UNIVERSITÉ PARIS-SUD

Faculté Jean Monnet – Droit, Économie, Gestion

Année universitaire 2012-2013

L'INDIVIDUALISATION LEGALE DE LA PEINE

Mémoire de Master 2 recherche

Mention Droit privé fondamental

présenté par

Sophie HALLOT

Sous la direction de

M. le Professeur Emmanuel DREYER

« L’Université n’entend donner ni approbation ni improbation aux opinions contenues dans ce mémoire lesquelles doivent être considérées comme propres à l’auteur »

LISTE DES ABREVIATIONS

Al.	Alinéa
Art.	Article
C. pén.	Code pénal
Cass	Cour de cassation
Cass. Crim.	Arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
Coll.	Collection
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Ed.	Édition
Ibidem	Au même endroit
JCP	Semaine Juridique (revue)
JO	Journal officiel
Op. cit.	Ouvrage précité
Ord.	Ordonnance
p.	Page
Rev.	Revue
Rev. sc. crim.	Revue de science criminelle
s.	Suivant
V.	Voir

SOMMAIRE

INTRODUCTION

Partie 1 – La détermination de la peine par le législateur

Section 1 – Une détermination imposée par le principe de légalité

§1 – Une individualisation fondée sur la gravité du trouble

§2 – Un pouvoir encadré par le principe de nécessité

Section 2 – Les outils d'individualisation au service du législateur

§1 – La fixation d'un maximum et d'un minimum

§2 – Les variations du maximum légal en raison de la gravité

Partie2 – Les incohérences du législateur dans la détermination de la peine

Section 1 – La méconnaissance des principes posés pour la détermination de la peine

§1 – La méconnaissance du principe de nécessité : les infractions-doublons

§2 – L'absence de lien entre gravité et peine : les peines alternatives

Section 2 – Les incohérences du législateur dans le rapport entre gravité et peine

§1 – L'absence de rationalité dans la fixation des circonstances aggravantes

§2 – Les raisons du non-respect des principes régissant l'individualisation légale et les solutions envisageables

CONCLUSION

INTRODUCTION

Raymond Saleilles écrivait en 1927 « *en réalité, il n'y a pas d'individualisation légale. La loi ne peut en effet prévoir que des espèces, elle ne connaît pas les individus. Tout ce que l'on a pu prendre pour des cas d'individualisation légale sont des causes d'atténuation ou d'aggravation de peine fondée sur le plus ou le moins de gravité du crime [...]. C'est une fausse individualisation* »[1]. Néanmoins l'individualisation légale existe. En effet si la loi ne peut pas connaître des individus et ne peut donc pas opérer une individualisation fondée sur la personnalité du délinquant, elle réalise une individualisation fondée sur les faits pour fixer une peine adaptée à la gravité de l'infraction.

La peine peut être définie comme le « *châtiment édicté par la loi à l'effet de prévenir et, s'il y a lieu, de réprimer l'atteinte à l'ordre social qualifiée d'infraction* »[2]. La peine est néanmoins difficile à identifier puisqu'il n'existe pas de définition légale de la peine et que d'autres types de sanction existent telles que les sanctions disciplinaires, administratives ou encore civiles[3]. Trois critères peuvent être utilisés pour définir les peines, mais ils se révèlent tous insuffisants. Selon un premier critère matériel, la peine serait la privation de liberté. Les peines privatives de liberté de longue durée sont en effet exclusivement de nature pénale. Toutefois la privation de liberté n'est pas exclusivement réservée à la sanction des infractions.

1 R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, F. Alcan, 3e éd. - Texte également reproduit dans R. Offenhof, *L'individualisation de la peine, de Saleilles à aujourd'hui*, Erès, 2001, p.141
2 G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8e éd, 2008
3 F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16e éd., 2009, p. 10

A titre d'exemple, l'internement d'office en hôpital psychiatrique n'a pas pour but la répression[4], tout comme la privation de liberté peut également résulter d'une mesure de sûreté qui n'est pas considérée comme une peine. Au contraire, l'amende peut constituer une peine alors même qu'elle ne prive pas l'individu de sa liberté, mais peut également relever des matières fiscale, douanière ou civile. Il est ainsi évident qu'il n'existe pas de sanction pénale par nature. Un second critère, formel cette fois, en vertu duquel seraient des peines les sanctions prononcées par les juridictions répressives dans le respect des règles de procédure pénale, ne serait guère plus fiable, les juridictions pénales ayant la possibilité de prononcer d'autres sanctions telles que des mesures de sûreté, des sanctions fiscales ou douanières ou encore d'indemniser les victimes s'étant constituées partie civile[5]. Au contraire, il est parfois possible qu'une juridiction non pénale prononce une peine, bien que ces cas soient marginaux. Tel sera ainsi le cas des juridictions administratives qui prononcent des contraventions de grande voirie dont elles ont pour des raisons historiques la compétence exclusive[6]. Enfin, selon le troisième critère « *seules constitueraient des peines, les sanctions infligées au nom de la société, dans un but rétributif, éliminateur ou intimidateur, en réaction à un trouble causé à l'ordre social* »[7]. Il est, d'une manière générale, bien utile pour distinguer la peine, d'une part des sanctions disciplinaires celles-ci n'étant pas infligées au nom de la société, d'autre part des sanctions civiles ayant un caractère réparateur et non pas afflictif. Mais il n'est en réalité pas d'avantage possible d'identifier la peine par sa fonction. La peine privée du droit civil ainsi que certaines sanctions administratives, telles que la suspension du permis de conduire prononcée par le préfet ainsi que l'amende prononcée par le Conseil de la concurrence sanctionnant les pratiques anticoncurrentielles d'une entreprise, ont également un caractère afflictif. De même, la fonction de prévention n'est pas propre à la peine pénale, mais est commune à toute sanction[8]. Cependant la présence simultanée des trois critères permet normalement d'identifier une peine. Mais seul un critère permet d'écarter tout doute possible, la volonté du législateur. Constitue ainsi une peine toute sanction constituant une peine principale selon la nomenclature des peines du Code pénal, tels que la réclusion ou la détention criminelle en matière de crime, l'emprisonnement pour les délits, et enfin les amendes sanctionnant selon leur taux les délits ou les contraventions[9].

4 F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p.10
5 E. DREYER, *Droit pénal général*, Lexis Nexis, 2e éd., 2012, p.801-802
6 F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p.11
7 *Ibidem*
8 E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p.801-802
9 F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p.11

Seront néanmoins exclues de notre étude les mesures de sûreté qui ne constituent « *ni une peine ni une sanction* » au sens du Conseil constitutionnel[10] . « *La mesure de sûreté se présente comme le reflet inversé de la peine* », en effet elle n'a pas comme fonction la punition d'une faute pénale et « *ne repose pas sur la culpabilité de son auteur, mais sur un état dangereux qu'elle a vocation de faire cesser pour l'avenir* »[11]. Les mesures de sûreté n'ont en effet pas de caractère répressif et sont au contraire fondées sur la prévention. En raison de cette distinction, les mesures de sûreté ne sont pas soumises, au contraire des peines, au principe de nécessité édicté à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, principe devant être respecté par le législateur dans l'individualisation légale. En effet, eu égard à leur caractère préventif et non répressif le contrôle de nécessité ne peut pas être réalisé au regard de la gravité des faits et sera donc effectué dans une autre logique sur le fondement de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[12]. La distinction entre peine et mesure de sûreté n'en reste pas moins ambiguë. En effet certaines mesures de sûreté ayant une vocation répressive, telle que la rétention de sûreté qui répond à une logique d'élimination, alors que certaines peines ont les traits de mesures de sûreté, tel que le suivi socio-judiciaire qui présente un caractère préventif.

L'individualisation se définie d'une manière générale comme le « *parti consistant à adapter une mesure à la personnalité propre et à la situation particulière d'un individu* »[13]. On lui préfère parfois le terme de personnalisation en référence, non seulement aux personnes physiques, mais également aux personnes morales. La personnalisation est alors définie comme l' « *action d'adapter une solution à la personnalité de celui qu'elle concerne, plus généralement à l'ensemble des circonstances d'une espèce* »[14]. Dans ces définitions, l'accent est mis sur la personnalité du délinquant, mais l'individualisation doit également être réalisée eu égard aux circonstances matérielles de chaque espèce. Compte tenu de la nécessité de prendre en compte les deux éléments, qui est le mieux placé pour individualiser la peine ?

Trois acteurs sont à même de réaliser cette opération, d'où l'existence de trois sortes d'individualisation, « *l'une qui serait légale, fait comme à forfait et par avance par la loi ;*

10 Cons. const., déc. 8 déc. 2005, n°2005-527
11 E. GARCON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, Lexis Nexis, 2010, p.5
12 J.-H. ROBERT, « La détermination de la peine par le législateur et par le juge », dans *Droit pénal, le temps des réformes*, Litec, coll. « Colloques et débats », 2011, p.242
13 G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*
14 G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

l'autre, […], qui serait judiciaire, et faite par le juge ; et enfin la troisième, faite en cours de peine par l'administration, ce serait l'individualisation administrative »[15].

La première, l'individualisation légale est une conséquence du principe de légalité. La peine doit être désignée par le législateur dans un texte qui précise sa nature, son quantum et en fixe le régime juridique. Le législateur fixe également pour chaque infraction les peines applicables. Les peines sont alors fulminées en proportion de la gravité attachée à l'infraction et aux circonstances qui l'entourent. L'individualisation réalisée par la loi est par conséquent une individualisation objective, réalisée en fonction du mal produit par le comportement sanctionné. Elle permet d'instaurer une cohérence des peines entre elles, eu égard à la gravité attachée aux faits par la société. En revanche, le législateur ne peut pas connaître de la personnalité du délinquant, idée qui fut ainsi exprimée par Saleilles « *la loi ne peut prévoir que des espèces, elle ne connaît pas des individus* »[16]. En effet, le législateur, à l'instant où il fulmine la peine, ne connaît pas le délinquant et ne peut donc pas prendre en compte l'état d'esprit de l'individu, ses capacités de réinsertion, etc.

C'est au second type d'individualisation, l'individualisation judiciaire, que revient la mission d'adapter la peine à la personnalité du délinquant. Cette individualisation est donc subjective, réalisée dans les limites fixées par la loi lors de l'individualisation légale. L'individualisation judiciaire figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République depuis une décision du Conseil constitutionnel rendue le 19 janvier 1981[17]. L'article 132-24 du Code pénal dans ses alinéas 1 et 2 énonce les différents intérêts que doit concilier le juge dans le cadre de sa mission d'individualisation :

> « *Dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. […]*
>
> L*a nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions* ».

