages et intérêts, le Pr. W. JEANDIDIER estime qu'« *une indemnité pécuniaire ne remplacera jamais le fait promis* »²⁸⁶⁸ et qu'il y a un intérêt non négligeable à ce que la parole donnée soit pleinement respectée par l'accomplissement matériel de l'obligation. Aussi admet-on de conférer au créancier une prérogative consistant en une véritable contrainte exercée à l'encontre du cocontractant, récalcitrant à vouloir respecter ses engagements.

Devant le caractère coercitif de cette mesure, nous sommes en droit de nous interroger sur les rapports qu'entretient ce droit à l'exécution du contrat en nature avec le droit de punir. En d'autres termes, l'exécution forcée en nature à laquelle peut prétendre le créancier peut-elle être assimilée à un droit de punir l'inexécution du contrat établie suite à la reconnaissance de la mauvaise volonté du débiteur ? La réponse a déjà été faite et reprend celle que nous avons avancée en matière d'exception d'inexécution. L'exécution forcée ne peut être perçue comme une punition dans la mesure où forcer quelqu'un à respecter son engagement n'implique pas l'administration d'une charge supplémentaire. Puisque la personne s'engage initialement à accomplir telle ou telle obligation, l'exécution forcée ne détient aucune fonction répressive mais s'inscrit strictement dans le respect des engagements contractuels pris antérieurement ;

²⁸⁶⁷ Sur ce point, V. spéc. MOLFESSIS (N.), *op. cit.*, spéc. pp. 39-42. Egalement DEMOLOMBE (Ch.), *Traité des contrats*, vol. 24, 2^{ème} éd., 1870, n° 488 : « *le principe fondamental de notre matière, c'est que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; et par conséquent, c'est le droit du créancier de demander, contre le débiteur, l'exécution effective de l'obligation même qu'il a contractée* » ; VINEY (G.), « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français » in FONTAINE (M.) et VINEY (G.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etude de droit comparé*, *op. cit.*, spéc. p. 182.

²⁸⁶⁸ JEANDIDIER (W.), « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD civ.* 1976, n° 3, p. 702.

elle ne possède alors qu'une fonction "restitutive" ou "satisfaisante" de la parole donnée dès l'origine de la relation contractuelle.

1227. Droit à l'exécution du contrat et condamnation ad ipsam rem. – Bien que l'article 1142 du Code civil précise que « [t]oute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur », excluant par là le recours à la force et, en principe, à l'exécution forcée du contrat, il faut reconnaître aujourd'hui que la tendance s'est inversée. Selon CARBONNIER, l'obligation est faite pour s'exécuter de sorte qu'il devient nécessaire de « poser en principe que tous les engagements sont susceptibles d'exécution forcée en nature, l'article 1142 n'étant qu'un tempérament d'opportunité pour le cas où cette exécution risquerait de troubler l'ordre social »²⁸⁶⁹. Allant plus loin dans cette démarche, un auteur a souhaité renouer avec la lecture originelle de l'article 1142 C. civ. et redécouvrir ainsi son « sens primitif »²⁸⁷⁰. Au vu de cette interprétation, la force obligatoire du contrat impose que soit prioritairement prononcée l'exécution en nature de l'obligation ; le prononcé de dommages et intérêts n'intervenant qu'au regard de l'inexécution de la condamnation *ad ipsam rem*²⁸⁷¹. Hormis le cas dans lequel l'exécution en nature est devenue impossible²⁸⁷², les dommages et intérêts ne seront donc alloués qu'en cas de désobéissance à la condamnation d'exécuter en nature l'obligation de faire ou de ne pas faire. L'exécution en nature doit avant tout être prononcée, et ce n'est qu'ultérieurement et en cas de défaillance dans cette exécution de la condamnation que les dommages et intérêts seront prononcés, ou qu'une astreinte sera liquidée.

Cette condamnation *ad ipsam rem* possède donc une importance capitale dans la révélation de la place occupée par le droit de punir au sein de l'exécution forcée en nature.

²⁸⁶⁹ CARBONNIER (J.), *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, op. cit., n° 376. C'est d'ailleurs en ce sens qu'est rédigé l'avant-projet de réforme du droit des obligations remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005. Sur ce point précis, V. la contribution de MM. les Pr. LEVENEUR et LÉCUYER, pp. 38 et ss. du rapport : « La nouvelle rédaction proposée pour l'article 1142 (...) pose donc le principe de l'exécution en nature lorsqu'elle est possible » (p. 39).

²⁸⁷⁰ WÉRY (P.), « L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel. Rapport belge » in FONTAINE (M.) et VINEY (G.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etude de droit comparé*, op. cit., spéc. pp. 206 et 211. V. également JEANDIDIER (W.), « L'exécution forcée... », op. cit., spéc. n° 4, p. 703 et n° 7.

²⁸⁷¹ Sur ce point, V. spéc. WÉRY (P.), op. cit., spéc. pp. 208 et ss.

²⁸⁷² En cas de dommage corporel subi par un passager lors d'un transport, il n'est naturellement d'aucune utilité de contraindre le transporteur à exécuter en nature son obligation contractuelle de sécurité ; seule l'allocation de dommages et intérêts permettant de satisfaire le créancier (exemple cité in FABRE-MAGNAN (M.), *Les obligations*, op. cit., n° 207, p. 557).

1228. Condamnation ad ipsam rem et irruption tardive du droit de punir. – La condamnation *ad ipsam rem* circonscrit l'exécution forcée dans le strict champ de la force obligatoire du contrat. L'exigence tient avant toute chose en l'accomplissement des obligations contractuelles et l'exécution forcée en nature s'inscrit uniquement dans cette logique. Cette technique procède donc du simple souci de garantir la prééminence de la parole donnée et du respect des engagements contractuels initiaux. Nulle volonté de punir n'existe ici puisque l'exécution forcée demeure dans les strictes proportions conventionnelles ; on n'impose rien de plus que ce qui fut contracté.

Pourtant, l'éviction du droit de punir du domaine de l'exécution forcée ne saurait être totale. En effet, la condamnation judiciaire à l'exécution forcée en nature constitue le préalable nécessaire à toute autre mesure, contraignante (astreinte) ou non (dommages et intérêts), en cas de refus persistant du cocontractant. Dans ces hypothèses, on intègre alors un second stade, empreint lui d'une dimension punitive pour une double raison. D'une part, la non-exécution de la condamnation *ad ipsam rem* entraîne l'allocation de dommages et intérêts qui, étrangement, se caractérisent par une finalité répressive²⁸⁷³. D'autre part, et avant même de parvenir au prononcé de dommages et intérêts, le droit de punir émerge, en cas de désobéissance à l'exécution forcée en nature de l'obligation contractuelle, grâce au concept d'astreinte. Pour que la condamnation à l'exécution forcée ne reste pas lettre morte, le juge va décider, avant d'atteindre le stade ultime de l'allocation d'une indemnisation, de contraindre le débiteur à respecter la condamnation *ad ipsam rem*.

2°/ Acceptation du droit de punir par le recours aux astreintes

1229. Retour de l'imperium. – Que l'on ait une lecture classique – mais non littérale – de l'article 1142 C. civ.²⁸⁷⁴ tenant à proscrire les seules atteintes à la liberté physique individuelle, ou que l'on renoue avec le sens primitif de ce texte, le rôle de l'astreinte demeure le même : il s'agit de contraindre le débiteur à s'exécuter afin de garantir au créancier une sécurité contractuelle. Les juges revêtent leur décision constatant la légitimité d'une demande d'exécution forcée en nature de leur *imperium*²⁸⁷⁵. Il s'agit par cette

²⁸⁷³ Nous reviendrons plus largement sur ce point dans notre chapitre 2.

²⁸⁷⁴ V. *supra*, n° .

²⁸⁷⁵ ESMEIN (A.), « L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreinte », *RTD civ.* 1903, p. 1.

condamnation pécuniaire de faire pression sur le débiteur, de le contraindre à respecter ses engagements.

Si l'astreinte est classiquement classée dans la catégorie des *peines privées*²⁸⁷⁶, il faut remarquer que sa nature punitive ne peut procéder de cette seule constatation. Il est nécessaire en effet de découper l'analyse de l'astreinte afin de découvrir dans quelle mesure cette incitation à l'exécution du contrat possède une nature répressive. Pour cela, il convient de distinguer au sein de notre propos le prononcé de l'astreinte (*i.e.* la condamnation à l'astreinte) et la liquidation de l'astreinte²⁸⁷⁷. Suivant cette logique, on remarque une nouvelle intervention tardive du droit de punir. En effet, si l'astreinte est, dès son prononcé, une menace envers le débiteur récalcitrant, on ne peut soutenir que cet aspect comminatoire soit suffisant pour révéler une véritable fonction punitive (a) ; celle-ci n'intervenant que durant la phase de liquidation (b).

a. Prononcé de l'astreinte et absence du droit de punir

1230. Astreinte, une peine privée comminatoire. – Si, en nous fondant sur la primauté du principe de la force obligatoire des conventions, nous estimons que « *l'exécution forcée en nature est la manifestation contentieuse du respect de la parole donnée [et qu'il est dès lors] de l'"essence" de l'obligation d'être exécutée en nature* »²⁸⁷⁸, il apparaît de toute évidence qu'un mécanisme de contrainte doit se mettre en place afin précisément d'inciter le cocontractant à s'exécuter. La menace que constitue l'astreinte – menace de payer tant par jour, par semaine de retard en cas d'obligation de faire ou tant par acte accompli en cas d'obligation de ne pas faire – est ainsi utilisée par le juge « *pour contraindre un débiteur à*

²⁸⁷⁶ La bibliographie sur ce thème étant considérable, nous nous permettons de renvoyer le lecteur aux ouvrages ou contributions les plus pertinentes : MARTY (G.), RAYNAUD (P.) et JESTAZ (P.), *Droit civil. Les obligations*, t. 2, *Le régime*, Paris, Sirey, 2^{ème} éd., 1989, n^{os} 290 et 291 ; MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n^{os} 1132 et ss. ; TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n^{os} 1120 et 1122 ; MALINVAUD (P.), *op. cit.*, n^o 831 ; MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit des obligations. Régime général*, *op. cit.*, p. 156 ; JAULT (A.), *La notion de peine privée*, *op. cit.*, spéc. n^{os} 262 et ss. ; BORÉ (J.), « La liquidation de l'astreinte comminatoire », *D.* 1966, chron. p. 159 et spéc. p. 167 ; RASSAT (M.-L.), « L'astreinte définitive », *JCP* 1967.I.2069, spéc. n^{os} 21 et 29 ; CRÉMIEUX (M.), « Réflexions sur la peine privée moderne », *Etudes Kayser*, t. 1, Aix-en-Provence, PUAM, 1979, p. 281 ; HUGON (C.), « Regard sur le droit des voies d'exécution », *RDC* 2005, spéc. pp. 190 et ss.

²⁸⁷⁷ Pour une telle distinction, V. spéc. MARTY (G.), RAYNAUD (P.) et JESTAZ (P.), *op. cit.*, n^{os} 297 à 304 ; MALINVAUD (P.), *op. cit.*, n^{os} 831 et 832 ; LOBIN (Y.), « L'astreinte en matière civile depuis la loi du 5 juillet 1972 », *Etudes Kayser*, t. 2, Aix-en-Provence, PUAM, 1979, pp. 138 et ss. ; CHABAS (F.), « La réforme de l'astreinte », *D.* 1992, chron. p. 299 ; HUGON (C.), *op. cit.*, pp. 190 et ss.

²⁸⁷⁸ LAITHIER (Y.-M.), « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC* 2005, p. 172.

rendre des comptes »²⁸⁷⁹. Si la liberté contractuelle doit demeurer l'une des assises du droit des contrats, elle ne saurait justifier un dévoiement ou un affaiblissement du principe de l'engagement contractuel.

Il faut donc agir pour révéler la force obligatoire du contrat et affirmer sa primauté par rapport à la liberté ; mais il faut agir par des moyens qui n'atteignent pas la liberté individuelle (violence physique ou morale d'une certaine gravité). C'est ainsi que l'on en est venu à contraindre le cocontractant défaillant par la menace d'un préjudice pécuniaire. En cas d'inexécution de son obligation contractuelle et donc en cas de non-respect de la condamnation *ad ipsam rem*, le juge prévoit que son patrimoine sera atteint en proportion de son hostilité envers la relation contractuelle qu'il avait pourtant acceptée.

1231. Finalités de l'astreinte. – Cette condamnation à l'astreinte n'est donc pas dénuée de toute dissuasion envers le contractant récalcitrant. Persister dans son refus de satisfaire le créancier peut l'exposer à une sanction pécuniaire d'une certaine importance et pouvant entraîner des conséquences néfastes sur son propre équilibre financier. Sur ce point, il faut remarquer l'influence majeure que possède la détermination initiale du montant de l'astreinte sur sa fonction comminatoire. Conformément à la pensée de J. BENTHAM au sujet de la fixation du quantum des sanctions pénales, il est clair que le montant²⁸⁸⁰ de l'astreinte doit être nettement supérieur à l'avantage que pourrait obtenir le débiteur de son inexécution. Un décalage très net doit donc être établi entre le respect de son obligation et l'obstination irraisonnée, de sorte que si le débiteur choisit la seconde option, une menace importante pèse sur son patrimoine. Par la fixation d'un montant surestimé, « [il] convient avant tout d'effrayer, presque de terroriser, pour l'inciter à l'exécution »²⁸⁸¹. Un calcul rapide doit donc le conduire à respecter sa parole et exécuter son obligation.

Mais l'importance de cette approche "économique" de la dissuasion ne devrait pas nier l'influence plus profonde que peut nourrir l'astreinte. La menace de payer une somme d'argent en proportion de son hostilité peut en effet conduire à une prise de conscience chez le cocontractant défaillant de la nocivité de sa déloyauté. Aussi sera-t-il incité à modifier –

²⁸⁷⁹ JEANDIDIER (W.), « L'exécution forcée... », *op. cit.*, n° 12, p. 707.

²⁸⁸⁰ Lors du prononcé de l'astreinte, le montant ne peut être que théorique si cette mesure est dite "provisoire". Dans cette situation en effet, le juge a la liberté de modifier le montant de l'astreinte lors de sa liquidation (L. 9 juillet 1991, art. 36, al. 1^{er} et 3). En cas d'astreinte "définitive" au contraire, le montant aura une connotation éminemment pratique dans la mesure où aucune révision ne pourra intervenir (L. 9 juillet 1991, art. 36, al. 2).

²⁸⁸¹ HUGON (C.), *op. cit.*, n° 20, p. 193.

rapidement – son comportement et ainsi le rendre conforme à une morale contractuelle tenant en la confiance, non la défiance, des partenaires à la convention. Le prononcé de l’astreinte aurait donc un effet « "prophylactique" (...) [et] encouragerait les comportements vertueux »²⁸⁸².

1232. Symbolisme et intimidation inhérents à l’astreinte : de quelques réminiscences du droit pénal... – Dissuasion, moralisation : tels seraient donc les objectifs poursuivis par l’astreinte lors de son prononcé. Par cette condamnation à l’astreinte, le juge souhaite restaurer *in extremis* une confiance entre les contractants. La mission est louable et de fortes similitudes avec le droit pénal se font jour. Aussi sommes-nous en droit, devant ce rapprochement, de nous demander s’il est certain que, durant cette phase, l’astreinte soit exempte de toute perspective punitive. Si cette mesure s’inscrit dans la logique – symbolique et dissuasive – propre au droit pénal ne peut-on pas conclure en effet à une certaine immixtion du droit de punir ?

Si cette interrogation paraît de prime abord légitime, elle ne résiste pas à l’analyse. Comme nous avons pu le remarquer pour le droit pénal, la dissuasion, la prévention, ou encore l’intimidation sont des termes n’ayant que des liens distants avec le concept de droit de punir. Hormis le fait que ces fonctions soient de simples fonctions annexes – voire illusoires²⁸⁸³ – de la peine, elles sont déconnectées d’une certaine façon de la philosophie répressive. La démarche n’est pas la même de sorte que si l’astreinte est présentée comme une mesure dissuasive lors de son prononcé – ce qu’il faut encore démontrer en pratique pour chaque espèce – elle ne peut logiquement être considérée comme une mesure punitive tant qu’aucune charge matérielle ne pèse effectivement sur le cocontractant. Tant que l’on reste dans le domaine du symbolique et de la menace, l’astreinte reste purement dissuasive. Elle acquiert une nature répressive dès qu’elle se matérialise par un poids supplémentaire supporté par la personne. Or ce poids n’intervient qu’après liquidation de l’astreinte.

b. Liquidation de l’astreinte et présence du droit de punir

²⁸⁸² LAITHIER (Y.-M.), « La prétendue primauté de l’exécution en nature », *op. cit.*, p. 173.

²⁸⁸³ La distinction fondamentale entre punition et dissuasion provient du fait que l’on *espère* seulement que la sanction dissuade alors que l’on *constate* véritablement qu’elle punit une personne. Sur ce point, V. *supra*, n^{os} *et ss.*

1233. Astreinte, une peine privée punitive. – Bien que le montant de l’astreinte soit versé au créancier victime de l’inexécution, on ne peut penser – comme cela a été le cas lors du débat parlementaire relatif au vote de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d’exécution²⁸⁸⁴ – que ce dernier soit dédommagé deux fois. En effet, il existe des éléments spécifiques destinés à distinguer d’une part l’allocation de dommages et intérêts au titre du retard dans l’exécution ou au titre de l’inexécution elle-même et, d’autre part, le versement du produit de l’astreinte ; versement ayant une dimension punitive incontestable.

1234. Liquidation de l’astreinte et ajout de souffrance. – La phase de liquidation correspond à la matérialisation même de l’astreinte. Alors que celle-ci est demeurée une menace suite à son prononcé, elle devient plus franchement une punition lorsqu’elle est mise en paiement. Il ne s’agit plus ici de compter sur l’aspect comminatoire de l’astreinte mais, plus directement, d’infliger un blâme financier à celui qui s’oppose à toute exécution volontaire de son obligation.

Sur ce point, une distinction doit être effectuée entre d’une part l’astreinte provisoire pour laquelle le juge peut tenir compte « *du comportement de celui à qui l’injonction a été adressée et des difficultés qu’il a rencontrées pour l’exécuter* » (L. 9 juill. 1991, art. 36, al. 1^{er}) et, d’autre part, l’astreinte définitive ne pouvant être modérée. Il convient toutefois de ne pas exagérer l’écart pouvant exister entre ces deux mesures. Tout d’abord, l’alinéa 3 de l’article 36 de la loi de 1991 permet de supprimer tout ou partie de l’astreinte « *s’il est établi que l’inexécution ou le retard dans l’exécution de l’injonction du juge provient, en tout ou partie, d’une cause étrangère* » induisant une pondération possible de l’astreinte définitive. Ensuite, et quelle que soit la nature de l’astreinte, le taux est arbitraire et relève de la seule appréciation souveraine du juge. Ainsi, le caractère punitif de l’astreinte se trouve renforcé puisqu’il est incontestable que le juge fera dépendre le montant de cette mesure de la plus ou moins grande résistance ou hostilité du contractant²⁸⁸⁵. La liquidation de l’astreinte correspond donc ici à un pur mécanisme rétributif, au sens kantien du terme : on doit répondre à hauteur de la faute commise et pour cette seule raison. Même si le juge module l’astreinte provisoire, cette modulation s’inscrit dans un processus de rétribution, caractéristique de la sanction

²⁸⁸⁴ Sur ce point, V. DU RUSQUEC (E.), « La nature juridique de l’astreinte en matière civile », *JCP* 1993.I.3699, spéc. n° 2.

²⁸⁸⁵ MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit des obligations. Régime général*, op. cit., pp. 155-156.

pénale. De ce fait, si nous parvenons à révéler une nature rétributive de l'astreinte, il est impossible de nier sa nature punitive, ces deux termes – rétribution et punition – étant consubstantiels²⁸⁸⁶.

1235. Astreinte et condamnation à l'exécution forcée en nature. – Au-delà de son caractère rétributif, l'astreinte possède les caractéristiques d'une punition car elle se trouve, dans une certaine mesure, éloignée de la relation contractuelle. En effet, ce que l'on recherche en prononçant une astreinte, c'est moins l'accomplissement de l'obligation contractuelle elle-même que le respect de la décision judiciaire d'exécution forcée. Nous ne devons donc pas simplement raisonner en termes de respect des obligations contractuelles car, prévient un auteur, « raisonner ainsi, c'est (...) perdre de vue que l'astreinte apparaît également comme un moyen pour le juge de faire respecter sa propre décision »²⁸⁸⁷.

Si effectivement, et comme nous l'avons vu, l'astreinte est issue d'une décision judiciaire et que son caractère comminatoire s'appuie avant toute chose sur le nécessaire respect de la condamnation à l'exécution forcée, on ne peut manquer de constater qu'une fois liquidée l'astreinte ne perd pas cette revendication consistant en la confirmation de l'autorité des décisions de justice. Il est vrai que le système tendrait à être amélioré²⁸⁸⁸ ; toutefois, l'essentiel tient à ce que l'injure faite à l'œuvre de justice soit sanctionnée. L'astreinte, « tout en recherchant la satisfaction du créancier, [tend à] assurer l'efficacité des décisions judiciaires en augmentant, conformément à la tendance moderne, les pouvoirs du juge »²⁸⁸⁹. Même si l'astreinte doit être exclusivement traitée comme une peine *privée*, il importe qu'une réponse ferme soit apportée tant à l'inexécution de l'obligation contractuelle qu'à l'inobservation d'une décision de justice. Ce caractère mi-privé, mi-public de l'astreinte joue ainsi en faveur d'une révélation accrue de sa nature punitive puisqu'il s'agit prioritairement de réprimer l'insoumission d'une personne à une décision de justice. Ce n'est qu'ensuite que l'astreinte aura les traits d'une sanction du non-respect des engagements contractuels.

²⁸⁸⁶ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

²⁸⁸⁷ DU RUSQUEC (E.), *op. cit.*, n^o 7.

²⁸⁸⁸ La liquidation de l'astreinte pourrait revenir pour une part à l'Etat. Sur ce point, V. MARTY (G.), RAYNAUD (P.) et JESTAZ (P.), *op. cit.*, n^o 291 : « Injuste, la solution [actuelle] pêche en outre contre la logique car elle s'accorde mal avec le caractère punitif de l'astreinte ».

²⁸⁸⁹ LOBIN (Y.), *op. cit.*, n^o 40. L'auteur poursuit toutefois en regrettant que le législateur (loi du 5 juill. 1972) n'ait « cependant pas tiré toutes les conséquences de cet objectif en n'acceptant pas de donner à l'astreinte un caractère de peine publique dont le montant serait attribué à l'Etat au lieu d'être remis au créancier (...) ».

1236. Indépendance de l’astreinte et des dommages-intérêts : indice de la présence du droit de punir ? – De manière classique, les auteurs relèvent le caractère punitif de l’astreinte sur le fondement de l’alinéa 1^{er} de l’article 34 de la loi du 9 juillet 1991 qui dispose que « *l’astreinte est indépendante des dommages-intérêts* »²⁸⁹⁰. Cet article est intéressant à un double titre. Tout d’abord, il ne distingue pas entre le caractère définitif ou provisoire de l’astreinte. Ensuite, et cela est le corrolaire du premier apport, toute forme d’astreinte doit être clairement distinguée du concept de réparation. Même si le montant de l’astreinte « *tombe dans l’escarcelle du créancier* »²⁸⁹¹, cette mesure n’en demeure pas moins une peine privée qui s’ajoute aux dommages et intérêts pouvant par ailleurs être prononcés en cas de dommage subi par le créancier suite à l’inexécution de l’obligation. Aucun rapport n’existe donc entre ceux-ci – destinés à produire une indemnisation – et l’astreinte n’ayant pour unique fonction que de punir la désobéissance d’un cocontractant récalcitrant et peu enclin au respect de son engagement retranscrit à travers la décision de justice.

Pour notre part, nous ne nous sommes pas engagés dans cette voie pour démontrer la présence du droit de punir au sein de la mesure incitative qu’est l’astreinte. Deux raisons essentielles font que l’utilisation de l’article 34 précité s’avère délicate en cette hypothèse. Tout d’abord, il est toujours périlleux d’inférer une conclusion particulière sur une appréciation *a contrario* qui demeure, par essence, sujette à caution. Or, c’est cette démarche que les auteurs suivent lorsqu’ils déduisent de l’indépendance de l’astreinte envers les dommages-intérêts sa qualification de peine privée et la caractérisation de sa finalité punitive. Ensuite, nous ne sommes pas convaincus de la pertinence de la conclusion tenant en l’acceptation du droit de punir sur la simple base de l’évacuation de toute idée de réparation du domaine de l’astreinte. En effet, s’il est évident que cette mesure incitative « *ne repose en aucun cas sur la notion de réparation* »²⁸⁹², il ne peut être induit de cette proposition que la réparation soit étrangère à toute idée de punition. Partir de l’axiome selon lequel la punition et la réparation sont deux notions antinomiques nous paraît aujourd’hui devoir être remis en cause dans une certaine mesure. Cette position classique s’oppose effectivement à une considération de nombre d’hypothèses dans lesquelles le droit de punir intervient, alors même que ces situations s’inscrivent dans une démarche strictement indemnitare liée au souci de compenser – rétribuer – des déséquilibres dommageables.

²⁸⁹⁰ V. déjà l’article 6 de la loi du 5 juillet 1972 relative à la réforme de la procédure civile.

²⁸⁹¹ MALINVAUD (P.), *op. cit.*, n° 831.

²⁸⁹² MARTY (G.), RAYNAUD (P.) et JESTAZ (P.), *op. cit.*, n° 290, p. 256.

Conclusion du chapitre 1

1237. En droit des contrats, l'intervention du droit de punir n'est pas d'une parfaite linéarité. Une distinction – souvent peu évidente – s'établit entre d'une part les sanctions et, d'autre part, les mesures que l'on qualifierait, faute de terminologie, de "mesures punitives". Alors que les premières sont destinées uniquement à la constatation d'une défectuosité dans la formation du contrat, les secondes en revanche tendent directement à la réprobation d'un comportement individuel lors de la formation ou de l'exécution du contrat, et à la mise en perspective d'une nécessaire moralisation des relations contractuelles.

Ce schéma se complexifie lorsque nous admettons que, durant la phase de formation du contrat, une même mesure – la nullité – puisse se placer dans certains cas dans le groupe des mesures strictement sanctionnatrices et, dans d'autres situations, acquérir une nature punitive. S'il est vrai qu'une certaine clarification intervient s'agissant des mesures pouvant être prononcées en cas d'exécution défectueuse du contrat et qu'une extension du droit de punir se met progressivement en marche, force est toutefois de reconnaître que, dans le détail, les immixtions punitives restent chaotiques en droit des contrats. Ce n'est que par une analyse minutieuse de chaque sanction que leur nature punitive peut être (ou non) révélée.

Cette insertion bigarrée du droit de punir dans le droit des contrats se retrouve-t-elle en matière de responsabilité civile ? Si, de prime abord, il apparaît délicat de révéler la présence du droit de punir en matière de compensation des dommages, nous ne pouvons *in fine* qu'étrangement admettre une immixtion évidente de la répression en ce domaine.

Chapitre 2

Le droit de punir civil et la compensation rétributive des déséquilibres dommageables

1238. Du concept de peine privée... – Entreprendre l'analyse du droit de punir de nature civile doit nous conduire naturellement à la mise en évidence du concept de peine privée. Nous avons déjà aperçu l'une des facettes de cette notion à travers l'astreinte ; il convient à présent de la considérer plus généralement et de tenter de percevoir ses traits essentiels.

Les éléments distinctifs de la peine privée commencent, semble-t-il, à émerger plus clairement aujourd'hui même s'il reste des cas dans lesquels ces critères ne sont pas utilisés avec une entière rigueur²⁸⁹³. Selon une première définition, la peine privée doit être perçue comme une « sanction répressive dont l'objet est de punir l'auteur d'un comportement délictueux, indépendamment des éventuelles conséquences dommageables de son acte »²⁸⁹⁴. Trois caractéristiques peuvent dès lors être immédiatement relevées : la nécessité d'une faute (fondement), l'indifférence du préjudice et la volonté de réprimer l'auteur de l'acte fautif (finalité). Sur la base de ce triptyque, les peines privées seraient circonscrites en droit positif à de simples mesures, certes fondamentales, mais non moins isolées ou circonscrites à un domaine particulier. Il en serait ainsi par exemple de l'astreinte précédemment analysée, de la clause pénale (C. civ., art. 1226 et ss.), de la révocation en matière de donation (C. civ., art. 955), de l'indignité et du recel en matière successorale (C. civ., art. 727 et ss. et art. 792), du recel en matière de partage de communauté (C. civ., art. 1477), de la restitution par le voleur du prix de la chose volée détruite ou perdue (C. civ., art. 1302, al. 4) ou encore de l'accomplissement artificiel de la condition en cas de comportement fautif du débiteur (C. civ., art. 1178). Au-delà de ces cas précis – auxquels nous pourrions encore ajouter les hypothèses très particulières des déchéances²⁸⁹⁵ ou des amendes civiles²⁸⁹⁶ – il est essentiel de s'interroger sur la possibilité de conférer à la responsabilité civile *lato sensu* la dénomination de peine privée.

1239. ... au rapport entre la responsabilité civile et le droit de punir. – Si le rapprochement entre responsabilité civile et peine privée a déjà fait l'objet de nombreuses et riches études doctrinales²⁸⁹⁷, force est de constater qu'il ne l'a jamais été sous l'angle du concept générique

²⁸⁹³ V. *infra*, n^{os} *et ss.* au sujet de la clause pénale.

²⁸⁹⁴ JAULT (A.), *La notion de peine privée*, op. cit., n^o 19.

²⁸⁹⁵ V. par exemple la déchéance du bénéfice du terme expressément prévue à l'article 1188 C. civ. Sur la déchéance *lato sensu*, V. spéc. SALLÉ DE LA MARNIERRE (M.), « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit (Essai de terminologie juridique) », *RTD civ.* 1933, p. 1037.

²⁸⁹⁶ V. par exemple : C. civ., art. 10, 395, 412 et 413 ; N.C.P.C., art. 32-1, 88, 207, 295, 305, 353, 559, 581, 628, 680, 1029 et 1230 ; C. pr. pén., art. 177-2.

²⁸⁹⁷ V. spéc. STARCK (B.), *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse, éd. Rodstein, 1947 ; CARVAL (S.), *La responsabilité civile dans sa*

de droit de punir. Il est vrai que la punition est intrinsèquement liée à la lecture particulière de la responsabilité civile et consistant à considérer cette dernière à travers le prisme de la peine privée. Pour autant, peine privée et droit de punir ne peuvent être pleinement synonymes. Si des interactions s'exercent entre eux, il convient d'admettre que le droit de punir n'est pas une notion qui se circonscrit à un champ d'application limité mais traduit au contraire une logique particulière entre les différentes prérogatives punitives. Considérer une matière – telle que le droit de la responsabilité civile – au regard du droit de punir, revient donc immanquablement à l'apprécier d'une manière dynamique, c'est-à-dire en le confrontant à des disciplines juridiques diverses et, prioritairement, au droit pénal. A l'inverse, inscrire la responsabilité civile dans le seul cadre de la peine privée reviendrait selon nous à limiter notre analyse au strict champ du droit civil ; notre étude serait ainsi par trop sclérosée puisque nous ne pourrions plus apprécier en quoi le droit de punir est aujourd'hui un concept évolutif et polymorphe.

Ainsi, c'est bien au regard du droit de punir que nous devons considérer la responsabilité civile et percevoir en elle les failles dans lesquelles a pu s'immiscer une dynamique répressive. La tâche n'est pas aisée et le propos qui l'accompagnera pourra apparaître, selon les termes de M. CRÉMIEUX, « *impudent ou hérétique* »²⁸⁹⁸. Il est vrai que les termes définissant la responsabilité civile – réparation, indemnisation, compensation, dédommagement – laissent peu de place à la moindre perspective punitive. Sur ce point, un auteur exprime clairement ce rejet en estimant que « *la réparation ne tend ni à punir, ni à faire cesser l'illicite (...)* »²⁸⁹⁹. Pourtant, à bien considérer ces termes, il convient de ne point conclure hâtivement à une séparation des concepts et tenter au contraire d'imaginer leur conciliation.

1240. Responsabilité civile : entre compensation et répression. – Selon le Pr. G. VINEY, la « *responsabilité civile désigne, dans le langage juridique actuel, l'ensemble des règles qui obligent l'auteur d'un dommage causé à autrui à réparer ce préjudice en offrant à la victime une compensation* »²⁹⁰⁰. Ainsi, un lien doit être immédiatement effectué entre les trois concepts que sont la responsabilité civile, la réparation et la compensation. De manière

fonction de peine privée, Paris, L.G.D.J., 1995 ; CRÉMIEUX (M.), « Réflexions sur la peine privée moderne », *op. cit.*, spéc. n^{os} 53 et ss, pp. 298 et ss.

²⁸⁹⁸ CRÉMIEUX (M.), *op. cit.*, n^o 53.

²⁸⁹⁹ ROUJOU DE BOUBÉE (M.-E.), *Essai sur la notion de réparation*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 267.

²⁹⁰⁰ VINEY (G.), *Introduction à la responsabilité* in GHESTIN (J.) (sous la dir.), *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1995.

identique, M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE dans sa thèse relative à la notion de réparation énonce très explicitement que « *la réparation ne peut (...) que compenser le préjudice (...) [et] tendre à procurer à la victime une situation équivalente à celle dont elle aurait bénéficié si le préjudice ne s'était pas produit* »²⁹⁰¹.

Au vu de cette présentation, le droit de punir ne semble pas de prime abord avoir un lien quelconque avec la responsabilité civile. La dichotomie régnant au sein de ce dernier concept entre la responsabilité contractuelle d'une part et la responsabilité délictuelle d'autre part²⁹⁰², ne prédisposant pas davantage la répression à envahir plus intensément ce domaine.

Pourtant, on ne peut refuser de voir plus longtemps que certains pans du droit à réparation se trouvent imprégnés d'une logique intrinsèquement répressive. Il en est ainsi de manière caractéristique de la mise en jeu de la responsabilité contractuelle qui participe pleinement de l'émergence du droit de punir au sein du droit civil (SECTION 1). Il est donc nécessaire de dépasser le postulat relatif à la responsabilité civile et consistant à n'entrevoir celle-ci qu'au travers des termes en lien à une appréciation de l'état de la victime. Il convient plus largement de percevoir dans quelle mesure l'irruption du droit de punir est possible par la mise en cause de la responsabilité civile d'un agent.

Au-delà de la démonstration de l'introduction du droit de punir dans la sphère civile, il sera nécessaire de confondre cette nouvelle catégorie du droit de punir avec la forme punitive originelle qu'est le droit pénal et de tenter de savoir s'il est possible que le droit civil soit suffisant – au regard du second – dans l'expression générale du Droit de punir. Pour établir cette confrontation, le recours à la responsabilité délictuelle (ou extracontractuelle) est éminemment nécessaire et opportun (SECTION 2)²⁹⁰³.

²⁹⁰¹ ROUJOU DE BOUBÉE (M.-E.), *op. cit.*, p. 267.

²⁹⁰² « *Celles-ci sont perçues, dans cette vision des choses comme les deux faces d'une même entité, ou si l'on préfère, comme deux sous-produits d'un même concept, la responsabilité civile (...)* » (BRUN (P.), *Responsabilité civile extra-contractuelle*, *op. cit.*, n° 89). V. également VINEY (G.), *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n° 161 et ss. A ce titre, certains auteurs parlent d'ordres de responsabilité : HUET (J.), *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse, Paris II, 1978 ; BELLISSENT (J.), *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat. A propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J., 2001 ; CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *La responsabilité civile délictuelle*, Grenoble, P.U.G., 3^{ème} éd., 2000, pp. 10 et 17 et plus spéc. p. 31.

²⁹⁰³ Si nous prenons prioritairement appui sur la responsabilité civile contractuelle pour asseoir notre démonstration de l'émergence du droit de punir au sein du droit à réparation, ce n'est que dans un but didactique. Cette forme de responsabilité permettant effectivement de mieux apprécier comment le droit de punir a pu intégrer le droit civil. La responsabilité extracontractuelle quant à elle facilitant naturellement la confrontation du droit de punir de nature civile avec le droit pénal. De plus, la séparation formelle des deux types de

– Section 1 –

Emergence du droit de punir dans la mise en jeu de la
responsabilité civile : l'exemple de la responsabilité contractuelle

1241. De l'incitation à la punition. – Nous avons vu précédemment que l'astreinte constitue une mesure incitative destinée à provoquer chez le débiteur une prise de conscience de l'intérêt – notamment financier – qu'il peut avoir, à exécuter son obligation contractuelle. Si nous avons pu apprécier à quel point la loi entendait distinguer cette mesure de l'allocation de dommages-intérêts, nous ne pouvons en déduire parallèlement l'évacuation de tout aspect incitatif ou comminatoire des divers mécanismes à finalité indemnitaire. En effet, l'évaluation anticipée par les contractants des dommages-intérêts dus par le débiteur en cas de retard ou d'inexécution et ce, grâce à l'établissement d'une clause pénale²⁹⁰⁴, doit être présentée comme une mesure tendant à dissuader le débiteur de toute inertie préjudiciable. Cette technique contractuelle, que l'on sait importante en pratique, ne peut toutefois être présentée comme une manifestation du droit de punir, sa fonction demeurant strictement comminatoire (§ 1). Reprenant la logique suivie en matière d'astreinte, nous devons admettre que le droit de punir n'intervient qu'avec la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle elle-même – notion fortement discutée en doctrine – et le versement effectif des dommages-intérêts (§ 2). Nous ne sommes plus alors dans le simple cadre prévisionnel et comminatoire de la clause pénale mais dans celui de la réparation effective possédant, intrinsèquement, une aspiration répressive.

§ 1. – La fonction comminatoire de la clause pénale

1242. La clause pénale, entre passé et présent. – Contrairement à une partie de la doctrine qui considère la clause pénale comme une peine privée²⁹⁰⁵, nous estimons au contraire que cette stipulation conventionnelle n'a rien de tel. Si la clause pénale constitue, d'un point de vue historique, la réminiscence des origines du droit de punir (A) et demeure, à ce titre, une

responsabilité civile ne doit pas être exagérée ; le droit à réparation est un Janus dont les deux aspects ne peuvent être totalement désolidarisés. En ce sens, V. notamment CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *La responsabilité civile délictuelle*, op. cit., p. 30.

²⁹⁰⁴ V. notamment TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 621.

²⁹⁰⁵ V. par exemple, CARBONNIER (J.), *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, op. cit., n° 178 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), FLOUR (Y.) et SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 236 ; JAULT (A.), *op. cit.*, n°s 211 et ss.

donnée fondamentale quant à la reconnaissance d'une répression de nature civile, elle reste toutefois détachée de l'exercice même de cette répression (B). En d'autres termes, établir la clause pénale sur la simple base de son caractère comminatoire demeure insuffisant dans la mesure où *contraindre* n'est point nécessairement *punir*.

A. – Clause pénale : retour aux prémices du droit de punir

1243. Comme nous l'avons vu au début de cette étude, le droit de punir est originellement imbriqué dans une confrontation entre la réparation et la répression que le terme *poena* traduit parfaitement²⁹⁰⁶ et dont la clause pénale détient certains traits (1°). Bien qu'inscrite dans le champ civil, cette clause demeure alors très proche de la logique inhérente au droit pénal ; son caractère comminatoire poursuivant en effet un objectif proche de celui que l'on peut rechercher en matière criminelle (2°).

1°/ La *poena* et la clause pénale

1244. *Stipulatio poenae du droit romain primitif.* – La clause pénale se définit classiquement comme une « *stipulation par laquelle les parties contractantes évaluent par avance et de façon forfaitaire le montant des dommages-intérêts qui seront dus par le débiteur, à titre de peine (...) en cas d'inexécution, totale ou partielle, de l'obligation* »²⁹⁰⁷. Sa dénomination "pénale" n'est pas neuve et trouve son origine dans la *stipulatio poenae* (i.e. la stipulation de peine) du droit romain primitif. Durant cette époque, il apparaît clairement que la clause pénale se présente comme une « *peine destinée à punir le débiteur de sa défaillance (...) [et] y apparaît avec le caractère de disposition pénale se rattachant historiquement au système général des peines privées* »²⁹⁰⁸. Suivant cette logique strictement répressive, la clause pénale est due quelle que soit l'origine et l'ampleur de l'inexécution (totale ou partielle) du contrat. Que celle-ci naisse de la faute du débiteur ou d'un cas fortuit, l'essentiel tient pour le droit romain à la constatation d'une obligation principale non assumée. S'il est vrai que cette *stipulatio poenae* s'inscrit dans le cadre particulier des obligations conditionnelles, il n'en reste pas moins significatif que l'objectif originel et prioritaire de cette mesure est la répression d'un contractant qui n'a pas expressément respecté ses engagements ou qui n'a pu

²⁹⁰⁶ V. *infra*, spéc. n° .

²⁹⁰⁷ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), FLOUR (Y.) et SAVAUX (E.), *op. cit.*, n° 236.

²⁹⁰⁸ FLINIAUX (A.), « L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du Moyen Âge », *Mélanges Fournier*, Paris, Sirey, 1929, p. 234.

éviter l'inexécution de l'obligation. Fondé sur la défaillance plus ou moins explicite d'une partie au contrat, le caractère punitif de la clause pénale originelle apparaît dès lors criant.

1245. *Cumul.* – Durant la période romaine, ce caractère punitif de la *stipulatio poenae* se trouve renforcé par le fait qu'un cumul est possible entre le prononcé de cette mesure et l'allocation de dommages-intérêts au créancier pour inexécution de l'obligation. Ceci démontre parfaitement à quel point la stipulation de peine, bien qu'intégrée aux relations strictement conventionnelles, était intimement liée à la logique imprégnant le droit pénal. Puisque cette mesure peut être prononcée en sus de dommages-intérêts, cela suppose nécessairement une différence de nature entre ces deux éléments, rapprochant ainsi la stipulation de peine du droit de punir. Si la pratique du droit romain conféra par la suite à la *stipulatio poenae* une dimension plus indemnitaire²⁹⁰⁹, on ne peut nier pour autant sa nature punitive initiale ; la clause pénale telle qu'entendue par le droit romain primitif se présentait alors comme une composante manifeste du droit de punir.

Si nous cessons d'analyser la clause pénale d'un point de vue historique, le rapprochement entre cette mesure et le droit pénal ne s'évapore pas pour autant. Son caractère comminatoire prolonge en effet les liens originels qui unissaient ces deux éléments.

2°/ Caractère comminatoire de la clause pénale

1246. *Origine textuelle de la dissuasion.* – Etablir le caractère comminatoire de la clause pénale revient à déterminer l'intensité dissuasive qui s'en échappe. C'est traditionnellement l'article 1226 du Code civil qui est cité pour démontrer la force de dissuasion inhérente à cette mesure : « *La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* ». Si, à la seule lecture de cet article, nous ne sommes pas pleinement convaincus du caractère expressément contraignant de la clause pénale, les interprétations tant doctrinales²⁹¹⁰ que jurisprudentielles²⁹¹¹ de cette disposition nous poussent à la résignation. Aussi devons-nous

²⁹⁰⁹ *Ibid.*, p. 235.

²⁹¹⁰ Pour un exposé de cette doctrine, V. MAZEAUD (D.), *La notion de clause pénale*, Paris, L.G.D.J., 1992, n° 149. V. également JAULT (A.), *op. cit.*, n° 211.

²⁹¹¹ Civ. 1^{ère} 16 janv. 1985, *RTD civ.* 1986, p. 103, obs. J. Mestre ; *JCP* 1986.II.20661, obs. G. Paisant – Com. 27 mars 1990, *D.* 1990, p. 390, note S. de la Marnierre ; *D.* 1991, Somm. p. 158, obs. G. Paisant ; *RTD civ.* 1990, p. 514, obs. Ph. Rémy et p. 655, obs. J. Mestre. Dans une certaine mesure, V. également Civ. 1^{ère} 12 juill. 2005, *D.* 2005, *Jurisp.* p. 3021, note A.-L. Pastré-Boyer.

considérer, dans le sillage de la pensée majoritaire, que l'article 1226 précité traduit le caractère comminatoire de la clause pénale. De ce point de vue, une clause ne peut être qualifiée de *clause pénale* qu'à la stricte condition qu'elle puisse être révélatrice d'une incitation majeure à l'exécution correcte de son obligation, une « *arme de dissuasion* »²⁹¹² offerte au créancier pour garantir la viabilité de la relation contractuelle. Sans cette perspective contraignante, nulle clause pénale ne saurait être révélée ; il ne serait question alors que d'indemnisation forfaitaire²⁹¹³.

1247. Approches matérielle et morale de la dissuasion. – Si nous suivons les traces de l'article 1126 C. civ. ainsi interprété, une exigence se pose à nous d'un point de vue purement matériel. Si l'on admet effectivement que la clause pénale ait un caractère comminatoire, encore faut-il qu'elle extériorise cette menace pesant sur le contractant potentiellement indélicat. Cette extériorisation semble s'effectuer par le montant souvent élevé de la clause pénale ; montant qui induit de la part du débiteur une réticence à toute intention malveillante envers l'exécution du contrat. Ainsi, des considérations matérielle et morale s'entremêlent pour conférer à la clause pénale une dimension pleinement comminatoire. Ce n'est que si le montant de la clause est suffisamment important qu'une crainte s'emparera du débiteur poussant celui-ci à s'exécuter. Un moyen de pression doit donc être exercé tant d'un point de vue purement pécuniaire que d'un point de vue psychologique. En concluant et en stipulant la mise en œuvre possible d'une clause pénale, le débiteur accepte *ab initio* de faire peser sur lui une menace, celle tenant précisément à l'exercice potentiel du droit de punir.

Mais établir la clause pénale comme une prévision – une prévention (?) – du droit de punir, ne revient-il pas à maintenir cette mesure dans le strict cadre de la dissuasion et à l'écarter de la punition elle-même ?

1248. Menace ou punition ? – A bien considérer le caractère comminatoire de la clause pénale, il semble que cette mesure soit dénuée de toute fonction sanctionnatrice effective. Si elle constitue matériellement une menace conduisant à une prise de conscience, chez le débiteur, de l'utilité d'une exécution satisfaisante de l'obligation, cela suppose nécessairement que cette mesure soit distincte de l'application même de la sanction. Si l'on admet que la

²⁹¹² MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (F.), *op. cit.*, n° 641, p. 772. V. également VASSEUR (M.), « Note sous Paris 5 janv. 1977 », D. 1977, p. 265, n° 5 (cité in MAZEAUD (D.), *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 93) qui parle d'une « *arme dissuasive* ».

²⁹¹³ V. spéc. Civ. 1^{ère} 12 juill. 2005, *op. cit.*

clause pénale soit comminatoire, c'est-à-dire qu'elle constitue une menace, une incitation voire une dissuasion ou une prévention, on ne peut raisonnablement penser qu'elle soit également l'expression du droit de punir lui-même. On ne peut vouloir agir préventivement tout en qualifiant la mesure mise en œuvre de peine privée²⁹¹⁴. En effet, la dissuasion ou la prévention sont des concepts sinon étrangers, du moins éloignés de toute logique punitive. Si l'on veut prévenir un manquement contractuel par une mesure quelconque, cela ne saurait raisonnablement signifier que l'on souhaite parallèlement et par cette même mesure, réprimer ce manquement. Il faut donc d'une part en conclure que la clause pénale dissuade mais ne punit pas et, d'autre part, admettre que loin d'être une peine privée, cette mesure ne constitue qu'un préalable à un hypothétique droit de punir.

B. – Clause pénale : simple préalable du droit de punir

1249. La clause pénale ne peut selon nous revêtir véritablement les traits d'une sanction punitive puisqu'elle est inexorablement dépendante d'une relation contractuelle dont elle assure l'exécution (1°). Elle se présente donc simplement comme une prévision de la mise en œuvre ultérieure de la responsabilité contractuelle qui, à l'inverse, développera certains traits punitifs. La clause pénale apparaît alors comme une simple transition vers un exercice futur et singulier du droit de punir (2°).

1°/ Caractère contractuel de la clause pénale

1250. *Rejet du caractère punitif de la clause pénale.* – Il est très délicat d'assimiler la clause pénale à un mécanisme propre du droit de punir dans la mesure où cette notion renvoie – à tort ou à raison – à une certaine forme de justice privée qui, nous l'avons vu, se trouve naturellement détachée de toute fonction étatique et entretient des relations ambiguës avec le concept même de *droit* (a). Mais surtout, si la clause pénale ne peut être expressément punitive, cela tient semble-t-il majoritairement à sa nature accessoire à une obligation principale (b).

²⁹¹⁴ Tout en prenant position pour la qualification de peine privée, un auteur met étrangement en exergue le caractère préventif de la clause pénale : « *La clause pénale, par laquelle les parties s'érigent en véritables juges de leur inaction ou de leur défaillance, vise donc essentiellement à agir avant la réalisation du préjudice en dissuadant les contractants de ne pas exécuter leurs obligations* » (COUTANT-LAPALUS (C.), *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, n° 483, p. 410 ; c'est nous qui soulignons).

a. Clause pénale et justice privée

1251. Retour de la justice privée ? – La clause pénale s’analyse comme une prise de possession par les contractants des conséquences de l’inexécution des obligations contractuelles. Le juge est donc exclu de la détermination et de la mise en œuvre du montant des sommes devant être allouées en cas de défaillance dans l’exécution du contrat, que cette défaillance se traduise par une inexécution ou un retard dans l’exécution. Il y a donc entre les parties un accord sur le fait de parvenir à un "arrangement" pécuniaire dans l’hypothèse d’une mauvaise exécution des obligations. Cette entente préalable fait implicitement référence à la composition pécuniaire dont l’objectif fut pareillement d’organiser les suites d’une défaillance de son comportement ; la distinction entre ces deux éléments tenant simplement à la période durant laquelle ils s’expriment. Alors que la clause pénale s’inscrit dans une démarche préventive et préalablement à la défaillance, la composition pécuniaire suit au contraire cette défaillance.

1252. Si le rapprochement entre la clause pénale et la justice privée peut être effectué dans une certaine mesure, il ne doit pas pour autant être exagéré. Bien que la clause pénale demeure par nature une mesure extra-judiciaire, le juge ne saurait être totalement exclu. La loi n° 75-597 du 9 juillet 1975²⁹¹⁵ est intervenue en la matière afin précisément d’attribuer au juge un pouvoir modulateur tendant à « *modérer ou augmenter la peine* » (C. civ., art. 1152 alinéa 2). Aussi devons-nous admettre que l’exclusion du caractère punitif de la clause pénale par ce biais-là ne peut qu’être marginale, contrairement au point tenant à la révélation du caractère accessoire de cette clause.

b. Clause pénale et obligation principale

1253. Retour sur le caractère comminatoire de la clause pénale. – Comme l’exprime le Pr. D. MAZEAUD, la clause pénale « *suppose nécessairement l’existence d’une obligation principale, elle ne peut s’envisager en dehors d’un contexte contractuel, d’un rapport préexistant* »²⁹¹⁶. Cette mesure – et la menace qui lui est inhérente – n’existe donc pas par elle-même mais s’inscrit précisément dans une démarche de garantie de l’exécution d’une

²⁹¹⁵ JO du 10 juill. 1975, p. 7076.

²⁹¹⁶ MAZEAUD (D.), *La notion de clause pénale*, op. cit., n° 152. V. également OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), op. cit., n° 484, p. 376 : la clause pénale « *constitue une garantie de l’exécution de l’obligation principale, en stimulant la diligence du débiteur par la menace d’une peine* ».

obligation principale. A ce titre, on peut la définir comme un élément accessoire de cette obligation.

On a pu soutenir que le caractère extra-judiciaire de la clause pénale garantissait encore davantage sa nature comminatoire²⁹¹⁷ et que la constance de la menace contractuellement prévue devait favoriser la dissuasion et le respect des engagements initialement pris. Ainsi, le caractère comminatoire de la clause pénale – que nous ne rejetons pas – n’est donc pas, par nature, une fin en soi mais constitue bien au contraire le plus parfait moyen d’assurer, par l’incitation, l’exécution d’une obligation principale : « *par la création d’une clause pénale, les parties cherchent à garantir l’exécution d’une obligation initiale souscrite par le débiteur (...)* »²⁹¹⁸.

1254. Insuffisance de la clause pénale. – La clause pénale ne peut s’entendre que dans un processus *binaire* et *défectueux*. Processus binaire tout d’abord parce que la stipulation contractuelle tendant à prévoir le montant d’une peine sur le fondement de l’article 1226 du Code civil se rattache à une obligation principale, objet même de la clause pénale. Celle-ci n’est donc que le complément d’un contrat initial et n’existe naturellement pas par elle-même. Processus déficient ensuite dans la mesure où la clause pénale est « *subordonnée à l’inexécution de l’obligation originelle dont le contrat de clause pénale est l’accessoire* »²⁹¹⁹. Ces deux caractéristiques montrent à quel point il peut être critiquable de dénommer la clause pénale de peine privée puisqu’elle demeure soumise à des conditions lui ôtant toute forme d’autonomie. Or, comment croire en une quelconque réalité de la nature punitive de la clause pénale lorsque celle-ci n’existe qu’à travers d’autres éléments contractuels et demeure un simple moyen de pression transitoire avant la mise en jeu de la responsabilité contractuelle ?

2°/ Caractère transitoire de la clause pénale

1255. Clause pénale : une responsabilité contractuelle anticipée. – L’article 1229 du Code civil ne peut être plus explicite quant à la nature de la clause pénale : « *La clause pénale est, précise cette disposition, la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l’inexécution de l’obligation principale* ». Le rapport entre la clause pénale et les dommages-intérêts ainsi cristallisé dans l’œuvre napoléonienne, émane de POTHIER pour qui

²⁹¹⁷ *Ibid.*, n^{os} 105 et ss.

²⁹¹⁸ MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (F.), *op. cit.*, n^o 641.

²⁹¹⁹ MAZEAUD (D.), *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n^o 179.

cette mesure est « *instituée dans l'intention de dédommager le créancier de l'inexécution de l'obligation principale* »²⁹²⁰. En d'autres termes, la clause pénale est une simple stipulation contractuelle de la somme due au titre d'une indemnisation en cas d'exécution défectueuse des obligations²⁹²¹.

1256. Controverse doctrinale. – Face à cette affirmation, une controverse est née et des contestations se sont élevées tendant à remettre en cause la nature réparatrice de la clause pénale. S'appuyant sur l'existence parfois très incertaine d'un préjudice, M. Denis MAZEAUD a entrepris de réduire autant que faire se pouvait l'importance de l'acception indemnitrice de la clause pénale²⁹²². Fondée sur la seule inexécution illicite de l'obligation, la clause pénale n'aurait pour fondement que la faute du débiteur et pour objectif la punition de ce dernier. Le préjudice est, selon cet auteur, loin d'être systématiquement révélé par l'inexécution du contrat²⁹²³ de sorte que la logique réparatrice doit être, sinon écartée totalement, du moins relativisée dans sa portée.

Enclins à ne point confirmer cette thèse, certains auteurs ont rejeté la qualification de peine privée à l'endroit de la clause pénale en établissant principalement l'importance du préjudice dans la détermination de cette mesure. Mais une telle position n'est pas pleinement satisfaisante puisque l'existence d'un dommage n'est pas une condition nécessaire à la mise en œuvre d'une clause pénale. Aussi doit-il être avancé un autre argument tendant à nier le rapprochement entre les concepts de clause pénale et de peine privée.

1257. Préalable à la mise en jeu de la responsabilité contractuelle. – En tant qu'évaluation prévisionnelle et conventionnelle de la somme due au titre de dommages-intérêts suite à l'inexécution fautive du débiteur, la clause pénale ne peut être considérée comme une sanction effective. Elle n'est qu'une menace de sanction, ce qui est tout différent. Elle est une transition, une parenthèse avant la mise en œuvre du pur droit de punir prenant alors les traits de la mise en jeu de la responsabilité contractuelle.

²⁹²⁰ BUGNET, *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. II, Paris, Cosse et Plon, 1861, n° 342.

²⁹²¹ En ce sens, V. TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 624 pour lesquels la clause pénale est une « *évaluation conventionnelle des dommages-intérêts* ».

²⁹²² MAZEAUD (D.), *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, spéc. n° 536.

²⁹²³ *Contra.*, V. ROUJOU DE BOUBÉE (M.-E.), *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, p. 72.

Certes, on nous retorquera que sa liquidation – à l’image de la liquidation de l’astreinte – peut être perçue comme l’application véritable du droit de punir²⁹²⁴. Pourtant, contrairement à la mesure de la loi du 9 juillet 1991, la clause pénale lorsqu’elle est liquidée, ne l’est qu’au regard de l’engagement de la responsabilité contractuelle. Celle-ci se substitue donc à la mesure conventionnelle tout en s’appuyant sur ses termes pour la détermination du montant de la somme devant être versée. Autrement dit, ce n’est pas la clause pénale, mais la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle au moyen de celle-ci qui possède un caractère punitif. La clause pénale n’est donc que le préalable à l’énoncé d’une peine privée véritable : la responsabilité contractuelle. Revendiquer la nature punitive de celle-ci et considérer la clause pénale comme une simple anticipation de cette responsabilité permet donc de simplifier et de circonscrire le domaine du droit de punir en matière contractuelle au seul concept de *responsabilité*.

1258. Ultimes précisions sur la clause pénale. – Rejeter le caractère punitif de la clause pénale ne revient pas pour autant à avoir une vision moniste de cette mesure en érigeant son seul aspect indemnitaire. La clause pénale est donc bien une mesure comminatoire s’analysant parallèlement comme une anticipation conventionnelle du montant de l’indemnisation en cas d’inexécution. L’article 1152 du Code civil, en faisant se croiser les termes de dommages et intérêts et de peine, confirme le caractère de Janus de la clause pénale.

Suivant cette logique, si nous considérons d’une part que la clause pénale est une transition vers un exercice possible du droit de punir et, d’autre part, que l’allocation de dommages-intérêts est le fruit de cette mesure préventive, nous sommes alors confrontés à la conclusion singulière tenant à la constatation du caractère punitif de la responsabilité contractuelle et du versement corrélatif des dommages-intérêts.

§ 2. – La fonction punitive de la responsabilité contractuelle

1259. « La responsabilité contractuelle en question »²⁹²⁵. – La responsabilité contractuelle est l’une des questions qui soulève les plus vives controverses dans la doctrine civiliste²⁹²⁶ : « Si l’expression est d’un usage courant de nos jours, la notion de "responsabilité

²⁹²⁴ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

²⁹²⁵ Nous faisons référence ici à la contribution du Pr. G. VINEY publiée dans les *Mélanges Ghestin* (« La responsabilité contractuelle en question », p. 921).

²⁹²⁶ Si nous ne reviendrons pas explicitement sur cette discussion, certaines positions caractéristiques surgieront çà et là de notre propos.

contractuelle" fut et reste encore aujourd'hui au cœur d'un débat mettant en cause tant son domaine et son régime que son existence même »²⁹²⁷. En effet, traiter de la responsabilité contractuelle ne va pas de soi. Si ce type de responsabilité ne constitue qu'une catégorie particulière de la responsabilité civile *lato sensu*, pouvons-nous véritablement croire en une forme de réparation lorsqu'est en cause un rapport contractuel ? Si une réponse positive devra nécessairement être apportée sur ce point, elle tend semble-t-il à éloigner la responsabilité contractuelle de toute perspective punitive ; réparation et punition paraissent en effet échapper à toute forme d'imbrication.

Pourtant, l'exclusion de tout rapprochement entre ces deux derniers concepts paraît hâtive. Si la compensation d'un dommage – quelle que soit par ailleurs sa nature – s'inscrit traditionnellement dans une logique dénuée de tout caractère répressif, c'est selon nous sur la base d'un axiome erroné. Le caractère rétributif de la compensation du dommage – que nous devons mettre en évidence – ne revient-il pas en effet à promouvoir au sein même du mécanisme de responsabilité civile et du concept de réparation une dimension punitive ?

