

Du principe de proportionnalité en droit pénal

Jean Pradel

Volume 60, Number 4, December 2019

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1066351ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1066351ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Pradel, J. (2019). Du principe de proportionnalité en droit pénal. *Les Cahiers de droit*, 60(4), 1129–1149. <https://doi.org/10.7202/1066351ar>

Article abstract

Given the current focus on proportionality, it is useful to review the notion as it applies specifically in the field of criminal law. Its broad scope requires mechanisms to control its application, emanating from the Constitutional Council, the European Court in Strasbourg and the criminal division of the Court of Cassation.

Du principe de proportionnalité en droit pénal

Jean PRADEL*

À l'heure où l'on ne cesse de parler de proportionnalité, il est utile de faire le point sur cette notion dans le cas particulier du droit pénal. Le domaine de la notion est considérable, et c'est pour cela que des contrôles sur son application s'imposent, étant noté qu'ils émanent à la fois du Conseil constitutionnel, de la Cour européenne de Strasbourg et de la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

Given the current focus on proportionality, it is useful to review the notion as it applies specifically in the field of criminal law. Its broad scope requires mechanisms to control its application, emanating from the Constitutional Council, the European Court in Strasbourg and the criminal division of the Court of Cassation.

No se ha dejado de hablar de la proporcionalidad, y sin embargo, resultaría útil recapitular sobre esta noción, particularmente en el derecho penal. El ámbito de la noción es significativo, y por ello, es menester que se realicen controles de su aplicación considerándose

* Professeur émérite, Université de Poitiers ; membre titulaire de l'Académie internationale de droit comparé. Ce texte est tiré d'une conférence donnée le 8 novembre 2018 devant la Faculté de droit de l'Université Laval, à Québec.

que estos provienen, a su vez, del Consejo Constitucional, del Tribunal Europeo de Estrasburgo y de la Sala Penal del Tribunal de Casación.

	<i>Pages</i>
1 Le domaine de la proportionnalité.....	1132
1.1 Les matières où la proportionnalité est déterminée par le législateur.....	1133
1.1.1 La fixation des incriminations et des peines.	1133
1.1.2 La prescription de la peine	1134
1.2 Les matières où la proportionnalité est interprétée par le juge	1135
1.2.1 Les faits justificatifs.....	1135
1.2.2 La peine.....	1138
2 Les contrôles de la proportionnalité	1142
2.1 Un contrôle de constitutionnalité	1142
2.2 Un contrôle de conventionnalité.....	1145
2.3 Un contrôle de légalité.....	1148

Notion de proportionnalité. Ce concept est à la mode, notamment à la Cour de cassation et à la Cour de Strasbourg. De quoi s'agit-il ? Tout le monde utilise le terme «proportionnalité», que l'on soit économiste, philosophe, politicien, moraliste ou juriste. Mais chacun ne lui donne pas forcément le même sens. Aristote parlait du «juste» dans le système de la vie publique qui se présente comme «un milieu entre des extrêmes qui sans cela ne seraient plus en proportion ; car la proportion est un milieu, et le juste est toujours proportionnel¹ ». Pour le Stagirite, l'équilibre social est donc assuré par une certaine logique de proportionnalité, notion tenant à la fois de la philosophie et du droit².

Que disent les juristes ? C'est, semble-t-il, la doctrine allemande qui, la première, systématise au XIX^e siècle la proportionnalité (*Verhältnismässigkeit*) et en dégage trois éléments constitutifs : l'aptitude, la nécessité et

1. ARISTOTE, *Morale d'Aristote*, Paris, Durand, 1856, p. 144.

2. Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, s.v. «Proportionnalité».

la proportionnalité *stricto sensu*³. Il s'agissait, pour elle, de réduire les empiètements de la puissance publique dans la sphère privée, de sorte que la proportionnalité apparaissait comme un instrument de protection des libertés publiques fondamentales⁴. Plus tard et de façon proche, la doctrine française verra dans la proportionnalité «l'adéquation du moyen au but poursuivi, de sa nécessité et de la proportionnalité *stricto sensu* donc de la pesée des intérêts en présence⁵». L'article 5 § 4 du *Traité sur l'Union européenne* (TUE) du 13 décembre 2007 rappelle le principe de proportionnalité en une formule ramassée selon laquelle «le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités⁶», cette disposition s'adressant à la fois aux institutions de l'Union et aux parlements nationaux⁷. Finalement, on admettra que la proportionnalité d'une mesure (de fond ou de procédure) suppose qu'elle soit adaptée, indispensable et mesurée par rapport aux données de fait de l'espèce. Précisons encore que la nécessité pose un problème de principe, d'ordre qualitatif, alors que le caractère mesuré ajoute une touche d'ordre quantitatif et nous rapproche de la raisonnabilité, du bon sens et tout simplement de l'équilibre au sens aristotélicien, la gravité étant toujours indispensable. Ainsi, la nécessité est une condition préalable de la proportionnalité, et celle-ci implique une pesée des intérêts en présence (les intérêts de deux particuliers qui s'affrontent ou l'intérêt de l'État face à celui d'un particulier), une appréciation mêlée de fait et de droit. Il y a dans la proportionnalité un relent du droit naturel.

La proportionnalité, notion universelle. À la lecture de cette définition, on devine aussitôt que la proportionnalité est envahissante et, pour tout dire, universelle. Elle apparaît en droit civil⁸, dans le droit des libertés publiques où le Conseil d'État a développé un «contrôle de la nécessité⁹» très proche de celui de la proportionnalité¹⁰ et de celui de la

-
3. Marie-Christine SORDINO, «De la proportionnalité en droit pénal», dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 711.
 4. D. ALLAND et S. RIALS (dir.), préc., note 2.
 5. Emmanuel JEULAND, «Réforme de la Cour de cassation. Une approche utilitariste du contrôle de la proportionnalité», J.C.P. G. supplément au n^{os} 1-2, 2016.20.
 6. *Traité sur l'Union européenne*, J.O. C 326/13, art. 5 (4).
 7. Daniel FLORE, avec la collab. de Stéphanie BOSLY, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2014, n^{os} 94 et suiv., p. 54 et suiv.
 8. Par exemple, pour la fixation de la prestation compensatoire après divorce, l'article 271 du Code civil français indique divers critères dont certains évoquent la proportionnalité.
 9. Cons. d'Ét. 19 mai 1933, *Benjamin*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 541.
 10. Guy BRAIBANT, «Le principe de proportionnalité», dans *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 297.

rationalité (*reasonableness*) anglais. De son côté, la Cour de Luxembourg a reconnu un principe général de proportionnalité ayant la même valeur normative que les dispositions du traité lui-même ; dans l'affaire *Internationale Handelsgesellschaft* de 1979, l'avocat général Dutheillet de Lamothe évoquait le « "droit fondamental" de l'individu de ne voir sa liberté d'agir restreinte "que dans la mesure nécessaire à l'intérêt général"¹¹ ». La procédure pénale, elle aussi, est « contaminée » par la proportionnalité, et l'on pourrait citer la question du choix entre poursuite et troisième voie, celle de la privation de liberté avant jugement au regard du droit français¹² et du droit européen¹³, ou encore celle des perquisitions ou plus généralement des mesures d'investigation¹⁴.