A la lecture de cet article il apparaît que le juge individualise la sanction en fonction de la personne du délinquant et des circonstances de l'infraction. S'agissant de la personne du

15 R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, *op. cit.*, p.141
16 R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, *op. cit.*, p.141
17 Cons. const., 19 janv. 1981, n°80-127 DC : JO 22 janv. 1981, p. 308

délinquant, l'adaptation peut lui être soit favorable, soit défavorable. En sa faveur, le juge tiendra compte de sa faiblesse psychologique et de sa perception des faits au moment de la réalisation de l'infraction. En ce sens, le droit des mineurs institue une cause générale d'atténuation en faveur du mineur et inspire le juge qui est tenu d'adapter sa décision en se fondant sur sa personnalité[18]. De même, dans le cas d'une altération de la lucidité de l'auteur au moment de la commission, l'article 122-1 alinéa 2 du Code pénal impose au juge de moduler la sanction. Le juge devra également prendre en compte les gages donnés par l'auteur de sa volonté de réinsertion, notamment dans le cas du repenti[19]. L'adaptation peut également être réalisée au détriment de l'auteur. A titre d'exemple, le juge pourra prendre en compte le passé pénal de l'auteur et notamment l'état de récidive duquel peut se déduire une probabilité plus élevée qu'il commette encore une infraction. Mais le juge doit également prendre en compte l'infraction commise, la gravité de l'acte se répercutant sur la sanction. Ainsi si le juge est tenu de respecter l'échelle des peines, il pourra moduler la sanction entre le maximum prévu par le législateur, et un éventuel minimum, en fonction de la façon dont l'infraction a été consommée. Le juge pourra également prendre en compte les mobiles de l'auteur[20]. Le juge réalise également une individualisation portant sur l'exécution de la peine, en décidant notamment d'appliquer ou non un sursis à la peine, mais aussi en aménageant l'exécution de cette peine (choix de la semi-liberté, du placement à l'extérieur, etc.).

Il existe enfin un troisième type d'individualisation, l'individualisation administrative. C'est alors l'administration pénitentiaire qui réalise cette individualisation de nature subjective. C'est en effet elle qui est la mieux placée, puisqu'elle « *voit à l'œuvre les clients qu'on lui confie* », pour « *mesurer la peine aux progrès qu'elle constate* » et en conséquence de juger quand « *l'amendement est procuré et la réhabilitation individuelle définitive* »[21]. Ce pouvoir d'individualisation s'exerce, tout comme l'individualisation judiciaire, dans les limites fixées par la loi. Lors de l'exécution de la peine, le juge de l'application des peines pourra ainsi accorder un placement en extérieur, la semi-liberté, ou encore des réductions de peine[22].

Ces trois types d'individualisation sont complémentaires pour la raison qu'ils répondent à des fonctions différentes. En raison de l'intervention des ces trois différents

18 Ord. 2 févr. 1945, art. 20-2
19 C. pén., art. 132-78
20 E. GARCON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p.142-151
21 R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, *op. cit.*, p.27
22 J.-C. SOYER, « une certaine idée du droit...de la sanction pénale », dans *Une certaine idée du droit*, *Mélanges offerts à André Decocq*, Litec, 2004, p.563

acteurs dans le processus d'individualisation, la peine exécutée est souvent loin des maximas initialement prévue par la loi en fonction de la gravité objective de l'infraction.

Au cours de l'histoire, deux sortes d'individualisation ont été alternativement dominantes, l'individualisation judiciaire et de l'individualisation légale. La question était alors de savoir « *qui, du juge ou de la loi, est le maître de la peine ?* ». L'évolution résulte en réalité de « *la recherche constante d'une solution médiane entre fixité légale et arbitrage judiciaire* »[23]. Sous l'Ancien Régime, la détermination de la peine par le juge était très souple. En effet, à compter du XIVe siècle, les juges s'étaient affranchis de la coutume qui formait un cadre trop rigide ne laissant au juge aucune marge de manœuvre et qui empêchait par conséquent toute variabilité de la peine, qu'elle soit objective ou subjective. Ils furent soutenus dans cette démarche par le roi qui souhaitait alors imposer sa souveraineté judiciaire et qui étendit à cette fin le pouvoir des juges dans la fixation de la peine. Cette politique royale « *contribue à développer un système répressif essentiellement fondé sur l'arbitraire* »[24]. Le juge pouvait alors diminuer ou augmenter la peine, alors même que cette dernière était fixée de manière précise dans un texte, que ce soit par la coutume ou par une ordonnance royale. Cette pratique est à l'origine de l'adage *les peines sont arbitraires en ce royaume*. Toutefois l'arbitraire du juge n'était alors pas sans limite et permettait une individualisation de la peine. En effet, lorsqu'il fixait la peine, le juge devait respecter une proportion entre l'infraction et la peine, était contraint de respecter l'usage des cours et, à partir du XVIIe siècle, les ordonnances royales qui limitaient les pouvoirs des juridictions en fixant des maxima légaux. Cependant cet arbitrium judicis à compter du milieu du XVIIIe siècle a donné lieu à des scandales judiciaires et à des critiques virulentes réclamant qu'à « *la volonté subjective, capricieuse et imprévisible du monarque et de ses juges* » soit substituée « *l'objectivité, la certitude et la stabilité de la loi* »[25]. Le principe de légalité des délits et des peines est alors formulé par Montesquieu et Beccaria, ce dernier affirmant ainsi qu'« *il n'appartient qu'aux lois seules de décerner la peine des crimes, et […] le droit de faire des lois pénales ne peut résider que dans le Législateur, qui représente toute la société unie par le contrat social* »[26]. Le principe de la légalité est consacré le 26 août 1789 à l'article 8 de la

23 C. GAU-CABEE, « Jalons pour une histoire du principe de la légalité des peines », dans *A propos de la sanction*, LGDJ, coll. « travaux de l' IFR », 2007, p.39
24 C. GAU-CABEE, « Jalons pour une histoire du principe de la légalité des peines », *op. cit*., p.43
25 C. GAU-CABEE, « Jalons pour une histoire du principe de la légalité des peines », *op. cit*., p.46
26 C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, GF Flammarion, 1991, p.65

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui définit son contenu mais pas sa portée. Le droit intermédiaire donne au principe une portée extrêmement rigide en choisissant un système de peines fixes qui ne laisse aucun pouvoir aux juges. La peine était fixée en fonction de la gravité de l'infraction et ne laissait aucune place à une individualisation subjective. Ce système montra néanmoins rapidement ses limites, les jurés préférant souvent acquitter plutôt que de condamner à une peine qu'ils jugeaient excessive. C'est pourquoi le Code pénal de 1810 mit en place une légalité plus souple, permettant au juge d'adapter la peine entre un minimum et un maximum légal auxquels s'ajoutent des circonstances aggravantes ou atténuantes[27]. La loi devient alors un cadre dans les limites duquel le juge doit prononcer une peine.

Depuis, l'individualisation judiciaire n'a cessé de gagner du terrain sur l'individualisation légale, le juge ayant vu sa liberté d'appréciation régulièrement augmentée et l'éventail des peines proposées par le législateur s'étant étoffé. En application du principe de légalité de la peine ses pouvoirs n'en restent pas moins encadrés par la loi. Le législateur se doit donc de fulminer les peines pour fixer des limites aux pouvoirs des juges, mais est lui même encadré dans cette mission par le principe de nécessité, dérivé du principe de légalité. La peine qu'il fixe doit donc répondre à une certaine logique, elle doit être proportionnée à la gravité de l'infraction. C'est en ce sens que le législateur va réaliser une individualisation de la peine, individualisation objective. Dès lors, en quoi vont précisément consister ces limites imposées au législateur et comment va-t-il apprécier la gravité des comportements afin de leur fixer une peine cohérente ?

Le législateur va procéder à la détermination des peines (Partie 1) applicables pour chaque infraction en application des principes de légalité et de nécessité. Mais l'étude des différentes peines révèlent les incohérences du législateur dans le cadre de cette mission (Partie 2), incohérences résultant d'une méconnaissance par le législateur des principes devant normalement régir l'individualisation légale.

27 C. GAU-CABEE, « Jalons pour une histoire du principe de la légalité des peines », *op. cit.*, p.46-54

Partie 1 – La détermination de la peine par le législateur

Le principe de légalité, principe fondamental du droit pénal, impose que les peines, tout comme les incriminations, soient énoncées dans un texte d'origine légale. La peine doit donc impérativement être fixée par le législateur en application de ce principe (Section 1), le législateur fixant par ce biais un cadre dans lequel s'exerceront les pouvoirs du juge. A cette fin, le législateur dispose d'outils (Section 2) lui permettant de respecter une certaine proportion entre la gravité du trouble et la peine.

Section 1 – Une détermination imposée par le principe de légalité

Le principe de légalité impose au législateur de prévoir les peines applicables aux différentes infractions. Le législateur ne peut déterminer ces peines qu'au regard de la gravité du trouble causé à l'ordre public (§1) par l'infraction. Mais afin de limiter les pouvoirs du législateur en la matière, la fulmination des peines doit répondre au principe de nécessité (§2).

§1 – Une individualisation fondée sur la gravité du trouble

Le principe de légalité des délits et des peines peut être défini comme le « *principe qui exige que le système répressif (notamment dans la détermination des agissements incriminés et des peines applicables) soit organisé et fonctionne selon des règles édictées par le pouvoir législatif* »[28]. Ce principe est proclamé à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ainsi qu'à l'article 7 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ce qui lui donne une valeur constitutionnelle et conventionnelle. En vertu de ces articles le pouvoir d'incriminer, et ce qui nous intéresse plus particulièrement ici, le pouvoir de punir, n'appartiennent qu'au législateur[29]. Le principe est également contenu dans l'article 111-3 du Code pénal qui précise sa mise en œuvre dans son alinéa 2 concernant la peine : « *nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention* »[30].

28 G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*
29 M. E. CARTIER, « Les principes constitutionnels du droit répressif », dans *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM, 1995, p.156
30 C. pén., art. 111-3 alinéa 2

La peine n'est donc en réalité pas toujours fixée par la loi, mais également par le pouvoir exécutif s'agissant des contraventions. Le pouvoir réglementaire, dans sa mission de fixation des peines sanctionnant les contraventions, réalise néanmoins cette opération selon la même méthode que le législateur, c'est-à-dire en fonction de la gravité du trouble et devra également respecter le principe de nécessité, la sanction pénale constituant toujours une atteinte à la liberté individuelle et cette atteinte étant alors d'autant grave qu'elle n'est pas réalisée par la loi. Cette immixtion du pouvoir réglementaire remet en cause la légitimité de la répression et la fonction informative du principe de légalité[31], mais ce n'est pas l'objet de notre étude. La fixation des peines doit donc être effectuée de la même manière par le pouvoir exécutif que par le pouvoir législatif, les deux se devant de respecter les principes de légalité et de nécessité, bien que seul le législateur soit évoqué ici.

En application du principe de légalité, le législateur doit fixer les peines correspondant à chaque incrimination. Dans le cas où le législateur aurait omis de joindre une peine à une infraction, le juge ne pourrait alors pas la sanctionner. En effet, le principe de légalité oblige le législateur à fixer un cadre que le juge ne peut outrepasser et dans lequel il exerce ses pouvoirs.

Comme il l'a déjà été dit en introduction, l'individualisation doit prendre en compte deux éléments pour sa réalisation, les faits et la personnalité du délinquant. Saleilles avait mis en avant, au début du siècle dernier, que cette individualisation de la peine lorsqu'elle est réalisée par le législateur ne peut être qu'objective, ne s'opérant qu'au regard de la gravité des faits, d'après la gravité matérielle du crime[32]. En effet, au stade de la fulmination le législateur ne peut en aucun cas connaître l'auteur de l'infraction, toute individualisation fondée sur la personnalité, la dangerosité ou les capacités de réinsertion de l'auteur est donc impossible, toutes les circonstances pouvant se présenter n'étant pas prévisibles par la loi. Le principe de légalité, associé à l'individualisation, fait alors apparaître les rapports entre le législateur et le juge. Le législateur est tenu par le principe de légalité de déterminer les peines applicables à tel comportement, ou autrement dit individualiser ces peines. Il ne peut toutefois réaliser cette individualisation qu'en se fondant sur les faits, et plus particulièrement leur gravité. La peine fixée par le législateur est alors « *forcément inadaptée à la personnalité et à la situation de*

31 E. DREYER, Droit pénal général, *op. cit.*, p.241 et s.
32 R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, *op. cit*, p.23 et 27

chaque délinquant »[33]. Cette individualisation doit donc être nécessairement complétée par le juge qui adaptera alors la sanction déjà objectivement individualisée au délinquant lui-même et opérera alors une individualisation subjective. Il apparaît alors que les acteurs intervenant dans le processus d'individualisation ont des missions différentes et complémentaires.

