

F O R U M

**Joël MORET-BAILLY
Eliette RUBI-CAVAGNA**

Droit pénal : la contre-Révolution silencieuse

L G D J

un savoir-faire de

lextenso

Joël Moret-Bailly
Eliette Rubi-Cavagna

Professeur(e)s de droit privé et sciences criminelles

À l'Université de Lyon (Université Jean
Monnet de Saint-Étienne)

Membres du Centre de Recherches
CRItiques sur le Droit
(CE.R.CRI.D. UMR-CNRS 5137)

Droit pénal :
la contre-Révolution
silencieuse



© 2021, LGDJ, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
www.lgdj-editions.fr
ISBN 978-2-275-07777-2

Collection Forum

- Jean-Luc Albert et Thierry Lambert, *La Cour des comptes. Un pouvoir rédempteur ?*, 2017.
- Christian Bessy, *L'organisation des activités des avocats. Entre monopole et marché*, 2015.
- Baptiste Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, 2013.
- Michel Bouvier, *L'impôt sans le citoyen ?*, 2019.
- Paul Cassia, *Sélectionner à l'entrée de l'université. Oui, mais comment ?*, 2017.
- Olivier Chaduteau, *La direction juridique de demain. Vers un nouveau paradigme du droit dans l'entreprise*, 2014.
- Florence Chaltiel Terral, *Le Conseil d'État, acteur et censeur de l'action publique*, 2017.
- Bruno Dondero, *Droit 2.0. Apprendre et pratiquer le droit au XXI^e siècle*, 2016.
- Olivia Dufour, *Justice, une faillite française ?*, 2018.
- Olivia Dufour, *Justice et médias. La tentation du populisme*, 2019.
- Olivia Dufour, *La justice en voie de déshumanisation ?*, 2021.
- Lauréline Fontaine, *Qu'est-ce qu'un grand juriste ?*, Essai sur les juristes et la pensée juridique contemporaine, 2012.
- Arnaud Freyder, *La fonction publique. Chronique d'une révolution silencieuse*, 2013.
- Christophe Jamin, *La cuisine du droit. L'École de Droit de Sciences Po : une expérimentation française*, 2012.
- Bertrand Mathieu, *Constitution : rien ne bouge et tout change*, 2013.
- Bertrand Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, 2015.
- Bertrand Mathieu, *Le droit contre la démocratie ?*, 2017.
- Pascal Mbongo, *L'identité française et la loi*, 2016.
- Pascal Mbongo, *E pluribus Unum. Du creuset américain*, 2016.
- Mustapha Mekki (dir.), *Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile : l'art et la technique du compromis*, 2016.
- Joël Moret-Bailly, *Les conflits d'intérêts. Définir, gérer, sanctionner*, 2013.
- Joël Moret-Bailly et Eliette Rubi-Cavagna, *Droit pénal : La contre-Révolution silencieuse*, 2021.
- Haïba Ouassi, *Le travail de demain : rénovation ou révolution ?*, 2014.
- Jean-Baptiste Prévost, *Penser la blessure. Un éclairage philosophique sur l'individualisation de la réparation en droit du dommage corporel*, 2018.
- Mathieu Touzeil-Divina, *Dix mythes du droit public*, 2019.

Sommaire

<i>Introduction</i>	11
Première partie. La responsabilité subjectivée	31
Chapitre 1. La montée en puissance de la logique de la dangerosité du délinquant.	35
Chapitre 2. L'évolution des techniques d'incrimination	59
Chapitre 3. L'avènement d'un « droit pénal de l'ennemi »	81
Chapitre 4. Le grand retournement de la philosophie punitive ?	99
Chapitre 5. La satisfaction de la victime	117
Deuxième partie. La légalité dévoyée	133
Chapitre 1. L'omniprésence du pouvoir exécutif	141
Chapitre 2. La montée en puissance des juges	159