Qu'en est-il en droit pénal (de fond) ? Logiquement, ce droit que jadis Grotius qualifiait d'« odieux » doit être tempéré, modéré, et c'est donc avec raison que, pour y parvenir, il doit être fait appel à la proportionnalité. De celle-ci, il convient donc de rechercher le domaine (partie 1). Mais comme la proportionnalité reste une notion un peu floue, largement factuelle, des contrôles de son application s'imposent (partie 2).

1 Le domaine de la proportionnalité

Plan. Même si le législateur ne définit pas la proportionnalité, à l'exception de celui du TUE, comme il a été dit, il la prend en considération très souvent, mais pas toujours de la même façon. Parfois, le législateur détermine la norme en fonction de la proportionnalité, et le juge ne peut en général que l'appliquer. D'autres fois, le législateur se borne à poser la règle de la proportionnalité et en laisse l'interprétation au juge.

-
11. *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Affaire 11/70, [1970] Rec. C.E. I-1125.
 12. Code de procédure pénale, art. 144-1 al. 1 : « La détention provisoire ne peut excéder une durée raisonnable, au regard de la gravité des faits [...] et de la complexité des investigations. »
 13. En application de l'article 5 § 3 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. n° 5 (ci-après « Conv. EDH »), la Cour de Strasbourg décide que la détention ne peut être poursuivie au-delà des limites raisonnables : *Wemhoff c. Allemagne*, n° 2122/64, CEDH 27 juin 1968, § 4 et 5.
 14. *Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale*, [2014] J.O. L 130/1, dont l'article 6 rappelle que l'émission d'une telle enquête doit être « nécessaire et proportionnée aux finalités des procédures visées à l'article 4 », lequel énumère les types de procédure auxquels s'applique cette directive.

1.1 Les matières où la proportionnalité est déterminée par le législateur

Les exemples de monopole du législateur, sans rôle réel pour le juge en droit pénal de fond, ne paraissent pas très nombreux. Voici deux exemples de cette *proportionnalité légale*.

1.1.1 La fixation des incriminations et des peines.

Un quasi-monopole du législateur. Nul n'ignore le principe de la légalité des délits et des peines, sauf à noter quelques limites pour les contraventions (art. 111-2 Code pénal et 34 al. 4 Constitution). Mais la question n'est pas là. Ce qui doit être recherché, c'est le rôle de la proportionnalité dans cette détermination. Or celui-ci est double.

Quand le législateur doit-il incriminer ? Quels actes lui paraissent socialement assez graves pour justifier une réponse pénale, par hypothèse punitive, et réciproquement quels actes lui paraissent assez bénins pour ne donner lieu qu'à une réponse administrative, voire civile, de nature seulement dissuasive ? Bref, le principe de la réponse pénale se fonde sur la gravité des faits : c'est celle-ci qui rend nécessaire leur incrimination.

Le législateur français incrimine volontiers beaucoup de comportements en ayant une confiance quasiment aveugle dans la justice pénale, sauf à apporter un double correctif dû aux évolutions sociales. D'un côté, de vieilles incriminations sont aujourd'hui passées de mode et disparaissent¹⁵. De l'autre, des valeurs nouvelles conduisent à étendre la répression pénale à une foule de comportements en matière de mœurs¹⁶ ou en droit de la consommation, par exemple¹⁷. La voie pénale devrait être réservée non pas à toutes les actions mauvaises, mais seulement à celles «qui menacent ou qui violent gravement les valeurs sociales fondamentales¹⁸». À l'étranger, la voie administrative est beaucoup plus souvent utilisée à gravité égale. Ainsi, la dépénalisation a été consacrée en Allemagne dès 1948 avec la transformation des contraventions en simples manquements à l'ordre (*Ordnungswidrikeiten OWI*)¹⁹.

15. Homosexualité entre majeurs, adultère, avortement dans certains cas...

16. Voir : *Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, J.O. 5 août 2018 ; Laurent SAENKO et Stéphane DETRAZ, « La loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes : les femmes et les enfants d'abord ! », D. 2018.2031.

17. Fallait-il pénaliser la violation d'une formalité contractuelle en cette matière (art. L311-49 Code de la consommation) alors que suffiraient des sanctions administratives ?

18. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Notre droit pénal*, Ottawa, Information Canada, 1976, p. 20.

19. Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2016, n° 767, p. 964-966.

La voie administrative, si elle respecte mieux le principe de proportionnalité (et de nécessité), n'est pas cependant sans poser des difficultés : il faut déterminer des critères de distinction entre voie pénale et « solution de rechange » (A.-M. Boisvert) en sorte qu'un certain relativisme peut exister puisqu'il est impossible de garantir un droit pénal absolument juste²⁰. De plus, ce qui va être enlevé à la justice pénale doit, malgré son peu d'importance, donner lieu à des garanties constitutionnelles qui nous rapprochent finalement de celles qui sont prévues pour les infractions pénales.

Comment le législateur doit-il punir ? Nous sommes ici au cœur de la proportionnalité en ce que, si le législateur a opté pour la voie pénale, il doit encore mesurer la peine applicable au fait qu'il décide d'incriminer. Ce devoir d'adapter la répression au fait le conduit à classer les infractions en crimes, en délits et en contraventions, et à prévoir la « bonne » peine, et le juge n'a ici d'autre pouvoir que de personnaliser la peine en fonction des circonstances, comme on le verra bientôt²¹. Cependant, le juge s'affranchit du carcan qui l'étreint quand, juge d'instruction, il transforme un crime en délit. La correctionnalisation est la revanche du juge qui agit ainsi quand il estime que le renvoi du mis en examen en cour d'assises serait disproportionné. Cette rébellion du juge face au législateur est même si justifiée que ce dernier l'a un jour légalisée²².

1.1.2 La prescription de la peine

Un monopole du législateur. Il serait disproportionné de prévoir qu'une peine prononcée pour une contravention se prescrive par un délai aussi long qu'une peine prononcée pour un crime. De là les chiffres prévus par le législateur : les peines prononcées pour crimes se prescrivent par vingt ans à compter du jour où la condamnation est devenue définitive (art. 133-2 al. 1 Code pénal). Ce délai tombe à six ans pour les peines prononcées pour délit (art. 133-3 al. 1 Code pénal) et à trois pour les peines

20. Anne-Marie BOISVERT, « Les dérives du droit administratif. Les régimes de sanctions administratives pécuniaires comme "solution de rechange" au régime pénal », (2018) 23 C.C.L.R. 197 ; Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razon. Teoria del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2016, p. 450 et suiv., traduction de Luigi FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 2009.

21. Voir *infra*, notes 22 et suiv.

22. Code de procédure pénale, art. 469 al. 4 ; *Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, J.O. 10 mars 2004, p. 4567 ; Audrey DARSONVILLE, « La légalisation de la correctionnalisation judiciaire », *Dr. pénal* 2007.étude.4.

prononcées pour contravention (art. 133-4 Code pénal)²³. Ce principal fondement de la prescription de la peine, c'est l'oubli de l'infraction par l'opinion²⁴; et comme l'écrivait Berthauld, repris par Villey, «évoquer le souvenir de la condamnation, ce serait renouveler le mal sous prétexte d'appliquer le remède²⁵». Or il est bien évident que l'oubli intervient plus ou moins tardivement selon la gravité des faits. La proportionnalité entre gravité du fait et temps nécessaire à l'oubli est donc essentielle, encore que la doctrine ne le souligne guère.