En effet, les trois stades de l'individualisation correspondent à des fonctions différentes de la peine. Les multiples fonctions de la peine s'apprécient à des instants différents. Ainsi « *les fonctions de la peine ne sont pas identiques au stade de la fulmination (par le législateur), du prononcé (par le juge) et de l'exécution (par l'administration)* »[34]. La peine encourue, fixée par le législateur, a une fonction intimidatrice et afflictive. La peine permet alors à l'agent de peser le pour et le contre avant de réaliser son acte et montre la volonté du législateur de ne pas laisser impunies les atteintes à l'ordre public. Il est donc logique qu'à ce stade la peine soit fulminée en fonction de l'atteinte à cet ordre public. Au contraire, la peine prononcée a une fonction préventive, le prononcé dissuadant « *les tiers d'imiter l'auteur de l'infraction en étant mu par un apparent sentiment d'impunité* »[35]. La peine au moment du prononcé a également une fonction neutralisatrice, le juge devant faire en sorte d'éviter que l'auteur ne commette de nouvelles atteintes à l'ordre public. A ce stade, le juge est alors le plus a même d'évaluer la personnalité de l'auteur pour fixer une peine qui neutralise ce dernier sans être excessive eu égard à ses capacités de réinsertion en application de l'article 132-24 alinéa 2 du Code pénal. Enfin la peine exécutée a elle aussi une fonction de neutralisation, mais également d'amendement et de resocialisation. Qui mieux que l'administration pénitentiaire pourrait alors juger si la peine a produit ses effets pour ainsi l'adapter au condamné ? Les fonctions de la peine n'étant pas les mêmes aux différents stades où est effectuée une individualisation, il est logique que cette individualisation ne soit pas réalisée de la même manière. La peine doit donc être individualisée par le législateur en fonction de l'atteinte à l'ordre public et non en fonction de la personnalité du délinquant dont il ne peut pas, au stade de la fulmination, avoir connaissance.

L'individualisation effectuée par le législateur est donc effectuée relativement aux faits, et plus précisément en fonction de l'atteinte à l'ordre public. La mission du législateur est

33 M.-A. AGARD, « Le principe de la légalité et la peine », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, juillet 2011, n°2, p.294
34 E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p.810
35 E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p.812

alors de « *déterminer le tarif applicable à un comportement donné en fonction de son résultat dommageable pour la société* »[36]. La loi doit sanctionner les comportements qui heurtent les valeurs considérées comme fondamentales par la société française et devant être protégées. En conséquence, plus l'atteinte à l'ordre public est grave, plus la peine correspondante devrait être élevée. Certains ont ainsi considéré lors de l'émergence du principe de légalité en réaction à l'arbitraire de l'Ancien régime que les peines devaient être fixées uniquement par le biais d'une individualisation objective fondée sur l'atteinte à l'ordre public. Beccaria écrivait alors que « *la vraie, la seule mesure des délits est le tort fait à la Nation* »[37]. En application de cette conception stricte de la légalité, les peines sont alors indexées sur l'ordre public et permettent une égalité devant la peine, ceci justifiant alors leur fixité[38], notamment dans le Code pénal de 1791. Mais cette position n'était pas tenable car menant à des peines souvent jugées trop sévères, l'individualisation ne pouvant donc pas être uniquement objective. C'est pourquoi l'individualisation judiciaire a peu à peu été rétablie au risque de voir la peine « d*écrochée du délit* »[39], l'individualisation subjective et judiciaire prenant de plus en plus d'importance en comparaison à l'individualisation objective et légale.

Avec la réapparition de l'individualisation judiciaire, le rôle du principe de légalité et de l'individualisation légale change. La peine n'est plus fixe mais délimitée par un maximum et un éventuel minimum, ceci conduisant à une indétermination de la peine laissant ainsi une grande marge d'appréciation au juge. La peine est ainsi la matière où le principe de légalité a été le plus affaibli[40], au point de modifier le rôle de la peine. Beaucoup d'auteurs considèrent que la peine n'assure plus les fonctions répression et prévention du droit pénal, mais « *remplit un rôle purement technique* »[41]. En effet, avec l'augmentation des pouvoirs du juge, la peine encourue fixée par la loi n'est plus certaine et son maximum est rarement prononcé, ce qui affecte la fonction d'intimidation qu'elle devrait produire. La peine abstraitement fixée par le législateur en fonction de l'atteinte à l'ordre public est devenue un « *instrument théorique de référence* », selon l'expression utilisée par de nombreux auteurs[42]. Les peines ainsi fulminées

36 E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p.176
37 C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, *op. cit.*, p.75
38 D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, coll. « Bibl. sc. Crim. », 2008, p.221
39 Expression de J. CARBONNIER, « La peine décrochée du délit », dans *Mélanges Legros*, Ed. Université de Bruxelles, 1985, p.23
40 M.-A. AGARD, « Le principe de légalité et la peine », *op. cit.*, p.290
41 M.-A. AGARD, « Le principe de légalité et la peine », *op.cit.*, p. 293
42 Cette expression est par exemple utilisée par M.-A AGARD, « Le principe de légalité et la peine », *op. cit.*, p.294 ; ou encore C. GAU-CABEE, « Jalons pour une histoire du principe de la légalité des peines », *op. cit.*,

par le législateur exprime une « *hiérarchie des valeurs* »[43] indiquant la plus ou moins grande atteinte à l'ordre public résultant des faits. Les peines déterminées par la loi permettent de savoir si l'infraction est un crime, un délit ou une contravention et indique ainsi la gravité attribuée par le législateur au fait, le juge pouvant alors en tirer des conséquences juridiques. Certains auteurs en concluent que « *la loi est un procédé d'évaluation pour le juge* »[44].

Mais si le principe de légalité des peines a été atteint dans son application, l'individualisation judiciaire gagnant du terrain sur la détermination objective de la peine par le législateur, il n'est pas atteint dans son principe. C'est en effet toujours le législateur qui délimite les pouvoirs du juge[45]. Le Conseil Constitutionnel a affirmé que l'individualisation ne pouvait porter atteinte au principe de légalité : « *le principe d'individualisation des peines […] ne saurait mettre obstacle à ce que le législateur, tout en laissant au juge un large pouvoir d'appréciation, fixe des règles assurant une répression effective des infractions* »[46]. Le législateur reste donc le seul a fixer les peines applicables à une infraction. Mais son pouvoir en la matière n'est pas sans limite.

§2 – Un pouvoir encadré par le principe de nécessité

On l'a vu, la peine ne peut être fixée par le législateur que par rapport à la gravité de l'atteinte à l'ordre public, mais c'est également une obligation pour le législateur, ce dernier étant soumis au principe de nécessité de la peine. Ce principe est énoncé dans notre droit par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen « l*a Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ». L'article 5 évoque également le principe, « *la Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société* ». Cette restriction s'explique par le fait que le recours à une sanction pénale constitue une menace pour les libertés individuelles. Ces libertés doivent rester le principe alors que le recours à la peine doit être subsidiaire, ou autrement dit être exceptionnel, « *les exceptions au principe de liberté devant rester d'interprétation stricte* »[47]. Il en résulte la subsidiarité et la discontinuité du droit

p.57
43 C. GAU-CABEE, « Jalons pour une histoire du principe de la légalité des peines », *op. cit.*, p.57
44 M.-A AGARD, « Le principe de légalité et la peine », *op. cit.*, p.294
45 C. GAU-CABEE, « Jalons pour une histoire du principe de la légalité des peines », *op. cit.,* p.60
46 Cons. const., 19 et 20 janvier 1981, n°80-127 DC
47 E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p.175

pénal[48]. L'utilisation de la peine doit donc nécessairement être limitée aux atteintes les plus graves aux valeurs considérées comme essentielles[49]. Par conséquent des limites s'imposent au législateur, non seulement lorsqu'il incrimine un comportement, l'incrimination devant être nécessaire pour ne pas porter atteinte aux libertés, mais également lorsqu'il détermine la sanction applicable à ce comportement. Une peine qui ne répondrait pas au principe de nécessité serait en effet illégitime ainsi que l'infraction qu'elle sanctionne. Certains auteurs craignent ainsi qu'une incrimination accompagnée de sanctions disproportionnées ne soit l'occasion pour le législateur « *d'atteindre d'autres objectifs que le simple rétablissement de l'ordre public* »[50].

Il découle en effet du principe de nécessité que la sanction doit être proportionnée, proportionnée d'abord à la gravité de l'atteinte à l'ordre public résultant du comportement incriminé, proportionnée ensuite eu égard à l'affliction ressentie par le condamné lors de l'exécution de la peine[51]. L'exigence de proportionnalité qui découle du principe de nécessité est un frein au pouvoir d'individualisation de la peine du législateur car elle l'empêche de fixer des peines trop sévères en comparaison de l'atteinte provoquée par le comportement punissable. Le législateur ne peut donc pas poser des peines trop élevées. Mais à l'inverse, il est également contraint de ne pas fulminer des peines trop basses proportionnellement à l'atteinte à l'ordre public. Effectivement, une peine trop élevée heurterait les libertés individuelles, mais une peine minorée ne remplirait pas ses fonctions d'intimidation et d'affliction. La Cour de justice des communautés européennes se prononce en ce sens lorsqu'elle affirme que les peines doivent être proportionnées, mais également effectives et dissuasives[52]. C'est en ce sens que la peine doit être proportionnée à l'affliction qu'elle provoque. La nécessité, ainsi que la proportionnalité qui en découle, agissent comme des garanties : garanties de l'absence d'atteinte aux libertés individuelles, garanties de la cohérence d'un système de par son adaptation à la gravité des faits, garanties de l'efficience d'une incrimination de par sa proportion à l'affliction et à la dissuasion qu'elle provoque[53].

48 E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p.175-176
49 E. GARCON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p.116
50 E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p.175
51 E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p.176
52 CJCE, 8 juill. 1999, *Nunes et de Matos*
53 E. GARCON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p.139-141

Cette idée de proportionnalité se retrouve dans la théorie de la juste peine ou théorie de la peine proportionnée dont le but est de proscrire les résultats injustes provoqués par la peine. Selon cette théorie la peine doit être proportionnée à deux éléments. D'un côté, la peine doit être proportionnée à la gravité du comportement, on retrouve alors l'idée de proportion à l'atteinte à l'ordre public auquel doit se plier le législateur. D'un autre côté, la sanction doit être perçue comme un blâme, on retrouve alors l'idée que la peine ne doit pas être minorée[54].