Troisième partie. L'extension du domaine de la pénalité	195
Chapitre 1. Le développement d'un droit pénal « administratif »	199
Chapitre 2. L'élargissement des objets de la répression	215
Chapitre 3. La légitimation de techniques de contrôle	243
<i>Conclusion</i>	263
<i>Épilogue : un dialogue impromptu avec Benvenuto Cesare, magistrat à Milan</i>	287
<i>Bibliographie sélective</i>	293

« Comment les hommes étaient-ils jugés ? Pour un système social, point de meilleure pierre de touche que celle-là. »
M. Bloch, *La société féodale*, Albin Michel, 1939.

À nos étudiants.

Introduction

« Le juriste européen constate ainsi l'actualité d'une œuvre vieille de plus de deux siècles. Et il songe à la lettre écrite par Voltaire à Beccaria, le 30 mai 1768 : "Votre ouvrage, Monsieur, a fait du bien et en fera. Vous travaillez pour la Raison et l'Humanité..." »

R. Badinter, préface à l'ouvrage de C. Beccaria, Des délits et des peines, Flammarion, 1992, p. 47.

Cet ouvrage est né d'une insatisfaction, d'un malaise, voire de doutes face à des décalages, des écarts, des incohérences, apparus au fil d'enseignements et de recherches dispensés et menés depuis plus d'un quart de siècle, dans l'ensemble des matières relevant du droit pénal : droit pénal général, droit pénal spécial, procédure pénale, droit pénal des affaires, criminologie et sociologie criminelle, droit de la peine, droit pénal européen et international, etc.

Décalages notamment entre les développements introductifs des ouvrages de droit pénal et de nos cours, et leurs développements techniques, amenant à exposer des exceptions aux « grands principes »

du droit pénal mais d'une importance telle que ces exceptions en viennent à faire douter de la réalité (sinon discursive) des principes auxquels elles ne sont censées que déroger. Insatisfaction, malaise, doutes alors en ce qui concerne « l'intégrité » du système pénal au sens des objectifs qu'il est censé poursuivre et de sa cohérence affirmée vis-à-vis de la réalité, et de l'honnêteté intellectuelle qui consiste à le présenter, aujourd'hui comme hier, en référence aux principes censés le gouverner.

Décalages, donc, entre les principes philosophiques, hérités de la philosophie des Lumières, à l'origine du système pénal contemporain, et la réalité juridique et sociale de mise en œuvre desdits principes, dans les pratiques législatives, juridictionnelles, policières et administratives.

Distance, notamment, entre les principes exposés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, traduction normative de la philosophie des Lumières (partie intégrante du Préambule de la Constitution de 1958 et inspiration d'autres déclarations des droits de l'homme) et nombre de normes ou de décisions censées en découler ou ne pas les contredire. Sourd malaise, dans cette perspective, à lire, dans un amphithéâtre, les articles 5 à 9 de cette Déclaration et à penser, en les lisant, à ce qu'ils signifiaient il y a presque 250 ans, à ce que l'on peut imaginer en les lisant, et à la réalité qu'ils recouvrent à l'heure actuelle.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, extraits

Article V

La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.

Article VI

La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.

Article VII

Nul homme ne peut être accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance.

Article VIII

La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.

Article IX

Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la loi.

Notre hypothèse tend, on l'aura compris, à confronter le droit pénal contemporain au système pénal tel qu'il est pensé avant et pendant la Révolution française, et dont les principes sont censés perdurer. Nous allons, pour la préciser, aborder succinctement le droit pénal issu de la philosophie des Lumières, les remises en cause progressives de ce

dernier, puis le résultat objectivement contre-révolutionnaire de ces évolutions dans le droit contemporain.

A. Le droit pénal issu de la philosophie des Lumières

Le système pénal actuel est né au XVIII^e siècle, dans la filiation directe et constituant l'une des conséquences importantes de la philosophie des Lumières, en rupture avec le système pénal d'Ancien Régime.