C'est pourquoi l'oubli de l'opinion est plus lent à se produire pour certaines infractions particulièrement odieuses comme les crimes de terrorisme ou de trafic de drogue, la prescription passant à trente ans (art. 133-2 al. 2 Code pénal). C'est pourquoi il en va de même lorsqu'intervient une cause d'interruption de la prescription au sens de l'article 707-1 al. 5 du Code de procédure civile, ce qui prolonge le souvenir. Et la discrétion du juge est infime dans l'interprétation de la notion de cause d'interruption qui, à certains égards, est conçue restrictivement²⁶. En revanche, dans d'autres domaines, l'appréciation de la proportionnalité est largement abandonnée au pouvoir du juge.

1.2 Les matières où la proportionnalité est interprétée par le juge

Les faits justificatifs et la peine constituent deux domaines d'excellence d'une *proportionnalité judiciaire*. Le législateur, ici, se contente de rappeler la règle de proportionnalité et en abandonne la mise en œuvre au juge.

1.2.1 Les faits justificatifs

Principe. Entendons-nous bien, la proportionnalité n'est pas en soi une cause de justification de l'infraction, elle est seulement une condition d'application d'un fait justificatif. Elle est d'ailleurs toujours associée à la nécessité qu'elle présuppose. Précisons les choses.

23. D'où il résulte que, par exemple, une peine de deux ans d'emprisonnement prononcée par la cour d'assises (et donc pour un crime) se prescrit par vingt ans, alors que la même peine prononcée par le tribunal correctionnel (pour délit) se prescrit par six ans !

24. Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel*, 7^e éd., t. 1, Paris, Cujas, 1997, n° 880, p. 1042 et 1043.

25. Edmond VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, 2^e éd., Paris, Pedone, 1906, p. 522.

26. Ainsi, des actes préparatoires à l'exécution d'une peine, comme le mandat d'arrêt, n'ont pas de valeur interruptive : Crim. 26 juin 2013, n° 12-81.646 ; Évelyne BONIS-GARÇON, «L'interruption du délai de prescription de la peine», *Dr. pénal* 2013.comm.150 ; *Gaz. Pal.* 2013.3245, note Detraz ; Crim. 26 juin 2013, n° 12-88.265 ; Martine HERZOG-EVANS, «Prescription des peines : nouveau "bug juridique" Perben 2», *A.J. pénal* 2013.493.

La permission de la loi. L'infraction n'est justifiée à ce titre, dans trois cas au moins, que si l'action est proportionnée au but de cette permission. Le droit de correction d'un enfant, aujourd'hui résiduel, n'est proportionné à la faute de ce dernier que s'il n'est pas humiliant²⁷, que s'il ne nuit pas à sa santé et que s'il est nécessaire à son éducation. Le second cas intéresse l'usage par les membres des forces de l'ordre d'une arme à feu, qui est permis « en cas d'absolue nécessité et de manière strictement proportionnée ». Il fallait bien permettre aux policiers et aux gendarmes de riposter à des agressions physiques devenues de plus en plus dures et nombreuses depuis quelques années. Mais l'encadrement reste très strict, et c'est bien ainsi que raisonne également la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)²⁸. Le troisième cas intéresse les « lanceurs d'alerte », une loi du 9 décembre 2016 ayant créé dans le Code pénal l'article 122-9 selon lequel « [n]'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte²⁹ ».

La légitime défense. La proportionnalité apparaît expressément et à titre général (art. 122-5 al. 1 et 2 Code pénal). Mais en pratique, c'est un blanc-seing que donne le législateur au juge, car il est difficile pour le premier de déterminer si la réaction du riposteur est bien en rapport avec le coup de l'agresseur. La loi anglaise s'efforce d'être plus précise que la

-
27. Paris, 31 mai 2012, inédit, confirmé par Crim. 29 oct. 2014, n° 13-86.371 ; Martine HERZOG-EVANS, « “Droit de correction parental” : la France persiste et signe », *A.J. pénal* 2015.605 (gifle et fait de plonger la tête d'un enfant de 6 ans dans une cuvette de W.-C., puis de tirer la chasse d'eau), *Tyrer c. Royaume-Uni*, n° 5856/72, CEDH 25 avril 1978, § 3 ; Gérard COHEN JONATHAN, « Cour européenne des droits de l'homme (chronique de jurisprudence, 1978) », *Cah. dr. eur.* 1979.464 ; R.I.D.C. 1978.411, obs. Marcus-Helmons ; Robert PELLOUX, « Les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme en 1979 », *Ann. Fr. Dr. Int.* 1980.311 ; J.D.I. 1980.456, obs. Rolland (directeur d'école ayant administré des coups de fouet à un élève rebelle).
28. *Guedner c. France*, n° 68780/10, CEDH 17 avril 2014 ; Gabriel ROUJOU DE BOUBÉE et autres, « Droit pénal », D. 2014.2423 ; Gildas ROUSSEL, « Il y a force meurtrière excessive dans le fait pour un gendarme de tirer sur un fuyard ne présentant aucune menace pour autrui », *A.J. pénal* 2014.359 ; Emmanuel DREYER, « Un an de droit européen en matière pénale », *Dr. pénal* 2015.chron.4 (gendarme tirant sur une personne gardée à vue qui s'enfuyait et qui ne présentait aucun danger pour quiconque). Voir aussi Catherine TZUTZUANO, « L'usage des armes par les forces de l'ordre », R.S.C. 2017.699.
29. Code pénal, art. 122-9 ; *Loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, J.O. 10 déc. 2016. La jurisprudence paraît très pauvre. Raphaële PARIZOT, « Les renversements de la responsabilité pénale », R.S.C. 2017.363 ; Marie-Christine SORDINO, « Lanceur d'alerte et droit pénal : entre méfiance et protection ? », *Rev. soc.* 2017.198.

nôtre quand elle rappelle « qu'une personne peut recourir à la force dans la mesure où cela est raisonnable compte tenu des circonstances³⁰ ». Devant la difficulté, les divers systèmes nationaux usent de certains remèdes : relaxe pour contrainte (France) ; atténuation de peine dans la pratique jurisprudentielle (France) ou dans la loi (art. 16 al. 1 Code pénal suisse) ; changement de qualification volontaire en qualification involontaire (art. 55 Code pénal italien) ; relaxe pour cause « d'un état d'excitation ou de peur », ce qui est proche de la contrainte (art. 16 al. 2 Code pénal suisse ; § 33 StGB (Code pénal) allemand). La CEDH, de son côté, rappelle que la proportionnalité s'apprécie en fonction de la nature du but recherché par l'agressé, du danger pour les vies humaines et de l'ampleur du risque d'infliger la mort en usant de la force³¹.

L'état de nécessité. L'article 122-7 Code pénal en exclut l'application à l'auteur des faits « s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace³² ». Tel n'a pas été le cas dans une affaire où a été justifié du délit de violation de domicile le mari s'introduisant dans l'appartement de sa femme en instance de divorce dès lors que leur fille y était l'objet d'un spectacle obscène « axé sur le plaisir³³ ». On approuvera la solution et l'on admettra même que la justification subsiste si la valeur sacrifiée et la valeur sauvegardée sont égales, la société ne perdant rien.