Afin d'instaurer cette proportion, apparaît l'idée du respect nécessaire d'une échelle des peines. Cette échelle permet de rendre effectives les exigences de nécessité et de proportionnalité. Elle donne au législateur un instrument lui permettant pour chaque infraction de fulminer une peine correspondant à sa gravité abstraite. Cette échelle est constituée par la classification tripartite des infractions en crimes, délits et contraventions, chaque catégorie comportant en son sein des seuils s'appliquant aux peines privatives de liberté, pour les crimes et délits, et aux montants d'amendes, pour les trois catégories[55]. Avec l'aide de cette échelle, le législateur fixe un maximum de la peine, en fonction de la plus ou moins grande gravité de l'atteinte à l'ordre public qu'il estime que le comportement incriminé provoque, voire un minimum s'il considère que l'atteinte est telle que la peine ne peut être inférieure à ce seuil.

Toutefois, l'exigence de proportionnalité a été affaiblie corrélativement à l'augmentation des pouvoirs d'individualisation reconnus aux juges[56]. En effet, l'individualisation effectuée par l'autorité judiciaire est principalement réalisée, on l'a déjà vu, au regard de la personnalité du délinquant. Le juge peut, en réalisant cette individualisation, perdre de vue le principe de proportionnalité de la peine à l'atteinte provoquée à l'ordre public, d'autant plus que le principe de proportionnalité ne s'impose qu'au législateur et non pas aux juges, la loi n'imposant pas le respect de ce principe par ces derniers. Il est ainsi considéré que l'exigence de proportionnalité est respectée dès lors que les juges respectent les peines fixées par la loi, cette dernière étant censée être proportionnée[57]. Certes la peine ne pourra alors pas être excessive, les juges agissant dans les limites fixées par la loi à leur pouvoir d'individualisation et respectant donc le maximum légal, mais elle pourrait en revanche se

54 J. WALTHER, « A justice équitable, peine juste ? Vues croisées sur les fondements théoriques de la peine », *Rev. sc. crim.* 2007, p.23
55 D. ALLIX, « De la proportionnalité des peines », dans *Mélanges Soyer*, LGDJ, 2000, p.3
56 E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.,* p.177
57 E. GARCON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p.128-129

révéler trop basse en comparaison de la gravité de l'atteinte à l'ordre public et donc, en un sens, sans proportion avec cette gravité. L'exigence de proportionnalité que doit respecter l'individualisation légale perd ainsi de son effectivité et par là même, de son sens.

Mais les exigences de nécessité et de proportionnalité peuvent se trouver affaiblies par les pratiques du législateur lui-même en l'absence de contrôle effectif de ce dernier. Le législateur dispose d'une grande marge de manœuvre pour apprécier la gravité d'un comportement car l'appréciation de la nécessité des incriminations et des peines est considérée comme l'une des expressions de la souveraineté nationale[58]. C'est pour cette raison que le Conseil constitutionnel considère « *qu'il ne lui appartient pas de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-c*i »[59]. Le Conseil ne contrôle donc pas la nécessité des peines. Il limite en réalité son contrôle au cas où les peines prévues par le législateur seraient « *manifestement disproportionnées par rapport aux faits reprochés* »[60], ce qui ne peut être considéré comme une garantie suffisante[61] puisque certaines peines disproportionnées échappent dès lors à son contrôle tant qu'elles ne franchissent pas le seuil exigé par le Conseil constitutionnel pour effectuer son contrôle.

Les peines doivent donc être fixées par la loi en vertu du principe de légalité. Mais le pouvoir du législateur est limité dans ce domaine par l'obligation de respecter certains principes de droit pénal que sont la nécessité et la proportionnalité. Afin de fixer des peines nécessaires et proportionnées à la gravité de l'atteinte à l'ordre public, le législateur dispose d'outils lui permettent d'assurer une cohérence entre gravité et peine, mais également une cohérence entre la gravité des peines entre elles eu égard aux faits qu'elles punissent.

58 E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.,* p.176
59 Cons. const., déc. 19-20 janvier 1981, n°80-127 DC
60 Cons. const., déc. 20 juillet 1993, n° 93-321 DC, *Loi réformant le code de la nationalité*, §15
61 V. sur le contrôle de la nécessité par le Conseil constitutionnel M. E. CARTIER, « Les principes constitutionnels du droit répressif », *op. cit.*, p.163-164

Section 2 – Les outils d'individualisation au service du législateur

Le législateur, dans le cadre de sa mission d'individualisation de la peine eu égard à la gravité de l'infraction, s'est doté d'outils lui permettant de poser des bornes cohérentes et proportionnelles à la répression des infractions proprement dites et consistant en la fixation d'un maximum et d'un éventuel minimum (A). Il s'est également doté d'outils permettant de faire varier le maximum ainsi fixé en fonction de circonstances particulières faisant varier le maximum normalement prévu pour une infraction en raison de leur gravité (B).

§1 – La fixation d'un maximum et d'un minimum

On l'a vu, les principes de légalité et de nécessité imposent que les peines soient fixées par la loi en comparaison à la gravité de l'atteinte à l'ordre public. La nécessité, et plus particulièrement la proportionnalité, s'expriment au travers de la détermination d'un maximum par le législateur qui reflète la gravité de l'infraction et présente pour le juge le caractère d'une limite infranchissable. Le plus souvent ce maximum est exprimé sous la forme d'une double sanction chiffrée : une amende et la durée de la privation de liberté[62].

Techniquement, le législateur s'est doté d'outils lui permettant de fixer plus aisément une peine correspondant à la gravité de l'atteinte à l'ordre public et lui permettant de respecter une certaine cohérence. Cette aide technique prend la forme d'une échelle des peines. Les infractions sont classées par l'article 111-1 du Code pénal, en fonction de leur gravité, parmi les crimes, délits ou contraventions. En effet, la Cour de cassation juge que la gravité d'une peine se mesure par son rang dans l'échelle des peines et non pas par sa durée ou sa quantité[63]. Des plafonds ont été fixés dans le Code pénal pour chaque catégorie (crime, délit, contravention), ces plafonds constituant des barrières infranchissables pour le législateur qui aurait choisi de classer telle infraction dans telle catégorie. S'agissant des crimes, la peine privative de liberté maximale pouvant être prévue par le législateur est la perpétuité pour la réclusion ou la détention criminelle. Cette peine privative de liberté ne pourra excéder 10 ans en matière de délit, alors qu'aucune peine privative de liberté ne pourra être encourue pour une contravention. Concernant les peines privatives ou restrictives de droits, elles ne pourront

62 G. VERMELLE, « Le maximum et le minimum », dans *Mélanges Couvrat*, PUF, 2001, p.354
63 Cass. crim., 4 février 1938

être supérieures à trois ou à cinq ans en matière délictuelle, alors qu'elles ne pourront excéder un an pour les contraventions. Le législateur est en revanche libre de fixer les amendes criminelles et délictuelles, celles-ci n'étant pas plafonnées, alors que l'amende contraventionnelle ne pourra pas dépasser 1 500 €, ou 3 000 € dans le cadre d'une récidive[64].

Mais en plus des maxima pour chaque catégorie d'infraction, le législateur est également tenu de respecter des seuils fixés au sein de chaque catégorie et ne peut donc pas fixer librement les peines privatives de liberté ou le montant des amendes contraventionnelles s'il ne souhaite pas sanctionner le comportement de la peine maximale attribuée à la catégorie. Ainsi concernant la réclusion et la détention criminelle le législateur ne peut fixer son quantum qu'à un maximum de quinze, vingt ou trente ans, à moins de choisir la peine maximale qu'est la perpétuité[65]. De même le maximum de l'emprisonnement correctionnel ne pourra être fixé par le législateur qu'à deux ou six mois, un, deux, trois, cinq, sept ou dix ans[66]. Les montants des amendes contraventionnelles ne pourront excéder 38, 150, 450, 750 ou 1500€, ces maxima s'appliquant respectivement aux cinq classes contraventionnelles[67]. A titre d'exemple, en application de ces seuils, dans le cas où le législateur incriminerait un nouveau comportement et le jugerait suffisamment grave pour le classer parmi les crimes, il ne pourra alors fixer un maximum de 17 ans de réclusion ou détention mais devrait choisir entre les seuils fixés par la loi pénale c'est-à-dire quinze ou vingt ans.

En application de la classification tripartite et de leur système de seuils internes que le législateur est tenu de respecter lorsqu'il détermine le maximum de la peine, ce dernier est contraint de procéder en deux temps[68]. Dans un premier temps, il va choisir en fonction de la gravité du comportement sanctionné de le qualifier en crime, délit ou contravention. Ce choix s'effectue en proportion de la gravité de l'atteinte à l'ordre public et de l'atteinte à la valeur sociale protégée[69]. En effet, la qualification criminelle est symboliquement plus forte et permet au législateur de mettre l'accent sur la gravité de l'atteinte. Néanmoins, certains considèrent que cette qualification peut être faussée[70]. La peine sanctionnant le viol a ainsi été élevée à quinze ans de réclusion, non pas parce que le viol serait aujourd'hui dans l'esprit du législateur d'une plus grande gravité justifiant alors l'élévation de la peine, mais parce qu'il

64 E. GARCON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p.35-36
65 C. pén., art. 131-1
66 C. pén., art. 131-4
67 V. sur le l'échelle des peines : E. GARCON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p.35-37
68 E. GARCON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p.35
69 E. GARCON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p.34-35
70 G. VERMELLE, « Le maximum et le minimum », *op. cit.*, p.355

souhaitait que cette infraction soit toujours qualifiée de crime. Au contraire, l'importation ou l'exportation de stupéfiants entrent dans la catégorie des délits pour éviter l'engorgement des Cour d'assises et non parce que leur gravité ne justifierait pas une qualification criminelle[71]. Dans un second temps, le législateur doit déterminer la peine qui, dans la catégorie choisie, correspond le mieux à la gravité qu'il attribue au comportement en respectant l'échelle légale. Le législateur raisonne donc par déduction pour fixer le maximum applicable à un comportement en en déterminant la nature en fonction de sa gravité, et en en déduisant ensuite le maximum[72].

L'individualisation de la peine par le législateur peut également se faire sous la forme de la détermination d'un minimum. Sous l'empire de l'ancien code, la gravité de l'atteinte à l'ordre public causée par le comportement incriminé étant exprimée sous la forme d'une fourchette, par référence non seulement à un maximum, mais également à un minimum. La proportion à la gravité étant donc respectée par un maximum évitant la fixation d'une peine exagérément élevée eu égard au comportement, ainsi que par un minimum en deçà duquel la peine ne remplirait plus sa fonction afflictive et risquerait d'être sans rapport avec la gravité des faits, dans le sens d'une insuffisance. Cette exigence d'un minimum a disparu en 1992 avec le nouveau Code pénal. Le principe est donc désormais l'absence de peine minimale, mais quelques minima ont survécu. En effet dans certains cas le législateur a considéré que les comportements incriminés étaient suffisamment graves pour justifier l'existence d'un minimum. Un minimum doit ainsi être respecté en matière de réclusion et de détention criminelles. La qualification criminelle est attachée à une gravité suffisamment importante pour que les peines criminelles privatives de liberté prononcées par le juge ne puissent être inférieures soit à deux ans lorsque le législateur a prévu pour l'infraction une peine perpétuelle soit à un an lorsque le législateur a prévu pour l'infraction une peine temporaire[73] [74]. Un minimum a également été réintroduit en matière de récidive par la loi du 10 août 2007, s'agissant des délits et des crimes mais uniquement pour les peines privatives de liberté. Le juge doit alors prononcer une peine comprise entre un minimum et un maximum légal.