1260. Enoncer le caractère punitif de la responsabilité contractuelle implique donc un raisonnement en deux temps. Il convient d'admettre d'une part l'idée même de réparation en matière contractuelle (A) et, d'autre part, que cette réparation puisse par ses possibles défaillances acquérir une dimension rétributive et, par là même, répressive (B).

A. – La responsabilité contractuelle, compensation réparatrice de l'inexécution du contrat

1261. La contestation du caractère réparateur de la responsabilité contractuelle est née de la spécificité même de la relation contractuelle. Alors que la responsabilité délictuelle s'appuie sur la non-conformité directe d'un comportement individuel à la règle légale, la responsabilité contractuelle ne peut s'entendre qu'après constatation de la discordance entre un comportement individuel et un rapport conventionnel et obligationnel. En somme, la responsabilité contractuelle se fonde sur l'inexécution de l'obligation contractuelle, constituant ainsi son fait générateur (1°). Cette constatation – tenant en l'importance de la

²⁹²⁷ JOURDAIN (P.), « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle » in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Sixièmes Journées René Savatier, Paris, P.U.F., 1997, p. 65. Pour une remise en cause du concept de responsabilité contractuelle, V. LE TOURNEAU (P.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 2004, n° 802 et ss. ; TALLON (D.), « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *Mélanges Cornu*, Paris, P.U.F., 1994, p. 429 ; REMY (P.), « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323.

prise en considération de l'inexécution contractuelle – ne doit pas pour autant écarter la responsabilité contractuelle de la mission qui lui semble intimement liée et consistant non pas dans la garantie d'une équivalence de l'exécution de l'obligation mais dans la réparation d'un dommage (2°).

1°/ L'inexécution du contrat comme fait générateur de la responsabilité contractuelle

1262. Faute contractuelle ou inexécution du contrat ? – Tout en rejetant le concept de *faute contractuelle* et niant même l'idée de *responsabilité contractuelle*, un auteur a clairement défini l'inexécution du contrat en précisant que celle-ci « *ne s'intéresse pas à la faute de comportement du débiteur, mais seulement à la différence entre le "promis" et l'"accompli"* »²⁹²⁸. Conjointement à l'esprit animant la mise en cause de la responsabilité délictuelle pouvant être fondée en l'absence de constatation expresse d'une faute, l'engagement de la responsabilité contractuelle s'établit sur le simple constat de l'inexécution de l'obligation.

Et c'est précisément sur ce point que le débat doctrinal fut le plus vif. Alors que certains auteurs rejetèrent toute utilité au concept de *faute contractuelle*²⁹²⁹ dans la mesure où il se trouve finalement dissout dans celui d'inexécution contractuelle, d'autres au contraire s'efforcèrent de révéler toute l'importance de ce concept²⁹³⁰ ou du moins l'absence de nocivité de l'utilisation de ce terme²⁹³¹. Ce débat nous apparaît pour le moins stérile puisque la connaissance du caractère fautif ou non fautif de l'inexécution de l'obligation n'est d'aucune utilité réelle lorsque la réparation du dommage sera demandée.

1263. Le faux problème du caractère fautif de l'inexécution contractuelle au regard de la finalité de la responsabilité contractuelle. – Pour tenter de sortir de cette aporie, nombre d'auteurs s'aidèrent de la formule de PLANIOL selon laquelle « *la faute est un manquement à une obligation préexistante, dont la loi ordonne la réparation quand il a causé un dommage à*

²⁹²⁸ FAURE ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers, L.G.D.J., 2003, n° 169, p. 140.

²⁹²⁹ TALLON (D.), « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *op. cit.* ; FAURE ABBAD (M.), *op. cit.*, spéc. n°s 170 et 309.

²⁹³⁰ ESMEIN (P.), « Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle », *RTD civ.* 1933, p. 627 ; VINEY (G.), « La responsabilité contractuelle en question », *Mélanges Ghestin*, *op. cit.*, spéc. n° 22 ; RADÉ (C.), « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *D.* 1998, chron. p. 301, spéc. n°s 14 et ss.

²⁹³¹ JOURDAIN (P.), *op. cit.*, spéc. p. 71.

autrui »²⁹³². Devant le caractère compréhensif de cette définition, il est clair que la constatation matérielle de l'inexécution de l'obligation contractuelle permet la mise en relief chez le débiteur d'une faute. Aussi devrions-nous conclure au fait selon lequel la faute contractuelle serait le seul fait générateur de la responsabilité contractuelle.

Mais suivre cette logique reviendrait selon nous à dévoyer le terme même de faute. Il est incontestable en effet que la faute induit toujours la prise en considération d'un comportement, voire un jugement de valeur²⁹³³. Or, il ne résulte d'aucune disposition du Code civil que le juge soit chargé de sonder les cœurs afin d'apprécier l'importance de l'attitude fautive du débiteur²⁹³⁴. S'il est vrai que l'article 1147 C. civ. traite de l'*imputation* de l'inexécution de l'obligation au débiteur – renvoyant indirectement à l'existence d'une faute quelconque – force est de reconnaître que cette disposition se concentre davantage sur l'inexécution elle-même. En d'autres termes, si la faute du débiteur peut exister, celle-ci n'est d'aucune réelle efficacité dans l'allocation des dommages et intérêts ; le simple constat de l'inexécution étant alors suffisant au regard de la fonction strictement rétributive de la responsabilité contractuelle²⁹³⁵. A ce titre, la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat n'est d'aucune incidence, l'inexécution – bien que différente pour chacun des deux systèmes – est pleinement envisageable que l'on se place dans le premier ou dans le second cadre obligationnel. Pour l'obligation de moyens, l'inexécution consistera dans le manquement au devoir de prudence et de diligence ; s'agissant de l'obligation de résultat, l'inexécution procédera naturellement de l'absence du résultat escompté.

1264. Si, par la mise en évidence de l'inutilité du concept de faute contractuelle, nous rejoignons les principaux opposants au concept de responsabilité contractuelle, nous nous en démarquons toutefois très nettement puisque nous estimons que cette forme de responsabilité existe et donne naissance à une véritable réparation et non à une exécution par équivalent. En effet, rejeter la nécessité de la prise en considération du caractère fautif de l'inexécution de l'obligation contractuelle ne saurait conduire à l'évacuation du caractère indemnitaire de la

²⁹³² PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, Paris, éd. Pichon, 1900, n° 901, p. 266. Pour une utilisation de cette définition, V. JOURDAIN (P.), *op. cit.*, spéc. p. 71 ; LARROUMET (Ch.), « Pour la responsabilité contractuelle », *Mélanges Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 548.

²⁹³³ STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Obligations*, t. 1, *Responsabilité délictuelle*, Paris, Litec, 5^{ème} éd., 1996, n° 268.

²⁹³⁴ V. toutefois *infra*, n° concernant la faute dolosive du débiteur et l'application de l'article 1150 du Code civil.

²⁹³⁵ V. *infra*, n°^{os} *et ss.*

responsabilité contractuelle et à ne considérer celle-ci que comme l'exécution équivalente de l'obligation initiale.

2°/ La responsabilité contractuelle comme réparation de l'inexécution du contrat

1265. Particularisme de la responsabilité contractuelle : réparation ou exécution ? – S'il est incontestable que la responsabilité civile délictuelle constitue la réparation d'un dommage, on ne peut parallèlement admettre, sans hésitation, que la responsabilité civile contractuelle soit la réparation d'un dommage subi par le créancier et causé par l'inexécution du contrat (b), et non le prolongement de l'exécution de l'obligation contractuelle, c'est-à-dire l'exécution par équivalent (a). La doctrine est en effet partagée sur le point de savoir si la fonction de la responsabilité contractuelle est avant tout réparatrice ou satisfactoire.

a. Responsabilité contractuelle et exécution par équivalent

1266. Fonction satisfactoire des dommages et intérêts contractuels. – Partant du postulat selon lequel le « *contrat est fait d'abord pour être exécuté* »²⁹³⁶, un courant doctrinal estime que la « *prétendue réparation n'est en général que le substitut de l'exécution* »²⁹³⁷. Très souvent, les auteurs estiment qu'en s'établissant sur la simple inexécution de l'obligation, la responsabilité contractuelle évacue toute forme de réparation. En effet, s'il n'a été constaté qu'une simple absence d'exécution (ou une mauvaise exécution) des obligations contractuelles, les dommages et intérêts consécutifs à la responsabilité contractuelle devraient être analysés comme l'exécution par équivalence de l'engagement originel.

1267. Dommages et intérêts contractuels : modalité d'extinction des obligations ? – Si, comme nous l'avons précisé, on évacue toute appréciation du comportement, cela signifie que l'on ne s'intéresse qu'à la seule inexécution du contrat. Les dommages et intérêts alloués dans cette hypothèse seraient alors une remise en ordre, un *paiement* au sens du droit des obligations, c'est-à-dire une modalité d'exécution et, dès lors, d'extinction des obligations²⁹³⁸.

²⁹³⁶ TALLON (D.), « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *op. cit.*, n° 14, pp. 227-228.

²⁹³⁷ *Ibid.*, n° 14, p. 228.

²⁹³⁸ Sur cette fonction de paiement, V. HUET (J.), *thèse précit.* Précisons toutefois que cet auteur souligne, à côté de la fonction de paiement de la responsabilité contractuelle, sa fonction de réparation.

Mais si les dommages et intérêts intègrent véritablement cette perspective d'extinction de la relation contractuelle, encore faut-il, pour corroborer cette fonction, se demander quel est le degré réel de satisfaction du créancier, demandeur au regard de l'article 1149 du Code civil.

1268. Piètre aspect satisfactoire des dommages-intérêts pour le créancier. – En précisant que le « débiteur [ne peut être] tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat », l'article 1150 du Code civil tend à favoriser l'assimilation de l'allocation de dommages et intérêts à l'exécution forcée en nature. Ce à quoi est tenu ici le débiteur doit en effet correspondre à des prévisions contractuelles, de sorte qu'il apparaît délicat de considérer ces dommages et intérêts comme des données extérieures à l'exécution effective du contrat.

Si cette lecture de l'article 1150 est soutenue par une partie de la doctrine, elle ne saurait toutefois occulter le fait fondamental selon lequel, en matière contractuelle, ce que le créancier attend, c'est l'exécution, de sorte que l'attention doit être portée au maximum pour procurer au créancier la prestation qui lui a été promise²⁹³⁹. Le créancier a désiré conclure une convention en vue précisément de la fourniture d'une prestation. Si cette dernière n'est pas délivrée et qu'un simple équivalent pécuniaire se trouve offert, on ne saurait conclure à une entière satisfaction des attentes du créancier. Aussi est-il possible de penser que les dommages et intérêts contractuels ne peuvent être considérés comme étant pleinement satisfactoirs et devons-nous les comprendre davantage comme la compensation d'une inexécution dommageable pour le créancier : « Verser des dommages-intérêts, n'est pas exécuter, fût-ce par équivalent ; c'est seulement compenser un dommage. Exécuter, c'est au contraire fournir ce qui a été convenu, c'est-à-dire accomplir la prestation promise de façon satisfactoire pour le créancier »²⁹⁴⁰. En d'autres termes, s'il n'y a point exécution de la prestation, il ne peut y avoir satisfaction : il n'y a que réparation et compensation d'un dommage. Comme l'expriment MM. les Pr. TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, « [r]éparer, c'est déjà (...) non pas rétablir une situation, mais compenser un dommage »²⁹⁴¹.

²⁹³⁹ Sur ce point, V. notamment RÉMY-CORLAY (P.), « Exécution et réparation », *RDC* 2005, pp. 13 et ss. ; GAUTIER (P.-Y.), « Rapport de synthèse », *RDC* 2005, p. 152.

²⁹⁴⁰ JOURDAIN (P.), *op. cit.*, p. 69. *Contra*, V. DUPRÉ-DALLEMAGNE (A.-S.), *La force contraignante du rapport d'obligation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, spéc. n° 184, p. 165 : « L'exécution par équivalent constitue une véritable exécution qui consiste pour le créancier à recevoir exactement l'objet de la prestation, le débiteur se contentant de fournir un équivalent de la chose due ».

²⁹⁴¹ TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 899.

b. Responsabilité contractuelle et réparation

1269. Défense de la fonction réparatrice de la responsabilité contractuelle. – Circonscrire la responsabilité contractuelle et les dommages et intérêts qui lui sont inhérents à une simple fonction d'exécution par équivalent semble tenir davantage du verbalisme que de l'analyse véritable de la relation contractuelle²⁹⁴². En retenant que le contrat ne peut être *source* de réparation et *moyen* d'obtenir réparation, une partie de la doctrine s'est fourvoyée dans un rejet injustifié du concept de responsabilité contractuelle²⁹⁴³. S'est alors engagé un plaidoyer en faveur de la responsabilité contractuelle²⁹⁴⁴ mais également et surtout de sa fonction réparatrice ou indemnitaire²⁹⁴⁵. S'appuyant sur les écrits de DOMAT, POTHIER et les rédacteurs du Code civil, le Pr. G. VINEY entendit donc défendre l'acception de la responsabilité contractuelle tendant à la considérer comme la réparation du dommage causé par l'inexécution du contrat²⁹⁴⁶. L'entreprise est toutefois loin d'être aisée puisque décider de retenir la fonction indemnitaire des dommages et intérêts contractuels revient à déterminer avec précision le dommage. Or, sur ce point de nombreuses interrogations peuvent se poser.

1270. Problème de la détermination du dommage contractuel. – Les défenseurs de la fonction réparatrice de la responsabilité contractuelle trouvèrent un allié dans les Principes du droit européen du contrat établi en 1997. L'article 9.501 de ce dispositif souligne en effet très clairement la fonction indemnitaire de l'allocation de dommages-intérêts contractuels en posant comme postulat à une telle allocation l'exigence d'un préjudice : « *le créancier a droit à dommages-intérêts pour le préjudice que lui cause l'inexécution (...)* »²⁹⁴⁷. Mais affirmer l'existence nécessaire d'un dommage réparable ne suffit pas. Il convient d'établir avec précision la teneur même de ce dommage.

Si le dommage peut être compris comme l'ensemble des conséquences issues de l'inexécution du contrat, force est finalement de constater que ce dommage reste encore très largement

²⁹⁴² En ce sens, V. BRUN (P.), *op. cit.*, spéc. p. 53, note 234.

²⁹⁴³ En ce sens, V. spéc. LE TOURNEAU (P.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.* ; REMY (P.), « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *op. cit.*

²⁹⁴⁴ JOURDAIN (P.), « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », *op. cit.* ; LARROUMET (Ch.), « Pour la responsabilité contractuelle », *op. cit.*

²⁹⁴⁵ V. spéc. VINEY (G.), « La responsabilité contractuelle en question », *op. cit.*

²⁹⁴⁶ *Ibid.*, spéc. pp. 925 et ss.

²⁹⁴⁷ Sur ce point, V. spéc. ANCEL (P.), « La responsabilité contractuelle » in RÉMY-CORLAY (P.) et FENOUILLET (D.) (sous la dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 247-248.

évanescent ce qui conduit l'observateur à une prudence extrême quant à l'assimilation entre responsabilité contractuelle et réparation.

1271. Ainsi, on remarque que la mission qui apparaissait intrinsèquement liée à la responsabilité contractuelle, se trouve elle-aussi, et après le rejet de sa fonction satisfactoire, remise en question. Cette hésitation provenant de l'imprécision de la teneur du dommage réellement subi par le créancier victime de la défaillance de son débiteur.

Aussi serions-nous conduit, face à cette inextricable et délicate détermination du dommage réparable lors d'une imperfection de l'exécution de la relation contractuelle, préférer une voie tierce après l'évocation de l'exécution par équivalent et de la réparation. Le Pr. P. ANCEL nous alerte par ailleurs de toute tendance "extrémiste", préférant une voie médiane : « *il ne faut peut-être pas se laisser enfermer dans une opposition binaire, et quelque peu caricaturale, entre deux conceptions, deux systèmes irréductibles l'un à l'autre, et dont découleraient de manière indissociable des blocs de solutions à la fois quant au régime de la responsabilité contractuelle et quant à son domaine* »²⁹⁴⁸. Dépassant l'exécution par équivalent et la réparation, cette nouvelle perspective serait celle d'une compensation du déséquilibre né de l'inexécution ou de l'exécution défectueuse du contrat ; compensation au sein de laquelle la fonction rétributive, pourtant propre au droit pénal, jouerait un rôle actif.

B. – La responsabilité contractuelle, compensation rétributive de l'inexécution du contrat

1272. Ce n'est qu'après la démonstration de l'insuffisance de la fonction strictement compensatoire des dommages et intérêts contractuels (1°) et la révélation de l'utilité de leur fonction rétributive (2°) que pourra être relevée la finalité punitive de la responsabilité contractuelle.

1°/ Insuffisance de la fonction strictement compensatoire de la responsabilité contractuelle

1273. Si, de prime abord, la responsabilité civile possède un rôle indemnitaire, il convient de relativiser ce propos en prouvant la défaillance constante de sa fonction réparatrice (a)

²⁹⁴⁸ *Ibid.*, p. 246. Et de poursuivre : « *Entre les deux conceptions extrêmes qu'on peut avoir de la responsabilité contractuelle (...) il existe toute une série de positions intermédiaires plus nuancées, qui correspondent peut-être aux différentes conceptions que l'on peut avoir du contrat* » (*ibid.*).

favorisant par là l'émergence d'une logique rétributive dans l'allocation de dommages et intérêts contractuels (b)²⁹⁴⁹.

a. Défaillance de la fonction réparatrice de la responsabilité contractuelle

1274. Indétermination des préjudices contractuels réparables. – Si les dommages et intérêts contractuels attirent autant les foudres doctrinales, cela est vraisemblablement du au fait selon lequel ils ne constituent ni une exécution équivalente satisfaisante au point de vue des exigences légitimes du créancier²⁹⁵⁰, ni une réparation véritable du dommage subi dans la mesure où celui-ci n'est pas clairement déterminable.

Cette seconde problématique constitue donc la principale pierre d'achoppement de la reconnaissance des dommages et intérêts contractuels comme un mécanisme pleinement compensatoire. En effet, comment reconnaître et évaluer les préjudices nés de l'exécution défectueuse du contrat ?

1275. Alors que des critères objectifs peuvent être avancés pour déterminer précisément le préjudice subi par le créancier, d'autres au contraire s'avèrent plus artificiels. Si certains auteurs contournent la difficulté en traitant des dommages consubstantiels à l'inexécution du contrat et des dommages consécutifs à cette inexécution²⁹⁵¹, le problème reste entier de connaître avec précision la teneur du préjudice subi suite à la défaillance contractuelle du débiteur. Alors que le préjudice lié à une chose payée mais non livrée ou à un service acquitté mais non rendu peut être évalué, il en va tout autrement par exemple du dommage lié au manque à gagner du fait de la non-livraison de la chose nécessaire à l'activité du créancier ou du fait de l'inexécution de la prestation promise. Le dommage devient alors plus diffus, imperceptible, dilué dans l'activité, le ressenti et la faculté de chacun à pouvoir réagir positivement et efficacement à la défektivité de l'exécution du contrat. Le résultat préjudiciable de la défaillance du cocontractant est donc partiellement subjectif, empêchant toute quantification rigoureuse et précise de la réparation due.

²⁹⁴⁹ Sur la combinaison des fonctions aussi éloignées que la prévention, la réparation et la répression de manière générale, V. CEDH 9 févr. 1995, arrêt *Welch c/ Royaume-Uni*, § 30: « les buts de prévention et de réparation se concilient avec celui de répression et peuvent être considérés comme des éléments constitutifs de la notion même de peine ».

²⁹⁵⁰ V. *supra*, n° .

²⁹⁵¹ En ce sens, V. GROSSER (P.), *Les remèdes à l'inexécution du contrat. Essai de classification*, thèse, Paris I, 2000 cité notamment in VINEY (G.), « La responsabilité contractuelle en question », *op. cit.*, pp. 932 et ss.

1276. L'indemnisation à la suite d'une exécution incorrecte du contrat est donc par nature indéterminable. Le contenu obligationnel du contrat serait le seul étalon possible pour évaluer avec précision le préjudice contractuel. Mais cette mesure reste insuffisante et illusoire dans la mesure où elle est en lien avec l'exécution en nature qui précisément n'a pas eu lieu.

En l'absence d'estimation du préjudice subi par le créancier, l'allocation de dommages et intérêts ne peut en toute logique s'analyser uniquement comme une compensation pécuniaire d'un dommage contractuel. Si l'on ne peut avoir de certitude sur le rapport existant entre le dommage et l'indemnité versée, c'est-à-dire si le « *principe de l'adéquation de la réparation au préjudice* »²⁹⁵² n'est pas établi, aucune réparation n'existe véritablement sauf à nier l'acception originelle de ce terme. En effet, si l'on forme une « *exigence de complétude de la réparation, d'équivalence quantitative entre le préjudice subi et la réparation octroyée* »²⁹⁵³, il est clair que les dommages et intérêts contractuels s'écartent de cette stricte logique de compensation réparatrice. La responsabilité contractuelle, si elle est indéniablement d'inspiration indemnitaire, possède *in fine* une large autonomie par rapport à l'exigence classique de la réparation intégrale²⁹⁵⁴.

1277. Au-delà de l'équivalence et de la réparation. – En ne pouvant d'une part assimiler les dommages et intérêts contractuels à une quelconque exécution par équivalent du contrat²⁹⁵⁵ et, d'autre part, connaître avec précision l'intensité du dommage subi par le créancier suite à la carence du débiteur, la responsabilité contractuelle possède finalement un fondement très incertain, conduisant à une très délicate lecture de son objectif réel. Parce que les dommages et intérêts contractuels ne réparent que partiellement le dommage subi par le créancier, on ne peut conclure à une fonction prioritairement compensatoire de la responsabilité contractuelle.

²⁹⁵² CARBONNIER (J.), *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, op. cit., n° 285.

²⁹⁵³ BRUN (P.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 722.

²⁹⁵⁴ Dépassant le seul cadre de la responsabilité contractuelle, un auteur estime que le terme même de réparation est, sinon impropre, du moins relatif (V. MEKKI (M.), « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », *Petites affiches*, 12 janv. 2005, n° 8, pp. 3 et ss. et spéc. n°s 23 et ss.). Ce point semble pouvoir être renforcé par l'existence de "dommages et intérêts négatifs" pouvant consister en une réduction d'un prix excessif. Dans cette situation, est-on certain de la proportionnalité de la réduction au dommage effectivement subi par le créancier ? On peut en douter au même titre que les dommages et intérêts classiques.

²⁹⁵⁵ V. *supra*, n°s *et ss.*

Pour autant, tout rejet de la notion de *compensation* doit être évité. Cette dimension doit être en partie conservée dans la mesure où ce type de responsabilité compense d'une certaine manière un dommage. Encore faut-il s'accorder sur la nature même de cette compensation.

b. Emergence de la fonction rétributive de la compensation inhérente à la responsabilité contractuelle

1278. Compensation rétributive. – Ne pouvant réparer intégralement le préjudice subi par le créancier du fait de l'indétermination même de ce préjudice, la responsabilité contractuelle inclut une autre dimension, indépendante de l'équivalence et de la réparation. Cette fonction qui, d'un point de vue historique n'est pas nouvelle, prend les traits de la rétribution²⁹⁵⁶.

Ainsi, suivant ce principe, la responsabilité civile *lato sensu* et, par voie de conséquences, la responsabilité contractuelle, ont pour but de « rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu »²⁹⁵⁷. Dans cette perspective, la mise en jeu de la responsabilité contractuelle intègre parfaitement l'idée de compensation ; mais alors que ce terme conduisait traditionnellement à la révélation de la dimension réparatrice de la responsabilité civile, nous remarquons qu'il privilégie ici son aspect symbolique et sa finalité morale.

1279. Compensation rétributive et portée du symbole. – Puisqu'il est très difficile de compenser matériellement un préjudice né d'une inexécution contractuelle, la compensation demeurera pour partie symbolique, tant au regard du créancier-victime que de la société. Le premier aura bien sûr le bénéfice non négligeable d'une somme d'argent lui permettant d'assurer matériellement certaines conséquences fâcheuses de l'inexécution du contrat. Toutefois, si ce bénéfice est réel, il n'en demeure pas moins sujet à caution s'agissant de son

²⁹⁵⁶ Sur la fonction de rétribution de la responsabilité contractuelle, V. spéc. LE TOURNEAU (P.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n° 3 ; MEKKI (M.), op. cit., n° 4 ; NAUCKE (W.), « Philosophie pénale et réparation civile », *Arch. phil. dr.* 1983, t. 28, spéc. p. 2. Nous retrouvons partiellement cette logique dans la thèse de Mme M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE relative à la notion de réparation. Cet auteur estime en effet que la responsabilité civile possède, outre une fonction d'indemnisation, une fonction de « rétablissement de la situation antérieure au dommage » (*Essai sur la notion de réparation*, op. cit, spéc. p. 134). Sur le lien existant entre le concept générique de *responsabilité* et la *rétribution*, V. RICŒUR (P.), « Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique » in *Le Juste*, vol. 1, Paris, éd. Esprit, 1995, spéc. pp. 43 et ss.

²⁹⁵⁷ Civ. 2^{ème} 28 oct. 1954, *Bull. civ. II* n° 328 ; *JCP* 1955.II.8765, note R. Savatier ; *RTD civ.* 1955, p. 324, obs. H. et L. Mazeaud – Civ. 2^{ème} 20 déc. 1966, *D.* 1967, p. 669 – Civ. 2^{ème} 9 mai 1972, *JCP* 1972.IV.164 – Civ. 2^{ème} 4 févr. 1982, *JCP* 1982.II.19894, note J.-F. Barbiéri – Civ. 2^{ème} 13 janv. 1988, *Gaz. Pal.* 1988.I. somm. 261, obs. F. Chabas.

évaluation. Si une partie des dommages et intérêts contractuels répare (compense) effectivement une fraction du dommage subi, force est de constater que ce versement possède corrélativement une autre fonction, détachée de toute quantification. Le simple fait d'allouer des dommages et intérêts en réponse à une défectuosité d'une relation contractuelle tend en effet à réaffirmer la force obligatoire du contrat, tant en ce qui concerne le lien obligationnel spécial existant entre le créancier-victime et le débiteur défaillant, qu'en ce qui concerne la relation contractuelle d'un point de vue social.

Comme le précise le Pr. D. MAZEAUD, le lien conventionnel, « *outré des obligations, engendre des normes comportementales générales, d'ordre moral et social, qui s'imposent à tous les contractants, quels que soient leur statut et le type de contrat spécial conclu* »²⁹⁵⁸. Or, pour que ces règles demeurent impératives, il est nécessaire de mettre en évidence par des moyens divers l'importance et la force du lien contractuel ainsi que l'équilibre général devant gouverner entre les contractants. On retrouve de manière saisissante la logique rétributive propre à la sanction pénale. Ce que l'on recherche n'est pas seulement l'apport d'une compensation purement matérielle mais doit être davantage compris comme la volonté d'apaiser un trouble, de rétablir un équilibre rompu, de satisfaire l'économie du contrat, bref de « *faire en sorte que le dommage [contractuel] n'ait été qu'un rêve* »²⁹⁵⁹.

2°/ Utilité de la fonction rétributive dans la reconnaissance du caractère punitif de la responsabilité contractuelle

1280. Précision du caractère punitif de la responsabilité contractuelle. – La mise en évidence de la logique de rétribution inhérente à la responsabilité contractuelle n'a pas, selon nous, pour objectif de lui ajouter une énième fonction théoriquement envisageable. La mise en perspective de la fonction rétributive des dommages et intérêts contractuels a pour but, au contraire et d'un point de vue pragmatique, de clarifier leur rôle, de préciser et de légitimer la finalité punitive de la responsabilité contractuelle. Ne point recourir au concept de rétribution conduirait l'observateur à l'analyse de fonctions purement théoriques de cette forme de responsabilité, écartant corrélativement ce qui, de manière empirique, constitue son véritable fondement.

²⁹⁵⁸ MAZEAUD (D.), « La bonne foi : en arrière toute ? », *D.* 2006, p. 763.

²⁹⁵⁹ CARBONNIER (J.) cité in BRUN (P.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 720.

Précisons toutefois qu'en matière contractuelle, pour apprécier convenablement la finalité rétributive de la responsabilité alors mise en œuvre (b), il est impératif de recourir au concept d'*anormalité* du comportement du débiteur (a).

a. Recours au concept d'"anormalité"

1281. Manque de pertinence de la doctrine de la peine privée ? – Dans la mesure où notre dessein réside dans la détermination du caractère punitif de la responsabilité contractuelle, il serait possible de nous appuyer sur la *doctrine de la peine privée*²⁹⁶⁰ reconnaissant la responsabilité civile *lato sensu* comme un « *moyen de pénaliser des comportements nuisibles et fautifs* »²⁹⁶¹. Au regard de cette finalité, on remarque toutefois qu'une transposition en matière de responsabilité contractuelle pourrait s'avérer délicate. Nous avons vu en effet plus haut en quoi la faute contractuelle n'était d'aucune incidence dans l'allocation de dommages et intérêts, le simple constat de l'inexécution contractuelle suffisant à relever la nécessité de prononcer une réparation²⁹⁶².

Ainsi, par le recours nécessaire au concept de faute afin de pouvoir relever la nature punitive des dommages et intérêts, la théorie de la peine privée ne semble pas d'une grande pertinence pour confirmer une telle nature s'agissant de la responsabilité contractuelle.

1282. Faute ou anormalité ? – On ne peut rejeter l'idée même de punition en matière de dommages et intérêts contractuels sur le manque d'importance de la faute. Le caractère de peine privée d'un processus indemnitaire ne peut procéder, en cette matière, de la seule existence d'un comportement fautif. Comme l'a démontré le Pr. Ph. LE TOURNEAU, ce qui importe dans la mise en jeu d'une responsabilité civile, quelle que soit sa nature juridique, contractuelle ou extracontractuelle, est avant tout l'anormalité du comportement du débiteur : « *une réparation est mise à la charge de toute personne dont l'activité dommageable (ou sa chose) peut, de quelque manière, être qualifiée d'anormale ou de perturbatrice. Voilà la pierre de touche de la responsabilité, le caractère commun de toutes les responsabilités, contractuelles comme délictuelles (...)* »²⁹⁶³.

²⁹⁶⁰ Sur cette expression et pour des références bibliographiques, V. VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), *Les effets de la responsabilité* in GHESTIN (J.) (sous la dir.), *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 2001, n° 4, pp. 4 et ss.

²⁹⁶¹ *Ibid*, p. 5.

²⁹⁶² V. *supra*, n° .

²⁹⁶³ LE TOURNEAU (P.), « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin) », *RTD civ.* 1988, p. 511. Sur le concept d'anormalité, V. également BRUN (P.), *op. cit.*, n° 333.

Suivant cette logique, si la faute contractuelle n'est pas nécessairement relevée, cela ne signifie nullement qu'aucune faute ne puisse être imputée effectivement à l'encontre du débiteur ou que le comportement ne soit pas moralement répréhensible²⁹⁶⁴. Ainsi, on ne saurait croire en une exclusion totale de l'idée même de faute en matière de responsabilité contractuelle. La particularité étant toutefois qu'en ce domaine la faute – ou ce qui peut être dénommé comme tel – réside dans le comportement anormal, c'est-à-dire défectueux, par rapport à ce que pouvait légitimement attendre le créancier : « *La responsabilité civile n'a ainsi pas vocation en principe à assurer l'indemnisation de tous les dommages engendrés par l'activité humaine, mais seulement la réparation de ceux qui procèdent de faits ou d'actes recelant un caractère d'anormalité ou de défectuosité constitutifs d'un trouble social* »²⁹⁶⁵. Nous avons vu que Mme FAURE ABBAD exprimait cette idée, dans sa thèse, sous la forme d'une distorsion entre le promis et l'accompli²⁹⁶⁶. L'anormalité que nous relevons ici se distingue de l'inexécution que nous soulevons plus haut en ce sens que le premier terme inclut une dimension morale dont semble totalement dénué le second. C'est dans ce cadre-là que le concept de rétribution détient alors tout son sens.

b. Recours au concept de rétribution

1283. Intérêt de la rétribution. – L'intérêt de la rétribution en matière contractuelle est de pouvoir stigmatiser la violation de la volonté contractuelle, c'est-à-dire l'irrégularité de la mise en œuvre du lien contractuel. Alors qu'un contractant avait légitimement cru en l'acquisition d'une prestation contractuelle et en son positionnement comme créancier, une défaillance est intervenue mettant ainsi en échec sa liberté contractuelle et son droit à l'acquisition de la prestation promise.

Affirmer le caractère rétributif des dommages et intérêts contractuels, dépasser leur cadre strictement indemnitaire constitue ainsi une mise en acte de la réprobation que l'on est en droit de manifester à l'égard du contractant déficient. Ce qui compte est l'anormalité de l'exécution contractuelle, la déviation de l'équilibre né initialement de la convention, bref

²⁹⁶⁴ LE TOURNEAU (P.), *op. cit.*, p. 511 : « l'anormalité n'est pas moralement neutre. D'où, même si un agissement dommageable n'est pas en soi une faute (civile ou morale), il n'en demeure pas moins qu'il peut être un acte moralement répréhensible ».

²⁹⁶⁵ BRUN (P.), *op. cit.*, n° 1.

²⁹⁶⁶ FAURE ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, *op. cit.*, n° 169, p. 140. Alors que cet auteur déduit de cette distorsion l'inexistence du concept de faute contractuelle, nous sommes tentés à ce point de notre analyse de relativiser le propos et de croire en une certaine attitude moralement critiquable.

l'engagement non rempli. Si l'on met au second plan la faute ou la mauvaise foi pour ne retenir prioritairement que le décalage entre le promis et l'accompli, c'est finalement pour mieux révéler encore la défektivité du comportement. Se concentrer sur l'irrégularité de la contreprestation revient à comparer le comportement précis du débiteur par rapport à un comportement de référence ; comparaison d'où jaillira une éventuelle anormalité²⁹⁶⁷. En d'autres termes, les dommages-intérêts contractuels doivent s'analyser comme la simple constatation d'un décalage, d'un déséquilibre préjudiciable pour le créancier. Ce préjudice devant être lui-même perçu comme un ensemble de désagrèments lié à l'inexécution du contrat initial. Que cet ensemble ne soit pas clairement déterminable importe peu. Ce qui compte est le principe même de l'allocation des dommages et intérêts du fait de l'exécution partiellement ou totalement défective. Ils doivent être prononcés pour la seule raison qu'un déséquilibre s'est produit du fait de l'inexécution du contrat révélant le simple caractère déviant et non nécessairement fautif du comportement du débiteur.

1284. Affirmation du caractère sanctionnateur de la responsabilité contractuelle. – La mise en jeu de la responsabilité civile – et notamment de la responsabilité contractuelle – est traditionnellement « dominée par l'idée de justice commutative »²⁹⁶⁸. Contrairement à ce qu'avancent certains auteurs²⁹⁶⁹, ce caractère ne saurait exclure toute dimension rétributive, loin s'en faut.

Puisque la responsabilité contractuelle s'induit de l'inexécution des obligations nées du contrat, force est de reconnaître qu'elle peut s'intégrer pleinement dans la catégorie des sanctions visant à remédier à la défaillance du débiteur. Or, nous avons vu précédemment que pour ce genre de sanctions – comme par exemple la clause résolutoire²⁹⁷⁰ – il importe peu qu'il y ait ou non faute de la part du débiteur. Suivant la logique commutative, l'essentiel tient simplement à la mise en place d'un équilibre entre les prestations ; équilibre précisément recherché par la mise en œuvre des dommages et intérêts contractuels. Il convient, par le versement de cette indemnisation spécifique, de révéler l'importance du caractère impératif du lien contractuel et de l'économie générale qui s'en dégage. A l'image de n'importe quelle

²⁹⁶⁷ En ce sens, mais s'agissant de la nécessaire anormalité d'une chose dans la mise en jeu de la responsabilité civile délictuelle, V. DAMAS (N.), « Retour vers l'anormalité », *D.* 2005, spéc. p. 1399.

²⁹⁶⁸ MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, n° 240. Egalement BRUN (P.), *op. cit.*, n° 1 : « l'idée même de responsabilité civile doit être rattachée au principe élémentaire de justice commutative auquel elle est en quelque sorte consubstantielle ».

²⁹⁶⁹ MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *ibid.*

²⁹⁷⁰ V. *supra*, n° .

autre sanction prononcée pour inexécution de l'obligation née du contrat, la responsabilité contractuelle induit la mise en perspective du lien de confiance devant gouverner tout rapport juridique conventionnel et la stigmatisation du non-respect des prescriptions initiales. La rétribution apparaît donc comme la mission première de la responsabilité contractuelle, mission corroborée par la persistance d'une controverse doctrinale relative au cumul entre la résolution (ou la clause résolutoire) et les dommages et intérêts contractuels (ou la clause pénale).

1285. Controverse doctrinale. – Selon le Pr. DELEBECQUE, « admettre en plus de la remise en l'état antérieur, inhérente à la résolution, le paiement de la peine qui est censée réparer l'inexécution, c'est réparer un préjudice qui n'existe plus »²⁹⁷¹. Présentée ici uniquement sous l'angle de l'indemnisation du préjudice subi par le créancier du fait de l'inexécution par le débiteur de son obligation, l'allocation de dommages et intérêts contractuels (ou le prononcé de la clause pénale) ne pourrait semble-t-il se cumuler avec un anéantissement rétroactif du contrat.

Cette thèse nous paraît peu fondée et ce pour une double raison. D'une part, et si l'on demeure persuadé de la stricte fonction réparatrice des dommages et intérêts, on ne voit pas en quoi il y aurait incompatibilité avec le prononcé de la résolution du contrat. Si cette dernière mesure sanctionne l'inexécution par le débiteur de son obligation, la clause pénale répare le préjudice né de cette inexécution. En toute logique, le préjudice demeure si le contrat n'existe plus, l'inexécution restant pour le créancier une certitude malheureuse. D'autre part, et si l'on dépasse la fonction réparatrice des dommages et intérêts contractuels, force est de constater la pertinence de la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle conjointement à la résolution du contrat. Le versement des dommages et intérêts contractuels s'inscrit effectivement dans le cadre d'une confirmation du rétablissement de l'équilibre entre les parties, c'est-à-dire dans la restauration symbolique d'une justice contractuelle commutative. Si la résolution annule juridiquement le contrat, l'engagement de la responsabilité contractuelle affiche plus

²⁹⁷¹ DELEBECQUE (P.), « Articles 1146 à 1155 », *J-Classeur civil*, fasc. 212, 1985, n° 94. V. également BARTIN pour qui, la clause pénale « devient sans objet si le contrat dont elle devait assurer l'exécution est résilié pour inexécution des obligations du débiteur » (cité in PAULIN (Ch.), *op. cit.*, n° 115). Le Pr. Ph. RÉMY, en des termes quelque peu différents, s'interroge également sur « la contradiction qu'il y a à admettre en même temps l'anéantissement du contrat ex tunc et une demande d'exécution par équivalent, sous la forme de dommages et intérêts » (« Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat », *Mélanges Couvrat*, *op. cit.*, p. 123).

directement l'atteinte portée à la parole donnée et peut, de ce point de vue, poursuivre une logique dissuasive.

Il y aurait donc une mauvaise appréciation de la problématique générale. Alors que le Pr. DELEBECQUE se posait la question du cumul entre sanction et réparation – question qui, selon nous, n'a pas à être posée puisqu'aucune difficulté n'existe sur ce point – la question tient bien davantage à l'opportunité du cumul entre deux sanctions véritables, c'est-à-dire entre deux peines privées que sont la résolution et la responsabilité contractuelle.

1286. Retour de la moralisation du droit des contrats et rapprochement avec le droit pénal.

– Certes les dommages et intérêts contractuels réparent dans une certaine mesure quelques-unes des conséquences préjudiciables pour le créancier ; certes ils peuvent également constituer un moyen de prévenir de futures défaillances. Si ces fonctions restent bien évidemment envisageables et présentes le plus souvent en pratique, il faut reconnaître que la responsabilité contractuelle demeure avant toute chose la *réponse*²⁹⁷² devant être systématiquement apportée à la déviation de la relation d'échange et de confiance manifestée par le contrat, permettant ainsi de restaurer l'autorité de la justice contractuelle. Cette fonction rétributive, sans occulter les autres finalités de la responsabilité contractuelle, se présente comme le rôle premier des dommages et intérêts dévolus en cette matière²⁹⁷³. Ce qui prime est l'apport d'une riposte étatique à une déstabilisation d'un ordre conventionnellement établi. Si la nature même de la responsabilité contractuelle conduit à l'engagement d'un mécanisme punitif, cela est essentiellement du au souci de garantir un ordre spécifique, élaboré par les contractants eux-mêmes.

Comment ne pas se reporter ici à ce que nous avançons pour les sanctions pénales. Les dommages et intérêts contractuels ne peuvent-ils pas effectivement se comprendre comme « *la compensation du désordre social généré par la responsabilité de l'auteur de*

²⁹⁷² Sur le lien existant entre les concepts de réponse et de responsabilité, V. THIBIERGE (C.), « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D.* 2004, spéc. p. 578 : « *le dénominateur commun de toute responsabilité se trouve dans "répondre de" (...) Ce qui signe la responsabilité juridique, par rapport à la responsabilité philosophique ou éthique, c'est l'obligation de répondre qui en est à la racine* ». Plus loin, l'auteur parle encore de « *l'unité de la responsabilité juridique autour de "l'obligation de répondre"* » (*ibid.*).

²⁹⁷³ Sur le déclin actuelle de la fonction préventive de la responsabilité civile, V. THIBIERGE (C.), *op. cit.*, p. 580, note 39 : « *La fonction préventive de la responsabilité pour faute est une fonction seconde, un effet diffus, une retombée indirecte de dissuasion et elle concerne les comportements nuisibles* ». Précisons que cet auteur, s'il démontre le déclin de la fonction préventive de la responsabilité, aspire à une revalorisation de cette mission grâce à l'instauration d'une responsabilité juridique nouvelle, la *responsabilité universelle préventive*.

l'infraction »²⁹⁷⁴, cette dernière devant être comprise comme la défaillance exprimée par le débiteur dans l'exécution de son obligation ? Dans l'affirmative, le caractère rétributif des dommages et intérêts contractuels est alors indéniable, ce type de responsabilité constituant alors un nouveau point d'ancrage pour le développement de la moralisation du droit des contrats. Si la responsabilité contractuelle du débiteur est mise en jeu, c'est avant tout pour ne point avoir observé les exigences de la justice contractuelle devant prioritairement s'analyser comme la fourniture d'une contreprestation²⁹⁷⁵. Comme en matière de rétribution pénale, on doit répondre à un mal par un mal, même si ceux-ci peuvent prendre les formes particulières d'une simple inexécution d'une obligation et de l'allocation de dommages et intérêts. L'absence de contrepartie suffit donc, en matière contractuelle, à demander le rééquilibrage du lien contractuel. *Quid* alors en cas de constatation d'une faute ?

1287. Confirmation évidente du caractère rétributif de la responsabilité contractuelle en cas de faute dolosive du débiteur. – Marginaliser la faute contractuelle ne saurait signifier l'impossible manifestation d'une quelconque attitude fautive de la part du débiteur. Pour preuve, les dispositions du Code civil soulèvent au contraire l'éventualité d'une faute dolosive de ce dernier. Conformément à l'article 1150 C. civ., la Cour de cassation précise en effet que doit être écarté le principe de la limitation des dommages et intérêts aux dommages prévisibles lorsqu'une partie « *de propos délibéré, se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son cocontractant* »²⁹⁷⁶. Le principe en cas de dol du débiteur devient donc celui de la réparation intégrale du dommage subi. L'attitude face au contractant de mauvaise foi apparaît ainsi naturellement plus sévère, ce dernier ne pouvant bénéficier des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité. Comme l'expriment certains auteurs, « [il] *ne fait pas de doute que cette exception relative au dol du débiteur témoigne que la responsabilité civile contractuelle (...) a non seulement pour but de réparer les dommages, mais aussi de les prévenir. [Elle] a une certaine fonction répressive des fautes, du moins de celles qui ont une suffisante gravité (...) La mesure mérite donc d'être vue comme une peine privée* »²⁹⁷⁷. Suivant cette logique, l'article 1153, dernier alinéa C. civ. fait preuve de la même sévérité à l'égard du débiteur en retard qui « *a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de*

²⁹⁷⁴ MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 439.

²⁹⁷⁵ GUÉGUEN (J.-M.), « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », op. cit., n° 25.

²⁹⁷⁶ Civ. 1^{ère} 4 févr. 1969, *Bull. civ. I* n° 60 ; *D.* 1969, p. 601, note J. Mazeaud ; *JCP* 1969.II.16030, note Prieur ; *Gaz. Pal.* 1969.1.204.

²⁹⁷⁷ STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), op. cit., t. 2, n°s 1676 et 1677.

ce retard ». Les dommages et intérêts qu'il devra en sus des dommages et intérêts moratoires auront, par leur essence même, une connotation répressive.

L'ensemble de ces hypothèses confirme donc le caractère rétributif des dommages et intérêts contractuels. Leur allocation en cas de faute dolosive a très clairement pour objectif de réprimer le comportement volontairement malhonnête du débiteur. L'intensification de l'indemnisation versée manifeste effectivement la réprobation de la mauvaise foi exprimée par ce dernier.

1288. Entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. – Cette situation consistant à l'affirmation du caractère répressif des dommages et intérêts contractuels peut être étayée par les hésitations, tant doctrinales que jurisprudentielles, sur la nature véritable de la responsabilité ainsi mise en œuvre. Si certains auteurs revendiquèrent une nature délictuelle²⁹⁷⁸, la doctrine semble aujourd'hui majoritairement encline à l'admission d'une nature contractuelle²⁹⁷⁹. Pour autant, si tout débat est désormais clos, cette controverse a le mérite de révéler la similarité possible des responsabilités contractuelle et délictuelle ; similitude établie sur la base de leur caractère rétributif.

De fait, si la rétribution au sein de la responsabilité civile se trouve révélée en matière contractuelle – domaine où, nous le voyons, la faute ne jouit que d'une position marginale – il est incontestable qu'un tel caractère sera plus prégnant encore en matière extracontractuelle, où la faute, bien que discutée ou évincée, demeure toutefois largement plus présente et souvent nécessaire à la mise en œuvre de la responsabilité.

Ainsi, outre la mise en exergue du caractère punitif des dommages et intérêts contractuels, nous remarquons que c'est l'ensemble du droit de la responsabilité civile qui peut, semble-t-il, suivre ce même schéma rétributif. N'est-il pas alors possible de croire, au vu du dynamisme

²⁹⁷⁸ JOSSERAND (L.), « Note sous Cass. 14 déc. 1926 », *D.* 1927, p. 105 ; LETURMY (L.), « La responsabilité délictuelle du contractant », *RTD civ.* 1998, p. 839 et spéc. pp. 848-849. V. également Civ. 3^{ème} 18 déc. 1972, *D.* 1973, p. 272, note J. Mazeaud – Civ. 3^{ème} 18 déc. 1996, *Bull. civ. III* n° 239, *Rev. dr. immo.* 1997, p. 243.

²⁹⁷⁹ V. notamment TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, n° 565, p. 554 ; BRUN (P.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 136 : « Pour dolosive qu'elle soit, l'inexécution n'en demeure pas moins nécessairement contractuelle » ; OPHELE (C.), « Faute délictuelle et faute contractuelle », *Resp. civ. et ass.* juin 2003, p. 78 ; VETU (F.), « L'inexécution contractuelle et la faute délictuelle », *RRJ* 2005, n° 1, p. 107. Pour une position moins tranchée, V. MALINVAUD (P.), *Droit des obligations*, *op. cit.*, 7^{ème} éd., 2001, n° 358 : « on peut se demander s'il y a véritablement en jurisprudence une différence de définition de la faute intentionnelle entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle ».

punitif qui se dégage de ce domaine juridique, que le droit civil est devenu à lui seul une expression suffisante du droit de punir ?

– Section 2 –

Le droit civil, expression suffisante du droit de punir ?

1289. Confrontation des responsabilités délictuelle et pénale. – Parvenus à ce stade de notre analyse, il apparaît indispensable de mettre clairement en perspective la relation que peut entretenir la responsabilité civile avec le concept de droit de punir et son support originel, le droit pénal.

Pour cela, il conviendra tout d’abord de déterminer avec précision quelle est l’importance de l’immixtion de la logique punitive dans la responsabilité civile (§ 1). Nous avons déjà précisé qu’en matière contractuelle la rétribution constituait une fonction éminemment importante au regard de l’exigence de la justice commutative. Dépassant le cadre du contrat, nous devons à présent confirmer le fait qu’une profonde aspiration rétributive et punitive irrigue la responsabilité civile *lato sensu*²⁹⁸⁰. Ce n’est qu’à partir de ce constat que l’on pourra alors se demander si le droit civil peut être une donnée suffisante dans l’expression du droit de punir ; ce dernier alternant suivant les domaines juridiques traités entre sanctions de nature civile et sanctions pénales (§ 2).

§ 1. – Détermination de l’étendue du caractère rétributif de la responsabilité civile

1290. Poursuite du schéma rétributif dans l’ensemble du droit de la responsabilité civile. –

Le recours probable en France, ces prochaines années, aux dommages et intérêts spécifiquement punitifs – circonscrits aujourd’hui tant d’un point de vue spatial aux pays de *common law*, que d’un point de vue conceptuel aux seuls dommages et intérêts dont l’importance du montant manifeste une volonté de réprimer l’auteur du dommage – (A) ne

²⁹⁸⁰ Le regroupement des responsabilités civiles contractuelle et extra-contractuelle est le principe retenu par l’avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription élaboré par la commission présidée par le Pr. P. CATALA. Sur ce point, V. spéc. la contribution du Pr. Geneviève VINEY, « Exposé des motifs », pp. 141 et ss. dudit rapport.

doit pas dissimuler le fait selon lequel la responsabilité civile – quelle que soit par ailleurs sa nature – possède d’une manière générale une aspiration nécessairement répressive (B).

A. – Le recours possible aux dommages et intérêts punitifs

1291. Les hésitations françaises et européennes en vue d’introduire les dommages et intérêts punitifs connus de certains systèmes juridiques étrangers (1°) semblent aujourd’hui en perte de puissance, ce qui confirme le caractère incontournable de telles mesures dans notre droit des obligations (2°).

1°) Craintes françaises et européennes face aux "*punitive damages*"

1292. Bien que le système des *punitive damages* des pays de *common law* ait certains attraits non négligeables (a), une méfiance – quelque peu irrationnelle – s’est profondément installée tant en doctrine qu’au sein de l’Union européenne (b).

a. Attrait du système des *punitive damages* des pays de *common law*

1293. Le système des *punitive* ou *exemplary damages* des pays de *common law*, et spécialement de l’Angleterre et des Etats-Unis²⁹⁸¹, est riche tant par la diversité des mécanismes pouvant être mis en place que par les limites pouvant être apportées à l’arbitraire du juge dans la détermination de leur montant.

1294. Diversité des *punitive damages*. – En matière de dommages et intérêts punitifs, deux mécanismes sont envisagés à l’étranger et plus spécialement aux Etats-Unis : les *treble damages* et les *exemplary damages*²⁹⁸². Alors que la première variété reste proportionnelle à l’importance du préjudice subi, la seconde en revanche s’écarte de la prise en considération du dommage pour s’intéresser à d’autres éléments comme par exemple la gravité de la faute du débiteur, sa capacité de contribution pécuniaire ou encore le profit réalisé par lui comme cela est le cas pour les fautes dites lucratives perceptibles notamment en droit de la concurrence ou

²⁹⁸¹ Pour un exposé de ces systèmes, V. JAUFFRET-SPINOSI (C.), « Les dommages et intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers » in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, colloque Paris V, *Petites affiches*, 20 nov. 2002, p. 8.

²⁹⁸² Sur ces deux techniques, V. spéc. COUTANT-LAPALUS (C.), *op. cit.*, n^{os} 467 à 471 ; SAINT-ESTEBEN (R.), « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs » in *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, colloque Université Paris I du 29 avril 2004, *Petites affiches*, 20 janv. 2005, n^o 14, p. 53, *passim*.

en droit de la personne en France²⁹⁸³. Si la technique de calcul diffère, on ne saurait pour autant conclure à une disparité de leur caractère punitif²⁹⁸⁴ ; ce qui importe est le montant des dommages et intérêts effectivement prononcés et dus par le débiteur.

Si les *treble damages* se fondent juridiquement sur l'ampleur du dommage, reconnaissons que cette assise et cette adéquation avec le préjudice restent purement artificielles dans la mesure où le débiteur sera condamné au paiement d'une somme équivalente au *triple* du montant du préjudice réellement subi²⁹⁸⁵. Les dommages et intérêts qui seront ainsi versés n'ont donc qu'un lien distant avec le dommage et il est peu soutenable qu'ils n'aient point d'aspiration punitive. Les *punitive* ou *exemplary damages* poursuivent la même logique, leur montant étant sans aucune proportion avec le préjudice subi.

1295. Limites apportées aux punitive damages et rationalité punitive. – Dès lors que les indemnités allouées ne retranscrivent pas strictement l'ampleur du dommage et ne réparent pas simplement celui-ci mais vont au-delà d'un point de vue mathématique de la perte ou de la souffrance éprouvée par le créancier, elles ont nécessairement une finalité répressive. Encore faut-il toutefois que le montant fixé par les juges ne soit pas non plus trop élevé. Dans un arrêt *BMW of North America c/ Gore*, la Cour suprême des Etats-Unis a décidé en 1996 de déclarer excessif le montant de dommages et intérêts punitifs. « *La Cour a déclaré qu'il y a violation du due process of law lorsqu'il y a disproportion entre le montant excessif des dommages-intérêts punitifs accordés et la fonction punitive et de dissuasion de ces dommages-intérêts* »²⁹⁸⁶. En l'espèce, alors que les dommages et intérêts compensatoires s'élevaient à 4 000 dollars, les dommages et intérêts punitifs étaient quant à eux estimés à 2 millions de dollars. Outre le fait selon lequel une distorsion trop importante existait entre les deux catégories de dommages et intérêts, la Cour suprême a indirectement souhaité mettre en évidence le manque d'intelligibilité de la punition pouvant être ainsi prononcée. Si les juges décident de prononcer des dommages et intérêts exemplaires, encore faut-il que ceux-ci

²⁹⁸³ Sur cette notion de *faute lucrative* et la lutte difficile que mène le droit français en cette matière, V. FASQUELLE (D.), « L'existence de fautes lucratives en droit français » in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, op. cit., p. 27. L'avant-projet de réforme du droit des obligations reconnaît expressément ce genre de fautes (V. notamment l'article 1371 dudit avant-projet). V. également VINEY (G.), « Exposé des motifs », spéc. p. 148 : il s'agirait d'une « *faute dont les conséquences profitables pour son auteur ne seraient pas neutralisées par une simple réparation des dommages causés* ».

²⁹⁸⁴ COUTANT-LAPALUS (C.), op. cit. ; SAINT-ESTEBEN (R.), op. cit., spéc. notes 7 et 21.

²⁹⁸⁵ V. notamment article 284 du titre 35 du Code des Etats-Unis d'Amérique (en matière de contrefaçon de brevet) ; section 4 du *Clayton Act* (en matière de pratiques anticoncurrentielles).

²⁹⁸⁶ JAUFFRET-SPINOSI (C.), op. cit., p. 15.

intègrent une rationalité punitive tenant précisément en une certaine limitation de leur montant.

Au vu de ce risque, il est compréhensible qu'une profonde méfiance se soit développée envers le système des dommages et intérêts punitifs même si, on le voit, en Angleterre et aux Etats-Unis, il se trouve pleinement contrôlé par les juges suprêmes afin d'éviter toute dérive.

b. Méfiance à l'égard du système des *punitive damages*

1296. Différents travaux d'origine française (1), communautaire ou plus largement européenne (2) laissent apparaître un profond scepticisme envers l'introduction ou le développement des *punitive damages* dans des systèmes juridiques non spécifiquement attachés à un tel mécanisme.

1) Scepticisme de la doctrine française

1297. Latence de la question des dommages et intérêts punitifs. – Si les dommages et intérêts à vocation punitive sont traditionnellement exclus en France du droit de la responsabilité civile²⁹⁸⁷, on ne peut manquer de constater qu'une interrogation implicite s'est continuellement développée en doctrine sur l'opportunité d'introduire un tel système dans notre mécanisme de réparation des dommages. Que ce soit lors de colloques²⁹⁸⁸ ou à l'occasion de la rédaction de thèse²⁹⁸⁹, la question n'a jamais cessé d'être sous-jacente aux problèmes généraux de l'évaluation de l'indemnisation du préjudice subi et de la nature de la

²⁹⁸⁷ V. notamment la position très tranchée du Pr. Y. LAMBERT-FAIVRE in « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.* 1998, spéc. p. 19 : « En droit français, les dommages-intérêts doivent être à la mesure des préjudices réellement subis, sans en surajouter pour punir le responsable fautif (...) [Ce serait] en effet confondre le rôle indemnitaire des dommages-intérêts civils et le rôle punitif des amendes pénales ».

²⁹⁸⁸ V. par exemple, PIEDELIÈVRE (S.), « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? » in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^{ème} siècle, Bilan prospectif*, colloque des 7 et 8 déc. 2000, Chambéry, *Resp. civ. et ass.* juin 2001, hors série, p. 68 ; FASQUELLE (D.), « Concurrence déloyale : amendes civiles ou "dommages punitifs" » in *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence, Actualités et perspectives françaises, allemandes, communautaires et américaines*, colloque du 6 déc. 2000, *Gaz. Pal.* 9 et 10 nov. 2001, p. 1681 ; BEHAR-TOUCHAIS (M.), « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? » in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, op. cit., p. 36 ; SAINT-ESTEBEN (R.), « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs » in *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, op. cit., p. 53.

²⁹⁸⁹ V. notamment CARVAL (S.), *La responsabilité civile dans sa fonction de privée*, op. cit. ; COUTANT-LAPALUS (C.), *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, op. cit., spéc. n^{os} 342 et ss. et n^o 470 ; BOSKOVIC (O.), *La réparation du préjudice en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 2003, spéc. n^{os} 408 et ss. ; GRARE (C.), *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle : l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Paris, Dalloz, 2005.

responsabilité civile²⁹⁹⁰. Par ces différents écrits, on perçoit donc tout l'intérêt que peuvent porter certains auteurs envers ce système originaire des pays de *common law* mais également toute la méfiance que d'autres développent face à l'admission d'un mécanisme punitif dans un domaine originellement réservé à la réparation et à la compensation pécuniaires des dommages.

1298. Risque de dévoiement de l'action en responsabilité civile. – La crainte que le droit français ou la doctrine française peuvent développer envers les dommages et intérêts punitifs doit tout d'abord être relativisée puisque « *même en Angleterre les dommages et intérêts punitifs forment une institution à part, intermédiaire entre le droit civil et le droit pénal et sont d'ailleurs contestés* »²⁹⁹¹. Si nous dépassons les craintes pouvant exister à l'intérieur même des systèmes étrangers, il est vrai toutefois que, d'un point de vue franco-français, les raisons peuvent être nombreuses, au regard du risque de dévoiement de l'action en responsabilité civile, de refuser l'introduction des dommages et intérêts punitifs en France. Comme l'exprime le Pr. P. JOURDAIN, « *les règles du droit de la responsabilité civile sortiraient assez nettement défigurées de l'officialisation de condamnations ouvertement répressives* »²⁹⁹².

