

La proportionnalité de la répression – Étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français

Résumé de la thèse

G. CHETARD

Au premier abord, la proportionnalité semble consubstantielle à la justice pénale, voire à la justice elle-même. En témoignent la loi du talion consacrée par le Code de Hammurabi ou la célèbre formule d'Aristote selon laquelle « le juste est, en quelque sorte, une proportion »¹. Pourtant, cette notion a longtemps occupé la place d'une inspiration philosophique externe au système juridique, plutôt que celle d'un principe de droit positif.

Si, aujourd'hui, il est bien possible de parler de « principe de proportionnalité » et de « contrôle de proportionnalité » en droit pénal, c'est essentiellement parce que cette matière est désormais soumise à des normes de valeur supérieure à la loi, qui emploient la proportionnalité comme standard de protection des droits et libertés fondamentaux. La place de ceux-ci parmi les sources du droit pénal interne s'est confirmée et consolidée au cours de la dernière décennie, d'une part du fait de la création de la question prioritaire de constitutionnalité, d'autre part en raison de la reconnaissance, par la Cour de cassation, de l'autorité de chose interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme². Le mouvement de réforme par lequel les hauts magistrats ont entendu se doter d'une « doctrine du contrôle de proportionnalité »³ constitue la suite logique de ces évolutions⁴.

Or le raisonnement en proportionnalité en matière de libertés fondamentales repose sur une logique de corrélation entre les fins et les moyens et de pesée des intérêts. En ce sens il s'oppose au modèle classique du syllogisme qui domine la tradition privatiste française en général et, par application du principe de légalité criminelle, la matière pénale en particulier. En outre le droit criminel comprend lui-même un principe de proportionnalité qui peut être considéré comme spécifique à cette discipline : celui de la proportionnalité des peines aux infractions. Aussi la perspective d'une adoption, à titre général, du contrôle de proportionnalité au sein de la

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

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

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

4 P. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD, et C. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.*, 2014, p. 2061.

jurisprudence judiciaire, a soulevé de nombreuses interrogations. Elle se présente comme un véritable changement de paradigme.

Le principe de proportionnalité avait déjà suscité, en France, une importante littérature de droit public. En droit pénal, il avait été abondamment étudié par les doctrines étrangères, notamment anglo-américaine. Toutefois ces recherches avaient connu peu d'échos au sein de la doctrine pénaliste française. Il paraissait opportun de revenir sur ces acquis théoriques, développés dans des champs disciplinaires voisins, pour établir dans quelle mesure ils permettaient de répondre aux interrogations et aux doutes suscités par les évolutions récentes du droit positif. Pour éclairer les enjeux du sujet en droit pénal et pour déterminer ce que ces enjeux avaient d'ordinaire ou, au contraire, d'exceptionnel, le point de départ du raisonnement devrait donc se situer dans le cadre de la théorie des droits fondamentaux. Il convenait d'étudier le droit criminel comme un tout cohérent, un ensemble de limitations imposées dans l'exercice des libertés fondamentales, à partir d'un fondement *a priori* légitime. L'étude devrait également se focaliser sur la préoccupation principale en la matière : celle du pouvoir conféré au juge par un principe qui lui permet d'exercer un contrôle de mesure et d'opportunité. L'intitulé de la thèse reflète cette double orientation. Il s'agirait de mettre en avant le sens du principe de proportionnalité en droit criminel, mais aussi les obstacles et exigences particulières que le contrôle de proportionnalité implique en cette matière.

La première partie de la thèse vise ainsi à présenter la place du principe de proportionnalité au sein d'un système pénal contemporain, à la fois comme principe fondamental et comme contrainte méthodologique. **La proportionnalité est requise**, à deux titres complémentaires. D'abord, parce que son respect est exigé par l'ensemble des sources du droit crimine ; ensuite parce que son intégration au contrôle juridictionnel requiert que le juge adopte une méthode originale de raisonnement.

La seconde partie souligne, en contraste, les difficultés qui s'opposent à une garantie effective de la proportionnalité en droit pénal. La recherche d'une juste mesure, représentée par la métaphore de la balance des intérêts, suppose que le juge dispose d'une échelle objective, que les valeurs à comparer soient commensurables entre elles. Or tel n'est pas le cas lorsqu'il est question de confronter les droits fondamentaux à l'intérêt public. Le problème est encore aggravé s'il s'agit d'assurer la proportionnalité d'une sanction punitive, car il faudrait alors établir à l'avance un juste degré de souffrance à infliger. D'un point de vue épistémologique, **la proportionnalité véritable est inaccessible**, et les méthodes de travail envisageables ne peuvent donc avoir pour but que de l'approcher sans jamais la réaliser entièrement.

