

# RSC

RSC 2013 p. 51

La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel  (1)

**Guillaume Chetard, Doctorant contractuel à l'Université de Strasbourg, Centre de droit privé fondamental**

## L'essentiel

### Résumé

Pour qu'un acte restreignant l'exercice des libertés soit licite du point de vue du principe de proportionnalité, il doit d'une part être strictement limité à ce qu'exige la réalisation du but visé par son auteur, et d'autre part ne pas conduire à sacrifier davantage que ce qui est obtenu. Une telle exigence occupe une place essentielle dans la protection des justiciables contre les excès de rigueur des pouvoirs publics. La question de ses applications en droit criminel se pose donc naturellement, dès lors que l'on envisage l'activité répressive comme un ensemble de restrictions à l'exercice des libertés. La jurisprudence du Conseil constitutionnel est éclairante à cet égard. On peut observer, d'abord, qu'en ce qui concerne l'établissement des incriminations et l'organisation des procédures pénales, le contrôle de proportionnalité existe bien, quoiqu'il soit entaché de lacunes et d'incertitudes. En revanche, un contrôle du même type paraît impossible en ce qui concerne la détermination des peines ; et le terme « proportionnalité » désigne en la matière une idée spécifique, distincte de son sens général.

### Summary

An act restricting the exercise of liberties is legal under the principle of proportionality if: 1° it does not exceed what is needed for its goal to be fulfilled; and 2° it does not cause more losses than it prevents. Such a guarantee is essential to the protection of individuals against excessive uses of authority. Thus, if one considers repression as a collection of restrictions imposed on the exercise of liberties, the applications of that principle in criminal law ought to be studied. The case-law of the French Conseil constitutionnel will be used as an illustration. Though it features some lacks and uncertainties, the test of proportionality is part of the French constitutional review of incriminations and procedure acts. However, on the matter of sentencing, such a control seems impossible, and the word "proportionality" does not bear the same meaning there.

« On peut dire, sans exagération, que la procédure criminelle est l'exact reflet des conditions dans lesquelles, dans un pays donné, sont conçues les relations entre l'État et la personne humaine »  (2), et on pourrait ajouter qu'il en va de même du droit pénal substantiel. Dans un sens restreint, l'affirmation des Professeurs Merle et Vitu renvoie au fait que, dans le cadre de la procédure pénale, individu et société se font symboliquement face comme parties adverses et possèdent chacun des droits et des devoirs qu'il est souhaitable d'équilibrer entre eux. Mais la formule peut revêtir un sens plus large : le droit criminel pose perpétuellement la question de la confiance réciproque entre ces deux acteurs. Il s'agit de « concilier l'inconciliable »  (3), de tracer les frontières à l'intérieur desquelles le pouvoir répressif peut effectivement viser à la garantie de la sécurité sans empiéter excessivement sur l'exercice des libertés.

Certaines de ces limites s'identifient aujourd'hui aisément, telles la prohibition de la torture probatoire comme punitive ou celle des incriminations visant exclusivement les opinions privées. Inversement, les doctrines prônant une abolition totale du système pénal ne rassemblent, en Europe, qu'un nombre infime de défenseurs. Toutefois, lorsque l'on s'éloigne des hypothèses extrêmes, le tracé devient bien plus délicat et semble varier au gré des politiques criminelles. Or, c'est justement face à cette incertitude que la question de l'équilibre se pose avec le plus d'intensité. Se fait ressentir le besoin d'un outil logique approprié, qui permette de discuter les choix de l'autorité répressive dans les cas où la préférence ne peut être donnée d'emblée à l'un ou à l'autre des intérêts en présence.

C'est dans ce cadre qu'intervient la notion de proportionnalité. En fonction des auteurs, elle est définie comme relevant d'une exigence de logique et de cohérence  (4), d'un arbitrage entre intérêts opposés  (5) ou, négativement, d'une absence de caractère superflu ou

1

excessif<sup>(6)</sup>. Ces trois approches sont complémentaires et participent d'une même idée : *un acte est proportionné si, d'une part, il ne dépasse pas la mesure strictement appropriée à la réalisation de l'objectif en vue duquel il est adopté (aspect instrumental) et si, d'autre part, il ne revient pas à sacrifier davantage que ce qui est obtenu ou que son auteur vise à obtenir (aspect axiologique)*. On peut alors définir le principe de proportionnalité comme celui qui soumet la licéité d'un acte à la condition qu'il soit proportionné, et le contrôle de proportionnalité comme la mise en oeuvre de ce principe dans le cadre du contrôle juridictionnel. Notons que dans de nombreuses situations, cette notion entre en jeu sans être nommée ainsi : on parle de « nécessité », de « conciliation » ou de « confrontation » d'intérêts opposés, de « subsidiarité du droit pénal »<sup>(7)</sup>, voire on s'abstient de nommer le principe ou l'exercice. Il ne s'agit pas de désigner comme faux l'usage de telle ou telle expression, mais simplement de souligner que nous emploierons ici une définition substantielle de la proportionnalité, qui couvre des situations dans lesquelles d'autres vocables sont parfois utilisés.

Il convient de tenir compte de deux points. D'abord, comme il a été exposé plus haut, la question essentielle pour laquelle intervient la proportionnalité, en matière pénale, est celle de l'opposition entre garantie des libertés et sauvegarde de l'ordre public. Ensuite, le droit criminel constitue un ensemble dont les parties, particulièrement du point de vue de la justification et des buts visés, sont intrinsèquement liées. C'est pourquoi nous traiterons ici de la proportionnalité de la répression, c'est-à-dire de *l'ensemble des limitations et privations des libertés que la puissance publique impose dans le cadre du droit pénal, sans distinction a priori entre règles de fond et règles procédurales, ou entre qualification des infractions et application des sanctions*. Une telle distinction pourra être établie plus loin si elle ressort de nos constatations, mais il importe surtout de ne pas abandonner par négligence un élément qui pourrait s'avérer déterminant.

La proportionnalité est loin d'être une notion juridique totalement nouvelle. En France, le Conseil d'État exerce un contrôle de proportionnalité dès un arrêt du 19 février 1909, *Abbé Olivier*<sup>(8)</sup>, et le Conseil constitutionnel souligne l'importance d'opérer une conciliation entre les libertés constitutionnellement garanties et la sauvegarde de l'ordre public dans sa célèbre décision *Sécurité et liberté* des 19 et 20 janvier 1981<sup>(9)</sup>. En Allemagne, le *Bundesverfassungsgericht* façonne un contrôle tripartite très élaboré à partir de la fin des années 1950<sup>(10)</sup>, modèle qui influencera d'autres juridictions constitutionnelles<sup>(11)</sup>. Le principe est également devenu l'un des éléments centraux de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>(12)</sup>, et apparaît dès 1979 dans celle de la Cour de justice des Communautés européennes<sup>(13)</sup>.

Il ne s'agit pas non plus d'une notion obsolète et, au contraire, elle semble même de plus en plus présente dans le quotidien du pénaliste. L'exercice par l'Union européenne de sa compétence générale en matière pénale, telle que mise en place par le Traité de Lisbonne, est soumise à une condition de proportionnalité dont la Commission a d'ores et déjà relevé l'importance<sup>(14)</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme, dans deux arrêts jumeaux, a estimé que « si, en principe, les questions se rapportant à l'opportunité de la peine sortent dans une large mesure du champ d'application de la Convention, une peine nettement disproportionnée peut, à la date de son imposition, être qualifiée de mauvais traitement contraire à l'article 3 »<sup>(15)</sup>. En droit interne, le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement, en matière pénale, que les atteintes portées à l'exercice des libertés doivent être « adaptées, nécessaires et proportionnées » à l'objectif poursuivi par le législateur<sup>(16)</sup>. Cela explique peut-être le regain d'intérêt que cette notion suscite depuis peu chez les auteurs criminalistes<sup>(17)</sup>. Toutefois, l'engouement doctrinal en question constitue encore un mouvement de faible ampleur, et qui prend forme après une longue période de silence<sup>(18)</sup>.

On pourrait dire, comme Guy Braibant en 1974 à propos de la doctrine administrative, que « nous n'avons pas une théorie développée du principe de proportionnalité - peut-être parce que jusqu'à une date relativement récente nous n'en avons pas besoin »<sup>(19)</sup>. Il est d'ailleurs assez fréquent de voir le principe de proportionnalité traité comme un corollaire de celui de légalité criminelle, confusion peut-être encouragée par la rédaction de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, puisqu'à chaque fois que celle-ci mentionne le

premier, le second est présent dans le même article, voire dans la même phrase. Toutefois, alors que le principe de légalité, tant dans son aspect organique que dans son aspect matériel, ne concerne que le contenant de la décision de réprimer (c'est-à-dire les qualités de la norme adoptée), le principe de proportionnalité ne vise directement que son contenu (c'est-à-dire le choix opéré et ses motivations) (20).

Il ne s'agit pas, dans ce qui va suivre, de présenter une théorie complète de la proportionnalité de la répression traitant l'ensemble du droit criminel, mais plutôt d'émettre quelques observations générales à partir d'un échantillon réduit mais représentatif. Le droit constitutionnel pénal français remplit ces deux conditions. Il constitue un matériau idéal, car le principe de proportionnalité de la répression est affirmé à plusieurs reprises par la Déclaration de 1789 : l'article 5 dispose que « la loi n'a le droit d'interdire que les actions qui sont nuisibles à la société » ; l'article 8 que « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires » ; l'article 9 que « tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ». Toute la question est donc de savoir comment, dans sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel prend en compte ces exigences. Comment le droit constitutionnel français appréhende-t-il et limite-t-il l'exercice du pouvoir répressif au regard des buts en vue desquels celui-ci est déployé ? Existe-t-il une ou des spécificités de la matière répressive qui imposeraient une méthode particulière ou feraient obstacle au contrôle de proportionnalité en ce domaine, et si oui quelles sont-elles et quelles sont leurs implications ?