1299. Dépassement de l'idée même de dommage. – Si le dommage ne constitue plus le seul critère d'évaluation des dommages et intérêts, le principe posé par l'article 1382 du Code civil devient instable. Cette disposition a en effet été interprétée comme donnant naissance à une obligation de réparer tout le préjudice mais rien que le préjudice, traduisant ainsi une équivalence entre la réparation et le dommage²⁹⁹³. Si, comme nous l'avons déjà précisé, la Cour de cassation énonce que « *le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* »²⁹⁹⁴, elle estime

²⁹⁹⁰ Plus récemment et relativement au rapport CATALA, V. CHAGNY (M.), « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *JCP* 2006.I.149. Plus indirectement V. BOSKOVIC (O.), « Les dommages et intérêts en droit international privé. Ne pas manquer une occasion de progrès », *JCP* 2006.I.163, spéc. n° 14.

²⁹⁹¹ SAINT-ESTEBEN (R.), *op. cit.*, n° 2. V. également JAUFFRET-SPINOSI (C.), *op. cit.*, p. 8 : « *Les dommages et intérêts punitifs apparaissent comme une anomalie dans le droit de la réparation du préjudice, car même dans les pays de common law, les dommages-intérêts sont essentiellement indemnitaires* ».

²⁹⁹² JOURDAIN (P.), « Rapport introductif » in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, *op. cit.*, p. 5.

²⁹⁹³ Pour le Pr. P. JOURDAIN, ce « *principe majeur – qui confine au dogme – de la réparation intégrale (...) représente à lui seul l'essentiel du droit de la réparation du dommage* » (« Rapport introductif », *op. cit.*, p. 3).

²⁹⁹⁴ Civ. 2^{ème} 28 oct. 1954, *op. cit.*

parallèlement que « *les dommages et intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit* »²⁹⁹⁵. Si la technique des dommages et intérêts punitifs permet incontestablement de réparer *tout* le dommage subi, elle enfreint la règle relative à l'indemnisation du strict dommage.

Il est vrai que ce mécanisme punitif issu de l'allocation de dommages et intérêts pallierait les inconvénients nés de l'impossibilité d'évaluer avec précision le préjudice effectivement subi par le créancier²⁹⁹⁶. Pour autant, faut-il admettre que le dommage ne soit plus alors le fondement de l'action en responsabilité civile, mais un prétexte circonstanciel au prononcé d'une mesure répressive empruntant la voie alors dévoyée et exacerbée de la réparation ?

1300. Dépassement de l'idée même de réparation. – Si l'action en responsabilité civile ne se cantonne plus à la réparation du dommage, ce qui pousse les victimes dans les pays de *common law* à agir est bien alors l'exacerbation du montant de l'indemnisation versée. Les personnes sont alors guidées par une logique vindicative tenant à l'affliction pécuniaire du débiteur. Si l'on parle encore de réparation, force est de constater qu'il ne s'agit plus de la réparation du dommage subi, mais plus largement de la réparation de l'honneur bafoué, de la dignité atteinte. En d'autres termes, il est davantage question de restaurer une personne affectée que de rétablir un patrimoine réduit²⁹⁹⁷. Au vu de la modification des soubassements traditionnels de la responsabilité civile, il n'est pas étonnant que la méfiance se soit étendue au niveau européen, que les réflexions aient une inspiration communautaire ou qu'elles soient d'ordre privé.

2) Scepticisme au sein de l'Europe

1301. Droit communautaire. – L'article 24 de la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) prévoit que l'application d'une loi « *qui conduirait à l'allocation de dommages et intérêts non compensatoires, tels que les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, est contraire à l'ordre public communautaire* ». Même si l'on peut penser que « *ce n'est probablement pas de l'échelon communautaire que*

²⁹⁹⁵ Civ. 2^{ème} 5 juill. 2001, *Bull. civ. II*, n° 135 – Civ. 2^{ème} 23 janv. 2003, *Bull. civ. II*, n° 20 – Civ. 2^{ème} 8 juill. 2004, *Bull. civ. II*, n° 393.

²⁹⁹⁶ Sur l'impossibilité d'évaluer précisément le préjudice en matière contractuelle, V. *supra* n°s *et ss.*

²⁹⁹⁷ C'est précisément en ce sens que sont prononcés les *aggravated damages*.

l'on peut atteindre une harmonisation globale du droit de la responsabilité », on ne peut totalement occulter cette prise de position catégorique envers le rejet des *punitive damages*.

1302. Principes de droit européen de la responsabilité civile. – Selon l'article 10.101 des *Principes de droit européen de la responsabilité civile*, les « *dommages et intérêts consistent en le paiement d'une somme d'argent visant à compenser le préjudice de la victime, c'est-à-dire, à la replacer, pour autant que l'argent y parvienne, dans la position qui aurait été la sienne si l'atteinte dont elle se plaint n'avait pas été commise* ». La dimension punitive de la responsabilité est ici encore totalement exclue. Il est vrai que l'article 10.101 dispose *in fine* que les « *dommages et intérêts ont accessoirement une fonction préventive* » ; si cette fonction peut être subséquente à la fonction punitive, on ne peut pour autant croire ici en une référence implicite à la fonction punitive de la responsabilité civile.

Au regard de ces différents textes, on remarque donc que l'engouement pour les dommages et intérêts punitifs est loin d'être total. Pourtant, en France, à l'heure actuelle, une nette progression de ce système se fait jour nous incitant à penser que la fonction punitive sera ces prochaines années introduite ou, plus précisément, améliorée.

2°) Introduction inévitable des dommages et intérêt punitifs en droit français des obligations

1303. Au regard des craintes sus-énoncées, il paraît peu probable ou peu souhaitable pour les puristes ou les « *traditionalistes* »²⁹⁹⁸ de la responsabilité civile d'introduire la technique des dommages et intérêts punitifs dans notre système juridique. Malgré les hésitations pouvant surgir ici et là de nos propos, nous estimons très sincèrement que les dommages et intérêts de nature punitive vont – et doivent – au contraire intégrer le droit français des obligations. Ne point céder à cette tendance serait selon nous refuser une modification législative qui se fait jour de manière plus précise aujourd'hui, tant au niveau du droit des obligations *stricto sensu* (a) que du droit de la consommation ou du droit des sociétés à travers l'éclosion probable des *class actions*, les actions de groupe telles qu'admises dans les pays de *common law* (b).

a. Probable évolution du droit des obligations dans un sens répressif

1304. Rapport CATALA et rapprochement des dommages et intérêts de la logique pénale. – Malgré le scepticisme perceptible au niveau français et européen quant à l'officialisation de la

²⁹⁹⁸ VINEY (G.), « Rapport de synthèse » in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^{ème} siècle*, op. cit., p. 86.

technique des dommages et intérêts punitifs, on remarque avec intérêt qu'une étude récente relative à la réforme du droit des obligations – le rapport CATALA remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005 – consacre ce système, pourtant éloigné aujourd'hui de la conception classique de la responsabilité civile. Même s'il est clair que cet avant-projet de réforme « *ouvre prudemment la voie à l'octroi de dommages-intérêts punitifs* »²⁹⁹⁹, on ne peut manquer de relever la secousse bienveillante qu'engendrera au sein de la doctrine une telle proposition.

Selon l'article 1371 de cet avant-projet, « [l]'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public ». L'objectif de cette disposition n'est pas de faire table rase de l'état actuel du droit de la responsabilité civile et de nier les fonctions traditionnellement reconnues à cette dernière, au premier rang desquelles se trouve bien nécessairement la réparation. Comme l'expose le Pr. VINEY, l'introduction des dommages et intérêts punitifs serait l'occasion d'« *accorder le droit positif aux exigences de la vie contemporaine* »³⁰⁰⁰. Tout en demeurant dans un système de réparation intégrale (« (...) outre les dommages-intérêts compensatoires (...) »), on intégrerait une dimension spécifiquement punitive de la responsabilité civile, dimension participant directement au développement nécessaire du droit de la réparation des dommages, comme cela fut le cas lors de la mise en œuvre de la théorie des risques et des régimes de responsabilité de plein droit.

Ainsi, selon le mécanisme prévu par l'avant-projet CATALA, le caractère punitif des dommages et intérêts prévus par l'article 1371 se trouve renforcé dans son fondement (1) et sa manifestation (2) par un ensemble d'éléments proches du droit pénal.

1) Fondement de nature pénale des dommages et intérêts punitifs

1305. Faute manifestement délibérée. – Outre la faute lucrative aux contours purement civilistes et fondée sur la notion de profit, l'article 1371 de l'avant-projet précise qu'une *faute manifestement délibérée* peut constituer le fondement de la mise en jeu de la responsabilité civile et du versement de dommages et intérêts punitifs. On peut regretter la concision de la rédaction et le manque d'explication de ce concept dans l'exposé des motifs établi par le Pr.

²⁹⁹⁹ VINEY (G.), « Exposé des motifs », *op. cit.*, p. 148.

³⁰⁰⁰ *Ibid.*, p. 143.

VINEY. Si la faute lucrative est clairement définie, rien n'est en revanche avancé s'agissant de la faute manifestement délibérée. Pouvons-nous penser que cette catégorie nouvelle de faute civile est ouverte et laissée à la libre appréciation des juges ? L'incertitude qui enserrme cette notion peut nous engager dans cette voie. Nous estimons pourtant pouvoir apporter un éclaircissement ; celui-ci intervenant non pas en s'attachant aux références traditionnelles de la faute civile, mais aux différents contours que peut avoir la faute pénale.

Il est clair en effet que la faute manifestement délibérée fait écho aux dispositions de l'article 121-3, alinéas 2 et 3 du Code pénal³⁰⁰¹ et n'aurait, dès lors, pas nécessairement une nature intentionnelle. Ce point est d'ailleurs confirmé par l'article 1371 lui-même qui précise que les « *dommages et intérêts punitifs ne sont pas assurables* ». Cette précision n'a d'intérêt que si l'on admet de reconnaître que la faute manifestement délibérée peut ne pas avoir une nature intentionnelle, l'article 113-1, alinéa 2 du Code des assurances stipulant clairement que « *l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré* ».

1306. L'intention doit-elle pour autant être exclue de la notion de faute manifestement délibérée. Rien n'est moins sûr car si cette faute peut, dans une certaine mesure, rester attachée à la logique pénale à travers notamment le concept de "dol éventuel", elle peut également s'affranchir du joug pénal en permettant d'inclure les fautes spécifiquement intentionnelles³⁰⁰². Demeurant avant tout une faute civile, la faute manifestement délibérée conservera sa particularité au regard de la faute pénale, de sorte qu'il sera délicat de ne pas entrevoir dans l'article 1371 de l'avant-projet CATALA l'ombre de l'intention de nuire.

Quoi qu'il en soit, on voit parfaitement qu'il existe dans l'introduction des dommages et intérêts punitifs une forte prégnance du droit pénal ; n'est-ce pas une "révolution" en effet que de pouvoir *punir* civilement un acte dépourvu parfois de volonté dommageable ? Révolution que l'on retrouve dans la répression possible de la tentative.

³⁰⁰¹ Précisons que les fautes lucratives peuvent aussi, d'une certaine façon, être rattachées à une certaine logique pénale. La notion de profit n'est en effet pas écartée de cette logique. Il suffit en effet de considérer la théorie de BENTHAM pour établir ce point.

³⁰⁰² CHAGNY (M.), *op. cit.*, n° 8. A l'inverse, en droit pénal, les violations manifestement délibérées d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la ou le règlement sont intégrées dans la seule catégorie des fautes non-intentionnelles.

1307. Tentative. – L'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations précise que le montant des dommages-intérêts punitifs doit être « *distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime* », c'est-à-dire des dommages-intérêts compensatoires. Un auteur a récemment mis en évidence l'une des manifestations possibles de cette distinction. Ainsi, « *rien ne semble interdire, dans l'hypothèse d'une tentative ayant avorté (sic)*³⁰⁰³, *qu'une sanction soit prononcée tandis que le montant des dommages-intérêts compensatoires serait nul, faute de préjudice* »³⁰⁰⁴. Puisque les dommages et intérêts compensatoires ont pour unique mission de réparer le préjudice subi, ils ne peuvent naturellement s'entendre qu'en présence d'un dommage effectivement réparable, contrairement aux dommages et intérêts punitifs qui, indépendants du concept de préjudice³⁰⁰⁵, peuvent être prononcés sur le simple fondement d'une attitude manifestement contraire aux règles sociales. Dès lors que la raison d'être des dommages et intérêts punitifs est la réprobation d'un comportement, il importe peu qu'il y ait eu ou non dommage. L'important est la réalité de ce comportement et la révélation de sa dimension antisociale. La rétribution se désintéresse du préjudice comme elle se désintéresse, dans une certaine mesure, du bénéficiaire du versement des dommages et intérêts punitifs.

2) Manifestation de nature pénale des dommages et intérêts punitifs

1308. Versement des dommages et intérêts. – La dernière particularité de l'article 1371 de l'avant-projet CATALA consiste en la possibilité pour le juge de faire bénéficier pour une part le Trésor public des dommages et intérêts punitifs. La raison de cette précision est simple. En accordant à la victime des dommages et intérêts d'un montant supérieur à la gravité du préjudice effectivement subi, il ne peut être écarté le risque d'un enrichissement sans cause³⁰⁰⁶. Aussi est-on contraint, pour conserver la légitimité de la dimension punitive de la responsabilité civile et du montant élevé des dommages et intérêts, de verser une somme non plus à la victime mais au Trésor public. Ce changement dans le bénéficiaire des dommages et intérêts n'est d'aucune incidence sur le caractère répressif de la responsabilité civile qui serait issu du mécanisme des dommages et intérêts punitifs. Peu importe la qualité du bénéficiaire

³⁰⁰³ Par nature, une tentative a nécessairement avorté.

³⁰⁰⁴ CHAGNY (M.), *op. cit.*, n° 9.

³⁰⁰⁵ V. *supra*, n° .

³⁰⁰⁶ On peut toutefois douter de la recevabilité de l'action *de in rem verso* dans la mesure où, selon la Cour de cassation, celle-ci « *ne doit être admise que dans les cas où le patrimoine d'une personne se trouv[e] sans cause légitime enrichi au détriment de celui d'une autre personne* » (Civ. 2 mars 1915, DP 1920.I.102 ; c'est nous qui soulignons).

de l'allocation des dommages et intérêts. L'important est que l'auteur du dommage verse une somme sans aucune proportion quelconque avec le préjudice, écartant ainsi les dommages et intérêts de leur stricte logique réparatrice. Le versement au Trésor public et le caractère non assurable de ce risque tendant même à démontrer encore davantage le lien étroit existant entre cette catégorie de dommages et intérêts et le droit pénal.

1309. Dommages et intérêts punitifs ou amendes civiles ? – Devant cette consécration possible des dommages et intérêts punitifs en droit français, nombreux sont les auteurs à revendiquer le développement des amendes civiles pour contrecarrer ce qu'ils estiment être un dévoiement de la responsabilité civile : « *L'amende civile ne touche pas au dogme de la réparation intégrale du seul dommage. En ce sens [et en comparaison aux dommages et intérêt punitifs], elle est plus facile à introduire, ou plutôt à développer dans notre système juridique dont elle ne heurte pas les fondements* »³⁰⁰⁷. Aspirant à une plus nette séparation des concepts de sanction et de réparation³⁰⁰⁸, ces auteurs en oublient que la responsabilité *lato sensu* induit nécessairement une approche morale et réprobatrice, rendant bien artificielle la distinction entre ces deux concepts. Il semblerait donc que ce soit bien dans le cadre de la responsabilité civile que la dimension punitive soit la plus à même de s'exprimer.

b. Probable introduction des *class actions* en droit français

1310. Principe des class actions anglo-saxonnes. – Dans les systèmes juridiques anglo-saxons, les *class actions* sont des recours collectifs exercés en cas de préjudices de masse³⁰⁰⁹ – le plus souvent en matière de consommation – par un groupe de personnes – représenté généralement sous la forme d'une association – agissant pour un ensemble de victimes ayant toutes subi le même préjudice. Cette action est donc engagée afin d'obtenir la réparation d'un dommage ou le remboursement d'une somme injustement perçue par un tiers. Dans la logique anglo-saxonne et plus précisément américaine, il est possible d'entreprendre une telle action pour le compte de victimes sans que celles-ci ne se soient fait connaître et n'aient dès lors expressément donné leur accord (système de l'*opt out*). Selon le Pr. S. GUINCHARD, dans ce

³⁰⁰⁷ BEHAR-TOUCHAIS (M.), *op. cit.*, p. 40, n° 19 ; FASQUELLE (D.) et MÉSA (R.), « La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le rapport Catala », *D.* 2005, p. 2666 et spéc. p. 2667.

³⁰⁰⁸ BÉNABENT (A.), « Sanctions et réparation » in *Les sanctions*, Revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Paris, Dalloz, 2005, p. 91.

³⁰⁰⁹ Les préjudices de masse doivent s'entendre des « *préjudices individuels multiples nés d'un même fait et concernant des victimes connues ou indéterminées, mais déterminables* » (GUINCHARD (S.), « Une *class action* à la française ? », *D.* 2005, p. 2186).

type d'actions, « *l'individuel céderait devant le collectif ; l'action collective de tous serait, en quelque sorte, supérieure au droit individuel de chacun de ne pas agir en justice, pour la raison essentielle que ce qui compterait c'est le droit d'accéder réellement et concrètement à un juge* »³⁰¹⁰.

La raison d'être de ce type d'actions vient du constat selon lequel, individuellement, les victimes de petits préjudices n'intentent pas d'action en responsabilité, faute d'un intérêt financier réel. Si une action est malgré tout intentée, elle n'aura que peu d'effet sur le responsable du dommage eu égard au faible montant des dommages et intérêts que celui-ci devra verser. A l'inverse, une action collective engendrera une plus large prise de conscience chez l'auteur du dommage ; l'ampleur des dommages et intérêts demandés dans ce cas – représentant la somme des différents préjudices individuels – confirmant la force de l'impact pouvant être produit. Au vu de ces avantages et du rééquilibrage entre les puissantes entreprises (industries, pharmaceutiques, automobiles ou du tabac) et les consommateurs, il est compréhensible que ce système exercé à l'étranger avec succès³⁰¹¹ suscite aujourd'hui la curiosité tant de la doctrine, que du monde politique, social et économique français.

1311. Tentations françaises. – L'intérêt français pour les *class actions* est venu du plus haut niveau de l'Etat. Le Président de la République, le 4 janvier 2005, lors de ses vœux aux forces vives de la Nation, a demandé au Gouvernement « *de proposer une modification de la législation pour permettre à des groupes de consommateurs et à leurs associations d'intenter des actions collectives contre les pratiques abusives rencontrées sur certains marchés* »³⁰¹². Même si certaines actions collectives existent déjà çà et là en droit positif³⁰¹³, elles n'ont pour

³⁰¹⁰ *Ibid.*, p. 2184. A l'inverse, le droit français est fondé sur le système de l'*opt in*. Il est nécessaire selon cette technique que « *l'intéressé ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à cette action* » (Cons. const. 25 juill. 1989, n° 89-257 DC, consid. 24 cité in GUINCHARD (S.), *op. cit.*, p. 2183).

³⁰¹¹ Outre le continent nord-américain, ce procédé est utilisé en Suède, Norvège, Portugal, Espagne, Pays-Bas et au Royaume-Uni. Des débats sont en cours en Italie et en Allemagne. Sur ce point, V. *Rapport d'information fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration général sur les class actions*, par J.-J. HYEY, Sénat, n° 249, 2005-2006, spéc. p. 7. Egalement « *Rapport sur l'action de groupe* », groupe de travail présidé par G. CÉRUTTI et M. GUILLAUME, remis au garde des Sceaux, au ministre de l'Economie et des Finances et au ministre des Petites et Moyennes entreprises le 16 déc. 2005.

³⁰¹² « *Vœux du Président de la République aux forces vives de la Nation* », 4 janv. 2005 cité in *Rapport d'information...*, *op. cit.*, p. 5. V. également les déclarations de P. CLÉMENT, le 12 septembre 2006, lors d'un colloque tenu au Sénat, et présentant les orientations générales du projet gouvernemental sur les *class actions* (JCP 2006, act. 433).

³⁰¹³ V. par exemple C. consom., art. L. 421-1 à L. 421-7 ; C. env., art. L. 142-3 ; C. mon. et fin., art. L. 452-2 à L. 452-4.

ambition que de réparer le préjudice collectivement subi par les consommateurs ou un ensemble quelconque de personnes sans avoir un intérêt pertinent sur la réparation du préjudice individuel subi séparément par chaque victime. A l'inverse, le système des *class actions* doit « permettre à des plaignants de se regrouper pour faire valoir collectivement des droits à dommages et intérêts à l'encontre d'une seule et même personne réputée être l'auteur d'un ou plusieurs préjudices subis par chacun d'entre eux »³⁰¹⁴. La finalité n'est donc pas de noyer le préjudice de chacun dans la mise en évidence d'un intérêt général ou, plus raisonnablement, collectif. Comme l'explique un auteur, « ces actions sont d'abord faites pour obtenir des dommages-intérêts, manifestation concrète de l'indemnisation d'un préjudice de masse »³⁰¹⁵.

Les personnes victimes obtiendront donc une réparation effective de leur préjudice et non une réparation morale issue du versement de dommages et intérêts aux fins d'indemnisation des consommateurs *lato sensu*. Par le mécanisme des *class actions*, un effet de balancier se fait jour : un préjudice individuel devient, par l'engagement d'une action de groupe, un préjudice de masse qui sera *in fine* réparé, non de manière collective, mais en prenant en considération le préjudice réellement subi par chacune de ces victimes. Ce système permet donc une effectivité de la réparation, ce que ne sauraient garantir les moyens aujourd'hui existants en droit français. Mais pour effective qu'elle soit, la fonction réparatrice des *class actions* n'en demeure pas moins insuffisante pour insuffler à cette technique une réelle pertinence.

1312. Insuffisance de la fonction indemnitaire des class actions. – En assurant une allocation personnelle des dommages et intérêts, pouvons-nous raisonnablement croire en la seule aspiration indemnitaire de l'action de groupe ? En d'autres termes, au vu du nombre important de victimes auxquelles la *class actions* est destinée, la nature de la somme totale des dommages et intérêts est-elle uniquement réparatrice ?

La réponse est incontestablement négative. L'action de groupe ne peut être simplement guidée par une volonté de réparer le préjudice subi par les victimes. Selon un auteur, si l'on souhaite introduire ce système en droit français, il faudrait même ne pas trop insister sur sa fonction d'indemnisation : « Si la fonction d'indemnisation de l'action devait être mise en avant pour

³⁰¹⁴ *Rapport d'information...*, op. cit., p. 5.

³⁰¹⁵ GUINCHARD (S.), « Une *class action* à la française ? », op. cit., p. 2185.

légitimer son implantation dans le droit français (...), l'entreprise avorterait sans doute »³⁰¹⁶. En effet, puisque le dommage sera le plus souvent faible pour les victimes, les dommages et intérêts seront parallèlement d'un montant très modeste. La victime, individuellement, obtiendra certes une réparation ; l'engagement d'une *class action* a-t-il pour autant, du point de vue de la réparation, une quelconque pertinence ? Il est possible d'en douter dans la mesure où la mise en cause traditionnelle de la responsabilité civile de l'agent aurait permis d'atteindre le même résultat, sans même une éventuelle complication de la procédure due au nombre important de victimes intéressées par la *class action*. Ainsi est-il nécessaire d' « *insister sur une autre finalité de la class action, et en montrer le rôle primordial, si l'on veut convaincre de la pertinence de son introduction en droit français (...)* »³⁰¹⁷.

1313. Dimension punitive des class actions. – L'intérêt d'une *class action*, outre le regroupement des personnes et l'impact que ce regroupement peut générer sur la politique commerciale future de telle ou telle entreprise, est à rechercher dans ses effets, à savoir le versement de dommages et intérêts à chacune des victimes participant à l'action. Pour démontrer l'utilité réelle de la *class action*, il ne faut pas considérer chacun des versements de dommages et intérêts mais considérer bien au contraire le résultat auquel ces versements conduisent. Si chaque victime aura une indemnisation modeste, le responsable, lui, sera confronté à une charge extrêmement lourde. Si l'action de groupe est une réunion d'individus, elle conduit en même temps à une multiplication des obligations pécuniaires. Du point de vue du seul responsable, l'aboutissement de la *class action* s'accompagne d'un fort esprit répressif ; le seul montant exorbitant des dommages et intérêts suffit en effet à démontrer que le mécanisme de l'action de groupe a davantage pour objectif d'imposer une lourde charge financière à une personne (physique ou morale) au vu de son comportement fautif que d'apporter une digne réparation aux victimes. La condamnation issue de la *class action* est moins ressentie par les plaignants comme une indemnisation de leur dommage qu'elle peut l'être par le responsable comme une véritable punition³⁰¹⁸.

³⁰¹⁶ LÉCUYER (H.), « Class action et sociétés. La mise en œuvre de l'action – L'indemnisation » in MAGNIER (V.) (sous la dir.), *L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés ?*, P.U.F., coll. CEPRISCA, 2004, p. 94.

³⁰¹⁷ *Ibid.*

³⁰¹⁸ Sur ce point, V. les propos de C. CORGAS-BERNARD relatif à l'action en suppression de clauses abusives intentée sur le fondement de l'article L. 421-6 C. consom. : « *Dans une vue prospective (...), l'accent devrait être mis sur les finalités préventive et répressive de l'action collective. Il ne s'agirait donc pas d'allouer une somme correspondant à la juste réparation du préjudice subi, mais de condamner le professionnel à une peine suffisamment dissuasive* » (« Note sous CA Rennes 28 janv. 2005 », *JCP* 2005.II.10156, p. 2115).

La tendance est ainsi renversée : l'action de groupe qui était ancrée classiquement dans une perspective réparatrice, se trouve au final très clairement établie dans une démarche répressive. Mais, au-delà de la *class action*, ne nous est-il pas permis de penser que c'est l'engagement de la responsabilité civile elle-même qui aspire ou développe naturellement une telle dimension punitive ?

1314. Caractère incontestablement punitif de la responsabilité civile lato sensu. – Selon le Pr. H. LÉCUYER, « [t]oute action en responsabilité est pourvue d'une signification équivoque. Il s'agit, pour le demandeur de dénoncer un comportement, source d'un préjudice dont il entend être indemnisé (...) Mais si l'on se tourne vers le causeur de trouble, l'action présente aussi l'intérêt d'établir et de révéler (...) le caractère blâmable de son comportement, la condamnation à réparation pouvant alors, et aussi, s'analyser en sa sanction »³⁰¹⁹. Que l'on s'oriente vers le système anglo-saxon des *class actions* – ce qui est peu probable en tant que tel – ou que l'on introduise un système *sui generis* tel que l'"action en déclaration de responsabilité pour préjudice de masse"³⁰²⁰, le droit français ne saurait s'écarter rigoureusement de la méthode tenant à la mise en cause de la responsabilité civile. S'il est vrai que certains auteurs aspirent, en certains domaines, à une évolution du concept de responsabilité et à l'écllosion d'une nouvelle forme de responsabilité³⁰²¹, l'introduction en France d'un processus proche des *class actions* ne pourrait faire l'économie d'un recours à l'engagement de la responsabilité civile. Dès lors, un caractère de sanction pourrait être révélé à la suite d'une telle mise en cause.

On le voit, une dimension punitive tend déjà à s'emparer de la responsabilité civile, que cela soit généré par la technique des *class actions* ou par celle tenant à l'allocation de dommages et intérêts punitifs. Toutefois, au-delà de l'éventuelle tendance réformatrice pouvant atteindre non seulement le *droit des obligations*, mais également le *droit de la consommation* – par les actions de groupe des associations de protection des consommateurs –, le *droit des sociétés* – par les actions de groupe des actionnaires – ou encore le *droit du travail* – par les actions de groupe des syndicats –, ne faut-il pas reconnaître que c'est la responsabilité civile qui cultive, par elle-même et indépendamment de tout mécanisme spécifique, un caractère incontestablement punitif ?

³⁰¹⁹ LÉCUYER (H.), *op. cit.*, p. 86.

³⁰²⁰ Sur cette technique et la procédure qui lui serait inhérente, V. spéc. GUINCHARD (S.), « Une *class action* à la française ? », *op. cit.*, pp. 2185-2186.

³⁰²¹ En ce sens, V. notamment THIBIERGE (C.), « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *op. cit.*

B. – La dimension punitive propre à la responsabilité civile

1315. En dehors du système des dommages et intérêts punitifs, la responsabilité civile – contractuelle ou extracontractuelle³⁰²² – possède par elle-même une nature répressive. Prenant position sur l'action civile exercée devant les juges pénaux, JOUSSE admettait clairement le caractère punitif des dommages-intérêts : « *deux sortes de personnes concourent à la punition d'un crime : 1° la partie civile qui demande la réparation de l'offense qui lui a été faite et des dommages-intérêts ; 2° la partie publique qui poursuit la punition du crime et la condamnation à la peine qu'il mérite* »³⁰²³. Pouvons-nous conclure à ce caractère identiquement punitif lorsque l'action en responsabilité civile s'exerce hors instance pénale ? Une réponse positive semble pouvoir être avancée ; par la mise en cause de cette responsabilité, une dimension rétributive peut en effet être relevée (1°). C'est également ce qui ressort de la technique tendant à réduire l'indemnisation de la victime d'un dommage en cas d'attitude fautive de sa part (2°).

1°/ Rétribution inhérente à la responsabilité civile

1316. Si l'introduction en droit français des dommages et intérêts punitifs permettrait incontestablement de développer, au profit de la responsabilité civile, un « *rôle prophylactique de dissuasion des comportements dommageables* »³⁰²⁴, on ne peut manquer de constater que, par essence, la responsabilité civile peut déjà acquérir une telle acception. Proche des dommages et intérêts strictement punitifs, le pouvoir d'appréciation des juges du fond dans la détermination du montant des dommages et intérêts devant être alloués doit tout d'abord être perçu comme une marque possible de la volonté dissuasive, voire punitive, inspirant l'action en responsabilité civile (a). Mais au-delà de l'approche quantitative de la responsabilité civile à travers l'allocation des dommages et intérêts, il est possible de croire à une fonction normative, symbolique et dès lors réprobatrice de la responsabilité civile (b).

a. Pouvoir d'appréciation des juges du fond dans l'évaluation des dommages et intérêts

³⁰²² Compte tenu que nous avons déjà mis en exergue précédemment le caractère sanctionnateur de la responsabilité contractuelle (V. *supra*, n°), nous nous intéresserons davantage ici à la nature punitive de la responsabilité extracontractuelle.

³⁰²³ JOUSSE (D.) cité in GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, op. cit., n° 71.

³⁰²⁴ BRUN (P.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 12, p. 9.

1317. Aspiration punitive de la responsabilité civile et relativité du préjudice. – Certains auteurs mettent en évidence le point selon lequel l'introduction des dommages et intérêts punitifs serait inéluctablement précédé d'une modification de l'article 1382 du Code civil. Si techniquement ce constat est exact³⁰²⁵, il ne faut toutefois pas exagérer le fait tenant à la différenciation des fondements de la rédaction actuelle et de celle inspirant l'introduction des dommages et intérêts punitifs. Loin de nier l'intérêt d'une rédaction nouvelle, nous pensons cependant qu'une trop forte distinction est excessive. L'article 1382 occulte-t-il actuellement autant que cela toute dimension punitive ? Rien n'est moins sûr³⁰²⁶. En effet, cette disposition impose l'obligation pour l'auteur d'un dommage à le réparer. Il y a donc un caractère impératif et obligationnel qui, sans être un élément déterminant pour la reconnaissance de la nature répressive de la responsabilité civile, consolide néanmoins une telle lecture.

A côté de ce caractère impératif, il existe toutefois des indices propres à renforcer l'acception punitive de l'action en responsabilité civile. Il en est ainsi du pouvoir souverain des juges du fond dans la détermination du montant des dommages et intérêts. Cette intervention judiciaire participe directement au caractère répressif de la responsabilité civile³⁰²⁷, que le préjudice soit ou non déterminable (1), ou encore qu'il ne soit pas considéré comme une condition nécessaire à la naissance du droit à réparation (2).

1) *Existence d'un préjudice : un alibi dans la reconnaissance du caractère répressif de la responsabilité civile*

³⁰²⁵ La preuve la plus manifeste est l'avant-projet de réforme du droit des obligations (rapport CATALA) qui déploie avec une très grande minutie ce qui pourrait être prochainement le nouveau droit de la responsabilité civile.

³⁰²⁶ Si la concision de la disposition textuelle actuelle marquerait effectivement un doute – la réparation du dommage apparaissant comme le dogme devant être impérieusement observé – on ne peut plus nier aujourd'hui et la dimension morale s'extirpant de la responsabilité et sa dimension punitive ; les deux étant par ailleurs étroitement liées. Sur la moralisation déjà présente du droit de la responsabilité civile, V. JOURDAIN (P.), « Rapport introductif », *op. cit.*, spéc. n° 3, p. 4.

³⁰²⁷ Sur ce point, V. la position nuancée du Pr. M. CHAGNY (« La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence (...) », *op. cit.*, n° 6). L'auteur estime qu'il est difficile d'assigner une dimension dissuasive à la responsabilité civile dans la mesure où d'une part, le caractère sévère – punitif – des dommages et intérêts se trouve plus ou moins dilué dans l'évaluation du préjudice subi et, d'autre part, ces pratiques sont à la discrétion des juges et sont donc totalement imprévisibles.

1318. Bien que la Cour de cassation n'admette point la prise en considération de la faute de l'auteur du préjudice dans la détermination des dommages et intérêts³⁰²⁸, on ne peut nier le paradoxe de l'article 1382 C.civ. relevé par MM. STARCK, ROLAND et BOYER. Selon ces auteurs, n'est-il pas en effet « *paradoxal de prétendre que la faute est le seul fondement de la responsabilité civile, tout en s'opposant à ce que les juges tiennent compte et tirent des conséquences de la constatation d'une culpabilité du défendeur et en apprécient la gravité ?* »³⁰²⁹. La Cour de cassation distingue donc entre le fondement de la responsabilité civile constitué de la faute et le fondement de la réparation constitué du préjudice. Souvent, cette répartition peut être respectée et le préjudice constituer l'assise exclusive de la réparation. L'indemnisation est alors proportionnée au préjudice évalué par les juges sans considération de l'attitude fautive du débiteur.

Mais cette technique est-elle aussi infaillible pour tout type de préjudice ? La réponse est évidemment négative ; il est en effet traditionnellement reconnu en doctrine que « *des sanctions punitives se cachent fréquemment derrière les condamnations indemnitaires (...) [et] le plus souvent c'est à travers la réparation du dommage moral que le juge cherche la punition d'un coupable* »³⁰³⁰. L'évanescence du préjudice moral – comment chiffrer effectivement le dommage issu du chagrin, d'un déshonneur ou encore d'une atteinte à la présomption d'innocence ? – conduit le juge à jouir d'une grande latitude pour calculer le montant des dommages et intérêts devant être alloués³⁰³¹. Le préjudice ne constitue plus alors le support exclusif de la réparation puisqu'il est, dans ces situations, indéterminable ou, du moins, difficilement quantifiable. L'évaluation judiciaire prend officiellement en compte le dommage subi par la victime, mais celui-ci n'est qu'un alibi pour le juge qui ne peut ouvertement afficher sa volonté de réprimer le comportement fautif du débiteur et chiffrer les dommages et intérêts en proportion de la gravité de la faute commise. Le préjudice n'a donc plus de réelle utilité dans la détermination des dommages et intérêts ; cette inutilité se trouvant par ailleurs consacrée par la jurisprudence qui tend à faire naître le droit à réparation en dehors de toute constatation effective d'un préjudice.

³⁰²⁸ V. par exemple, Civ. 2^{ème} 8 mai 1964, *JCP* 1965.II.14140, note P. Esmein ; *RTD civ.* 1965, p. 137, obs. R. Rodière. Précisons que la Cour de cassation admet toutefois de prendre en considération la faute de la victime pour évaluer le montant des dommages et intérêts (V. *infra*, n^{os} *et ss.*).

³⁰²⁹ STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.*, t. 1, n^o 82.

³⁰³⁰ JOURDAIN (P.), « Rapport introductif », *op. cit.*, n^o 7, p. 4.

³⁰³¹ V. Civ. 2^{ème} 20 oct. 2005, n^o 04-18171 (inédit) : la Cour de cassation casse pour violation de l'article 1382 C. civ. un arrêt de cour d'appel qui avait réparé plusieurs fois un préjudice professionnel.

2) Inutilité du préjudice et reconnaissance du caractère répressif de la responsabilité civile

1319. Révélation inutile du dommage. – En matière de respect de la vie privée, la Cour de cassation estime que « *selon l'article 9 du Code civil, la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation* »³⁰³². La responsabilité civile d'une personne doit ainsi être engagée à partir du seul instant où peut être relevée la violation par cette dernière d'un droit subjectif d'un tiers. En mettant en exergue l'autonomie de l'article 9 du Code civil par rapport à l'article 1382 en matière de réparation des atteintes à la vie privée³⁰³³, cette jurisprudence réduit nécessairement la charge de la preuve pesant sur les victimes afin de rendre plus effectif encore leur droit au respect de la vie privée. Alors que l'article 1382 repose sur le tryptique faute/dommage/lien de causalité, l'article 9 C. civ. s'inscrit selon la Cour de cassation dans une démarche plus élémentaire tenant à la simple observation d'une atteinte portée au droit au respect de la vie privée.

1320. Comme nous le verrons plus loin, la faute n'est pas une condition nécessaire à l'engagement de l'action en responsabilité civile³⁰³⁴. Si cette tendance conduisant à la mise à l'écart de la faute n'est pas nouvelle au vu par exemple de la théorie du risque et de la mise en place des régimes de responsabilité de plein droit, force est de reconnaître que cette mise à l'écart est beaucoup plus novatrice lorsqu'il s'agit du dommage. En effet, l'engagement de la responsabilité civile, quel que soit le mécanisme mis en œuvre, induit la volonté de réparer un dommage effectivement établi et réparable. Or, en l'espèce, nulle exigence de ce type n'existe de sorte qu'il serait possible de croire en une remise en cause du paradigme de la responsabilité reposant sur le primat du principe de la réparation intégrale.

³⁰³² Civ. 1^{ère} 5 nov. 1996, *Bull. civ. I*, n° 378 ; *D.* 1997, p. 403, note Laulom ; *D.* 1997, Somm. p. 289, obs. P. Jourdain ; *RTD civ.* 1997, p. 633, obs. J. Hauser ; *JCP* 1997.I.4025, obs. G. Viney ; *JCP* 1997.II.22805, note J. Ravanas – Civ. 1^{ère} 25 févr. 1997, *Bull. civ. I*, n° 73 ; *JCP* 1997.II.22873, note J. Ravanas. V. également Civ. 3^{ème} 25 févr. 2004, *Bull. civ. III*, n° 41 ; *D.* 2004, p. 1631, obs. Caron ; *RTD civ.* 2004, p. 729, obs. J. Mestre et B. Fages – Civ. 2^{ème} 18 mars 2004, *Bull. civ. II*, n° 135 ; *JCP* 2004.IV.2001.

³⁰³³ Sur ce concept d'autonomie, V. RAVANAS (J.), « Note sous Civ. 1^{ère} 5 nov. 1996 (L'article 9 du Code civil ouvre-t-il un droit à réparation autonome ?) », *JCP* 1997.II.22805 ; « Note sous Civ. 1^{ère} 25 févr. 1997 (Peut-on encore douter de l'autonomie et de la force des droits de la personnalité ?) », *JCP* 1997.II.22873 ; RÉTIF (S.), *J-Class. Responsabilité civile et assurances*, v° « Droit à réparation », fasc. 101, n° 27. Pour une reprise de ce mécanisme de protection et de réparation en dehors de l'article 1382 C. civ., V. Civ. 1^{ère} 27 sept. 2005, *D.* 2006, *Jurisp.* p. 768, note G. Lécuyer ; *Gaz. Pal.* 16 et 17 déc. 2005, p. 5 (application de la loi du 29 juillet 1881 en matière d'abus de liberté d'expression ; dans le même sens, V. Civ. 2^{ème} 8 mars 2001, *D.* 2002, *Somm.* p. 2767, obs. T. Massis – Civ. 2^{ème} 9 oct. 2003, *D.* 2003, *Jurisp.* p. 590 – Civ. 2^{ème} 10 mars 2004, *D.* 2004, *IR* p. 925 – Civ. 1^{ère} 29 nov. 2005, *Juris-Data* n° 2005-31017).

³⁰³⁴ V. *infra*, n° .

On nous rétorquera que la jurisprudence n'a jamais prétendu que « *la faute et le dommage n'existaient pas* », se contentant d'affirmer « *qu'ils n'avaient pas à être prouvés* » confirmant le point selon lequel il s'agit bien dans ces situations d' « *une condamnation à réparation (...) de l'atteinte constatée à la vie privée* »³⁰³⁵. S'il est vrai que cette seule violation de la vie privée suffit à caractériser une forme de dommage, force est de reconnaître qu'il s'agit d'un dommage avant tout moral. Aussi sommes-nous confrontés une nouvelle fois à la déliquescence de ce préjudice qui, par son manque de rigueur dans son évaluation, conduit à ce que le rapprochement des concepts de *dommages et intérêts* et de *réparation* ne soit pas exempt de toute critique.

1321. Décalage entre le versement des dommages et intérêts et le concept de réparation. –

En matière de droits de la personnalité, l'allocation des dommages et intérêts ne se fonde pas expressément sur un préjudice. Le plus souvent, si un préjudice – moral – existe³⁰³⁶, il ne rentre que faiblement en ligne de compte dans la détermination de l'indemnisation. Si cette mise à l'écart peut s'expliquer par le souci de protéger plus efficacement les victimes, elle se justifie également par l'impossibilité d'évaluer avec précision – et tel que le commande le principe de la réparation intégrale – ce dommage. Des dommages et intérêts seront effectivement versés à la victime de l'atteinte au respect de la vie privée mais ceux-ci ne sauraient d'une manière ou d'une autre se fonder précisément sur le préjudice de cette dernière dans la mesure où, si ce préjudice existe, il n'est pas aisément quantifiable. Le principe classiquement posé par la Cour de cassation selon lequel *les juges apprécient souverainement le montant du préjudice dont ils ont justifié l'existence par la simple évaluation qu'ils en ont faite, sans être tenus d'en préciser les divers éléments*³⁰³⁷, agit en ce domaine comme un prétexte pour affirmer la constance de la logique réparatrice de la responsabilité civile.

³⁰³⁵ RAVANAS (J.), « Note sous Civ. 1^{ère} 5 nov. 1996 », *op. cit.*, n° 8.

³⁰³⁶ Un doute peut toutefois être soulevé au sujet d'un arrêt de la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation en date du 25 févr. 2004 (*op. cit.*). Un bailleur fait visiter un appartement vide d'occupation sans l'autorisation du locataire actuel. Ce dernier a demandé réparation de l'atteinte subie au titre du droit au respect de sa vie privée. La Cour de cassation cassa l'arrêt de la Cour d'appel en estimant que la simple atteinte au respect de la vie privée ouvre droit à réparation et ce même si le comportement du bailleur, à savoir la visite, n'a « *donné lieu à aucun "effet" particulier* », c'est-à-dire n'a généré aucun réel préjudice. V. également Civ. 1^{ère} 25 févr. 1997 (*op. cit.*) où il ne s'agissait que d'un préjudice éventuel.

³⁰³⁷ En ce sens, V. Ch. mixte 6 sept. 2002, *Bull. mixte* n° 4 ; D. 2002, *Jurisp.* p. 2963, note D. Mazeaud ; *JCP éd. E* 2002, *Jurisp.* n° 1687, note G. Viney ; *Deffrénois* 2002, n° 37644, note E. Savaux ; *Contrats-Concur-Cons.* déc. 2002, *chron.* p. 4, note Ph. Le Tourneau et A. Zabalza ; *Gaz. Pal.* 19-20 févr. 2003, *Jurisp.* p. 30, note M.-L. Niboyet.

Mais ne soyons pas dupes ; de manière indirecte, le préjudice demeure ici encore un alibi pour l'allocation de dommages et intérêts qui ne sont plus raisonnablement guidés par l'idée de réparation. L'aspiration de la responsabilité civile dans ces hypothèses de droits de la personnalité est plus profonde et tend à redéfinir le rapport et l'équilibre devant exister entre les hommes. La facilité avec laquelle une agence de presse peut, par exemple, bafouer l'honneur ou violer l'intimité d'une personne³⁰³⁸ doit être contrecarrée par une mesure dont l'intensité sera à même de rétablir l'équilibre et de stigmatiser le comportement déviant. Ce processus est gouverné par le devoir moral d'atteindre une égalité entre les personnes et de réprimer les agissements l'y empêchant. Ceci conduit ainsi à prôner, en faveur de la responsabilité civile, une fonction partiellement détachée de la réparation matérielle des dommages. Comme le souligne un auteur, « [s]i le créancier n'a pas éprouvé de préjudice, je ne suis pas complètement sûr qu'il puisse être indemnisé, sous réserve d'une éventuelle punition du débiteur »³⁰³⁹. La responsabilité civile acquiert donc nécessairement une dimension symbolique et répressive confirmant l'affirmation selon laquelle le « rôle de la justice ne se réduit pas à celui d'un simple instrument de distribution d'indemnités »³⁰⁴⁰.

b. Fonction normative et symbolique de la responsabilité civile

1322. Dimension morale et rétributive de la responsabilité civile. – Selon un auteur, la « responsabilité civile doit en principe remplir une fonction morale de rétribution et une fonction sociale de régulation des comportements en imputant le dommage au débiteur de la réparation, que ce soit sur le fondement de la faute ou sur celui du risque. Moralement, cette responsabilité individuelle assure le châtement du responsable. Socialement, elle est un guide pour le bon citoyen en maintenant un équilibre entre liberté et devoir »³⁰⁴¹. Une partie de la doctrine actuelle, favorable à l'émancipation de la responsabilité civile en tant que peine privée, considère que ses fonctions morale et réprobatrice ne peuvent être mises en place qu'en privilégiant l'introduction en France des dommages et intérêts punitifs³⁰⁴². Si ce constat

³⁰³⁸ V. par exemple Civ. 1^{ère} 5 nov. 1996, *op. cit.*

³⁰³⁹ GAUTIER (P.-Y.), « Rapport de synthèse » in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, colloque du 14 oct. 2004 », *RDC* 2005, p. 155 (c'est nous qui soulignons).

³⁰⁴⁰ PIGNARRE (G.), « La responsabilité : débat autour d'une polysémie », *Resp. civ. et ass.* juin 2001, hors-série, p. 13, n° 17.

³⁰⁴¹ MEKKI (M.), « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », *op. cit.*, n° 4.

³⁰⁴² CARVAL (S.), *op. cit.* ; VINEY (G.), « Rapport de synthèse », *op. cit.*, n°s 31 et 32 ; CHAGNY (M.), « La notion de dommages et intérêts punitifs (...) », *op. cit.*, n° 6.

reste évidemment exact, il n'en demeure pas moins imprécis. Cette thèse doctrinale revendique en effet le monopole de la répression par les dommages et intérêts punitifs sans admettre nécessairement que la responsabilité civile, *en tant que telle aujourd'hui*, puisse avoir pour finalité la punition d'un comportement jugé antisocial. Pourtant, il ne fait guère de doute à l'heure actuelle que l'absence explicite des dommages et intérêts punitifs n'empêche point la responsabilité civile de développer sa fonction normative et de tendre à une certaine moralisation des rapports sociaux en privilégiant ainsi son caractère rétributif.

De manière paradoxale, la mise en évidence de cette dimension réprobatrice et morale de la responsabilité civile peut prendre naissance par la démonstration de l'insuffisance possible des dommages et intérêts dans la réparation du préjudice. Développant une analyse relative aux fautes lucratives, le Pr. D. FASQUELLE écrivait : « *Il ne faudrait pas considérer que les dommages et intérêts sont punitifs dès qu'ils sont supérieurs à la réparation ni prendre comme seul point de repère la gravité de la faute. Il faut, pour lutter efficacement contre les fautes lucratives, faire en sorte également d'annuler le gain de l'auteur de la faute* »³⁰⁴³. L'intérêt de cette remarque est double. Elle permet la mise en évidence d'une part de la distance pouvant exister entre la nature punitive des dommages et intérêts et leur montant élevé (1) et, d'autre part, du caractère relatif de la faute dans la reconnaissance de la nature répressive de la responsabilité civile (2).

1) Faiblesse des dommages et intérêts et caractère symbolique de la responsabilité civile

1323. Le symbolisme du côté des victimes. – En certains domaines, comme par exemple les atteintes à l'honneur, l'approche pécuniaire de la responsabilité civile peut être superfétatoire : « *L'argent est souvent impuissant à soulager une souffrance morale. Les victimes réclament alors davantage la condamnation du responsable que l'allocation d'une indemnité pécuniaire* »³⁰⁴⁴. Loin de requérir la réparation de leur dommage – très difficilement quantifiable – certaines victimes réduisent leur demande d'indemnisation à l'euro symbolique. La dénomination est trop explicite pour que l'on expose trop longuement la portée rétributive de ce genre de mesure. Le problème n'est pas tant ici que les victimes n'accèdent point à la réparation intégrale de leur préjudice. D'une part, cette réparation est potentiellement impossible et, d'autre part, l'aspiration des victimes est davantage punitive

³⁰⁴³ FASQUELLE (D.), « L'existence de fautes lucratives en droit français », *op. cit.*, n° 32, p. 34.

³⁰⁴⁴ CRÉMIEUX (M.), « Réflexions sur la peine privée moderne », *op. cit.*, n° 60, p. 305.

qu'indemnitaire. Quel sentiment pousse les victimes à demander un euro comme dommages et intérêts sinon celui de vouloir la réprobation judiciaire et sociale de l'auteur de leur dommage ?³⁰⁴⁵ C'est parce qu'une souffrance a été subie qu'il est demandé par les victimes à ce qu'une charge morale soit infligée au responsable. On recherche donc plus largement le côté symbolique de la mise en cause de la responsabilité civile extracontractuelle, surpassant la réparation mathématique et rigide des dommages. Dans ces situations, toute forme d'indemnisation pécuniaire détiendrait certes une valeur économique évidente pour les victimes ; elle n'aurait toutefois pas ou peu d'impact sur la réparation la plus nécessaire dans ces cas, la réparation morale. Aussi est-il inutile pour atteindre cet objectif de demander une somme d'argent dont la finalité serait détachée de l'aspiration des victimes. La logique est identique si nous nous plaçons du côté du responsable lui-même.

1324. Le symbolisme du côté du responsable. – L'annulation du gain soutenue par le Pr. FASQUELLE, peut certes passer par l'obligation faite à la personne de verser une lourde somme d'argent. Mais dans certains domaines, cette annulation peut plus facilement passer par la divulgation de la mise en cause de la responsabilité civile. La doctrine s'emploie souvent en effet à relever l'importance de la publication du jugement de condamnation en mettant en évidence toute la dimension morale et prophylactique que peut avoir cette mesure : « *Lorsque les tribunaux condamnent le responsable à faire publier la décision à ses frais, ils entendent faire connaître à un nombre important de personnes que l'attitude de cette personne est condamnable, que quiconque serait tenté d'adopter une telle attitude pourrait être soumis à une condamnation identique* »³⁰⁴⁶.

La réparation importe peu encore ici et les dommages et intérêts qui pourraient être versés n'auraient pas une incidence aussi prégnante que celle que peut avoir la publication du jugement et, plus largement, la réprobation sociale pouvant s'attacher à la seule mise en cause de la responsabilité civile. Que nous envisagions cette mise en cause du côté des victimes ou du côté du responsable, c'est un véritable divorce entre la responsabilité civile et les dommages et intérêts auquel nous assistons en certaines hypothèses.

³⁰⁴⁵ Il est vrai que l'on pourra rétorquer la volonté d'apaiser le conflit. Nous répondrons que cet apaisement, s'il existe ultérieurement, fait tout de même suite à une condamnation voulue et pleinement recherchée par les victimes.

³⁰⁴⁶ COUTANT-LAPALUS (C.), *op. cit.*, n° 476, pp. 404-405. V. également, CARVAL (S.), *La responsabilité civile dans sa fonction de privée*, *op. cit.*, n° 32.

1325. Nouveau divorce entre la responsabilité civile et les dommages et intérêts. – Si la philosophie du XX^{ème} siècle tranche avec celle du XIX^{ème} conduisant les préoccupations à s’orienter davantage vers la réparation systématique des dommages que vers la moralisation des comportements humains, il convient semble-t-il aujourd’hui, en ce XXI^{ème} siècle naissant, de se demander si, finalement, une remise à niveau des fonctions traditionnelles de la responsabilité civile n’a pas lieu et si celle-ci ne tend pas à reproduire ce pour quoi elle est en partie faite, à savoir réprover les atteintes à la morale sociale. Selon Mme S. CARVAL, il y a aujourd’hui « *un décalage considérable entre la représentation abstraite que de nombreux individus se font encore de la responsabilité civile et les résultats concrets que sa mise en œuvre permet d’obtenir en matière de moralisation des comportements* »³⁰⁴⁷. Dans cette perspective et pour certaines situations, il faut rompre alors avec le "tout réparateur" et admettre que les dommages et intérêts n’ont aucune réelle utilité au vu de l’attente des victimes. Ce qu’elles recherchent est moins la compensation mathématique – et hypothétique – de leur dommage que la réponse systématique devant être apportée à la production même de ce dommage ; cette production pouvant elle-même être détachée de toute assise fautive.

2) Relativité de la faute dans la reconnaissance du caractère répressif de la responsabilité civile

1326. Ambivalence de la faute. – Si nous avons vu précédemment que les juges pouvaient prendre officieusement en compte le comportement fautif du débiteur afin d’évaluer le montant des dommages et intérêts³⁰⁴⁸, il convient à présent de ne pas trop exagérer l’importance que peut avoir la faute. Celle-ci ne constitue pas le point d’ancrage systématique du caractère répressif de la responsabilité civile. A titre d’exemple, la position jurisprudentielle prise en matière de protection des droits de la personnalité démontre pleinement le caractère parfois superflu de la faute.

Cette réflexion semble pouvoir être confirmée par le droit des assurances dans lequel la faute semble absoute par un système de garanties. Pourtant, non sans un certain paradoxe, on remarque que la faute refait surface, plus ou moins insidieusement, dans ce domaine des assurances, là même où précisément elle tendrait à s’évaporer.

1327. Droits de la personnalité et révélation du caractère répressif de la responsabilité civile. – Les arrêts des 5 novembre 1996 et 25 février 1997 de la première Chambre civile de

³⁰⁴⁷ CARVAL (S.), *La responsabilité civile dans sa fonction de privée*, op. cit., n° 4.

³⁰⁴⁸ V. *supra*, n° .

la Cour de cassation – consacrant le droit à réparation des atteintes à la vie privée sur le fondement de l'article 9 C. civ.³⁰⁴⁹ – mirent en évidence l'inutilité de la prise en considération du comportement de l'auteur du dommage et, dès lors, de son attitude fautive. Le droit subjectif de chacun au respect de sa vie privée doit être garanti quelle que soit la teneur du comportement de l'agent. Aussi, « [c]e sera en vain que l'auteur de l'atteinte entreprendra d'alléguer qu'il était de bonne foi, que son comportement était exempt de faute »³⁰⁵⁰. Le simple constat de l'atteinte à sa vie privée suffit à la victime pour engager la responsabilité de l'auteur. Sa conduite – même fautive – est sans incidence sur la démonstration de la violation du droit au respect de la vie privée et de l'éclosion du droit à réparation.

A l'image de ce que nous avons pu avancer concernant l'inefficacité du préjudice en matière des droits de la personnalité quant à la reconnaissance du caractère punitif de la responsabilité civile, nous pouvons identiquement conclure à la dimension répressive de cette dernière. En se fondant sur l'article 9 du Code civil et non sur l'article 1382, les juges ne réduisent en aucune façon la rétribution pouvant s'induire de la mise en cause de la responsabilité civile. En acquérant une certaine autonomie, l'engagement de la responsabilité civile en matière de droits de la personnalité s'inscrit dans une pure démarche de systématisation de la réponse indemnitaire. L'automaticité inhérente à l'allègement de la charge de la preuve conduit certes à faciliter l'indemnisation de la victime, mais cela conduit également et surtout à conférer à la responsabilité civile – ainsi aisément mise en cause – une aspiration morale profonde. Proche de la logique kantienne – selon laquelle la rétribution s'inscrit dans un devoir moral de punir la violation d'un droit – l'obligation de réparer le dommage est ici, par le biais de l'article 9 C. civ., bien plus intense que celui perceptible à la lecture de l'article 1382 C. civ., développant ainsi son acception sanctionnatrice. Ainsi, cette obligation ne peut s'abstraire du résultat concret auquel elle conduit, à savoir l'imposition d'un versement de dommages et intérêts qui, du reste, seront le plus souvent exemplaires en cette matière afin d'annuler le gain ayant pu être obtenu par l'auteur du dommage³⁰⁵¹.

³⁰⁴⁹ V. *supra*, n° .

³⁰⁵⁰ ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, p. 304 cité in RAVANAS (J.), « Note sous Civ. 1^{ère} 25 févr. 1997 (Peut-on encore douter de l'autonomie et de la force des droits de la personnalité ?) », *JCP* 1997.II.22873, n° 7.

³⁰⁵¹ En matière de presse, il conviendra par exemple de compenser la vente de très nombreux journaux contenant des propos et photographies violant le droit de chacun au respect de sa vie privée.

1328. Droit des assurances et révélation du caractère répressif de la responsabilité civile. –

Le mécanisme des assurances est traditionnellement présenté comme « *l'ennemi irréductible de la responsabilité personnelle* »³⁰⁵². En souscrivant une assurance de responsabilité civile, l'individu décharge sur un tiers la charge pécuniaire de la mise en cause éventuelle de sa responsabilité. La faute de l'agent est alors absoute et ne possède plus d'incidences particulières sur la teneur de la responsabilité ainsi mise en cause. L'article 113-1, alinéa 1^{er} du Code des assurances consacre en effet la rémission de la personne par la logique de l'assurance en précisant que « *les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur (...)* »³⁰⁵³.

1329. Ce sombre constat envers les assurances de responsabilité civile, partiellement exact, mérite toutefois d'être relativisé. Tout d'abord, outre la prise en charge de la faute de l'assuré par l'assureur, le premier alinéa de l'article L. 113-1 C. assur. fixe également des limites auxquelles peut être confronté l'assuré. La police d'assurances peut en effet exclure formellement certains domaines. Comme l'explique un auteur, « *bien qu'on l'évoque en termes génériques, l'assurance de responsabilité civile n'offre toujours en pratique qu'une couverture partielle de ce risque. Il n'existe pas en effet d'assurance qui garantirait globalement tout type de responsabilité civile encouru par l'assuré* »³⁰⁵⁴ ; un arrêt récent de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 24 juin 2004 confirmant la malléabilité des clauses de garanties³⁰⁵⁵.

Cette logique exclusive des garanties liées à l'assurance participe à la réapparition de la fonction normative de la responsabilité civile qui, par ailleurs, se retrouve de manière explicite à l'alinéa 2 de l'article L. 113-1 C. assur. Selon cette disposition en effet, « *l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou*

³⁰⁵² CRÉMIEUX (M.), « Réflexions sur la peine privée moderne », *op. cit.*, n° 61, p. 305. V. également CARVAL (S.), *op. cit.*, n° 7 : « *Attaquée dans sa périphérie par l'assurance et les responsabilités de plein droit, la responsabilité personnelle se verrait désormais emportée, de l'intérieur, par un irréversible processus d'objectivation* », constituant ainsi un véritable camouflet pour la fonction punitive et réprobatrice de la responsabilité civile.

³⁰⁵³ C'est nous qui soulignons.

³⁰⁵⁴ BRUN (P.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 779.