Partie I – La proportionnalité requise

Admettons que le contrôle de proportionnalité corresponde à une technique originale pour le juge. Il importe alors de déterminer ce en quoi consiste cette originalité et comment elle est susceptible de modifier la nature de l'activité juridictionnelle en matière répressive.

Il s'agit donc en premier lieu de revenir sur les origines et le sens du principe de proportionnalité. Tel est l'objet du **Titre I – Un principe fondamental**. L'hypothèse qui y est soutenue est que la proportionnalité est requise en droit pénal par deux principes distincts, l'un général, l'autre spécial.

Le *Chapitre 1, Le principe général de proportionnalité-justification*, traite du principe de proportionnalité des moyens aux fins. Celui-ci fonde le contrôle de proportionnalité tel qu'il s'est développé en matière administrative et constitutionnelle, ainsi que dans la jurisprudence des juridictions européennes. Son sens est étudié à la lumière de ses sources principales en droit public, en droit comparé et en théorie du droit. Ce principe général, qu'il est proposé d'appeler *proportionnalité-justification*, est désormais omniprésent dans les systèmes juridiques libéraux. Il a, de plus, tendance à étendre son champ d'application à l'ensemble des matières juridiques, ce qui inclut inévitablement le droit criminel.

Après que ce succès a été constaté, une explication en est proposée. En doctrine, le principe de proportionnalité des moyens aux fins se présente comme une conséquence logique de la nature même des droits fondamentaux, dont un État de droit doit s'efforcer de satisfaire au mieux la réalisation. Il en résulte que toute atteinte aux droits doit être rigoureusement *justifiée*, non seulement dans son principe, mais également dans sa mesure et ses effets concrets, ce sans quoi elle est une violation de ces droits. Ce raisonnement permet au juge de vérifier, au-delà de ce que permet la syllogistique classique, si les intérêts concrets des personnes ont été respectés et garantis de manière effective. Cette logique, que la doctrine proportionnaliste majoritaire qualifie elle-même d'*exigence d'optimisation*⁵ ou de *culture de la justification*⁶, tend à remettre en cause les règles pré-existantes et à favoriser une conception extensive des droits fondamentaux. Ce faisant, elle étend par la même occasion son propre champ d'application : le domaine de la proportionnalité croît avec

5 R. ALEXI, *A theory of constitutional rights*, traduit par Julian RIVERS, Oxford (GB), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, 2002, p. 47 et s.

6 E. MUREINIK, « A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights », *South African Journal on Human Rights*, 1994, vol. 31, p. 10.

celui des droits qu'elle garantit. Le principe trouvant son fondement au plus haut de la hiérarchie des normes et tendant à l'extension, son succès paraît, rétrospectivement, presque inévitable.

Toutefois cette notion d'optimisation ne décrit pas aussi fidèlement le principe de proportionnalité tel qu'il se manifeste en matière de sanctions pénales. Le *Chapitre 2, Le principe spécial de proportionnalité des peines aux délits*, défend l'idée selon laquelle il s'agit bien là d'un second principe, distinct tant par ses sources que dans son sens. La proportionnalité-justification, qui associe les moyens aux fins, appelle un raisonnement prospectif, en termes de buts et de résultats et, par conséquent, tourné vers l'avenir. Au contraire, la proportionnalité des peines aux délits impose de mesurer le mal infligé par l'autorité publique à la gravité d'un fait passé. Elle est d'ordre rétrospectif et, en ce sens, elle est liée à la fonction rétributive de la peine⁷. C'est pourquoi il est proposé de l'appeler *proportionnalité-mesure*.