71 Exemples tirés de : G. VERMELLE, « Le maximum et le minimum », *op. cit.*, p.355
72 E. GARCON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p.35
73 C. pén., art. 132-18
74 G. VERMELLE, « Le maximum et le minimum », *op. cit.*, p. 357

Ce système permet donc au législateur de fulminer une peine proportionnée à la gravité de l'acte et de délimiter ainsi les pouvoirs du juge. Toutefois « *le maximum et le minimum sont inégalement présents dans la matière pénale* » et n'ont pas la même effectivité. En effet « *le maximum peut être discuté dans sa position (trop haut ou trop bas)* »[75] mais ne fait pas l'objet d'une remise en cause dans son principe. En revanche le minimum à une place restreinte dans notre droit et n'est, dans le cas de la récidive, qu'une indication de la gravité attachée au comportement récidiviste, le juge pouvant sous certaines conditions prononcer une peine inférieure au minimum légal. Au demeurant, si le maximum permet au législateur de prévoir une peine qui soit proportionnée à la gravité, dans le sens d'un excès, l'absence de principe d'un minimum pourrait mener au prononcé par le juge de peines sans proportion avec cette gravité, mais alors dans le sens d'une insuffisance, à moins que le législateur considère qu'hors les crimes et la récidive légale, la gravité des infractions ne justifie pas une répression minimale. En effet, « *ce n'est plus le minimum qui se volatilise. C'est la peine* »[76].

L'échelle des peines est donc un instrument permettant au législateur de fixer un maximum à la répression d'une infraction en fonction de l'atteinte qu'il estime être portée à l'ordre public par ce comportement. Mais en plus de fixer un maximum correspondant à la gravité de l'infraction simple, le législateur élève ou diminue la répression en raison de la gravité attribuée à certaines circonstances particulières.

§2 – Les variations du maximum légal en raison de la gravité

Souvent, certaines circonstances ajoutent à l'infraction simple et modifient ainsi la gravité de l'atteinte à l'ordre public. Le maxima prévu par le législateur ne correspond donc plus à la gravité du comportement. C'est pour cette raison que le législateur prévoit des circonstances aggravantes qui permettent de relever le seuil de répression, mais également des causes d'atténuation, qui lui permettent de réaliser une meilleure individualisation objective de la peine et ainsi de respecter les principes de nécessité et de proportionnalité.

Le législateur prévoit pour chaque infraction des circonstances susceptibles d'élever le seuil de la répression qui sont nommées circonstances aggravantes spéciales. Ces

75 G. VERMELLE, « Le maximum et le minimum », *op. cit.*, p.365
76 *Ibidem*

circonstances viennent augmenter le maximum de la peine objectivement fixé par le législateur pour l'infraction dite simple. Cette aggravation s'explique par le fait que le normateur considère que l'ordre public et les valeurs qu'il défend sont plus gravement atteints en la présence de ces conditions de réalisation de l'infraction qu'en leur absence[77]. Ces conditions de réalisation confèrent une gravité supplémentaire à l'acte qui justifie une sévérité accrue de la répression. Ce mécanisme permet ainsi une meilleure individualisation objective par le législateur en prenant en compte l'augmentation de la gravité des faits en raison de la présence de circonstances particulières s'ajoutant à la commission de l'infraction simple.

Pour respecter une certaine cohérence, le législateur va une nouvelle fois utiliser l'échelle des peines. Le principe en la matière, ou à défaut de pouvoir parler de principe la règle d'élévation s'appliquant à la majorité des cas, est l'élévation d'un degré sur l'échelle des peines. La circonstance aggravante n'est qu'un accessoire de l'infraction, caractère que le principe d'élévation d'un degré permet de respecter, en plus d'avoir l'atout de la simplicité[78]. La répression du vol est le parfait exemple de cette élévation d'un degré[79]. En vertu de l'article 311-3 du Code pénal, le législateur fixe actuellement le maximum de la peine du vol simple à trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende, ce qui en fait un délit. Une liste de circonstances aggravant cette infraction est énoncée à l'article 311-4 du même code. Cet article prévoit en son premier alinéa que le maximum des peines est porté à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende en présence de l'une de ces circonstances. La peine est donc bien élevée d'un degré. Le même texte prévoit dans son dernier alinéa que le maximum encouru est de 7 ans d'emprisonnement et 100 000 € d'amende si deux circonstances aggravantes ont accompagné la réalisation de l'infraction, alors que ce maximum est porté à dix ans d'emprisonnement et 150 000 € d'amende en présence de trois de ces circonstances. On voit bien dans cet exemple que l'échelle des peines est parfaitement respectée en fonction du nombre de circonstances aggravantes accompagnant la commission du vol.

Cette règle permet d'introduire une certaine cohérence entre l'élévation de la peine et la gravité supplémentaire engendrée par les circonstances particulières. Il est de plus logique que le législateur respecte l'échelle qu'il a élaboré. Néanmoins certaines dérogations semblent

77 E. GARCON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p.37
78 E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.* p.918-919
79 Exemple tiré de : E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p.919

s'imposer. En effet, la gravité supplémentaire de l'atteinte à l'ordre public n'est pas la même pour toutes les circonstances aggravantes. Si pour la plupart l'aggravation d'un degré doit rester la règle car correspondant objectivement à l'atteinte supplémentaire à l'ordre public, certaines circonstances aggravantes sont considérées comme attentant plus gravement à l'ordre public. Il serait alors illogique de limiter l'aggravation à un degré. Le législateur déroge donc parfois à l'échelle des peines afin de prendre en considération la plus grande intensité de certaines circonstances aggravantes. C'est notamment le cas pour la répression des agressions sexuelles autres que le viol, le législateur ayant dans leur cas prévu trois listes de circonstances aggravantes dont l'intensité est prise en compte par une élévation différente sur l'échelle des peines[80] [81].

De même, il semble logique que l'élévation de la peine produit par une même circonstance aggravante soit la même pour toutes les infractions pour lesquelles le législateur l'a prévue. Mais de même qu'une circonstance peut avoir plus d'intensité sur la gravité de l'atteinte, une même circonstance peut se révéler plus grave selon l'infraction qu'elle accompagne[82]. Si une circonstance aggravante devrait donc être élevée du même nombre de degré quelle que soit l'infraction, des dérogations sont également envisageables mais dans le respect de l'échelle des peines pour garder à l'esprit une certaine cohérence et le besoin de proportionnalité à l'atteinte.

Le législateur prévoit également dans certains cas des causes d'atténuation de la peine. Certes les circonstances atténuantes ont été supprimées en 1994 en même temps que les minima légaux, mais le législateur a néanmoins prévu dans certaines hypothèses des causes d'atténuation de la peine. Il prévoit en effet pour certaines infractions une réduction de la peine encourue dans le cas où l'individu qui a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit en avertit l'autorité administrative ou judiciaire et permet ainsi que l'infraction ne se réalise ou qu'elle cesse, qu'elle ne produise un dommage, ou encore permet d'identifier les autres auteurs ou complices[83] [84]. La personne bénéficie alors selon les cas d'une exemption ou d'une réduction de peine. Dans ces cas, le législateur prend en compte le comportement de l'auteur de la déclaration qui a ainsi permis de limiter la gravité de l'atteinte à l'ordre public

80 C. pén., art. 222-28, art. 222-29 et art. 222-30
81 E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p.918-920
82 E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p.920-922
83 C. pén., art. 131-78
84 E. GARCON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p.38

pour individualiser abstraitement la peine. Là encore le mécanisme d'atténuation permet donc d'adapter la peine à la gravité de l'atteinte à l'ordre public.

Si le législateur s'est doté d'un système devant permettre d'individualiser la peine au regard de la gravité de l'atteinte à l'ordre public en respectant une certaine cohérence et en permettant de respecter le principe de légalité, ainsi que la nécessité et la proportionnalité des peines, il n'en demeure pas moins que le législateur méconnaît trop souvent ces règles. En effet, « *le législateur contemporain cède à la tentation de la facilité, et ne s'interroge pas sur les rapports qu'entretiennent les sanctions qu'il fulmine avec les comportements que ces peines punissent* »[85]. Il fixe ainsi des peines sans examiner le lien que celles-ci entretiennent avec la gravité de l'atteinte à l'ordre public au mépris des principes de nécessité et de proportionnalité et de toute objectivité, cette pratique se révélant au travers d'incohérences flagrantes.

85 D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, *op. cit.*, p.219

Partie 2 – Les incohérences du législateur dans la détermination de la peine

Normalement le législateur devrait, lorsqu'il individualise les peines, respecter certains principes fondamentaux du droit pénal, notamment la nécessité. Mais des incohérences apparaissent à l'examen des peines fixées par le législateur. Ces incohérences révèlent que les principes qui devraient régir la détermination de la peine par la loi sont parfois méconnus (Section 1), mais révèlent également l'absence de cohérence du législateur lorsqu'il fixe la peine au regard de la gravité de l'atteinte à l'ordre public (Section 2).

Section 1 – La méconnaissance des principes posés pour la détermination de la peine

Le législateur méconnaît parfois les règles qu'il devrait respecter lorsqu'il fixe les peines. Il lui arrive ainsi de méconnaître le principe de nécessité, ce qui est particulièrement flagrant à l'étude des infractions-doublons[86] (§1). Mais il lui arrive également de fixer des peines sans examiner leur lien avec la gravité des faits comme c'est le cas avec les peines alternatives (§2). Dans ces cas le législateur n'effectue donc plus une individualisation objective de la peine comme il devrait le faire en vertu du principe de légalité, le lien entre peine et gravité de l'atteinte se dissout.

§1 – La méconnaissance du principe de nécessité : les infractions-doublons

Il arrive parfois que le législateur incrimine le même comportement dans deux textes différents, ce qui est appelé doublons ou infractions-doublons. Ces doublons peuvent être involontaires, causés par l'inflation des infractions pénales qui entraîne une impossibilité pour le législateur qui pourtant les crée de les dénombrer et par voie de conséquence de les concilier. Mais ces doublons sont également parfois une création volontaire du législateur, le plus souvent dans un but pédagogique, une disposition d'un code étant copiée dans un autre code. Il est bien sûr évident que ces doubles incriminations sont inutiles, mais elles deviennent totalement incohérentes lorsque les deux infractions incriminant le même comportement sont sanctionnées par des peines différentes[87].

86 Expression utilisée par V. MALABAT, « Les infractions inutiles, Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », dans V. MALABAT (Dir.), B. de LAMY (dir.), M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 71 et s.

87 V. MALABAT, « Les infractions inutiles, Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », *op. cit.,*

Les incohérences résultant de ces infractions-doublons révèlent une méconnaissance du principe de nécessité. En effet, nul ne pourrait douter de l'absence de nécessité de la seconde incrimination d'un même comportement, alors même que celui-ci serait sanctionné de la même peine. La première incrimination et sa peine suffisent à réprimer l'atteinte à l'ordre public, la seconde, identique, n'est pas nécessaire. Selon Valérie Malabat, une telle pratique résulterait du fait qu' « *utilisée pour sa dimension symbolique ou pédagogique, la loi pénale n'est plus en effet vue aujourd'hui par le législateur comme l'instrument d'une sanction nécessaire et grave* »[88]. Issu de la nécessité, le principe de proportionnalité est lui aussi méconnu. En effet, si un même comportement est puni dans deux textes de sanctions différentes, comment ces peines pourraient-elles être proportionnées à l'ordre public ? Qu'est ce qui peut alors justifier une telle différence ? D'autant plus que dans certains cas les différences de quantum entre ces peines peuvent être conséquentes. Les infractions-doublons sont l'illustration même que le législateur ne se plie pas, ou en tout cas pas toujours, aux principes qu'il devrait respecter en matière d'individualisation légale de la peine.