³⁰⁵⁵ Civ. 2^{ème} 24 juin 2004, *Bull. civ. II*, n° 308. Alors qu'une personne possédait une assurance de responsabilité civile, la Cour de cassation a accepté qu'une compagnie d'assurances rejette le bénéfice de cette police au motif que cette dernière « *excluait les activités soumises à une obligation d'assurance* ». Il s'agissait en l'espèce de la question de savoir si une tondeuse autoportée était considérée comme un véhicule terrestre à moteur imposant par là même la souscription d'une police spécifique. En apportant une réponse affirmative, la Cour de cassation a estimé que la compagnie d'assurances pouvait légitimement écarter le bénéfice de la police à l'auteur du dommage.

dolosive de l'assuré ». Le Code des assurances écarte donc la garantie issue du contrat d'assurances dès lors que l'assuré aurait recherché la réalisation du dommage. La faute retrouve ici toute sa valeur en terme de mise en cause de la responsabilité civile et de reconnaissance de sa dimension répressive.

1330. Cette importance de la faute est enfin, et d'une manière curieuse, confirmée par la prolifération des régimes d'assurances obligatoires imposant une soumission des personnes à un mécanisme de garanties. Pour pallier la réduction du sentiment de responsabilité des personnes couvertes par ces polices, des techniques particulières sont mises en place afin précisément de réprimer les auteurs de fautes. Ainsi, le régime des *bonus-malus* propre aux assurances en matière de circulation automobile tend clairement à pénaliser les écarts de conduite par une élévation de la prime d'assurances (C. assur., art. A. 121-1)³⁰⁵⁶. Bien que circonscrit à un domaine particulier – la circulation automobile – cette technique tend incontestablement à promouvoir le caractère répressif de la responsabilité civile, malgré le filtre salvateur inhérent au droit des assurances. Comme l'exprimait un auteur, il est question par ce système de « *renforcer le sens des responsabilités envers autrui et envers soi-même* »³⁰⁵⁷. Alors qu'une personne est couverte par le mécanisme de l'assurance réduisant ainsi l'impact de la mise en cause de sa responsabilité civile, on réinjecte dans ce régime d'absolution une dimension punitive afin précisément de développer une certaine forme de moralisation ou, du moins, de solidarité dans les rapports humains. Ce sens des responsabilités se trouvant par ailleurs réaffirmé par le mécanisme de réduction des dommages et intérêts de la victime lorsque celle-ci a eu une attitude active dans la survenance de son préjudice.

2°/ Rétribution et punition par la réduction des dommages et intérêts de la victime-auteur du dommage

1331. Force majeure et intervention de la victime. – Si l'intervention de la victime dans la production du dommage rassemble les caractères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité, elle constitue nécessairement un cas de force majeure. A ce titre, cette intervention est une cause d'exonération de responsabilité ou de réduction du degré de responsabilité pour le défendeur à

³⁰⁵⁶ En ce sens, V. STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.) *Obligations*, t. 1, *Responsabilité délictuelle*, op. cit., n° 260 ; CRÉMIEUX (M.), « Réflexions sur la peine privée moderne », op. cit., n° 63.

³⁰⁵⁷ CRÉMIEUX (M.), *ibid.*

l'action (a). Mais, du point de vue de la victime elle-même, la lecture qui peut être faite de son intervention est toute autre ; loin de simplement conduire à une réduction de la charge pesant sur le défendeur, elle s'inscrit directement dans une volonté de punir le demandeur pour sa recherche intentionnelle du dommage (b).

a. Restriction du degré de responsabilité du défendeur du fait de l'intervention de la victime

1332. Importance du lien de causalité pour le défendeur à l'action en responsabilité. –

Nous avons déjà pu préciser que la responsabilité civile repose sur le triptique fait générateur/préjudice/lien de causalité. Si le premier élément est une condition variable³⁰⁵⁸ et ne peut naturellement être systématiquement synonyme de faute, les deux autres composantes en revanche sont constantes³⁰⁵⁹. S'agissant plus spécialement du lien de causalité, deux situations doivent être distinguées. Tout d'abord, si celui-ci n'est pas révélé, on ne saurait conclure au moindre engagement de responsabilité. Ensuite, dans l'hypothèse où la causalité entre le dommage et le fait générateur est partagée entre le défendeur et la victime, c'est un partage de responsabilité qui doit être prononcé.

1333. Rupture du rapport de causalité. – Si le rapport de causalité est totalement rompu entre le dommage et le défendeur, nulle mise en cause de ce dernier ne peut avoir lieu. En effet, « *il est logique que celui à qui l'on impute l'origine d'un dommage puisse échapper à toute obligation de réparer s'il démontre qu'en réalité, ce dommage est dû à une cause étrangère* »³⁰⁶⁰. Cette cause étrangère peut provenir d'un cas fortuit, du fait de la victime ou du fait d'un tiers³⁰⁶¹, tous devant réunir les caractères de la force majeure. Si nous limitons notre propos au fait de la victime, nous remarquons que l'exonération du défendeur de sa responsabilité civile interviendra dès l'instant où il sera établi que le fait de la victime constitue la cause exclusive du dommage.

Récemment réaffirmés par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation par deux arrêts du 14 avril 2006³⁰⁶², les caractères de la force majeure sont l'imprévisibilité et l'irrésistibilité. Il y

³⁰⁵⁸ BRUN (P.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., p. 171.

³⁰⁵⁹ V. toutefois les cas particuliers précédemment énoncés concernant l'inutilité possible du préjudice (*supra* n^{os} *et ss.*).

³⁰⁶⁰ BRUN (P.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n^o 314.

³⁰⁶¹ En ce sens, V. l'article 1349 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations ("rapport CATALA").

³⁰⁶² Ass. plén. 14 avril 2006, arrêts n^{os} 02-11.168 et 04-18.902 ; D. 2006, IR p. 1131, note I. Gallmeister, chron. p. 1566, D. Noguéro et Jurisp. p. 1577, note P. Jourdain ; JCP 2006, act. 194 ; JCP 2006.II.10087, note P. Grosser.

a imprévisibilité si le défendeur ne pouvait en aucune façon présager la survenance du dommage ; l'irrésistibilité quant à elle devant être relevée « *lorsque le défendeur n'avait pas les moyens d'y faire face, c'est-à-dire de faire front à l'obstacle ou de le franchir* »³⁰⁶³. Au vu de ces exigences pour caractériser la force majeure, il importe peu que la victime soit intervenue fautivement ou non dans la production du dommage. Dès l'instant où le défendeur n'a plus aucun lien avec le dommage et que seule la victime a joué un rôle actif dans la survenance de ce dernier, il est naturel que le défendeur ne puisse voir sa responsabilité civile engagée³⁰⁶⁴.

1334. Partage du rapport de causalité. – Si le dommage est le résultat des fautes conjuguées du défendeur et de la victime, la responsabilité civile sera partagée entre ces deux protagonistes. En d'autres termes, la recherche volontaire du dommage par la victime conduit à exonérer partiellement le défendeur de sa responsabilité. On ne saurait lui imputer une part du préjudice subi par le demandeur s'il n'en est pas entièrement l'auteur.

Au-delà de ce partage de la responsabilité, reconnaissons toutefois que la faute de la victime possède une dimension nécessairement punitive pour elle.

b. Puniton de la faute de la victime

1335. Réduction ou privation des dommages et intérêts. – La faute – qu'elle ait (1) ou non (2) une dimension pénale – conserve une position influente en matière de détermination du caractère punitif de la responsabilité civile. Lorsque la victime commet elle-même une faute – que celle-ci entraîne une exonération totale ou partielle de la responsabilité du défendeur – elle souffre d'une réduction du montant de ses dommages et intérêts voire d'une privation de toute indemnisation. Si nous ne ramenons pas ce mécanisme à la dimension punitive de la responsabilité civile, on ne peut raisonnablement comprendre une telle réduction ou une telle privation.

1) Puniton de l'auteur-victime d'une infraction pénale

³⁰⁶³ GROSSER (P.), « Pertinence des critères cumulés pour caractériser la force majeure en matières délictuelle et contractuelle », *JCP* 2006.II.10087.

³⁰⁶⁴ La 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation vient d'obscurcir ce point avec un arrêt du 13 juillet 2006 (*JCP* 2006, act. 428, F. Terré) décidant que le comportement fautif – et exclusif – de la victime ne présentait pas les caractères de la force majeure seule de nature à produire une exonération totale de responsabilité.

1336. Accidents de la circulation. – L'article 4 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation³⁰⁶⁵ dispose que la « *faute commise par le conducteur du véhicule terrestre à moteur a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation des dommages qu'il a subis* ». La généralité du concept de faute peut, de prime abord et au vu de l'importance de cette disposition, nous plonger dans un océan de perplexité. La lecture de la jurisprudence établie sur ce point nous procure toutefois un heureux éclairage : la faute au sens de l'article 4 de la loi de 1985 doit être entendue en effet comme une faute de nature pénale. Dans un arrêt du 13 octobre 2005, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation confirme sa position en cette matière³⁰⁶⁶. La Cour régulatrice a décidé que la victime qui conduisait son véhicule sous l'emprise d'un état alcoolique et de stupéfiants a commis une faute en relation avec son dommage et doit, du fait même de cette faute, être exclue de son droit à réparation. Les juges se fondent donc sur une attitude pénalement répréhensible – en l'espèce, l'article L. 235-1 C. route – même s'ils prennent garde de ne pas caractériser de manière explicite l'infraction pénale ainsi constituée. S'il est vrai que les juges se bornent, sans aucune précision particulière, à constater qu'un comportement fautif de la victime est à la base du préjudice subi par elle et que cette faute peut être à l'origine soit d'une limitation, soit d'une exclusion totale de son indemnisation, force est de reconnaître que la dimension pénale de cette faute apparaît comme une justification indéniable de la sévérité entretenue à l'encontre du conducteur-victime. Aussi peut-on « *envisager la réduction ou l'exclusion du droit à réparation du conducteur victime comme une déchéance, une sanction dont la mesure dépendrait moins du rôle causal de la faute que de sa gravité et du degré de réprobation sociale qu'elle induit* »³⁰⁶⁷. La nature pénale de la faute devient ainsi un élément déterminant pour la teneur voire l'existence même de l'indemnisation de la victime³⁰⁶⁸.

³⁰⁶⁵ JO du 6 juillet 1985, p. 7585.

³⁰⁶⁶ Civ. 2^{ème} 13 oct. 2005, D. 2005, IR p. 2630, note J. Daleau ; JCP 2005.IV.3389 ; JCP 2006.II.10004, note G. Kessler ; JCP 2006.I.111, n° 11, chron. Ph. Stoffel-Munck. V. également Civ. 2^{ème} 4 juill. 2002, Bull. civ. II, n° 151 ; D. 2003, Jurisp. p. 859, note H. Groutel ; RTD civ. 2002, p. 829, obs. P. Jourdain ; Gaz. Pal. 23-25 févr. 2003, p. 30, obs. F. Chabas – Civ. 2^{ème} 10 mars 2004, Bull. civ. II, n° 96 ; D. 2004, IR p. 1069. Contra, V. Civ. 2^{ème} 27 sept. 2001, Resp. civ. et ass. 2001, comm. 260.

³⁰⁶⁷ BRUN (P.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 857.

³⁰⁶⁸ Au-delà de la conduite sous l'influence de l'alcool, d'autres infractions pénales peuvent être à l'origine d'une limitation ou d'une exclusion de l'indemnisation. Il en est ainsi par exemple de l'excès de vitesse prévu à l'article R. 413-14 C. route (Civ. 2^{ème} 5 oct. 1994, Bull. civ. II, n° 187 – Civ. 2^{ème} 16 nov. 1994, Bull. civ. II, n° 228 ; RTD civ. 1995, p. 385, obs. P. Jourdain – Civ. 2^{ème} 11 juill. 2002, Bull. civ. II, n° 159 ; D. 2003, p. 859, note H. Groutel – Civ. 22 janv. 2004, Bull. civ. II, n° 11), du non-port de la ceinture de sécurité pour un automobiliste prévu par l'article R. 412-1 C. route (Civ. 2^{ème} 15 mai 1992, Bull. civ. II, n° 140), du non-port du casque pour un cyclomotoriste prévu à l'article R. 431-1 C. route (Civ. 2^{ème} 16 oct. 1991, Bull. civ. II, n° 252 ; D.

1337. Un droit à réparation "en négatif". – On recherche, par un renversement du processus d'indemnisation, la punition de l'auteur d'une infraction pénale. Indépendamment de sa condamnation devant les juridictions répressives, le conducteur-victime peut souffrir d'une réduction ou d'une disparition de son droit à réparation. C'est parce qu'il a commis une infraction pénale que ce droit doit être atteint en fonction de la gravité de son acte. L'indemnisation joue alors le rôle inverse de celui qui lui est originellement confié. C'est son absence ou sa limitation qui détermineront le degré de culpabilité du conducteur et le degré de sévérité de la punition. De manière singulière, le droit à réparation a ici, "négativement", une fonction répressive. Sans considération de la perspective tendant à réprimer l'auteur d'une infraction pénale, on ne peut en effet saisir la rationalité d'un tel mécanisme conduisant à entraver le droit à réparation d'une personne qui demeure, malgré tout, victime d'un dommage. Ce point est d'ailleurs confirmé par le fait que les juges doivent apprécier la faute du conducteur-victime en faisant abstraction du comportement d'un éventuel autre conducteur³⁰⁶⁹. Cela démontre parfaitement le fait selon lequel ce qui importe ici est seulement la gravité de la faute du conducteur-victime, c'est-à-dire de l'auteur d'une infraction pénale.

En l'absence de toute commission d'une infraction pénale, un rejet ou une réduction de l'indemnisation peut encore avoir lieu dès lors que la victime concourt par sa (simple) faute à son propre dommage.

2) Punition du concours de la victime à son propre dommage

1338. La punition du concours de la victime à la réalisation ou à l'aggravation de son propre dommage relève de deux situations particulières. D'une part, la répression de la victime d'une infraction pénale – *via* une réduction ou une exclusion de l'indemnisation – intervient lorsque l'attitude fautive de cette dernière a un rapport causal avec son dommage. D'autre part, en l'absence d'infraction pénale, une atteinte au droit à réparation de la victime doit également avoir lieu lorsque celle-ci a recherché volontairement son dommage. Nous rejoignons dans

1992, *Somm.* p. 275, obs. J.-L. Aubert), du manquement aux dispositions relatives au sens de circulation établies aux articles R. 412-26 et ss. C. route (Civ. 2^{ème} 20 juin 2002, *Bull. civ. II*, n° 137) ou encore du non respect des feux de signalisation lumineux prévu notamment à l'article R. 412-31 C. route (Civ. 2^{ème} 15 nov. 2001, *Bull. civ. II*, n° 164 ; *D.* 2001, IR p. 3588).

³⁰⁶⁹ Civ. 2^{ème} 14 nov. 2002, *Bull. civ. II*, n° 251 ; *D.* 2002, IR p. 3245 ; *Dr. et patr.* févr. 2003, p. 104, obs. F. Chabas – *Crim.* 31 mai 2005, *Bull. crim.* n° 164 – Civ. 2^{ème} 13 oct. 2005, *op. cit.*

cette dernière hypothèse le cas de l'attitude de la victime qualifiée d'évènement de force majeure pour le défendeur à l'action en responsabilité³⁰⁷⁰.

1339. Victime d'une infraction pénale. – Les articles 706-3 et 706-14 du Code de procédure pénale posent le principe de la réparation des préjudices subis par la victime d'une infraction pénale manifestée par une atteinte à la personne ou aux biens³⁰⁷¹. L'examen des demandes d'indemnisation est confié aux commissions d'indemnisation des victimes d'infractions (C.I.V.I.) présentes dans le ressort de chaque tribunal de grande instance. S'il est vrai que certaines conditions doivent être réunies pour donner pleine effectivité à ce principe, le dernier alinéa de l'article 706-3, loin de simplement poser une condition supplémentaire, précise que la « *réparation peut être refusée ou son montant réduit à raison de la faute de la victime* »³⁰⁷².

C'est bien encore une perspective punitive qui guide ce mécanisme de réduction ou d'exclusion de l'indemnisation de la victime. Comme l'explique un auteur, « *pour tirer les conséquences juridiques du comportement de la victime, la CIVI va considérer le degré de sa participation à la situation illicite qui est à l'origine du dommage* »³⁰⁷³. Le terme de *participation* ne doit pas être ici entendu dans sa stricte acception pénale ; en effet, il importe peu – contrairement à ce que nous avons laissé entendre en matière d'accidents de la circulation – que la victime ait commis une infraction pénale³⁰⁷⁴. Sa "participation" ou son "association" à l'infraction peut prendre les traits d'une provocation³⁰⁷⁵ ou d'une imprudence exempte de toute connotation pénale et traduite le plus souvent par une acceptation consciente des risques³⁰⁷⁶.

1340. Quelle que soit la manifestation de la faute de la victime, l'importance est la révélation d'un lien de causalité entre ce comportement fautif et l'infraction pénale, source de dommage.

³⁰⁷⁰ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

³⁰⁷¹ Pour une application de l'article 706-3 C. pr. pén. en cas de simple tentative, V. Civ. 2^{ème} 29 mars 2006, D. 2006, IR p. 1130 (tentative d'agression sexuelle).

³⁰⁷² Dans la mesure où la faute ne se présume pas, c'est au "fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions", organisme payeur, qui doit la prouver.

³⁰⁷³ SCHNEIDER (A.), « La faute de la victime devant la CIVI », D. 2003, chron. p. 1187, n° 13.

³⁰⁷⁴ La circulaire du 27 décembre 1990 précise d'ailleurs que la faute de la victime et son impact sur la teneur de l'indemnisation doivent s'apprécier conformément aux principes généraux du droit civil.

³⁰⁷⁵ V. par exemple, Civ. 2^{ème} 25 mai 1994, pourvoi n° 92-16.650 (inédit).

³⁰⁷⁶ Civ. 2^{ème} 4 juill. 2002, *Bull. civ. II*, n° 155 ; D. 2002, IR p. 2718 ; *Dr. pén.* 2002, comm. 115, obs. A. Maron (acceptation d'une altercation dans un café). Sur la théorie de l'acceptation des risques, V. MILLET (F.), « L'acceptation des risques réhabilitée ? Une application aux responsabilités du fait d'autrui », D. 2005, p. 2830.

Ainsi, la Cour de cassation vérifie si la faute de la victime a « *concouru, au moins en partie, à la réalisation du dommage* »³⁰⁷⁷. Peu importe que la faute ne soit pas exclusive dans la production du dommage, il suffit qu'elle soit causale³⁰⁷⁸. En d'autres termes, il est nécessaire qu'elle ait contribué à la réalisation du préjudice subi *in fine* par la victime. On ne doit s'interroger que sur l'intensité du rapport existant entre le comportement de la victime et son dommage et réduire ou rejeter conséquemment l'indemnisation. Ce résultat défavorable pour la victime se présentant alors comme une punition de son irrespect envers la solidarité nationale, garante de l'indemnisation des victimes d'infractions³⁰⁷⁹. Cette solidarité doit être mise en œuvre dans des situations pleinement légitimes et méritant dès lors l'attention de la collectivité ; elle ne peut intervenir en cas d'attitude incitative ou hasardeuse de la victime, sous peine d'altérer l'ensemble du mécanisme indemnitaire.

Le caractère punitif se trouve par ailleurs renforcé par un autre élément ; comme nous l'avons précisé s'agissant des accidents de la circulation routière et de l'indifférence que les juges doivent avoir vis-à-vis du comportement de l'autre conducteur, le mécanisme de l'article 706-3, et notamment l'affaiblissement possible de la réparation, trouvent à s'appliquer que l'on ait pu ou non poursuivre et condamner effectivement l'auteur des faits³⁰⁸⁰. Puisque le texte ne dispose que de « *faits volontaires ou non qui présentent le caractère matériel d'une infraction* », nous sommes tentés de conclure que le dispositif tendant à réduire ou exclure l'indemnisation s'inscrit dans la seule prise en considération du comportement – négligent, risqué ou provocateur – de la victime, indépendamment de la culpabilité de l'auteur.

1341. Recherche volontaire du dommage par la victime. – Si nous occultons tout lien avec une infraction pénale, est-il encore possible de croire en une limitation de l'indemnisation ? Une réponse affirmative vient d'être donnée de manière emblématique par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Dans l'un de ses deux arrêts précités du 14 avril 2006, la Haute juridiction réaffirme clairement le principe selon lequel l'action volontaire de la victime et la recherche intentionnelle du dommage conduit à une restriction ou à un rejet de

³⁰⁷⁷ Civ. 2^{ème} 22 juin 1994, *Bull. civ. II*, n° 169 ; *D.* 1994, IR p. 189.

³⁰⁷⁸ Civ. 2^{ème} 20 oct. 2005, n° 04-17507 (inédit).

³⁰⁷⁹ En ce sens, V. SCHNEIDER (A.), *op. cit.*, spéc. p. 1189, n° 25 ; BRUN (P.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 1000, p. 508.

³⁰⁸⁰ Civ. 2^{ème} 30 nov. 2000, *Bull. civ. II*, n° 161 ; *D.* 2001, Jurisp. p. 1979, note A. Schneider ; *Resp. civ. et ass.* 2001, comm. 42, note H. Groutel (indifférence d'une cause de non-imputabilité). V. également l'article 706-7 C. pr. pén. qui précise que « [l]orsque des poursuites pénales ont été engagées, le décision de la commission peut intervenir avant qu'il ait été statué sur l'action publique ».

l'indemnisation³⁰⁸¹. Il s'agissait en l'espèce d'un suicide réalisé sur les voies de la RATP. La Cour de cassation a décidé d'exonérer cette dernière par la révélation d'un cas de force majeure manifesté par le passage à l'acte volontaire de la victime. Parallèlement, l'Assemblée plénière refusa, du fait de cette volonté, d'indemniser les victimes par ricochet. Les juges se fondent donc expressément sur l'attitude exclusive de la victime dans la production de son dommage et sanctionne sa faute intentionnelle par une atteinte au droit à réparation de ses proches : « [l]a lecture de la décision donne ainsi l'impression que les juges ont davantage voulu "punir" la victime en la privant de toute indemnisation (sic) en raison de la gravité de la faute commise (...) qu'exonérer un défendeur dont l'attitude aurait été irréprochable »³⁰⁸².

1342. Ici encore, par l'utilisation *a contrario* qui peut en être faite, le droit à réparation joue le rôle de sanction de la victime qui aurait recherché volontairement son dommage. La tendance est donc à la mise en évidence, pour ce type de victimes, d'une responsabilité envers elles-mêmes³⁰⁸³. Ce point est par ailleurs conforté par l'avant-projet de réforme du droit des obligations établi par la Commission CATALA. En précisant que la « victime est privée de toute réparation lorsqu'elle a recherché volontairement le dommage », l'article 1350 de cet avant-projet insiste clairement d'une part sur le rôle exclusif que peut avoir cette dernière sur la pertinence de son statut de victime et, d'autre part, sur la volonté de punir son comportement dans la recherche et la réalisation d'un résultat dommageable pour elle. On rejoint ici le souci de répartir équitablement l'imputation des torts.

Ce concept de *répartition*, s'il est incontournable pour établir une juste punition des protagonistes en cas de dommage, est également un élément important à prendre en considération dans la mise en évidence des moyens punitifs devant être mis en œuvre.

1343. Vers la recherche d'une juste répartition des moyens de punition. – Au vu du constat selon lequel la responsabilité civile possède – et possèdera plus intensément encore – une dimension punitive, il convient maintenant de se demander quel lien peut entretenir cette forme singulière de répression face à la traduction originelle du droit de punir, à savoir le droit pénal. Est-il même possible de présager la création d'un lien entre ces deux droits ? N'y

³⁰⁸¹ Ass. plén. 14 avril 2006 (arrêt n° 04-18.902), *op. cit.* V. également Ass. plén. 9 mai 1984, *Bull. Ass. plén.*, n° 2 ; *D.* 1984, *Jurisp.* p. 525, concl. J. Cabannes, note F. Chabas ; *JCP* 1984.II.20256, note P. Jourdain ; *Defrénois* 1984, p. 557, note R. Legeais – Civ. 2^{ème} 19 févr. 2004, *Bull. civ. II*, n° 75.

³⁰⁸² GROSSER (P.), « Pertinence des critères cumulés pour caractériser la force majeure en matières délictuelle et contractuelle », *op. cit.*

³⁰⁸³ Sur ce point, V. spéc. SCHNEIDER (A.), *op. cit.*

aurait-il pas plutôt exclusion de l'un par l'autre pour réprimer un comportement déterminé ? En d'autres termes, est-il illusoire de croire aujourd'hui en une répartition des moyens punitifs de natures civile et pénale, c'est-à-dire en une alternance *réelle* entre le droit civil et le droit pénal dans la manifestation du droit de punir ?

§ 2. – Alternance du droit civil et du droit pénal dans l'expression du droit de punir

1344. *Immanence du droit de punir et du droit civil.* – A ce stade de notre analyse, il nous est possible d'affirmer que le droit de punir est devenu une réalité pour le droit civil, que l'on se place dans le champ contractuel ou extracontractuel. Par le décalage existant originellement entre ces deux concepts, pouvons-nous pour autant avancer le fait que le droit de punir constitue une excroissance du droit civil ? Au vu de la qualité de certaines sanctions, c'est-à-dire de leur dimension rétributive – comme par exemple la résolution ou la responsabilité contractuelle – la réponse ne peut qu'être négative.

Ainsi, à l'heure actuelle, il semble bien que nous soyons confrontés à un véritable principe tenant à une possible répartition entre le droit civil et le droit pénal dans la manifestation du droit de punir. Cette répartition apparaît en effet comme une hypothèse pleinement envisageable dans la mesure où des dispositions législatives semblent confirmer la faisabilité et la pertinence de ce principe (A). Une fois ce principe posé, il resterait à énoncer un critère permettant de déterminer la logique de cette possible répartition.

La distribution des contentieux qui se mettrait en place entre le droit pénal et le droit civil serait, semble-t-il, fondée sur un critère tendant à réaffirmer la fonction traditionnelle du droit pénal. Sur ce point, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – favorable d'ailleurs à la mise en œuvre d'une certaine forme de partage pour l'établissement d'une punition – est d'une importance capitale dans la compréhension de ce processus de répartition mais également dans la restauration du droit pénal qui peut en résulter (B).

A. – Le principe d'une juste répartition entre le droit civil et le droit pénal confirmé par des dispositions législatives

1345. Que l'on se place du point de vue du droit positif (1°) ou du droit prospectif (2°), des modifications législatives sont à même de développer cette juste répartition entre le droit civil et le droit pénal dans la manifestation du droit de punir.

1°/ Eléments de droit positif

1346. Droit de la concurrence déloyale. – L’ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945 relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique a démontré la difficulté de faire du droit pénal « *un instrument privilégié* » pour garantir le redressement et la stabilité de l’économie³⁰⁸⁴. L’ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence – même si le droit pénal reste présent pour une partie de cette forme de délinquance³⁰⁸⁵ – est à juste titre analysée comme l’expression de l’inadaptation du droit pénal en ce domaine. Comme le souligne le Doyen DECOCQ, l’ordonnance de 1986 est, comme son nom l’indique, « *une loi relative à la liberté de la concurrence, dont le caractère dominant n’était pas pénale* »³⁰⁸⁶. La volonté de se départir du dirigisme étatique et d’insuffler un large esprit libéral au domaine économique n’était pas étrangère à la mise à l’écart de certaines incriminations pénales en droit de la concurrence. L’article 36 de cette ordonnance relatif à la transparence et aux pratiques restrictives a en effet dépenalisé trois comportements, à savoir le refus de vente, les pratiques discriminatoires et les ventes subordonnées entre professionnels. Ces pratiques devinrent des délits civils susceptibles d’engager la responsabilité de leur auteur, qu’il soit « *producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* ».

Cette disposition, devenu l’article L. 442-6 du Code de commerce, a été modifiée à plusieurs reprises par les lois du 1^{er} juillet 1996, du 15 mai 2001 (dite loi NRE) et du 2 août 2005. Si une prohibition – le refus de vente – fut supprimée, les dispositions législatives ont eu le plus souvent tendance à élargir le champ d’application de l’article L. 442-6. Cet élargissement ne s’est toutefois pas accompagné d’un retour du droit pénal en ce domaine précis du droit de la concurrence.

1347. Pénalisation ou civilisation du droit de la concurrence déloyale. – Faisant état de l’évolution de l’article L. 442-6 C. com., le Pr. W. JEANDIDIER estime qu’une « *pénalisation rampante* » commence à se faire jour³⁰⁸⁷. Sauf à détourner le concept de son acception

³⁰⁸⁴ Sur ce point, V. JEANDIDIER (W.), *Droit pénal des affaires*, op. cit., n° 49, p. 66 ; GARRON (F.), « La coexistence des procédures dans le domaine du droit répressif », *RRJ* 2000, p. 1685 et s.

³⁰⁸⁵ C. com., art. L. 420-6 relatif à l’action frauduleuse d’une personne physique dans les pratiques anti-concurrentielles ; C. pén., art. 432-14 relatif au délit de favoritisme.

³⁰⁸⁶ DECOCQ (A.), « La dépenalisation du droit de la concurrence », *op. cit.*, p. 94.

³⁰⁸⁷ JEANDIDIER (W.), *Droit pénal des affaires*, op. cit., n° 374. V. également DELMAS-MARTY (M.), *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., pp. 284-285 qui estime que toute rupture avec le droit pénal n’est pas parfaitement établie au lendemain de l’ordonnance du 1^{er} décembre 1986. V. notamment la citation de J. AZÉMA

première, on ne peut selon nous envisager l'évolution du droit de la concurrence déloyale et des pratiques restrictives comme une forme de pénalisation. Si nous percevons parfaitement le raisonnement guidant l'utilisation d'un tel terme – en ce sens que l'article L. 442-6 poursuit une logique proche de celle utilisée par le droit pénal lui-même – nous pensons au contraire qu'il s'agit dans cette situation d'un pur processus de "civilisation" de la matière. Mais, si civilisation il y a, force est de reconnaître que c'est la dimension répressive du droit civil, telle que nous venons de l'exposer, qui est consacrée et mise en œuvre au sein de l'article L. 442-6 C. com.

1348. Mise en évidence de la fonction répressive de la responsabilité civile au sein du droit des pratiques restrictives. – Au regard de la faiblesse voire de l'inopportunité d'une intervention pénale en cette matière, la mise en place au sein même du droit des pratiques restrictives de techniques permettant d'imposer le respect des règles était devenue inéluctable. La responsabilité civile apparaît comme l'un des moyens de parvenir le plus efficacement à assurer le maintien d'une réelle concurrence et à garantir ce que l'on peut aujourd'hui dénommer l'ordre public concurrentiel³⁰⁸⁸. Même si le recours à la responsabilité civile apparaît à l'heure actuelle encore sous-utilisé, il est possible toutefois d'affirmer que « [c]orrélé, le cas échéant, au prononcé de la nullité, l'octroi de dommages-intérêts assure, bien mieux que les sanctions pénales et pécuniaires, la sauvegarde des intérêts subjectifs »³⁰⁸⁹. Compte tenu du rôle central conféré aux victimes dans la dénonciation des pratiques restrictives et la mise en cause de la responsabilité de leur auteur³⁰⁹⁰, il est clair que le processus d'indemnisation de droit commun doit être favorisé³⁰⁹¹. D'ailleurs, la possible évolution de l'allocation des dommages et intérêts dans un sens punitif permettrait de

(*ibid.*, p. 285).

³⁰⁸⁸ Pour une utilisation de ce concept, V. Com. 4 déc. 2001, *Bull. civ. IV*, n° 193 ; BOY (L.), « Les pouvoirs de régulation de l'Autorité de régulation des télécommunications », Mission de recherche Droit et Justice, juillet 2000 ; LUCAS DE LEYSSAC (C.), « Rapport de synthèse » in *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, colloque du 29 avril 2004-Paris I, *Petites affiches*, 20 janv. 2005, n° 14, spéc. pp. 70 et 71 ; CHAGNY (M.), « La notion de dommages et intérêts punitifs (...) », *op. cit.*, spéc. n°s 14 et 17.

³⁰⁸⁹ CHAGNY (M.), *op. cit.*, n° 14. V. également DECOCQ (A.), « La dépénalisation du droit de la concurrence », *op. cit.*, p. 103.

³⁰⁹⁰ Nous entendons ici le terme de "victime" de manière relativement étroite et comprenant les entreprises victimes d'une concurrence déloyale. Notons toutefois que l'article L. 442-6 III C. com. estime que l'action en responsabilité peut être introduite « par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président du Conseil de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique [restrictive] ».

³⁰⁹¹ Certains auteurs estiment toutefois que le droit de la concurrence déroge au droit commun de la responsabilité délictuelle et instaure au contraire un régime spécial de responsabilité civile ; en ce sens, V. DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *Droit de la concurrence interne et communautaire*, *op. cit.*, n°s 367-368 ; DELMAS-MARTY (M.), *Les grands systèmes de politique criminelle*, *op. cit.*, pp. 284-285.

confirmer la place exclusive que devrait jouer la responsabilité civile dans la répression des pratiques restrictives. Dans la mesure où le dommage concurrentiel réparable n'est pas aisément déterminable, la responsabilité civile dans sa fonction de peine privée semble prédisposée à devenir la mesure sanctionnatrice des pratiques restrictives ; la liberté d'appréciation des juges civils et commerciaux garantissant en effet la possibilité de prononcer des dommages et intérêts punitifs.

1349. Amplification du mouvement. – On le voit, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a enclenché, au sein même du droit de la concurrence, un mouvement tendant à favoriser une possible répartition de la répression des différents contentieux entre le droit civil et le droit pénal. Si, à la lecture de l'article L. 442-6 C. com., la responsabilité civile n'est qu'une modalité de sanction du droit des pratiques restrictives – à côté de la nullité et de l'amende civile –, il demeure que l'insertion en droit français des dommages et intérêts punitifs tendrait à amplifier la possible répartition entre les droits civil et pénal. Certains auteurs cachent d'ailleurs difficilement leur engouement pour un développement du droit français de la réparation dans un sens punitif afin de l'« adapter aux impératifs modernes »³⁰⁹² et notamment aux exigences et prohibitions d'ordre économique. Cela fait vingt ans que le droit pénal ne possède plus l'emprise punitive exclusive sur le droit de la concurrence. Puisse cet anniversaire encourager le législateur à appuyer son geste en faveur d'une émancipation encore plus large du droit civil en matière répressive.

Mais, au-delà même du droit de la concurrence, ne pouvons-nous pas relever un certain nombre de contentieux qui pourraient, *mutatis mutandis*, favoriser davantage le droit civil répressif et rompre avec une utilisation obstinée et irraisonnée du droit pénal ?

2°/ Eléments de droit prospectif

1350. "Réapparition" des autorités administratives indépendantes. – Comme nous venons de le voir, le droit de la responsabilité civile peut suffire dans certaines hypothèses du droit de la concurrence dans lequel, par ailleurs, se développent des sanctions pécuniaires prononcées par une autorité administrative indépendante, le Conseil de la concurrence. La progression de cette autorité manifestait déjà le débordement possible de la répression en dehors du droit

³⁰⁹² LUCAS DE LEYSSAC (C.), « Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 71.

pénal. Désormais, au vu de l'aspiration punitive éventuelle du droit civil, ce débordement apparaît de plus en plus intense.

Les autorités administratives indépendantes apparaîtraient-elles alors comme un élément déclencheur de la mise en évidence de l'évacuation de certaines parcelles punitives du joug du droit pénal et de leur épanouissement au sein notamment du droit civil ? Cela est fort possible, de sorte qu'en dehors du droit de la concurrence, la réflexion peut s'alimenter au regard notamment du respect de la vie privée en lien avec les traitements informatiques et du respect de la dignité humaine et de la lutte contre les discriminations ; ces deux domaines étant, comme le droit de la concurrence, sanctionnés par l'intermédiaire du droit pénal et d'une autorité administrative indépendante, la C.N.I.L. et la H.A.L.D.E. Se pourrait-il alors que la responsabilité civile trouve le même essor en ces domaines jusqu'à se substituer au droit pénal ? En d'autres termes, nous est-il possible d'une part de relever la suffisance du droit civil dans l'expression du droit de punir dans ce type de contentieux et, d'autre part, d'établir une nouvelle répartition entre le droit pénal et le droit civil ?

1351. Respect de la vie privée et traitements de données à caractère personnel. – Les articles 226-16 et suivants et R. 625-10 et suivants du Code pénal répriment les atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques ou de données à caractère personnel. Il est vrai que la protection des personnes à l'égard de tels traitements suit depuis quelques années une logique de pénalisation, sans que la doctrine ne soit par ailleurs encline à soutenir une telle tendance³⁰⁹³. Rien ne semblait en effet prédisposer ce contentieux au ressort du droit pénal. La directive européenne n° 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données demeurait volontairement imprécise sur la nature des sanctions devant être mises en œuvre pour assurer le respect de ces dispositions. Aussi eût-il été permis de développer davantage les sanctions pouvant être prononcées par la C.N.I.L. ainsi que la mise en cause de la responsabilité civile du gestionnaire du traitement. On remarque ici une très forte similitude avec les droits de la personnalité. Les incriminations prévues par le Code pénal restent assez techniques et la révélation d'un résultat ne semble pas constamment recherchée³⁰⁹⁴. Si nous transposons cette

³⁰⁹³ LEPAGE (A.), « Réflexions de droit pénal sur la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel », *op. cit.*

³⁰⁹⁴ Il en est ainsi par exemple de la mise en place d'un traitement sans respecter les formalités administratives (C. pén., art. 226-16), de la conservation des données au-delà du délai légal (C. pén., art. 226-20) ou du manque

réflexion dans le domaine civil, cela signifie qu'un préjudice n'est pas nécessairement exigé³⁰⁹⁵, ce qui n'empêche pas, nous l'avons vu, de révéler une possible dimension punitive au profit de la responsabilité civile³⁰⁹⁶.

1352. Respect de la dignité humaine et discriminations. – La loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances³⁰⁹⁷ a permis à la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (H.A.L.D.E.) de se doter d'un semi-pouvoir de sanction³⁰⁹⁸. L'article 41 de ladite loi inclut trois nouveaux articles au sein de la loi du 30 décembre 2004 portant création de la H.A.L.D.E. ; il s'agit des articles 11-1, 11-2 et 11-3 qui précisent le mécanisme transactionnel que peut mettre en œuvre cette autorité. Outre le versement d'une "amende transactionnelle", la Haute autorité peut décider de l'indemnisation de la victime. Le décret n° 2006-641 du 1^{er} juin 2006³⁰⁹⁹ vient par ailleurs souligner, par l'insertion d'un nouvel article D. 1-1 dans le Code de procédure pénale, que la « *proposition de transaction précise (...) le montant des dommages et intérêts dus à la victime* » ; victime qui peut, en cas de défaillance de l'auteur des faits, mettre en œuvre la procédure de l'injonction de payer, conformément aux règles prévues par le nouveau Code de procédure civile (C. pr. pén., art. D. 1-1 IV).

Le fait est cependant que le préjudice que subit la victime d'une discrimination est le plus souvent moral, de sorte que la H.A.L.D.E. jouit d'une liberté d'appréciation quant à l'importance de ce dommage et, par voie de conséquence, quant à l'évaluation de l'indemnisation. On peut donc supposer que le mécanisme transactionnel, s'il se trouve complété par l'allocation de dommages et intérêts, acquière implicitement par cette mesure une dimension répressive ; le versement d'un montant élevé – envisageable en l'absence de critères précis de détermination de l'importance du préjudice subi – sera révélateur de la

d'information délivrée (C. pén., art. R. 625-10).

³⁰⁹⁵ Cela est caractérisé notamment par l'article 226-22 C. pén. qui réprime le fait de traiter des données à caractère personnel dont la divulgation aurait pour effet de porter atteinte à la considération de l'intéressé ou à l'intimité de sa vie privée et de divulguer ces informations à un tiers sans l'autorisation de la personne elle-même.

³⁰⁹⁶ V. *supra*, n^{os} *et ss.*

³⁰⁹⁷ *JO* du 2 avril 2006, p. 4950.

³⁰⁹⁸ V. *supra*, n^o.

³⁰⁹⁹ Décret n° 2006-641 du 1^{er} juin 2006 modifiant le Code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif aux transactions proposées par la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *JO* du 2 juin 2006, p. 8335.

présence de dommages et intérêts punitifs, caractéristiques de la dimension répressive de la responsabilité civile.

1353. Vers une nouvelle répartition des contentieux. – Il est donc possible, au vu de ce dernier mécanisme, de croire en une nouvelle répartition possible du contentieux de la discrimination. Déjà, on le voit, le droit pénal se trouve quelque peu supplanté par l'importance accordée au pouvoir de transaction conféré à la H.A.L.D.E.³¹⁰⁰. Pourquoi n'irions-nous pas plus loin dans le raisonnement et considérer que l'indemnisation, prévue au sein même de cette transaction, détient ouvertement une dimension punitive ? Certes, nous sommes ici dans un domaine où le respect de la personne humaine constitue le maître mot, conduisant le législateur, de manière instinctive, à privilégier le droit pénal dans la lutte contre ce genre d'agissements. Pourtant, si nous admettons de conférer à la responsabilité civile et à l'allocation de dommages-intérêts une dimension expressément répressive, n'est-il pas envisageable d'écarter le droit pénal ? N'y a-t-il pas en effet un impact plus symbolique et plus efficient à ce que soit directement versée une indemnisation d'un montant élevé à la victime plutôt que de prévoir le prononcé d'une amende (pénale ou transactionnelle) au profit du Trésor public ? Le droit de punir, dans son acception la plus large, a tout à gagner en terme de retentissement de cette nouvelle répartition qui s'avère plus rationnelle et plus adaptée aux aspirations sociales.

Si l'objectif des articles 225-1 et suivants du Code pénal est de sauvegarder la dignité de la personne humaine, est-il réellement incongru de vouloir développer une mesure punitive – la responsabilité civile – qui, précisément, aurait pour avantage de procurer à cette personne une réponse – tant matérielle que symbolique – à l'atteinte qui lui fut portée ? Comme le souligne le Doyen DECOCQ, « [l]'élaboration d'un tel système de sanctions, qui garantit la meilleure effectivité des règles qu'il s'agit de faire respecter, constitue assurément un progrès par rapport à l'arme de la peine classique, qui était, dans ce domaine comme dans bien d'autres, une réaction primaire »³¹⁰¹. Pour procurer au droit de punir toute la vitalité et la richesse qui doivent être les siennes, il est nécessaire aujourd'hui d'admettre que le droit pénal peut ne plus être la réponse punitive systématique et que le droit civil peut suffire à la mise en œuvre effective et efficace du droit de punir. S'il peut paraître rebutant d'énoncer une telle

³¹⁰⁰ Notons également son pouvoir de dénonciation qui révèle également un rôle actif dans le processus de répression.

³¹⁰¹ DECOCQ (A.), « La dépenalisation du droit de la concurrence », *op. cit.*, p. 103.

possibilité en matière de discriminations et de dignité de la personne humaine, force est de constater toutefois que la Cour européenne des droits de l'homme semble être allée au-delà même de ces valeurs, estimant que le droit civil peut être suffisant pour protéger une "parcelle de vie".

B. – Le critère d'une juste répartition éclairé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

1354. De la contradiction à la complémentarité des arrêts de la Cour EDH. – La Cour européenne des droits de l'homme, au-delà de la simple réitération de la possible distribution du droit de punir entre les droits civil et pénal, met en évidence le critère de cette répartition. La confrontation du droit civil et du droit pénal dans la mise en œuvre du droit de punir apparaît, en filigrane, à travers deux arrêts de la Cour de Strasbourg dans lesquels l'Etat français était défendeur : l'arrêt *Vo* du 8 juillet 2004³¹⁰² et l'arrêt *Siliadin* du 26 juillet 2005³¹⁰³. Alors que le premier arrêt rejette la condamnation de la France sur le fondement de l'article 2 Conv. EDH³¹⁰⁴ et déclare qu'une sanction civile peut être suffisante dans la protection d'un droit conventionnellement reconnu, le second en revanche condamne l'Etat français sur la base de l'article 4 Conv. EDH estimant que les dispositions pénales en matière d'esclavage "domestique" ou "moderne" sont insuffisamment répressives.

On le voit, la Cour européenne des droits de l'homme a, par ces deux arrêts et en une année, effectué un virage à 180 degrés en matière de répartition des sanctions civile et pénale, affirmant ici la probable valeur répressive de la première, reconnaissant là le caractère incontournable, voir primordial, de la seconde. Mais si ces arrêts apparaissent de prime abord éloignés, voire contradictoires, leur analyse comparée les intègre toutefois dans une dynamique commune tenant d'une part à l'établissement (1°) et, d'autre part, à la confirmation (2°) du droit pénal comme critère d'une juste répartition du droit de punir.

³¹⁰² Requête n° 53924/00 ; *D.* 2004, Jurisp. p. 2456, note J. Pradel, *Somm.* p. 2754, obs. G. Roujou de Boubée et *chron.* p. 2801, note E. Serverin ; *JCP* 2004.II.10158, note M. Levinet ; *Rev. sc. crim.* 2005, p. 135, obs. F. Massias.

³¹⁰³ Requête n° 73316/01 ; *D.* 2006, Jurisp. p. 346, note D. Roets et p. 1720, J.-F. Renucci ; *JCP* 2005.II.10142, obs. F. Sudre ; *Rev. sc. crim.* 2006, p. 139, obs. F. Massias ; *RTD civ.* 2005, p. 740, obs. J.-P. Marguénaud.

³¹⁰⁴ Selon l'article 2 Conv. EDH, le « *droit de toute personne à la vie est protégé par la loi (...)* ».

1°/ L'arrêt *Vo c/ France* ou l'établissement du droit pénal comme critère d'une juste répartition du droit de punir

1355. L'arrêt *Vo c/ France*, rendu en Grande chambre par la Cour européenne des droits de l'homme, est traditionnellement présenté comme la continuité d'une jurisprudence européenne déjà bien établie en matière de répartition des sanctions civile et pénale (a). Pourtant, à bien considérer cette affaire, il apparaît indéniable que l'arrêt du 8 juillet 2004 possède une particularité certaine, révélant davantage encore la possible nature répressive du droit civil (b).

a. L'arrêt *Vo* : confirmation d'une jurisprudence établie ?

1356. Double richesse de l'arrêt *Vo c/ France*. – Dans cet arrêt du 8 juillet 2004, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que la France n'avait pas violé l'article 2 Conv. EDH en refusant l'application de l'article 221-6 C. pén. – sur l'homicide involontaire – en faveur de l'enfant à naître. Outre le problème de droit pénal général que pose cette décision quant à la définition du concept de "vie d'autrui" et quant à l'applicabilité du "droit à la vie" au fœtus³¹⁰⁵, l'arrêt *Vo* demeure capital en ce sens qu'il réaffirme les contours possibles de la protection légale de la vie telle qu'exigée par l'article 2³¹⁰⁶. A ce titre, cette décision reprend

³¹⁰⁵ Sur le débat existant en droit interne, V. Ass. plén. 29 juin 2001, *Bull. crim.*, n° 165 ; *D.* 2001, chron. p. 2907, note J. Pradel et *Jurisp.* p. 2917, note Y. Mayaud ; *JCP* 2001.II.10569, rapp. P. Sargos, concl. J. Sainte-Rose, note M.-L. Rassat ; *Rev. sc. crim.* 2002, p. 97, obs. B. Bouloc ; *Dr. pén.* 2001, chron. 34, obs. Demont – Crim. 30 juin 1999, *Bull. crim.*, n° 174 ; *D.* 1999, *Jurisp.* p. 710, note D. Vigneau ; *D.* 2000, Somm. p. 27, obs. Y. Mayaud et chron. p. 181, note G. Roujou de Boubée et B. de Lamy ; *JCP* 2000.II.10231, note G. Fauré ; *Petites affiches* 17 nov. 1999, note F. Debove ; *Rev. sc. crim.* 1999, p. 813, obs. Y. Mayaud ; *Dr. pén.* 2000 comm. 3, note M. Véron – Crim. 25 juin 2002, *Bull. crim.*, n° 144 ; *D.* 2002, *Jurisp.* p. 3099, note J. Pradel ; *JCP* 2002.I.10155, note M.-L. Rassat ; *Dr. pén.* 2002, comm. 93, obs. M. Véron et chron. 31, concl. D. Commaret ; *Rev. sc. crim.* 2003, p. 91, obs. B. Bouloc et p. 95, obs. Y. Mayaud – Crim. 4 mai 2004, *Bull. crim.*, n° 108 ; *D.* 2004, Somm. p. 2754, obs. G. Roujou de Boubée et p. 3097, note J. Pradel ; *Rev. sc. crim.* 2004, p. 884, obs. Y. Mayaud ; *Dr. pén.* 2004, comm. 124, note M. Véron. V. également MAISTRE DU CHAMBON (P.), « L'amendement Garraud. Retour sur un procès en sorcellerie », *Rev. pénit. dr. pén.* 2004, p. 313 ; VAILHÉ (J.), « Le droit à la vie du fœtus (arrêt *Vo* du 8 juillet 2004) » in TAVERNIER (P.) (sous la dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 67 ; MOULY (J.), « Du prétendu homicide de l'enfant à naître. Défense et illustration de la position de la Cour de cassation », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 47 ; TZITZIS (S.), « Le droit pénal entre lumière et ombre », *Rev. pénit. dr. pén.* 2004, p. 713 ; PUIGELIER (C.), « Observations sur le droit pénal scientifique à l'aube du troisième millénaire », *Mélanges Pradel*, op. cit., spéc. pp. 483 à 492.

³¹⁰⁶ On peut discuter la "richesse" de l'arrêt *Vo* en ce qui concerne l'applicabilité de l'article 2 à l'enfant à naître puisque la Cour européenne des droits de l'homme commet une sorte de déni de justice en précisant que « la question de la nature et du statut de l'embryon et/ou fœtus ne fait pas l'objet d'un consensus » (§ 84) et « 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 » (§ 85). La Cour estime donc que « le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des Etats (...) ».

un principe posé par un arrêt *Calvelli et Ciglio c/ Italie* du 17 janvier 2002³¹⁰⁷ révélant l'importance éventuelle du droit civil dans la protection d'une valeur sociale.

1357. Principe posé par l'arrêt Calvelli et Ciglio c/ Italie. – Dans cette affaire, un médecin-accoucheur avait, par sa faute, indirectement causé la mort d'un nouveau-né. Poursuivi pénalement et civilement, cette personne bénéficia de la prescription du délit d'homicide involontaire. Sur le plan civil cependant, les requérants obtinrent le versement de dommages et intérêts qui, selon eux, « *ne seraient [toutefois] pas de nature à compenser le fait que la partie pénale de la procédure se soit soldée par un prescription* » (§ 43). De son côté, le Gouvernement italien soutenait que « *l'infliction d'une peine [i.e. une sanction pénale] n'est pas indispensable aux fins de la protection de la vie humaine, et la renonciation aux poursuites pénales n'enfreint pas forcément les obligations positives découlant de l'article 2 de la Convention* » (§ 44).

Face à ces prétentions, la Cour européenne retint qu'en cas d'atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité physique, « *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* » (§ 51). Il suffit que soit prévu un recours de nature civile permettant l'établissement de la responsabilité du médecin et l'application d'une « *sanction civile appropriée, tels le versement de dommages-intérêts et la publication de l'arrêt* » (*ibid.*). Aux yeux des juges de Strasbourg, la mise en jeu de la responsabilité civile posséderait donc des qualités semblables à celles du droit pénal en matière de protection d'un droit reconnu par la Conv. EDH. Par suite, la Cour décida finalement que l'Etat italien n'avait pas failli à son obligation positive d'instituer un système efficace et effectif tendant à assurer le respect du droit à la vie dans la mesure où une sanction civile pouvait se substituer à la sanction pénale en cas d'inapplication ou d'inapplicabilité de cette dernière.

1358. Substitution de la sanction civile en cas d'inapplication ou d'inapplicabilité de la sanction pénale. – L'arrêt *Calvelli et Ciglio* fut rendu dans une affaire où, hors le cas de la prescription, des sanctions pénales auraient pu être prononcées³¹⁰⁸. La Cour relève implicitement qu'en cas d'*inapplication* – qui induit une forme d'opportunité de la partie poursuivante – ou d'*inapplicabilité* – qui suppose une impossibilité de droit à laquelle est

³¹⁰⁷ Requête n° 32967/96, Rec. 2002-I.

³¹⁰⁸ D'autant plus que le système judiciaire italien prévoit l'obligation pour le ministère public d'exercer l'action pénale (Article 112 de la Constitution italienne).

confrontée la partie poursuivante – de la sanction pénale, c'est-à-dire en cas de défaillance de l'instance pénale, la voie civile peut être suffisante pour garantir le respect du droit à la vie. Ce principe, réaffirmé par l'arrêt *Mastromatteo c/ Italie* du 24 octobre 2002³¹⁰⁹, semble être au cœur même de la décision rendue le 8 juillet 2004. Dans ce dernier arrêt, la Cour soutient en effet de nouveau la subsidiarité du recours de nature pénale en cas d'atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité physique et l'intérêt de l'application d'une sanction civile pour la protection de ces valeurs ; cette sanction prenant alors les traits notamment du versement de dommages-intérêts (§ 90). La Cour en conclut donc qu'au regard des faits « *l'action en responsabilité pouvait passer pour un recours efficace à la disposition de la requérante* » (§ 94).

1359. Il est vrai qu'il existe entre les arrêts *Calvelli et Ciglio c/ Italie* et *Vo c/ France* une certaine continuité, prônée par ailleurs par la Cour européenne elle-même, et tenant au fait que l'on puisse se passer de dispositions punitives pénales pour garantir la protection d'un droit établi par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. Pourtant, cette conclusion aussi claire soit-elle à la lecture de ces arrêts, ne résiste pas à l'analyse ; on ne saurait dès lors conclure trop hâtivement à la similarité de ces solutions en terme de répartition du droit de punir entre le droit civil et le droit pénal. L'arrêt *Vo* étant semble-t-il guidé par une philosophie qui lui est propre et qui se trouve fondée sur l'affirmation de la position centrale du droit pénal dans la distribution du droit de punir.

b. L'arrêt *Vo* : émergence d'une philosophie nouvelle

1360. *Le droit pénal comme instrument de lecture des arrêts Calvelli et Vo.* – Nous estimons que l'arrêt *Vo c/ France* se distingue de l'arrêt *Calvelli et Ciglio c/ Italie* sur deux points essentiels. D'une part, il peut paraître très discutable que les juges de Strasbourg réitérent dans l'arrêt *Vo* l'argumentation qu'ils avaient développée lors de l'affaire *Calvelli*. Puisque le droit à la vie n'est pas expressément reconnu pour l'enfant à naître, il est peu probable en effet que la sanction civile qui serait éventuellement prononcée dans une telle situation ait une finalité protectrice et suffisante comme celle pouvant être révélée dans l'affaire *Calvelli* (1). D'autre part, on ne saurait assimiler ces deux espèces puisque l'une

³¹⁰⁹ Requête n° 37703/97, Rec. 2000-VIII, spéc. § 90 : « *Lorsqu'il s'agit de mettre en cause une négligence, une voie civile ou disciplinaire peut être suffisante* ». Il s'agissait en l'espèce d'une négligence des autorités de l'Etat ayant rendu possible la commission d'un homicide volontaire.

admet la suffisance des sanctions civiles alors que l'application du droit pénal était théoriquement possible ; l'autre admettant cette suffisance sans qu'aucune disposition pénale n'ait pu être, à un titre quelconque, appliquée (2).

Suivant ces deux points de discordance, les solutions *Calvelli* et *Vo* ne peuvent se confondre, la finalité de la sanction civile prononcée se modifiant en effet suivant qu'il y ait ou non une protection pénale pré-existante, c'est-à-dire qu'il y ait ou non prégnance d'une ombre pénale dans la situation qu'il convient éventuellement de réprimer.

1) *Réitération inopportune de l'argumentation de l'arrêt Calvelli sur la fonction protectrice de la sanction civile*

1361. Arrêt *Vo* et rejet de la fonction protectrice de la sanction civile. – Non sans un certain paradoxe, la Cour européenne des droits de l'homme reprend dans l'arrêt *Vo* la formulation de l'arrêt *Calvelli* relatif à la possible suffisance du droit civil dans la protection du droit de toute personne à la vie. Ceci est paradoxal en effet car les juges de Strasbourg ont à peine voilé, le 8 juillet 2004, leur réticence à qualifier le fœtus de personne pouvant dès lors bénéficier de la protection inhérente à l'article 2 Conv. EDH³¹⁰. Alors que dans l'arrêt *Calvelli*, il est possible de penser que le prononcé d'une sanction civile peut être directement lié à la protection du droit à la vie – l'enfant ayant effectivement vécu deux jours –, une telle conclusion paraît impossible dans l'affaire *Vo* où était concerné un enfant "à naître" et où le droit pénal était totalement absent.

Le recours à une sanction civile, et notamment à l'allocation de dommages et intérêts, avancé par la Cour dans ce dernier arrêt, ne peut donc avoir pour objectif de protéger le droit à la vie, celui-ci n'étant pas expressément reconnu au fœtus. Il n'a pour ambition que d'allouer à la femme une indemnisation du fait de l'interruption de sa grossesse. En précisant que « *la vie du fœtus était intimement liée à celle de sa mère et [que] sa protection pouvait se faire au travers d'elle* » (§ 86), l'arrêt *Vo c/ France* met clairement en évidence le véritable fondement de la sanction civile qui pourrait alors être prononcée en de telles circonstances. Dans la

³¹⁰ Pour d'autres exemples de réticences de la Cour européenne quant à la définition de la personne, V. CEDH 12 juillet 1977, *Brüggemann et Scheuten c/ RFA* – CEDH 13 mai 1980, *X c/ Royaume-Uni* – CEDH 19 mai 1992, *H c/ Norvège*. Les juges dépassent la problématique définition du droit à la vie et de l'applicabilité de l'article 2 à l'enfant à naître en précisant que « *à supposer même que l'article 2 de la Convention trouve application* », les exigences procédurales sont remplies au regard de la possible mise en cause de la responsabilité de la personne.

mesure où la vie de la mère n'était nullement en danger, la vie n'est pas le droit directement garanti par cette sanction ; seule l'indemnisation du dommage moral étant alors pris en considération. On retrouve alors ici toute la particularité de la "réparation" du dommage moral qui, sous couvert de compensation, induit une certaine privatisation de la répression.

1362. Arrêt Vo et privatisation de la répression. – Selon un auteur, « [l]es peines privées se distinguent des peines criminelles spécialement par ce fait qu'elles tendent toujours à une prestation pécuniaire et d'autre part qu'elles ne sont pas attribuées à l'Etat ou à un établissement public mais à la victime »³¹¹. Le souci des bénéficiaires de la répression est ici, non pas le bien commun à l'image du droit pénal, mais leur bien propre.

Lorsque dans l'arrêt *Vo* la Cour européenne des droits de l'homme confirme la position de la Cour de cassation tendant à ne retenir que la possibilité d'engager la responsabilité médicale du praticien, elle n'est nullement guidée par le souci de conférer à la possible allocation de dommages et intérêts une dimension protectrice qui rejaillirait sur l'ensemble du groupe social. La portée reste limitée à un cercle purement privé, de sorte que la répression ainsi instituée demeure éloignée de la logique irriguant le droit pénal. Ce point fut clairement exprimé par les juges ROZAKIS, BONELLO et STRAZNICKA dans leur opinion partiellement dissidente sous l'arrêt *Calvelli et Ciglio c/ Italie* : « la procédure civile vise essentiellement à servir des intérêts privés et à répondre aux aspects matériels des transactions humaines, elle ne permet pas d'exprimer la réprobation publique face à une infraction grave telle qu'un homicide (...) Dans ces conditions, considérer que la procédure civile est un moyen satisfaisant de répondre aux exigences de l'article 2 revient à déprécier la protection du droit à la vie (...) et à "privatiser" ladite protection ».