Cette spécificité est illustrée au moyen de l'étude de l'histoire des doctrines et du droit positif. Les écrits d'Aristote ou de Thomas d'Aquin, qui fondent l'idée de proportionnalité des peines, entendent bien par là un regard tourné vers le passé, vers ce qui a déjà été commis. Même les utilitaristes Beccaria et Bentham, lorsqu'ils parlent de proportionnalité, indiquent toujours de cette manière un rapport entre la peine et le mal du crime, plutôt qu'entre la peine et le bien qui peut découler du châtement. Les positivistes italiens du XIXe siècle rejettent quant à eux à la fois la rétribution et la proportionnalité. Cette association se confirme en droit positif. La sévérité des peines établies par le législateur exprime en premier lieu la façon dont il apprécie la gravité des infractions correspondantes.

Cela ne signifie pas que la proportionnalité-justification n'ait pas sa place en droit criminel. En effet la proportionnalité-mesure, des peines aux délits, ne s'applique qu'aux sanctions ayant les caractères d'une punition et seulement dans la mesure où elles revêtent bien un caractère punitif. Le principe de proportionnalité-justification, de portée générale, a également vocation à s'appliquer au domaine des incriminations, à celui de la procédure pénale, ainsi même qu'aux sanctions pénales, dans la mesure où celles-ci visent également des buts autres que la rétribution. Le juge qui envisage d'ordonner ou de prononcer une mesure de sûreté se prononce bien au regard de fins sécuritaires à réaliser pour l'avenir, et non au regard de la gravité du mal déjà commis.

Les deux principes se rejoignent toutefois par au moins un aspect essentiel. L'un comme l'autre appellent de la part du juge un raisonnement en termes de mesure, d'intensité, d'opportunité, qui ne relève pas d'une qualification juridique par syllogisme. L'adoption du contrôle de

⁷ V. P. PONCELA, *Droit de la peine*, 2^e éd., Presses universitaires de France, coll. « Thémis », 2001, p. 57 et s., qui distingue entre les rationalités « prospectives » et les rationalités « restitutives » de la peine.

proportionnalité implique donc une évolution importante dans la méthodologie juridique. Le **Titre II – Un enjeu méthodologique** approfondit cette idée en établissant ce en quoi consiste cette évolution et quelles difficultés elle est susceptible de soulever.

Il s'agit en premier lieu de *garantir la neutralité du contrôle (Chapitre 1)*. Avec la métaphore de la « balance des intérêts », l'idéal de la proportionnalité est celui d'un jugement objectif, par lequel le juge se contenterait de constater une différence de poids, de valeur, entre deux quantités. Pour se conformer à cet idéal, il importe que le raisonnement lui-même ne soit pas biaisé, à l'insu du juge, en faveur d'une solution déterminée.

Cela suppose tout d'abord que le juge prenne connaissance de l'orientation intrinsèque au contrôle de proportionnalité lui-même et, le cas échéant, qu'il compense cette orientation. Le principe de proportionnalité-justification signifie qu'une atteinte aux libertés est licite si elle vise un but légitime, si elle permet effectivement d'atteindre ce but, si elle est nécessaire à sa réalisation et si elle respecte un équilibre global entre les intérêts en présence. Toutefois ce raisonnement en termes d'efficience est susceptible d'orienter la décision vers une doctrine de type néo-utilitariste, qui peut être néfaste à la garantie des droits. À lui seul, le principe de proportionnalité n'interdit pas, par exemple, que les droits individuels les plus fondamentaux soient sacrifiés au bénéfice d'intérêts collectifs importants. La mise en œuvre du contrôle doit donc être accompagnée de certaines précautions. À titre d'exemple, la Cour européenne des droits de l'homme limite en partie cette dérive utilitariste par la doctrine des droits insusceptibles de limitation et de la « substance intangible » des droits. Selon cette théorie, certains principes, tels que la prohibition de la torture, ne peuvent recevoir aucune exception, quelles qu'en soient les justifications, quel que soit le poids placé de l'autre côté de la balance des intérêts. D'une manière similaire, en matière de peines, certaines doctrines pénales considèrent la proportionnalité-mesure comme une limite infrangible : selon ces approches, le juge doit choisir la peine en fonction des buts visés du point de vue des objectifs de dissuasion, de réparation et de réinsertion, mais la sanction ne pourra jamais dépasser la mesure de la gravité du crime, quand bien même l'un de ces objectifs semblerait l'exiger.