Notre hypothèse est qu'il existe une scission indépassable, d'ordre cognitif, entre la proportionnalité des incriminations et des actes de procédure d'une part, et celle des peines d'autre part. Pour que le contrôle de proportionnalité soit possible, il faut au préalable que l'autorité qui l'exerce puisse identifier avec suffisamment de précision le moyen employé et la fin poursuivie (ou, en d'autres termes, les principes en conflit : un principe-fin et un principe-obstacle) dans l'acte contrôlé. Faute de cela, le lien de causalité qui les lie ne peut être examiné et le contrôle est impossible. Lorsqu'il s'agit de créer ou de modifier une incrimination pour prévenir un comportement nuisible donné, ou d'établir des règles garantissant la manifestation de la vérité et la bonne foi des acteurs au sein des procédures pénales, il est possible d'identifier un but clair et circonscrit, un moyen déterminé et d'évaluer comment le second permet d'atteindre le premier : le contrôle de proportionnalité est alors possible et il est exercé par le Conseil constitutionnel sous certaines limites qu'il conviendra de préciser. Mais lorsqu'il s'agit de fixer une peine, de déterminer une juste dosimétrie au regard d'un acte passé et d'effets espérés, alors la fin comme le moyen deviennent incertains : le résultat poursuivi relève du pur souhait, et la souffrance infligée n'est ni scientifiquement ni moralement évaluable de manière quantitative. Seule une dérivation du raisonnement permet de pallier pour partie ce caractère incommensurable de la proportionnalité des peines.

I - Le contrôle de proportionnalité de l'incrimination et de la contrainte procédurale  
Malgré les différences intrinsèques qui distinguent l'établissement d'une incrimination de celui d'une mesure de procédure, force est de constater que le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel suit le même schéma dans les deux cas : il est, d'abord, possible, parce que les principes en conflit sont identifiés ; il est, ensuite, exercé suivant une méthode commune.

A - L'identification des principes en conflit - objectifs et obstacles

Que la proportionnalité soit abordée comme un conflit statique (deux principes dont découlent des exigences contraires) ou dynamique (l'adaptation d'un moyen à une fin), le contrôle suppose au préalable l'identification de deux pôles. Il n'est, d'abord, nécessaire que parce qu'un principe fait obstacle à ce que la répression soit employée - le moyen envisagé suppose un certain sacrifice. Par conséquent, la décision de réprimer doit s'appuyer sur un second principe, qui correspond à l'objectif poursuivi par l'autorité.

1 - Les droits et principes faisant obstacle à la répression

Lorsque le texte de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen pose le principe d'une « nécessité » des incriminations et des mesures procédurales, l'exigence d'une justification

particulière à l'aune de laquelle cette nécessité va être évaluée est déjà présente à titre général. À titre spécial, le Conseil constitutionnel identifie dans chaque cas, de manière plus ou moins large, quels sont les droits atteints à partir desquels l'importance de l'obstacle est mesurée.

En ce qui concerne tout d'abord le pouvoir d'incriminer, il convient d'examiner ensemble les articles 5 et 8 de la Déclaration. L'article 8 dispose que « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires », et il peut être compris de deux manières. Selon une première lecture, il signifie que les peines établies par la loi ne doivent pas dépasser en sévérité ce qui est strictement et évidemment nécessaire : c'est le principe de proportionnalité des peines. Mais on peut aussi lire l'expression « la loi ne doit établir que » comme questionnant la nécessité de l'existence même des peines établies par la loi - c'est-à-dire des interdictions qu'elles ont vocation à sanctionner. Au reste, une peine ne peut être « strictement et évidemment nécessaire » que si elle repose sur une incrimination qui l'est elle-même. Qu'est-ce alors qu'une incrimination « strictement et évidemment nécessaire » ? L'article 5 de la Déclaration donne une réponse partielle négative en disposant que « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société ». C'est une condition *a maxima* : le texte n'indique pas que toutes les actions nuisibles à la société doivent être défendues ou même peuvent l'être, mais qu'elles sont les seules à pouvoir l'être.

De manière générale, le Conseil, même s'il exerce bien un contrôle de proportionnalité des incriminations, s'abstient de le relier au texte qui le fonde et préfère lui donner l'apparence d'un contrôle de la nécessité des peines. Ce n'est que récemment qu'il a commencé à s'intéresser, au moins formellement, au « grief tiré de l'absence de nécessité du délit » [§\(21\)](#), au « principe de nécessité des délits et des peines » [§\(22\)](#), ou enfin à relever, en matière d'incriminations limitant la liberté d'expression, que « les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi » [§\(23\)](#). Pourtant, dès la décision *Sécurité et liberté*, il est question de l'impact des incriminations édictées sur l'exercice du droit de grève ou du droit syndical [§\(24\)](#), et plusieurs décisions, en matière d'incriminations visent également la liberté d'entreprendre [§\(25\)](#), le droit de propriété [§\(26\)](#) ou la liberté religieuse [§\(27\)](#).

En ce qui concerne la proportionnalité des mesures de procédure, il est possible de distinguer deux exigences découlant de l'article 9 : d'abord l'arrestation ne doit intervenir que si elle est jugée « indispensable » ; ensuite, le cas échéant, les autorités doivent s'abstenir de « toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer » de la personne qui fait l'objet de la mesure. Malgré sa clarté, peu de décisions se fondent exclusivement sur ce texte. Le Conseil constitutionnel préfère s'appuyer sur la liberté individuelle, qui fait office de passe-partout : presque systématiquement mentionnée, elle précède souvent d'autres droits ou libertés qui viennent s'y adjoindre, dans les matières les plus diverses [§\(28\)](#). Il convient toutefois de noter que l'article 9 de la Déclaration a également servi de fondement au principe de spécialité de la justice pénale des mineurs [§\(29\)](#), avant que le Conseil constitutionnel ne reconnaisse à celui-ci la valeur d'un Principe fondamental reconnu par les lois de la République. Le choix initial de s'appuyer sur l'article 9 s'explique assez aisément par le fait que le mineur étant particulièrement vulnérable, une mesure de la même intensité est susceptible de le marquer plus violemment qu'un adulte, et qu'il convient donc d'abaisser en sa faveur le seuil au-delà duquel la répression est considérée comme disproportionnée.

Dans tous les cas, dès lors qu'un droit ou principe s'oppose à l'édition d'une mesure répressive, celle-ci ne peut être adoptée que si elle s'appuie sur un objectif de valeur au moins équivalente.

## 2 - Les objectifs justifiant le recours à la répression

La raison d'être du droit pénal classique est la garantie générale des libertés dont il restreint ponctuellement l'exercice : il est à la fois une menace et une protection [§\(30\)](#). La jurisprudence du Conseil constitutionnel met en avant cette fonction en se référant à deux principes relatifs à la garantie de l'ordre public, auxquels il reconnaît désormais une valeur constitutionnelle. Dans la décision *Sécurité et liberté*, il indique ainsi que « la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la

sécurité des personnes et des biens, sont nécessaires à la mise en oeuvre de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle » (31). Le sens et les limites de la notion d'ordre public, de manière regrettable, ne sont pas précisés, pas plus que le Conseil n'explique ce qu'il entend par « la mise en oeuvre de principes et de droits ». La jurisprudence postérieure, sans être plus instructive concernant ces questions, sera néanmoins abondante, et dans une décision du 16 juin 1999, le Conseil considérera « que la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à l'intégrité physique des personnes, la recherche et la condamnation des auteurs d'infractions » constituent des « objectifs de valeur constitutionnelle » que le législateur doit concilier avec « l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties » (32). Avec ou sans l'emploi de cette mystérieuse qualification, le Conseil place toujours l'ordre public et la recherche et la condamnation des auteurs d'infractions d'une part, les libertés constitutionnellement garanties d'autre part, sur un pied d'égalité. Il n'arrive en revanche que rarement qu'il s'appuie spécifiquement sur un droit ou une liberté qu'il s'agit de protéger par des voies répressives (33).

À la suite de ces constatations, deux observations peuvent être émises. Tout d'abord, le caractère à la fois très général et très flou de la notion d'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel a pour conséquence qu'à peu près n'importe quel objectif peut être poursuivi par des voies répressives. Le Conseil a ainsi montré une certaine tendance à se référer à la simple défense de « l'intérêt général » (34), voire aux objectifs que le législateur s'assigne lui-même (35). Il a d'ailleurs estimé « qu'il est loisible au législateur de prévoir de nouvelles infractions en déterminant les peines qui leur sont applicables » (36). Certes, selon l'article 34 de la Constitution, « la loi fixe les règles concernant [...] les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » ainsi que concernant « la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie » ; et il paraît logique de considérer que si le législateur dispose du pouvoir d'adopter des lois pénales d'une part, et de celui de déterminer les limites à l'exercice des droits et libertés d'autre part, il est donc libre d'employer le premier comme méthode du second. Toutefois, en déduire, même dans un champ matériel défini, qu'il puisse réprimer à loisir, laisse la porte ouverte à une instrumentalisation du pouvoir incriminateur, à des fins de politique générale (sociale, économique, voire morale) très éloignées des fonctions cardinales à l'intérieur desquelles se conçoit traditionnellement la légitimité du droit pénal (37).

Il convient ensuite de mentionner une hypothèse selon laquelle, dès lors que la Constitution reconnaît à la répression une fonction protectrice, il est possible qu'en découle un certain degré incompressible de pénalité, en deçà duquel le législateur ne peut pas descendre, par application d'un pendant positif du principe de proportionnalité (38). Cette idée s'appuie sur la jurisprudence dite de « l'effet cliquet », qui interdit au législateur, lorsqu'il modifie ou supprime des dispositions législatives, de priver ainsi de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel antérieurement protégées (39). On pourrait voir des embryons d'illustrations lorsque le Conseil considère dans certaines décisions « qu'il appartiendra [...] aux tribunaux compétents de censurer et de réprimer, le cas échéant, les illégalités qui seraient commises » (40) ou « que l'exercice des libertés et droits individuels ne saurait en rien excuser la fraude fiscale ni en entraver la légitime répression » (41). Toutefois, même lorsque le Conseil affirme que la prévention d'atteintes à l'ordre public et la recherche et la condamnation des auteurs d'infractions sont des objectifs à valeur constitutionnelle, cela ne vaut qu'autant qu'ils sont eux-mêmes des moyens nécessaires pour garantir l'effectivité d'autres principes. La répression n'est jamais conçue comme une fin en soi, mais toujours comme un moyen. Or, la jurisprudence de « l'effet cliquet » vise seulement à protéger l'effectivité globale des garanties apportées aux droits et principes de valeur constitutionnelle : elle interdit une régression quant aux résultats, mais pas l'abandon d'un moyen au profit d'un autre. Il n'est donc pas certain, dans le champ constitutionnel, qu'existe une proportionnalité « positive » de la répression.

Il est certain, en revanche, qu'en matière d'incriminations et de contrainte procédurale, des principes en conflit sont bien identifiés et placés face à face. Il s'agit donc à présent d'exposer comment le Conseil constitutionnel procède pour résoudre de tels conflits.