1363. Sanction civile et résurgences vindicatives. – Les juges suivent dans l'arrêt *Vo* la logique de l'arrêt *Calvelli* sur la suffisance possible des dommages et intérêts pour protéger le droit à la vie ; le problème majeur étant que le droit à la vie n'est pas expressément reconnu dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 8 juillet 2004. Le droit civil peut certes supplanter le droit pénal. Cette éviction n'est toutefois pas guidée par les mêmes raisons : soit l'on souhaite effectivement protéger un droit comme dans l'arrêt *Calvelli* ; soit l'on souhaite, comme dans l'arrêt *Vo*, infliger une sanction pécuniaire sous la forme d'une indemnisation

³¹¹ Cosack, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, 1899, t. I, § 93 cité in HUGUENEY (L.), *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Paris, Arthur Rousseau éd., 1904, p. 16, note 2.

d'un préjudice moral et par là même indéterminable. Le fondement de la répression s'apprécie davantage dans cette seconde situation d'un point de vue personnel. La préoccupation est de l'ordre du privé, voire de l'intime – ne considère-t-on pas en effet l'importance du chagrin du à l'interruption d'une grossesse ? – laissant augurer une possible dérive de la finalité même de la sanction civile. En effet, si la « *peine privée profite à l'individu, plus exactement, à la victime* »³¹¹², le spectre d'une logique vindicative n'est pas totalement écartée. Contrairement à ce que souligne un auteur, nous pensons que, loin de conclure à l'absence de vengeance, c'est bien une logique vindicative qui se trouve rétablie par la sanction civile³¹¹³.

1364. Intérêt du droit pénal dans la lutte contre résurgences vindicatives. – L'indépendance révélée par l'arrêt *Vo* entre la mise en œuvre d'une sanction civile et l'intervention du droit pénal renforce le souci de sauvegarder, à l'aide de la première, un intérêt exclusivement privé. La protection d'une valeur sociale ne semble donc pas être l'inquiétude prioritaire lors du prononcé d'une sanction civile si celle-ci intervient en dehors de toute application possible du droit pénal. Au regard de la rationalisation du droit de punir qui s'est réalisée à travers le développement de l'institution étatique, il y a alors une certaine régression à permettre aujourd'hui l'expansion de sanctions tournées principalement vers la satisfaction d'un intérêt privé³¹¹⁴.

Cette dernière affirmation n'est toutefois pas absolue ; la protection d'une valeur sociale peut en effet redevenir l'objectif essentiel d'une sanction civile si celle-ci se substitue à une sanction pénale qui, par nature, procure une telle protection. On remarque donc ici que le droit pénal, indirectement, demeure un élément essentiel dans la détermination des contours du droit de punir qui se met en œuvre au travers des sanctions civiles. Bien que n'intervenant pas précisément, il influence l'aménagement du droit de punir en provoquant le développement de la fonction protectrice de la répression civile.

2) *Influence de l'ombre pénale sur la fonction protectrice de la sanction civile*

1365. Cumul entre les sanctions civile et pénale. – L'arrêt *Calvelli* pose un point essentiel : l'obligation positive découlant de l'article 2 de mettre en place un système judiciaire efficace

³¹¹² HUGUENEY (L.), *op. cit.*, p. 17.

³¹¹³ *Contra*, V. SERVERIN (E.), « Réparer ou punir ? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2004, chron. pp. 2801 et ss., spéc. n° 29, p. 2807.

³¹¹⁴ Il existe toutefois des moyens permettant de rejeter cette menace ; nous y reviendrons (V. *infra*, n°s *et ss.*).

est remplie « si le système juridique en cause offre aux intéressés un recours devant les juridictions civiles, seul ou conjointement avec un recours devant les juridictions pénales, aux fins d'établir la responsabilité des [personnes] en cause et, le cas échéant, d'obtenir l'application de toute sanction civile appropriée, tels le versement de dommages-intérêts et la publication de l'arrêt » (§ 51). Une double possibilité est donc donnée à la sanction civile pour s'exprimer : seule ou parallèlement à une sanction pénale. L'alternance entre les deux types de sanction n'est donc pas totale. On retrouve ici la pensée de HUGUENEY rejetant tout choix entre une conception alternative ou cumulative : « la peine privée peut remplacer la peine publique comme elle peut la compléter : question d'opportunité et question d'espèces »³¹¹⁵.

Si nous occultons le cas où la sanction civile s'exprimerait seule³¹¹⁶, on remarque donc que le droit pénal n'est pas écarté des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme qui revendiquent pourtant – mais mesurément – l'expansion des sanctions civiles. Les juges de Strasbourg n'intègrent pas complètement l'idée d'une exclusion entre les deux types de sanctions mais prévoient encore une possibilité de cumul³¹¹⁷. Existerait-il pour autant un risque de disproportion de la réponse répressive apportée ? Si les sanctions possèdent des finalités distinctes – comme c'est le cas aujourd'hui pour le cumul des sanctions disciplinaires et pénales – nul excès n'est à craindre. Le problème est toutefois de déterminer avec précision la disparité des finalités. La sanction civile poursuit-elle réellement une finalité distincte de celle du droit pénal lorsqu'elle se trouve appliquée conjointement à une sanction pénale, théoriquement envisageable ou effectivement prononcée ? Rien n'est moins sûr.

1366. Ombre pénale et dimension protectrice de la sanction civile. – Dans l'arrêt *Calvelli*, la Cour européenne retient la possibilité de prononcer une sanction civile au titre de la protection du droit à la vie, fonction assurée parallèlement et prioritairement par le droit pénal. Mais, dans cette espèce, le droit pénal, s'il était théoriquement présent dans le système judiciaire en question et pour la situation concernée – homicide involontaire sur un enfant né – ne trouva pas à s'appliquer. Le droit civil s'est donc substitué à lui dans un environnement juridique où pourtant il pouvait – raisonnablement et hors cadre spécifique de la prescription –

³¹¹⁵ HUGUENEY (L.), *op. cit.*, p. 333.

³¹¹⁶ Ceci renvoie au point que nous venons d'étudier : V. *supra*, n^{os} *et ss.*

³¹¹⁷ Selon PLANIOL au contraire, « la répression organisée par le droit civil est incompatible avec toute répression pénale... la peine civile est destinée à suppléer au défaut du droit pénal » (*D.P.* 1894, 1, 145).

et devait intervenir. Par cette substitution, la sanction civile a acquis une fonction protectrice, normalement dévolue à la sanction pénale ; la prégnance pénale jouant alors un rôle important dans la détermination de cette fonction. Le juge RESS, dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Vo c/ France* en convient par ailleurs. Dans cette dernière espèce, il refuse la suffisance du droit civil alors qu'il l'avait admise pour l'affaire *Calvelli et Ciglio*. Pour se justifier, il soulève le point essentiel selon lequel « *il y avait là quand même une procédure pénale qui ne fut pas continuée en raison de la prescription du délit* »³¹¹⁸. En d'autres termes, c'est parce qu'il existait – au moins théoriquement – la possibilité de mettre en œuvre une procédure pénale, qu'il admit la suffisance de la sanction civile dans la protection d'une valeur conventionnellement reconnue. *L'ombre* pénale – le droit pénal existe mais n'est pas appliqué effectivement – légitime donc la sanction civile et son aspiration protectrice.

Ainsi, en cas de défection ponctuelle du droit pénal, la sanction civile joue le rôle assumé habituellement par lui. A ce titre, il est logique que la priorité de la sanction civile qui sera éventuellement prononcée devienne la protection des valeurs fondamentales de la société. Il y a donc une sorte de délégation implicite de la part du droit pénal en matière de protection des valeurs sociales essentielles ; cette délégation devant pallier la moindre carence institutionnelle et répressive en ce domaine.

1367. Pérennisation de la protection des valeurs fondamentales. – En matière de protection des valeurs fondamentales de la société, le droit pénal demeure l'exclusif garant ; en cas d'impossibilité absolue de recourir à ce dernier³¹¹⁹, il devient judicieux de pérenniser cette protection sous une forme répressive nouvelle, une sanction civile. Cette substitution doit toutefois cesser dans les espèces où le droit pénal peut raisonnablement conduire à cette protection, c'est-à-dire dès qu'il retrouve sa pleine utilité et sa pleine effectivité.

Au vu de la jurisprudence de la Cour EDH, les sanctions civiles sont donc pleinement envisageables ; ce n'est toutefois qu'à la stricte condition que le droit pénal n'ait pu correctement intervenir dans la protection de la valeur en question. En effet, et comme cela a été clairement établi par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Siliadin c/ France* du 26 juillet 2005, le droit pénal doit rester le principal pilier dans la sauvegarde des valeurs essentielles d'une société. *L'effectivité du droit pénal ne devient-elle pas alors le*

³¹¹⁸ Opinion dissidente de M. le juge RESS sous l'arrêt *Vo c/ France* du 8 juill. 2004, § 1.

³¹¹⁹ Dans l'arrêt *Calvelli*, si l'on n'a pu appliquer le droit pénal et si l'on a dû prononcer une sanction civile, c'est à la suite d'un cas de force majeure judiciaire, à savoir la prescription.

critère de détermination de la juste répartition devant s'établir entre le droit civil et le droit pénal dans la manifestation du droit de punir ?

2°/ L'arrêt *Siliadin c/ France* ou la confirmation du droit pénal comme critère d'une juste répartition du droit de punir

1368. S'il est vrai que l'arrêt *Siliadin* peut être présenté comme le contre-pied de la jurisprudence précédemment énoncée et prônant l'expansion des sanctions civiles, on ne peut occulter le point selon lequel certains de ses aspects étaient déjà en germe sous diverses formes dans ces différents arrêts. Certains éléments vantaient en effet les bénéfices du droit pénal (a). Dépassant la seule réhabilitation du droit pénal, nous pourrions même considérer que l'arrêt du 26 juillet 2005 est plus largement l'occasion de corriger les conséquences de l'arrêt *Vo* et ainsi d'établir le droit de punir lui-même dans une logique nouvelle intégrant de manière rationnelle l'ensemble des disciplines (b).

a. De la restauration du droit pénal...

1369. L'arrêt *Siliadin* (2) et certaines de ses prémices (1) permettent aujourd'hui d'affirmer que le droit pénal est en voie de restauration du fait notamment de la mise en relief de son utilité.

1) Les prémices de l'arrêt Siliadin ou la mise en relief de l'utilité du droit pénal

1370. Réaffirmation de la fonction essentielle du droit pénal par les opinions dissidentes des juges de la Cour EDH – Si l'importance des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme est aujourd'hui incontestable, toutes aussi importantes sont les opinions des juges librement énoncées à la suite des décisions. Grâce à elles, et plus précisément grâce aux opinions dissidentes, l'observateur acquiert une lecture élargie et argumentée de la décision rendue. Leur utilité juridique est réelle, tant pour la doctrine que pour la Cour européenne elle-même qui, au détour d'une autre espèce, pourra s'appuyer sur ces éléments³¹²⁰.

C'est précisément à travers ces opinions que l'utilité du droit pénal fut réaffirmée. L'opinion partiellement dissidente des juges ROZAKIS, BONELLO et STRAZNICKA sur l'affaire *Calvelli* est en effet nettement favorable à une mise en œuvre du droit pénal lorsque sont en cause des

³¹²⁰ Sur l'importance des opinions séparées des juges de la Cour EDH, V. spéc. RIVIÈRE (F.), *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

valeurs fondamentales de la société. Prenant appui sur le droit à la vie (Conv. EDH, art. 2), ils déclarent que « *la procédure pénale est par excellence le recours qui convient le mieux pour satisfaire aux exigences procédurales de l'article 2 de la Convention (...)* ». Aussi est-il difficile, selon eux, « *de déduire que la jurisprudence existante [mette] sur le même plan la procédure pénale et la procédure civile, en considérant qu'elles satisfont tout autant [à ces] exigences* ». Le droit civil ne serait donc pas en mesure d'apporter une protection suffisante aux valeurs sociales fondamentales ni d'engager un processus de réprobation publique satisfaisant. Dans le même sens, l'opinion dissidente du juge RESS dans l'affaire *Vo c/ France* fut l'occasion de soutenir à nouveau que « *[c]'est en général par le droit pénal que la société met en garde de la façon la plus explicite et stricte les membres de la société et qu'elle souligne les valeurs à protéger principalement* »³¹²¹.

1371. Réaffirmation de la fonction essentielle du droit pénal par la Cour EDH elle-même.

– Dans son arrêt *X et Y c/ Pays-Bas* du 26 mars 1985³¹²², la Cour européenne relevait déjà l'insuffisance de la protection du droit civil lorsque sont en cause des valeurs fondamentales de la société et notamment des aspects essentiels de la vie privée, comme par exemple la vie sexuelle. Il manquerait en effet « *au droit civil l'effet dissuasif inhérent au droit pénal* » (§ 26) de sorte que « *[s]eule une législation criminelle peut assurer une prévention efficace, nécessaire en ce domaine* » (§ 27). Ce principe fut à nouveau réaffirmé en matière d'agressions sexuelles lors de l'affaire *M.C. c/ Bulgarie*. Dans sa décision du 4 décembre 2003³¹²³, la Cour constate que, bien qu'existant une marge d'appréciation pour les Etats sur les moyens à adopter contre les actes antisociaux, « *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* » (§ 150). Et de conclure que « *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* » (§ 153).

Cette logique de promotion du droit pénal se trouve amplifiée aujourd'hui par l'arrêt *Siliadin c/ France* du 26 juillet 2005 qui, relativement à une affaire d'esclavage domestique, non

³¹²¹ Opinion dissidente de M. le juge RESS sous l'arrêt *Vo c/ France* du 8 juillet 2004, § 1.

³¹²² CEDH 26 mars 1985, *X et Y c/ Pays-Bas*, requête n° 8978/80 ; série A, n° 91.

³¹²³ Requête n° 39272/98.

seulement réitère le caractère nécessaire de la protection pénale mais prône également une accentuation de la répression dans le domaine considéré.

2) *L'arrêt Siliadin ou la consécration de la restauration du droit pénal*

1372. Maintien de la primauté du droit pénal. – Les juges de Strasbourg retiennent dans cette affaire *Siliadin* que l'article 4 Conv. EDH relatif à l'esclavage et au travail forcé impose des obligations positives de la part des Etats pour conférer aux personnes une protection suffisante contre de tels agissements de tiers. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, cette obligation s'inscrit nécessairement dans le champ pénal : « *conformément aux normes et aux tendances contemporaines en la matière, il y a lieu de considérer que les obligations positives qui pèsent sur les Etats membres en vertu de l'article 4 de la Convention commandent la criminalisation [i.e. la pénalisation] et la répression effective de tout acte tendant à maintenir une personne dans ce genre de situation* » (§ 112). La Cour réaffirme donc le principe suivant lequel le droit pénal doit primer sur les autres disciplines – dont le droit civil – dans la répression des actes portant atteinte aux « *valeurs fondamentales des sociétés démocratiques* »³¹²⁴ ; cette primauté conduisant les juges de Strasbourg à rechercher une législation pénale la plus satisfaisante possible au regard de la mission qui lui est ainsi confiée. Après avoir établi la supériorité du droit pénal dans la protection des valeurs sociales essentielles, la Cour européenne prend donc soin de légitimer cette précellence en demandant une amélioration substantielle des dispositions répressives pénales.

1373. Souci d'améliorer la répression pénale. – L'arrêt *Siliadin* constitue pour la France une critique de ses dispositions pénales – les articles 225-13, 225-14 et 225-15 du Code pénal – au regard de leur utilité envers une « *protection concrète et effective* » (§ 148) des personnes contre les actes d'esclavage moderne. La Cour européenne rappelle à juste titre qu'un rapport d'information de l'Assemblée nationale avait déjà relevé que l'arsenal répressif français, loin d'être négligeable, demeurait toutefois insuffisamment dissuasif : « *Qu'il s'agisse des peines prononcées ou des peines encourues, leurs insuffisances apparaissent clairement au regard de la gravité des faits caractérisant les situations d'esclavage moderne* »³¹²⁵. Pour la Cour de

³¹²⁴ Sur ce concept, V. notamment CEDH 27 sept. 1995, *McCann et autres c/ Royaume Uni*, série A, n° 324, § 147 – CEDH 7 juill. 1989, *Soering c/ Royaume Uni*, § 88 – CEDH 17 janv. 2002, *Calvelli et Ciglio c/ Italie*, op. cit., § 48 – CEDH 24 oct. 2002, *Mastromatteo c/ Italie*, op. cit., § 67 – CEDH 8 juill. 2004, *Vo c/ France*, op. cit., § 88 – CEDH 26 juill. 2005, *Siliadin c/ France*, op. cit., § 82, 112, 121 et 148. V. également *infra*, n°s *et ss.*

³¹²⁵ Rapport d'information de la mission d'information commune sur les diverses formes de l'esclavage moderne de l'Assemblée nationale du 12 déc. 2001 cité in CEDH 26 juill. 2005, *Siliadin c/ France*, op. cit., § 48 et 134.

Strasbourg, il ne s'agit pas de remettre en cause les quelques interventions pénales en matière de soumission des personnes à des conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité humaine. Il est davantage question, au contraire, de développer et d'améliorer la législation pénale déjà établie en cette matière, voire d'inclure dans le Code pénal une disposition réprimant expressément l'esclavage dit "domestique" ou "moderne" et l'état de servitude³¹²⁶. Les lacunes pénales pouvant exister doivent dès lors être comblées et, comme le soutenait la requérante, « *on ne saurait soutenir qu'une procédure civile permettant une réparation des dommages subis, en dehors de tout mécanisme répressif adapté pour prévenir et punir les auteurs directs des mauvais traitements allégués, aurait suffi pour (...) assurer une protection adéquate contre d'éventuelles atteintes à [l'] intégrité* » (§ 69)³¹²⁷.

1374. Réaffirmation de l'importance du symbolisme pénal. – L'arrêt *Siliadin c/ France* démontre donc parfaitement l'insuffisance de l'action en réparation à pallier les carences dont souffrent les victimes au premier rang desquelles se trouve leur désir de reconnaissance. La relaxe partielle des prévenus sur le fondement des dispositions pénales existantes mit en évidence les faiblesses de la seule mise en cause de la responsabilité civile et le recours inéluctable au symbolisme inhérent au droit pénal.

Cette situation tendant à vanter les bénéfices de la voie pénale nous confronte-t-elle pour autant à une pénalisation croissante de la résolution des conflits sociaux ? De manière paradoxale au vu de l'intérêt porté au droit pénal, il est très largement possible d'en douter.

1375. Vers une pénalisation croissante ? – Déprécié au plan interne, le droit pénal réinvestit aux yeux de la Haute juridiction européenne la place centrale devant lui être réservée au sein du droit de punir. Cet engouement ne saurait toutefois se traduire par une pénalisation excessive. S'il est vrai que le droit pénal constitue la plus parfaite et la plus symbolique protection des valeurs sociales, le « *recours à la loi pénale ne constitue pas nécessairement l'unique solution* »³¹²⁸. Il est vrai qu'en matière d'esclavage, c'est bien la voie pénale qui

³¹²⁶ Sur ce point, V. la proposition de loi tendant à lutter contre les nouvelles formes d'esclavage présentée par la sénatrice G. GAUTIER, Sénat, n° 89 ; cette proposition de loi entend ériger en crimes les faits d'esclavage et de servitude. V. également les différents travaux de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe : Recommandation 1523 (2001) du 26 juin 2001 (art. 10, i) ; Recommandation 1663 (2004) du 22 juin 2004 (art. 6, i, b). V. enfin l'article 19 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains du 16 mai 2005.

³¹²⁷ V. également § 102 et 131.

³¹²⁸ CEDH 26 mars 1985, *X et Y c/ Pays-Bas*, op. cit., § 24. V. également dans une certaine mesure CEDH 12 février 2004, *Perez c/ France*, requête n° 47287/99, D. 2004, IR p. 734 ; *Rev. sc. crim.* 2004, p. 698, obs. F.

semble être privilégiée. Pourtant, d'un point de vue général, il convient de ne point systématiser le recours à la répression pénale. Suivant la lecture des divers arrêts précités de la Cour européenne des droits de l'homme, celle-ci devrait s'exprimer dans un domaine strictement délimité ; délimitation qui lui permettrait de dépasser sa fonction symbolique et de s'engager pleinement dans la voie de l'effectivité³¹²⁹.

Cette nouvelle représentation du droit pénal, issue précisément de la recherche d'effectivité, constitue le vecteur essentiel de la répartition du droit de punir entre le droit civil et le droit pénal. Ainsi, au-delà de la seule revalorisation du droit pénal, on constate que c'est le droit de punir lui-même qui se trouve réinvesti dans une rationalité répressive où semble enfin s'établir un équilibre entre les différents droits jouissant, prioritairement ou non, d'une dimension punitive.

b. ... à la restauration du droit de punir

1376. Par une jurisprudence désormais établie, la Cour européenne forge un « *ordre public européen des droits de l'homme* »³¹³⁰. Cet ordre renvoie aux *valeurs fondamentales des sociétés démocratiques* dont le droit pénal doit seul avoir la charge de protéger. Hormis l'exclusivité de la répression pénale, cette jurisprudence tend également et de manière implicite à circonscrire le droit pénal à ces seules valeurs ; cette délimitation permettant de développer et de garantir une plus grande effectivité à ce type d'intervention, donnant ainsi naissance à un réel droit pénal utilitaire (1).

Toutefois, si une restriction du champ pénal peut s'établir, force est de reconnaître que cela ne peut être que le résultat d'une promotion corrélative du droit de punir de nature civile ; cette promotion passant par un développement de sa fonction protectrice et prohibitive et par un rejet de l'aspiration vindicative auquel il est confronté (2).

1) La restriction du droit pénal ou la recherche d'effectivité du droit de punir pénal

Massias. Selon cette dernière décision, « *le droit de faire poursuivre ou condamner pénalement des tiers ne saurait être admis en soi* » (§ 70).

³¹²⁹ CONTE (P.), « "Effectivité", "inefficacité", "sous-effectivité", "surefficacité"... : Variations pour droit pénal », *Mélanges Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 125 ; JEAN (J.-P.), « De l'efficacité en droit pénal », *Mélanges Pradel*, op. cit., p. 135.

³¹³⁰ Sur ce concept, V. SUDRE (F.), « Observations sous CEDH 26 juillet 2005, *Siliadin c/ France* », *JCP* 2005.II.10142 ; PICHÉRAL (C.), *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris, la Documentation française, 2001.

1377. Le droit pénal, seul garant des "valeurs fondamentales des sociétés démocratiques".

– L'arrêt *Siliadin c/ France* marque une évolution de la notion de valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. A l'heure actuelle, la Cour européenne des droits de l'homme intègre dans cette catégorie trois droits conventionnellement reconnus. Il s'agit tout d'abord du droit à la vie de l'article 2 Conv. EDH identifié comme une valeur fondamentale par les arrêts *McCann c/ Royaume Uni*, *Calvelli et Ciglio c/ Italie*, *Mastromatteo c/ Italie* et *Vo c/ France*. Vient ensuite l'article 3 Conv. EDH portant interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants dont l'arrêt *Soering c/ Royaume Uni* reconnaît l'importance dans les sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe. Il s'agit, en dernier lieu, de l'interdiction de l'esclavage, de la servitude et du travail forcé de l'article 4 Conv. EDH reconnu comme valeur essentielle par l'arrêt *Siliadin*.

Pour l'ensemble de cette catégorie, la seule protection envisageable est celle inhérente au droit pénal. La Cour européenne des droits de l'homme estime que ce dernier est la seule discipline juridique à pouvoir garantir efficacement les droits ainsi reconnus. Si le droit civil peut toujours intervenir au titre de la réparation des dommages, nul effet protecteur ne semble pouvoir émerger de son application ; les atteintes aux valeurs en question étant en effet par trop sensibles pour pouvoir être simplement traitées par une voie extra-pénale. *Pour les valeurs fondamentales des sociétés démocratiques, la protection s'entend donc au niveau du droit européen des droits de l'homme de la seule protection pénale, donc de la seule répression pénale.*

1378. La conséquence de ce postulat est, en toute logique, l'absence de marge d'appréciation des Etats parties à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme quant au choix des mesures propres à garantir le droit en question. Dès lors que nous nous trouvons dans l'une des valeurs précitées, seul le droit pénal doit pouvoir intervenir pour punir les auteurs de comportements qui leur seraient contraires dans la mesure où lui seul peut satisfaire pleinement l'exigence de protection de ces valeurs. On ne saurait dès lors souscrire pleinement à l'avis de Mme la juge TULKENS qui, dans son opinion concordante sur l'arrêt *M.C. c/ Bulgarie*, estime que « *l'intervention pénale doit rester, en théorie comme en pratique, un remède ultime, une intervention subsidiaire et que son usage, même dans le champ des obligations positives, doit faire l'objet d'une certaine "retenue"* ». Nous estimons

au contraire – et la Cour européenne le confirme – que la répression pénale est de rigueur pour un nombre déterminé d'intérêts sociaux.

Si l'on sort en revanche du tryptique des articles 2, 3 et 4 Conv. EDH, d'autres droits peuvent intervenir pour réprimer les attitudes répréhensibles. Dans son arrêt *X et Y c/ Pays-Bas*, la Cour européenne retient effectivement l'existence d'une marge d'appréciation des Etats quant aux mesures à adopter pour garantir le respect de... l'article 8 Conv. EDH (§ 24). En s'écartant des articles 2, 3 et 4 Conv. EDH, on s'écarte corrélativement de l'exigence pénale ; le droit civil par exemple pouvant dès lors intervenir par la mise en jeu de la responsabilité civile de l'auteur du dommage. Encore faudra-t-il toutefois, pour parfaire cette architecture, corriger la dimension punitive du droit civil³¹³¹.

1379. Le droit pénal, garant des seules "valeurs fondamentales des sociétés démocratiques". – Si les juges de Strasbourg prennent soin de délimiter les valeurs devant bénéficier du droit pénal, c'est dans un souci d'efficacité de cette intervention. Dans l'arrêt *M.C. c/ Bulgarie* par exemple, la Cour européenne porte une attention toute particulière à l'application *en pratique* des dispositions pénales prévues pour garantir les valeurs sociales fondamentales³¹³². Comme l'exprime un auteur, « [u]ne chose est en effet d'incriminer un comportement, une autre est d'en assurer la répression effective »³¹³³.

Le droit européen des droits de l'homme aspire donc à la naissance d'un droit pénal d'une portée non seulement *symbolique* à travers l'instauration d'un ordre public spécifique bâti sur un certain nombre d'incriminations, mais également *effective* par la possibilité matérielle de mettre en œuvre les instruments nécessaires pour réprimer ces infractions. Pour cela, il est indispensable de circonscrire la protection pénale à un nombre limité de domaines. Parallèlement, il devient nécessaire de promouvoir la dimension punitive des droits extra-pénaux et de développer notamment les sanctions civiles pour prendre en charge la protection des valeurs qui, aux yeux notamment de la Cour européenne des droits de l'homme, ne prétendent pas à une protection spécifiquement pénale.

³¹³¹ V. *infra*, n^{os} *et ss.*

³¹³² CEDH 4 déc. 2003, *M.C. c/ Bulgarie*, op. cit., § 153.

³¹³³ ROETS (D.), « L'article 4 Conv. EDH violé par la France : une histoire d'esclavage moderne devant la Cour de Strasbourg », *D.* 2006, p. 348.

2) *La promotion de la fonction prohibitive du droit civil ou le dépassement de l'aspiration vindicative du droit de punir civil*

1380. Développement du droit de punir civil, une opportunité pour le droit de punir pénal.

– La révélation de la fonction protectrice et utilitaire du droit pénal envers les valeurs sociales essentielles s'énonce grâce à la richesse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette jurisprudence n'a toutefois de fondement que si, parallèlement, l'on exprime la volonté de recourir aux droits extra-pénaux, dont le droit civil, pour la sauvegarde des autres valeurs des sociétés démocratiques. Ainsi, loin d'être concurrents, les droits répressifs – qu'ils soient d'origine pénale ou civile – sont complémentaires³¹³⁴ ; cette complémentarité étant par ailleurs bénéfique pour le droit pénal qui pourra alors se concentrer sur la protection des seules valeurs sociales fondamentales : « *Il serait temps, précise le Professeur JEANDIDIER, de réserver au droit pénal les comportements les plus blâmables et les plus dangereux* »³¹³⁵.

L'essentiel tient donc en une utile alternative et une juste répartition des sanctions civile et pénale pour que puisse naître l'espoir de restauration de la répression pénale. Il est donc nécessaire qu'une nouvelle distribution des rôles ait lieu au sein du droit de punir. Pour cela, il convient de dégager le droit civil de l'emprise vindicative dans laquelle il peut être enserré et de développer sa finalité protectrice par la révélation de sa fonction symbolique de prohibition des déviances sociales.

1381. Dépassement de la logique vindicative... – Nous avons vu précédemment³¹³⁶ la forte imprégnation qui existait à l'origine entre le désir de réparation et le désir de vengeance. Si le *faidus* et le talion apparaissent comme les premières formes de réparation due à la victime, elles demeurent également sous une insidieuse ombre vindicative. Avec la rationalisation du droit de punir, l'avènement de l'Etat et du droit pénal, une rupture nette semblait s'être inscrite entre la punition et la réparation. Mais croire en ceci est faire preuve d'une certaine naïveté car la vengeance perdure. La rigueur des sanctions civiles favorisée par

³¹³⁴ Sur cette notion de complémentarité, V. spéc. VINEY (G.), *Introduction à la responsabilité*, op. cit., n^{os} 74-2 et ss.

³¹³⁵ JEANDIDIER (W.), *Droit pénal des affaires*, op. cit., n^o 55, p. 78. V. également HUGUENEY (L.), op. cit., p. 327 et s. : « *Etablir un équilibre entre la dose de pénalité requise à une époque déterminée pour le maintien de l'ordre juridique et celle que supporte l'opinion, c'est un problème dont un système de peines publiques, si perfectionné qu'on l'imagine, parvient difficilement, par lui seul, à fournir la solution : c'est un problème qu'aide puissamment à résoudre l'intervention de la peine privée* ».

³¹³⁶ V. *supra*, n^{os} **et ss.**

l'indemnisation des préjudices moraux et la proximité de cette sanction avec la satisfaction directe de la victime du dommage traduisent l'inspiration vindicative dans laquelle est placé le droit de la responsabilité civile. Avec une certaine légèreté, il nous serait même possible d'avancer que l'action en responsabilité civile serait plus répressive que l'action publique dans la mesure où, du point de vue de la rétribution – au sens premier du terme – la première induit véritablement le paiement du dommage causé³¹³⁷.

Or, pour établir le droit civil comme le garant de certaines valeurs sociales, il est indispensable qu'il s'extirpe de ce joug vindicatif ; la Cour de Strasbourg affirmant clairement que « *la Convention [de sauvegarde des droits de l'homme] ne garantit ni le droit (...) à la "vengeance privée", ni l'actio popularis* »³¹³⁸.

1382. ... par la révélation de la fonction symbolique et prohibitive du droit civil. – Nous avons vu que la protection des valeurs sociales se confondait avec le concept de répression pénale lorsque ces valeurs étaient qualifiées de fondamentales pour les sociétés démocratiques. Le raisonnement tient-il pour les autres valeurs sociales ? Leur protection est-elle inhérente à la répression ? La réponse ne peut être qu'affirmative dans la mesure où la contrainte consubstantielle à la punition engendre nécessairement une forme de dissuasion et, dès lors, une garantie des droits ainsi sanctionnés. Le droit civil, dans sa dimension punitive, peut donc apporter la protection qu'exigent certains intérêts de la société. La condition reste toutefois celle tenant en la pleine affirmation de sa fonction prohibitive et normative. Si le droit civil peut, au regard des mesures répressives qui sont les siennes, protéger les valeurs en cause, encore faut-il qu'il contribue à la normalisation des conduites sociales et non plus qu'il s'inscrive dans la seule satisfaction d'intérêts personnels. Une acception symbolique nouvelle doit l'emplier ; la prohibition des comportements jugés antisociaux devant l'y aider.

1383. Stigmatisation civile des déviations sociales. – Jusqu'à présent la protection la plus efficace relevait du droit pénal ; le droit civil par son intervention n'aspirant pas à cet objectif de protection ou, s'il y parvenait, ce n'était qu'en cas de défaillances ponctuelles du droit pénal dans cette mission³¹³⁹. L'arrêt *Vo c/ France* démontre parfaitement cet écart entre

³¹³⁷ Indirectement, HUGUENEY nous montre à quel point la sanction civile peut être d'une plus grande intensité que la sanction pénale : « *Il est une barrière que dans l'intérêt de l'efficacité, de la considération, de la dignité de la justice pénale la peine publique ne doit pas franchir : au-delà s'ouvre le domaine réservé à la peine privée* » (op. cit., p. 326 et s.).

³¹³⁸ CEDH 12 févr. 2004, *Perez c/ France*, op. cit., § 70.

³¹³⁹ V. *supra*, n° .

protection et droit civil ; seule l'indemnisation du préjudice de la mère – et non la protection du droit à la vie – étant au centre de la sanction civile prononcée. L'arrêt *Siliadin* de son côté, en demandant implicitement la modification de la législation pénale, confirme l'insuffisance des dommages et intérêts alloués à la requérante en terme de reconnaissance et de protection de sa dignité.

Aujourd'hui, compte tenu de la nécessité de circonscrire le droit pénal à un nombre limité de domaines, il est nécessaire de dépasser la logique tenant à dire que la protection s'induit du seul droit pénal et que les sanctions civiles ne sont pas protectrices en elles-mêmes. Il faut faire en sorte que le droit civil, dès lors qu'il possède une composante répressive, pose un impératif et punit le manquement à cet impératif par les sanctions qu'il édicte. Si l'on ne confère pas au droit civil une fonction normative ou symbolique en terme de prohibition et de stigmatisation des comportements, le mécanisme général du Droit de punir se trouve bloqué. En effet, pourquoi donc accepter que le droit civil prononce des sanctions, si c'est pour lui dénier la faculté de réprover publiquement, par ces sanctions, des actes jugés contraires à l'ordre social ?

1384. Vers une diffusion de la réprobation sociale au-delà du droit pénal. – Il est donc nécessaire d'admettre que le droit civil accède aujourd'hui à la fonction de normalisation des conduites humaines – comme cela est naturellement le cas pour le droit pénal – sous peine de circonscrire la répression civile à une dimension rétributive stérile au point de vue social. Dépassons l'arrêt *Vo* où la sanction civile – l'allocation de dommages et intérêts – n'avait aucune dimension sociale et ce, alors même qu'il s'agissait, selon nous, d'un véritable acte répressif. Il faut faire en sorte qu'il y ait, derrière cette sanction, une dimension symbolique en terme de stigmatisation et, indirectement, de prévention. Elle doit être « *un guide pour le bon citoyen en maintenant un équilibre entre liberté et devoir* »³¹⁴⁰. Ce n'est qu'à partir de ce constat-là que l'on pourrait avoir une répartition plus juste entre le droit civil et le droit pénal dans l'expression du droit de punir.

A titre d'exemple, la protection du droit au respect de sa vie privée, déjà établie aux articles 9 C. civ. et 809 NCPC, peut être développée notamment s'agissant des atteintes pouvant provenir des traitements de données à caractère personnel. Il est vrai que la loi n° 2004-801

³¹⁴⁰ MEKKI (M.), « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », *op. cit.*, n° 4.

du 6 août 2004 a favorisé la pénalisation de ce genre de contentieux. Mais les initiatives législatives ne doivent pas brider les initiatives doctrinales tendant à répartir plus justement le pouvoir de répression. Puisque la victime peut déjà obtenir des dommages et intérêts sur le fondement des articles précités, il convient à présent d'accentuer la charge réprobatrice pouvant émaner de ces dispositions. L'opportunité du recours au droit pénal en cas de mauvaise utilisation des traitements de données à caractère personnel reste discutable dans la mesure où la sanction pénale se joint aux sanctions pouvant déjà être prononcées par la C.N.I.L. ainsi qu'aux dommages et intérêts. Aussi serait-il bon, à titre expérimental, de juguler le mouvement de pénalisation en ce domaine et d'évaluer les incidences de cette opération. L'éloignement de toute perspective pénale est-il de nature à favoriser la délinquance en matière de traitement de fichiers informatiques ? Rien n'est moins sûr tant les mises en jeu de la responsabilité civile – et les sanctions techniques prises par la C.N.I.L. – peuvent enrayer à elles-seules la progression de comportements déviants. Il faut savoir se détourner de la seule vision du droit pénal pour blâmer des attitudes contraires à la norme ; la répression pénale ne possédant plus le monopole de la réprobation sociale.

Pour parfaire cette fonction normative et symbolique du droit de la responsabilité civile, il conviendra toutefois d'engager un dernier combat, celui tenant à l'amointrissement du mécanisme assurantiel. Si l'on souhaite garantir une défense satisfaisante de la société contre les actes pouvant lui être nuisibles, le système des assurances devra être révisé. Dans la mesure où les sanctions civiles obtiendraient une dimension dissuasive, il est évident que les personnes ne pourraient parallèlement bénéficier d'une garantie contre l'impact qu'elles pourraient subir du fait de cette répression. Il doit donc être prévu une "simple" adaptation du régime des assurances tenant par exemple en un palier incompressible, sorte de franchise, garantissant la stigmatisation devant dès lors être consubstantielle au droit civil.

Conclusion du chapitre 2

1385. Le droit français de la responsabilité civile est aujourd'hui à l'aube d'une possible restauration. La commission en charge de la rédaction de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription présidée par le Pr. CATALA ouvre en effet des voies nouvelles, notamment en terme de développement de la fonction punitive de la

responsabilité civile. S'il est vrai que le fondement de l'action en responsabilité demeure la réparation du préjudice subi, on ne peut occulter parallèlement le point essentiel selon lequel cette action poursuit, en certaines hypothèses, une dynamique punitive. Aussi est-ce avec intérêt que nous voyons émerger, à travers ce rapport, l'idée d'une possible allocation de dommages et intérêts punitifs. Cet aspect du projet n'est pas marginal, loin s'en faut. Il retranscrit ouvertement ce qui n'était jusqu'alors que sous-jacent dans la jurisprudence. Sans la moindre réserve, ce genre de proposition conduit donc à conférer à la responsabilité civile, non plus seulement une finalité réparatrice mais également une fonction rétributive tendant à compenser symboliquement le préjudice subi par la victime.

Sur ce point, la Cour européenne des droits de l'homme apporte un éclairage novateur sur la répartition possible du droit de punir. Si elle estime que le droit pénal doit, en certains domaines, demeurer le garant principal des valeurs sociales, elle admet parallèlement que l'on puisse se départir de cette prégnance pénale en faisant appel notamment aux sanctions de nature civile comme les dommages et intérêts. Les juges de Strasbourg estiment que le droit civil peut atteindre un tel degré répressif que l'on peut se passer aujourd'hui, dans certains cas, de la répression pénale. Une redistribution du pouvoir de répression est donc envisageable.

Conclusion du Titre II

1386. MM. les Pr. MERLE et VITU observaient avec dépit la faiblesse des prescriptions civiles pour assurer des règles de fond : « *gendarme du droit, le droit criminel vient au secours de certaines règles de fond d'une grande importance sociale que les simples prescriptions civiles sont, en l'état actuel des mœurs, impuissantes à faire respecter* »³¹⁴¹. Sur ce point, quel constat pouvons-nous faire aujourd'hui ? Le droit civil est-il toujours dans l'impossibilité de faire respecter ses propres règles, qu'elles soient d'ordre contractuel ou extracontractuel ?

Si un recours au droit pénal demeure, force est de reconnaître que le droit civil jouit d'un nombre important de mesures permettant d'établir un équilibre au sein des relations humaines. Que celles-ci se fondent ou non sur un contrat, tout écart par rapport à la norme

³¹⁴¹ MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. I, *op. cit.*, n° 146, p. 216.

peut être sanctionné d'un point de vue strictement civil. Le fait est toutefois, qu'en matière civile, la sanction doit être soigneusement distinguée de la punition. Ainsi, en matière contractuelle, si une mesure punitive est nécessairement sanctionnatrice, toute mesure sanctionnatrice n'est pas nécessairement punitive. La nullité, lorsqu'elle sanctionne notamment la formation défectueuse du contrat, ne punit pas systématiquement un cocontractant ayant abusé par exemple de sa position économiquement forte. Cette mesure peut demeurer simplement le constat d'un écart entre les exigences textuelles et la conclusion matérielle du contrat.

Suivant la même logique, en matière extracontractuelle, une mesure comminatoire peut ne pas avoir de finalité répressive. Il en est ainsi de la clause pénale qui, malgré sa dénomination, ne développe aucune aspiration punitive et reste éloignée du droit pénal.

Tout lien avec ce dernier n'est pas pour autant à écarter puisque l'on remarque que la responsabilité civile, originellement fondée sur une logique indemnitaire, s'inscrit progressivement, dans certaines situations, dans une dimension expressément répressive. L'intérêt pour le droit pénal est donc ici de rompre partiellement avec la logique le conduisant à s'adjoindre à une sanction civile, comme les dommages et intérêts. Il convient alors de prôner une logique alternative entre ces deux modes de répression. C'est à cette condition seulement que l'exercice du droit de punir découvrirait une cohérence nouvelle intégrant deux disciplines : le droit civil et le droit pénal ; ce dernier pouvant par ailleurs pleinement se restaurer par l'épanouissement des sanctions civiles.

Conclusion de la seconde Partie

1387. Le droit de punir se trouve enrichi par son inclusion dans des droits qui ne lui sont pas par nature ouverts. Il perçoit à travers ceux-ci de nouveaux domaines d'application constituant pour lui autant de nouveaux modes d'exercice, aux dimensions parfois techniques comme cela est le cas en matière de pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes. Nous pouvons donc affirmer que dans cette nouvelle logique, le droit de punir s'accroît tant quantitativement que qualitativement. En effet, à côté de l'examen de comportements qui, jusque-là, ne pouvaient recevoir de réponse de la part du droit pénal, le droit de punir s'inscrit désormais dans un processus de spécialisation ou de compartimentation. Le maître mot devient donc la complémentarité des droits répressifs extra-pénaux avec le droit pénal dans la mise en œuvre du droit de punir.

Au-delà de cette imbrication des différentes disciplines, nous devons constater que la naissance d'un droit de punir extra-pénal, loin d'atteindre la souveraineté pénale, l'aide à réinvestir ses dimensions traditionnelles, à savoir la protection des valeurs les plus essentielles de la société. Ainsi, non sans un certain paradoxe, ce sont les droits non empreints initialement d'une logique punitive qui permettent au droit pénal de retrouver toute son importance dans la mise en œuvre du droit de punir et de rationaliser cette dernière. S'il existe aujourd'hui une spécialisation des droits punitifs, celle-ci induit nécessairement une meilleure qualité de la réponse apportée, valorisant davantage l'exercice du droit de punir dans notre Etat de droit.

CONCLUSION GENERALE

1388. La place du droit pénal dans le concept de droit de punir. – Le droit de punir est aujourd’hui un concept aux multiples facettes. Non pas que ce terme ait des significations diverses ; la multiplicité dont il est question devant être davantage perçue comme une pluralité de manifestations. La lecture du droit de punir est donc à ce point de notre étude kaléidoscopique, le droit pénal n’apparaissant d’ailleurs plus que comme l’un des nombreux domaines d’intervention du droit de punir.

La crainte que nous avons pu nourrir devant l’ampleur du phénomène punitif extra-pénal est cependant exagérée. S’il est vrai que les droits civil, administratif et disciplinaire progressent dans une logique répressive, ils ne sauraient entraîner de manière automatique une dépréciation du droit pénal. Au contraire, et non sans un certain paradoxe, nous nous rendons compte que loin d’affaiblir le droit de punir traditionnel soumis au droit pénal, les droits extra-pénaux favorisent l’émergence de l’acception véritable de ce dernier. Si l’introduction du droit de punir au sein des droits extra-pénaux apparut de prime abord contre-nature, cet usage répressif est désormais admis et devient progressivement naturel pour ces droits. Mais si ceux-ci accèdent à une plus grande aisance dans le maniement du droit de punir, ils n’accèdent pas pour autant à un exercice punitif aussi satisfaisant que celui issu du droit pénal, ce qui rend illusoire toute perspective d’un droit commun de la sanction.

1389. L’utopique droit commun de la sanction. – Selon la Cour européenne des droits de l’homme, « si les Etats contractants pouvaient à leur guise qualifier une infraction de disciplinaire [ou d’administrative] plutôt que de pénale (...), le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 se trouverait subordonné à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec le but et l’objet de la Convention »³¹⁴². De cette jurisprudence est né le désir de mettre en œuvre un droit commun de la sanction³¹⁴³. Par l’inclusion de mesures contraignantes de nature diverse au sein de la matière pénale, il s’est progressivement dessiné un régime juridique standard devant être respecté par les instances "répressives" souhaitant mettre en place des mécanismes

³¹⁴² CEDH 8 juin 1976, *Engel c/ Pays-Bas*, op. cit., § 81 – CEDH 21 février 1984, *Oztürk c/ Allemagne*, op. cit., § 49.

³¹⁴³ En ce sens, V. notamment PONCELA (P.), *Droit de la peine*, op. cit., p. 471.

sanctionneurs d'une certaine gravité. Nous avons pu considérer nombre de ces procédures et mesures, soumises dès lors aux exigences de l'article 6 Conv. EDH.

Mais la perspective d'un droit uniformisé au paradigme pénal est une pure illusion. Au regard des nombreuses libertés prises par les droits répressifs extra-pénaux dans leur réception des droits et principes fondamentaux du droit pénal, il serait raisonnable aujourd'hui de reconsidérer à la baisse les diverses ambitions perceptibles en ce domaine. Croire en un droit commun de la sanction est faire œuvre de sophisme dans la mesure où cette homogénéisation – si tant est qu'elle soit possible – affaiblirait les spécificités de chaque droit et saperait leur efficacité. De ce point de vue, aucun droit commun de la sanction n'est concevable ; la Cour européenne des droits de l'homme tendant même à accentuer cette différenciation par la mise en place d'une gradation des procédures répressives.

1390. *Gradation des procédures répressives.* – Le mouvement tendant à l'inclusion de telle ou telle procédure répressive dans la matière pénale se poursuit. L'article 6 Conv. EDH constitue en effet la première étape du processus d'encadrement des pouvoirs de répression, le canevas général auquel chacun doit se référer.

Ce raisonnement se double cependant aujourd'hui d'une nouvelle réflexion : il convient désormais d'effectuer un choix entre le droit pénal et les droits extra-pénaux pour la répression des atteintes constatées. Cette sélection s'établit sur la base de l'existence ou non de *valeurs fondamentales des sociétés démocratiques*. Dans le cas où de telles valeurs sont en cause, seul le droit pénal doit pouvoir intervenir pour protéger l'intégrité de tels intérêts. En revanche, si aucune de ces valeurs n'est atteinte, la répression peut se fonder sur de "simples" droits répressifs extra-pénaux. Aujourd'hui, le raisonnement n'est plus porté prioritairement sur l'inclusion de tel ou tel mécanisme répressif dans la matière pénale, mais se porte davantage sur le fait de savoir si la valeur en cause est une valeur fondamentale des sociétés démocratiques et si la protection pénale est dès lors nécessaire.

1391. Ces deux étapes – l'inclusion ou non dans la matière pénale et la nécessité ou non de recourir au droit pénal – ne sont pas indépendantes. En effet, l'intégration dans la matière pénale ne garantit pas, nous l'avons vu, un mécanisme répressif absolument conforme aux exigences conventionnelles de l'article 6 Conv. EDH. Pour conserver leur dynamisme, certaines procédures répressives – extra-pénales – renoncent à quelques-unes de ces

exigences. Le droit pénal en revanche ne peut se départir de ces règles. Devant cette dichotomie, et devant la nécessité de protéger des valeurs sociales fondamentales, la jurisprudence européenne a pris acte de cet état de fait et a décidé d'effectuer une répartition du pouvoir répressif en fonction des intérêts en jeu. Bien qu'étant intégrés à la matière pénale, certains mécanismes répressifs restent inconcevables pour la protection de certaines valeurs sociales ; le droit pénal apparaissant comme leur seul véritable garant.

Indirectement, la Cour européenne des droits de l'homme avoue donc le dépassement de la jurisprudence *Engel* et *Oztürk*. La matière pénale n'est pas un critère infaillible garantissant la qualité de la répression mise en œuvre. C'est une simple aspiration à ce que telle procédure accède à cette qualité-là. En revanche, l'obligation de qualité existe lorsque sont mises en cause des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. La matière pénale se dédouble donc entre les droits extra-pénaux et le droit pénal, chacun intégrant un domaine qui lui est propre.

1392. La conceptualisation du droit de punir au service du pragmatisme : une répartition rationnelle du droit de punir. – Si notre propos peut apparaître très largement prospectif, on ne peut nier l'apport que cette logique nouvelle procurerait tant au droit pénal qu'au droit de punir lui-même. La prospective qui se trouve ici engagée a donc une finalité directement utilitaire. En effet, nul ne saurait nier aujourd'hui que la logique régnant dans le monde judiciaire est une logique comptable. Le droit pénal ne déroge pas à la règle et se trouve poussé par des impératifs de rendement accentués par les exigences temporelles perceptibles à tous les niveaux du procès pénal³¹⁴⁴. Le procureur de la République notamment se trouve contraint aujourd'hui de faire un « *choix qui produise le résultat prévisible le plus satisfaisant pour lui (délai, certitude de la condamnation, niveau de sanction, effectivité) par rapport à l'investissement en coût et en temps engagé par son parquet* »³¹⁴⁵.

Devant cette nouvelle culture de gestion des flux et devant l'engorgement des juridictions pénales maintes fois stigmatisé, il est donc paradoxal de constater que le droit pénal demeure une voie prioritairement envisagée dans le règlement des conflits sociaux. Aussi est-il nécessaire de rompre avec cette logique moniste et de percevoir au contraire la richesse d'une

³¹⁴⁴ A simple titre d'exemple, l'article 175 du Code de procédure pénale est révélateur du rythme devant être assuré par les parties au procès, tant en ce qui concerne les demandes d'actes qu'en ce qui concerne la formulation des réquisitions par le ministère public.

³¹⁴⁵ JEAN (J.-P.), « De l'efficacité en droit pénal », *op. cit.*, p. 141.

ventilation des prérogatives punitives. Par la révélation d'une possible répartition des procédures répressives en fonction des intérêts mis en jeu, le droit de punir se répartirait en effet de manière plus harmonieuse entre les différents droits ; chacun obtenant une dimension propre, le droit pénal renouant surtout avec la garantie des valeurs sociales les plus essentielles.

INDEX ALPHABETIQUE DES MATIERES

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Abandon noxal : 147

Abus : 1188 et ss.

Abus de biens sociaux : 290, 466-470

Abus de confiance : 290, 463-464

Accident de la circulation : 1336

Action civile : 564 et ss.

- Action civile des personnes morales : 579 et ss.
- Caractère vindicatif de l'action civile : 589 et ss.
- Dualité de l'action civile : 564, 589 et ss.

Action domaniale : 749, 751, 752, 756, 759

Action fiscale : 734-738, 801

Action publique :

- Action publique et droit de punir : 46-50, 264, 524, 587
- Corroboration de l'action publique par la victime : 593-599
- Déclenchement de l' – : 254
- Prescription de l' – : 282, 287 et ss.
- Privatisation de l' – : 586-588

Alternatives aux poursuites : 293

Amende : 334, 420, 423, 427, 433, 510, 520

- Amende de composition : 520
- Amende fiscale : 807-810
- Amende forfaitaire : 454, 762-766, 1052

Amendement du délinquant : 265, 274, 284, 285, 388, 389, 424, 453, 546, 658, 988, 990

Amnistie : 263 et ss., 553

Anormalité : 211, 213, 1281-1282

Application des peines :

- Chambre de l'application des peines de la cour d'appel : **578**
- Juge de l' – : **492, 510, 577, 578, 853**
- Juridictionnalisation de l' – : **492**
- Tribunal de l' – : **492, 578**

Arme (usage d'une –) : 312

Association : 584, 896

Astreintes : 1229 et ss.

Audiovisuel : 416, 714

Autorité administrative indépendante : 53, 699, 811 et ss., 1350-1353

Autorité des marchés financiers : 809, 827, 833, 891, 929, 936, 937, 940, 941, 950, 966, 1021, 1061

Autorité judiciaire : 355-357

B

Bien commun : 171-172, 205-207, 210, 212 (également, v° Intérêt général)

Bioéthique : 291

Bureau de l'exécution des peines : 509

C

Capacité/incapacité contractuelle : 1101-1106, 1131-1133

Casier judiciaire : 270, 519

Cause du contrat : 1120-1127, 1155 et ss.

Cautionnement : 334, 565

Célérité : 507, 531

Césure du procès pénal : 323

Chambre de l'instruction (organe disciplinaire) : 890

Châtiment : 374

Class actions : 1310-1314

Classement sans suite : 254 et ss.

- Recours devant le procureur général : 257, 710

Clause abusive : 1156

Clause pénale : 1242 et ss.

Clonage reproductif : 291

Coercition : v° *Contrainte*

Coexistence naturelle de l'homme et de la société (théorie de la –) : 128-129, 138

Commandement : 167, 174, 179, 298-299, 316

- Commandement et domination : 178-179
- Commandement et droit de ne pas punir : 251 et ss.
- Ordre public : 206

Commission d'accès aux documents administratifs : 823, 1061

Commission des infractions fiscales : 952-953

Commission d'indemnisation des victimes d'infractions (C.I.V.I.) : 1339

Commission nationale de déontologie de la sécurité : 717

Commission nationale de l'informatique et des libertés (C.N.I.L.) : 712-714, 828, 832 et ss., 936, 966, 1350, 1351

Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : 50, 522-531

- Audience d'homologation : 528
- Plea-bargaining : 523

Compétence : v° Souveraineté

Compensation : 1238 et ss.

Compositions pécuniaires : 116, 145-146, 732, 758, 1251

Composition pénale : 50, 516-521, 571

Concurrence déloyale : 1346-1349

Conseil de la concurrence : 716, 831, 833, 929, 941, 950, 962, 1061, 1350

Conseil supérieur de l'audiovisuel (C.S.A.) : 657, 714, 824, 833, 838, 966, 973-974, 1069-1070

Conseil supérieur de la magistrature : 890

Consensualisme : 454, 604 et ss.

- Consensualisme et droit civil : 1091
- Consensualisme pénologique : 636 et ss.

Contradictoire (principe du –) : 740, 950, 1052

Contrainte : 302, 303 et ss., 621

- Coercition préalable : 304 et ss., 790
- Coercition préventive : 314, 329
- Coercition restaurative : 625-627
- Contrainte directe : 311
- Contrainte et jugement : 313

- Contrainte indirecte : 314
- Contraintes physique et morale : 332
- Dualité : 303
- Limitation : 193-194
- Menace de contrainte : 315
- Mesure de sûreté : 554
- Monopole étatique : 305-316
- Nécessité : 314, 316, 321
- Proportionnalité : 316, 321
- Sanction : 336 et ss., 350, 375
- Titre de contrainte : 316, 320-321, 790

Contrainte judiciaire (par corps) : 54, 510-513

Contrat : 610-611, 1090 et ss.

- Economie générale du contrat : 1127, 1156, 1171-1173, 1203, 1279, 1284
- Exécution du contrat : 1170 et ss.
- Formation du contrat : 1095

Contrat social (théorie du –) : 126-127, 133-137, 174, 181

Contravention : 452-454, 761, 1055

- Contravention de grande voirie : 748 et ss.

Contribution forfaitaire spéciale (C. trav., art. L. 341-7) : 794-799, 936, 1000

Contrôle d'identité : 330

Contrôle judiciaire : 501

Crime contre l'humanité :

- Commission « Vérité et réconciliation » : 667

- Imprescriptibilité : 297-298

Criminologie : 487, 537, 605

Cumul des répressions : 1017 et ss.

Culpabilité : 230, 241, 413

- Déclaration de culpabilité : 251, 322-323

D

Dangerosité : 301, 314, 356, 459, 486, 533, 536, 553, 786, 863, 990

Décriminalisation : 239, 651, 681

Défense (droits de la –) : 740, 825, 866, 883, 927, 946 et ss.

Défense sociale : 119, 149 et ss.

- Défense sociale et légitime défense : 154-156

Délai raisonnable : 927, 946

Délit privé : 591-592

Démocratie pénale : 194

Dénonciation : 708 et ss.

Dépénalisation : 239, 267, 284, 401, 650 et ss., 791, 810, 814, 914, 1005, 1045 et ss., 1057, 1062, 1066

- Dépénalisation négative : 650 et ss.
- Dépénalisation positive : 435 et ss., 1053, 1068

Détention provisoire : 313, 333

- Révocation du contrôle judiciaire : 333

Discernement : 223

Dissuasion : v^{is} *Sanction pénale – Préventions générale et spéciale*

Diversion : 611

Doctrines pénales :

- Abolitionnisme : 5, 482, 484, 669 et ss.
- Classicisme : 5, 476, 484 et ss., 532, 566
- Eclectisme : 5, 489
- Défense sociale nouvelle : 486, 487, 488, 489, 490, 493, 500, 532 et ss.
- Néo-classicisme : 421, 487, 489, 540
- Positivismes italien : 5, 532, 533, 534, 537, 539, 555

Dol : 1121, 1135-1146

Dommages et intérêts : 565, 1145

- Dommages et intérêts punitifs : 585, 759, 1291 et ss.

Droit :

- Droit et contrainte : 190, 310
- Droit et Etat : 186
- Droit et sanction : 192 et ss. (spéc. 195-197)
- Droit et Souveraineté : 174

Droit administratif pénal : 702-704

Droit administratif répressif : 698, 702, 705 et ss.

Droit canonique : 237

Droit communautaire : 10 et ss.

Droit de punir :

- Définition : 2
- Droit de punir de régulation : 809 et ss., 1007 et ss.
- Droit de punir et Etat de droit : 7, 192 et ss. (spéc. 197), 532, 608, 624
- Droit de punir et ordre public : 232 et ss.
- Droit de punir et peine : 66, 485, 556
- Droit de punir et personne morale : 418
- Droit de punir et pouvoir de punir : 98, 110, 112, 121,
- Droit de punir et religion : 235-237
- Légitimité du droit de punir : 117-120, 121
- Limite du droit de punir : 193-194
- Nature humaine : 234 et ss.
- Supériorité du détenteur du droit de punir : 95, 613

Droit de ne pas punir : 48, 250 et ss. (également, ^{vis} *Amnistie – Classement sans suite – Faits justificatifs – Grâce – Prescription*)

- Ambiguïté : 251
- Droit de ne pas punir et ordre public pénal : 252
- Oubli : 266, 457, 458
- Pardon : 252, 255, 262 et ss.

Droit disciplinaire : 657, 840 et ss.

- Concept de discipline : 852
- Droit disciplinaire et droit administratif répressif : 841-842
- Droit disciplinaire et droit pénal : 840, 845, 873-879
- Droit disciplinaire "accepté" : 880 et ss., 944, 949, 977-983
- Droit disciplinaire pénitentiaire : 845 et ss., 943, 955, 968, 976, 993-994

Droits extra-pénaux : 40, 42, 52 et ss., 396, 441, 651, 654-659, 680, 681-682, 687 et ss., 842, 909, 910, 914

Droit international : 27 et ss.