Ensuite, même sous ces réserves, le contrôle n'est fiable que si les droits et principes mis en balance sont clairement identifiés. Si les objectifs visés et les droits individuels atteints sont mal définis, alors la pesée des intérêts risque d'être trop imprécise pour constituer une garantie effective des droits. D'une part, l'identification des droits atteints par une mesure détermine avec quelle rigueur le contrôle doit être effectué, à quel point une atteinte à ces droits doit être considérée comme grave et nécessitant une justification sérieuse. Une atteinte à la liberté individuelle n'a pas la même portée qu'une limitation de la liberté d'aller et de venir ; le contrôle n'est pas le même selon qu'il est fondé sur la liberté d'entreprendre ou sur le droit à l'égalité. De même, lorsque plusieurs

droits sont atteints simultanément par la même décision, le raisonnement en proportionnalité devrait tenir compte de cette pluralité. D'autre part, cette atteinte doit être justifiée en référence à des principes de valeur équivalente : intérêts individuels (et notamment droits concurrents), ou principes à valeur collective tels que, en particulier, l'ordre public. Ce dernier principe est regardé avec scepticisme : sa portée très générale, son contenu difficile à établir avec précision, semblent peu compatibles avec la rigueur et la précision argumentaires que requiert un contrôle de proportionnalité.

En second lieu, nul ne prétend que le contrôle de proportionnalité ait vocation à devenir l'unique méthode de jugement appliquée au sein d'un système juridique. Il importe dès lors *d'organiser l'articulation des contrôles (Chapitre 2)*, de définir plus précisément dans quel cadre substantiel et procédural le contrôle de proportionnalité a vocation à intervenir.

D'abord, le contrôle de proportionnalité s'articule avec le raisonnement catégorique en syllogisme. Il apparaît, au regard de la législation pénale et de la jurisprudence récentes, que la proportionnalité peut intervenir, d'une part, comme une règle complémentaire dans le silence de la règle catégorique. L'exigence générale de motivation des peines suppose ainsi que le juge, après avoir vérifié que la sanction qu'il entend prononcer est bien encourue au titre de l'infraction, raisonne en proportionnalité eu égard aux critères de l'article 132-1 du Code pénal et aux fonctions et finalités de la peine définies à l'article 130-1 du même Code. Aucune règle susceptible d'être interprétée par syllogisme ne le contraint alors, mais le principe de proportionnalité intervient pour guider sa prise de décision. D'autre part, la proportionnalité peut aussi faire exception à la règle catégorique, qu'elle permet d'assouplir, voire de corriger. La primauté, notamment, de la Convention européenne des droits de l'homme sur la loi, peut ainsi mener le juge à écarter l'application de la seconde par application du principe de proportionnalité posé par la première. L'arrêt du 26 février 2020, par lequel la chambre criminelle a écarté l'application de l'incrimination d'exhibition sexuelle au cas d'une militante Femen⁸, en fournit une illustration remarquable. Ce mécanisme de « l'exception (judiciaire) de proportionnalité » présente un certain risque, car il revient pour le juge à remettre en cause l'appréciation d'opportunité déjà émise par le législateur. Aussi ce pouvoir ne devrait-il être exercé que de manière subsidiaire, lorsqu'aucune méthode de raisonnement catégorique ne permet plus d'arriver à une solution admissible.

Ensuite, se pose la question de l'articulation des contrôles de proportionnalité entre eux, c'est-à-dire de la répartition des compétences pour effectuer le contrôle requis. Chronologiquement, la proportionnalité peut être contrôlée non seulement de manière préalable ou postérieure à l'acte

8 Cass. crim., 26 févr. 2020, n° 19-81.827.

examiné, mais aussi de manière continue, lorsqu'une mesure attentatoire aux libertés se prolonge dans le temps. Un tel contrôle continu est notamment exigé en matière de mesures privatives de liberté ou de surveillance de longue durée. Hiérarchiquement, enfin, le contrôle de proportionnalité portant en partie sur des aspects d'opportunité de la mesure contrôlée, la question de son articulation avec le contrôle de cassation doit être abordée. À cet égard, le contrôle de cassation sur la proportionnalité des peines se trouve dans une situation intermédiaire délicate. Le juge de cassation qui entend maintenir strictement la séparation du fait et du droit risque d'abandonner ainsi l'essentiel du contrôle de proportionnalité au juge du fond. Ces observations sont appuyées sur une comparaison de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation concernant la motivation des peines avec celle rendue en matière répressive par le Conseil d'État, qui se reconnaît à titre exceptionnel la compétence pour contrôler directement la proportionnalité d'une sanction prononcée.