Observation générale. La proportionnalité apparaît donc toujours comme un complément de la nécessité. Mais s'agit-il toujours de la même proportionnalité ? Ce n'est pas sûr car, si le mot se retrouve dans tous les cas de faits justificatifs, il n'y a qu'à propos des forces de l'ordre qu'il est question d'action « strictement proportionnée ». L'ajout de l'adverbe traduit très probablement une hiérarchie dans la proportionnalité et la chose est logique, car les fonctionnaires visés à l'article L. 435-1 du Code de la sécurité intérieure (CSI) sont des professionnels contrairement aux agents visés

30. *Criminal Law Act 1967*, c. 58, art. 3 (R.-U.) (notre traduction). Le texte poursuit en énumérant les circonstances de l'espèce que le juge doit prendre en considération, à savoir l'incapacité de la personne à peser exactement la nécessité d'une riposte et la comparaison de ce qu'elle a fait avec ce qu'aurait fait une personne honnêtement et instinctivement (sorte de « bon père de famille ») : voir A.P. SIMESTER et autres, *Simester and Sullivan's Criminal Law. Theory and Doctrine*, 5^e éd., Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 782 et 783.

31. *McCann et autres. c. Royaume-Uni*, n° 18984/91, CEDH 27 septembre 1995 ; Vincent COUSSIRAT-COUSTÈRE, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1995 », *Ann. Fr. Dr. Int.* 1995, 485 ; Renée KOERING-JOULIN, « Attentat à la pudeur avec violence et contrainte par abus d'autorité », R.S.C. 1996, 472.

32. Code pénal, art. 122-7.

33. Colmar, 6 déc. 1957, D. 1958, 357, note Bouzat ; S. 1958, 245 ; *Gaz. Pal.* 1958, 202.

ailleurs qui sont des citoyens ordinaires. Avec la peine, on se trouve face à des difficultés plus grandes encore.

1.2.2 La peine

Distinction. L'article 49 § 3 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* rappelle que «l'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction³⁴». Sage propos qui, cependant, ne distingue pas entre les deux moments où peut jouer la proportionnalité, celui du jugement et celui de l'exécution. Précisons qu'il s'agit ici de la peine (proprement dite), pas de la mesure de sûreté qui, visant uniquement à exclure la dangerosité de l'agent, est étrangère à l'idée de proportionnalité³⁵.

Proportionnalité et décision sur la peine. Évoquons en premier lieu les *critères de proportionnalité* qui sont bien connus, centrés sur cette *summa divisio* du droit pénal, l'acte et la personne. L'article 132-19 al. 2 du Code pénal rappelle que, en «matière correctionnelle, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate³⁶», c'est-à-dire disproportionnée. L'article 6 du Code pénal finlandais pose que «le châtiment doit être mesuré dans une juste proportion à partir du dommage et du danger causé par le délit et à partir de la faute de son auteur». La *Criminal Justice Act 2003* anglaise, en sa section 143 (1), décide que «le juge, en ce qui concerne le délit[,] doit considérer la culpabilité du délinquant quand il a agi et tout dommage qu'il a causé ou qu'il avait l'intention de causer ou qu'il avait prévu de réaliser³⁷», d'où la doctrine déduit qu'une privation de liberté ne sera prononcée que si une amende ou une sanction en communauté n'est pas justifiée³⁸, ce qui nous rapproche beaucoup de notre article 132-19 précité.

34. Fabrice PICOD et Sébastien VAN DROOGHENBROECK, avec la collab. de Cecilia RIZCALLAH (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 1027 et suiv. L'article 49 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, [2012] J.O. C 326/391, n'a pas d'équivalent dans la Conv. EDH.

35. Par exemple, la confiscation d'un objet qualifié de dangereux ou de nuisible par la loi (art. 131-21 al. 7 Code pénal) est obligatoire, ce qui supprime tout débat sur la proportionnalité.

36. Code pénal, art 132-19 al. 2.

37. *Criminal Justice Act 2003*, c. 44, art. 143 (1) (R.-U.) (notre traduction).

38. Andrew ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, 4^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 103.

Ces critères restent en réalité à la surface des choses. Des auteurs ont tenté de compléter ce cadre presque vide par des critères plus précis³⁹. Et encore, bien des questions posent problème. Comment traiter les faits anciens⁴⁰? Comment traiter l'homicide involontaire, la victime appelant à une répression très dure alors que l'auteur plaide qu'il ne l'a pas fait exprès? Peut-on admettre la peine perpétuelle pour des faits gravissimes? On répondra par l'affirmative, au moins dans le principe⁴¹, encore que certaines législations ne l'admettront pas au nom de la dignité. On admettra encore que la pluralité d'auteurs justifie une aggravation de la peine, car elle accroît la dangerosité⁴². Enfin—mais est-ce bien la fin?—quelle est la peine pour l'auteur d'un délit de précaution (formel ou obstacle) dont l'acte ne cause dans l'immédiat aucun préjudice à quiconque, mais qui en contient un en germe?

En second lieu, tout se complique encore plus, car la proportionnalité doit tenir compte aussi des *fonctions de la peine*. À partir de l'article 130-1 du Code pénal et de toute une tradition historique, on peut avancer que la peine sert à la rétribution, à la prévention (dissuasion) et à la resocialisation. Or ces trois fonctions sont très différentes, sinon contradictoires, de sorte que, selon l'opinion du juge, la peine retenue ne sera pas la même. Apparemment, c'est avec la rétribution que s'accorde le mieux la proportionnalité puisque la peine est l'écho aussi exact que possible du mal causé («œil pour œil, dent pour dent»). L'amende proportionnelle est un bon exemple de peine proportionnée au préjudice. Les choses sont moins aisées avec la dissuasion qui n'est pas toujours compatible avec la proportionnalité : certains malfaiteurs ne seront dissuadés de récidiver que par l'infliction d'une forte peine pas forcément en rapport avec la gravité de l'infraction. De plus, le montant de la peine peut se combiner avec le pourcentage de risque pour le délinquant d'être pris car, si le risque d'arrestation est bas,

39. Comme la nature de l'intérêt violé, le degré de culpabilité et l'effet de l'infraction sur la vie de la victime : voir Andrew VON HIRSCH et Nils JAREBORG, «Sweden's Sentencing Statute Enacted», (1989) *Criminal Law Review* 275.

40. La CEDH admet, dans un certain contexte, une atténuation de peine : *Orban et autres c. France*, n° 20985/05, CEDH 15 janvier 2009, § 52, J.C.P. 2009.214, obs. Francillon ; J.C.P. 2009.166, obs. Roets ; Jean-François FLAUS, «Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme», A.J.D.A. 2009.872 ; Emmanuel DREYER, «Un an de droit européen en matière pénale», *Dr. pénal* 2009.chron.4.

41. La CEDH admet qu'une juridiction puisse prononcer une peine privative de liberté perpétuelle : *Murray c. Pays-Bas*, n° 10511/10, CEDH 26 avril 2016 ; Virginie PELTIER, «Peine incompressible et trouble mental», *Dr. pénal* 2016.comm.120 ; Damien ROETS, «Peines perpétuelles : importantes précisions sur les obligations positives résultant de l'article 3 de la Convention», R.S.C. 2016.582.

42. Voir de nombreux textes faisant de la pluralité d'auteurs une circonstance aggravante.

il est raisonnable que la peine soit sévère pour assurer une bonne défense de la valeur sociale atteinte par le délit, ce qui nous éloigne de la proportionnalité entre faute et peine : un auteur américain a donné l'exemple d'un vol causé par trois malfaiteurs, chacun causant un préjudice de 1 000\$, un seul d'entre eux étant appréhendé ; une amende de 3 000\$ pourra être infligée à celui qui a été arrêté, alors qu'il n'a pourtant causé que le tiers du préjudice ; en le punissant à la fois pour son crime mais aussi pour celui des autres, on réduit le poids de la proportionnalité face à celui de la dissuasion⁴³. Quant à la resocialisation, sa prise en considération peut impliquer une peine « sous proportionnée » avec la gravité des faits, encore qu'elle se présente surtout au moment de l'exécution de la peine, comme on le verra bientôt. Là encore donc apparaît un certain flou.