Droit pénal :

- Caractère politique du droit pénal : **675**
- Dénaturation du droit pénal : **2, 392, 396-399, 400 et ss.**
- Droit pénal et religion : **235-237**
- Droit pénal administratif : **702-703**
- Droit pénal et droit disciplinaire : **905**
- Effectivité du droit pénal : **240**
- Fonction symbolique du droit pénal : **671**
- Frontières du droit pénal : **444**
- Justice contractuelle : **609 et ss.**
- Justice transactionnelle : **614 et ss.**
- Manifestations, expressions du droit pénal : **204 et ss.**
- Nécessité du droit pénal : **343**
- Paradoxe du droit pénal : **182, 205, 308, 356, 522, 1043-1044**
- Privatisation du droit pénal : **561 et ss.**
- Processus pénal : **249, 448, 478, 482**
- *Ultima ratio* : **343, 481, 483, 660-668, 1051-1057**
- Subsidiarité du droit pénal : **660-668, 914**
- Vengeance privée et origines du droit pénal : **107-109**

E

Egalité des armes : 951-953

Environnement : 438, 714

Erreur (vice de consentement) : 1100, 1107-1111, 1121

Escroquerie : 461-462, 1138

Espèce humaine : 291, 438

Etablissement pénitentiaire :

- Directeur de – : 718, 943
- Sécurité intérieure : 848

Etat :

- Etat et droit de punir : 120
- Souveraineté de l'Etat : v° Souveraineté

Etat de droit : 7, 183 et ss.

- Doctrine allemande (Rechtsstaat) : 186, 188
- Historique : 185

Etat de nature : 109, 123, 125 et ss., 181

Eugénisme : 291

Exception d'inexécution : 1209 et ss.

Exécution forcée : 1221 et ss.

Expertise : 536

Expulsion : 788-789

F

Faits justificatifs : 258 et ss.

Favoritisme : 290

Fédération sportive : 895

Flou (logique du –) : 917

Fœtus : 1162

Force de chose jugée : 359

Force majeure : 1333, 1341

Force publique : 181, 306, 311, 314, 320, 330, 357

G

Garde à vue : 313

Grâce : 269 et ss., 553

GROTIUS : 379-380

H

Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (H.A.L.D.E.) : 821, 823, 1350, 1352, 1353

Hospitalisation d'office : 313

I

Imprescriptibilité : 296 et ss.

- Crimes contre l'humanité : 297-298
- Désertion et insoumission : 297, 299
- Souveraineté pénale : 298

Imputabilité : 92, 221-224, 413-414

Imputation : v° *Personne morale*

Incrimination : 225-230

Indemnités forfaitaires : 762, 767-769

Infraction pénale :

- Effets de l'infraction : 292
- Élément injuste : 260
- Élément matériel : 229, 459
- Élément moral : 230
- Gravité des infractions : 243-246, 267, 351
- Infraction continue : 292
- Infraction d'intérêt général : 570
- Infraction instantanée : 292, 461
- Infraction matérielle ou normative : 453

- Infraction permanente : 292
- Préalable légal : 259
- Summa divisio : 243-244, 339, 452

Injonction de payer : 610

Injonction de soins : v° *Suivi socio-judiciaire*

Injonction pénale : 529

Intention : 230

Interdiction du territoire français : 784-786

Intérêt :

- Intérêts collectifs : 579 et ss.
- Intérêts de retard : 804-806
- Intérêt général : 158-159, 171, 194, 252, 267, 283, 306, 364, 565, 570 et ss., 692, 1169

Intimidation : v^{is} *Sanction pénale – Préventions spéciale et générale*

Irresponsabilité pénale : 254

J

Juge administratif : 719

Justice :

- Justice contractuelle commutative : 1092, 1171, 1173, 1177, 1182, 1202-1203, 1206, 1216, 1284
- Justice étatique : 163 et ss.

- Justice négociée : 522, 604 et ss.
- Justice privée : 121 et ss., 624, 732, 1213, 1251-1252
- Justice restaurative : 604 et ss.

Jus Talionis : v° *Loi du talion*

K

KANT : 41, 102, 379-381, 544, 551, 555

Kosmos : 206

L

Légalité criminelle : 211-215, 339-353, 445-455

- Dévalorisation de la loi pénale : 451-455
- Fonction déclarative de la loi pénale : 449
- Inflation législative pénale : 348, 446-450, 478-480
- Non-rétroactivité de la loi pénale : 553, 798, 825
- Principe de légalité et sanction pénale : 497-504, 740, 798, 825
- Principe de légalité et droits extra-pénaux : 971 et ss.

Légitime défense :

- Légitime défense et défense sociale : 154-156
- Légitime défense et droit de punir : 45, 85 et ss.
- Légitime défense et vengeance : 74 et ss.

Légitimité : 117-120, 164 et ss.

- Légitimité de l'Etat : 188-190

Lésion : 1174 et ss.

Libération conditionnelle : 512, 638, 640, 645

- Juridiction nationale de la – : 577
- Juridiction régionale de la – : 577

Libertés publiques :

- Restriction : 205, 214, 320, 330, 356, 376, 522, 587, 680, 815
- ^{vis} Droit pénal – Paradoxe du droit pénal

Licenciement (et mise à pied) : 895

Loi :

- Loi du talion : 82, 141-144, 1084, 1213, 1381
- Loi et fondement du droit de punir : 201

M

Malversation : 290

Maire : 714

Mandat : 313

Matière civile : 882 et ss.

Matière pénale (Conv. EDH) : 15, 54, 738, 760, 778-781, 800, 911 et ss., 1013, 1022

- Amende fiscale et majoration pour paiement tardif : 807-810

- Autorités administratives indépendantes : 833-839
- Contribution forfaitaire spéciale (C. trav., art. L. 341-7) : 798-799
- Droit disciplinaire "accepté" : 881, 899 et ss.
- Droit disciplinaire pénitentiaire : 855 et ss., 871-872
- Intérêts de retard : 804-806

Matière punitive (jurisprudence Cons. const.) : 799, 800, 833, 871-872, 916-917, 1013

Médiation pénale : 571, 610, 631 et ss.

Menottes (port de –) : 314

Mesure de sûreté : 533 et ss.

- Imprescriptibilité/Prescription : 301-302, 553
- Mesure de sûreté et peine : 499-503, 551-552
- Nature : 302, 553-554

Mineurs :

- Mineurs victimes : 291

Ministère public :

- Classement sans suite : 254 et ss.
- Pouvoir de sanction : 516, 519, 520, 528
- Réquisitions : 357
- Sanction pénale : 357, 505-531

Modulation de la sanction : 984 et ss.

Morale sociale : 217, 303, 449

Moralisation (et contrat) : 1090 et ss.

N

Nature humaine (humanité, espèce humaine, personne humaine) : 438

Non bis in idem : 54 et ss., 511, 883, 1006, 1017 et ss.

Normalisation/normalité : 210 et ss.

Nullité : 24, 657, 1095 et ss., 1172

O

Objet du contrat : 1113-1119, 1155 et ss.

Opportunité des poursuites : 254

Ordnungswidrigkeiten : 1055-1057

Ordonnance pénale : 358, 1052, 1054

Ordre professionnel : 890, 944

Ordre public : 205 et ss.

- Evolution de la notion : 308
- Composantes de l'ordre public : 308
- Ordre public axiologique : 216 et ss.
- Ordre public communautaire : 11
- Ordre public et contrainte : 306, 312, 324, 328
- Ordre public et droit de punir : 232 et ss.
- Ordre public et droit des étrangers : 786-787

- Ordre public pénal : 207, 209, 210 et ss., 252
- Ordre public et société : 215

P

Paix publique ou sociale : 200, 205-207, 210, 214, 219, 226, 240, 268, 273, 284, 297, 298, 307, 325, 364, 440, 479, 664, 741 (également, v^{is} *Bien commun* et *Intérêt général*)

Peine : (également, v^o *Sanction pénale*)

- Ajournement : 251, 576
- Aménagement : 265, 271, 391, 492, 531, 536, 576, 578
- Dispense : 251, 576
- Gravité des peines : 243-246, 452
- Individualisation/personnalisation de la peine : 323, 327, 358, 360, 426-428, 454, 484, 488, 490-493, 510, 531, 536, 540-541, 576, 578, 731, 988-989, 998, 1000, 1138
- Non-cumul : 352, 511
- Non-rétroactivité : 511, 740, 798, 825
- Peine accessoire ou automatique : 360, 988
- Peine de mort : 272, 376
- Peine et droit de punir : 66, 556
- Peine et mesure de sûreté : 499-503, 551-552
- Peine et sanction pénale : 498-499
- Personnalité de la peine : 353, 429-433
- Poena : 146, 369
- Prescription : 281
- Réduction de peine : 512

- Sursis : 576

Peine privée : 769, 1087, 1100, 1202, 1229 et ss., 1238 et ss.

Pénalisation (criminalisation) : 401, 476, 478-480, 793, 809, 814-815, 1066, 1067, 1075, 1351, 1375

- Processus de – : 345-346, 348, 448, 478
- Surpénalisation : 401, 477, 479, 480, 481
- Re-pénalisation : 1045 et ss., 1068, 1070, 1347

Pénologie : 575

Perben I (loi du 9 septembre 2002) : 358, 519, 1052

Perben II (loi du 9 mars 2004) : 255, 257, 291, 315, 358, 389, 415, 427, 447, 491-493, 501, 507, 510, 512-513, 522, 555, 561, 571, 578, 610, 853-854, 1052

Permis de conduire : 771 et ss.

- Retrait et suspension : 520
- Retrait de points : 765, 778-782
- Suspension administrative : 772-777

Perquisition : 313

Personne morale : 402 et ss., 1047-1050, 1054

- Action civile des – : 579 et ss.
- Culpabilité : 417, 420
- Imputation : 408, 414, 415, 416, 417
- Infraction (éléments constitutifs de l' –) : 408-409
- Principe de généralité et de spécialité : 415
- Responsabilité extra-pénale : 406
- Responsabilité pénale : 402 et ss. (spéc. 410, 412), 761
- Risque : 418

- Sanction pénale : 419 et ss.
- Societas delinquere non potest : 433
- Valeur sociale : 402

Placement sous surveillance électronique :

- Placement sous surveillance électronique fixe : 637, 640, 645
- Placement sous surveillance électronique mobile : 486, 501, 536, 637, 640, 645

Plainte préalable de l'Administration : 721-724

Pleine juridiction (recours ou tribunal de –) : 962 et ss., 997

Police :

- Police administrative : 306, 330, 332
- Police judiciaire : 306, 332

Politique criminelle : 274, 275, 344-349, 363, 400, 478, 479, 573, 1063 et ss.

Pouvoir de direction : 983

Prescription : 275 et ss., 456 et ss. (également, v° Imprescriptibilité)

- Actes interruptifs de prescription : 285, 295, 458
- Clandestinité et dissimulation : 290, 463, 468
- Définition : 277-278
- Fondement : 283-286
- Interruption du délai de prescription : 294-295
- Prescription de l'action publique : 282
- Prescription de la peine : 281, 300
- Retardement du point de départ du délai de prescription : 289-292, 459-470
- Suspension du délai de prescription : 293
- Temps : 275, 277, 278, 283

Présomption de culpabilité : 453

Présomption d'innocence : 322, 325, 453, 883, 927, 947 et ss.

- Loi du 15 juin 2000 : 358, 507, 561, 565, 577

Presse : 416

Prévention : 301, 314, 330, 356, 391

Principes fondamentaux du droit pénal et de la procédure pénale : 358, 740, 798, 824, 865, 916-917, 923, 925, 963, 1002, 1003 et ss.

Prise illégale d'intérêt : 471-473

Prix (indétermination du –) : 1119, 1190 et ss.

Procès équitable : 911, 926 et ss., 1072

Proportionnalité : 1028

- Légitime défense : 82
- Loi du talion : 143

Publicité (principe de la –) : 950, 1052

Punition :

- Acceptation de la punition : 136-137
- Approche anthropologique : 238-239
- Approche historique : 237
- Approche théologique : 235-237
- Incertitude de la punition : 508
- Punition et coercition : 370, 372
- Punition et réparation : 369
- Punition et sanction : 24, 1087
- Souffrance : 102-105, 500, 600

- Violence : 103, 105

Q

Qualifications pénales (concours) : 352

R

Raison : v° *Rationalité pénale*

Rationalité pénale : 143, 207 et ss.

- Rationalité pénale et droit de punir : 208 et ss.
- Rationalité pénale et droit de ne pas punir : 250 et ss.
- Rationalité pénale objective : v° Incrimination
- Rationalité pénale subjective : v° Imputabilité

Rationalité/irrationalité punitive : 57, 400

Recel : 292

Récidive : 389-390, 990

- Loi du 12 décembre 2005 : 322-323, 356, 389, 486, 491, 492, 501, 536, 561, 854
- Taux de – : 547

Reconduite à la frontière : 784-787

Régulation : 809 et ss.

- Définition : 809
- Régulation de la vengeance par le droit pénal : 124 et ss. (spéc. 141 à 148), 564-603

- Régulation et droits répressifs extra-pénaux : 692, 919 et ss., 1007 et ss.

Réinsertion/resocialisation : 265, 274, 388, 389, 424, 491, 508, 533, 535, 537, 541, 543-544, 575, 673, 845, 853-854

Réparation : 520, 564 et ss., 1097, 1145, 1153 (également, v° *Responsabilité civile*)

- Loi du talion : 144, 1381
- Réparation et procès pénal : 565 et ss., 622-623
- Réparation et punition : 369

Répression : v° *Punition*

- Répression administrative : v° *Droit administratif répressif*

Rescision pour cause de lésion (et révision) : 1105, 1174 et ss.

Résiliation : 1189-1194

Résolution du conflit : 919, 922

Résolution judiciaire : 1195 et ss.

- Clause résolutoire : 1202
- Résolution unilatérale : 1204

Responsabilité civile : 23, 564, 1088, 1239 et ss.

- Loi du talion : 144
- Responsabilité contractuelle : 1205, 1241 et ss.
- Responsabilité extracontractuelle (ou délictuelle) : 1289 et ss.

Responsabilité pénale : 220 et ss., 322

- Responsabilité pénale et imputabilité : 221-224
- Responsabilité morale : 540

Rétention administrative : 313, 790

Rétribution : 41-42, 57, 373 et ss., 487, 488, 489, 490, 493, 508, 532, 554-556, 909, 1061-1062, 1064, 1234

- Effacement symbolique de l'infraction : 381-382
- Nullité : 1161
- Rétribution et fondement du droit de punir : 387
- Rétribution et personne morale : 421-422, 1047, 1049
- Rétribution et prévention : 543-544, 672
- Rétribution et responsabilité civile : 1272 et ss., 1289 et ss.
- Rétribution et symbolisme pénal : 386, 1075
- Souffrance : 102, 374-377, 662, 680
- Vengeance : 102
- Victimes : 392

S

Sanction :

- Sanction administrative : 356, 732, 741-744
- Sanction civile : 1087 et ss.
- Sanction disciplinaire : 743, 840 et ss.
- Sanction et droit : 192 et ss. (spéc. 195-197)
- Sanction fiscale : 792, 801-810, 951-953, 996-999
- Sanction morale : 893-894

Sanction pénale : 336 et ss., 475 et ss. (également, v° Peine)

- Caractères afflictif et infamant : 374, 548, 680

- Conception formelle : 338-360, 496-531
- Conception substantielle : 361-392, 532-557
- Consentement à la sanction : v° Consensualisme pénologique
- Contrainte : 336, 350, 371, 375
- Droit pénal et sanction pénal : 336
- Fonction expiatoire : 381, 385, 424
- Fonction normative : 347-348
- Fonction rétributive : v° Rétribution
- Fonctions utilitaires : 388-390, 671
- Mise à exécution : 357, 506-513
- Nécessité : 340-349, 360, 391, 740, 825
- Prévention générale : 388, 389, 390, 424, 508, 522, 658, 673
- Prévention spéciale : 389, 390, 424, 508, 522, 658, 673
- Procès : 358-359
- Proportionnalité : 350-353, 360, 382, 385, 386, 391, 740, 798, 990
- Sanction pénale et peine : 498-499
- Sanction pénale et ministère public : 505-531
- Ultima ratio : 481, 483

Secte : 415

Sécurité juridique : 1168-1169, 1176, 1182, 1202

Simulation : 1121, 1165-1169

Simulation et dissimulation d'enfant : 290

Société :

- Société et droit de punir : 149 et ss.

Soft law (ou droit souple, droit mou, droit flou) : 1035 et ss.

Souveraineté : 6 et ss., 166 et ss., 693

- Autolimitation (théorie de l' –) : 188
- Commandement : 179
- Compétence de la compétence : 167, 187
- Composantes : 183
- Contrainte : 316
- Définition : 167, 169
- Domination : 178
- Droit : 174
- Etat : 169
- Historique : 168
- Limites : 172
- Pardon : 262 et ss.
- Pouvoir : 173

Souveraineté pénale : 7-8, 117, 180-182, 262 et ss., 559, 635, 665, 689-690, 692

Souveraineté punitive : 395 et ss., 663-668,

- Souveraineté punitive extra-pénale : 689-692

Suivi socio-judiciaire : 637, 645

Sûreté (droit à la –) : 313

Surveillance judiciaire : 486, 501, 536

Syndicat : 581, 583, 896

T

Témoign défaillant : 313

Transaction :

- Transaction et Administration : 725-738, 768, 999
- Transaction pénale : 50, 454, 517-518

Travail d'intérêt général : 520, 637, 639-640, 645

Tribunal :

- Définition : 928-929
- Tribunal indépendant et impartial : 927, 930 et ss.

Tromperie : 290

U

Utilitarisme : 171-172, 251, 255-256, 388, 390, 532, 544, 1075

- Utilitarisme et droit civil : 1091
- Utilitarisme et personne morale : 423-424

V

Valeurs sociales : 208-209, 216 et ss., 233 et ss., 242 et ss., 256, 258, 291, 435

- Hiérarchie entre les valeurs sociales : 242-249
- Protection générale des valeurs sociales : 217-219, 436-441

- Valeurs sociales et contrainte : 303
- Valeurs sociales et faits justificatifs : 258
- Valeurs sociales et sanction : 349

Vengeance :

- Action civile et vengeance : 590-603, 1381
- Contrat : 1213
- Devoir de vengeance : 111
- Famille, groupe et tribu : 79, 83, 101, 108
- Fonction préventive et intimidatrice : 112
- Institutionnalisation de la vengeance : 109, 111, 140 et ss.
- Rationalisation de la vengeance : 121 et ss.
- Souffrance : 102-105, 617-618
- Vengeance et légitime défense : 74 et ss.
- Vengeance privée : 98 et ss., 1084
- Vengeance et Droit : 98
- Vengeance vindicative et vengeance vindicatoire : 105, 597
- Violence : 103, 105

Vice du consentement : 1099-1100 (également, v^{is} *Dol – Erreur – Violence*)

Victime :

- Défense de rencontrer la victime : **578**
- Place de la victime dans le droit pénal : **561 et ss.**
- Victime et contrat : **1098-1102**
- Victime et crimes contre l'humanité : **297**
- Victime et pardon : **252**

Victimologie : 573-575

Vie privée : 290

Violence :

- Contrainte : 332
- Incrimination : 575
- Monopole étatique : 163, 176-179
- Nature humaine : 177
- Vengeance : 103
- Vice de consentement : 1147-1153

Vol : 230

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

I. Ouvrages généraux

ATIAS (C.), *Philosophie du droit*, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 2^{ème} éd., 2004.

AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français*, t. 1, Paris, Marchal et Billard, 4^{ème} éd., 1869.

AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec, 1992.

BARTHELEMY (J.) et DUEZ (P.), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933.

BÉNABENT (A.), *Droit civil. Les obligations*, Paris, Montchrestien, coll. Domat, 9^{ème} éd., 2003 (d.e. 10^{ème} éd., 2005).

BOULOC (B.), *Pénologie*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 3^{ème} éd., 2005.

BOUZAT (P.) et PINATEL (J.), *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. 1, Paris, Dalloz, 1963.

BRAIBANT (G.) et STIRN (B.), *Le droit administratif français*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2002.

BRUN (P.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Litec, 2005.

BUGNET (M.), *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. II, Paris, Cosse et Plon, 1861.

BURDEAU (G.), *Traité de science politique*, t. II (L'Etat), Paris, L.G.D.J., 1980.

CARBASSE (J.-M.), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, P.U.F., coll. Droit fondamental, 2^{ème} éd., 2006.

CARBONNIER (J.)

Droit civil, t. 4, *Les obligations*, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 22^{ème} éd., 2000.

Sociologie juridique, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2^{ème} éd., 2004.

CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, Paris, Sirey, 1920.

CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t. 1, Paris, Monchrestien, coll. Domat, 11^{ème} éd., 1997 (d.e. 15^{ème} éd., 2001).

CHAUVEAU (A.) et HÉLIE (F.)

Théorie du Code pénal, t. 1, Paris, Legrand et Descauriet, 1837.

Théorie du Code pénal, t. 1, Paris, L.G.D.J., 6^{ème} éd., 1887.

CŒURET (A.) et FORTIS (E.), *Droit pénal du travail*, Paris, Litec, 3^{ème} éd., 2004.

COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil*, t. 2, Paris, Dalloz, 7^{ème} éd., 1932.

CONTE (P.), *Droit pénal spécial*, Paris, Litec, 2^{ème} éd., 2005.

CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.)

La responsabilité civile délictuelle, Grenoble, P.U.G., 3^{ème} éd., 2000.

Procédure pénale, Paris, A. Colin, coll. U, 4^{ème} éd., 2002.

Droit pénal général, Paris, A. Colin, coll. U, 7^{ème} éd., 2004.

CUCHE (P.), *Précis de droit criminel*, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 1936.

DABIN (J.), *Doctrines générales de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, 1939.

DEBOVE (F.) et FALLETTI (F.), *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, P.U.F., coll. Major, 2001 (n.e. 2^{ème} éd. 2006).

DECOCQ (A.), *Droit pénal général*, Paris, A. Colin, coll. U, 1971.

DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 2004.

DECOCQ (A.), MONTREUIL (J.) et BUISSON (J.), *Le droit de la police*, Paris, Litec, 1991.

DEGEOIS (H.), *Traité de droit criminel*, Paris, 2^{ème} éd., 1922.

DE LAUBADÈRE (A.), *Traité élémentaire de droit administratif*, t. I et II, Paris, L.G.D.J., 1963 et 1967.

DE LAUBADÈRE (A.), VÉNÉZIA (J.-C.) et GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1995.

DELMAS-MARTY (M.), *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, P.U.F., 1992.

DEMOLOMBE (Ch.), *Traité des contrats*, vol. 24, 2^{ème} éd., 1870.

DESPORTES (F.) et LE GUNEHÉC (F.), *Droit pénal général*, Paris, Economica, 12^{ème} éd., 2005.

DONNEDIEU DE VABRES (H.), *Traité élémentaire de droit criminel et législation pénale comparée*, Paris, Sirey, 1938 et 3^{ème} éd., 1947.

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, t. I et II, Paris, Fontemoing, 3^{ème} éd., 1927-1930.

ELLUL (J.), *Histoire des institutions. 3. Le Moyen Age*, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 1976.

ESMEIN (A.)

Droit constitutionnel, Paris, Larose, 1909.

Cours élémentaire d'Histoire du droit français, Paris, Sirey, 11^{ème} éd., 1912.

Eléments de droit constitutionnel français et comparé, t. I, Paris, Sirey, 7^{ème} éd., 1921 et 8^{ème} éd., 1927, revue par H. Nézard.

Eléments de droit constitutionnel français et comparé, Paris, éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2001.

FABRE-MAGNAN (M.), *Les obligations*, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 2004.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Paris, A. Colin, 11^{ème} éd., 2004.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), FLOUR (Y.) et SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, Paris, A. Colin, 4^{ème} éd., 2006.

FRANCK (A.), *Philosophie du droit pénal*, Paris, Germer Baillière, 1880.

GARÇON (E.)

Le droit pénal. Origines, évolution, état actuel, Paris, Payot, 1922.

Code pénal annoté, 2^{ème} éd. par Rousselet (M.), Patin (M.) et Ancel (M.), Paris, Sirey, 1952 à 1959.

GARÉ (T.) et GINESTET (C.), *Droit pénal, procédure pénale*, Paris, Dalloz, coll. Hyper-cours, 2^{ème} éd., 2002 (n.e. 4^{ème} éd., 2006).

GARRAUD (R.)

Traité théorique et pratique du droit pénal français, t. I, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 2^{ème} éd., 1898.

Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, t. I, Paris, Sirey, 1907.

Précis de droit criminel, Paris, Sirey, 9^{ème} éd., 1907.

Traité de droit pénal français, t. II, Paris, 3^{ème} éd., 1914.

Précis de droit criminel, Paris, Sirey, 15^{ème} éd., 1934.

GARRAUD (P.) et LABORDE-LACOSTE (M.)

Précis élémentaire de droit pénal, Paris, Sirey, 3^{ème} éd., 1937.

Exposé méthodique de droit pénal, Paris, Sirey, 4^{ème} éd., 1942.

GASSIN (R.), *Criminologie*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 5^{ème} éd., 2003.

GAZZANIGA (J.-L.), *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, 1992.

GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLAU (M.), *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, Paris, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 2001.

GUINCHARD (S.) et BUISSON (J.), *Procédure pénale*, Paris, Litec, 3^{ème} éd., 2005.

GUINCHARD (S.) *et al.*, *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 3^{ème} éd., 2005.

HAURIOU (M.)

Principes de droit public, Paris, Sirey, 2^{ème} éd., 1916.

Précis de droit constitutionnel, Paris, Sirey, 1929.

Précis de droit administratif et de droit public, Paris, Dalloz, 12^{ème} éd., 2002.

HAUS (J.-J.), *Principes généraux du droit pénal belge*, Paris, E. Thorin, 3^{ème} éd., 1879.

HEYMANN-DOAT (A.), *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 7^{ème} éd., 2002.

HUET (A.) et KOERING-JOULIN (R.), *Droit pénal international*, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 3^{ème} éd., 2005.

JEANDIDIER (W.)

Droit pénal général, Paris, Montchrestien, 2^{ème} éd., 1991.

Droit pénal des affaires, Paris, Dalloz, coll. Précis, 6^{ème} éd., 2005.

JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, t. II, Paris, Sirey, 1933.

JOUSSE (D.), *Traité de la justice criminelle*, Paris, Debure père, 1771 et 1777.

LAFERRIÈRE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1888.

LAINGUI (A.), *Histoire du droit pénal*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 1992.

LARGUIER (J.)

Le droit pénal, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 10^{ème} éd., 1990 (*d.e.* 16^{ème} éd., 2005).

Procédure pénale, Paris, Dalloz, coll. Mémentos, 20^{ème} éd., 2004 (*n.e.* 21^{ème} éd., 2006, avec Ph. CONTE).

LEBRETON (G.), *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Paris, A. Colin, coll. U, 7^{ème} éd., 2005.

LE CANNU (P.), *Droit des sociétés*, Paris, Montchrestien, 2^{ème} éd., 2003.

LECLERCQ (C.), *Libertés publiques*, Paris, Litec, 5^{ème} éd., 2003.

LEROY (J.), *Droit pénal général*, Paris, L.G.D.J., 2003.

LE TOURNEAU (P.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 2004.

LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVÉ (P.) et GENEVOIS (B.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 14^{ème} éd., 2003.

LOPEZ (G.), *Victimologie*, Paris, Dalloz, 1997.

MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit des obligations. Régime général*, Grenoble, P.U.G., 2005.

MALAUURIE (P.), *Les personnes. Les incapacités*, Paris, Defrénois, coll. Droit civil, 2004 (*d.e.* 2^{ème} éd., 2005).

MALAUURIE (P.) et AYNÈS (L.), *Cours de droit civil*, Paris, Cujas, 1994.

MALAUURIE (P.) et MORVAN (P.), *Droit civil. Introduction générale*, Paris, Defrénois, coll. Droit civil, 2003 (*d.e.* 2^{ème} éd., 2005).

MALAUURIE (P.), AYNÈS (L.), et STOFFEL-MUNCK (P.), *Les obligations*, Paris, Defrénois, coll. Droit civil, 2^{ème} éd., 2005.

MALINVAUD (P.), *Droit des obligations*, Paris, Litec, 9^{ème} éd., 2005.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.)

Introduction à l'étude du droit, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 1972.

Droit civil. Les obligations, t. I, Paris, Sirey, 2^{ème} éd., 1988.

MARTY (G.), RAYNAUD (P.) et JESTAZ (Ph.), *Droit civil. Les obligations*, t. 2, *Le régime*, Paris, Sirey, 2^{ème} éd., 1989.

MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, 2004.

MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, t. II, *Obligations, théorie générale*, vol. 1, Paris, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998.

MERLE (R.) et VITU (A.)

Traité de droit criminel, t. 1, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Paris, Cujas, 7^{ème} éd., 1997.

Traité de droit criminel, t. 2, *Procédure pénale*, Paris, Cujas, 5^{ème} éd., 2001.

NÉGRIER-DORMONT (L.) et TZITZIS (S.), *Criminologie de l'acte et philosophie pénale. De l'ontologie criminelle des Anciens à la victimologie appliquée des Modernes*, Paris, Litec, 1994.

NÉZARD (H.), *Eléments de droit public*, Paris, Juven et Rousseau, 1911.

NGUYEN QUOC DINH, DAILLIER (P.) et PELLET (A.), *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 7^{ème} éd., 2002.

ORTOLAN (J.), *Eléments de droit pénal*, t. II, Paris, 4^{ème} éd., 1875.

PACTET (P.), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Masson, 11^{ème} éd., 1992. (d.e. 22^{ème} éd., 2003).

PLANIOL (M.)

Traité élémentaire de droit civil, t. II, Paris, éd. Pichon, 1900.

Traité élémentaire de droit civil, t. II, Paris, L.G.D.J., 1926.

PONCELA (P.), *Droit de la peine*, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, 2^{ème} éd., 2001.

PRADEL (J.)

Traité de droit pénal et de science criminelle comparée, Paris, Cujas, 12^{ème} éd., 1999.

Droit pénal comparé, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 2002.

Droit pénal général, Paris, Cujas, 15^{ème} éd., 2004 (n.e. 16^{ème} éd., 2006).

Procédure pénale, Paris, Cujas, 12^{ème} éd., 2004 (n.e. 13^{ème} éd., 2006).

PRADEL (J.) et CORSTENS (G.), *Droit pénal européen*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 2002.

PRADEL (J.) et VARINARD (A.)

Les grands arrêts de la procédure pénale, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2003.

Les grands arrêts du droit pénal général, Paris, Dalloz, 5^{ème} éd., 2005.

PUECH (M.), *Droit pénal général*, Paris, Litec, 1988.

RASSAT (M.-L.)

Traité de procédure pénale, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, 2001.

Droit pénal spécial. Infractions des et contre les particuliers, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2004 (n.e. 5^{ème} éd., 2006).

Droit pénal général, Paris, éd. Ellipses, 2004.

RENUCCI (J.-F.)

Droit pénal économique, Paris, Masson, A. Colin, coll. U, 1997.

Droit européen des droits de l'homme, Paris, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 2002.

RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité de droit civil*, t. 2, *Obligations et droits réels*, Paris, L.G.D.J., 1957.

ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 6^{ème} éd., 2005.

ROSSI (P.)

Traité de droit pénal, t. 2, Genève, Satelet, 1829.

Traité de droit pénal, t. 1, Paris, Guillaumin, 4^{ème} éd., 1872.

ROULAND (N.), *Anthropologie juridique*, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, 1988.

ROUQUETTE (R.), *Dictionnaire du droit administratif*, Paris, éd. du Moniteur, 2002.

ROUX (J.-A.), *Cours de droit criminel français*, 2 volumes, Paris, 2^{ème} éd., 1927.

SAÏDJ (L.), *Finances publiques*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2003.

SCARANO (J.-P.), *Institutions juridictionnelles*, Paris, éd. Ellipses, 6^{ème} éd., 2003 (n.e. 9^{ème} éd., 2006).

SCELLE (G.), *Précis de droit des gens*, Paris, Sirey, 1932.

SÉRIAUX (A.), *Droit des obligations*, Paris, P.U.F., 2^{ème} éd., 1998.

SOYER (J.-C.), *Droit pénal et procédure pénale*, Paris, L.G.D.J., 14^{ème} éd., 1999 (n.e. 19^{ème} éd., 2006).

STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.)

Introduction au droit, Paris, Litec, 4^{ème} éd., 1996.

Obligations, t. 1, *Responsabilité délictuelle*, Paris, Litec, 5^{ème} éd., 1996.

Obligations, t. 2, *Contrat*, Paris, Litec, 6^{ème} éd., 1998.

STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.)

Procédure pénale, Paris, Dalloz, coll. Précis, 19^{ème} éd., 2004. (n.e. 20^{ème} éd., 2006).

Droit pénal général, Paris, Dalloz, coll. Précis, 19^{ème} éd., 2005.

SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, 7^{ème} éd., 2005 (n.e. 8^{ème} éd., 2006).

TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 6^{ème} éd., 2003 (n.e. 7^{ème} éd., 2006).

TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 9^{ème} éd., 2005.

VALDRINI (P.), VERNAY (J.), DURAND (J.-P.) et ECHAPPÉ (O.), *Droit canonique*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 1999.

VEDEL (G.) et DELVOLLE (P.), *Droit administratif*, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 8^{ème} éd., 1982.

VÉRON (M.), *Droit pénal spécial*, Paris, A. Colin, 7^{ème} éd., 1999 (n.e. 11^{ème} éd., 2006).

VIDAL (G.) et MAGNOL (J.), *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 2 tomes, Paris, Rousseau et Cie éd., 9^{ème} éd., 1949.

VINCENT (J.) et al., *Institutions judiciaires*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 6^{ème} éd., 2001 (d.e. 8^{ème} éd., 2005).

VINEY (G.), *Introduction à la responsabilité* in GHESTIN (J.) (sous la dir.), *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1995.

VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), *Les effets de la responsabilité* in GHESTIN (J.) (sous la dir.), *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 2001.

VITU (A.), *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Paris, Cujas, 1982.

VOUIN (R.), *Manuel de droit criminel*, Paris, L.G.D.J., 1949.

VOUIN (R.) et LÉAUTÉ (J.), *Droit pénal et criminologie*, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 1956.

WALINE (M)

Traité élémentaire de droit administratif, Paris, Sirey, 1946.

Droit administratif, Paris, Sirey, 7^{ème} éd., 1957 et 9^{ème} éd., 1963.

WEILL (A.) et TERRÉ (F.), *Droit civil. Introduction générale*, Paris, Dalloz, 1979.

II. Ouvrages spéciaux et thèses

ANCEL (M.)

La défense sociale nouvelle, Paris, Cujas, 3^{ème} éd., 1981.

La défense sociale, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 1985.

De l'individualisation de la peine à la dépenalisation. Un courant moderne de politique criminelle, Coimbra, 1987.

BADINTER (R.), *Projet de nouveau Code pénal*, Paris, Dalloz, 1988.

BAKER (C.), *Pourquoi faudrait-il punir ? Sur l'abolition du système pénal*, Lyon, éd. tahin party, 2004.

BARRET-KRIEGEL (B.), [V. KRIEGEL (B.)]

BASDEVANT-GAUDEMET (B.), *Aux origines de l'Etat moderne*, Charles Loyseau, Paris, Economica, 1977.

BASSINET (M.), *De l'abolition de la peine de mort, précédée de quelques réflexions sur le droit de punir*, Nevers, 1847.

BATIFFOL (H.), *La philosophie du droit*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 1989.

BEAUD (O.), *La puissance de l'Etat*, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 1994.

BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, Paris, éd. GF Flammarion, 1991.

BELLISSANT (J.), *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat. A propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J., 2001.

BENTHAM (J.)

Œuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais, t. I, Traité de législation civile et pénale, Bruxelles, 1829.

Théorie des peines et des récompenses, Bruxelles, Société Belge de Librairie, 1840.

Panoptique. Mémoire sur un nouveau principe pour construire des maisons d'inspection, et nommément des maisons de force, Paris, Fayard, Mille et une nuits, 2002.

BENVENISTE (E.), *Vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris, éd. de Minuit, 1969.

BERNARD (P.), *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1962.

BERTAULD (A.), *Le droit de punir et M. Franck*, Caen, 1864.

BILLIER (J.-C.) et MARYIOLI (A.), *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, A. Colin, 2001.

BODIN (J.)

Methodus ad facilem historiarum cognitionem, trad. P. Mesnard sous le titre *La méthode de l'histoire* in BODIN (J.), *Œuvres philosophiques*, Paris, P.U.F., 1951.

Les Six Livres de la République, Paris, Fayard, 1986.

BONASSIES (P.), *Le dol dans la conclusion des contrats*, thèse, Lille, 1955.

BONFILS (P.), *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2000.

BOSKOVIC (O.), *La réparation du préjudice en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 2003.

BOUTET (D.), *Vers l'Etat de droit. La théorie de l'Etat et du droit*, Paris, l'Harmattan, 1991.

BRAUD (P.), *Science politique.2 : L'Etat*, Paris, éd. du Seuil, coll. Points-Essais, 1997.

BREEN (E.), *Gouverner et punir. Le rôle de l'Exécutif dans les procédures répressives*, Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit, 2003.

BRUNET (C.), *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, thèse, Paris, 1973.

BUISSON (J.), *L'acte de police*, thèse, Lyon-III, 1988.

BURDEAU (G.), *L'Etat*, Paris, Seuil, coll. Points Essais, 1970.

CARIO (R.)

Pour une approche globale et intégrée du phénomène criminel, Paris, L'Harmattan, 2^{ème} éd., 1997.

Victimologie. De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale, Paris, L'Harmattan, 2^{ème} éd., 2001.

CARVAL (S.), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, L.G.D.J., 1995.

CASADAMONT (G.) et PONCELA (P.), *Il n'y a pas de peine juste*, Paris, Odile Jacob, 2004.

CASTAGNÈDE (B.), *La répartition des compétences juridictionnelles en matière fiscale, en droit français*, thèse, Paris-I, 1972.

CAZE-GAILLARDE (N.), *L'ordre public pénal. Essai sur la dimension substantielle de la notion*, thèse, Lyon-III, 2003.

CÉRÉ (J.-P.)

Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen, Paris, L'Harmattan, 1999.

Le permis à points, Paris, L'Harmattan, 2001.

CERF-HOLLENDER (A.), *Le déclin du principe de la légalité en droit pénal du travail*, thèse, Montpellier I, 1992.

CHAVENT (A.-S.), *La proportionnalité et le droit pénal général*, thèse, Lyon-III, 2002.

CHEVALLIER (J.), *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, coll. Clefs/Politique, 1992.

CHEVALLIER-GOVERS (C.), *De la coopération à l'intégration policière dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

CICÉRON, *De Republica*, Paris, Garnier-Flammarion, 1954.

CLERGERIE (J.-L.), *Le principe de subsidiarité*, Paris, Ellipses, 1997.

COUTANT-LAPALUS (C.), *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2002.

COUTU (M.), *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, L.G.D.J., 1995.

CUSSON (M.), *Pourquoi punir ?*, Paris, Dalloz, 1987.

D'AMBRA (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Paris, L.G.D.J., 1994.

DANA (A.-C.), *Essai sur la notion d'infraction pénale*, thèse, Lyon-III, 1980.

DANTI-JUAN (M.), *L'égalité en droit pénal*, Paris, éd. Cujas, 1987.

DASKALAKIS (E.), *Réflexions sur la responsabilité pénale*, Paris, P.U.F., 1975.

DE BÉCHILLON (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997.

DEBUYST (C.), DIGNEFFE (F.) et P. PIRES (A.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Paris, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 1998.

DE GIRARDIN (E.), *Du droit de punir*, Paris, Plon, 1871.

DEGOFFE (M.), *Droit de la sanction non pénale*, Paris, Economica, 2000.

DELLIS (G.), *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, Paris, L.G.D.J., 1997.

DELMAS-MARTY (M.)

Les chemins de la répression, Paris, P.U.F., 1980.

Le flou du droit, Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit, 1986.

Pour un droit commun, Paris, éd. du Seuil, 1994.

DELMAS-MARTY (M.) et TEITGEN-COLLY (C.), *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, Economica, 1992.

DELPÉRÉE (F.), *L'élaboration du droit disciplinaire de la fonction publique*, Paris, L.G.D.J., 1969.

DEL VECCHIO (G.), *Leçons de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1936.

DE MAISTRE (J.)

Les Soirées de Saint-Pétersbourg ou Entretiens sur le gouvernement temporel de la Providence, 2 vol., Paris, in 8°, 1821.

De la souveraineté du peuple. Un anti-contrat social, Paris, P.U.F., coll. Questions, 1992.

DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, éd. La Mémoire du Droit, 2001.

DEUMIER (P.), *Le droit spontané*, Paris, Economica, 2002.

DONNEDIEU DE VABRES (H.), *La justice pénale d'aujourd'hui*, Paris, A. Colin, 3^{ème} éd., 1948.

DRAÏ (R.), *Le mythe de la loi du talion*, éd. Antropos, 1996.

DU CHAFFAUT (L.), *Etude sur le fondement du droit de punir*, thèse, Aix-Marseille, 1907.

DUPRÉ-DALLEMAGNE (A.-S.), *La force contraignante du rapport d'obligation*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2004.

DURKHEIM (E.)

L'éducation morale, Paris, P.U.F., 1974.

De la division du travail social, Paris, P.U.F., 1991.

DWORKIN (R.), *L'empire du droit*, trad. E. Soubrenie, Paris, P.U.F., 1994.

EKEU (J.-P.), *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé*, Paris, Cujas, 1993.

ESCHYLE, *Orestie*, Paris, Garnier-Flammarion, 2001.

EXPOSITO (W.), *La justice pénale et les interférences consensuelles*, thèse, Lyon-III, 2005.

FABRE (Y.), *Essai sur la nature juridique du dol dans la formation des contrats*, thèse, Toulouse, 1941.

FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 1992.

FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1997.

FALLETTI (F.) et DEBOVE (F.), *Planète criminelle. Le crime, phénomène social du siècle*, Paris, P.U.F., coll. Criminalité internationale, 1998.

FARJAT (G.), *Pour un droit économique*, Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit, 2004.

FAURE ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers, L.G.D.J., 2003.

FERRERO (G.), *Le pouvoir, Les génies invisibles de la Cité*, Paris, Hachette, 1988.

FERRI (E.), *La sociologie criminelle*, Paris, Alcan, 1^{ère} éd., 1893 et 2^{ème} éd. 1905.

FINET (A.), *Le Code de Hammurapi*, Paris, éd. du Cerf, 1983.

FISCHER (J.), *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2004.

FOUCAULT (M.), *Surveiller et punir*, Paris, éd. Gallimard, coll. Tel, 1975.

GARAPON (A.), *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner. Pour une justice internationale*, Paris, Odile Jacob, 2002.

GARAPON (A.), GROS (F.) et PECH (T.), *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2001.

GAROFALO (R.), *Criminologie*, Paris, Alcan, 1888 et 1905.

GAST (M.), *Du droit de punir*, discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour impériale de Colmar le 3 novembre 1885.

GENINET (B.), *Etude critique de la personnalisation de la peine*, thèse, Paris I, 2000.

GENY (F.), *Science et technique en Droit privé positif*, t. 1, Paris, Sirey, 1913.

GHESTIN (J.), *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, L.G.D.J., 1963.

GIERKE (O.), *Le fondement du droit public et les nouvelles théories du droit public*, Tübingen, 1874.

GIRARD (P.-F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Dalloz, 2003.

GIRARD (R.)

La violence et le sacré, Paris, Grasset, 1972.

Des choses cachées depuis la fondation du monde, Paris, Grasset, 1978.

GIROT (M.), *La dépenalisation : un instrument au service du droit pénal*, thèse, Poitiers, 1994.

GIUDICELLI (P.), *Les contraventions de grande voirie*, thèse, Paris, 1957.

GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, Dijon, 1912.

GOYARD-FABRE (S.)

Pufendorf et le droit naturel, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 1994.

La philosophie du droit de Kant, Paris, Vrin, 1996.

GRAMATICA (F.), *Principes de défense sociale*, Paris, 1964.

GRARE (C.), *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle : l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Paris, Dalloz, 2005.

GROSSER (P.), *Les remèdes à l'inexécution du contrat. Essai de classification*, thèse, Paris I, 2000.

GROTIUS (H.), *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, P.U.F., 1999.

GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 1992.

GUINCHARD (A.), *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale. Du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, Paris, L.G.D.J., 2003.

GUIRAUD (J.), *L'inquisition médiévale*, Tallandier, 1978.

HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 4^{ème} éd., 1994.

HEGEL (F.)

Principes de la Philosophie du Droit, Paris, Gallimard, 1940.

Principes de la Philosophie du Droit, Paris, éd. R. Dérathé, 1975.

HÉLIE (F.), *Introduction et commentaire à Des délits et des peines de Beccaria*, éd. d'aujourd'hui, 1980.

HENZELIN (M.), *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe d'universalité*, Helbing et Lichtenhahn, Faculté de droit de Genève, Bruylant, 2000.

HERZOG-EVANS (M.), *La gestion du comportement du détenu. Essai de droit disciplinaire*, Paris, l'Harmattan, 1998.

HOBBS (T.)

Le Citoyen ou les fondements de la politique, Paris, Flammarion, 1982.

Œuvres, t. X, Paris, Vrin, 1990.

Léviathan, trad. F. Tricaud, Paris, Sirey, 1971, réimpression, Paris, Dalloz, 1999.

HÖFFE (O.), *Introduction à la philosophie pratique de Kant. La morale, le droit et la religion*, Paris, Vrin, 1993.

HUET (J.), *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse, Paris II, 1978.

HUGUENEY (L.), *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse, Paris, Arthur Rousseau éd., 1904.

HULSMAN (L.) et BERNAT DE CELIS (J.), *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, Le Centurion, 1982.

JACOMET (P.), *Essai sur les sanctions civiles de caractère pénal en droit français*, thèse, Paris, Arthur Rousseau éd., 1905.

JAULT (A.), *La notion de peine privée*, Paris, L.G.D.J., 2005.

JELLINEK (G.), *L'Etat moderne et son droit*, Paris, 1911, réimpression, Paris, éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2005.

JOLY (H.), *Le combat contre le crime*, Paris, Léopold Cerf, 1880.

JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (L.), *De la règle « nulla poena sine lege »*, thèse, Paris, 1910.

KANT (E.)

Métaphysique des mœurs, Première partie : Doctrine du droit, Paris, Vrin, 1979.

Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique, trad. J.-M. Muglioni, Paris, éd. Bordas, 1981.

Critique de la raison pratique, Paris, P.U.F., 1985.

Idée d'une histoire universelle d'un point de vue cosmopolitique, trad. J.-C. Goddard, Paris, Hachette, coll. Classiques Hachette, 1997.

KARIMI (A.), *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Paris, L.G.D.J., 2001.

KELSEN (H.)

Society and Nature, Chicago, University of Chicago Press, 1943.

Théorie pure du droit, trad. H. Thévenaz, Neuchâtel, éd. de la Baconnière, 1988.

Théorie générale des normes, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 1996.

Théorie générale du droit et de l'Etat, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Bruylant, 1997.

KENEL (Ph.), *La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais*, Genève, Droz, 1991.

KLEIN (C.), *La police du domaine public*, Paris, L.G.D.J., 1966.

KRIEGEL (B.)

L'Etat et les esclaves, Paris, Payot, 1989.

Etat de droit ou Empire ?, Paris, Bayard, 2002.

LA BOÉTIE (E.), *Discours de la servitude volontaire*, Paris, éd. Payot, 1976.

LACROIX (J.), *Philosophie de la culpabilité*, Paris, P.U.F., 1977.

LAFAY (F.), *Le pouvoir modérateur du juge en droit privé*, thèse, Lyon-III, 2004.

LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004.

LANNES (J.), *Les contraventions de grande voirie*, Paris, éd. de L'Actualité juridique, 1971.

LASCOUMES (P.), PONCELA (P.) et LENOËL (P.), *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, Paris, Hachette, 1989.

LEFEBVRE (J.-P.) et MACHEREY (P.), *Hegel et la société*, Paris, P.U.F., coll. Philosophies, 1984.

LÉGAL (A.) et BRETHER DE LA GRESSAYE (J.), *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Paris, Sirey, 1938.

LE GALL (M.), *Le droit de punir, d'après la science positive*, procès-verbal de l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Lyon du 16 octobre 1885.

LE LABOUREUR (J.), *Histoire du gouvernement de la France, de l'origine et de l'autorité des pairs du Royaume et du Parlement*, 2 vol., La Haye et Francfort, 1740.

LEPADATESCU (M.), *Le fondement du droit de punir. Histoire des principaux systèmes proposés et esquisse d'une théorie nouvelle*, thèse, Paris, 1933.

LE ROUX (M.), *Contravention de grande voirie, domaine public naturel et protection pénale de l'environnement*, thèse, Nantes, 1999.

LEROY (J.), *La constitution de partie civile à fins vindicatives*, thèse, Paris XII, 1990.

LESPARRE (J.), *Le consentement du délinquant*, thèse, Bordeaux I, 1994.

LESSAY (F.), *Souveraineté et légitimité chez Hobbes*, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 1988.

LETURCQ (S.), *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 2005.

LEVY (T.), *Le désir de punir. Essai sur le privilège pénal*, Paris, Fayard, 1979.

LIVINGSTON (E.), *Exposé d'un système de législation criminelle pour l'Etat de la Louisiane et pour les Etats-Unis d'Amérique*, 2 vol., Paris, Guillaumin, 1872.

LOBROT (M.), *Pour ou contre l'autorité*, Paris, Gauthier-Villars, 1973.

LOCKE (J.)

Traité du Gouvernement civil, Paris, Garnier-Flammarion, 1992.

Le Second Traité de gouvernement, Paris, P.U.F., 1994.

LOMBROSO (C.)

L'homme criminel, trad. française de la 5^{ème} éd. italienne, 2 vol. Paris, Alcan, 1895.

Le crime, causes et remèdes, Paris, Alcan, 1899.

LOYSEAU (C.), *Traité des seigneuries*, Paris, 1608.

MAC INTYRE (A.), *Quelle justice ? Quelle rationalité ?*, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 1993.

MAGNOL (J.), *L'avant-projet de révision de Code pénal français*, Paris, Sirey, 1934 .

MAIRET (G.), *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Paris, Gallimard, coll. Folio/Essais, 1997.

MALAUURIE (Ph.), *L'ordre public et le contrat, étude de droit civil comparé, France, Angleterre, URSS*, Reims, éd. Matot-Braine, 1953.

MASSAT (E.), *Le pouvoir disciplinaire de l'administration sur les usagers des services publics*, thèse, Toulouse, 2002.

MAULIN (E.), *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 2003.

MAUS (I.), *De la justice pénale. Etude philosophique sur le droit de punir*, Paris, Félix Alcan, 2^{ème} éd., 1891.

MAZEAUD (D.), *La notion de clause pénale*, Paris, L.G.D.J., 1992.

MBANZOULOU (P.), *La médiation pénale*, Paris, L'Harmattan, 2002.

MERLE (R.), *La pénitence et la peine*, Paris, éd. du Cerf, 1985.

MESTRE (A.), *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, thèse, Paris, 1899.

MICHOUD (L.), *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. I, Paris, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 1932.

MODERNE (F.), *Sanctions administratives et justice constitutionnelle. Contribution à l'étude du jus puniendi de l'Etat dans les démocraties contemporaines*, Paris, Economica, 1993.

MOURGEON (J.), *La répression administrative*, Paris, L.G.D.J., 1967.

MOUTON (E.), *Le devoir de punir. Introduction à l'histoire et à la théorie du droit de punir*, Paris, Librairie Léopold Cerf, 1887.

MUNCH (J.-P.), *La sanction administrative*, thèse, Paris, 1947.

MUYART DE VOUGLANS (M.), *Réfutation des Principes hasardés dans le « Traité des délits et des peines »*, Lausanne, Desaint Librairie, 1767.

NÉEL (B.), *Les pénalités fiscales et douanières*, Paris, Economica, 1989.

NOZICK (R.), *Anarchie, Etat et utopie*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 1988.

OTTENHOF (R.), *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, Paris, L.G.D.J., 1970.

OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2002.

PALAYRET (G.), *La société, le droit et l'Etat moderne*, Paris, éd. Ellipses, 1998.

PANSIER (F.-J.), *La peine et le droit*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 1994.

PAULIN (Ch.), *La clause résolutoire*, Paris, L.G.D.J., 1996.

PÉCHILLON (E.), *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, Paris, L.G.D.J., 1998.

PERELMAN (Ch.), *Ethique et droit*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1990.

PERRET (J.-M.), *Les contraventions de grande voirie*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 1994.

PICHERAL (C.), *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris, la Documentation française, 2001.

PIMONT (S.), *L'économie du contrat*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2004.

PIN (X.), *Le consentement en matière pénale*, Paris, L.G.D.J., 2002.

PLANQUE (J.-C.), *La détermination de la personne morale pénalement responsable*, Paris, L'Harmattan, 2003.

PLATON, *Gorgias*, Paris, GF Flammarion, 1987.

POELEMANS (M.), *La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004.

PONCELA (P.) et LASCOUMES (P.), *Réformer le Code pénal. Où est passé l'architecte ?*, Paris, P.U.F., 1998.

PORRET (M.), *Beccaria. Le droit de punir*, Paris, éd. Michalon, 2003.

PORTALIS (J.-E.), *Discours préliminaire au projet de Code civil in Naissance du Code civil*, Paris, Flammarion, 1989.

PRADEL (J.), *Histoire des doctrines pénales*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 2^{ème} éd., 1991.

PRINS (A.)

Criminalité et répression, Etude de science pénale, Bruxelles, Muquart, 1886.

La défense sociale et les transformations du droit pénal, Bruxelles, Misch et Thron, 1910.

PUFENDORF (S.), *Le Droit de la nature et des gens*, trad. J. Barbeyrac, Caen, Université de Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1989.

RAWLS (J.), *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, coll. Points Essais, 1997.

REBUT (D.), *L'omission en droit pénal. Pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, thèse, Lyon-III, 1993.

REDOR (M.-J.), *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris, Economica, 1992.

RICHIER (G.), *De la responsabilité pénale des personnes morales*, thèse, Lyon, 1943.

RICŒUR (P.)

Le mythe de la peine, Paris, éd. Aubier/Montaigne, 1967.

Le Juste, vol. 1, Paris, éd. Esprit, 1995.

RICOL(J.), *Les tendances du droit disciplinaire*, thèse, Toulouse, 1908.

RIEG (A.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, thèse, Strasbourg, 1961.

RIGALLE-DUMETZ (C.), *La résolution partielle du contrat*, Paris, Dalloz, 2003.

RIPERT (G.)

La règle morale dans les obligations civiles, Paris, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1949.

Les forces créatrices du droit, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1955.

RIVIÈRE (F.), *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, réimpression, Paris, Dalloz, 2002.

ROUBIER (P.)

Théorie générale du droit, Paris, Sirey, 1951.

Droits subjectifs et situations juridiques, Paris, Dalloz, 1963.

ROUJOU DE BOUBÉE (M.-E.), *Essai sur la notion de réparation*, Paris, L.G.D.J., 1974.

ROUSSEAU (J.-J.)

Œuvres complètes, III, Paris, Gallimard, 1964.

Du contrat social, Paris, Garnier-Flammarion, 1966.

SAAS (C.), *L'ajournement du prononcé de la peine. Césure et recomposition du procès pénal*, Paris, Dalloz, 2004.

SALAS (D.), *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette Littératures, 2005.

SALEILLES (R.)

La théorie générale de l'obligation, Paris, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 1925.

L'individualisation de la peine, Paris, Alcan, 1927.

SARTRE (J.-P.), *L'existentialisme est un humanisme*, Paris, éd. Nagel, coll. Pensées, 1970.

SENKOVIC (P.), *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

STARCK (B.), *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse, éd. Rodstein, 1947.

TERREL (J.), *Les théories du pacte social*, Paris, Seuil, coll. Points Essais, 2001.

TISSEIRE (F.), *Histoire des systèmes sur le fondement du droit de punir et théorie de la pénalité*, thèse, Toulouse, Imprimerie F. Tardieu, 1890.

TISSOT (J.), *Le droit pénal étudié dans ses principes*, t. I, Paris, 1881.

TÖNNIES (F.), *Communauté et Société*, I, Paris, P.U.F., 1944.

TRICOT (B.) et HADAS-LEBEL (R.), *Les institutions politiques françaises*, Paris, Dalloz, 1985.

VALOTEAU (A.), *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2006.

VAN DE KERCHOVE (M.)

Le droit sans peines, aspects de la dépénalisation en Belgique et aux Etats-Unis, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.

Quand dire, c'est punir, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005.

VAN DE KERCHOVE (M.) et OST (F.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit 1988.

VANDEKERCKHOVE (L.), *La punition mise à nu. Pénalisation et criminalisation du suicide dans l'Europe médiévale et d'Ancien Régime*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

VARAUT (J.-M.), *Le droit au droit*, Paris, P.U.F., 1986.

VARINARD (A.), *La prescription de l'action publique. Sa nature juridique : droit matériel, droit formel*, thèse, Lyon-II, 1973.

VERVAELE (J.), *La fraude communautaire et le droit pénal européen des affaires*, Paris, P.U.F., 1993.

VILLARD (E.), *Le droit de punir et Joseph de Maistre*, audience solennelle de rentrée du 16 octobre 1886 de la Cour d'appel de Nancy.

VINCENT-LEGOUX (M.-C.), *L'ordre public. Etude de droit comparé interne*, Paris, P.U.F., 2001.

VOLFF (J.), *Le ministère public*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 1998.

VON HAYEK (F.A.)

Droit, législation et liberté, vol. 1, « Règles et ordre », Paris, P.U.F., 1992.

Droit, législation et liberté, vol. 3, trad. R. Audouin, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 1995.

VON HENTIG (H.), *The criminal and his victim*, New Haven, Yale University Press, 1948.

VON HIRSCH (A.), *Doing Justice. The Choice of Punishment*, New York, Hill and Wang, 1976.

VON JHERING (R.), *L'évolution du droit*, Paris, Maresq, 1891.

VON VATTEL (E.), *Le droit des gens*, Paris, Guillaumin, 1863.

WEBER (M.)

Le Savant et le Politique, trad. J. Freund, coll. 10-18, Paris, éd. Plon, 1959.

Economie et Société, t. I, Paris, Plon, 1995.

WILDMAN (R.), *Le retrait du permis de conduire*, thèse, Lyon, 1972.

ZAKI (M. S.), *Normes juridiques et valeurs sociales dans la faute pénale par imprudence*, thèse, Paris-II, 1975.

ZEROUKI (D.), *La légalité criminelle. Enrichissement de la conception formelle par une conception matérielle*, thèse, Lyon-III, 2001.

III. Ouvrages collectifs, colloques et mélanges

ANCEL (M.) (sous la dir.), *L'individualisation des mesures prises à l'égard du délinquant*, Paris, Cujas, 1954.

ASCENSIO (H.), DECAUX (E.) et PELLET (A.) (sous la dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000.

BLONDIEAU (F.) *et al.*, *Rétribution et justice pénale*, Paris, P.U.F., Travaux et recherches de l'Université Paris II, 1983.

BOULOC (B.) (sous la dir.)

Où en est la dépénalisation dans la vie des affaires ?, colloque de la Baule des 15 et 16 juin 2001, *RJ com.* n° spécial, nov. 2001.

Autorité de régulation et vie des affaires, Paris, Dalloz, 2006.

CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.) et REVET (T.) (sous la dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 12^{ème} éd., 2006.

CARIO (R.) (sous la dir.)

La médiation pénale. Entre répression et réparation, Paris, L'Harmattan, 1997.

Victimes : du traumatisme à la restauration. Œuvre de justice et victimes, vol. 2, Paris, L'Harmattan, 2002.

CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.) (sous la dir.)

Crimes internationaux et juridictions internationales, Paris, P.U.F., 2002.

Juridictions nationales et crimes internationaux, Paris, P.U.F., 2002.

CENTRE DE RECHERCHES SUR LA PROTECTION JURIDIQUE DE LA PERSONNE, *Le Temps et le Droit*, Presses Universitaires Franc-Comtoises, 2003.