## B - La méthode de mise en balance

Le fondement du contrôle étant reconnu, il reste à s'assurer de son effectivité. Celle-ci suppose d'une part que les critères pris en considération soient définis, constants et exhaustifs, c'est-à-dire que la structure du contrôle soit pertinente ; d'autre part que cet examen soit suffisamment rigoureux et sévère, d'une intensité adaptée.

### 1 - La structure du contrôle exercé

Les critères examinés par le Conseil constitutionnel dans le contrôle de proportionnalité ne sont pas toujours formellement indiqués. Deux formules, qui alternent d'une manière relativement imprévisible, révèlent deux structures en partie distinctes. D'après la première, le législateur peut, en matière procédurale, imposer des restrictions aux droits constitutionnellement garantis, à condition qu'elles « soient nécessaires à la manifestation de la vérité, proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises et n'introduisent pas de discriminations injustifiées » (42). Nécessité et proportionnalité se rattachent toutes deux à l'idée d'appropriation des moyens aux fins ; cependant, les principes de proportionnalité et d'égalité sont ici entremêlés. Serait donc préférable la systématisation de la seconde formule, plus générale et plus précise, qui indique que les limitations que le législateur impose aux libertés doivent être « nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi » (43).

Il y a là une référence claire au modèle de contrôle développé dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande : celle-ci, depuis la fin des années 1950 (44), divise le principe de proportionnalité en trois exigences cumulatives. L'adéquation (*Geeignetheit*) consiste en ce que la mesure prise doit permettre de réaliser le but visé. La nécessité (*Notwendigkeit* ou *Erforderlichkeit*) tient à ce qu'aucune autre mesure constituant une gêne moindre ne permettrait d'atteindre cet objectif. Enfin, la proportionnalité au sens strict (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*) suppose que le bien obtenu ne dépasse pas en valeur la gêne causée. Ce modèle, très influent à l'étranger (45), est en outre utilisé comme canevas de lecture par certains auteurs pour étudier la jurisprudence de juridictions qui ne s'y réfèrent pas expressément, comme la Cour européenne des droits de l'homme (46). Il n'est donc pas étonnant que, avant même que le Conseil constitutionnel adopte formellement cette conception tripartite, elle ait été employée pour analyser ses décisions (47).

Toutefois, l'analogie s'arrête là. Alors que la structure tripartite du contrôle à l'allemande suppose un examen approfondi de tout le processus décisionnel, le Conseil constitutionnel se limite à une approche excessivement formelle du principe. Il ne remet jamais en question l'initiative même de réprimer, et se contente d'apprécier les modalités qui l'assortissent (48). Pour une incrimination, il vérifie ainsi que le champ d'application prévu ne dépasse pas le cadre dans lequel le comportement en question est considéré comme illégitime, mais pas que l'objectif visé exige au premier chef que des moyens pénaux soient déployés (49) ; ce que confirme d'ailleurs l'*obiter dictum* suivant lequel « il est loisible au législateur » d'établir de nouvelles incriminations (50). Pour une mesure procédurale, de même, le contrôle ne porte que sur les conditions dans lesquelles elle pourra être concrètement mise en oeuvre par les autorités compétentes, mais pas sur la pertinence de sa mise en place générale par le législateur. La décision sur la rétention de sûreté est en ce sens emblématique : c'est la seule dont la présentation même est organisée suivant la division tripartite allemande. Pourtant, à aucun moment le Conseil ne s'interroge sur autre chose que le champ d'application et le contrôle juridictionnel de la mesure de rétention de sûreté, et notamment pas sur sa justification globale à l'échelle de la législation criminelle (51). Ainsi, en matière d'incriminations comme de mesures procédurales, il n'est jamais question que du champ d'application de la mesure et des conditions formelles (exigence de motivation, contrôle de l'autorité judiciaire) qui l'entourent, à l'exclusion de son existence même, qui est considérée par le Conseil comme un fait acquis.

Le constat est quelque peu inquiétant : le contrôle de proportionnalité est frappé de lacunes au niveau de sa structure même. On peut alors craindre de retrouver des manques similaires dans l'intensité de l'appréciation portée sur l'oeuvre du législateur.

### 2 - L'intensité du contrôle exercé

Le contrôle peut demeurer dépourvu d'effectivité s'il est insuffisamment précis ou insuffisamment sévère. Inversement, s'il devient trop strict, il peut constituer un empiètement excessif dans le pouvoir de décision du Parlement. De plus, l'examen ne peut être exercé avec la même intensité dans toutes les matières : il doit être modulé en fonction des principes en cause et de la gravité des mesures envisagées.

Une telle modulation apparaît effectivement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En matière d'incriminations, il semble par exemple que le contrôle varie en fonction du droit ou de la liberté dont l'exercice est restreint. Ainsi, le Conseil a affirmé dès 1991 que la liberté d'entreprendre, quoique ayant valeur constitutionnelle, « n'est ni générale ni absolue » (52), et il estime aujourd'hui « qu'il est loisible au législateur d'[y] apporter [...] des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi » (53). En revanche, il indique dans le même temps que « la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi » (54). On passe donc d'une exigence négative et basée sur un seul critère, qui laisse imaginer un contrôle restreint et une présomption de proportionnalité, à une exigence positive, impérative et énumérant trois conditions, qui sous-entend l'exercice d'un contrôle maximum. Notons que chacune de ces deux formules a été employée à plusieurs reprises, et que toutes les décisions ici citées, à l'exception de celle de 1991, datent de moins de trois ans.

Le contrôle de proportionnalité de la contrainte procédurale est également modulé. On peut, très schématiquement, distinguer trois groupes de restrictions aux libertés. Les premières n'emportent pas de privation de liberté à titre exclusivement préventif et ne sont utilisées que dans les procédures de droit commun. Le Conseil les admet généralement dès lors qu'elles répondent à une motivation particulière, laquelle délimite leur champ d'application : c'est le cas des contrôles d'identité (55), des visites de véhicules (56) ou du placement en garde à vue (57). Le deuxième groupe est celui des contraintes adoptées à titre spécial ou dans lesquelles la privation de liberté a un but exclusivement préventif ; le Conseil ne les estime proportionnées que si elles sont nécessaires à la réalisation du but poursuivi : c'est le cas des dérogations aux droits de la défense en garde à vue (58), de l'application d'un régime procédural dérogatoire pour les infractions relevant du droit pénal des mineurs (59) ou du terrorisme (60), ou encore de la détention provisoire (61). Enfin, la rétention de sûreté, pour laquelle le Conseil exige qu'elle ne soit utilisée qu'à défaut de pouvoir employer une mesure plus douce et dont il a refusé, au regard de sa gravité, toute application rétroactive, constitue l'illustration unique du degré d'exigence maximum (62).

Malgré ce nivellement, le contrôle demeure globalement insuffisant. Le Conseil constitutionnel se contente généralement d'une appréciation très globale, qui ne s'attache pas véritablement au détail de chaque disposition (63). En outre, il ne vérifie pas véritablement si la mesure adoptée est bien nécessaire, mais plutôt si la limitation apportée aux libertés est compensée par des garanties extérieures, notamment la possibilité d'un contrôle juridictionnel, dont il se contente la plupart du temps (64). L'examen est donc très souvent bien trop souple ou mal motivé. Par exemple, concernant la possibilité d'inscrire au Fichier national automatisé des empreintes génétiques une personne simplement soupçonnée d'avoir commis une des infractions prévues, le Conseil omet totalement le grief tiré de la présomption d'innocence et le faible niveau d'autorité requis pour prendre une décision d'une telle gravité (un officier de police judiciaire agissant d'office suffit) (65). De même, concernant les fichiers automatisés de données nominatives mis en place par la loi du 18 mars 2003 *pour la sécurité intérieure*, le simple pouvoir de contrôle confié au procureur de la République est considéré comme une garantie suffisante, alors même que ce magistrat peut s'opposer à l'effacement des données en cas de relaxe ou d'acquittement « pour des raisons liées à la finalité du fichier » (66). Même lorsque le degré d'exigence est élevé, le contrôle est lacunaire : le Conseil reconnaît par exemple que l'application du régime procédural des infractions terroristes au vol dépasse le cadre de la stricte nécessité, mais au lieu de censurer cette possibilité, il se contente d'une réserve d'appréciation renvoyant la question au bon vouloir de l'autorité judiciaire (67).

Des observations similaires peuvent être faites en matière d'incriminations. Le Conseil a par exemple admis la création du délit de racolage public au motif que ce comportement était simplement « susceptible d'entraîner » des troubles à l'ordre public et que cette incrimination priverait le proxénétisme de sources de profit <sup>(68)</sup>, ce qui revient finalement à frapper pénalement une personne pour en toucher une autre. Est également remarquable l'exemple de l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public : le Conseil vise, pour la seconde fois de sa jurisprudence, la première proposition de l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme, mais au lieu de rechercher si *le simple port d'un vêtement* peut être suffisamment « nuisible à la société » pour justifier une réponse pénale, il se contente de recopier les principaux motifs du projet de loi <sup>(69)</sup>.

Quelles que soient, toutefois, les critiques émises, un contrôle de proportionnalité, même entaché de lacunes et d'incertitudes, est bel et bien exercé par le Conseil constitutionnel en matière de lois d'incriminations et de mesures de procédure. Il s'agit maintenant de montrer, en contraste avec ce qui précède, qu'en ce qui concerne la détermination des peines, un tel contrôle est non seulement absent, mais même impossible.

## II - La proportionnalité incommensurable de la peine

Nier l'existence d'un contrôle de proportionnalité des peines exercé par le Conseil constitutionnel peut paraître curieux : n'est-ce pas justement la matière dans laquelle ce contrôle serait le plus apparent ? Il y a bien, en réalité, un principe que l'on appelle proportionnalité des peines, et un contrôle dit de proportionnalité des peines, mais *ceux-ci reposent sur une définition de la proportionnalité totalement différente de celle adoptée jusqu'à maintenant*. Si l'on entend la proportionnalité comme l'adaptation du moyen à la fin, le contrôle, à cause de son objet, se trouve tiré entre deux exigences paradoxales. La dialectique permet de contourner ledit paradoxe et d'exercer un contrôle restreint au moyen de principes dérivés, mais la nature de l'examen change alors profondément.