En troisième lieu, ce double flou invite à imaginer des *garanties pour une bonne proportionnalité*. On peut en citer trois au moins. La première est constituée par l'appel à un dossier de personnalité puisque la justice pénale juge un acte et une personne, même si l'acte—révélant déjà en lui-même la personne—doit jouer un rôle prééminent⁴⁴. La seconde est celle des lignes directrices légales obligeant le juge à fixer la peine entre un maximum et un minimum⁴⁵ déterminés par la combinaison en abscisse du passé pénal de l'accusé et en ordonnée des types d'infractions⁴⁶. Très utilisé aux États-Unis et au Canada⁴⁷, ce procédé est plutôt mal vu en France, sa consécration en 2007⁴⁸ ayant été vite abandonnée⁴⁹. L'idée méritait plus de considération⁵⁰, à la condition bien sûr que le juge voulant

43. Thomas J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, 3^e éd., Stanford, Stanford University Press, 2017, p. 254.

44. Voir cependant : Crim. 15 nov. 2017, n° 16-87.745 ; Emmanuel DREYER, « Motivation du prononcé de la peine mais pas de ses modalités », *Gaz. Pal.* 2018.46 : une peine d'emprisonnement ferme peut être prononcée sans mesure d'investigation sur la personnalité.

45. On parle aussi de « peines planchers ».

46. Voir les grilles fédérales de sentences avec 41 niveaux d'infractions, allant de l'homicide volontaire prémédité aux plus modestes méfaits (*misdeaminors*) : J. PRADEL, préc., note 19, n° 545, p. 643 et 644.

47. Par exemple, en matière de trafic de drogue, David MACALISTER et Kayla BARKASE, « Mandatory Minimum Sentencing for Drug Offences in Canada », (2018) 66 *Crim. L.Q.* 161.

48. Jean PRADEL, « Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes », D. 2007.2247 (avis favorable) ; Évelyne BONIS-GARÇON, J.C.P. 2007-I.196 (avis mitigé).

49. *Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*, J.O. 17 août 2014, p. 13647.

50. Emmanuel DREYER, « Fallait-il abolir les peines planchers ? », dans Guillaume BEAUSSONIE (dir.), *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, Paris, L.G.D.J., 2015, p. 195. D'ailleurs, l'Union européenne (décisions du Conseil les 25 avril 2002 et

prononcer une peine inférieure au minimum s'en explique par une motivation. De fait, la motivation, troisième garantie, est indispensable, et l'on sait comment, aujourd'hui, elle se développe en France sous la double poussée du Conseil constitutionnel, devenu le premier juge pénal de France⁵¹, et de la Cour de Strasbourg⁵², sans oublier les « directives » de l'article 132-19 du Code pénal précité. Les juges sont ainsi tenus à une motivation de fait et de droit, leurs décisions devant faire apparaître que la sanction retenue est en rapport avec les faits et leurs conséquences et ce qui pose un problème de contrôle⁵³.

Proportionnalité et exécution de la peine. Une peine qui était proportionnée lors de son édicition peut cesser de l'être lors de son exécution du fait de la survenance d'une donnée factuelle nouvelle, ignorée par hypothèse de la juridiction de jugement. C'est pour cela que la loi a prévu ces « soupapes de sécurité » que sont les aménagements de la peine d'emprisonnement : sans le placement à l'extérieur, la surveillance électronique, la semi-liberté, les permissions de sortir, la suspension de l'exécution, voire son fractionnement, la peine privative de liberté pourrait devenir disproportionnée, excessive.

Là n'est cependant pas l'essentiel. La loi a prévu, toujours au titre de l'individualisation, des techniques avec des effets beaucoup plus considérables comme les réductions de peine, la libération conditionnelle et la suspension de la période de sûreté. Il s'agit cette fois de véritables chamboulements de la peine, voire d'une métamorphose, qui, en défigurant la peine prononcée, posent la question du maintien de sa proportion avec les faits⁵⁴. On mettra à part les réductions ordinaires de peine (art. 721 Code de procédure civile) qui, par leur quasi-automaticité, sont indifférentes à la proportionnalité en la méconnaissant pour des motifs matériels de désencombrement des prisons. Les autres mesures d'individualisation en revanche semblent parfaitement conciliables avec l'exigence de proportionnalité, car leur application suppose : 1) une bonne conduite *lato sensu* au cours de l'exécution de la peine ; 2) une disparition de la dangerosité du

27 novembre 2009) a prévu des fourchettes de peines selon quatre niveaux que reprennent certaines directives de droit pénal spécial : D. FLORE, préc., note 7, n° 493, p. 267 et 268.

51. Par exemple : Cons. const. 2 mars 2018, n° 2017-494 QPC ; Dorothée GOETZ, « QPC : les cours d'assises devront motiver les peines qu'elles prononcent », *Dalloz Actualité* 6 mars 2018 (invalidation de l'article 305-1 du Code de procédure civile qui ne prévoyait de motivation que pour la culpabilité).

52. Par exemple, *Taxquet c. Belgique*, n° 926/05, CEDH 16 novembre 2010 : la motivation doit notamment rendre la décision intelligible à l'accusé.

53. Voir *infra*, section 2.3.

54. Sans parler d'une atteinte à l'autorité de la chose jugée.

condamné⁵⁵, logique que l'on retrouve dans la dispense de peine (art. 132-59 Code pénal); 3) du fait de l'écoulement d'un certain temps, l'atténuation du souvenir du crime⁵⁶. Finalement, la proportionnalité est bien proche de l'individualisation, encore que la première penche vers le rapport entre le fait et la peine, alors que la seconde penche vers le rapport entre personnalité de l'auteur et peine.

Concept omniprésent donc, conforme à la morale et au bon sens, la proportionnalité n'en reste pas moins dans l'application susceptible de dérives et appelle des contrôles.

2 Les contrôles de la proportionnalité

La proportionnalité est l'objet d'un triple contrôle : de constitutionnalité, de conventionnalité et de légalité. Simple et claire en apparence, cette trilogie est pleine de surprises.

2.1 Un contrôle de constitutionnalité

Contrôle des incriminations. Si le Conseil constitutionnel vérifie bien que les lois qui lui sont soumises sont rédigées « en termes suffisamment clairs et précis pour permettre la détermination des auteurs d'infractions et pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines⁵⁷ », il se refuse à apprécier la nécessité et donc la proportionnalité d'une incrimination, pour respecter les droits du Parlement ; et lorsqu'il est saisi, il se contente même de décider que le texte contesté est clair et précis, et que le principe de légalité n'est pas méconnu⁵⁸. Position en réalité fragile qui va à l'encontre de l'article 5 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* (DDHC) qui décide que la « loi n'a le droit de défendre que les actes nuisibles à la société⁵⁹ ».

55. La CEDH ne cesse de dire que la privation de liberté à vie cesse d'être justifiée si la dangerosité du condamné a disparu, ce qui oblige les États à prévoir des examens périodiques sur ce point.

56. Et dont la gravité, déjà prise en considération lors du jugement, ne doit plus l'être à nouveau : Crim. 28 avril 2011, *Bull. crim.*, n° 79 ; Martine HERZOG-EVANS, « "Crédibilité" de la peine et aménagements de peine », *A.J. pénal* 2012.107.

