

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

Résumé de la thèse de
G. CHETARD

Depuis l'antiquité grecque, la notion de proportionnalité porte un triple sens mathématique, esthétique et éthique : c'est le rapport égalitaire, la « juste mesure », l'absence de lacune ou d'excès, la bonne distribution des biens et des maux, la rectification des déséquilibres. Longtemps, cette notion a été une inspiration philosophique pour le système juridique. Elle n'est devenue un principe de droit positif qu'à la fin du XIXe siècle, en droit administratif allemand. Ce principe a par la suite connu une diffusion considérable et il a été expressément adopté par la Cour de cassation au cours de la dernière décennie.

Le principe se résume ainsi. Pour être licite, un acte d'autorité publique qui limite une liberté fondamentale ne doit pas simplement être adopté dans les conditions prévues par la loi. Il doit en outre être pris en vue d'un but légitime, permettre effectivement d'atteindre ce but, ne pas dépasser en intensité ce qui est nécessaire pour sa réalisation et ne pas mener à sacrifier davantage que ce qui est obtenu. Le droit pénal peut être considéré comme un ensemble de mesures qui, par leur nature répressive, sont presque toutes susceptibles d'être soumises à ce principe. Cela implique toutefois une modification importante de l'office du juge, qui ne décide plus seulement par syllogisme, mais aussi par appréciation concrète de l'opportunité d'appliquer la loi, même s'il le fait toujours en application d'une norme de valeur supérieure.

Pour apprécier la portée de ce qui se présente ainsi comme un véritable bouleversement, il importe donc d'établir en premier lieu le sens du principe, ce qu'il exige du juge pour sa mise en œuvre et, en second lieu, ses limites.

En premier lieu, le principe de proportionnalité revêt, en droit pénal, deux sens distincts par leur logique mais similaires par leurs implications méthodologiques.

D'abord, le principe général de proportionnalité des moyens aux fins, s'articule avec un principe spécial de proportionnalité des peines aux infractions. L'idée de poursuite d'un but légitime et de stricte nécessité procède d'une logique d'utilité, tournée vers l'avenir, d'une pesée du pour et du contre sur le modèle de la technique du bilan. Au contraire, l'exigence de proportionnalité des peines aux délits est rétrospective : il s'agit de mesurer le mal à infliger au mal qui s'est déjà produit, dans un but de justice rétributive. Dans le domaine des peines, le cumul est possible, ainsi que le résume la formule d'Ortolan selon laquelle il faut punir « ni plus qu'il n'est juste, ni plus qu'il n'est utile ». En revanche, seule la proportionnalité des moyens aux fins s'applique dans les autres domaines de la répression. Par exemple, en procédure pénale, le placement ou le maintien en détention provisoire ne peut être fondé que sur la nécessité de cette mesure et non sur une appréciation *in concreto* de la gravité des faits reprochés.

Ensuite les deux principes ont cela de commun qu'ils exigent du juge un raisonnement casuistique en termes de juste mesure. La règle du cas n'étant pas prévue à l'avance par la loi, l'arbitraire judiciaire ne peut être évité que si le juge est tenu de motiver précisément son contrôle de proportionnalité. Cette obligation de motivation fait la différence entre la compétence discrétionnaire et celle qui est soumise à une exigence de proportionnalité. En témoigne le revirement par lequel la jurisprudence a reconnu un principe général de motivation des peines. Cette garantie est d'autant plus essentielle lorsque le juge se voit reconnaître la compétence pour faire exception à l'application de la loi par application d'un principe de proportionnalité tiré d'une norme supérieure.

Ces réserves ne s'opposent pas directement à l'exercice du contrôle de proportionnalité. Toutefois et en second lieu, il existe bien des limites au-delà desquelles le principe semble perdre son sens.

Ces limites sont d'ordre épistémologique. Pour que le juge puisse se prononcer en « juste mesure », il faut que son contrôle porte sur des termes qui ne soient pas incommensurables. Les métaphores de la « balance des intérêts » ou du bilan cessent ici d'être éclairantes. Établir qu'une mesure est la moins attentatoire aux libertés, ou qu'elle respecte un équilibre entre les intérêts en présence, suppose une évaluation quantitative. Or il est impossible de déterminer objectivement « combien » de liberté d'expression vaut une portion de droit au respect de la vie privée, « combien » de sécurité publique vaut une certaine durée de privation de liberté. Le problème est encore plus intense en matière de peines : si l'on admet que la peine est une souffrance infligée volontairement, parler de proportionnalité de la peine revient à rechercher une échelle quantitative de la souffrance légitime. Le principe de proportionnalité exige une peine juste, tout en nous rappelant que la peine juste n'existe pas.

Cela ne signifie pas que contrôle de proportionnalité doive être abandonné. Il convient en revanche de lui apporter des tempéraments, de manière à assurer que l'idéal perfectionniste dont il procède ne débouche pas sur un jugement de valeur irrationnel. D'une part, le contrôle peut être encadré. Ce peut notamment être le rôle de la jurisprudence : plus le juge de cassation, le juge constitutionnel ou le juge européen déterminent à l'avance les termes et la méthodologie du contrôle de proportionnalité, plus son application est rendue cohérente et prévisible. D'autre part et subsidiairement, le juge doit être prêt à retirer son contrôle lorsque le doute persistant révèle que la question est indécidable. La technique de la marge d'appréciation ou de la marge discrétionnaire correspond à cette idée : le contrôle juridictionnel demeure subsidiaire et, en présence d'une contestation trop technique ou qui tient du jugement éthique, la décision revient à l'autorité matériellement compétente. C'est pourquoi, en définitive, le contrôle de proportionnalité ne permet pas au juge de remettre en cause le fondement de principe de la peine et, avec elle, du système pénal dans son ensemble, quand bien même l'étude du principe de proportionnalité mène assurément à soulever à nouveau ces inconfortables interrogations.