### A - La formulation du paradoxe punitif

Lorsque l'on parle habituellement de proportionnalité des peines, c'est en se référant à la conception classique de cette notion, celle d'auteurs tels que Beccaria, qui diffère radicalement de la conception libérale contemporaine. Établir cette distinction permettra, au regard de la nature et des finalités de la peine telles qu'elles sont aujourd'hui comprises, de mettre en évidence en quoi le contrôle de proportionnalité au sens contemporain est impossible en la matière.

#### 1 - Proportionnalité au sens classique et au sens contemporain : remarques historiques

À défaut d'une étude historique exhaustive sur la notion de proportionnalité chez les auteurs de l'école du droit pénal classique, nous nous sommes focalisés sur une « population-témoin » de quatre noms essentiels : Grotius, Domat, Montesquieu et Beccaria. Tous emploient bien le terme de « proportion » ou de « proportionnalité », mais pour désigner à la fois un lien entre le crime et la peine (et non entre la peine et son but) et l'idée d'un échelonnement des sanctions, comparées entre elles.

Grotius écrit, dans *Le droit de la guerre et de la paix*, que « dans toute punition, on a égard à deux choses, à la *raison pourquoi* on punit, et au *but* que l'on se propose en punissant. La raison pourquoi on punit, c'est que le Coupable le mérite. Le but que l'on se propose en punissant, c'est l'utilité qui peut revenir de la punition » <sup>(70)</sup>. Or, une fois exposée la méthode qui permet de déterminer combien un coupable mérite d'être puni, Grotius écrit : « Voilà comment on juge de la grandeur du Crime, à quoi la Peine doit être proportionnée, en sorte qu'elle n'aille jamais au-delà » <sup>(71)</sup>. La prise en considération du but est rejetée hors de la proportionnalité et se confond avec la charité, laquelle « veut que l'on demeure, autant qu'il peut, au-dessous du degré de rigueur jusqu'où s'étend la juste proportion entre le Crime et la Peine » <sup>(72)</sup>. La « proportion » en question correspond à l'établissement d'une échelle de gravité des délits, suivant plusieurs éléments en fonction desquels la peine doit varier <sup>(73)</sup>.

Il en va de même chez Domat. Dans les *Quatre livres du droit public*, cet auteur distingue les

« règles de la proportion des peines aux crimes et aux délits » des « règles des égards que méritent les différentes circonstances de la qualité des personnes, de leur âge, du temps, du lieu, des dispositions des accusés qui distinguent ceux qui ont délinqué par dessein, par promptitude, par effet d'un cas fortuit, et les autres circonstances semblables » (74). Quant aux premières, il indique que « l'esprit de la police étant de régler l'ordre extérieur, elle s'attache à la recherche et à la punition des crimes, à proportion qu'ils troublent cet ordre ; et ainsi c'est justement qu'elle considère d'une autre manière, et qu'elle relève et venge plus sévèrement les actions qui sont suivies d'un plus grand trouble, que celles qui se bornent à de moindre suites » (75). À nouveau, la proportionnalité est entendue à la fois de manière mathématique, comme liant l'abscisse du délit à l'ordonnée de la peine, et comme une échelle de comparaison des peines entre elles, qui découle certes de la poursuite d'un objectif, mais qui ne met pas celui-ci directement face à face avec la mesure prise pour le poursuivre.

Même constat encore chez Montesquieu et Beccaria. Dans un chapitre intitulé « De la juste proportion des peines avec le crime », le premier indique qu'il est « essentiel que les peines aient de l'harmonie entre elles, parce qu'il est essentiel que l'on évite plutôt un grand crime qu'un moindre, ce qui attaque plus la société, que ce qui la choque moins » (76). Pour le second, un châtement trop cruel entraîne « qu'il est bien difficile d'observer la proportion voulue entre le délit et la peine, car, quelles que soient les nombreuses espèces de supplices imaginés par une ingénieuse barbarie, ils ne peuvent tout de même dépasser l'extrême limite de la sensibilité et des forces humaines. Cette limite une fois atteinte, on ne saurait trouver, pour des crimes plus graves et plus affreux, la peine correspondante qui serait nécessaire pour en prévenir de semblables » (77). Il distingue ainsi clairement modération et proportionnalité et, à nouveau, la seconde correspond uniquement à l'idée d'une échelle rationnelle qui doit être préservée, sans que jamais un point de départ à partir duquel la décliner ne soit donné.

L'idée de proportionnalité au sens contemporain n'est pas absente des réflexions de l'époque, mais elle est alors nommée différemment : dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1793, l'article 15, intitulé « proportion des peines », dispose que « la loi ne doit décerner que des peines strictement et évidemment nécessaires ; les peines doivent être proportionnées au délit et utiles à la société ». Ces exigences, alors distinctes, sont aujourd'hui confondues. Il convient pour aller plus loin dans notre approche d'identifier plus précisément ce que l'on appelle « peine », et quelles finalités lui sont associées.

2 - La nature et les finalités de la peine imposent le contrôle mais le rendent impossible  
Qu'est-ce qu'une peine et à quoi sert-elle ? Par quoi se manifeste-t-elle concrètement, comment se distingue-t-elle d'actes proches, tels une mesure de sûreté ? Quels sont ses caractères les plus spécifiques ? La réponse, devenue classique, du Conseil constitutionnel a été émise dans une décision du 11 janvier 1982 : l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 « ne concerne pas seulement les peines appliquées par les juridictions répressives, mais s'étend nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition », peu importe l'autorité chargée de les prononcer (78). L'affirmation recoupe celle désormais bien assise selon laquelle la peine se caractérise par son aspect afflictif et infamant. Malgré toutes les oppositions fondamentales qui opposent les différentes écoles de philosophie de la peine, un point fait toujours consensus depuis l'époque du droit criminel moderne : la punition est un mal, et un mal infligé volontairement par le détenteur de l'autorité (79). Pour Grotius, la peine est un « *malum passionis propter malum actionis* » (80) ; pour Bentham, « *punir, dans le sens le plus général, c'est infliger un mal à un individu, avec une intention directe par rapport à ce mal* » (81). De là découle le problème-clé formulé par Marc Ancel : « Celui de la légitimité de la peine en soi. Dans une philosophie pénale humaniste on pourra dénier à la Société [...] le droit d'imposer à l'individu, même délinquant, une peine, c'est-à-dire une souffrance » (82). Comment une autorité qui fonde sa légitimité sur la protection et la garantie des libertés peut-elle être admise à infliger des maux, non pas comme conséquences ou conditions de la réalisation d'autres actes eux-mêmes légitimes, mais en tant qu'actes volontaires et au sein desquels le mal est recherché ? La question n'a évidemment rien de nouveau, et la réponse classique repose sur le constat d'abord de l'impossibilité d'arrêter le phénomène criminel, ensuite de la nécessité impérieuse d'en réduire les manifestations, enfin du fait que seul l'établissement

d'interdictions et de peines dissuasives et effectivement appliquées permet d'atteindre cet objectif. On pourrait d'ailleurs dire qu'il s'agit là d'un raisonnement en proportionnalité mené d'un bout à l'autre.

Toutefois, aussi pertinente que puisse être cette justification à titre général, il n'en découle pas nécessairement une validité logique de la distribution des sanctions à titre particulier (83). La question n'est pas seulement de savoir si les peines sont, d'un point de vue objectif et abstrait, justifiées dans leur existence comme ensemble juridique. Elle est aussi et surtout de savoir si chaque peine est justifiée, quelle peine l'est et quelle autre ne l'est pas, dans la mesure de chacune d'entre elles. Il s'agit d'une problématique capitale, car dès lors que l'on admet que la peine est un mal, et *a fortiori* un mal intentionnellement infligé, cela en fait, à préjudice égal, l'acte de l'autorité qui doit être soumis aux conditions de validité les plus strictes possible, en raison du caractère paroxystique de l'atteinte aux libertés ainsi réalisée. Le contrôle de proportionnalité, s'il est admis à titre général, doit par conséquent être le plus approfondi, le plus strict qui soit, en ce qui concerne l'application d'une punition. Or, précisément, la raison qui rend en théorie le contrôle de proportionnalité de la peine indispensable, est aussi celle qui le rend impossible. Car pour qu'il soit effectif, il faudrait d'une part que son auteur soit en mesure d'établir une évaluation de la souffrance en valeur absolue (sans quoi la qualité du moyen utilisé ne peut être appréciée), d'autre part qu'il puisse lier précisément cette souffrance à une ou plusieurs des finalités de la peine, lesquelles se déclinent presque à l'infini (84) et sont en outre incompatibles entre elles du point de vue de la mesure (85).

Il convient d'ailleurs de souligner que les finalités de la peine relèvent davantage du domaine de l'espoir que de celui de la détermination active. Que l'on compare, de ce point de vue, une peine privative de liberté avec une mesure de détention provisoire. La détention provisoire poursuit un but limité, déterminé dans le temps, et l'autorité décide de cette mesure parce qu'elle est résolue à atteindre matériellement et précisément ce but : s'assurer de la personne jusqu'à un terme qui, dans la plupart des cas, sera une décision établissant la vérité judiciaire. Mais une peine d'emprisonnement ou de réclusion criminelle, quoiqu'effectivement limitée, poursuit un objectif qui, lui, ne l'est pas. La rétribution, l'amendement, la réinsertion, sont des objectifs incertains, dont le juge qui condamne ne peut qu'espérer qu'ils se réaliseront, qui perdurent en tant qu'idées bien au-delà de l'exécution de la sanction, et dont il est extrêmement difficile d'établir en quoi ils peuvent être réalisés par l'infliction volontaire d'une souffrance.

Voilà donc où réside le paradoxe dont il est question : *la peine, objet du droit pénal dont il est le plus capital de déterminer la juste mesure, objet qui est aussi, par nature, la clé de voûte du droit criminel tout entier, est en même temps et pour la même raison - le fait qu'elle consiste en l'infliction volontaire d'une souffrance - celui dont la juste mesure est incommensurable*. Si « le libéralisme [...] se contente en définitive de demander que la peine ne frappe ni plus qu'il est utile, ni plus qu'il n'est nécessaire » (86), faut-il conclure qu'il s'agit d'un vœu pieux, irréalisable tel qu'il est formulé ? Ou existe-t-il un moyen de concilier l'évidente nécessité de l'existence d'un système pénal en général avec l'impossibilité de justifier aucune peine en particulier ?