57. Par exemple, Cons. const. 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC, *Rec. Cons. const.*, p. 49, n° 82.

58. Cons. const. 19 sept. 2014, n° 2014-412 QPC, J.O. 21 sept. 2014, p. 15469 (à propos du délit de l'article 226-19 du Code pénal, incriminant la conservation informatique de données personnelles, sans l'accord de l'intéressé).

59. *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, art. 5 (ci-après « DDHC ») ; Thierry S. RENOUX, Michel DE VILLIERS et Xavier MAGNON (dir.), *Code constitutionnel*, Paris, LexisNexis, 2018, art. 8, n° 57. La Cour suprême du Canada contrôle la disproportion totale d'une interdiction, en application de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*

Contrôle des mesures de sûreté. Selon l'article 8 de la DDHC, la « loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires⁶⁰ ». Sur la base de ce texte, la loi de février 2008 qui instituait la rétention de sûreté (à certaines conditions) avait été frappée d'un recours en inconstitutionnalité devant le Conseil au motif notamment de son caractère disproportionné, la mesure pouvant se renouveler sans limitation de durée. Mais le Conseil rejeta l'argument au motif essentiel que « le législateur a entendu qu'il soit régulièrement tenu compte de l'évolution de la personne et du fait qu'elle se soumet durablement aux soins qui lui sont proposés⁶¹ ». La loi qui portera la date du 25 février 2008 fut donc validée. Il est vrai que les Sages avaient aussi décidé que la rétention de sûreté n'est ni une peine ni une sanction ayant le caractère d'une punition⁶².

Contrôle des peines. Le Conseil décide pareillement que la peine est soumise à la règle de la proportionnalité. Et il pose trois principes précisant sur certains points particuliers comment il entend cette règle. Le premier est que, « 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 des peines attachées aux infractions⁶³ ». Sage disposition : à chacun son métier, les parlementaires fixent les peines et les juges constitutionnels n'en sanctionnent que les excès. Mais où est l'excès ? Un certain arbitraire est à redouter. D'un côté, la peine complémentaire obligatoire de fermeture d'un débit de boissons (art. L3352-2 Code de la santé publique (CSP)) n'est pas manifestement disproportionnée, car elle n'est pas forcément définitive, et elle peut faire l'objet d'un relèvement (art. 132-71 Code pénal), de sorte que subsiste un pouvoir d'individualisation du juge⁶⁴. D'un autre côté, en matière de recherche d'un repreneur et de consultation du comité d'entreprise, une pénalité qui peut atteindre vingt fois la valeur mensuelle

[annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], affirmant « les principes de justice fondamentale » ; Pierre RAINVILLE, « La portée démesurée d'un texte pénal : la pluralité des atteintes à l'article 7 de la Charte canadienne », dans Pierre RAINVILLE, *Droit pénal général. Recueil de résumés doctrinaux, de jurisprudence et d'exercices*, t. 1, Université Laval, 2019, p. 27, aux pages 29 et suiv.

60. DDHC, art. 8.

61. Cons. const. 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, *Rec. Cons. const.*, p. 89, n° 23.

62. *Id.*, n° 8.

63. Cons. const. 3 sept. 1986, J.O. 5 sept. 1986, p. 10789. D'autres décisions statuent parfois en adoptant une formule proche : Cons. const. 27 juin 2001, n° 2001-446 DC, *Rec. Cons. const.*, p. 74 ; Valentine BÜCK, « Le Conseil constitutionnel peut-il imposer des limites aux politiques de pénalisation ou de dépenalisation ? », R.S.C. 2002.672 ; Cons. const. 27 sept. 2013, n° 2013-341 QPC, J.O. 1^{er} oct. 2013, p. 16304 ; Jacques-Henri ROBERT, « Une amende salée pour les marins d'eau douce », *Dr. pénal* 2013.comm.156.

64. Cons. const. 16 oct. 2015, n° 2015-493 QPC, J.O. 18 oct. 2015, p. 19446.

du salaire minimum interprofessionnel de croissance par emploi supprimé est hors de proportion avec la gravité du manquement réprimé⁶⁵. Dans l'ensemble cependant, le Conseil admet rarement l'existence d'un manque de proportion.

Le second principe concerne le cas où plusieurs dispositions pénales peuvent fonder la condamnation d'un seul et même fait. Le Conseil, ici plus actif, décide que les sanctions subies ne peuvent dépasser le maximum légal le plus élevé et précise qu'il appartient aux autorités juridictionnelles, voire aux autorités chargées du recouvrement des amendes, de respecter la proportionnalité⁶⁶. Le problème se pose aussi en cas de cumul de sanctions administratives, et il est encore fait application du montant le plus élevé des sanctions encourues⁶⁷. Mais en cas de présence de sanctions pénales et disciplinaires, le cumul est possible⁶⁸ : on peut soutenir que les deux sanctions étant de nature différente, la proportionnalité n'a pas à jouer.

Le troisième principe intéresse les peines minimales dans le cas de l'article 415 du Code des douanes qui prévoit notamment une peine d'emprisonnement de deux à dix ans en cas de blanchiment du produit d'un délit douanier. Le Conseil valide une telle peine minimale compte tenu de la gravité des faits, de l'éventail très large prévu par le texte et de diverses possibilités d'individualisation (dispense de peine, sursis)⁶⁹.

65. Cons. const. 27 mars 2014, n° 2014-692 DC, J.O. 1^{er} avril 2014, p. 6232, n° 25 (à propos de l'article L773-1 du Code de commerce déclaré inconstitutionnel).

66. Cons. const. 12 janv. 2002, préc., note 57 ; V. BÜCK, préc., note 63 (harcèlement moral au travail réprimé par les articles 222-32-2 du Code pénal et L153-1-1 du Code du travail) ; Cons. const. 8 oct. 2014, n° 2014-418 QPC, J.O. 10 oct. 2014, p. 16484 ; Cons. const. 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC et 546 QPC ; Corinne MASCALA, «Droit pénal des affaires», D. 2016.1836 ; Olivier DÉCIMA, «C'est grave ?», D. 2016.2442 ; Stéphane DETRAZ, «Constitutionnalité relative du cumul des sanctions fiscales et pénales», J.C.P. 2016.1042 ; Stéphane DETRAZ, «Une brèche dans l'indépendance des procédures fiscale et pénale», R.S.C. 2016.524 ; Virginie PELTIER, «Échappatoire constitutionnelle !», *Dr. pénal* 2016.comm.135 ; Cons. const. 23 nov. 2018, n° 2018-745 QPC, D. 2018.2237.

67. Cons. const. 27 sept. 2013, préc., note 63 ; J.-H. ROBERT, préc., note 63 ; Crim., 12 sept. 2018 ; Virginie PELTIER, «Confirmation du cumul de sanctions en matière disciplinaire», *Dr. pénal* 2018.comm.205 : il y a possible cumul de sanctions pénales et disciplinaires, car l'article 4 du Protocole 7 additionnel à la Conv. EDH qui exclut ce cumul a fait l'objet d'une réserve par la France décidant que le non-cumul ne vaut qu'en matière pénale, cette réserve n'ayant pas été remise en cause par la CEDH.

68. Cristina MAURO, «*Ne bis in idem* : un tremblement de terre ?», *A.J. pénal* 2015.172 ; Evelyne BONIS-GARÇON et Virginie PELTIER, *Droit de la peine*, 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2015, p. 315 et suiv.