CHEVALLIER (J.) *et al.*, *Le droit en procès*, Paris, P.U.F., Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, 1983.

CLAM (J.) et MARTIN (G.) (sous la dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998.

COLAS (D.) (sous la dir.), *L'Etat de droit*, Paris, P.U.F., coll. Questions, 1987.

COLLIARD (C.-A.) et TIMSIT (G.) (sous la dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit, 1988.

COLLOQUE *La responsabilité des personnes morales*, 7 avril 1993, Paris I, *Rev. sociétés* 1993, p. 229.

COLLOQUE *Les sanctions pénales fiscales* Paris, L'Harmattan, 2000.

COLLOQUE « SENS DE LA PEINE ET DROITS DE L'HOMME », actes du colloque international inaugural de l'E.N.A.P., Agen, 2000.

COLLOQUE « VIOLENCE, VENGEANCE ET JUSTICE », entretiens de Créteil, 10 sept. 1992.

COLLECTIF « OCTOBRE 2001 », *Comment sanctionner le crime ?*, éd. érès, 2002.

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Livre vert sur les conflits de compétences et le principe ne bis in idem dans le cadre des procédures pénales*, Bruxelles, déc. 2005.

COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *La transformation des rapports humains par la justice participative*, 2003.

COMMISSION JUSTICE PÉNALE ET DROITS DE L'HOMME, *La mise en état des affaires pénales*, Rapports, La Documentation française, 1991.

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Etude sur les droits de l'homme dans la prison*, 27 janvier 2000.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport sur la décriminalisation*, Comité européen pour les problèmes criminels, Strasbourg, 1980.

CONSEIL D'ETAT

Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, Paris, La Documentation française, coll. « Les études du Conseil d'Etat », 1995.

Les autorités administratives indépendantes, Rapport public 2001, Paris, La Documentation française, n° 52, 2001.

CONTE (P.), GIRAUD-VAN GAVER (C.), ROBERT (J.-H.) et SAINT-PAU (J.-C.), *Le risque pénal dans l'entreprise*, Paris, Litec, 2003.

COURTOIS (G.) (sous la dir.), *La vengeance*, Vol. 4 (La vengeance dans la pensée occidentale), Paris, éd. Cujas, 1984.

DELMAS-MARTY (M.) (sous la dir.), *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Paris, Economica, 1997.

DELMAS-MARTY (M.) et GIUDICELLI-DELAGE (G.) (sous la dir.), *Droit pénal des affaires*, Paris, P.U.F, coll. Thémis, 4^{ème} éd., 2000.

DELMAS-MARTY (M.) et LUCAS DE LEYSSAC (C.) (sous la dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Seuil, coll. Points Essais, 2^{ème} éd., 2002.

DELPÉRÉE (F.) (sous la dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002.

D'ONORIO (J.-B.) (sous la dir.), *La faute, la peine et le pardon*, Actes du XV^{ème} colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France, Paris, Pierre Téqui éditeur, 1999.

FONTAINE (M.) et VINEY (G.) (sous la dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etude de droit comparé*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2001.

GÉRARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.) (sous la dir.)

Droit et intérêt, 3 vol., Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990.

Droit négocié, droit imposé ?, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996.

L'accélération du temps juridique, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000.

GUINCHARD (S.) et HARICHAUX (M.) (sous la dir.), *Le grand oral : Protection des libertés et des droits fondamentaux*, Paris, Montchrestien, 2^{ème} éd., 2004.

HENZELIN (M.) et ROTH (R.) (sous la dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Georg librairie de l'Université, Bruylant, 2002.

INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS, *Personne et responsabilité*, Paris, éd. Eska, 2002.

JACCOUD (M.) (sous la dir.), *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences ?*, Paris, L'Harmattan, 2003.

JAMIN (C.) et MAZEAUD (D.) (sous la dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2002.

LATARJET (B.) *et al.*, *Le crime contre l'humanité : origine, état et avenir du droit*, actes du séminaire tenu à Izieu et à l'ENS de Lyon, 19 et 20 oct. 1996, éd. Comp'Act, 1998.

LE BLANC (M.), OUMET (M.) et SZABO (D.) (sous la dir.), *Traité de criminologie empirique*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 3^{ème} éd., 2003.

LE ROY (E.) et VON TROTHA (T.) (sous la dir.), *La violence et l'Etat. Formes et évolution d'un monopole*, Paris, L'Harmattan, 1993.

MAGNIER (V.) (sous la dir.), *L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés ?*, P.U.F., coll. CEPRISCA, 2004.

MÉLANGES ANCEL, *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, vol. 2, *Etudes de science pénale et de politique criminelle*, Paris, Pedone, 1975.

MÉLANGES AUBY, Paris, Dalloz, 1992.

MÉLANGES BASDEVANT, *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960.

MÉLANGES BOULOC, Paris, Dalloz, 2006 (à paraître).

MÉLANGES BRETHER DE LA GRESSAYE, Bordeaux, éd. Bière, 1967.

MÉLANGES CATALA, *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle*, Paris, Litec, 2001.

MÉLANGES CHAPUS, *Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992.

MÉLANGES COHEN-JONATHAN, *Libertés, justice, tolérance*, 2 vol., Bruxelles, Bruylant, 2004.

MÉLANGES CORNU, *Droit civil, procédure, linguistique juridique*, Paris, P.U.F., 1994.

MÉLANGES COUVRAT, *La sanction du droit*, Paris, P.U.F., 2001.

MÉLANGES DECOCQ, *Une certaine idée du droit*, Paris, Litec, 2004.

MÉLANGES DRAÏ, *Le juge entre deux millénaires*, Paris Dalloz, 2000.

MÉLANGES FARJAT, *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ?*, Paris, éd. Frison-Roche, 1999.

MÉLANGES FOURNIER, Paris, Sirey, 1929.

MÉLANGES GHESTIN, *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001.

MÉLANGES HOLLEAUX, Paris, Litec, 1990.

MÉLANGES HUGUENEY, *Problèmes contemporains de procédure pénale*, Paris, Sirey, 1964.

MÉLANGES JAUBERT, Presses universitaires de Bordeaux, 1992.

MÉLANGES LABORDE-LACOSTE, Bordeaux, éd. Bière, 1963.

MÉLANGES LEGEAI, *A la recherche d'un nouveau droit fondamental, à travers le droit civil, le droit pénal et le droit comparé*, Paris, Cujas, 2003.

MÉLANGES LEGROS, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1985.

MÉLANGES LEVASSEUR, *Droit pénal, droit européen*, Paris, Gazette du Palais, Litec, 1992.

MÉLANGES LOMBOIS, *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2004.

MÉLANGES LYON-CAEN, *Les transformations du droit du travail*, Paris, Dalloz, 1989.

MÉLANGES MERLE, *La plume et la parole*, Paris, éd. Cujas, 1993.

MÉLANGES MEYLAN, 2 vol., Lausanne, Imprimerie centrale de Lausanne, 1963.

MÉLANGES MORAND, *Aux confins du droit*, Bâle, Genève, Munich, Helbing et Lichtenhahn, 2001.

MÉLANGES PRADEL, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006.

MÉLANGES RAYNAUD, Paris, Dalloz, Sirey, 1985.

MÉLANGES RIEG, *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

MÉLANGES ROUBIER, *Théorie générale du droit et droit transitoire*, t. 1, Paris, Dalloz, Sirey, 1961.

MÉLANGES TERRÉ, *L'avenir du droit*, Paris, Dalloz, P.U.F., Juris-Classeur, 1999.

MÉLANGES VALTICOS, *Droit et justice*, Paris, Pedone, 1999.

MÉLANGES VINCENT, Paris, Dalloz, 1981.

MIAILLE (M.) (sous la dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995.

MICHAUD (Y.) (sous la dir.), *Qu'est-ce que la culture ?*, Université de tous les savoirs, vol. 6, Paris, Odile Jacob, 2001.

MORET-BAILLY (J.), *Les institutions disciplinaires*, Paris, Mission de recherche Droit et Justice, coll. Arrêt sur recherches n° 4, oct. 2003.

OTTENHOF (R.) (sous la dir.), *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, éd. Erès, 2001.

PERELMAN (Ch.) et VANDERL ELST (R.) (sous la dir.), *Les Notions à contenu variable en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1984.

PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.) et IMBERT (P.-H.) (sous la dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2^{ème} éd., 1999.

PIROTTE (O.) (sous la dir.), *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté européenne*, La Documentation française, 1997.

POLIN (R.) (sous la dir.), *L'ordre public*, Paris, P.U.F., 1996.

PORRET (M.), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Actes du colloque européen de Genève, 25-26 novembre 1995, Genève, Librairie Droz, 1997.

REDOR (M.-J.) (sous la dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001.

RÉMY-CORLAY (P.) et FENOUILLET (D.) (sous la dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003.

REVEY (T.) (sous la dir.), *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*, Paris, Dalloz, 1996.

RINGELHEIM (F.) (sous la dir.), *Punir mon beau souci. Pour une raison pénale*, Bruxelles, Revue de l'Université de Bruxelles, 1984.

ROBERT (J.-H.) et TZITZIS (S.) (sous la dir.), *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, Actes du colloque du 18 oct. 2001, Paris, éd. Panthéon-Assas, L.G.D.J., 2002.

RUIZ FABRI (H.) (sous la dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Travaux de l'atelier de droit international de l'UMR de droit comparé de Paris, Paris, Société de législation comparée, 2003.

SEDJARI (A.) (sous la dir.), *Quel Etat pour le 21^{ème} siècle ?*, Paris, L'Harmattan, 2001.

STÉFANI (G.) (sous la dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Paris, Dalloz, 1956.

SUDRE (F.) et PICHERAL (C.) (sous la dir.), *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, Paris, La Documentation française, 2003.

TAVERNIER (P.) (sous la dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

TULKENS (F.), VAN DEN WYNGAERT (C.) et VOROUGSTRAETE (I.) (sous la dir.), *La protection juridique des intérêts financiers des Communautés européennes*, Maklu Uitvegers, 1992.

TULKENS (F.) et BOSLY (H.-D.) (sous la dir.), *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996.

VERDIER (R.) (sous la dir.), *La vengeance*, Vol. 1 (Vengeance et pouvoir dans quelques sociétés extra-occidentales), Paris, Cujas, 1980.

IV. Articles et chroniques

ADER (H.), « La discipline et les ordres professionnels », *Arch. pol. crim.* 1984, n° 7 (« Des sanctions »), p. 103.

ALLIX (D.), « Du droit d'être jugé ou de quelques remarques sur la procédure d'amende forfaitaire », *Mélanges Decocq*, Paris, Litec, 2004, p. 21.

ALT-MAES (F.), « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ? », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 501.

AMAR (J.), « Brèves réflexions sur les conséquences de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales sur les relations de travail », *Dr. pén.* 2005, ét. 13.

AMBROISE-CASTÉROT (C.), *Rép. pén.*, v^o « Présomption d'innocence ».

AMOR (P.), « La réforme pénitentiaire en France », *Rev. sc. crim.* 1947, p. 1.

ANCEL (M.)

« Un programme minimum de défense sociale », *Rev. sc. crim.* 1955, p. 562.

« Défendre la défense sociale ? », *Rev. sc. crim.* 1964, p. 188.

« La césure du procès pénal », *Mélanges Hugueney*, Paris, Sirey, 1964, p. 205.

« La peine dans le droit classique et selon les doctrines de la défense sociale », *Rev. sc. crim.* 1973, p. 190.

ANCEL (P.), « La responsabilité contractuelle » in RÉMY-CORLAY (P.) et FENOUILLET (D.) (sous la dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, p. 243.

ANCEL (J.-P.), « La défense sociale nouvelle a 50 ans. Actualité de la défense sociale nouvelle », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 171.

ANSPACH (M.R.), « Penser la vengeance », *Esprit*, 1987, n^o 128, p. 103.

ARCHIBALD (B. P.), « La justice restaurative : conditions et fondements d'une transformation démocratique en droit pénal » in JACCOUD (M.) (sous la dir.), *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences ?*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 119.

ATIAS (Ch.), « Les "risques et périls" de l'exception d'inexécution (limites de la description normative) », *D.* 2003, chron. p. 1103.

AUBY (J.-M.)

« Les sanctions administratives en matière de circulation automobile », *D.* 1952, chron. p. 111.

« Les sanctions administratives disciplinaires applicables aux usagers volontaires des services publics », *Mélanges Brethe de la Gressaye*, Bordeaux, éd. Bière, 1967, p. 69.

« L'action domaniale », *AJDA* 1983, p. 507.

AULAGNON (L.), « Aperçus sur la force dans la règle de droit », *Mélanges Roubier*, t. I, Paris, Dalloz, 1961, p. 29.

AUSTRY (S.)

« Les sanctions administratives en matière fiscale », *AJDA* 20 oct. 2001, n° spécial, p. 51.

« L'application des principes généraux du droit pénal aux pénalités fiscales : étendue et limites », *Rev. jurisp. fisc.* 1996, chron. p. 311.

AUTIN (J.-L.), « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *Rev. dr. publ.* 1988, p. 1213.

AYNÈS (L.), « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? », *D.* 1993, chron. p. 25.

BACHELIER (G.), « Les sanctions fiscales dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *Rev. fr. fin. publ.* 1999, p. 17.

BADINTER (R.), « Réflexions générales » in CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.) (sous la dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, P.U.F., 2002, p. 49.

BAILLEUL (D.), « Le droit de mourir au nom de la dignité humaine. A propos de la loi relative aux droits des malades et à la fin de vie », *JCP* 2005.I.142.

BA MOHAMMED (N.), « La souveraineté étatique, quel avenir ? », in SEDJARI (A.) (sous la dir.), *Quel Etat pour le 21^{ème} siècle ?*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 285.

BARTHÉLÉMY (J.), « Les nouvelles frontières du procès équitable » in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 103.

BASSIOUNI (C.), « Le droit pénal international : son histoire, son objet, son contenu », *Rev. int. dr. pén.* 1981, vol. 52, p. 41.

BEAUD (O.), « L'honneur perdu de l'Etat ? », *Droits*, 1992, 15, p. 3.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? » in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, colloque Paris V, *Petites affiches*, 20 nov. 2002, p. 36.

BÉNABENT (A.), « Sanctions et réparation » in *Les sanctions*, Revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Paris, Dalloz, 2005, p. 91.

BENHAMOU (Y.), « Vers une inexorable privatisation de la justice ? Contribution à une étude critique de l'une des missions régaliennes de l'Etat », *D.* 2003, p. 2771.

BENMAKHOLOUF (A.) et FALLETTI (F.), « Les Ordnungswidrigkeiten en République fédérale d'Allemagne », *Arch. pol. crim.* 1984, n° 7 (« Des sanctions »), p. 74.

BÉRAUD (J.-M.), « La discipline dans l'entreprise », *Mélanges Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 1989, p. 381.

BERG (R.), *Rép. pén.*, v° « Médiation pénale ».

BERNARD (G.), « Sanction pénale (abord historique et philosophique) » in LOPEZ (G.) et TZITZIS(S.) (sous la dir.), *Dictionnaire des sciences criminelles*, Paris, Dalloz, 2004, p. 847.

BERNARDI (A.), « Le droit pénal entre unification européenne et cultures nationales », *Mélanges Pradel*, Paris, Cujas, 2006, p. 955.

BERNARDINI (R.), *Rép. pén.*, v° « Légitime défense ».

BERNAT DE CELIS (J.)

« Le droit de punir au III^{ème} Séminaire de criminologie comparée du Bassin méditerranéen », *Rev. sc. crim.* 1981, p. 831.

« Les grandes options de la politique criminelle. La perspective de Louk Hulsman », *Arch. pol. crim.* 1982, n° 5, p. 13.

« Où va l'abolitionnisme ?... », *Revue Actes*, 1988, n° 64, p. 22.

BERTELLA-GEFFROY (M.-O.), « L'ineffectivité du droit pénal dans les domaines de la sécurité sanitaire et des atteintes à l'environnement. Le point de vue d'un praticien », *Envir.* 2002, chron. 19.

BERTHELOT (Th.-P.) et RIO (Y.), « Permis à points. Une mise au "point" valant mise au coin ! », *Gaz. Pal.* 13 févr. 1999, p. 203.

BEZIZ-AYACHE (A.)

Rép. pén., v° « Confiscation ».

« Les nouvelles Règles pénitentiaires européennes », *AJ pén.* 2006 (à paraître).

BIANCHI (V.), « La défense en matière disciplinaire », *AJ pén.* 2005, p. 407.

BLOUD-REY (C.), v° « Standard » in RAYNAUD (P.) et RIALS (S.) (sous la dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 1439.

BLUMBERG-MOKRI (M.), « L'embryon humain aux prises avec le droit », *Petites affiches* 7 mars 2003, n° 48, p. 12.

BOCCARA (V.), « Loi "informatique et libertés" : des sanctions fortes, des risques accrus », *Petites affiches* 16 févr. 2005, n° 33, p. 3.

BOITARD (M.), « La transaction pénale en droit français », *Rev. sc. crim.* 1941, p. 151.

BONAFE-SCHMITT (J.-P.), « La médiation : du droit imposé au droit négocié ? » in GÉRARD (P.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.) (sous la dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 419.

BONFILS (Ph.), « La participation de la victime au procès pénal. Une action innomée », *Mélanges Pradel*, Paris, Cujas, 2006, p. 179.

BONICHOT (J.-C.), « Quelques remarques sur le champ d'application de l'article 6, § 1 dans le droit français » in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 49.

BONIS-GARÇON (E.), *Rép. pén.*, v° « Plainte et dénonciation ».

BORÉ (J.), « La liquidation de l'astreinte comminatoire », *D.* 1966, chron. p. 159.

BORÉ (L.), « L'action collective en droit français » in MAGNIER (V.) (sous la dir.), *L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés ?*, P.U.F., coll. CEPRISCA, 2004, p. 7.

BORNHAUSER (M.), « La modération des pénalités fiscales devant le juge de l'impôt », *Bull. fisc.* oct. 1993, p. 617.

BOSKOVIC (O.), « Les dommages et intérêts en droit international privé. Ne pas manquer une occasion de progrès », *JCP* 2006.I.163.

BOSLY (H.-D.), « Victimes et peine. Le droit pénal belge », *Rev. pénit. dr. pén.* 2005, p. 611.

BOSQUET-DENIS (J.-B.), « La distinction du contentieux pénal fiscal et du contentieux administratif fiscal », *Rev. sc. crim.* 1995, p. 531.

BOULAN (F.), « Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive », *JCP* 1973.I.2563.

BOULOC (B.)

« L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne », *Mélanges Levasseur*, Paris, Gazette du Palais, Litec, 1992, p. 103.

« Le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales » in *La responsabilité des personnes morales*, colloque du 7 avril 1993, Paris I, *Rev. sociétés* 1993, p. 291.

« Généralités sur les sanctions applicables aux personnes morales » in *La responsabilité des personnes morales*, colloque du 7 avril 1993, Paris I, *Rev. sociétés* 1993, p. 327.

« Dévoiement de l'abus de biens sociaux », *RJ com.* sept.-oct. 1995, p. 301.

« Quelques propos sur l'amnistie », *D.* 2002, p. 1847.

« Rapport de synthèse » in BOULOC (B.) (sous la dir.), *Où en est la dépenalisation dans la vie des affaires ?*, colloque de la Baule des 15 et 16 juin 2001, *RJ com.* nov. 2001, n° spécial, p. 153.

BOURGEOIS (B.), « La question de l'Etat de droit en France aujourd'hui » in COLAS (D.) (sous la dir.), *L'Etat de droit*, Paris, P.U.F., coll. Questions, 1987, p. 3.

BOURGOIN (N.) et GALINDO (C.), « La règle et son application : la punition en prison », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 323.

BOUZAT (P.), *Rép. pén.*, v° « Responsabilité pénale » (1969).

BOY (L.), « Réflexions sur "le droit de la régulation" (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *D.* 2001, p. 3031.

BOYER (L.), *Rép. civ.*, v° « Contrats et conventions ».

BRETHER DE LA GRESSAYE (J.) « La discipline dans les entreprises, les syndicats et les professions organisées », *Arch. phil. dr.* 1953-1954, p. 75.

BRISSON (J.-F.), « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 1999, p. 847.

BUISSON (J.)

J-Class. adm., v° « Délivrance et retrait du permis de conduire » (fasc. 207).

J-Class. pr. pén., v° « Contrôles et vérifications d'identité ».

Rép. pén., v° « Force publique ».

« Le rôle du Ministère Public dans le domaine pénal » in *Le rôle du ministère public dans une société démocratique*, éd. du Conseil de l'Europe, 1997.

« Les présomptions de culpabilité », *Procédures* 1999, chron. 15.

CABRILLAC (R.), « Le corps humain » in CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.) et REVET (T.) (sous la dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 12^{ème} éd., 2006, p. 163.

CAILLE (A.), « De l'idée de contrat » in JAMIN (C.) et MAZEAUD (D.) (sous la dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2002, p. 27.

CANU (V.), « De la recevabilité de l'action judiciaire des associations d'actionnaires des sociétés cotées et des associations de défense des investisseurs » in MAGNIER (V.) (sous la dir.), *L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés ?*, P.U.F., coll. CEPRISCA, 2004, p. 51.

CARBONNIER (J.), « Le double visage du droit pénal aux lueurs de sa triple genèse », *Mélanges Lombois*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2004, p. 17.

CARIO (R.)

« Potentialités et ambiguïtés de la médiation pénale » in CARIO (R.) (sous la dir.), *La médiation pénale. Entre répression et réparation*, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 11.

« La place de la victime dans l'exécution des peines », *D.* 2003, chron. p. 145.

« Justice restaurative » in LOPEZ (G.) et TZITZIS (S.) (sous la dir.), *Dictionnaire des sciences criminelles*, Paris, Dalloz, 2004, p. 570.

« Les droits des victimes : état des lieux », *AJ pén.* 2004, p. 425.

« Qui a peur des victimes ? », *AJ pén.* 2004, p. 434.

Rép. pén., v° « Victimes d'infraction ».

CARTIER (M.-E.)

« Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau Code pénal français », *Petites affiches* 11 déc. 1996, n° 149, p. 18.

« Rapport de la commission d'étude pour la prévention de la récidive des criminels », *Rev. sc. crim.* 1995, p. 159.

« La judiciarisation de l'exécution des peines », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 87.

« "Déplacer le tabouret ou le piano". Quelques réflexions sur un nouvel instrument : le mandat d'arrêt européen », *Mélanges Lombois*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2004, p. 639.

« De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres propos », *Mélanges Bouloc*, Paris, Dalloz, 2006 (à paraître).

CARTUYVELS (Y.), « Le droit pénal et l'Etat : des frontières "naturelles" en question » *in* HENZELIN (M.) et ROTH (R.) (sous la dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 3.

CASORLA (F.)

« Du consensualisme en prison en droit pénitentiaire français », *Rev. pénit. dr. pén.* 1999, p. 383.

« La justice pénale à l'épreuve du concept de "restorative justice" », *Rev. pénit. dr. pén.* 2000, p. 31.

« Les victimes, de la réparation à la vengeance ? », *Rev. pénit. dr. pén.* 2002, p. 161.

CASSESE (A.)

« Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des Etats et justice pénale internationale ? » in CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.) (sous la dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, P.U.F., 2002, p. 13.

« L'incidence du droit international sur le droit interne » in CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.) (sous la dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, P.U.F., 2002, p. 555.

CASTAIGNÈDE (J.), « Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement », *D.* 1999, chron. p. 23.

CATALA (P.), « A propos de l'ordre public », *Mélanges Draï*, Paris, Dalloz, 2000, p. 511.

CÉRÉ (J.-P.)

Rép. pén., v° « Permis à points ».

« L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le procès disciplinaire en prison », *JCP* 2001.I.316.

« La procédure de l'amende forfaitaire et le droit d'accès à un tribunal (Note sous CEDH 21 mai 2002) », *D.* 2002, Jurisp. p. 2968.

« De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le "plaider coupable" à la française », *AJ pén.* 2003, p. 45 (avec la collaboration de P. Remilleux).

« La consécration de la juridictionnalisation du droit de l'application des peines par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 », *Rev. pénit. dr. pén.* 2004, p. 433.

« Le titulaire du certificat d'immatriculation et l'exonération du paiement de l'amende », *D.* 2004, Jurisp. p. 1192.

« Le droit disciplinaire pénitentiaire entre jurisprudence interne et européenne », *AJ pén.* 2005, p. 393.

CÉRÉ (J.-P.), HERZOG-EVANS (M.) et PÉCHILLON (E.), « Actualité du droit de l'exécution des peines », *D.* 2004, p. 1099.

CESONI (M. L.) et RECHTMAN (R.), « La "réparation psychologique" de la victime : une nouvelle fonction de la peine ? », *Rev. dr. pén. et crim.* 2005, p. 158.

CHABAS (F.), « La réforme de l'astreinte », *D.* 1992, chron. p. 299.

CHAGNY (M.), « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *JCP* 2006.I.149.

CHALON (G.)

« Le fonctionnaire et l'article 40 du code de procédure pénale : nature et portée de l'obligation de dénoncer », *AJFP* nov.-déc. 2003, p. 31.

« L'article 40 du code de procédure pénale à l'épreuve du statut général de la fonction publique », *AJFP* janv.-févr. 2004, p. 27.

CHAZAL (J.-P.)

« Théorie de la cause et justice contractuelle. A propos de l'arrêt *Chronopost* », *JCP* 1998.I.152.

« La contrainte économique : violence ou lésion ? », *D.* 2000, *Jurisp.* p. 879.

CHEVALLIER (J.)

« L'ordre juridique » in CHEVALLIER (J.) et *al.*, *Le droit en procès*, Paris, P.U.F., Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, 1983, p. 7.

« De quelques usages du concept de régulation » in MIAILLE (M.) (sous la dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 71.

« Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Rev. dr. publ.* 1998, p. 659.

« La régulation juridique en question », *Droit et Société*, n° 49, 2001, p. 827.

CHEVALLIER (J.-Y.), « La victime et la peine : le point de vue du juriste », *Rev. pénit. dr. pén.* 2004, p. 815.

CINAMONTI (S.), « L'ordre public et le droit pénal » in REVET (T.) (sous la dir.), *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*, Paris, Dalloz, 1996, p. 89.

CISSÉ (A.), « Justice transactionnelle et justice pénale », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 509.

COLLIARD (C.-A.), « La sanction administrative », *Ann. Faculté de droit d'Aix*, n° 36, 1943, p. 3.

COMBACAU (J.), « Conclusions générales » in REDOR (M.-J.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droit fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 415.

COMMARET (D.-N.), « La loi du talion existe-t-elle en droit français ? » in Colloque « Violence, vengeance et justice » du 10 septembre 1992, Entretiens de Créteil, p. 39.

CONTE (Ph.)

« La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal » in ROBERT (J.-H.) et TZITZIS (S.) (sous la dir.), *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, Actes du colloque du 18 oct. 2001, Paris, éd. Panthéon-Assas, L.G.D.J., 2002, p. 109.

« "Effectivité", "inefficacité", "sous-effectivité", "surefficacité"... : Variations pour droit pénal », *Mélanges Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 125.

CORNIL (P.)

« La césure entre la condamnation et le prononcé de la peine », *Rev. pén. suisse*, 1955, p. 225.

« Rapport général de la Société internationale de défense sociale » in *La décriminalisation*, Actes du colloque de Bellagio 1973, Milan, 1975, p. 125.

CORSTENS (G.), « Vers une justice pénale européenne ? », *Mélanges Pradel*, Paris, Cujas, 2006, p. 1033.

COSTAZ (C.), « Le droit à l'oubli », *Gaz. Pal.* 1995, 2, Doctr. p. 961.

COULON (J.-M.), « L'entrée de la victime dans la sphère pénale du procès » in *La victime et la sanction pénale*, conférence tenue à la Cour d'appel de Paris, 2 octobre 2001.

COURTOIS (G.)

« La vengeance, du désir aux institutions » in COURTOIS (G.) (sous la dir.), *La vengeance*, Vol. 4 (La vengeance dans la pensée occidentale), Paris, Cujas, 1984, p. 7.

« Le sens et la valeur de la vengeance chez Aristote et Sénèque » in COURTOIS (G.) (sous la dir. de), *La vengeance*, Vol. 4 (La vengeance dans la pensée occidentale), Paris, Cujas, 1984, p. 91.

« Hugo Grotius, la bonne et la mauvaise vengeance » in COURTOIS (G.) (sous la dir. de), *La vengeance*, Vol. 4 (La vengeance dans la pensée occidentale), Paris, Cujas, 1984, p. 137.

« La vengeance chez Aristote et Sénèque à la lumière de l'anthropologie juridique », *Arch. phil. dr.*, 1983, p. 29.

« Vengeance et homéostasie », *Stanford French Review*, Vol. 16.1, 1992, p. 111.

COUVRAT (P.)

« La légitime défense », *Rev. sc. crim.* 1976, p. 243.

« Les trois visages du travail d'intérêt général », *Rev. sc. crim.* 1989, p. 158.

« Le régime disciplinaire des détenus depuis le décret du 2 avril 1996 », *Rev. sc. crim.* 1996, p. 709.

« Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres », *Rev. sc. crim.* 1999, p. 376.

« L'originalité du droit disciplinaire dans les prisons », *Arch. pol. crim.*, 2000, p. 85.

« Dispositions générales et nouvelle organisation judiciaire de l'application des peines », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 682.

COUZINET (M.)

« Permis à points et droit pénal », *D.* 1992, chron. p. 255.

« Permis à points. Remarques sur les décisions du Conseil d'Etat en suite des recours contre le décret du 25 juin 1992 », *Gaz. Pal.* 4 mars 1993, p. 251.

CRÉMIEUX (M.), « Réflexions sur la peine privée moderne », *Etudes Kayser*, t. I, P.U.A.M., 1979, p. 261.

CUSSON (M.), « Le sens de la peine et la rétribution », *Rev. int. crim. et pol. techn.* 1985, p. 271.

DAILLE-DUCLOS (B.), « Le respect du contradictoire devant les autorités administratives non juridictionnelles », *Contrats-Concur-Cons.* 2000, chron. 9.

DAMAS (N.), « Retour vers l'anormalité », *D.* 2005, p. 1395.

DANA (A.-Ch.), « La norme pénale, le juge et le citoyen (une idée certaine de la légalité républicaine) », *Mélanges Decocq*, Paris, Litec, 2004, p. 143.

DANTI-JUAN (M.), « Le consentement et la sanction », *Mélanges Couvrat*, Paris, P.U.F., 2001, p. 367.

DARGENTAS (E.), « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », *Rev. pénit. dr. pén.*, 1977, p. 411.

DAYEZ (B.), « Y a-t-il un temps pour punir ? » in GÉRARD (P.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, p. 589.

DECOCQ (A.)

« Sur l'abolition du délit civil de refus de vente », *JCP* 1997.I.3997.

« La dépenalisation du droit de la concurrence », *RJ com. nov.* 2001, n° spécial, p. 89.

DE CROONE (J.), « La sanction administrative dans le droit des étrangers », *AJDA* 20 oct. 2001, n° spécial, p. 60.

DEBBASCH (C.), « L'injustice française », *Mélanges Cohen-Jonathan*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 607.

DEBOVE (F.), « L'overdose législative », *Dr. pén.* 2004, étud. 12.

DECOOPMAN (N.), « Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes », *JCP* 1987.I.3303.

DEFOIS (Mgr G.), « Intervention au colloque *Justice ou vengeance* », La Croix L'Evènement, Centurion, 1994, p. 123.

DELAGE (P.-J.)

« Brèves propositions pour une effectivité de la responsabilité pénale des personnes morales », *Dr. pén.* 2005, ét. 2.

« La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : quand la pratique ramène à la théorie », *D.* 2005, chron. p. 1970.

DE LA SOUJEOLE (B.-D.), « Faute et peine : quelques précisions théologiques » in D'ONORIO (J.-B.) (sous la dir.), *La faute, la peine et le pardon*, Actes du XV^{ème} colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France, Paris, Pierre Téqui éditeur, 1999, p. 87.

DELEBECQUE (P.), « Articles 1146 à 1155 », *J-Classeur civil*, fasc. 212, 1985.

DELMAS-MARTY (M.)

« Sanctionner autrement ? », *Arch. pol. crim.* 1984, n° 7 (« Des sanctions »), p. 50.

« Pour des principes directeurs de législation pénale », *Rev. sc. crim.* 1985, p. 225.

« La création des lois et leur réception par la société », *Ann. intern. crim.* 1985, vol. 23, p. 83.

« L'enjeu d'un Code pénal (réflexions sur l'inflation des lois pénales en France) », *Mélanges Legros*, éd. de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 165.

« La "matière pénale" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1987, p. 819.

« Les standards en droit pénal », *RRJ* 1988-4, 1020.

« Les conditions de rationalité d'une dépenalisation partielle du droit pénal de l'entreprise » in *Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise*, 9^{ème} Congrès de l'Association Française de Droit Pénal (Lyon 26-28 nov. 1987), Paris, Economica, 1989, p. 89.

« Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité pénale » in *La responsabilité des personnes morales*, colloque du 7 avril 1993, Paris I, *Rev. sociétés* 1993, p. 301.

« Réflexions sur le pouvoir disciplinaire », *RTDH* 1995, p. 155.

« Vers une autre logique juridique : à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 1998, chron. p. 221.

« Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits. Introduction » in CLAM (J.) et MARTIN (G.) (sous la dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 209.

« Les contradictions du droit pénal », *Rev. sc. crim.* 2000, p. 1.

« Droit et mondialisation » in MICHAUD (Y.) (sous la dir.), *Qu'est-ce que la culture ?*, Université de tous les savoirs, vol. 6, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 170.

« Le paradoxe pénal » in DELMAS-MARTY (M.) et LUCAS DE LEYSSAC (C.) (sous la dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Seuil, coll. Points Essais, 2^{ème} éd., 2002, p. 437.

« Le droit pénal comme éthique de la mondialisation », *Ann. inter. crim.* 2003, p. 31.

DELMAS-SAINT-HILAIRE (J.-P.)

« 1789 : un nouveau droit pénal est né », *Mélanges Jaubert*, Presses universitaires de Bordeaux, 1992, p. 161.

« Le permis de conduire à points : défense dérangeante du retrait de points », *Rev. sc. crim.* 1993, p. 317.

DELPRAT (L.), « La Cour de cassation et le Conseil d'Etat doivent-ils plaider coupables ? », *Dr. pén.* 2005, ét. 10.

DEL VECCHIO (G.), « Essai sur la justice pénale et la réparation du préjudice », *Rev. sc. crim.* 1951, p. 183.

DELVOLVÉ (P.)

« La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », *Mélanges Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 47.

« Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », *Petites affiches* 17 sept. 2001, n° 185, p. 18.

DEMOGUE (R.), « De la violence comme vice du consentement », *RTD civ.* 1914, p. 435.

DE NAUW (A.), « Le caractère nécessaire, opportun ou superflu de l'attribution de compétences pénales à la Communauté » in TULKENS (F.) et BOSLY (H.-D.) (sous la dir.), *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 221.

DE POULPIQUET (J.), « Le droit de mettre en mouvement l'action publique : conséquence de l'action civile ou droit autonome ? », *Rev. sc. crim.* 1975, p. 37.

DERIEUX (E.), « Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *Petites affiches* 15 mars 2005, n° 52, p. 3.

DESCOINGS (R.), « La nécessité d'une réflexion générale et croisée sur la régulation », *Petites affiches* 23 janv. 2003, n° 17, n° spécial, p. 4.

DESDEVICES (M.-C.)

« Réparer ou punir : la médiation pénale », *Petites affiches* 25 août 1997, n° 102, p. 3.

« Le pouvoir d'appréciation du parquet dans la mise à exécution de la sanction », *Mélanges Couvrat*, Paris, P.U.F., 2001, p. 429.

DETRAZ (S.), « Rémanence et renaissance d'une institution : de la contrainte par corps à la contrainte judiciaire », *Dr. pén.* 2004, étud. 14.

D'HAUTEVILLE (A.), « Un nouvel élan est donné à la politique publique d'aide aux victimes de la délinquance », *Rev. sc. crim.* 1999, p. 647.

DINTILHAC (J.-P.) et CORBI (F.), « Des peines et de leur exécution », *Petites affiches* 11 déc. 1996, n° 149, p. 46.

DI MARINO (G.), « Le ministère public et la victime », *Rev. pénit. dr. pén.* 2001, p. 451.

DOBKINE (M.), « La transaction en matière pénale », *D.* 1994, chron. p. 137.

DOMENECH (J.-L.), « L'Inavem et les associations d'aides aux victimes » in CARIO (R.), *Victimes : du traumatisme à la restauration. Œuvre de justice et victimes*, vol. 2, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 191.

DONNEDIEU DE VABRES (H.), « Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. int. dr. pén.* 1950, p. 342.

DRAÏ (R.), « La loi du talion existe-t-elle en droit comparé ? Loi du talion et droit hébraïque » in Colloque « Violence, vengeance et justice » du 10 septembre 1992, Entretiens de Créteil, p. 14.

DREYFUS (J.-D.), « Pourquoi des autorités administratives indépendantes (ou AAI) ? Approche phénoménologique » in BOULOC (B.) (sous la dir.), *Autorité de régulation et vie des affaires*, Paris, Dalloz, 2006, p. 9.

DUCAROUGE (F.), « Le transport international de voyageurs : le cas des amendes administratives infligées aux transporteurs », *AJDA* 20 oct. 2001, n° spécial, p. 65.

DUPUY (R.-J.), « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la *soft law* », *Société française de droit international*, Paris, Pedone, 1975, p. 132.

DURAND (J.-P.), « Loi du talion et droit canonique » in Colloque « Violence, vengeance et justice » du 10 septembre 1992, Entretiens de Créteil, p. 25.

DURRY (G.), « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : dualité ou unité ? », *Resp. civ. et assur.*, hors-série juin 2001, p. 20.

DU RUSQUEC (E.), « La nature juridique de l'astreinte en matière civile », *JCP* 1993.I.3699.

EDELMAN (B.), « De la liberté et de la violence économique », *D.* 2001, chron. p. 2315.

ESMEIN (A.)

« L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreinte », *RTD civ.* 1903, p. 1.

« Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle », *RTD civ.* 1933, p. 627.

ETIENNE (C.), *J. Class. pén.*, v° « Grâce ».

FARINA-CUSSAC (J.), « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme (éléments pour une comparaison) », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 517.

FASQUELLE (D.)

« Concurrence déloyale : amendes civiles ou "dommages punitifs" » in *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence, Actualités et perspectives françaises, allemandes, communautaires et américaines*, colloque du 6 déc. 2000, *Gaz. Pal.* 9 et 10 nov. 2001, p. 1681.

« L'existence de fautes lucratives en droit français » in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, colloque Paris V, *Petites affiches*, 20 nov. 2002, p. 27.

FASQUELLE (D.) et MÉSA (R.), « La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le rapport Catala », *D.* 2005, p. 2666.

FERRARI-BREEUR (C.), « La contradiction et le pouvoir de sanction de l'Administration », *RFD adm.* 2001, p. 33.

FERRERA DA CUNHA (P.), « Les nouveaux paradigmes de la théorie pénale » in *Personne et responsabilité. Essais de philosophie pénale et de criminologie*, Revue de l'Institut de criminologie de Paris, éd. Eska, 2002, p. 79.

FINEL (L.), « Les règles relatives à la détermination du prix et le contrat de prêt bancaire », *JCP* 1996.I.3957.

FLAUSS (J.-F.), « Sanctions fiscales et Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. fr. fin. publ.* 1999, p. 77.

FLÉCHEUX (G.), « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », *Mélanges Ghestin*, ? Paris, L.G.D.J., 2001, p. 341.

FLINIAUX (A.), « L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du Moyen Âge », *Mélanges Fournier*, Paris, Sirey, 1929, p. 233.

FOGEL (D.), « Traitement pénitentiaire et contrainte », *Déviance et société*, 1979, vol. 3, n° 2, p. 149.

FOURRÉ (J.), « Les sanctions administratives du Code général des impôts », *Petites affiches* 17 janv. 1990, n° 8, p. 46.

FOYER (J.), « Union européenne et Etats membres selon le Traité d'Amsterdam », *Mélanges Valticos*, Paris, Pedone, 1999, p. 341.

FREYRIA (C.), « Imprescriptibilité du délit en droit pénal des affaires ? », *JCP éd. E* 1996, 563.

FRISON-ROCHE (M.-A.)

« Le choix de l'annulation comme sanction de l'indétermination du prix dans les contrats d'exclusivité et ses conséquences », *Petites affiches* 8 déc. 1993, n° 47, p. 14.

« Le droit de la régulation », *D.* 2001, chron. p. 610.

FROSSARD (S.), « Les évolutions du droit disciplinaire », *D.* 2004, chron. p. 2450.

GALABERT (J.-M.), « Conclusion et prospective » in *La sanction en matière économique et financière : ombres et lumières*, Association Droit et démocratie, *Petites affiches* 12 janv. 2006, n° 9, p. 29.

GARRON (F.), « La coexistence des procédures dans le domaine du droit répressif », *RRJ* 2000, p. 1683.

GASSIN (R.)

Rép. pén., v° « Transaction ».

« Le droit pénal de l'informatique », *D.* 1986, chron. p. 35.

« Les fonctions sociales de la sanction pénale dans le nouveau Code pénal », *Cah. séc. intér.*, 1994, n° 18 (Le nouveau Code pénal), p. 50.

« Considérations sur le but de la procédure pénale », *Mélanges Pradel*, Paris, Cujas, 2006, p. 109.

GAUDEMET (Y.), « Le pouvoir de réformation de la CA de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence », *JCP* 1999.I.188.

GAUDREAU (A.), « Les limites de la justice réparatrice » in *Justice "restaurative" et victimes*, Les cahiers de la justice, 2006, n° 1, Paris, Dalloz-ENM, p. 71.

GAUTIER (P.-Y.)

« De la prescription des infractions commises sur l'internet... et dans le monde physique », *D.* 2002, p. 1852.

« Rapport de synthèse » in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, colloque du 14 oct. 2004, *RDC* 2005, p. 151.

GAVALDA (C.), « La théorie de la prescription des actions en procédure pénale » in STÉFANI (G.) (sous la dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Paris, Dalloz, 1956, p. 77.

GÉLARD (P.), « Le caractère mixte de la contravention de grande voirie », *AJDA* 1967, p. 140.

GENEVOIS (B.) « La sanction administrative en droit français », *Arch. pol. crim.* 1984, n° 7 (« Des sanctions »), p. 70.

GHESTIN (J.)

« La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles », *D.* 1971, chron. p. 247.

« L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, chron. 1.

« La notion de contrat », *D.* 1990, chron. 27.

« L'authenticité, l'erreur et le doute », *Mélanges Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 457.

GIACOPELLI (M.), « Réforme du droit de l'application des peines (dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 relatives à l'exécution des peines privatives de liberté) », *D.* 2004, chron. p. 2589.

GIBBENS (T.), « Rapport général de la Société internationale de criminologie » in *La décriminalisation*, Actes du colloque de Bellagio 1973, Milan, 1975, p. 101.

GIRARD (R.), « Les violences » in *Sens de la peine et droits de l'homme*, actes du colloque international inaugural de l'E.N.A.P., Agen, 2000, p. 13.

GIUDICELLI (A.), « Les disparues de l'Yonne ou l'impossible prescription », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 585.

GONNARD (J.-M.), *J-Class. pén.*, v° « Amnistie », 1998.

GOYARD (C.), « Etat de droit et démocratie », *Mélanges Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 299.

GRANIER (J.), « Quelques réflexions sur l'action civile », *JCP* 1957.I.1386.

GRAVEN (J.), « Les crimes contre l'humanité », *R.C.A.D.I.* 1950, p. 427.

GROSSEN (J.-M.), « Le pouvoir modérateur du juge civil suisse », *Mélanges Cornu*, Paris, P.U.F., 1994, p. 193.

GROSSER (P.), « Pertinence des critères cumulés pour caractériser la force majeure en matières délictuelle et contractuelle », *JCP* 2006.II.10087.

GUÉGUEN (J.-M.), « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *D.* 1999, chron. p. 352.

GUERRIVE (J.-L.), « "Double peine" et police des étrangers », *D.* 2002, chron. p. 829.

GUÉRY (C.)

« Le juge d'instruction et le voleur de pommes : pour une réforme de la constitution de partie civile », *D.* 2003, p. 1575.

« Kafka II ou "pourquoi faire simple quand on peut faire... une nouvelle loi sur la prescription des infractions commises contre les mineurs ?" », *D.* 2004, chron. p. 3015.

GUIGUE (J.) et PANSIER (F.-J.), *Rép. pén.*, v° « Interdiction du territoire français (Reconduite à la frontière) ».

GUILLEMIN (T.), « La HALDE : halte aux discriminations ? », *D.* 2006, p. 1625.

GUIMEZANES (N.)

« Réflexion sur l'expulsion des étrangers », *Mélanges Holleaux*, Paris, Litec, 1990, p. 167.

« La loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration », *JCP* 2006.I.167.

GUINCHARD (S.)

« Le procès équitable : droit fondamental ? », *AJDA* 20 juill./20 août 1998, n° spécial, p. 191.

« Le procès équitable, garantie formelle ou droit substantiel », *Mélanges Farjat*, Paris, éd. Frison-Roche, 1999, p. 139.

« Une *class action* à la française ? », *D.* 2005, p. 2180.

GUYOMAR (M.), « La sanction administrative », *Petites affiches* 12 janv. 2006, n° 9, p. 7.

GUYON (Y.), « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », *Pouvoirs*, 1990, p. 41.

HAGUENAU (C.), « Sanctions pénales destinées à assurer le respect du droit communautaire », *Rev. marché commun* 1993, p. 351.

HEERS (M.), « Le caractère de "peine" de la contribution spéciale infligée par l'Office des migrations internationales : portée de la qualification opérée au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *D.* 1996, chron. p. 15.

HENNAU-HUBLET (C.), « *Les sanctions en droit communautaire : réflexions d'un pénaliste* » in TULKENS (F.) et BOSLY (H.-D.) (sous la dir.), *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 488.

HENNION-JACQUET (P.), « L'encadrement relatif de la liberté de la preuve par la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 2005, Jurisp. p. 2575.

HERVOUËT (F.), « Le droit communautaire, un ordre juridique pénalement sanctionné ? », *Mélanges Couvrat*, Paris, P.U.F., 2001, p. 243.

HERZOG (J.-B.), « Etude des lois concernant la prescription des crimes contre l'humanité », *Rev. sc. crim.* 1965, p. 337.

HERZOG-EVANS (M.),

« Principes directeurs d'une réforme », *AJ pén.* 2004, p. 385.

« Le décret du 13 décembre 2004. Application et inapplication de la loi Perben 2 », *D.* 2005, chron. p. 1597.

HERZOG-EVANS (M.) et CÉRÉ (J.-P.), « La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence », *D.* 1999, chron. p. 509.

HERZOG-EVANS (M.) et PÉCHILLON (E.), « L'entrée des avocats en prison. Et autres conséquences induites par la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 », *D.* 2000, chron. p. 481.

HIRT (F.), « Du droit de la force publique », *Rev. dr. publ.* 1954, p. 967.

HUBRECHT (H.G.), « La notion de sanction administrative », *Petites affiches* 17 janv. 1990, n° 8, p. 6.

HUGON (C.), « Regard sur le droit des voies d'exécution », *RDC* 2005, p. 183.

HULSMAN (L.)

« Défense sociale et critères de décriminalisation », *Mélanges Ancel*, t. II, Paris, Pedone, 1975, p. 19.

« Rapport général de l'Association internationale de droit pénal » in *La décriminalisation*, Actes du colloque de Bellagio 1973, Milan, 1975, p. 38.

HULSMAN (L.) et BERNAT DE CELIS (J.), « Fondements et enjeux de la théorie de l'abolition du système pénal » in RINGELHEIM (F.) (sous la dir.), *Punir mon beau souci, pour une raison pénale*, Bruxelles, Revue de l'Université de Bruxelles, 1984, p. 297.

JACCOUD (M.)

« Les mesures réparatrices » in LE BLANC (M.), OUMET (M.) et SZABO (D.) (sous la dir.), *Traité de criminologie empirique*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 3^{ème} éd., 2003, p. 739.

« Les cercles de sentence au Canada » in *Justice "restaurative" et victimes*, Les cahiers de la justice, 2006, n° 1, Paris, Dalloz-ENM, p. 83.

JAMIN (C.)

« Réseaux intégrés de distribution : De l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP* 1996.I.3959.

« Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Mélanges Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 441.

« Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », *D.* 2005, p. 2342.

JANAS (M.), « Le nouveau rôle du JAP », *AJ pén.* 2004, p. 394.

JARROSSON (C.), « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, chron. p. 267.

JAUFFRET-SPINOSI (C.), « Les dommages et intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers » in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, colloque Paris V, *Petites affiches*, 20 nov. 2002, p. 8.

JEAMMAUD (A.), « Introduction à la sémantique de la régulation juridique » in CLAM (J.) et MARTIN (G.) (sous la dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998 p. 47.

JEAN (J.-P.), « De l'efficacité en droit pénal », *Mélanges Pradel*, Paris, Cujas, 2006, p. 135.

JEANDIDIER (W.)

« L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD civ.* 1976, p. 700.

« La correctionnalisation législative », *JCP* 1991.I.3487.

J-Class. pén., v° « Le principe de légalité criminelle », fasc. 10.

J-Class. pén., v° « Classification des infractions ».

« L'élément moral des infractions d'affaires ou l'art de la métamorphose », *Mélanges Decocq*, Paris, Litec, éditions du Juris-Classeur, 2004, p. 369.

« La longue gestation de la responsabilité pénale des personnes morales », *Cah. dr. entr.* 2006, n° 1, dossier « Le risque pénal dans l'entreprise », p. 24.

JESTAZ (P.)

« La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chron. 32.

« L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », *Mélanges Raynaud*, Paris, Dalloz, Sirey, 1985, p. 273.

JIMENEZ DE ASUA (L.), « L'antijuridicité », *Rev. int. dr. pén.*, 1951, p. 273.

JOURDAIN (P.)

« Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle » in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Sixièmes Journées René Savatier, Paris, P.U.F., 1997, p. 65.

« Rapport introductif » in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, colloque Paris V, *Petites affiches* 20 nov. 2002, p. 3.

KELSEN (H.), « La validité du droit international », *R.C.A.D.I.* 1932, p. 116.

KLUGER (J.), « L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Rev. sc. crim.* 1995, p. 505.

KOERING-JOULIN (R.)

« Introduction générale » in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 9.

« L'internationalisation du droit pénal » in MICHAUD (Y.) (sous la dir.), *Qu'est-ce que la culture ?*, Université de tous les savoirs, vol. 6, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 183.

KORNPROBST (E.) et MORVAN (I.), *Rép. pén.*, v° « Fraude fiscale ».

KRIEGEL (B.), « Le principe de légitimité », *Mélanges Terré*, Dalloz, P.U.F., éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 47.

KRIEGK (J.-F.), « L'américanisation de la justice, prisme d'un nouvel ordre symbolique en matière pénale ? », *Gaz. Pal.* 8-9 avril 2005, p. 2.

LAFORTUNE (M.-A.), « Caractère non public des audiences et du prononcé des décisions du Conseil de la concurrence », *Petites affiches* 14 févr. 2003, n° 33, p. 8.

LAGARDE (X.), « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? », *JCP* 2006.I.110.

LAITHIER (Y.-M.), « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC* 2005, p. 161.

LALLEMAND (R.), « Le droit de punir et le dialogue ambigu du pénaliste et de la conscience publique » in RINGELHEIM (F.) (sous la dir.), *Punir mon beau souci. Pour une raison pénale*, Bruxelles, Revue de l'Université de Bruxelles, 1984, p. 13.

LAMBERT (P.), « La Convention européenne des droits de l'homme et les procédures disciplinaires au sein des professions libérales », *RTDH* 1990, p. 35.

LAMBERT (T.), « La place des sanctions pénales dans le dispositif général de lutte contre la fraude fiscale » in *Les sanctions pénales fiscales*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 13.

LAMBERT-FAIVRE (Y.), « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.* 1998, p. 1.

LAPÉROU-SCHENEIDER (B.), « Le jeune âge du délinquant, réflexions sur la responsabilité pénale des mineurs » in *Le Temps et le Droit*, Centre de Recherches sur la Protection Juridique de la Personne, Presses Universitaires Franc-Comtoises, 2003, p. 85.

LARGUIER (J.)

« L'action publique menacée (A propos de l'action civile des associations devant les juridictions répressives) », *D.* 1958, chron. VI, p. 29.

« Action individuelle et intérêt général (Quelques réflexions sur le juge pénal et l'action civile) », *Mélanges Hugueney*, Paris, Sirey, 1964, p. 87.

« Mort et transfiguration du droit pénal », *Mélanges Ancel*, t. II, Paris, Pedone, 1975, p. 123.

LARMAILLARD (P.), « L'indemnisation des victimes, moteur de reclassement social du probationnaire », *Rev. pénit. dr. pén.* 1970, p. 639.

LARRÈRE (C.), « Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria » in PORRET (M.), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Actes du colloque européen de Genève, 25-26 novembre 1995, Genève, Librairie Droz, 1997, p. 98.

LARROUMET (Ch.), « Pour la responsabilité contractuelle », *Mélanges Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 543.

LASCOUMES (P.) et BARBERGER (C.), « De la sanction à l'injonction. "Le droit pénal administratif", comme expression du pluralisme des formes juridiques sanctionnatrices », *Rev. sc. crim.* 1988, p. 45.

LASCOUMES (P.) et PONCELA (P.), « Intérêts à protéger et classification des infractions. Autour du premier code pénal français de 1791 » in GÉRARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.) (sous la dir.), *Droit et intérêt*, vol. 3 : droit positif, droit comparé et histoire du droit, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 55.

LASCOUMES (P.), « Beccaria et la formulation d'un ordre public moderne » in PORRET (M.), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Actes du colloque européen de Genève, 25-26 novembre 1995, Genève, Librairie Droz, 1997, p. 109.

LAVIELLE (B.), « Le nouveau régime des réductions de peine », *AJ Pénal* 2004, p. 320.

LAZERGES (C.)

« De la fonction déclarative de la loi pénale », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 194.

« Le Conseil constitutionnel acteur de la politique criminelle. A propos de la décision 2004-492 DC du 2 mars 2004 », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 725.

« La défense sociale nouvelle a 50 ans. L'actualité de la pensée de Marc Ancel », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 165.

LE BARS (T.), « La méthode législative et l'histoire de la colonisation », *D.* 2005, p. 788.

LE BOS-LE POURHIET (A.-M.) et BUISSON (J.), « La Constitution et la procédure de sanction fiscale », *AJDA* 1991, p. 497.

LEBLOIS-HAPPE (J.), « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives », *Rev. sc. crim.* 1994, p. 525.

LECRUBIER (D.), « Les perspectives d'évolution de la sanction administrative vues par le juge judiciaire », *AJDA* 20 oct. 2001, n° spécial, p. 131.

LÉCUYER (H.)

« Redéfinir la force obligatoire du contrat ? », *Petites affiches* 6 mai 1998, n° 54, p. 44.

« Class action et sociétés. La mise en œuvre de l'action – L'indemnisation » in MAGNIER (V.) (sous la dir.), *L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés ?*, P.U.F., coll. CEPRISCA, 2004, p. 85.

LECUYER (G.), « La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique », *Dr pén.* 2005, ét. 14.

LEGEAIS (R.), « Les réponses du droit anglais et du droit allemand aux problèmes de la responsabilité pénale des personnes morales », *Mélanges Legeais*, Paris, Cujas, 2003, p. 421.

LE GUNEHÉC (F.), « Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Première partie : dispositions de procédure pénale immédiatement applicables : pragmatisme, cohérence, sévérité et simplifications », *JCP* 2004, act. 177.

LEJBOWICZ (A.), « Les Etats face à la demande de justice internationale », *Esprit*, oct. 2003, p. 50.

LENCLOS (J.-L.), « Vers la fin d'une "étrangeté juridique" ? La réforme de la suspension administrative du permis de conduire », *AJDA* 1978, p. 124.

LEPAGE (A.), « Réflexions de droit pénal sur la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel », *Dr. pén.* 2005, ét. 5.

LE TOURNEAU (P.), « La verueur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin) », *RTD civ.* 1988, p. 505.

LETURMY (L.), « La responsabilité délictuelle du contractant », *RTD civ.* 1998, p. 839.

LÉVY-BRUHL (H.), « Sur l'abandon noxal », *Mélanges Meylan*, vol. 1, Lausanne, Imprimerie centrale de Lausanne, 1963, p. 193.

LIENHARD (A.), « Les particularités de la prescription de l'abus de biens sociaux », *AJ pén.* 2006, p. 295.

LOBIN (Y.), « L'astreinte en matière civile depuis la loi du 5 juillet 1972 », *Etudes Kayser*, t. 2, Aix-en-Provence, PUAM, 1979, 131.

LOMBARD (F.), « La double compétence administrative et judiciaire en matière de suspension du permis de conduire », *Rev. sc. crim.* 1994, p. 79.

LOMBARD (J.), « Présentation » in LE ROY (E.) et VON TROTHA (T.) (sous la dir.), *La violence et l'Etat. Formes et évolution d'un monopole*, Paris, L'Harmattan, 1993, p. 5.

LOPEZ (G.), « Victimologie » in LOPEZ (G.) et TZITZIS (S.) (sous la dir.), *Dictionnaire des sciences criminelles*, Paris, Dalloz, 2004, p. 963.

LORHO (G.), « Pour en finir avec l'amnistie », *Dr. pén.*, 1994, chron. 44.

LOSCHAK (D.), « Droit, normalité et normalisation » in CHEVALLIER (J.) et *al.*, *Le droit en procès*, Paris, P.U.F., Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, 1983, p. 51.

LUCAS DE LEYSSAC (C.)

« Concurrence et compétition », *D.* 2004, p. 1722.

« Rapport de synthèse » in *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, colloque du 29 avril 2004-Paris I, *Petites affiches* 20 janv. 2005, n° 14, p. 65.

LUCAZEAU (G.), « Le temps en droit pénal. Recherche comparative sur l'influence du temps en droit pénal étatique et dans le système coutumier de Nouvelle-Calédonie », *Rev. sc. crim.* 1990, p. 521.

LUCHAIRE (F.), « La souveraineté », *R.F.D.C.* 2000.451.

LUSSIER (L.), « L'ordre public et la police sanitaire au Québec », *Mélanges Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 607.

LYON-CAEN (A.)

« Sanction disciplinaire dans l'entreprise et droit étatique », *Arch. pol. crim.* 1984, n° 7 (« Des sanctions »), p. 108.

v° « Régulation » in CADIEU (L.) (sous la dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, P.U.F., 2004, p. 1137.

MAISTRE DU CHAMBON (P.)

« L'amendement Garraud. Retour sur un procès en sorcellerie », *Rev. pénit. dr. pén.* 2004, p. 313.

« Observations hétérodoxes sur quelques évolutions de la procédure pénale », *Mélanges Pradel*, Paris, Cujas, 2006, p. 395.

MALAUURIE (Ph.), « Les sanctions en droit privé », *Defrénois* 2006, n° 4, art. 38333, p. 316.

MANACORDA (S.), « Un bilan des interférences entre droit communautaire et droit pénal : neutralisation et obligation d'incrimination », *Rev. sc. crim.* 2006, p. 245.

MANNHEIM-AYACHE (A.), « L'interdiction légale », *D.* 1992, chron. 109.

MARCOU (G.), « La notion juridique de régulation », *AJDA* 2006, p. 347.

MARON (A.), « Des "innocents d'Outreau" aux "innocents d'Ailleurs" (propos inconvenants) », *Dr. pén.* févr. 2006, p. 1.

MARON (A.) et ROBERT (J.-H.), « Cent personnes morales pénalement condamnées », *Dr. pén.* 1998, chron. 22, 24 et 28.