#### B - Le contournement du paradoxe punitif

Il ressort de ce qui précède qu'un contrôle de proportionnalité des peines, au sens contemporain d'un examen de l'appropriation des moyens aux fins, est impossible en tant que tel. Notons que cela n'est pas spécifique à une approche ou une autre du « droit de punir ». Certes, pour les tenants d'une conception purement rétributive, la juste mesure de la sanction s'apprécie en théorie sans considération de ses conséquences, ce qui peut au premier abord sembler éliminer le problème. Toutefois, rien ne s'oppose à ce que l'on considère que dans une telle approche, la compensation symbolique du mal commis constitue la fin poursuivie, dont la souffrance infligée n'est que le moyen : « Toutes les justifications de la punition [...] sont tournées vers l'avenir dans le sens où elles expliquent en quoi l'objet de la justification promet de rendre le monde meilleur, ou au moins d'éviter qu'il empire. [...] La particularité de la conception rétributive est plutôt qu'elle trouve une valeur intrinsèque - et non seulement instrumentale - dans un certain type de souffrance, à savoir celle qui est méritée » (87).

Il demeure néanmoins possible d'exercer un contrôle *a minima*, de manière indirecte. Tirer les conséquences de l'obstacle initial permet de dériver le raisonnement vers des principes dont le respect peut être vérifié et dont les exigences recourent en partie celles de la proportionnalité, principes qui joueront donc un rôle palliatif.

#### 1 - La dérivation du raisonnement

L'idée est la suivante : puisque, par hypothèse, l'existence d'une politique criminelle répressive est considérée comme justifiée, on en déduit logiquement que les peines doivent également l'être à titre général. Le contrôle, au niveau particulier, prendra donc comme point de départ une présomption de proportionnalité de la sanction, pondérée par l'examen de certains critères qui, faute de pouvoir donner l'assurance que la peine est bien proportionnée, constituent néanmoins des indices de sa non-disproportionnalité.

La présomption repose sur l'idée qu'à partir du moment où la justification particulière de l'intensité de la peine ne peut pas être déterminée par un acte de connaissance (ou *qui simule avec suffisamment de crédibilité un acte de connaissance*), la seule issue logique est de reconnaître que l'établissement de telle ou telle peine pour assortir telle ou telle infraction est un choix politique, un acte de décision fondé uniquement sur la volonté : « Cette peine n'est pas proportionnée parce que j'ai pu établir la juste mesure de souffrance et les modalités l'accompagnant qui seront les plus appropriées à la réalisation de son objectif ; elle est proportionnée parce que *je dis* qu'elle comprend la juste dosimétrie de souffrance et que les modalités l'accompagnant sont adaptées au but que je lui ai déterminé », est l'affirmation que l'on prête au législateur lorsqu'il édicte ou modifie une punition. Il est alors, dans cette mesure, logique pour le Conseil constitutionnel de se placer en retrait, comme il le fait en affirmant régulièrement « que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen » (88). Il en déduit alors « que, dans le cadre de cette mission, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci », en assortissant tout de même ce refus de contrôle d'une réserve : « l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue » (89).

Cette réserve de la « disproportion manifeste » amène la seconde étape du raisonnement, la recherche d'indices de non-disproportionnalité. Elle a été formulée de diverses manières au fil de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, sans toutefois que son sens en soit changé (90). Mais que signifie exactement l'attribut « manifeste », qui marque la limite entre contrôle et abstention ? Le Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant renvoie à l'idée d'évidence, sous trois nuances : « Criant ; qui appelle et justifie incontestablement une intervention, une réaction » ; « en soi très apparent, patent, qui se révèle de lui-même et de façon très visible » ; « grave parce que nécessairement perceptible, grossier, flagrant » (91). En d'autres termes, on se trouve dans l'hypothèse où la dissociation entre le moyen et la fin est telle qu'elle entre dans le domaine du connaissable. La question est alors de déterminer comment elle y entre et dans quelle mesure. Insistons immédiatement sur un point : si disproportion manifeste il y a, encore faut-il que ce caractère manifeste ne repose pas simplement sur une appréciation sensualiste de la situation dans son ensemble. Si le législateur élevait demain la peine qui assortit la filouterie à vingt ans de réclusion criminelle, nombre de juristes comme de profanes du droit y objecteraient au titre du caractère manifestement disproportionné d'une telle sanction ; mais encore faut-il, pour que cette objection soit juridiquement valide dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité abstrait, pouvoir la soutenir en pure logique.

Pour cela, il convient de s'appuyer sur la source même du problème. Si la nécessité des peines est impossible à établir, elle l'est autant pour le législateur que pour le juge constitutionnel. Il appartient alors à l'auteur de la règle pénale d'agir en respect de ce présupposé sceptique. À défaut de son objectif, la peine sera mise face à face avec son origine. On peut en effet se représenter les fondements de la sanction comme des reflets imparfaits de ses finalités : sans

qu'il y ait identité, il y a au moins un effet partiel de détermination mutuelle, la finalité de la peine conditionnant en partie ses causes et ses causes établissant des frontières à sa finalité. Par exemple, si la peine vise la rétribution, il est logique de punir celui qui a effectivement produit ou laissé se produire le mal, donc de construire un droit punitif de responsabilité ; et inversement, si l'on punit celui qui est tenu pour responsable, ce ne peut être pour rétribuer le délit d'un autre.

Respecter la réserve sceptique et, à défaut de pouvoir se référer à la finalité de la peine, suivre au moins les lignes tracées par ses fondements : de là découlent un certain nombre de principes dérivés qui permettent de revenir dans le domaine du connaissable, et d'exercer un contrôle de substitution. Mais de substitution seulement. Beccaria, dans une perspective différente, exprime déjà cette idée : « Si la géométrie pouvait s'adapter aux combinaisons infinies et obscures des actions humaines, il devrait y avoir une échelle correspondante de peines, descendant de la plus forte à la plus faible. Mais il suffira au sage législateur d'en marquer les points principaux et d'en respecter l'ordre, en se gardant d'appliquer aux délits du premier degré les peines du dernier » (92). Ce qui relève du manifeste, de l'appréhensible, ne suffit pas à un contrôle entier et rechercher, comme la doctrine classique, la mesure de la peine dans sa cause et non dans son but change totalement la nature de l'exercice. Le regard est tourné vers le passé et non vers l'avenir et il s'agit de relever l'absence de preuves de non-conformité de la peine établie au principe, plutôt que la présence de preuves de sa conformité. La proportionnalité des peines aux délits, seule susceptible d'être contrôlée, demeure un simple palliatif de l'impossibilité de mesurer la nécessité des sanctions.

## 2 - Les principes palliatifs

En partant du présupposé sceptique exposé plus haut, il est possible de déduire plusieurs exigences concrètes, susceptibles de s'imposer au législateur et de faire l'objet d'un contrôle dans le cadre du contentieux constitutionnel.

Tout d'abord, puisque le législateur, en fixant une peine, indique implicitement qu'elle doit être considérée comme proportionnée, il peut en être tiré un *principe de non-contradiction* : les peines établies doivent respecter une certaine rationalité comparative entre elles, à la fois d'un point de vue statique et d'un point de vue dynamique.

Du point de vue statique, cela correspond à l'idée d'échelle des peines utilisée par les auteurs classiques : les couples peine-délict, lorsqu'ils sont comparés entre eux d'un point de vue abstrait et global, ne doivent pas former un ensemble incohérent. Cette logique est visible dans une décision du 16 juin 1999, où le Conseil constitutionnel estime « qu'en l'état de la législation, le dépassement d'au moins 50 km/h de la vitesse maximale autorisée ne constitue qu'une contravention de la cinquième classe pour laquelle la récidive n'est pas prévue ; qu'en prévoyant la récidive de cette contravention [...] et en la réprimant par une peine délictuelle de trois mois d'emprisonnement et de 25 000 francs d'amende, le législateur a fixé une peine maximale inférieure au quantum de la peine pouvant être prononcée si le comportement délictueux répond aux conditions de l'article 223-1 du code pénal, prenant ainsi en considération le degré de gravité propre aux différents faits incriminés » (93). Le raisonnement apparaît nettement : le Conseil met en rapport les différentes incriminations en jeu, et relève que la plus grave est toujours assortie de la peine la plus lourde et la plus légère de la peine la plus douce. En établissant la peine qu'il a choisie, le législateur a donc bien visé l'interstice pertinent.

D'un point de vue dynamique, l'exigence de non-contradiction fonde le principe de la rétroactivité *in mitius*. Pour le Conseil constitutionnel, « le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne la loi pénale nouvelle, plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires », ce qui viole le principe de nécessité des peines (94). Le fondement ainsi choisi semble préférable à celui, traditionnellement invoqué, de la légalité criminelle. En effet, une loi qui précise qu'elle ne veut disposer que pour l'avenir n'en est pas moins une loi ; et si elle est suffisamment claire et accessible, cette seule disposition ne la rend pas imprévisible. En revanche, lorsque le législateur estime possible et préférable de réprimer moins, il paraît logique d'exiger de lui

qu'il en tire toutes les conséquences et qu'il ne dise pas, dans le même temps, qu'il convient de continuer à réprimer autant qu'auparavant.

Un raisonnement similaire peut mener au dégagement d'un principe *d'unicité de la peine* : dès lors que le législateur, en établissant une peine, la déclare implicitement « strictement et évidemment nécessaire », cela entraîne que toute sanction dépassant le maximum ainsi fixé est, à la mesure de ce dépassement, dénuée de nécessité. De là découlent tant le principe *non bis in idem* que celui de non-cumul des sanctions. Pour le premier, l'idée est d'une part que la nécessité de punir ne se rapporte qu'à une faute, et ne peut donc pas donner lieu à une pluralité de poursuites ; d'autre part que la décision devenue définitive épuise cette nécessité, soit en l'écartant, soit en lui apportant une juste satisfaction. Toutefois, le Conseil constitutionnel ne l'applique que de manière très limitée (95). La règle de non-cumul des sanctions, quant à elle, a surtout été utilisée en matière de cumul de poursuites administratives et pénales (96), ou administratives et disciplinaires (97). Lorsque deux sanctions pénales sont en jeu (98), la jurisprudence est peu claire, car le Conseil semble alors confondre concours réel et concours idéal d'infractions, situations distinctes qui devraient donner lieu à des solutions différentes (99).