69. Cons. const. 14 sept. 2018, n° 2018-731 QPC, J.O. 15 sept. 2018 ; Evelyne BONIS, «Peine minimale en matière douanière», *Dr. pénal* 2018.comm.206.

2.2 Un contrôle de conventionnalité

De la part de la CEDH. Les juges de Strasbourg pratiquent volontiers une théorie de la balance des intérêts fondée sur le conflit entre droits fondamentaux : la hiérarchie des normes exprimée par la pyramide de Kelsen est remplacée par la hiérarchie des valeurs⁷⁰, ce qui traduit le passage du dogmatisme technique à une sorte de droit naturel. Le domaine d'élection de cette nouvelle tendance est celui des articles 8 (respect de la vie privée) et 10 (liberté d'expression) de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*. Ces deux textes identiquement rédigés posent au paragraphe premier un principe directeur et au paragraphe 2 des exceptions qualifiées d'«ingérences» permises, par exemple, pour assurer «la prévention des infractions pénales» : si ces «ingérences» apparaissent disproportionnées par rapport à la fin recherchée, l'État est condamné⁷¹. Un exemple peut être donné. Dans une affaire d'expulsion d'un Marocain se trouvant en Belgique, la CEDH commence par rappeler «la nécessité d'un juste équilibre entre les intérêts en présence», à savoir, d'une part, le droit du requérant au respect de sa vie privée et familiale et, d'autre part, la protection de l'ordre public et la prévention des infractions pénales. Puis elle constate que le requérant a des attaches réelles avec la Belgique, mais qu'il a aussi gardé des liens importants avec le Maroc. Elle note encore qu'elle attribue une grande importance à la gravité des infractions pour en déduire que la peine de l'expulsion n'est pas disproportionnée aux buts légitimes poursuivis, de sorte que l'article 8 de la Conv. EDH n'a pas été méconnu⁷².

La contamination de la Cour de cassation. La théorie des conflits de droits fondamentaux est aujourd'hui consacrée par la Cour suprême en sa première chambre civile⁷³ et aussi en sa troisième chambre

70. Serge GUINCHARD, André VARINARD et Thierry DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, 14^e éd., Paris, Dalloz, 2017, n° 728, p. 797.

71. Sur le concept d'ingérence, Jean-François RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2012, n°s 901 et suiv.

72. *C. c. Belgique*, n° 21794/93, CEDH 7 août 1996, § 32-36; Sophie PEREZ, «Étranger», D. 1997.Somm.210.

73. Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, D. 2013.2914, obs. Fulchiron; *A.J. pénal* 2013.663, obs. Chénédedé; *A.J. pénal* 2014.179, obs. Thouret; Jean HAUSER, «Empêchement : la belle-fille, le beau-père et l'article 5 du code civil», R.T.D. civ. 2014.88; Jean-Pierre MARGUÉNAUD, «Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe», R.T.D. civ. 2014.307; Marie LAMARCHE, «Empêchement à mariage entre alliés et nullité : sentimentalisme ou pragmatisme de la Cour de cassation?», J.C.P. 2014.93 : le mariage du beau-père avec sa bru (veuve évidemment) est validé au nom du respect de la vie privée alors qu'il est nul en application des articles 161 et 194 du Code civil; Civ. 1^{re}, 21 mars 2018, n° 16-28.741; Sophie CANAS et autres, «Chronique de jurisprudence

civile⁷⁴. Et la Chambre criminelle raisonne parfois de même en mettant en avant le respect nécessaire de la proportionnalité. Est exemplaire le cas de cette journaliste qui, sous un faux nom, s'introduit dans un parti politique pour y trouver des informations destinées à nourrir un livre sur ce parti : la Chambre criminelle, confirmant un arrêt de non-lieu, considère que « les agissements dénoncés se sont inscrits dans le cadre d'une enquête sérieuse, destinée à nourrir un débat d'intérêt général sur le fonctionnement d'un mouvement politique » car, « eu égard au rôle des journalistes dans une société démocratique et compte tenu de la nature des agissements en cause, leur incrimination constituerait, en l'espèce, une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression⁷⁵ ». Ainsi, tous les droits et libertés fondamentaux sont appréciés au regard de la proportionnalité⁷⁶. La Cour de cassation ne juge plus, dans ces hypothèses, *in abstracto*, mais *in concreto*, en fonction des résultats économiques et sociaux dans tel cas précis⁷⁷ avec ce fil d'Ariane que sont les « questions d'intérêts général⁷⁸ ».

Cette nouvelle approche a divisé la France en deux camps irréductibles, celui du mouvement en faveur de cette nouvelle conception⁷⁹ et celui de la résistance qui a toute notre sympathie : en effet, ce contrôle constitue une « restauration voilée du jugement en équité, source d'une profonde

de la Cour de cassation », D. 2018.2039 ; Denis MAZEAUD, « Vie privée des personnes publiques : toujours moins ? », R.T.D. civ. 2018.362 (nécessité pour le juge du fond de procéder à une mise en balance du droit à la protection de la vie privée et de celui de la liberté d'expression).

74. Civ. 3^e, 15 oct. 2015, n° 14-23.612, D. 2015.2423, note Tomassin : il y a reconnaissance du critère d'ordre public d'un texte en matière de construction, mais cassation, car les juges du fond n'ont pas contrôlé la proportionnalité entre la sanction encourue et la gravité des désordres.
75. Crim. 26 oct. 2016, n° 15-83.774, *A.J. pénal* 2017.38, obs. Verly ; Philippe CONTE, « Justification de l'infraction : le cas des journalistes », *Dr. pénal* 2017.comm.2 ; Stéphane DETRAZ, « Liberté d'escroquer », *Gaz. Pal.* 2017.51.
76. A. BERNARDI, « L'avenir de l'ordre public », R.R.J. 2017.1338.
77. Bertrand LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », D. 2015.1326.
78. Selon Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 2017, n° 15-22.946 ; Jean HAUSER, « La vérité au prix de la vie privée ? », J.C.P. 2017.372 : une question d'intérêt général « se définit comme une question touchant le public dans une mesure telle qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui éveille son attention ou le préoccupe sensiblement, notamment parce qu'elle concerne le bien-être des citoyens ou la vie de la collectivité ».
79. S. GUINCHARD, A. VARINARD et T. DEBARD, préc., note 70 ; B. LOUVEL, préc., note 77 ; Frédérique FERRAND, « La juridiction judiciaire suprême en droit comparé : missions, filtrage, intensité du contrôle », dans Guillaume DRAGO, Bénédicte FAUVARQUE-COSSON et Marie GORÉ (dir.), *L'accès au juge de cassation*, Paris, Société de législation comparée, 2015, p. 147.

insécurité juridique et d'une inacceptable inégalité devant la loi⁸⁰ » ; il est « une négation du droit⁸¹ » ; cet « usage massif de la proportionnalité que se propose de faire à présent la Cour de cassation française sera effectué à des doses autrement plus importantes que ce qui se fait paisiblement outre-Rhin, dosage qui est, à terme, mortifère pour la cassation⁸² ». La Cour de cassation se transforme en juge du fait⁸³. Manifestement, la Cour de cassation est sortie de son lit alors qu'elle est et n'est que le juge du droit. Méfions-nous de l'équité⁸⁴, et la Cour de cassation avait même naguère affirmé que « l'équité n'est pas une source de droit⁸⁵ ». Ces arguments valent encore plus en matière pénale notamment à deux égards : d'abord, la nature du droit pénal, qui seul touche à la liberté physique des citoyens, exclut par principe toute appréciation des valeurs par le juge, du fait de la règle de la légalité pénale ; ensuite, la nouvelle conception de la Cour de cassation peut conduire à tenir compte du mobile (cas du journaliste qui agit pour informer le public sur un sujet d'intérêt général), ce qui va contre deux siècles d'adoption d'une des règles les mieux assurées de notre droit positif. En outre, le danger est grand de voir apparaître un contrôle variable au gré des espèces⁸⁶.