L'originalité du raisonnement en proportionnalité se confirme ainsi, tandis que les conditions de sa mise en œuvre dans le cadre de l'activité du juge se précisent. Il apparaît que la proportionnalité se présente comme une promesse : celle d'une meilleure garantie des droits, fondée sur une approche concrète des situations et un idéal perfectionniste. Ce perfectionnisme, toutefois, constitue aussi la limite principale de la proportionnalité : la garantie promise n'a de sens que si la « balance des intérêts » peut être réalisée, que si le juge dispose de critères rationnels et objectifs pour effectuer cette pesée. C'est l'écueil qui est abordé par la seconde partie de la thèse.

Partie II – La proportionnalité inaccessible

La plus importante des critiques émises à l'encontre de la proportionnalité tient à ce que le contrôle est en partie irrationnel. Le problème est d'ordre épistémologique : le contrôle de proportionnalité, lorsqu'il vise à établir un équilibre entre des intérêts concurrents, nécessite la comparaison de *valeurs incommensurables entre elles*. Le droit pénal n'échappe pas à cet écueil, qui s'y trouve même aggravé. Comment, en effet, contrôler la proportionnalité de la répression, alors que le sens de la peine constitue une énigme philosophique multimillénaire ? La technique du contrôle de proportionnalité rencontre ainsi un obstacle qui ne peut être surmonté que si l'on renonce à une part de ses promesses initiales. L'étude de ces difficultés permet d'identifier les limites réelles de la doctrine de la proportionnalité, tout en offrant un regard nouveau sur certains des problèmes les plus fondamentaux du droit pénal.

Pour déterminer dans quelle mesure le contrôle de proportionnalité peut être préservé, il importe d'établir plus précisément ce en quoi consiste cet empêchement. C'est l'objet du **Titre I – Des critères incommensurables**. Il s'agit d'identifier plus précisément à quel moment et pour quelles raisons le raisonnement en proportionnalité risque d'être mis en échec. À cet égard, il est proposé de distinguer entre les formes générales de l'incommensurabilité, qui affectent tout contrôle, y compris en matière pénale, d'un cas particulier et aggravé qui ne concerne que les sanctions punitives.

Le *Chapitre 1, Les formes générales de l'incommensurabilité*, distingue deux problèmes d'ordre épistémologique : l'un empirique, l'autre normatif.

Le problème empirique est celui de l'incertitude. Le contrôle de proportionnalité-justification, tourné vers l'avenir, suppose que le juge se prononce en termes de pronostics, de probabilités⁹, et non pas de qualifications applicables à des faits déjà advenus, ou à des faits futurs mais certains. Il n'y a pas, en proportionnalité, de « faits déterminants » dont la constatation emporte immédiatement la conclusion du raisonnement, seulement des conséquences plus ou moins probables et plus ou moins prévisibles. Cette difficulté se surmonte relativement aisément lors des premières étapes du contrôle, lorsqu'il s'agit simplement d'établir un lien rationnel entre la mesure envisagée et les buts qui la justifient. Toutefois les facteurs à prendre en compte se multiplient ensuite. Une véritable balance des intérêts supposerait ainsi que le juge appréhende tous les effets

9 V. B. BOLAÑOS, *Attentes normatives et proportionnalité : éléments d'une théorie de la décision juridique*, Thèse de doctorat, Paris I, 2006, p. 298.

potentiels de la décision qu'il contrôle ou qu'il motive, puis qu'il pondère ces effets en fonction de leur importance et de leur probabilité respectives, ce qui est impossible.

Cette incertitude contribue à aggraver le problème normatif, celui de l'incommensurabilité des valeurs. Les droits fondamentaux ne peuvent en effet être mesurés ni entre eux, ni aux intérêts publics. Il est impossible d'établir si une atteinte à la liberté d'une personne est objectivement plus ou moins grave qu'une atteinte à la sécurité d'une autre. Une nuance peut être apportée à ce constat. Il demeure possible de comparer entre elles, de manière ordinale, des atteintes de nature similaire. Nul ne conteste qu'une année de détention provisoire est plus sévère qu'un mois, que l'interdiction totale d'une publication diffamatoire porte davantage atteinte à la liberté de la presse que la simple condamnation de son auteur à indemniser sa victime. Néanmoins la notion de balance des intérêts suppose des comparaisons entre valeurs distinctes, qui appellent nécessairement une évaluation cardinale, c'est-à-dire chiffrée et par là même impossible. Les théories qui tentent de contourner ce paradoxe, qui sont présentées en fin de chapitre, semblent vouées à un échec systématique.