Enfin, le principe de personnalisation - ou d'individualisation - des peines découle lui aussi logiquement du principe de proportionnalité. La culpabilité de l'auteur de l'infraction, le trouble social causé, la possibilité d'amendement ou le besoin de dissuasion varient en fonction des espèces, et une incrimination unique recouvre donc plusieurs situations dans lesquelles la nécessité de punir est différente. Par conséquent, lorsque le législateur associe une peine à une infraction sans considération particulière de ses circonstances, cette sanction doit par défaut être considérée comme un *maximum* - la loi prévoit la peine pour le degré le plus élevé de punissabilité qui soit envisageable. Restent alors à prévoir toutes les hypothèses intermédiaires, qui ne peuvent être appréhendées correctement au niveau législatif, trop général, trop éloigné des situations concrètes et exposé au risque de l'inflation normative. Un tel pouvoir d'appréciation revient donc logiquement au juge. Le Conseil constitutionnel, malgré de fortes réticences initiales (100), a finalement considéré dans une décision du 22 juillet 2005 que « le principe d'individualisation des peines [...] découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » (101). Toutefois, il a rapidement réduit la portée qu'il accordait à ce principe en estimant qu'il « ne saurait faire obstacle à ce que le législateur fixe des règles assurant une répression effective des infractions » (102) et en admettant la constitutionnalité de peines complémentaires obligatoires (103). De même, le principe d'individualisation est presque renié en matière de sanctions fiscales (104). De manière générale, de sérieux doutes peuvent être émis sur ce qu'il reste de sa valeur constitutionnelle.

L'étude de la jurisprudence du Conseil constitutionnel permet de s'en convaincre : la proportionnalité, au-delà d'un idéal de justice auquel elle est parfois réduite, constitue un principe fondamental de notre droit criminel. D'une part, l'argumentation en proportionnalité, implicite ou non, constitue une étape incontournable dans la justification des restrictions aux libertés ; d'autre part la notion, prise comme outil logique, permet bien de distinguer rationnellement l'indispensable de l'excessif. « Les droits les plus discrétionnaires et les plus absolus en apparence, portent leur limitation en eux-mêmes, dans leur spécialité et dans le fait qu'ils ne sont concédés qu'en vue d'atteindre un but précis et dans la mesure où leur titulaire se propose d'atteindre ce but » (105), et le pouvoir de réprimer - tant dans les mains du législateur que dans celles du juge - n'échappe en rien à cette règle. Quant à la juste mesure des peines, dès lors que l'on admet que celles-ci se fondent sur un choix humain et non sur une morale transcendante, le seul moyen de les rendre admissibles à l'échelon individuel dans un système libéral semble être l'application d'un scepticisme rigoureux (106). Disons, pour conclure, que la question de savoir si la fin justifie les moyens ne doit pas éclipser sa propre prémisse : *quelle* fin et *quels* moyens ?

Janvier 2013

**Mots clés :**

**PEINE** \* Légalité des délits et des peines \* Contrôle de constitutionnalité \* Principe de proportionnalité

**CONSTITUTION ET POUVOIRS PUBLICS** \* Contrôle de constitutionnalité \* Légalité des délits et des peines \* Principe de proportionnalité

(1) La présente étude constitue une synthèse mise à jour des conclusions présentées dans notre mémoire de Master 2, *La proportionnalité de la répression en droit constitutionnel français* (Strasbourg 2012, dir. J. Leblois-Happe et P. Wachsmann), auquel nous renvoyons pour des développements et des références supplémentaires.

(2) R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel - Tome II : Procédure pénale*, 5<sup>e</sup> éd., Cujas, 2001, n° 4, p. 16.

(3) S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, 8<sup>e</sup> éd., LexisNexis 2012, p. 2.

(4) X. Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille 1990, préf. C. Debbasch, p. 8 ; A.-S. Chavent, *La proportionnalité et le droit pénal général*, Thèse dactylographiée (Lyon III, 2002, dir. Y. Mayaud), n° 16.

(5) G. Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, LGDJ 1995, préf. Y. Gaudemet, p. 3.

(6) G. Braibant, Le principe de proportionnalité, in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, Librairie générale de droit et de jurisprudence 1974, T. II, p. 298. Pour Otto Mayer : « Là où le maintien de l'ordre semble devoir être assuré par un moyen plus doux, l'autorité commet un excès de pouvoir si elle emploie un moyen plus brutal ». *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3<sup>e</sup> éd., 1925, t. I, p. 222, cité et traduit par M. Fromont, Le principe de proportionnalité, AJDA 1995. 156 , n° spécial, spéc. p. 157.

(7) E. Dreyer, La subsidiarité du droit pénal, in H. Matsopoulou et P. Maistre du Chambon (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 248.

(8) CE 19 févr. 1909, *Abbé Olivier*, **Rec. p. 181** ; S. 1909.3.34, concl. Chardenet ; M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011, n° 19.

(9) Cons. const., 20 janv. 1981, n° 80-127 DC. V. D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2010, p. 146 et s.

(10) V. D. Capitant, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, 2001, préf. M. Fromont, n° 213 et s.

(11) V. A. Barak, *Proportionality : constitutional rights and their limitations*, trad. D. Kalir, Cambridge University Press, New York 2012 (édition originale Nevo Publishing, 2010), p. 175 s. V. R. Bousta, La « spécificité » du contrôle constitutionnel français de proportionnalité, RIDC 2007. 859.

(12) V. S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruylant, Bruxelles, 2001, préf. F. Ost et F. Tulkens ; J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden - Boston, 2009, préf. L. Wildhaber.

(13) CJCE 17 déc. 1979, *Internationale Handgesellschaft c/ Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*, Rec. p. 1125.

14

(14) « Vers une politique de l'UE en matière pénale : assurer une mise en oeuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal », *Communication* de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, 20 sept. 2011, COM(2011) 573 final. V. également *European Criminal Policy Initiative*, « Manifeste pour une politique criminelle européenne », <http://www.crimpol.eu/> ; J. Leblois-Happe, « Quelle politique pénale pour l'Union européenne ? », <http://www.francepenal.org/>.

(15) CEDH 17 janv. 2012, deux espèces : *Harkins et Edwards c/ Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 9146/07 et 32650/07, § 133 ; *Vinter et autres c/ Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 66069/09, 130/10 et 3896/10, § 89. La seconde affaire, renvoyée devant la Grande chambre sur demande des parties, a été audenciée le 28 nov. 2012. Rapp. CEDH 7 juill. 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, n<sup>o</sup> 14038/88, § 104.

(16) Cons. const., 21 févr. 2008, n<sup>o</sup> 2008-562 DC, AJDA 2008. 714 ☞, note P. Jan ☞ ; D. 2008. 1359, chron. Y. Mayaud ☞ ; *ibid.* 2025, obs. V. Bernaud et L. Gay ☞ ; *ibid.* 2009. 123, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé et S. Mirabail ☞ ; Constitutions 2010. 235, obs. M. Disant ☞ ; cette Revue 2008. 731, note C. Lazerges ☞ ; *ibid.* 2009. 166, obs. B. de Lamy ☞, § 13 ; Cons. const., 20 mai 2011, n<sup>o</sup> 2011-131 QPC, D. 2011. 1420, obs. S. Lavric ☞ ; *ibid.* 2823, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, S. Mirabail et T. Potaszkin ☞ ; *ibid.* 2012. 765, obs. E. Dreyer ☞ ; AJ pénal 2011. 414, obs. J.-B. Perrier ☞ ; Constitutions 2011. 388, obs. D. de Bellescize ☞ ; *ibid.* 537, obs. A. Darsonville ☞ ; cette Revue 2011. 401, obs. Y. Mayaud ☞, § 3 ; Cons. const., 28 févr. 2012, n<sup>o</sup> 2012-647 DC, AJDA 2012. 411 ☞ ; *ibid.* 1406 ☞, note Ariana Macaya et M. Verpeaux ☞ ; D. 2012. 987 ☞, note J. Roux ☞ ; *ibid.* 601, édito. F. Rome ☞ ; RFDA 2012. 507, note W. Mastor et J.-G. Sorbara ☞ ; Constitutions 2012. 389, étude X. Philippe ☞ ; *ibid.* 393, obs. B. Mathieu, A.-M. Le Pourhiet, F. Mélin-Soucramanien, A. Levade, X. Philippe et D. Rousseau ☞ ; cette Revue 2012. 179, obs. J. Francillon ☞ ; *ibid.* 343, étude F. Brunet ☞ ; RTD civ. 2012. 78, obs. P. Puig ☞, § 5 ; Cons. const., 8 juin 2012, n<sup>o</sup> 2012-253 QPC, AJDA 2012. 1136 ☞ ; Constitutions 2012. 479, chron. X. Bioy ☞, § 4. Cons. const., 12 avr. 2013, n<sup>o</sup> 2013-302 QPC, D. 2013. 915 ☞, § 4.

(17) Les publications sur le sujet semblent en effet se multiplier, mais le phénomène reste très récent : V. entre autres E. Dreyer, *loc. cit.* ; M.-C. Sordino, De la proportionnalité en droit pénal, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, *op. cit.*, p. 711 ; O. Cahn et K. Parrot (dir.), *Journée d'études radicales - Le principe de nécessité en droit pénal*, Université de Cergy-Pontoise, Laboratoire d'études juridiques et politiques, 12 mars 2012, actes à paraître ; auteur collectif, La nécessité des peines, *Droit pénal* n<sup>o</sup> 9, sept. 2011, étude n<sup>o</sup> 17.

(18) Parmi les manuels classiques de droit criminel, un seul consacre de véritables développements au principe de proportionnalité : F. Desportes et F. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, 2<sup>e</sup> éd., Economica 2012, n<sup>os</sup> 263 et s. Quant aux thèses consacrées au sujet, les plus récentes datent de près de 10 ans : A.-S. Chavent, *op. cit.* ; C. Coquin, *Le concept de proportionnalité en droit pénal*, thèse dactylographiée (Poitiers 2001, dir. M. Danti-Juan) ; M. Coulibaly, *Le principe de proportionnalité en droit répressif français*, thèse dactylographiée (Montpellier I, 2003, dir. M.-C. Sordino).

(19) G. Braibant, *loc. cit.*, p. 306.

(20) *Contra* : E. Dreyer, *loc. cit.*, p. 248.

(21) Cons. const., 25 févr. 2010, n<sup>o</sup> 2010-604 DC, AJDA 2010. 413 ☞, § 5.

(22) Cons. const., 10 mars 2011, n<sup>o</sup> 2011-625 DC, AJDA 2011. 532 ☞ ; *ibid.* 1097 ☞, note D. Ginocchi ☞ ; D. 2011. 1162, chron. P. Bonfils ☞ ; *ibid.* 2012. 1638, obs. V. Bernaud et N. Jacquinet ☞ ; AJCT 2011. 182 ☞, étude J.-D. Dreyfus ☞ ; Constitutions 2011. 223, obs. A. Darsonville ☞ ; *ibid.* 581, chron. V. Tchen ☞ ; cette Revue 2011. 728, chron. C. Lazerges ☞, § 43 ; *ibid.* 789, étude M.-A. Granger ☞ ; *ibid.* 2012. 227, obs. B. de Lamy ☞, § 43.