MARTIN (R.), « Aller et retour de Kelsen à Aristote », *RTD civ.* 1997, p. 387.

MASCALA (C.), « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », *D.* 2004, p. 3050.

MASSAT (E.), « Des rapports du droit disciplinaire et du droit pénal dans l'administration. Contribution à une étude sur le pouvoir administratif visant les usagers des services publics », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 743.

MASSÉ (M.)

« L'influence du droit communautaire sur le droit pénal français », *Rev. sc. crim.* 1996, p. 935.

« Garder espoir dans le droit » in LATARJET (B.) et al., *Le crime contre l'humanité : origine, état et avenir du droit*, actes du séminaire tenu à Izieu et à l'ENS de Lyon, 19 et 20 oct. 1996, éd. Comp'Act, 1998, p. 119.

« La souveraineté pénale », *Rev. sc. crim.* 1999, p. 905.

« La place du droit pénal dans les relations internationales », *Rev. sc. crim.* 2000, p. 127.

« L'utopie en marche » in HENZELIN (M.) et ROTH (R.) (sous la dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, L.G.D.J., Georg librairie de l'Université, Bruylant, 2002, p. 151.

« A la recherche d'un plan, peut-être même d'un titre, pour une nouvelle discipline juridique », *Mélanges Lombois*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2004, p. 719.

MATAGRIN (D.-H.), « Préférence pénale, préférence morale » in *Personne et responsabilité*, Paris, éd. Eska, 2002, p. 89.

MATSCHER (F.), « La notion de "tribunal" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme » in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 29.

MAUREL (E.), « Notes sur les origines et le fondement du droit de punir », *Rev. pénit. dr. pén.* 1949, p. 27.

MAYAUD (Y.)

« *Ratio legis* et incrimination », *Rev. sc. crim.* 1983, p. 597.

« La non-représentation d'enfant "par stratagème", ou fausse stricte interprétation de la loi pénale », *D.* 2003, p. 1062.

« Appel à la raison ou pour une approche cohérente de la prescription de l'abus de biens sociaux », *D.* 2004, chron. p. 194.

« Les malades mentaux entre non-imputabilité et imputation », *AJ pén.* 2004, p. 303.

MAYER (D.)

« De quelques aspects de la dépenalisation actuelle en France : en matière de mœurs », *Rev. sc. crim.* 1989, p. 442.

« Prévention et répression en matière de contrôle d'identité : une distinction trompeuse », *D.* 1993, chron. p. 272.

« La violence est-elle un mode légitime de contestation de la loi ? », *D.* 2003, Jurisp. p. 1315.

MAZEAUD (D.)

« Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *Mélanges Terré*, Paris, Dalloz, P.U.F., Juris-Classeur, 1999, p. 603.

« Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? »
in JAMIN (C.) et MAZEAUD (D.) (sous la dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2002, p. 135.

MAZEAUD (P.), « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *JCP* 2005, act. 70.

MBONGO (P.), « De "l'inflation législative" comme discours doctrinal », *D.* 2005, p. 1300.

MEKKI (M.), « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », *Petites affiches* 12 janv. 2005, n° 8, p. 3.

MENDELSON, « La victimologie », *Rev. int. crim. pol. tech.* 1956, p. 95.

MERLE (R.)

« Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale. Le point de vue doctrinal », *Rev. sc. crim.* 1964, p. 725.

« L'évolution du droit pénal moderne », *Mélanges Merle*, Paris, éd. Cujas, 1993, p. 63.

« Place respective des sanctions privatives et non privatives de liberté », *Mélanges Merle*, Paris, éd. Cujas, 1993, p. 111.

« La distinction entre le droit de se constituer partie civile et le droit d'obtenir réparation du dommage causé par l'infraction », *Mélanges Merle*, Paris, éd. Cujas, 1993, p. 179.

MEUNIER (J.), « La notion de procès équitable devant la Cour européenne des droits de l'homme » in RUIZ FABRI (H.) (sous la dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Travaux de l'atelier de droit international de l'UMR de droit comparé de Paris, Paris, Société de législation comparée, 2003, p. 185.

MICHAUD (J.), « Justice et amnistie », *JCP* 1969.I.2274.

MIGNON (E.), « L'ampleur, le sens et la portée des garanties en matière de sanctions administratives », *AJDA* 20 oct. 2001, n° spécial, p. 99.

MILBURN (P.), « La médiation pénale en France : quelle place pour les victimes ? » in *Justice "restaurative" et victimes*, Les cahiers de la justice, 2006, n° 1, Paris, Dalloz-ENM, p. 113.

MINIATO (L.), « Le "principe du contradictoire" : nouveau principe directeur du procès ? », *D.* 2005, p. 2537.

MODERNE (F.)

« Sanctions administratives et protection des libertés individuelles au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », *Petites affiches* 17 janv. 1990, n° 8, p. 15.

« A propos du contrôle des punitions en milieu carcéral. Le point de vue du publiciste », *RFD adm.* 1995, p. 822.

« Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens », *RFD adm.* 1997, p. 1.

« La sanction administrative (éléments d'analyse comparative) », *RFD adm.* 2002, p. 483.

MOLFESSIS (N.), « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *RDC* 2005, p. 37.

MOLINS (F.), *Rép. pén.*, v° « Action publique ».

MONJAL (P.-Y.), « Reconnaissance d'une compétence pénale communautaire par la CJCE », *D.* 2005, *Jurisp.* p. 3064.

MONNET-PLACIDI (L.), « Médiation pénale » *in* LOPEZ (G.) et TZITZIS (S.) (sous la dir.), *Dictionnaire des sciences criminelles*, Paris, Dalloz, 2004, p. 611.

MONTELS (B.), « La violence économique, illustration du conflit en droit commun des contrats et droit de la concurrence », *RTD com.* 2002, p. 417.

MONTREUIL (J.), *J.-Class. pén.*, v° « Attroupements ».

MORAND (C.-A.), « La sanction », *Arch. phil. dr.* 1990, t. 35, p. 293.

MOREL (V.), « La réforme de la rétention administrative des étrangers », *Procédures*, 2004, *chron.* 3.

MOREL D'ARLEUX (J.), « Politique disciplinaire et gestion de la détention : dépasser la relation duale détenus/personnels », *AJ pén.* 2005, p. 402.

MOULY (J.), « Du prétendu homicide de l'enfant à naître. Défense et illustration de la position de la Cour de cassation », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 47.

MOURY (J.), « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *D.* 2000, *chron.* p. 382.

NAJJAR (I.)

« L'astrologie et le droit : "l'illicéité au sens large" et la cause du contrat », *Mélanges Terré*, Paris, Dalloz, P.U.F., Juris-Classeur, 1999, p. 701.

« La notion d'"ensemble contractuel" », *Mélanges Decocq*, Paris, Litec, 2004, p. 509.

« L'"ensemble contractuel" sur sa lancée... », *D.* 2005, p. 1105.

NASRI (A.), « Brèves réflexions sur le fondement de l'interdiction du territoire français », *Dr. pén.* 2000, chron. 5.

NAUCKE (W.), « Philosophie pénale et réparation civile », *Arch. phil. dr.* 1983, t. 28, p. 1.

NOURISSAT (C.), « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? », *D.* 2000, chron. p. 369.

NOVOA MONREAL (E.), « Alternatives et moments critiques du droit pénal d'aujourd'hui », *Rev. sc. crim.* 1977, p. 755.

OPHELE (C.), « Faute délictuelle et faute contractuelle », *Resp. civ. et ass.* juin 2003, p. 78.

OTTENHOF (R.), « Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal », *Arch. pol. crim.* 2000, n° 22, p. 71.

PACLOT (Y.), « Remarques sur le pouvoir de sanction administrative de la future Autorité des marchés financiers », *JCP éd. E* 2003, act. 174.

PASCHOUD (A.-C.), *Rép. pén.*, v° « Interdiction légale ».

PALAZZO (F.), « Constitutionnalisme en droit pénal et droits fondamentaux », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 709.

PATIN (M.), « La place des mesures de sûreté dans le droit pénal positif moderne », *Rev. sc. crim.* 1948, p. 415.

PAULTRE DE LAMOTTE (J.), « Les sanctions fiscales dans le système fiscal français : présentation d'ensemble », *Rev. fr. fin. publ.* 1999, p. 9.

PÉDROT (P.), « Le comité consultatif national d'éthique : nouvelle instance de régulation ? », *RRJ* 2001, p. 2279.

PÉLISSIER (J.), « Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire », *Mélanges Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 273.

PEREIRA (B.), « Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ? », *D.* 2005, p. 2041.

PERELMAN (Ch.), « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *Arch. phil. dr.* 1978, t. 23, p. 35.

PERIER (J.-C.), *Rép. Cont. adm.*, v^o « Voirie ».

PHILIPPE (X.), « La liberté d'aller et de venir » in CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.) et REVET (T.) (sous la dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 12^{ème} éd., 2006, p. 313.

PICARD (E.), « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique » in REDOR (M.-J.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 17.

PIEDELIEVRE (S.), « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? » in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^{ème} siècle, Bilan prospectif*, colloque des 7 et 8 déc. 2000, Chambéry, *Resp. civ. et ass.* juin 2001, hors série, p. 68.

PIGACHE (C.), « La prescription pénale, instrument de politique criminelle », *Rev. sc. crim.* 1983, p. 55.

PIGNARRE (G.), « La responsabilité : débat autour d'une polysémie », *Resp. civ. et ass.* juin 2001, hors-série, p. 10.

PIN (X.), « La privatisation du procès pénal », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 245.

PINATEL (J.), « Infractions et valeurs morales », *Rev. sc. crim.* 1972, p. 664.

PLANQUE (J.-C.)

« Plaidoyer pour une suppression réfléchie de la spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales », *Petites affiches* 7 janv. 2004, n° 5, p. 3.

« Faute de loi... se contentera-t-on de circulaire ? (à propos de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales) », *D.* 2006, p. 1836.

PLAWSKI (S.), « La notion de droit international pénal », *Rev. sc. crim.* 1978, p. 789.

POCHARD (M.), « Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction », *AJDA* 20 oct. 2001, n° spécial, p. 106.

POLIN (R.)

« Analyse philosophique de l'idée de légitimité » in *L'idée de légitimité*, recueil d'essais publié par l'Institut international de Philosophie politique, Paris, P.U.F., Annales de Philosophie politique, t. 7, 1967, p. 18.

« L'ordre public » in POLIN (R.) (sous la dir.), *L'ordre public*, Paris, P.U.F., 1996, p. 7.

PONCELA (P.)

« Le droit pénal : au nom de la loi ou malgré la loi », *Arch. phil. dr.* 1980, t. 25, p. 29.

« Par la peine, dissuader ou rétribuer », *Arch. phil. dr.* 1981, p. 59.

« Droit de punir et pouvoirs de punir : une problématique de l'Etat », *Arch. phil. dr.* 1983, p. 123.

« Eclipses et réapparitions de la rétribution en droit pénal » in BLONDIEAU (F.) *et al.*, *Rétribution et justice pénale*, Paris, P.U.F., Travaux et recherches de l'Université Paris II, 1983, p. 11.

« Dans les entrelacs du pourquoi et du comment punir, un nouvel art de sanctionner » *in* MICHAUD (Y.) (sous la dir.), *Qu'est-ce que la culture ?*, Université de tous les savoirs, vol. 6, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 561.

« La procédure disciplinaire carcérale dans la tourmente », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 872.

« Quand le procureur compose avec la peine », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 638.

« La question de la récidive », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 613.

« Les grâces collectives à la recherche d'une identité », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 926.

PONTIER (J.-M.), « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *D.* 1998, chron. p. 327.

PORTELLI (S.), « Les sanctions pénales en matière économique et financière », *Petites affiches* 12 janv. 2006, n° 9, p. 11.

POULET-GIBOT LECLERC (N.), « La suspension administrative du permis de conduire », *RFD adm.* 1992, p. 112.

PRADEL (J.)

« Les limites de l'amnistie en droit pénal », *D.* 1967, chron. p. 233.

« Le nouveau régime disciplinaire des détenus depuis le décret n° 96-287 du 2 avril 1996. Une révolution en droit pénitentiaire », *D.* 1996, chron. p. 319.

« Droit pénal et christianisme. Quelques observations brèves » *in* D'ONORIO (J.-B.) (sous la dir.), *La faute, la peine et le pardon*, Actes du XV^{ème} colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France, Paris, Pierre Téqui éditeur, 1999, p. 29.

« Une consécration du "plea-bargaining" à la française : la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 », *D.* 1999, chron. p. 379.

« Présentation générale du projet de Code pénal Européen sur les délits d'affaires (Euros-délits) », *Rev. pénit. dr. pén.* 2003, n° 2, p. 277.

« Pénologie » in LOPEZ (G.) et TZITZIS (S.) (sous la dir.), *Dictionnaire des sciences criminelles*, Paris, Dalloz, 2004, p. 695.

« Le ministère public doit-il être présent à l'audience d'homologation dans le cadre de la procédure de plaider coupable ? », *D.* 2005, Jurisp. p. 1200.

« Notre procédure pénale défend-elle l'intérêt général », *Rev. pénit. dr. pén.* 2005, p. 503.

PRALUS-DUPUY (J.)

Rép. pén., v° « Discipline ».

« La répression disciplinaire de l'infraction pénale », *Rev. sc. crim.* 1992, p. 229.

« Le sursis disciplinaire : un emprunt du droit disciplinaire au droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1994, p. 135.

« L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et les contentieux de la répression disciplinaire », *Rev. sc. crim.* 1995, p. 723.

PRÉTOT (X.)

« Le pouvoir de faire grâce », *Rev. dr. publ.* 1983, p. 1525.

« Le droit répressif non pénal », *Dr. soc.* 2000, p. 964.

PROTHAIS (A.)

« Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale », *JCP* 1999.I.129.

« Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », *Rev. sc. crim.* 2000, p. 57.

PROUVEZ (J.-B.), « L'avocat au prétoire : une réforme incidente et toujours inachevée du régime disciplinaire des détenus », *Procédures* 2001, chron. n° 5.

PUIG (P.), « Les techniques de préservation de l'exécution en nature », *RDC* 2005, p. 85.

PUIGELIER (C.), « Observations sur le droit pénal scientifique à l'aube du troisième millénaire », *Mélanges Pradel*, Paris, Cujas, 2006, p. 473.

RADÉ (C.), « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *D.* 1998, chron. p. 301.

RASSAT (M.-L.), « L'astreinte définitive », *JCP* 1967.I.2069.

RASSAT (M.-L.) et ROUJOU DE BOUBÉE (G.), « A propos de l'article 4 de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales », *D.* 2006, p. 593.

RAYSEGUIER (C.), « Taux de classement sans suite des parquets : mythes et réalités », *Dr. pén.* 1998, ét. 8.

RAZAFINDRANOVONA (T.), « Les condamnés de 2004 en état de récidive », *Infostat Justice* juin 2006, n° 88.

REBUT (D.)

« Le principe de légalité des délits et des peines » in CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.) et REVET (T.) (sous la dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 12^{ème} éd., 2006, p. 567.

« Le principe de légalité des délits et des peines », *Rev. pénit. dr. pén.*, 2001, p. 249.

« L'abus de biens sociaux par abstention », *D.* 2005, chron. p. 1290.

RÉMOND (R.), Intervention au colloque « Justice ou vengeance », La Croix L'Evènement, Centurion, 1994, p. 114.

RÉMY (Ph.)

« La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323.

« Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat », *Mélanges Couvrat*, Paris, P.U.F., 2001, p. 121.

RÉMY-CORLAY (P.), « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC* 2005, p. 13.

RENAUD (S.), « Les autorités de régulation et le démembrement du pouvoir central », *RRJ* 2001, p. 2203.

RENAUT (M.-H.)

« Le droit de grâce doit-il disparaître ? », *Rev. sc. crim.* 1996, p. 575.

« La contrainte par corps. Une voie d'exécution civile à coloris pénal », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 791.

RENUCCI (J.-F.)

« Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », *D.* 1997, chron. p. 23.

« Le procureur de la République est-il un magistrat au sens européen du terme ? », *Mélanges Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1345.

RÉTIF (S.), *J-Class. Responsabilité civile et assurances*, v° « Droit à réparation », fasc. 101.

REVERT (M.), « Le juge administratif et le procureur. Contribution à l'étude du champ d'application de l'article 40, alinéa 2, du code de procédure pénale », *AJDA* 2003, p. 369.

RIGAUDIÈRE (A.), « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs*, Paris, P.U.F., 1993, n° 67, p. 5.

RINGELHEIM (F.), « Le souci de la justice » in RINGELHEIM (F.) (sous la dir.), *Punir mon beau souci. Pour une raison pénale*, Bruxelles, Revue de l'Université de Bruxelles, 1984, p. 8.

ROBERT (C.-N.), « L'abolition » in *Comment sanctionner le crime ?*, éd. érès, 2002, p. 35.

ROBERT (J.-H.)

« La classification tripartite des infractions selon le nouveau Code pénal », *Dr. pén.* 1995, chron. 1.

« La dépenalisation », *Arch. phil. dr.* 1997, t. 41, p. 191.

« Le droit pénal de l'environnement » in BOULOC (B.) (sous la dir.), *Où en est la dépenalisation dans la vie des affaires ?*, colloque de la Baule des 15 et 16 juin 2001, *RJ com.* n° spécial, nov. 2001, p. 104.

« L'alternative entre les sanctions pénales et les sanctions administratives », *AJDA* 20 oct. 2001, n° spécial, p. 90.

« La représentation devant les juridictions pénales des personnes morales poursuivies ou le syndrome de Pyrrhon », *Mélanges Lombois*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2004, p. 539.

« La mondialisation du droit pénal », *Dr. pén.* juillet-août 2004, p. 3.

« Tableau récapitulatif des dépenalisations opérées depuis 2003 dans le droit des sociétés par actions », *Dr. pén.* 2005, ét. 3.

« Big Brother, Big Sister et Anastasie », *Dr. pén.* déc. 2005, p. 3.

ROCA (C.), « De la dissociation entre la réparation et la répression dans l'action civile exercée devant les juridictions répressives », *D.* 1991, chron. p. 85.

ROCHE-DAHAN (J.), « L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique », *D.* 1994, chron. p. 255.

ROETS (D.), « L'article 4 Conv. EDH violé par la France : une histoire d'esclavage moderne devant la Cour de Strasbourg », *D.* 2006, p. 346.

ROLIN (H.), « Vers un ordre public réellement international », *Mélanges Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, p. 441.

ROLLAND (M.), « Le Ministère public, agent non seulement de répression mais de prévention », *JCP* 1957.I.1342.

RONTCHEVSKY (N.) ET COMPORTI (M.), « La notion d'entité personnifiée », *Petites affiches* 11 déc. 1996, n° 149, p. 7.

ROTH (R.), « Libres propos sur la subsidiarité du droit pénal », *Mélanges Morand*, Bâle, Genève, Munich, Helbing et Lichtenhahn, 2001, p. 429.

ROULAND (N.), « Les modes juridiques de solution des conflits chez les Inuit », *Etudes Inuit*, n° spécial, 3, p. 170.

ROUX (J.-A.), « Rapport au Congrès de l'Association internationale de droit pénal tenu à Bucarest », *Rev. int. dr. pén.* 1929, p. 239.

SAAS (C.), « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 827.

SAILLARD (A.), « Le Conseil d'Etat adapte le principe de légalité des délits et des peines aux sanctions administratives », *Petites affiches* 11-12 nov. 2004, n°s 226-227, p. 13.

SAINT-ESTEBEN (R.), « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs » in *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, colloque Université Paris I du 29 avril 2004, *Petites affiches* 20 janv. 2005, n° 14, p. 53.

SAINT-PAU (J.-C.), « La responsabilité pénale des personnes morales : réalité et fiction » in CONTE (P.), GIRAUD-VAN GAVER (C.), ROBERT (J.-H.) et SAINT-PAU (J.-C.), *Le risque pénal dans l'entreprise*, Paris, Litec, 2003, p. 71.

SALAS (D.)

« Présence de la victime dans le procès et sens de la peine », *AJ pén.* 2004, p. 430.

« Introduction : qu'est-ce que la justice "réparatrice" ? » in *Justice "restaurative" et victimes*, Les cahiers de la justice, 2006, n° 1, Paris, Dalloz-ENM, p. 21.

SALLÉ DE LA MARNIERRE (M.), « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit (Essai de terminologie juridique) », *RTD civ.* 1933, p. 1037.

SALOMON (R.), « Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière. Conformité aux garanties fondamentales », *JCP* 2000.I.264.

SALVAGE (P.), « Le consentement en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1991, p. 699.

SAUVAGEOT (A.), « Dévaluation de la loi », *Rev. pol. et parl.* 1946, p. 29 (1^{ère} partie) et p. 112 (2^{de} partie).

SAUVÉ (J.-M.), « Les sanctions administratives en droit public français. Etat des lieux, problèmes et perspectives », *AJDA* 20 oct. 2001, n° spécial, p. 16.

SAVATIER (J.), *Rép. trav.*, v° « Droit disciplinaire ».

SCHIELE (P.), « Cumul des sanctions fiscales "répressives" et des sanctions pénales pour fraude fiscale », *Procédures* août-sept. 1998, chron. 9.

SCHNEIDER (A.), « La faute de la victime devant la CIVI », *D.* 2003, chron. p. 1185.

SCHOETTL (J.-E.), « La nouvelle loi sur l'immigration devant le Conseil constitutionnel », *Petites affiches* 20 janv. 2004, n° 14, p. 11 et *Petites affiches* 21 janv. 2004, n° 15, p. 10.

SCIORTINO-BAYART (S.), « Droit pénal et droit constitutionnel », *Rev. pénit. dr. pén.* 2001, p. 403.

SEBAG (L.), « L'évolution d'une sanction hybride : le retrait du permis de conduire », *D.* 1975, chron. p. 229.

SERVERIN (E.), « Réparer ou punir ? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2004, chron. p. 2801.

SIMMAT-DURAND (L.), « Le Parquet et l'opportunité des poursuites », *Gaz. Pal.* 1996.I.Doctr. p. 649.

SOURIOUX (J.-L.)

« Codification et autres formes de systématisation du droit à l'époque actuelle », *Journ. de la Société de législation comparée*, 1988, p. 145.

« Le destin fabuleux d'une épithète : la reviviscence du sens juridique des bonnes mœurs ? », *RDC* 2005, p. 1273.

SOYER (J.-C.) et DE SALVIA (M.), « article 6 » in PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.) et IMBERT (P.-H.) (sous la dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2^{ème} éd., 1999, p. 239.

SPINEDI (M), « La responsabilité de l'Etat pour "crime" : une responsabilité pénale ? » in ASCENSIO (H.), DECAUX (E.) et PELLET (A.) (sous la dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, chap. 8, p. 93.

STEPHANOU (C. A.), « L'Union européenne et la souveraineté des Etats membres », *Mélanges Valticos*, Paris, Pedone, 1999, p. 355.

STIJNS (S.), « La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre » in FONTAINE (M.) et VINEY (G.) (sous la dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etude de droit comparé*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2001, chap. XIII, p. 513.

STOLOWY (N.), « La disparition du principe de la spécialité dans la mise en cause pénale des personnes morales », *JCP* 2004.I.138.

STRUPP (K.), « Règles générales du Droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1934-1, p. 207.

STUYCK (J.) et DENYS (C.), « Les sanctions communautaires » in TULKENS (F.) et BOSLY (H.-D.) (sous la dir.), *La justice pénale et l'Europe*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 423.

SUR (P.-O.), « L'action pénale des Associations de défense de victimes 1901-2001 », *Gaz. Pal.* 10-14 août 2001, p. 5.

SYR (J.-H.), « Les phénomènes de responsabilité pénale : de la réaction sociale à la politique pénale », *Problèmes actuels de science criminelle*, vol. XV, P.U. d'Aix-Marseille, 2002, p. 159.

TALLON (D.)

« L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223.

« Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *Mélanges Cornu*, Paris, P.U.F., 1994, p. 429.

TCHEN (V.), « Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire », *RFD adm.* 1997, p. 597.

TEITGEN-COLLY (C.), « Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes », *Petites affiches* 17 janv. 1990, n° 8, p. 25.

TERRÉ (F.), « La "crise de la loi" », *Arch. phil. dr.* 1980, t. 25, p. 17.

THÉRY (Ph.), « L'exécution forcée » in RÉMY-CORLAY (P.) et FENOUILLET (D.) (sous la dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, p. 235.

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357.

THIBIERGE (C.)

« Le droit souple », *RTD civ.* 2003, p. 599.

« Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D.* 2004, p. 577.

THOMAS (D.), « Le concept de procès pénal », *Mélanges Couvrat*, Paris, P.U.F., 2001, p. 401.

TIGROUDJA (H.), « La peine en droit international pénal », *l'Astrée*, n° 16.

TIMSIT (G.), « Les deux corps du droit : essai sur la notion de régulation », *Rev. fr. adm. publ.* 1996, p. 375.

TOURNÉ (B.), « Responsabilité pénale des personnes morales : un changement drastique de régime... », *Gaz. Pal.* 18-20 déc. 2005, p. 2.

TREILLARD (J.), « La violence comme vice du consentement en droit comparé », *Mélanges Laborde-Lacoste*, Bordeaux, éd. Bière, 1963, p. 420.

TRIGEAUD (J.-M.), « Justice et fidélité dans les contrats », *Arch. phil. dr.* 1983, p. 207.

TRUYOL SERRA (A.), « Souveraineté », *Arch. phil. dr.* 1990, t. 35, p. 313.

TULKENS (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), « La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ? » in GÉRARD (P.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.) (sous la dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 529.

TURPIN (D.), « La loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité », *D.* 2004, p. 283.

TZITZIS (S.)

« Le droit pénal entre lumière et ombre », *Rev. pénit. dr. pén.* 2004, p. 713.

« Rétribution » in LOPEZ (G.) et TZITZIS (S.) (sous la dir.), *Dictionnaire des sciences criminelles*, Paris, Dalloz, 2004, p. 838.

URBAN (Q.), « De la difficulté pour le juge de caractériser l'abus de biens sociaux », *JCP* 2005.I.165.

VAILHÉ (J.), « Le droit à la vie du fœtus (arrêt Vo du 8 juillet 2004) » in TAVERNIER (P.) (sous la dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 67.

VALDRINI (P.), « Loi du talion et droit canonique » in Colloque « Violence, vengeance et justice » du 10 septembre 1992, Entretiens de Créteil, p. 22.

VALOTEAU (A.), « Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? », *Dr. pén.* 2006, ét. 8.

VAN DE KERCHOVE (M.)

« Symbolique et instrumentalité. Stratégies de pénalisation et de dépenalisation dans une société pluraliste » in RINGELHEIM (F.) (sous la dir.), *Punir mon beau souci, pour une raison pénale*, Bruxelles, Revue de l'Université de Bruxelles, 1984, p. 123.

« L'intérêt à la répression et l'intérêt à la réparation dans le procès pénal », GÉRARD (P.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Droit et intérêt*, vol. 3, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 83.

VAN DE KERCHOVE (M.) et VAN DROOGHENBROECK (S.), « La subsidiarité et le droit pénal : aspects nouveaux d'une question ancienne » in DELPÉRÉE (F.) (sous la dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 153.

VANDENDRIESSCHE (X.), *J-Class. adm.*, v° « Etranger (Mesures d'éloignement) », fasc. 236.

VAREILLE (B.), « Le pardon du juge répressif », *Rev. sc. crim.*, 1988, p. 676.

VARINARD (A.), « La prescription de l'action publique : une institution à réformer », *Mélanges Pradel*, Paris, Cujas, 2006, p. 605.

VARINARD (A.) et JOLY-SIBUET (E.), « Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit pénal et le droit administratif pénal », *Rev. int. dr. pén.* 1988, p. 189.

VASSALLI (G.), « Rapport de synthèse » in *La décriminalisation*, Actes du colloque de Bellagio 1973, Milan, 1975, p. 399.

VEDEL (G.), « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », *JCP* 1948.I.682.

VERDIER (R.),

« Le système vindicatoire. Esquisse théorique » in VERDIER (R.) (sous la dir.), *La Vengeance*, vol. 1, Paris, Cujas, 1980, p. 13.

« Pouvoir, justice et vengeance chez les Kabiyes du Togo » in VERDIER (R.) (sous la dir.), *La Vengeance*, vol. 1, Paris, Cujas, 1980, p. 201.

« La vengeance civilisée : du vindicatif au vindicatoire », *Stanford French Review*, Vol. 16.1, 1992, p. 45.

VERGÈS (E.), « La Cour européenne des droits de l'homme et la discipline pénitentiaire (à propos de l'arrêt *Ezeh et Connors c/ Royaume-Uni*) », *Dr. pén.* 2004, ét. 7.

VERHAEGEN (J.), « La deuxième césure. A propos de la déclaration de culpabilité, notion complexe du jugement pénal » in RINGELHEIM (F.) (sous la dir.), *Punir mon beau souci. Pour une raison pénale*, Bruxelles, Revue de l'Université de Bruxelles, 1984, p. 172.

VÉRIN (J.)

« Une politique criminelle de non-intervention », *Rev. sc. crim.* 1974, p. 398.

« Le règlement extra-judiciaire des litiges », *Rev. sc. crim.* 1982, p. 171.

VÉRON (M.)

« L'abus de biens sociaux : évolution ou dérive ? », *Gaz. Pal.* 1996, p.623.

« Clandestinité et prescription », *Dr. pén.* 1998, chron. 16.

VERPEAUX (M.), « Neutrons législatifs et dispositions réglementaires : la remise en ordre imparfaite », *D.* 2005, chron. p. 1886.

VETU (F.), « L'inexécution contractuelle et la faute délictuelle », *RRJ* 2005, n° 1, p. 107.

VIDAL (J.), « Observations sur la nature juridique de l'action civile », *Rev. sc. crim.* 1963, p. 481.

VIMBERT (C.), « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Rev. dr. publ.* 1994, p. 693.

VINEY (G.)

« Conclusions » in *La responsabilité des personnes morales*, colloque du 7 avril 1993, Paris I, *Rev. sociétés* 1993, p. 381.

« La responsabilité contractuelle en question », *Mélanges Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 921.

« Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français » in FONTAINE (M.) et VINEY (G.) (sous la dir.), *Les sanctions de l'inexécution des*

obligations contractuelles. Etude de droit comparé, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2001, p. 167.

« Rapport de synthèse » in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^{ème} siècle, Bilan prospectif*, colloque des 7 et 8 déc. 2000, Chambéry, *Resp. civ. et ass.* juin 2001, hors série, p. 82.

VITU (A.)

« Le classement sans suite », *Rev. sc. crim.* 1947, p. 505.

« La division du procès pénal en deux phases », *Rev. int. dr. pén.* 1969, p. 485.

« De l'illicéité en droit criminel français », *Bulletin de la société de législation comparée*, 1984, p. 127.

« Amnistie et sursis avec mise à l'épreuve », *Rev. sc. crim.* 1991, p. 558.

VOLFF (J.)

« L'ordonnance pénale en matière correctionnelle », *D.* 2003, chron. p. 2777.

« La privatisation rampante de l'action publique », *JCP* 2004.I.146.

VON TROTHA (T.), « La dépossession du pouvoir et la "déresponsabilisation" de l'individu dans l'évolution vers la constitution de l'Etat et l'acquisition de son monopole de la violence » in LE ROY (E.) et VON TROTHA (T.) (sous la dir.), *La violence et l'Etat. Formes et évolution d'un monopole*, Paris, L'Harmattan, 1993, p. 15.

VOUIN (R.), « L'unique action civile », *D.* 1973, chron. p. 265.

VULLIERME (J.-L.), « La fin de la justice pénale (Polysémie de la peine, pluralité des modes de réparation) », *Arch. phil. dr.* 1983, p. 155.

WALGRAVE (L.)

« La justice restaurative : à la recherche d'une théorie et d'un programme », *Criminologie*, 1999, n° 1, p. 7.

« La justice restaurative et la justice pénale : un duo ou un duel ? » in CARIO (R.), *Victimes : du traumatisme à la restauration. Œuvre de justice et victimes*, vol. 2, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 275.

WALINE (J.), « Le rôle de la volonté dans la théorie de l'acte administratif unilatéral et dans le droit civil des contrats », *Mélanges Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 869.

WÉRY (P.), « L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel. Rapport belge » in FONTAINE (M.) et VINEY (G.) (sous la dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etude de droit comparé*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2001, p. 205.

WILLEMART (E.), « La répression pénale et la répression administrative : de l'autonomie à la subsidiarité ? » in DELPEREE (F.) (sous la dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2002, p. 179.

ZELCEVIC-DUHAMEL (A.), « La notion d'économie du contrat en droit privé », *JCP* 2001.I.300.

V. Notes, chroniques, conclusions et rapports

ARRIGHI DE CASANOVA (J.)

« Conclusions sous C.E. 31 mars 1995 (avis), *SARL Anti-industrie Méric* (Pénalités fiscales et article 6 de la convention européenne des droits de l'Homme) », *Rev. juris. fisc.* 1995, p. 326.

« Conclusions sous C.E. 8 juill. 1998 (avis), *Fattell* (Pouvoir de modération du juge et article 6 de la convention européenne des droits de l'Homme) », *Rev. jurisp. fisc.* 1998, p. 637.

AYNÈS (L.), « Note sous Ass. plén. 1^{er} déc. 1995 », *D.* 1996, Jurisp. p. 13.

AZIBERT (G.), « Observations sous Crim. 28 nov. 1991 », *D.* 1993 Somm. 18.

BARBIÈRI, « Note sous Crim. 27 juin 2001 », *Bull. Joly* 2001. 1117.

BOULOC (B.)

« Observations sous Crim. 28 nov. 1991 », *Rev. sc. crim.* 1993, p. 90.

« Observations sous Crim. 23 mars 1992 », *Rev. sc. crim.* 1993, p. 314.

« Note sous Crim. 27 juin 2001 », *Rev. sociétés* 2001, p. 873.

BRAIBANT (G.), « Conclusions sur C.E. Sect. 8 janv. 1960, *Sieur Rohmer* », *Rev. dr. publ.* 1960, p. 333.

BRAUNSCHWEIG (A.), « Observations sous Crim. 12 mai 1992 », *Rev. sc. crim.* 1992, p. 606.

BUISSON (J.)

« Note sous Crim. 26 févr. 2002 », *Procédures* 2002 n° 7, comm. 145.

« Note sous Crim. 18 février 2003 (L'usage de l'arme à feu par les gendarmes) », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 387.

CHABAS (F.), « Observations sous Com. 28 avril 1982 et Civ. 1^{ère} 2 juin 1982 », *RTD civ.* 1983, p. 340.

CHAZAL (J.-P.), « Note sous Civ. 1^{ère} 30 mai 2000 (La contrainte économique : violence ou lésion ?) », *D.* 2000, Jurisp. p. 879.

CHAMBON (P.)

« Note sous Crim. 13 oct. 1981 », *JCP* 1982.II.19862.

« Note sous Crim. 6 févr. 1969 », *JCP* 1969.II.16004.

COLLIN (P.) ET GUYOMAR (M.), « Chronique sous C.E. 22 juin 2001, *Société Athis* », *AJDA* 2001, p. 634.

COMBALDIEU (R.)

« Note sous Crim. 25 mars 1965 », *JCP* 1965.II.14235.

« Note sous Crim. 16 fév. 1967 », *JCP* 1967. II. 15034.

CONTE (P.), « Note sous Crim. 16 nov. 2005 », *JCP* 2006.II.10110.

CORGAS-BERNARD (C.), « Note sous CA Rennes 28 janv. 2005 », *JCP* 2005.II.10156.

COUVRAT (P.) et MASSÉ (M.), « Note sous Crim. 6 juill. 1993, *Rodriguez* », *D.* 1994, Jurisp. p. 33.

DEFFERRARD (F.) et DURTETTE (V.), « Note sous Crim. 18 févr. 2003 », *D.* 2003, p. 1317.

DELMAS SAINT-HILAIRE (J.-P.), « Observations sous Crim. 9 févr. 2005 (Prise illégale d'intérêt : l'amenuisement de la consistance de ses composantes tant matérielles que morales se poursuit) », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 560.

DESPORTES (F.), « Rapport sur Crim. 2 déc. 1997 », *JCP* 1998.II.10023.

DEZEUZE, « Note sous Crim. 6 sept. 2000 », *Bull. Joly* 2001. 61.

DOUCET (J.-P.)

« Note sous Crim. 9 juill. 1984 », *Gaz. Pal.* 1984. 2. 751.

« Note sous Civ. 2^{ème} 29 avril 1970 », *Gaz. Pal.* 1971. I. 37 (co-rédigée avec G. LEVASSEUR).

« Observations sous Crim. 2 févr. 1983 », *Gaz. Pal.* 1983. II. Somm. 263.

FOMBEUR (P.) et GUYOMAR (M.)

« Observations sous C.E. Sect. 28 juill. 1999, *GIE Mumm-Perrier-Jouët* », *AJDA* 1999, p. 783.

« Observations sous C.E. Sect. 27 oct. 1999, *Solana* », *AJDA* 1999, p. 1002.

FOMBEUR (P.), « Conclusions sur C.E. Sect. 28 juill. 2000, *Préfet de police c/ Diagola* », *RFD adm.* 2001, p. 1021.

FRYDMAN (P.), « Conclusions sous C.E. ass. 17 févr. 1995, *Marie et Hardouin* (Le contrôle juridictionnel des mesures disciplinaires dans les institutions fermées) », *RFD adm.* 1995, p. 353.

GASSIN (R.)

« Note sous C.E. 28 mars 1997, *Solana* », *CJEG* janv. 1998, p. 1.

« Note sous Crim. 3 févr. 1998 », *D.* 1998, *Jurisp.* p. 443.

GENEVOIS (B.), « Chronique sous Cons. const. 17 janv. 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, déc. n° 88-248 DC », *RFD adm.* 1989, p. 215.

GHESTIN (J.), « Note sous Com. 14 mars 1972 », *D.* 1972, p. 653.

GIUDICELLI (A.)

« Observations sous Crim. 20 février 2002 », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 585.

« Observations sous Cass. avis 18 avril 2005 et CE ord. réf. 11 mai 2005 (Repenser le plaider coupable) », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 592.

GONZALEZ (G.), « Note sous CEDH 27 août 2002, *Didier c/ France* », *JCP* 2003.II.10177.

GOUTTENOIRE-CORNUT (A.), « Note sous CEDH, 13 févr. 2003, n° 42326/98, *Odièvre c/ France* », *JCP* 2003.II.10049.

GUYOMAR (M.) et COLLIN (P.), « Chronique sous C.E. Ass. 12 avril 2002 (avis), *Société anonyme financière Labeyrie* », *AJDA* 2002, p. 410.

HAURIOU (M.), « Note sous T. confl. 2 déc. 1902, *Société immobilière de Saint-Just* », *S.* 1904.3.17.

HÉLIE (F.), « Rapport sous Crim. 21 mars 1862 », *S.* 1862.I.542.

HUGUENEY (L.), « Note sous Crim. 15 avril 1937, *Cardi et autres* », *S.* 1938.I.233.

JOSSERAND (L.), « Note sous Cass. 14 déc. 1926 », *D.* 1927, p. 105.

LARGUIER (J.)

« Observations sous Crim. 12 fév. 1979 », *Rev. sc. crim.* 1980, p. 417.

« Note sous Crim. 2 fév. 1983 », *Rev. sc. crim.* 1984, p. 301.

LÉGAL (A.), « Observations sous Crim. 16 fév. 1967 », *Rev. sc. crim.* 1967, p. 659.

LEVINET (M.)

« Observations sous CEDH, 12 mars 2003, *Öcalan c/ Turquie* », *Rev. dr. publ.* 2004, p. 801.

« Note sous CEDH 8 juill. 2004, n° 53924/00, *Vo c/ France* », *JCP* 2004.II.10158.

LEVASSEUR (G.)

« Observations sous Crim. 16 fév. 1967 », *Rev. sc. crim.* 1967, p. 659.

« Observations sous Crim. 28 nov. 1991 », *Rev. sc. crim.* 1992, p. 751.

« Note sous Civ. 2^{ème} 29 avril 1970 », *Gaz. Pal.* 1971. I. 37 (co-rédigée avec J.-P. DOUCET)

MAISTRE DU CHAMBON (P.), « Note sous Crim. 20 février 2002 », *JCP* 2002.II.10075.

MARGUÉNAUD (J.-P.), « Observations sous CEDH, 13 fév. 2003, n° 42326/98, *Odièvre c/ France* », *RTD civ.* 2003, p. 378.

MARON (A.)

« Note sous C.E. 30 juillet 2003, *Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ M. Remli* », *Dr. pén.* 2004, comm. 43.

« Note sous Crim. 28 sept. 2005 », *Dr. pén.* 2005, comm. 183.

MAUBOUSSIN (E.), « Note sous C.E. 19 mars 1997, *Association Ici et maintenant* », *Légipresse*, mai 1997, n° 141, III, p. 65.

MAYAUD (Y.)

« Observations sous Crim. 23 février 2000 », *Rev. sc. crim.* 2000, p. 610.

« Observations sous Crim. 18 décembre 2002 », *D.* 2003, Jurisp. 1062.

MAYER (D.), « Note sous Crim. 12 mai 1992 », *D.* 1992, p. 427.

MAZEAUD (D.), « Observations sous Civ. 3^{ème} 10 mars 1993 », *Deffrénois* 1994, 35746.

MESTRE (J.), « Observations sous Civ. 3^{ème} 16 avril 1986 », *RTD civ.* 1987, p. 316.

MICHEL (J.), « Concl. sous CAA Douai 18 juin 2002 (Police judiciaire et police administrative : les difficultés de la mise en œuvre du critère finaliste) », *Petites affiches* 11 mars 2003, p. 10.

MORIN (X.) ET SAMSON (F.), « Note sous Crim. 26 juin 1996 », *Gaz. Pal.* 1997.1, p. 296.

MOSSET (C.), « Conclusions sur C.E. 9 nov. 1956, *Ministre des Travaux publics c/ Commune de Poizat* », *RFD adm.* févr. 1957, p. 24.

NGUYEN VAN TUONG, « Note sous Cons. const. 16 juillet 1996 », *JCP* 1996.II.22709.

OHL (D.), « Note sous Crim. 13 oct. 1999 », *JCP éd. E* 2000, p. 1380.

OLLÉON (L.), « Chronique sous C.E. Ass. 12 avril 2002 (avis), *Société anonyme financière Labeyrie* (Intérêts de retard et convention européenne des droits de l'Homme : peut-on noyer un serpent de mer ?) », *Rev. jurisp. fisc.* 2002, p. 447.

OTTENHOF (R.), « Observations sous Crim. 30 nov. 1993 », *Rev. sc. crim.* 1994, p. 764.

PASTRÉ-BOYER (A.-L.), « Note sous Civ. 1^{ère} 12 juill. 2005 (Pouvoir modérateur du juge en cas de clause d'indemnisation forfaitaire) », *D.* 2005, Jurisp. p. 3021.

PATIN (M.), « Note sous Crim. 13 décembre 1956 », *D.* 1957, p. 349.

PELLISSIER (G.), « Concl. sous CAA Versailles 16 déc. 2004 (La distinction entre mesure prise dans l'intérêt du service et sanction disciplinaire) », *Petites affiches* 20 juillet 2005, n° 143, p. 15.

PRADEL (J.), « Note sous CEDH, 8 juill. 2004, n° 53924/00, *Vo c/ France* », *D.* 2004, p. 2456.

RASSAT (M.-L.), « Note sous CA Rouen 17 janv. 1979 », *JCP* 1979.II.19182.

RAVANAS (J.)

« Note sous Civ. 1^{ère} 5 nov. 1996 (L'article 9 du Code civil ouvre-t-il un droit à réparation autonome ?) », *JCP* 1997.II.22805.

« Note sous Civ. 1^{ère} 25 févr. 1997 (Peut-on encore douter de l'autonomie et de la force des droits de la personnalité ?) », *JCP* 1997.II.22873.

REINHARD (Y.) et THOMASSET-PIERRE (S.), « Note sous C.E. 17 nov. 2004, *Mimran* », *D.* 2005, p. 2606.

RENUCCI (J.-F.), « Observations sous Crim. 27 juin 2001 », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 339.

ROBERT (J.-H.)

« Note sous Crim. 23 nov. 1994 », *Dr. pén.* 1995, comm. 72 (3^{ème} espèce).

« Note sous Cons. const. 15 mars 1999 », *Dr. pén.* 1999, comm. 68.

« Note sous Crim. 27 juin 2001 », *Dr. pén.* 2001, comm. 129.

« Note sous Crim. 26 févr. 2002 », *Dr. pén.* 2002, comm. 75.

« Note sous Crim. 8 oct. 2003 », *JCP éd. E* 2004, p. 425.

ROBERT (J.-M.)

« Note sous Crim. 7 déc. 1967 », *D.* 1968, p. 617.

« Note sous Crim. 2 févr. 1983 », *D.* 1983, p. 534.

ROBERT (J.), « Observations sous Crim. 2 févr. 1983 », *Rev. sc. crim.* 1984, p. 98.

ROETS (D.), « Note sous CEDH, 27 nov. 2003, *Hénaf c/ France* », *D.* 2004, *Jurisp.* p. 1196.

RONTCHEVSKY (N.), « Observations sous CA Paris 28 juin 2005 », *RTD com.* 2005, p. 807.

ROUJOU DE BOUBÉE (G.)

« Observations sous Crim. 12 fév. 1979 », *D.* 1979, IR p. 177.

« Observations sous Crim. 9 juill. 1984 », *D.* 1986, IR p. 106.

« Observations sous Cons. const. 15 mars 1999 », *D.* 2000, Somm. p. 116.

ROYO (M.), « Note sous Crim. 23 juin 2004 », *D.* 2005, Jurisp. p. 1399.

SAVARY, « Conclusions sous Crim. 21 mars 1862 », *S.* 1862.I.542.

SCHOETTL (J.-E.), « Chronique sous loi de finances pour 1998 », *AJDA* 1998, p. 124.

SUDRE (F.)

« Note sous CEDH 23 sept. 1998, *Malige c/ France* », *JCP* 1999.II.10086.

« Note sous C.E. 3 décembre 1999, *Didier, Leriche et Caisse de Crédit mutuel de Bain-Tresboeuf* », *JCP* 2000.II.10267.

« Observations sous CEDH 26 juillet 2005, *Siliadin c/ France* », *JCP* 2005.II.10142.

THÉRON (J.), « Note sous Civ. 3^{ème} 22 juin 2005 », *Petites affiches* 24 janv. 2006, n° 17, p. 9.

VERGÈS (E.), « Note sous CEDH 14 juin 2005, *Menet c/ France* », *Rev. pénit. dr. pén.* 2005, p. 969.

VÉRON (M.)

« Note sous Crim. 27 octobre 1997 », *Dr. pén.* 1998, comm. 16.

« Note sous Crim. 23 avril 2003 », *Dr. pén.* 2003, comm. 107.

« Note sous Crim. 7 mai 2002 », *Dr. pén.* 2002, comm. 104 (1^{er} arrêt).

« Note sous Crim. 25 févr. 2003 », *Dr. pén.* 2003, comm. 72.

« Note sous Crim. 23 juin 2004 », *Dr. pén.* 2004, comm. 143.

VINEY (G.), « Note sous Civ. 3^{ème} 30 janv. 2002 », *JCP* 2002.I.186.

WALINE (M.)

« Note sous C.E. 12 févr. 1965, *Chotard-Chavanon* », *Rev. dr. publ.* 1965, p. 488.

« Note sous C.E. 1^{er} mars 1967, *D^{lle} Lescot* (Les contraventions de grande voirie ont-elles le caractère d'une infraction pénale ?) », *Rev. dr. publ.* 1968, p. 175.

VI. Dictionnaires et encyclopédies

BABOT (A.), BOUCAUD-MAÎTRE (A.) et DELAIGUE (P.), *Dictionnaire d'histoire du droit et des institutions publiques*, Paris, éd. Ellipses, 2002.

BEZIZ-AYACHE (A.), *Dictionnaire de droit pénal général et procédure pénale*, Paris, éd. Ellipses, 3^{ème} éd., 2005.

CADIET (L.) (sous la dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, P.U.F., 2004.

CORNU (G.) (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, PARIS, P.U.F., COLL. QUADRIGE, 3^{ème} ÉD., 2002.

LOPEZ(G.) ET TZITZIS (S.) (sous la dir.), *Dictionnaire des sciences criminelles*, PARIS, DALLOZ, 2004.

RAYNAUD (P.) et RIALS (S.) (sous la dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003.

MAYAUD (Y.) et REMILLIEUX (P.) (sous la dir.), *Répertoire de Droit pénal et de Procédure pénale*, Paris, Dalloz, coll. Encyclopédie.

ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Locutions latines du droit français*, Paris, Litec, 4^{ème} éd., 1998.

ROUQUETTE (R.), *Dictionnaire du droit administratif*, PARIS, ÉD. DU MONITEUR, 2002.

VII. Lois, ordonnances, décrets et circulaires

Lois et ordonnances

Ordonnance n° 45-1418 du 28 juin 1945 relative à la discipline des notaires et de certains officiers ministériels, *JO* du 29 juin 1945, p. 3926.

Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, *JO* du 4 novembre 1945, p. 7225.

Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, *JO* du 23 décembre 1958, p. 11551.

Ordonnance n° 58-1296 du 23 décembre 1958 modifiant et complétant le Code de procédure pénale, *JO* du 24 décembre 1958, p. 11711.

Loi n° 75-597 du 9 juillet 1975 modifiant les articles 1152 et 1231 du Code civil sur la clause pénale, *JO* du 10 juillet 1975, p. 7076.

Loi n° 75-624 du 11 juillet 1975 modifiant et complétant certaines dispositions de droit pénal, *JO* du 13 juillet 1975, p. 7219.

Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 sur le divorce, *JO* du 12 juillet 1975, p. 7171.

Loi n° 76-621 du 10 juillet 1976 relative au renforcement de la répression en matière de trafics et d'emplois irréguliers de main-d'œuvre étrangère, *JO* du 11 juillet 1976, p. 4171.

Loi n° 77-1453 du 29 décembre 1977 accordant des garanties de procédure aux contribuables en matière fiscale et douanière, *JO* du 30 décembre 1977, p. 6279.

Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JO* du 7 janvier 1978, p. 227.

Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, *JO* du 12 juillet 1979, p. 1711.

Loi n° 81-908 du 9 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort, *JO* du 10 octobre 1981, p. 2759 ; *BLD* 1981. 347.

Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, dite "Loi Auroux", *JO* du 6 août 1982, p. 2518 ; *D.* 1982, Lég. p. 383.

Loi n° 83-466 du 10 juin 1983 portant abrogation ou révision de certaines dispositions de la loi n° 81-82 du 2 févr. 1981 et complétant certaines dispositions du Code pénal et du Code de procédure pénale, *JO* du 11 juin 1983, p. 1755.

Loi n° 83-608 du 8 juillet 1983 renforçant la protection des victimes d'infraction, *JO* du 9 juillet 1983, p. 2122.

Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *JO* du 14 juillet 1983, p. 2174.

Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, *JO* du 6 juillet 1985, p. 7585.

Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *JO* du 1^{er} octobre 1986, p. 11755.

Loi n° 87-502 du 8 juillet 1987 modifiant les procédures fiscales et douanières, *JO* du 9 juillet 1987, p. 7470.

Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, *JO* du 8 juillet 1989, p. 8541.

Loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance, *JO* du 14 juillet 1989, p. 8869.

Loi n° 95-116 du 4 février 1995 portant diverses dispositions d'ordre social, *JO* du 5 février 1995, p. 1992.

Loi n° 98-467 du 17 juin 1998 relative à l'application de la Convention du 13 janvier 1993 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, *JO* du 18 juin 1998, p. 9247.

Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, *JO* du 18 juin 1998, p. 9255 ; *D.* 1998, Lég. p. 209.

Loi n° 99-505 du 18 juin 1999 portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs, *JO* du 19 juin 1999, p. 9018.

Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, *JO* du 24 juin 1999, p. 9247 ; *D.* 1999, Lég. p. 311.

Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *JO* du 11 février 2000, p. 2143.

Loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JO* du 13 avril 2000, p. 5646 ; *D.* 2000, Lég. p. 221.

Loi n° 2000-494 du 6 juin 2000 portant création d'une Commission nationale de déontologie de la sécurité, *JO* du 7 juin 2000, p. 8562.

Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *JO* du 16 juin 2000, p. 9038 ; *D.* 2000, Lég. p. 253.

Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JO* du 16 mai 2001, p. 7776.

Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, *JO* du 13 juin 2001, p. 9337.

Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001, relative à l'interruptin volontaire de grossesse et à la contraception, *JO* du 7 juillet 2001, p. 10823.

Loi n° 2002-268 du 26 février 2002 relative à la coopération avec la Cour pénale internationale, *JO* du 27 février 2002, p. 3684, *D.* 2002, Lég. p. 867.

Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (dite loi "Perben"), *JO* du 10 septembre 2002, p. 14934 (V. également Cons. const. 29 août 2002, déc. 2002-461 DC, *JO* du 10 septembre 2002, p. 14953).

Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *JO* du 19 mars 2003, p. 4761 (V. également Cons. const. 13 mars 2003, déc. 2003-467 DC, *JO* du 19 mars 2003, p. 4789).

Loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, *JO* du 2 août 2003, p. 13220.

Loi n° 2003-1176 du 10 décembre 2003 modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile, *JO* du 11 décembre 2003, p. 21080.

Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 sur le divorce, *JO* du 27 mai 2004, p. 9319.

Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (dite loi "Perben II"), *JO* du 10 mars 2004, p. 4567 (V. également Cons. const. 2 mars 2004, déc. n° 2004-492 DC, *JO* du 10 mars 2004, p. 4637).

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *JO* du 22 juin 2004, p. 11168.

Loi du n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JO* du 7 août 2004, p. 14040 ; *D.* 2004, Lég. p. 2089.

Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JO* du 7 août 2004, p. 14063.

Ord. n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du Code de commerce au droit communautaire de la concurrence, *JO* du 5 novembre 2004, p. 18689.

Ord. n° 2004-1248 du 24 novembre 2004 portant Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, *JO* du 25 novembre 2004, p. 19924.

Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 dite de simplification du droit, *JO* du 10 décembre 2004, p. 20857.

Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *JO* du 31 décembre 2004, p. 22567 ; *D.* 2005, Lég. p. 134.

Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, *JO* du 19 janvier 2005, p. 864 ; rectific. *JO* du 27 janvier 2005, p. 1411.

Loi n° 2005-47 du 26 janvier 2005 relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance, *JO* du 27 janvier 2005, p. 1409 ; *D.* 2005, Lég. p. 351.

Loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires, *JO* du 26 mars 2005, p. 5098.

Loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales, *JO* du 21 mai 2005, p. 8825.

Ord. n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, *JO* du 7 juin 2005, p. 10022.

Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, *JO* du 27 juillet 2005, p. 12160.

Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises, *JO* du 27 juillet 2005, p. 12187 ; rectific. *JO* du 22 octobre 2005, p. 16750.

Loi n° 2005-847 du 26 juillet 2005 précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, *JO* du 27 juillet 2005, p. 12224.

Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, *JO* du 3 août 2005, p. 12639.

Ord. n° 2005-1512 du 7 décembre 2005 relative à des mesures de simplification en matière fiscale et à l'harmonisation et l'aménagement du régimes des pénalités, *JO* du 8 déc. 2005, p. 18912.

Ord. n° 2005-1527 du 8 décembre 2005 relative au permis de construire et aux autorisations d'urbanisme, *JO* du 9 décembre 2005, p. 18997.

Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, *JO* du 13 décembre 2005, p. 19152 (V. également Cons. const. 8 décembre 2005, déc. n° 2005-527 DC, *JO* du 13 décembre 2005, p. 19162).

Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, *JO* du 24 janvier 2006, p. 1129.

Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, *JO* du 2 avril 2006, p. 4950.

Loi n° 2006-405 du 5 avril 2006 relative à la lutte contre le dopage et à la protection de la santé des sportifs, *JO* du 6 avril 2006, p. 5193.

Loi n° 2006-436 du 14 avril 2006 relative aux parcs nationaux, aux parcs naturels marins et aux parcs naturels régionaux, *JO* du 25 avril 2006, p. 5682.

Loi de programme n° 2006-450 du 18 avril 2006 pour la recherche, *JO* du 19 avril 2006, p. 5820.

Ord. n° 2006-596 du 23 mai 2006 relative à la partie législative du code du sport, *JO* du 25 mai 2006, p. 7791.

Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *JO* du 24 juin 2006, p. 9513.

Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, *JO* du 25 juillet 2006, p. 11047.

DÉCRET

Décret n° 89-554 du 2 août 1989 relatif aux transactions sur la poursuite des infractions en matière de pêches maritimes, *JO* du 10 août 1989, p. 10088.

Décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat, *JO* du 28 novembre 1991 ; *D.* 1991, Lég. p. 490.

Décret n° 93-386 du 15 mars 1993 relatif à la constatation et à la répression des infractions aux dispositions de l'article 4 de la convention révisée pour la navigation du Rhin du 17 octobre 1868, *JO* du 20 mars 1993.

Décret n° 96-287 du 2 avril 1996 relatif au régime disciplinaire des détenus et modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale, *JO* du 5 avril 1996, p. 5260 ; *D.* 1996, Lég. p. 137.

Décret n° 99-706 du 3 août 1999 relatif au Conseil nationale de l'aide aux victimes, *JO* du 10 août 1999, p. 12057.

Décret n° 2004-1364 du 13 décembre 2004 modifiant le Code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif à l'application des peines, *JO* du 15 décembre 2004, p. 21247 ; *JO* du 26 décembre 2004, p. 22031 (rectificatif). Modifié partiellement par le décret n° 2005-163 du 23 février 2005 relatif à l'application outre-mer de certaines dispositions du Code de

procédure pénale (troisième partie : Décrets) et concernant l'application des peines, *JO* du 24 février 2005, p. 3142.

Décret n° 2005-131 du 14 février 2005, *JO* du 17 février 2005, p. 2670.

Décret n° 2005-381 du 20 avril 2005 relatif à l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations et modifiant le code du travail (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat), *JO* du 24 avril 2005, p. 7181.

Décret n° 2005-531 du 24 mai 2005 modifiant le décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat et relatif à la discipline, *JO* du 26 mai 2005, p. 9107.

Décret n° 2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi n° 78-1 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, *JO* du 22 octobre 2005, p. 16769.

Décret n° 2006-338 du 21 mars 2006 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif à l'isolement des détenus, *JO* du 23 mars 2006, p. 4349.

Décret n° 2006-641 du 1^{er} juin 2006 modifiant le Code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif aux transactions proposées par la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *JO* du 2 juin 2006, p. 8335.

Décret n° 2006-1099 du 31 août 2006 relatif à la lutte contre les bruits du voisinage et modifiant le Code de la santé publique, *JO* du 1^{er} septembre 2006, p. 13042 ; *D.* 2006, p. 2120.

CIRCULAIRES

Circulaire du 2 août 1989 du ministère de l'Economie relative aux transactions sur la poursuite des infractions en matière de pêches maritimes, *JO* du 10 août 1989, p. 10089 ; *JCP* 1989.II.63030 et 63031.

Circulaire CRIM 99-13 E1 du 17 novembre 1999 relative au prononcé et au relèvement des peines d'interdiction du territoire.

RAPPORTS PARLEMENTAIRES

Rapport Aicardi, la Documentation française, Paris, 1986.

GORTAIS (J.), *L'aide psychologique aux victimes*, Rapport au Ministre de la Justice, 1992.

LÉONARD (G.), « Rapport fait au nom de la commission des lois sur la proposition de loi de MM. P. Clément et G. Léonard relative au traitement de la récidive des infractions pénales », Assemblée nationale, n° 1979.

Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié,
Office parlementaire d'évaluation de la législation, rapport de M. le sénateur P. Gélard, 15
juin 2006.