Ce bilan relativement terne semble être aggravé dans le domaine des sanctions punitives. C'est ce qu'expose le *Chapitre 2 – L'incommensurabilité spéciale dans la proportionnalité des peines*.

Il y est d'abord exposé que la peine ou, plus exactement, la sanction punitive, se distingue de toutes les autres sanctions par sa fonction afflictive. C'est-à-dire que cette sanction est non seulement pénible, elle compte même parmi ses fonctions celle de créer de la souffrance et de réaliser certains buts ultérieurs (notamment la rétribution ou la dissuasion) au moyen de cette souffrance. Ce propos est appuyé par un retour sur l'histoire des doctrines pénales : de l'Antiquité à nos jours, la notion de peine est toujours associée à l'idée que la souffrance puisse être utilisée comme moyen d'action. Les doctrines qui abandonnent cette utilisation de la souffrance – notamment les théories de la défense sociale – rejettent avec elle la notion même de punition.

Ce lien de définition se retrouve en droit positif. La « matière pénale » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, les « sanctions ayant les caractères d'une punition » identifiées par le Conseil constitutionnel, se définissent par leur rapport à la souffrance, tandis que l'ordonnancement des peines au niveau législatif ne peut s'expliquer entièrement si l'on écarte cette fonction afflictive.

Cette conclusion étant atteinte, il est ensuite soutenu que cette utilisation de la souffrance est à l'origine d'une forme aggravée d'incommensurabilité. Contrôler la proportionnalité des peines supposerait que l'on puisse établir une valeur numérique de la souffrance causée, de manière à pouvoir la comparer soit à la valeur de la gravité des délits, soit à celle du bien attendu de la

répression. Les échelles de conversion requises pour une telle opération n'existent pas. En outre, les connaissances empiriques disponibles à l'heure actuelle ne permettent d'établir avec fiabilité aucun lien de corrélation clair entre la sévérité de la répression et son effet dissuasif¹⁰.

L'idéal théorique de la proportionnalité ne peut donc être atteint. Pour que le contrôle de proportionnalité conserve un sens, il ne peut être exercé qu'une fois qu'ont été tempérés les espoirs rationalistes qui lui sont associés. Le **Titre II – Des tempéraments indispensables** présente donc les réponses envisageables aux diverses formes de l'incommensurabilité. Dans la plupart des cas, le contrôle est maintenu. La décision parfaite n'existe pas, mais le juge reste en mesure de décider sur la proportionnalité par approximation. Lorsque ses efforts échouent, toutefois, il se trouve contraint de renoncer à son contrôle.

La première hypothèse est celle des *solutions épistémologiquement optimistes (Chapitre 1)*. Il s'agit soit de réaffirmer un principe de confiance en la démarche du juge, soit de proposer des techniques complémentaires qui garantissent la cohérence et la prévisibilité des décisions rendues en proportionnalité.

Le contrôle peut, en premier lieu, être éclairé. Ce sont alors la démarche intellectuelle du juge et les aides qui lui sont fournies qui garantissent la qualité du jugement en proportionnalité. Le respect des principes d'impartialité et de cohérence assurent ainsi au justiciable que le juge apporte à l'examen de sa cause toute la diligence nécessaire. L'assistance de conseils technique spécialisés – tels que les enquêtes de personnalité menées par le SPIP ou l'intervention d'experts – visent également à assurer que le juge se prononce en connaissance de cause, en ayant accès à la connaissance technique requise pour prendre sa décision. Encore faut-il alors que le savoir technique ne se substitue pas au pouvoir de décision judiciaire, ce qui est un risque intrinsèque à toute démarche de ce type.