Ces doublons se retrouvent plus souvent qu'on ne pourrait le croire dans notre droit. Ainsi le harcèlement moral est incriminé dans le Code pénal, mais également dans le Code du travail[89]. Or les peines prévues par le Code du travail sont moins élevées que les peines fixées par la loi dans le Code pénal. L'article 222-33-2 du Code pénal punit de deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende le harcèlement moral[90], alors que l'article L.1152-1 du Code du travail ne sanctionne le même comportement que d'un an d'emprisonnement et 3750 € d'amende. La peine d'emprisonnement est donc doublée entre les deux infractions alors que l'amende est multipliée par huit. Pourtant la définition du harcèlement moral de l'article L.1152-1 du Code de travail ne présente aucune particularité qui pourrait expliquer cette différence. Il est ici flagrant en présence de comportements identiques et de peines encourues si différentes que les principes de nécessité et de proportionnalité sont méconnus par le législateur. Cette méconnaissance est d'autant plus manifeste que, malgré les critiques déjà exprimées s'agissant de cette incohérence entre les peines des deux infractions, le

p.71-72

88 V. MALABAT, « Les infractions inutiles, Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », *op. cit.*, p.71

89 Exemple tiré de V. MALABAT, « Les infractions inutiles », *op. cit.,* p.73

90 Depuis la loi du 6 août 2012, n°2012-954, l'article 222-33-2 du Code pénal faisant auparavant encourir au titre du harcèlement moral un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende

législateur a augmenté la répression de l'infraction figurant dans le Code pénal sans toucher à celle du Code du travail à l'occasion de la loi du 6 août 2012, et donc sans proportion avec l'atteinte à l'ordre public. Certains avancent néanmoins comme explication les règles procédurales particulières s'appliquant dans le cadre du Code du travail.

La répression du harcèlement sexuel est un autre exemple d'infraction doublon montrant l'absence de nécessité et de proportionnalité des peines. Depuis la loi du 6 août 2012, les peines que l'article 222-33 du Code pénal fait encourir au titre du harcèlement sexuel sont de deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende, alors que l'article L.1155-2 du Code du travail ne sanctionne le harcèlement sexuel que d'un an d'emprisonnement et 3750€ d'amende. Dans le même ordre d'idée, l'abus de faiblesse est sanctionné de cinq ans d'emprisonnement et 9 000 € d'amende par l'article L.122-8 du Code de la consommation, alors qu'il est sanctionné de trois ans d'emprisonnement et 375 000 € d'amende par le Code pénal.

Néanmoins le Conseil constitutionnel[91], à qui était posée la question de la constitutionnalité des doubles incriminations en 2002 à propos du harcèlement moral, a validé cette pratique. Le Conseil a en effet jugé que le principe de proportionnalité des peines était respecté dès lors que le juge pénal respectait le maximum le plus haut fixé par la loi pour les deux infractions. Mais selon certains auteurs, et notamment Valérie Malabat[92], l'analyse du Conseil aurait dû porter non pas sur le principe de proportionnalité mais sur le principe de nécessité, ce qui aurait dû le mener à sanctionner les doubles incriminations. En plus de l'inutilité des doublons, la différence de sanctions encourues selon que l'infraction est ou non commise dans le cadre du travail paraît en effet difficilement explicable.

Il arrive donc au législateur de contrevenir au principe de nécessité en l'absence de contrôle du Conseil constitutionnel. Mais il méconnaît également le principe de proportionnalité en donnant la possibilité aux juges de prononcer des sanctions sans rapport avec la gravité des infractions.

91 Cons. const., n°2001-455 DC, 12 janvier 2002
92 V. MALABAT, « Les infractions inutiles », *op. cit.*, p.74

§2 – L'absence de lien entre gravité et peine : les peines alternatives

Le Code pénal prévoit la possibilité pour le juge de substituer aux peines de référence des peines spécifiques ou certaines peines complémentaires dans le but de limiter le recours aux peines privatives de liberté courtes, les sanctions de substitution étant prévues par la loi. Cette substitution est toutefois exclue pour les crimes et ne peut donc être réalisée que pour les peines délictuelles et contraventionnelles. Les peines alternatives sont prononcées au titre de peines principales, « *à la place de l'emprisonnement* »[93] ou « *à la place de l'amende* »[94].

Ces peines alternatives sont issues de la réforme du Code pénal de 1992, le législateur remplaçant alors la notion de peine de substitution par celle de peines alternatives. Ce changement de vocabulaire illustrait alors la volonté du législateur que ces peines ne soient plus comme auparavant des substituts à la peine abandonnés pour leur application à l'appréciation des juges, mais des peines principales fulminées par le législateur et désormais appelées peines alternatives. Dans l'esprit du législateur de 1992, ces peines alternatives devaient être prévues pour la sanction de chaque délit ou contravention pour lesquels elles seraient possibles[95]. Mais en réalité, les peines de substitution sont prévues sous forme de listes par le Code pénal sans que les textes d'incrimination ne s'y réfèrent. Ces sanctions alternatives ne sont donc pas prévues pour un comportement en particulier, mais de manière globale. Dès lors qu'elles ne sont pas prévues à titre spécial en sanction de tel ou tel comportement, ces peines n'ont donc aucun lien avec la gravité de l'atteinte causée par ces comportements.

Il existe une grande variété de ces sanctions substituables, or le texte d'incrimination n'a pas à y faire référence pour que ces peines puissent être prononcées à la place de la peine prévue par ce texte d'incrimination, aux conditions que ces peines soient prévues au titre des peines alternatives par le Code pénal et que le processus de substitution soit respecté. Les peines alors prévues par le législateur pouvant être prononcées pour n'importe quelle infraction n'ont plus de lien avec la gravité des faits[96].

93 C. pén., articles 131-5-1 ; 131-6 ; 131-7 ; 131-8 ; 131-8-1
94 C. pén., article 131-7
95 J.-H. ROBERT, « La détermination de la peine par le législateur et par le juge », *op. cit.*, p.245
96 E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p.912-913

Certes le principe de légalité n'est pas atteint dans son principe par cette pratique. En effet, ce mécanisme est prévu par la loi, tout comme les peines substituables. « *Leur légitimité démocratique ne saurait être contestée* »[97] puisque c'est dans le cadre prévu par le législateur que les juges opèrent leur pouvoir de substitution. En revanche, le principe de spécialité est sacrifié, le législateur fulminant des peines pouvant s'appliquer à toute infraction, sans les prévoir pour chaque incrimination.

Mais ces peines alternatives posent problème eu égard au principe de proportionnalité. En effet, ces peines sont le plus souvent fixées de manière globale et donc sans nécessairement entretenir de lien avec les infractions qu'elles pourraient sanctionner. Le législateur fixe donc ces peines sans examiner leur lien, et donc leur proportion, avec la gravité de l'atteinte à l'ordre public. Cette absence de rapport avec la gravité objective du délit résultant des peines alternatives, mais également des peines complémentaires, fit dire à un auteur que « *le législateur contemporain cède à la tentation de la facilité, et ne s'interroge pas sur les rapports qu'entretiennent les sanctions qu'il fulmine avec les comportements que ces peines punissent* »[98]. En raison de leur diversité, les peines alternatives n'ont en effet pas toujours de lien logique ou criminologique avec les comportements qu'elles sanctionnent.

Les pouvoirs d'individualisation reconnus aux magistrats ont eu pour contrepartie l'affaiblissement du principe de proportionnalité. Le législateur oublie dans le cas des peines alternatives de fixer objectivement ces peines eu égard à la gravité du comportement qu'elles sanctionnent, et laisse au juge le soin d'opérer un choix entre les différentes sanctions possibles, non pas objectivement, mais subjectivement en fonction de la personnalité et des capacités de réinsertion de l'individu. « *Ainsi l'exigence d'une stricte proportion entre la gravité de l'infraction et la sévérité du châtiment a-t-elle été écartée, conformément aux objectifs poursuivis, mais contrairement aux enseignements de la doctrine classique selon laquelle la même infraction mérite la même sanction quel qu'en soit l'auteur* »[99]. En effet la loi n'impose pas, dans le mécanisme de substitution, de lien entre l'infraction et la peine prononcée. Les tribunaux ont ainsi la possibilité de prononcer des peines sans rapport avec la gravité, ni même avec l'infraction commise. Un exemple souvent cité[100] est la possibilité

97 E. DREYER, D*roit pénal général*, *op. cit.*, p.273
98 D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, *op. cit.*, p.219
99 J. FRANCILLON, Ph. SALVAGE, « Les ambiguités des sanctions de substitution », *JCP* 1984, I, 3133, 38
100V. D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, *op. cit.,* p.219, ou encore J. FRANCILLON et Ph. SALVAGE, *op. cit.*, 12

donnée au juge de condamner un individu à titre principal à une suspension du permis de conduire, alors même que celui-ci n'aurait pas utilisé d'automobile pour commettre l'infraction pour laquelle il est condamné.

Dans un tel contexte, la gravité de l'atteinte ne peut être mesurée qu'en se référant aux peines principales. La proportionnalité est donc purement symbolique puisque le juge n'a pas l'obligation de prononcer ces peines de référence et peut au contraire prononcer des peines sans lien avec l'infraction. Ce qui fit dire au Professeur J.-H. Robert que « *dans l'esprit du législateur, cette palette indéfinie de peines fait que l'emprisonnement n'est plus qu'une indication de la gravité de l'infraction, une sorte de monnaie de compte pour une obligation que les condamnés peuvent payer avec d'autres espèces* »[101]. En effet, la peine principale ne constitue plus qu'un « *repère de gravité objective du délit* »[102] auquel il est possible pour le juge de substituer des peines liées à la personnalité du délinquant dans le but de réaliser une individualisation judiciaire. Or pour certains le mécanisme de la substitution nuit au principe de légalité, car bien qu'il ne lui soit pas contraire dans son principe puisque les peines sont prévues par la loi, ce mécanisme empêche les individus de connaître et de prévoir effectivement les sanctions encourues en cas de commission d'une infraction[103]. Les peines alternatives traduisent ainsi pour beaucoup un recul de la légalité[104].

Les peines alternatives sont néanmoins peu mises en œuvre par le juge, principalement en raison d'un manque de moyen et de l'attachement de l'opinion publique aux peines privatives de liberté. Il serait néanmoins opportun de restaurer une individualisation objective réelle du législateur s'agissant de ces peines en rétablissant leur lien avec la gravité des comportements qu'elles sanctionnent. Ce rétablissement pourrait notamment passer par la prévision des peines alternatives adéquates pour chaque infraction et non plus une liste globale laissant trop de pouvoir au juge et affaiblissant par là même le principe de légalité. Une telle mesure s'inscrirait dans la tendance actuelle du législateur de redonner de l'importance à la proportionnalité et de limiter les pouvoirs d'individualisation des juges. Ce mouvement se traduit par l'émergence de peines obligatoires[105] fulminées par le législateur

101J.-H. ROBERT, « La détermination de la peine par le législateur et par le juge », *op. cit.*, p.246
102A. DECOCQ, « Les modifications apportées par la loi du 11 juillet 1975 à la théorie générale du droit pénal », *Rev. sc. crim.*, 1976, p.26
103D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, *op. cit.*, p.219-220
104F. FRANCILLON, Ph. SALVAGE, « les ambiguités des sanctions de substitution », *op. cit.,*31
105E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.,* p.177-178

dont le prononcé est imposé aux tribunaux. Ces peines fixées uniquement par le législateur doivent être fulminées en fonction de la gravité objective du comportement qu'elles sanctionnent et donc être proportionnées.