15

(23) Cons. const., 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC, préc., § 3 ; 28 févr. 2012, n° 2012-647 DC, préc., § 5.

(24) Cons. const., 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, § 18 et 20.

(25) Cons. const., 8 janv. 1991, n° 90-283 DC, AJDA 1991. 382 [📄](#), note P. Wachsmann [📄](#) ; Dr. soc. 1991. 332, étude D. Tabuteau [📄](#) ; RDSS 1991. 204, étude J.-S. Cayla [📄](#) ; Cons. const., 20 janv. 1993, n° 92-316 DC, D. 1994. 285 [📄](#), obs. H. Maisl [📄](#) ; RFDA 1993. 902, étude D. Pouyaud [📄](#), § 29 et 30 ; Cons. const., 18 oct. 2010, n° 2010-55 QPC, AJDA 2011. 649, chron. S. Nicinski, M. Lombard et E. Glaser [📄](#), § 4 ; Cons. const., 3 déc. 2010, n° 2010-73 QPC, AJDA 2011. 649, chron. S. Nicinski, M. Lombard et E. Glaser [📄](#), § 13.

(26) Cons. const., 20 juill. 2000, n° 2000-434 DC, D. 2001. 1839 [📄](#), obs. D. Ribes [📄](#), § 24 et 31.

(27) Cons. const., 7 oct. 2010, n° 2010-613 DC, AJDA 2010. 1908 [📄](#) ; *ibid.* 2373 [📄](#), note M. Verpeaux [📄](#) ; D. 2010. 2353, édito. F. Rome [📄](#) ; *ibid.* 2011. 1166, chron. [📄](#) ; *ibid.* 1166, chron. O. Cayla [📄](#), § 3 et 5.

(28) Entre autres : Cons. const., 16 juill. 1996, n° 96-377 DC, AJDA 1997. 86 [📄](#), note C. Teitgen-Colly et F. Julien-Laferrière [📄](#) ; *ibid.* 1996. 693, note O. Schrameck [📄](#) ; D. 1997. 69 [📄](#), note B. Mercuzot [📄](#) ; *ibid.* 1998. 147, obs. T. S. Renoux [📄](#) ; RFDA 1997. 538, note P.-E. Spitz [📄](#) ; RTD civ. 1997. 787, obs. N. Molfessis [📄](#), § 16 ; Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC, AJDA 1999. 736 [📄](#) ; *ibid.* 694, note J.-E. Schoettl [📄](#) ; D. 1999. 589 [📄](#), note Y. Mayaud [📄](#) ; *ibid.* 2000. 113, obs. G. Roujou de Boubée [📄](#) ; *ibid.* 197, obs. S. Sciortino-Bayart [📄](#), § 2 ; Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, D. 2004. 1273 [📄](#), obs. S. Nicot [📄](#) ; cette Revue 2003. 614, obs. V. Bück [📄](#) ; *ibid.* 616, obs. V. Bück [📄](#), § 8 ; Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, D. 2004. 2756 [📄](#), obs. B. de Lamy [📄](#) ; *ibid.* 956, chron. M. Dobkine [📄](#) ; *ibid.* 1387, chron. J.-E. Schoettl [📄](#) ; *ibid.* 2005. 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino [📄](#) ; cette Revue 2004. 725, obs. C. Lazerges [📄](#) ; *ibid.* 2005. 122, étude V. Bück [📄](#) ; RTD civ. 2005. 553, obs. R. Encinas de Munagorri [📄](#), § 4 ; Cons. const., 16 sept. 2010, n° 2010-25 QPC, D. 2012. 308, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat [📄](#) ; AJ pénal 2010. 545 [📄](#), étude J. Danet [📄](#), § 11...

(29) Cons. const., 20 janv. 1994, n° 93-334 DC, D. 1995. 293 [📄](#), obs. E. Oliva [📄](#) ; *ibid.* 340 [📄](#), obs. T. Renoux [📄](#), § 23.

(30) V. F. Tulkens, *The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights*, *Journal of International Criminal Justice*, 9 (2011), 577-595 ; Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, actes de colloque (Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques des Facultés universitaires de Saint-Louis, 6-7 oct. 2006), Bruxelles 2007.

(31) Cons. const., 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, § 56.

(32) Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC, préc., § 2.

(33) V. néanmoins Cons. const., 15 janv. 1975, n° 74-54 DC, § 10 ; 8 janv. 1991, n° 90-283 DC, préc., § 8, 11, 15 et 29 ; 7 oct. 2010, n° 2010-613 DC, préc., § 3.

(34) Cons. const., 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, § 58 ; 8 janv. 1991, n° 90-283 DC, préc., § 8 et 14 ; 20 janv. 1993, n° 92-316 DC, préc., § 29.

(35) Cons. const., 20 janv. 1993, n° 92-316 DC, préc., § 30 ; 16 juil. 1996, n° 96-377 DC, préc., § 13 ; 16 juin 1999, n° 99-411 DC, préc., § 12.

(36) Cons. const., 25 févr. 2010, n° 2010-604 DC, préc., § 4 ; 18 oct. 2010, n° 2010-55 QPC, préc., § 6 ; 3 déc. 2010, n° 2010-73 QPC, préc., § 13.

16

- (37) Dans un autre domaine, mais dans un sens similaire, V. J. Leblois-Happe, *loc. cit.*
- (38) V. S. Sciortino-Bayart, *Recherches sur le droit constitutionnel de la sanction pénale*, thèse dactylographiée (Aix-Marseille, 2000, dir. L. Favoreu et J. Pini), n<sup>os</sup> 436 s.
- (39) Not. Cons. const., 20 janv. 1984, n° 83-165 DC, § 42 ; 18 sept. 1986, n° 86-217 DC, § 4.
- (40) Cons. const., 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, § 64 ; Cons. const., 5 août 1993, n° 93-323 DC, AJDA 1993. 815 , note P. Wachsmann , § 10 ; Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, D. 1994. 111 , obs. D. Maillard Desgrées du Loû  ; Dr. soc. 1994. 69, étude J.-J. Dupeyroux et X. Prétot  ; RFDA 1993. 871, note B. Genevois  ; Rev. crit. DIP 1993. 597  ; *ibid.* 1994. 1, étude D. Turpin , § 16.
- (41) Cons. const., 29 déc. 1983, n° 83-164 DC, § 26 et 27.
- (42) Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, préc., § 6 ; 16 sept. 2010, n° 2010-25 QPC, préc., § 11 ; Cons. const., 6 avr. 2012, n° 2012-228/229 QPC, D. 2012. 1376 , note C. Courtin  ; AJ pénal 2012. 423, obs. J.-B. Perrier , § 6.
- (43) Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, préc. ; 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC, préc. ; 28 févr. 2012, n° 2012-647 DC, préc. ; 8 juin 2012, n° 2012-253 QPC, préc. Cons. const., 12 avr. 2013, n° 2013-302 QPC, D. 2013. 915 , § 4.
- (44) BVerfGE 7, 377, *Apotheken-Urteil*, 11 juin 1958. Monsieur Capitant (*op. cit.*, p. 158) indique que des signes avant-coureurs peuvent être trouvés dans des décisions antérieures.
- (45) M. Fromont, *Droit administratif des États européens*, PUF 2006, p. 257-258 ; R. Bousta, La « spécificité »... , *loc. cit.*, note 11.
- (46) S. Van Drooghenbroeck, *op. cit.*, note 12, n<sup>os</sup> 224 s.
- (47) V. Goesel-Le Bihan, Réflexion iconoclaste sur le principe de proportionnalité, RFDC 1997. 227 ; Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale, RFDC 2001. 67.
- (48) R. Bousta, La « spécificité »..., *loc. cit.*, note 11, et Contrôle constitutionnel de proportionnalité . La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes, RFDC 2011. 913.
- (49) Par exemple : Cons. const., 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, préc., § 18 et 20 ; 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, préc., § 43.
- (50) V. *supra*, I.A.2.
- (51) Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, préc. Les observations de Madame Bousta (Contrôle constitutionnel de proportionnalité ... *loc. cit.*) sont particulièrement éclairantes sur cet aspect.
- (52) Cons const. 8 janv. 1991, n° 90-283 DC, préc, § 14.
- (53) Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, préc., § 24 ; 18 oct. 2010, n° 2010-55 QPC, préc., § 4 ; 3 déc. 2010, n° 2010-73 QPC, préc., § 13 ; 14 mai 2012, n° 2012-242 QPC, préc., § 6.
- (54) Cons. const., 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC, préc., § 3 ; 28 févr. 2012, n° 2012-647 DC, préc., § 5. Cons. const., 12 avr. 2013, n° 2013-302 QPC, D. 2013. 915 , § 4.
- (55) Cons. const., 5 août 1993, n° 93-323 DC, préc., § 5 et 9.

(56) Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, préc., § 12.

(57) Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, AJDA 2010. 1556  ; D. 2010. 1928, entretien C. Charrière-Bournazel  ; *ibid.* 1949, point de vue P. Cassia  ; *ibid.* 2254, obs. J. Pradel  ; *ibid.* 2696, entretien Y. Mayaud  ; *ibid.* 2783, chron. J. Pradel  ; *ibid.* 2011. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay  ; AJ pénal 2010. 470, étude J.-B. Perrier  ; Constitutions 2010. 571, obs. E. Daoud et E. Mercinier  ; *ibid.* 2011. 58, obs. S. De La Rosa  ; cette Revue 2011. 139, obs. A. Giudicelli  ; *ibid.* 165, obs. B. de Lamy  ; *ibid.* 193, chron. C. Lazerges  ; RTD civ. 2010. 513, obs. P. Puig  ; *ibid.* 517, obs. P. Puig  , § 26 et 27.

(58) *Ibid.*, § 28.

(59) Cons. const., 29 août 2002, n° 2002-461 DC, D. 2003. 1127  , obs. L. Domingo et S. Nicot  ; AJDI 2002. 708  ; cette Revue 2003. 606, obs. V. Bück  ; *ibid.* 612, obs. V. Bück  , § 35.

(60) Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, préc., § 6.

(61) Cons. const., 29 août 2002, n° 2002-461 DC, préc., § 66 ; 17 déc. 2010, n° 2010-80 QPC, préc., § 5.

(62) Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, préc., § 10 et 17.