Dans l'hypothèse où ces garanties paraissent insuffisantes, le contrôle peut en second lieu être amendé. Plusieurs mouvements doctrinaux proposent ainsi de reformuler le modèle du contrôle de proportionnalité, en particulier lors de l'étape, la plus problématique, de la pesée des intérêts. Il est également possible que l'oeuvre de la jurisprudence atténue en partie l'aspect casuistique du contrôle. La Cour européenne des droits de l'homme établit ainsi, au moyen de ses décisions-phares, des éléments de méthodologie pour le traitement de questions de proportionnalité récurrentes, telles que les conflits opposant liberté d'expression et vie privée, ou les dérogations possibles aux droits de la défense au cours de la garde à vue. Enfin, une forme renforcée de ce type

¹⁰ R. PATERNOSTER, « How Much Do We Really Know about Criminal Deterrence ? », *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2010, n° 3, art. 6, p. 765-823.

de contrôle de proportionnalité guidé a été développée dans certains systèmes juridiques étrangers. Il s'agit de la technique des *sentencing guidelines*, par laquelle une juridiction suprême ou une autorité judiciaire *sui generis* adresse aux juges nationaux des directives générales sur les critères à prendre en considération pour le choix de la peine. Ce système paraît toutefois n'avoir à ce jour produit que des résultats décevants, voire gravement contre-productifs¹¹.

Il demeure possible que l'ensemble de ces efforts s'avèrent insuffisants. Le juge peut être amené à conclure que le contrôle de proportionnalité n'est en fait pas adapté à la question qui lui est posée, notamment si, en définitive, il s'agit d'établir un jugement de valeur qui échappe à sa compétence. La seule issue est alors celle d'un retrait du contrôle. Le dernier chapitre de la thèse est consacré à cette hypothèse, celle des *solutions épistémologiquement pessimistes* (Chapitre 2).

L'exemple le mieux connu est celui de la technique de la marge discrétionnaire. Le juge, constatant qu'une question d'opportunité est trop subjective ou trop technique pour être tranchée par lui, abandonne alors la décision à l'autorité compétente en principe, le contrôle juridictionnel redevenant subsidiaire. Tel est le cas par exemple lorsque la Cour européenne des droits de l'homme refuse de se prononcer sur les questions qui renvoient au statut juridique du fœtus.

L'étude de ces solutions pessimistes est l'occasion de relever une dernière spécificité de la matière pénale. Si, en effet, la proportionnalité des peines échappe au domaine de la connaissance, cela pourrait constituer un argument-clé pour que soit remise en cause, devant le juge, la légitimité du système répressif dans sa totalité. Celui-ci ne doit-il pas se limiter à ce qui apparaît « *strictement et évidemment* » nécessaire ? Une conception radicale de la proportionnalité peut en faire un puissant argument abolitionniste. Par conséquent, la poursuite de l'activité même du juge pénal proportionnaliste suppose qu'il postule – qu'il présume irréfragablement – que la répression à laquelle il participe est bien nécessaire pour la réalisation de buts légitimes. Cette présomption est notamment présente, implicitement, lorsque sont reconnues à la charge de l'État des obligations positives de réprimer. Celles-ci n'ont en effet de sens que si l'on admet, sans qu'il soit nécessaire de le démontrer, que la répression doit intervenir de plein droit en présence de certains comportements nuisibles.

L'étude de la proportionnalité de la répression mène ainsi à mettre en doute deux fausses évidences. Il s'agit en premier lieu de la simplicité apparente de la notion de proportionnalité. La recherche de la juste mesure, de l'équilibre des intérêts, de l'action raisonnable, suppose que l'on procède avec précaution, que l'on « prenne l'idée simple au sérieux », ainsi que l'écrivait l'auteur

11 M. TONRY, « Federal Sentencing “Reform” since 1984: the Awful as Enemy of the Good », *Crime and Justice*, vol. 44, n° 1, p. 99-164.

d'une thèse devenue classique à ce sujet¹². Si la notion est bien intimement liée à celle de justice pénale, leur mise en commun inspire de nouveaux doutes et incite à redoubler de prudence pour que le mieux ne devienne pas l'ennemi du bien. En second lieu, l'intervention de la théorie de la proportionnalité en droit pénal contraint le juge à s'interroger sur des questions qui revenaient auparavant au philosophe ou au législateur : la justification de la répression, les fondements du droit de punir et l'efficacité réelle de leur mise en œuvre. C'est une seconde fausse évidence qui est alors remise en cause, celle selon laquelle il serait possible d'étudier l'application de la loi pénale sans en interroger les fondements. L'adoption de cette technique dans la pratique judiciaire constitue ainsi, pour l'avenir, une occasion remarquable de penser le droit criminel sous le signe d'un scepticisme vertueux.

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