Le législateur ne respecte donc pas toujours les principes de droit pénal qui devraient être appliqués au moment où il fulmine la peine. Il contrevient ainsi au principe de nécessité et à celui de proportionnalité. Mais les manquements dans la pratique de l'individualisation légale ne s'arrêtent pas là, le législateur manque en effet parfois de cohérence dans la fixation de la peine et notamment lorsqu'il s'agit d'apprécier le rapport entre gravité et peine à respecter les cadres qu'il s'est lui même fixé, notamment l'échelle des peines.

Section 2 –Les incohérences du législateur dans le rapport entre gravité et peine

Le législateur, en plus de ne pas respecter les principes de nécessité et de proportionnalité qui devraient s'imposer à lui, semble avoir des difficultés lorsqu'il s'agit d'apprécier la gravité de l'atteinte causée par un comportement, ce qui s'illustre par son non-respect régulier de l'échelle des peines qu'il a pourtant lui même créé pour encadrer son pouvoir d'individualisation. Cette pratique législative est révélée par l'étude des circonstances aggravantes fixées par le législateur (§1). Cette inaptitude législative résulte principalement dans les buts actuels que le législateur contemporain souhaite atteindre en fulminant une peine nouvelle et qui empêchent toute vision d'ensemble des peines. Pour contraindre le législateur à fixer des peines qui soient réellement objectives des solutions doivent être envisagées afin de rétablir l'effectivité de l'individualisation légale (§2).

§1 – L’absence de rationalité dans la fixation des circonstances aggravantes

L'étude des circonstances aggravantes est révélatrice de l'absence de rationalité du législateur au moment de la fulmination des peines. Elle atteste en effet soit de la difficulté rencontrée par le législateur pour fulminer des peines cohérentes et proportionnées au regard des circonstances particulières aggravant l'infraction, soit de l'absence de volonté réelle du législateur de fixer des peines au regard de la gravité objective des comportements. Les incohérences se révèlent non seulement par l'étude des circonstances aggravantes fixées pour une même infraction, mais également par l'étude d'une circonstance aggravante unique dans

son application à diverses infractions. Ces incohérences sont le témoignage incontestable que le législateur ne respecte pas les règles qu'il s'est lui même imposé dans le but d'opérer une individualisation légale efficace, c'est-à-dire respectant les principes de nécessité et de proportionnalité. En effet, le législateur manque souvent au respect de l'échelle des peines, principalement en n'appliquant pas la règle de l'élévation d'un degré pour les circonstances aggravantes, ce qui nuit à la nécessité et à la proportionnalité des peines encourues. L'individualisation réalisée par le législateur s'avère alors de piètre qualité car sans cohérence interne, incohérence qui atteste ainsi l'absence de proportionnalité entre les peines et l'atteinte à l'ordre public.

D'une part les incohérences existent à l'étude des circonstances aggravantes pour une infraction. Le principe est en effet que la circonstance aggravante accroît la répression d'un degré par rapport à l'infraction simple. Des dérogations sont justifiées dans le cas où certaines circonstances sont considérées comme atteignant plus gravement l'ordre public. Mais parfois l'augmentation de la répression est telle que son amplitude est difficilement explicable. Il est possible de citer comme exemple la menace réitérée de commettre un crime ou un délit[106] [107]. Cette infraction lorsqu'elle est simple fait encourir six mois d'emprisonnement et 7 500€ d'amende. En revanche, en présence d'une menace de mort, circonstance qui aggrave la répression de l'infraction, les peines encourues s'élèvent alors à trois ans d'emprisonnement et 45 000€ d'amende. La peine d'emprisonnement est alors élevée de trois échelons et est sextuplée, le montant de l'amende encourue étant lui aussi multiplié par six. Une telle amplitude semble disproportionnée. Des explications peuvent être avancées, cet écart ayant donné la possibilité au législateur d'insérer entre les deux peines évoquées une autre circonstance aggravante, le racisme et l'homophobie[108], et ayant permis de montrer la plus forte gravité attachée à la circonstance aggravante de menace de mort. Il n'en demeure pas moins que la répression attachée à cette circonstance ne présente aucune proportion avec celle de l'infraction et par ailleurs avec la gravité des faits. Il arrive également parfois que l'amplitude entre l'infraction simple et l'infraction aggravée n'ait aucune justification.

Autre incohérence pour une même infraction, l'élévation est parfois d'amplitude différente pour les deux peines aggravées que sont l'emprisonnement et l'amende. Par

106C. pén., art. 222-17
107Exemple tiré de E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p.919
108C. pén., art. 222-18-1

exemple, l'abus frauduleux de l'état d'ignorance et de faiblesse fait encourir cinq ans d'emprisonnement et 750 000€ d'amende si son auteur est le dirigeant d'un groupe sectaire, alors que pour l'infraction simple les peines encourues s'élèvent à trois ans d'emprisonnement et 375 000€ d'amende[109]. L'augmentation de l'amende, qui double, est alors plus forte que celle de l'emprisonnement qui n'est aggravée que d'un échelon sur l'échelle des peines. L'aggravation des peines n'est donc proportionnellement pas la même, or rien ne permet de l'expliquer. A l'inverse, c'est parfois l'augmentation de la peine d'emprisonnement qui est la plus forte, comme c'est le cas pour la cession ou l'offre illicite de stupéfiants de l'article 222-39 du Code pénal puisque lorsque cette infraction est commise à l'égard d'un mineur la peine d'emprisonnement est doublée et augmente de deux degrés alors que le quantum de l'amende reste le même[110]. Il est difficile de comprendre qu'il résulte de l'augmentation de la gravité des faits l'élévation d'une seule des sanctions.

D'autre part, des incohérences peuvent être relevées à l'étude d'une circonstance aggravante unique et de ses répercussions selon l'infraction à laquelle elle s'applique. L'augmentation est parfois diamétralement différente pour deux infractions distinctes. Un cas frappant est l'aggravation lorsque la victime est un mineur de quinze ans. Dans la majorité des cas la peine d'emprisonnement est élevée d'un degré, par exemple pour le viol[111] ou la séquestration et l'enlèvement[112]. Mais dans le cas du proxénétisme[113], la privation de liberté est élevée de deux échelons et change de nature puisqu'elle est criminalisée, alors que l'amende est multipliée par vingt[114]. Il est alors difficile de justifier qu'une même circonstance aggravante entraîne des élévations si disproportionnées, même si une circonstance peut être considérée comme plus grave dans certains cas. On retrouve également des disproportions entre l'élévation de la peine privative de liberté et l'amende comme l'atteste le cas du proxénétisme. Dans certains cas, l'explication tenant à ce qu'une circonstance puisse être plus ou moins grave selon l'infraction qu'elle aggrave ne tient pas. L'exemple le plus flagrant est celui de la faute aggravée qui constitue une circonstance aggravante de l'homicide et des blessures involontaires. En effet, ainsi que le constate David Dechenaud[115], lorsqu'un décès ou

109C. pén., art. 223-15-2
110Les deux exemples sont tirés de E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p.919-920
111C. pén., art. 222-24
112C. pén., art. 224-5
113C. pén., art.225-7-1
114Exemple tiré de E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p.920-921
115D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, *op. cit.*, p.95-96

une incapacité totale de travail de plus de trois mois[116] a résulté d'une imprudence grave l'emprisonnement est aggravé d'un degré. Mais s'il n'en a résulté qu'une incapacité de moins de trois mois ou inférieure[117], l'emprisonnement est aggravé respectivement de deux et trois échelons sur l'échelle des peines. Il est étonnant que l'aggravation en cas de faute délibérée soit différente en fonction du dommage causé dont la gravité est extérieure à la volonté de l'auteur. L'aggravation devrait au contraire être de même importance quel que soit le dommage. Une seconde incohérence est relevée par David Dechenaud concernant les blessures n'ayant entraîné aucune incapacité. En présence d'une faute délibérée, le comportement est sanctionné par une amende de cinquième classe, alors que si le même dommage est causé intentionnellement il est sanctionné d'une amende de quatrième classe. Or l'intention est plus grave que la faute d'imprudence, même aggravée. Ce cas révèle donc une absence de proportion flagrante entre la gravité et la peine, ainsi qu'une incohérence dans le raisonnement du législateur lorsqu'il détermine les peines applicables ou une absence de prise en compte de la gravité objective de l'infraction.

Ces incohérences ne peuvent que faire l'objet de critiques. Elles trahissent le manque d'objectivité du législateur lorsqu'il individualise les peines alors que l'individualisation légale de la peine devrait justement être fondée sur la gravité objective des comportements sanctionnés. Ce manque d'objectivité est à même de causer un sentiment d'injustice chez les auteurs d'infraction, notamment dans le cas le plus flagrant que constitue la faute d'imprudence aggravée. L'absence d'objectivité du législateur que fait apparaître ces incohérences met en doute la légitimité de la technique d'aggravation des peines par le législateur qui ne fait l'objet d'aucun contrôle. Ni le Conseil constitutionnel, ni la Cour européenne des droits de l'homme n'ont retenu l'absence de proportionnalité de certaines aggravations prévues par la loi. Il est évident que certaines circonstances sont plus graves que d'autres, mais dans ces cas le législateur doit faire preuve de rationalité en respectant la grille qu'il s'est lui même imposé en élevant la peine non pas d'un mais de deux échelons pour souligner leur gravité. Il serait également plus rationnel que la peine privative de liberté et l'amende soient élevées dans des proportions identiques[118].

116C. pén., art. 221-6 et 221-19
117C. pén., art. R.622-1, R.625-3, R.625-2 et 222-20
118E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p.920

Toutes ces incohérences (infractions-doublons, incohérences dans les circonstances aggravantes, peines alternatives) sont le résultat des utilisations faites par le législateur de la loi. La peine n'est plus vue par le législateur seulement comme un moyen de protection des valeurs essentielles de notre société, mais également comme un moyen de communication, ce qui nuit au respect des principes de légalité et de nécessité. A cela s'ajoute une certaine démission du législateur au profit des juridictions dans un souci d'individualisation en fonction de la personnalité du délinquant.