(63) V. P. Wachsmann, Des chameaux et des moustiques. Réflexions critiques sur le Conseil constitutionnel, in V. Champeil-Desplats et N. Ferré (dir.), *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, 2007, p. 279.

(64) R. Bousta, Contrôle constitutionnel de proportionnalité : ... , *loc. cit.*, spéc. p. 12 s.

(65) Cons. const., 16 sept. 2010, n° 2010-25 QPC, préc.

(66) Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, préc., § 22, 27 et 41.

(67) Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, préc., § 17. V. P. Wachsmann, *loc. cit.*

(68) Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, préc., § 61.

(69) Cons. const., 7 oct. 2010, n° 2010-613 DC, préc., § 3-4.

(70) H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. J. Barbeyrac, Amsterdam 1724 (1<sup>re</sup> éd., 1625), fac-similé P.U. Caen 2011, Liv. II. Ch. XX. § XXVIII. 2.

(71) *Ibid.*, § XXXII. I.

(72) *Ibid.*, § XXXIV. I.

(73) *Ibid.*, § XXIX. et XXX.

(74) J. Domat, *Quatre livres du droit public*, Firmin Didot, Paris 1829 (1<sup>re</sup> éd., 1697), fac-similé P.U. Caen 1989, p. 545.

(75) *Ibid.*, p. 559.

(76) Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Gallimard 1995 (1<sup>re</sup> éd., 1748), liv. VI, chap. XVI.

(77) C. Beccaria, *Des délits et des peines*, trad. de la 5<sup>e</sup> éd. par M. Chevallier, Librairie Droz,

18

Genève 1965 (1<sup>re</sup> éd., 1764), rééd. Flammarion 2010, chap. XXVII.

(78) Cons. const., 30 déc. 1982, n° 82-155 DC, § 33, jurisprudence constante.

(79) V. A. P. Pires, Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne, in C. Debuyst, F. Digneffe et A. P. Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, De Boeck et Larcier, Paris - Bruxelles, 1998, p. 3 s., spéc. p. 33.

(80) H. Grotius, *op. cit.*, Liv. II. Ch. XX. §. I. 2.

(81) J. Bentham, *Théorie des peines et des récompenses*, trad. E. Dumont, Vogel et Schulze, Londres 1811, p. 2. Les italiques sont de l'auteur.

(82) M. Ancel, *La défense sociale nouvelle. Un mouvement de politique criminelle humaniste*, 3<sup>e</sup> éd., Cujas, Paris 1981, p. 271.

(83) Sur cette distinction, V. H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: essays in the philosophy of law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2008 (1<sup>re</sup> éd. 1968), Introduction J. Gardner, p. 4 s.

(84) V. F. Nietzsche, *Généalogie de la morale*, trad. H. Albert, Mercure de France, 1900, II. 13 ; G. Casadamont et P. Poncela, *Il n'y a pas de peine juste*, Odile Jacob, 2004.

(85) M. Ancel, *op. cit.*, p. 312 : « Si la peine est rétributive, elle doit être exactement adaptée à la culpabilité subjective de l'agent. Si elle veut être intimidante, elle doit être de nature à retenir par sa sévérité le délinquant éventuel : elle prend ici un caractère général, abstrait et, s'il le faut, excessif. Rétribution et intimidation obéissent donc à des critères différents et constituent des notions de valeur également différentes ».

(86) *Ibid.*, p. 66.

(87) J. Gardner, Introduction à H. L. A. Hart, *op. cit.*, p. xv (notre traduction).

(88) En matière de proportionnalité des peines : Cons. const., 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, préc., § 12 ; 25 juil. 1984, n° 84-176 DC, § 10 ; Cons. const., 9 août 2007, n° 2007-554 DC, AJDA 2008. 594 ☞, note A. Jennequin ☞ ; D. 2008. 2025, obs. V. Bernaud et L. Gay ☞ ; cette Revue 2008. 133, obs. B. de Lamy ☞ ; *ibid.* 136, obs. B. de Lamy ☞ ; *ibid.* 2012. 897, obs. X. Salvat ☞, § 7 ; 25 févr. 2010, n° 2010-604 DC, préc., § 14 ; 16 sept. 2010, n° 2010-25 QPC, préc., § 24 ; Cons. const., 26 nov. 2010, n° 2010-66 QPC, D. 2011. 2823, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, S. Mirabail et T. Potaszkin ☞ ; AJ pénal 2011. 31, obs. J.-B. Perrier ☞, § 4 ; 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, préc., § 22 ; Cons. const., 25 nov. 2011, n° 2011-199 QPC, AJDA 2011. 2317 ☞ ; *ibid.* 2012. 578, chron. M. Lombard, S. Nicinski et E. Glaser ☞ ; Constitutions 2012. 337, obs. O. Le Bot ☞ ; cette Revue 2012. 184, obs. J. Danet ☞, § 8 ; Cons. const., 9 déc. 2011, n° 2011-204 QPC, D. 2012. 2917, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et T. Potaszkin ☞ ; AJ pénal 2012. 96, obs. J.-P. Céré ☞ ; cette Revue 2012. 131, obs. E. Fortis ☞ ; *ibid.* 221, obs. B. de Lamy ☞, § 4 ; Cons. const., 3 févr. 2012, n° 2011-217 QPC, AJDA 2012. 242 ☞ ; Constitutions 2012. 286, obs. A. Levade ☞ ; *ibid.* 339, chron. V. Tchen ☞ ; cette Revue 2012. 135, obs. E. Fortis ☞ ; RMCUE 2013. 35, étude A. Deflou, § 4.

(89) Par ex. Cons. const., 3 sept. 1986, n° 86-215 DC, § 7.

(90) Cons. const., 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, § 13 ; 25 juil. 1984, n° 84-176 DC, § 10 ; 30 déc. 1987, n° 87-237 DC, § 16 ; Cons. const., 25 févr. 1992, n° 92-307 DC, AJDA 1993. 105, chron. J.-F. Flauss ☞ ; RFDA 1992. 185, note B. Genevois ☞, § 28 ; 20 janv. 1993, n° 92-316 DC, préc., § 32 ; 13 août 1993, n° 93-325 DC, préc., § 39 ; 20 janv. 1994, n° 93-334 DC, préc., § 10 ; 16 juil. 1996, n° 96-377 DC, préc., § 28 ; Cons. const., 30 déc. 1997, n° 97-395 DC, AJDA 1998. 173 ☞ ; *ibid.* 118, note J.-E. Schoettl ☞ ; D. 1999. 235 ☞, obs. F.

Mélin-Soucramanien  § 39 ; 16 juin 1999, n° 99-411 DC, préc., § 8 et 22 ; 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, préc., § 63 et 105 ; 25 févr. 2010, n° 2010-604 DC, préc., § 15 ; 16 sept. 2010, n° 2010-25 QPC, préc., § 25 ; 26 nov. 2010, n° 2010-66 QPC, préc., § 6 ; 17 mars 2011, n° 2010-103 QPC, préc., § 6 ; 17 mars 2011, n° 2010-105/106 QPC, préc., § 7 ; 9 déc. 2011, n° 2011-204 QPC, préc., § 6 ; 3 févr. 2012, n° 2011-217 QPC, préc., § 5 ; 10 févr. 2012, n° 2011-220 QPC, préc., § 5.

(91) G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9<sup>e</sup> éd., PUF, 2011, p. 637 (V. *Manifeste*). V. également B. Kornprobst, *L'erreur manifeste*, D. 1965. 121.

(92) C. Beccaria, *op. cit.*, chap. VI.

(93) Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC, préc., § 14.

(94) Cons. const., 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, § 75 ; Cons. const., 3 déc. 2010, n° 2010-74 QPC, D. 2011. 1859, obs. C. Mascala  ; *ibid.* 2823, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, S. Mirabail et T. Potaszkin  ; AJ pénal 2011. 30, obs. J.-B. Perrier  ; cette Revue 2011. 180, obs. B. de Lamy  ; RTD com. 2011. 429, obs. B. Bouloc  , § 3. Rappr. CEDH, 17 sept. 2009, n° 10249/03, *Scoppola c/ Italie*, AJDA 2010. 997, chron. J.-F. Flauss  ; D. 2010. 2732, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé et S. Mirabail  ; cette Revue 2010. 234, obs. J.-P. Marguénaud  , § 109.

(95) Not. Cons. const., 16 sept. 2010, n° 2010-25 QPC, préc., § 25.

(96) Cons. const., 28 juil. 1989, n° 89-260 DC, § 22 ; 30 déc. 1997, n° 97-395 DC, préc., § 41.

(97) Cons. const., 17 janv. 2013, n° 2012-289 QPC, AJDA 2013. 147  ; D. 2013. 182  ; Dr. soc. 2013. 362, chron. G. Dumortier, P. Florès, A. Lallet et Y. Struillou  , § 3.

(98) Cons. const., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC, AJDA 2002. 1163, étude F. Reneaud  ; D. 2003. 1129, et les obs.  , obs. L. Gay  ; *ibid.* 2002. 1439, chron. B. Mathieu  ; Dr. soc. 2002. 244, note X. Prétot  ; *ibid.* 258, note A. Lyon-Caen  ; cette Revue 2002. 673, obs. V. Bück  ; *ibid.* 674, obs. V. Bück  , § 85.

(99) V. F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, 16<sup>e</sup> éd., Economica, 2009, n° 273, 296 s. ; J. Pradel et A. Varinard, *Les Grands arrêts du droit pénal général*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2009, n° 19.

(100) Cons. const., 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, § 15 et 16.

(101) Cons. const., 22 juil. 2005, n° 2005-520, § 3.

(102) Cons. const., 9 août 2007, n° 2007-554 DC, préc., § 13.

(103) Cons. const., 29 sept. 2010, n° 2010-41 QPC, § 5 ; 29 sept. 2010, n° 2010-40 QPC, § 5. V. A. Darsonville, *Droit pénal : les peines accessoires et les peines complémentaires obligatoires*, Constitutions 2012. 531 .

(104) Cons. const., 17 mars 2011, n° 2010-103 QPC, préc., § 4 et 6 ; n° 2010-105/106 QPC, préc., § 5 et 7 ; 10 févr. 2012, n° 2011-220 QPC, préc., § 3 et 5.

(105) R. Latournerie, concl. ss CE 5 juill. 1929, *ministre du Travail*, RDP 1931. 319.

(106) Rappr. J. Parrain-Vial, *La souffrance infligée par la peine juridique peut-elle être juste ?*, Arch. Phil. Dr., 1983, p. 141.