Tout n'est cependant pas aussi simple, car un rejet de la proportionnalité au sens que lui donne la Cour de cassation nous expose à des condamnations par la CEDH puisque la France a ratifié la Conv. EDH (art. 55 Constitution 1 et 46 Conv. EDH)⁸⁷ et que ses dispositions sont d'ordre public. Notre cour suprême est ainsi prise au piège devant ce choix cornélien : faire preuve d'indépendance à l'égard de la CEDH pour respecter

80. François CHÉNEDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », D. 2016.796. Pour un avis identique, Loïc CADIET, « Introduction », J.C.P. G supplément au n^{os} 1-2 2016.10.

81. Alain BÉNABENT, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », D. 2016.137.

82. Frédéric ZENATI-CASTAING, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », R.T.D. civ. 2016.511.

83. Emmanuel DREYER, « Un contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation ? », *Gaz. Pal.* 2016.67.

84. Loïc CADIET, Jacques NORMAND, Soraya AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2013, p. 89 et suiv. (abondante bibliographie).

85. Soc. 4 déc. 1996, *Bull.* V, n^o 21 ; J.C.P. 1997-I.4064, obs. Cadiet ; Nicolas MOLFESSIS, « Les professeurs », R.T.D. civ. 1998.221.

86. François FOURMENT, « La chambre criminelle de la Cour de cassation et le contrôle de proportionnalité », *Gaz. Pal.* 2016.75.

87. *Pascaud c. France*, n^o 19535/08, CEDH 16 juin 2011, D. 2011.1758, note Granet ; D. 2011.1432, note Granet-Lambrechts ; D. 2011.1758, note Gaudemet-Tallon et Jault-Sesaka.

notre tradition ou courir le risque d'être sanctionnée par les juges européens ! On ne voit guère de remède à cette situation. Faudrait-il « encadrer » la proportionnalité pour y voir autre chose qu'une question de simple opportunité⁸⁸ ou ne l'appliquer que si le texte est clair et précis⁸⁹ ou tout simplement miser sur un contrôle sérieux de légalité ?

2.3 Un contrôle de légalité

Proportionnalité et motivation. Il advient parfois que la Chambre criminelle apprécie la nécessité d'une incrimination et la proportionnalité d'une peine, en tant que normes abstraites⁹⁰. Mais le plus souvent, le contrôle porte sur la peine prononcée. Quel est alors l'office de la Chambre criminelle⁹¹ ? Elle ne saurait évidemment casser une décision du fond en invoquant le caractère non proportionné de la peine, car c'est au juge du fond de démontrer, s'il prononce une peine, de dire qu'elle était en l'espèce nécessaire et proportionnée⁹². Cette règle a donné lieu à diverses applications, par exemple en matière de confiscation où l'hésitation peut parfois apparaître. Ainsi, en cas de confiscation spéciale portant sur un bien produit ou objet du délit, la Chambre criminelle n'impose pas au juge du fond de vérifier la proportionnalité de la sanction⁹³ comme si cette qualité était présumée. Il y a pourtant des situations dans lesquelles l'objet confisqué est sans rapport avec le délit : ainsi en est-il de la confiscation d'une voiture de luxe appartenant à l'auteur d'un grand excès de vitesse, la Chambre criminelle voyant dans cette sanction un but de « dissuasion⁹⁴ ». En revanche, dans le cas d'une confiscation portant sur tout ou partie de la fortune du prévenu, le juge du fond doit apprécier le caractère proportionné

88. Hugues FULCHIRON, « Le contrôle de la proportionnalité : questions de méthode », D. 2017.656.

89. S. GUINCHARD, A. VARINARD et T. DEBARD, préc., note 70, p. 798.

90. Crim. 30 mars 2016, n° 15-84.511 (refus de transmission d'une QPC à propos de l'article 23 de la *Loi du 29 juill. 1881 sur la liberté de la presse*, J.O. 30 juill. 1881, p. 4201).

91. Didier GUÉRIN et François CORDIER, « La réforme de la Cour de cassation et la matière pénale », *Gaz. Pal.* 2016.79.

92. En visant les « circonstances de l'infraction et la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale » : Code pénal, art. 132-1 al. 3.

93. Crim. 7 déc. 2016, n° 16-808.79 ; Virginie PELTIER, « Proportionnalité et confiscation d'un bien produit d'une infraction », *Dr. pénal* 2017.comm.31 ; Crim. 13 juin 2018, n° 17-83.893 ; Olivier VIOLEAU, « Précisions sur la notion de pièces communiquées à l'appelant, tiers à la procédure », *A.J. pénal* 2018.426 ; Catherine GINESTET et autres, « Droit pénal » D. 2018.2259.

94. Crim. 7 déc. 2016, préc., note 93 ; Olivier VIOLEAU, « Précisions sur la motivation de la proportionnalité de la peine de confiscation », *A.J. pénal* 2017.142 ; Jacques-Henri ROBERT, « Les confiscations et les mesures de leur proportionnalité », J.C.P. 2017.13.

de l'atteinte portée au droit de propriété⁹⁵. Notons que la *Directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et produits du crime dans l'Union européenne*⁹⁶ consacre cette confiscation sous l'appellation de « confiscation élargie » (art. 5) sans y voir une atteinte à la proportionnalité puisque l'accusé peut tenter de démontrer l'origine licite de tout ou partie de ses biens⁹⁷.

Finalement, la proportionnalité est une question de motivation, seul moyen de permettre à la sanction d'être comprise non seulement du condamné, mais aussi du public en général. Le contrôle de proportionnalité est effectué à partir du contrôle de motivation : une sanction disproportionnée n'est pas, par hypothèse, mal motivée⁹⁸. Du coup, proportionnalité, gravité, motivation et individualisation constituent un quatuor indissociable et raisonnable. Et plus généralement, la proportionnalité apparaît comme un principe, une « norme générale de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques⁹⁹ ».

-
95. Crim. 7 déc. 2016, n° 15-85.136 ; O. VIOLEAU, préc., note 94 ; J.-H. ROBERT, préc., note 94 ; Emmanuel DREYER, « Confiscation et proportionnalité », *Gaz. Pal.* 2018.73 ; Crim. 27 juin 2018, n° 17-84.280, D. 2018.1441 ; Cloé FONTEIX, « Saisie d'un bien constituant le produit indirect et partiel de l'infraction : exigence de proportionnalité », *Dalloz Actualité* 6 septembre 2018 ; C. GINESTET et autres, préc., note 93, pour une saisie.
96. *Directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et produits du crime dans l'Union européenne*, J.O. L 127/39.
97. Directive inspirée par l'affaire *Philipps c. Royaume-Uni*, n° 41087/98, CEDH 5 juillet 2001.
98. Jean PRADEL et André VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2018, p. 89.
99. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2018, s.v. « Principe ».