§2 – Les raisons du non-respect des principes régissant l'individualisation légale et les solutions envisageables

La peine fulminée par le législateur doit normalement avoir pour fonction première de sanctionner l'atteinte aux normes fondamentales de la société et doit donc logiquement être proportionnée à la gravité du trouble à l'ordre public provoqué. Or aujourd'hui le législateur utilise la peine non plus en ce sens, mais bien d'avantage pour ses propriétés expressives. Les peines sont devenues pour le législateur un moyen de réagir à un fait social ainsi qu'un outil d'affichage politique. Lors de la survenance d'un scandale la loi pénale, et plus particulièrement dans notre cas la peine, permet au législateur de « *montrer qu'il n'est pas resté sans réagir alors même qu'il ne se serait pas attaqué aux causes du phénomène* »[119]. Valérie Malabat résume ce procédé utilisé par le législateur par le triptyque « *télévision, émotion, législation* ». La loi pénale permet alors d'apaiser l'opinion publique attachée à la sécurité. Le législateur va donc intervenir à chaque fait divers en relevant le maximum déjà encouru ou en créant une nouvelle circonstance aggravante lorsque le comportement en cause était déjà sanctionné. Il créera une nouvelle incrimination si aucun texte n'est applicable sans rechercher si le droit commun pourrait s'appliquer. Le législateur se contente donc de réagir à des faits divers pour montrer son intervention, mais sans avoir de vision plus globale du droit pénal ce qui mène, on l'a vu, à des infractions et peines non nécessaires car existant déjà, ainsi qu'à des peines disproportionnées au regard des faits, sans lien avec leur gravité. Cette utilisation expressive de la peine ne répond qu'à une impulsion politique qui empêche toute harmonisation des peines et occulte au législateur sa mission de réaliser une individualisation de la peine adéquate, c'est-à-dire qui réponde au principe de nécessité et assure la

119V. MALABAT, « Les infractions inutiles », *op. cit.*, p.75

proportionnalité de la peine à la gravité des faits qu'elle sanctionne. Les incohérences relevées relèvent ainsi majoritairement d'un empilement de réformes sans volonté de coordination de la part du législateur[120].

Dans une certaine mesure, l'absence de proportionnalité entre la peine et les faits est également le résultat d'une démission du législateur. Ainsi selon David Dechenaud, en matière d'individualisation de la peine, « *c'est le législateur qui délaisse peu à peu son rôle* » au profit des juges[121]. Cela est particulièrement visible s'agissant des peines alternatives, le législateur donnant la possibilité au juge de prononcer des sanctions sans lien avec les faits. Dès lors l'individualisation légale, devant être fondée sur la gravité objective des faits n'opère plus son rôle. L'objectivité et donc la proportionnalité sont sacrifiées au profit de l'individualisation subjective réalisée par le juge. Cette pratique ne peut que conduire à fragiliser les principes de légalité et de nécessité. Il en résulte de plus que la peine n'est plus certaine ce qui réduit sa fonction intimidante, alors que l'absence de proportion entraîne un sentiment d'injustice. S'il paraît aujourd'hui nécessaire que la peine soit adaptée à la personnalité, elle doit rester suffisamment objective pour ne pas créer ce sentiment d'injustice.

A la vue des pratiques du législateur, il semble nécessaire de trouver des solutions permettant de lui imposer le respect des principes régissant l'individualisation légale. Ce respect pourrait passer par un contrôle du législateur. Les principes de légalité et de nécessité sont énoncés par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et ont donc valeur constitutionnelle. Mais si le Conseil constitutionnel, chargé de contrôler la conformité de la loi à la Constitution, fait appliquer le principe de légalité, les sanctions pénales ne pouvant être fulminées que par la loi et par le règlement s'agissant des contraventions, il se montre moins sévère s'agissant du principe de nécessité et de l'exigence de proportionnalité qui permet sa mise en œuvre. Le Conseil ne sanctionne en effet que les peines manifestement disproportionnées et refuse d'opérer un contrôle en dehors de ce cas au motif « *qu'il ne lui appartient pas de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines* »[122]. Ce contrôle est donc limité et ne peut donc actuellement suffire pour forcer le législateur à adopter des peines proportionnellement objectives, à moins d'un

120V. sur l'utilisation de la loi comme outil de communication par le législateur, E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p.277-278 et V. MALABAT, « Les infractions inutiles », *op. cit.*, p.74 et s.
121D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, *op. cit.*, p.221-222
122Cons. const., déc. 19-20 janvier 1981, n°80-127 DC

changement de cap du Conseil constitutionnel. En effet, « *toute peine dont la nécessité n'apparaît pas de manière évidente* »[123] devrait être sanctionnée.

Mais les peines fixées par le législateur pourraient faire l'objet d'un contrôle de conventionnalité. En effet, la Cour de Strasbourg a jugé que si les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme pouvaient faire l'objet de restrictions, celles-ci devant être d'origine légale et nécessaires à la protection de l'ordre public, ces restrictions doivent être proportionnées au but légitime recherché[124]. Or une sanction est toujours une restriction aux droits et libertés. Ainsi en application de la Convention, le législateur doit proportionner les peines à la gravité[125]. Ce contrôle serait toutefois limité aux droits et libertés énoncés dans la Convention. La Cour de justice des communautés européennes s'est également prononcée sur la proportionnalité des peines. Elle a en effet jugé, à propos des sanctions pénales que le législateur interne adopte pour garantir l'effectivité du droit européen, que les sanctions devaient être proportionnées, efficaces et dissuasives[126] [127].

Une dernière voie peut être envisagée pour contraindre le législateur à respecter les principes régissant l'individualisation légale de la peine. On l'a vu précédemment, les pratiques du législateur contemporain mènent à la fulmination de sanctions qui ne répondent pas toujours aux principes de nécessité ou de proportionnalité. Certains auteurs[128] proposent de soumettre l'élaboration des lois pénales prévoyant des peines au respect d'une procédure particulière, leur vote devant par ailleurs être soumis à une majorité qualifiée. Cette procédure plus stricte aurait alors pour but de faire prendre conscience au législateur de la gravité des faits qu'il entend sanctionner et ainsi de fulminer une peine adaptée. Dans le cas où il ne considérerait pas la peine comme nécessaire, la procédure plus stricte devrait alors le dissuader de l'adopter.

123E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p.236
124CEDH, 24 nov. 1986, aff. Gillow c/ Royaume-Uni
125V. sur la conventionnalité du principe de proportionnalité, D. ALLIX, « De la proportionnalité des peines », *op. cit.*, p.5-7
126CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-186/98, *Nunez et De Matos* et CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-213/99, *Andrade*
127V. sur la proportionnalité de la peine et la CJCE, E. GARCON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p.128
128E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p.276

CONCLUSION

L'individualisation légale, qui ne peut être qu'objective, est une obligation pour le législateur découlant du principe de légalité des peines. Ce pouvoir d'individualisation du législateur est limité par le principe de nécessité qui impose que la peine fulminée soit proportionnelle à la gravité de l'atteinte à l'ordre public résultant du comportement sanctionné. Le législateur s'est doté d'un système de seuils, l'échelle des peines, afin de fixer une peine proportionnée. Mais ce système s'avère complexe dans son application. Or si cette complexité « *peut être perçue comme un mal nécessaire dès lors qu'elle répond à un souci d'individualisation légale* »[129], elle ne résulte en réalité aujourd'hui que d'une méconnaissance par le législateur des principes de nécessité et de proportionnalité, ainsi que des règles qu'il s'est pourtant lui-même imposé. Le législateur fulmine les peines sans coordination entre celles-ci et sans vision d'ensemble. Il en résulte des incohérences et un droit qui devient difficilement compréhensible et qui est perçu comme injuste. Des solutions doivent donc aujourd'hui être trouvées pour redonner au droit de la peine sa cohérence et donc sa crédibilité.

129E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p.275

BIBLIOGRAPHIE

I - Ouvrages généraux

CORNU (G.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8e éd., 2008

DESPORTES (F.), LE GUNEHEC (F.), *Droit pénal général*, Economica, 16e éd., 2009

DREYER (E.), *Droit pénal général*, Lexis Nexis, 2e éd., 2012

GARCON (E.), PELTIER (V.), *Droit de la peine*, Lexis Nexis, 2010

PRADEL (J.), *Droit pénal général*, Cujas, 19e éd., 2012

II - Ouvrages spéciaux et thèses

BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, GF Flammarion, 1991

DECHENAUD (D.), *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, coll. « Bibl. sc. crim. », 2008

SALEILLES (R.), *L'individualisation de la peine*, F. Alcan, 3e éd., rééd. par R. Offenhof dans *L'individualisation de la peine, de Saleilles à aujourd'hui*, Erès, 2001

III - Articles, notes et observations

AGARD (M.-A.), « Le principe de la légalité et la peine », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2001, p.289

ALLIX (D.), « De la proportionnalité des peines », dans *Mélanges Soyer*, LGDJ, 2000, p.1

CARBONNIER (J.), « La peine décrochée du délit », dans *Mélanges Legros*, Ed. Université de Bruxelles, 1985

CARTIER (M. E.), « Les principes constitutionnels du droit répressif », dans *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM, 1995, p.153

DECOCQ (A.), « Les modifications apportées par la loi du 11 juillet 1975 à la théorie générale du droit pénal », *Rev. sc. crim*., 1976, p.5

DELMAS SAINT-HILAIRE (J.-P.), « Les principes de légalité des délits et des peines, réflexions sur la notion de légalité en droit pénal », dans *Mélanges Bouzat*, A. Pedone, 1980, p.149

FRANCILLON (J.), SALVAGE (Ph.), « Les ambiguités des sanctions de substitution », *JCP* 1984, I, 3133

GAU-CABEE (C.), « Jalons pour une histoire du principe de la légalité des peines », dans *A propos de la sanction*, LGDJ, coll. « travaux de l'IFR », 2007, p.39

GIUDICELLI (A.), « Le principe de légalité en droit pénal français », *Rev. sc. crim*. 2007, p.509

MALABAT (V.), « Les infractions inutiles, Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », dans V. MALABAT (dir.), B. de LAMY (dir.), M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p.71

ROBERT (J.-H.), « La détermination de la peine par le législateur et par le juge », dans *Droit pénal, le temps des réformes*, Litec, coll. « Colloques et débats », 2011, p.241

SOYER (J.-C.), « Une certaine idée du droit...de la sanction pénale », dans *Une certaine idée du droit*, Mélanges Decocq, Litec, 2004, p.557

VERMELLE (G.), « Le maximum et le minimum », dans *Mélanges Couvrat*, PUF, 2001, p.353

WALTHER (J.), « A justice équitable, peine juste ? Vues croisées sur les fondements théoriques de la peine », *Rev. sc. crim.* 2007, p.23

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES ABREVIATIONS.....2

SOMMAIRE.....3

INTRODUCTION.....4

Partie 1 – La détermination de la peine par le législateur.....11

Section 1 – Une détermination imposée par le principe de légalité.....11

§1 – Une individualisation fondée sur la gravité du trouble.....11
§2 – Un pouvoir encadré par le principe de nécessité.....15

Section 2 – Les outils d'individualisation au service du législateur 19

§1 – La fixation d'un maximum et d'un minimum.....19
§2 – Les variations du maximum légal en raison de la gravité.....22

Partie 2 – Les incohérences du législateur dans la détermination de la peine.....26

Section 1 – La méconnaissance des principes posés pour la détermination de la peine. 26

§1 – La méconnaissance du principe de nécessité : les infractions-doublons.....26
§2 – L'absence de lien entre gravité et peine : les peines alternatives.....29

Section 2 –Les incohérences du législateur dans le rapport entre gravité et peine.....32

§1 – L'absence de rationalité dans la fixation des circonstances aggravantes.....32
§2 – Les raisons du non-respect des principes régissant l'individualisation légale et les solutions envisageables.....36

CONCLUSION.....39

BIBLIOGRAPHIE.....40