Rappelons, si besoin, que l'un des principes du droit pénal d'Ancien Régime résidait dans l'arbitraire des incriminations et des peines, signifiant que les juges qualifiaient et choisissaient à la fois les comportements punissables et les peines devant leur être appliquées. Ce système admettait également la torture comme mesure nécessaire à l'enquête et était structurellement et explicitement inégalitaire, fondé, comme l'ensemble de la société, sur un système d'ordres (noblesse, clergé, tiers état), les peines étant différentes en fonction de l'ordre d'appartenance de la personne sanctionnée. Le système pénal d'Ancien Régime privilégiait, en outre, et pour reprendre une expression célèbre « l'éclat des supplices » symbolisant la puissance du souverain s'abattant sur le délinquant rompant l'ordre royal¹. Enfin ce système ne connaissait essentiellement l'emprisonnement que

1. M. Foucault, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, NRF, Gallimard, 1974, p. 18.

comme mesure destinée à garantir que la personne poursuivie n'échapperait pas à son jugement mais non comme punition en tant que telle.

La philosophie pénale du XVIII^e siècle allait s'opposer point par point à ces principes, critiquant le système en vigueur pour en proposer une refondation.

Le premier des critiques en la matière est, bien entendu, Voltaire, qui intervient dans le débat public à propos des quatre « Affaires », Calas, Sirven, Lally et La Barre², dénonçant notamment les préjugés, la procédure pénale, la barbarie des peines et le pouvoir excessif des juges.

Cesare Beccaria, auteur du *Traité des délits et des peines*, paru à Milan en 1764, est quant à lui unanimement considéré comme le fondateur du système pénal actuel³. L'ouvrage, traduit en France en 1766 et fondé en référence aux philosophies de Rousseau et de Montesquieu⁴, a connu, au moment de sa

2. Voltaire, *L'affaire Calas et autres affaires*, Éditions Folio classique. Cet ouvrage regroupe un ensemble de textes de Voltaire (dont le *Traité sur la tolérance*) autour des grandes affaires qu'il a défendues.

3. R. Badinter, *Présence de Beccaria*, préface (1991) à *Des délits et des peines*, (trad. Maurice Chevallier, Garnier Flammarion, p. 9-47.

4. Ph. Audegean, *La philosophie de Beccaria : savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Vrin, 2011. On pourra également écouter avec profit l'émission radiophonique suivante, animée par Adèle Van Reeth, *Les chemins de la philosophie*, 23 mars 2017, La punition (4/4) : Beccaria, *Des délits et des peines*, <https://www.franceculture.fr/emissions/les-chemins-de-la-philosophie/la-punition-44-beccaria-des-delits-et-des-peines>.

parution, un véritable retentissement dans l'Europe entière⁵.

La première réflexion que mène Beccaria, dans le chapitre II de l'ouvrage, est relative au fondement du droit de punir. Son point de départ pour ce faire est Montesquieu selon lequel « *tout acte d'autorité exercé par un homme sur un autre homme est tyrannique s'il n'est pas absolument nécessaire* », auquel il adjoint Rousseau pour fonder le droit de punir sur le contrat social puisque « *Ce fut donc la nécessité qui contraignit les hommes à céder une partie de leur liberté ; or il est certain que chacun n'en veut mettre à la disposition de la communauté que la plus petite portion possible mais qui suffise à engager les autres à le défendre. L'ensemble de ces plus petites portions possibles constitue le droit de punir ; tout ce qui s'y ajoute est abus et non justice, c'est un fait mais ce n'est déjà plus un droit* ».

De ce fondement, Beccaria tire différentes conséquences (chapitre III). La première est absolument fondamentale, clef de voûte, principe premier, matrice du système à venir, dont tout le reste découle : le principe de légalité des délits et des peines. Pour Beccaria, en effet, « *La première conséquence de ces principes est que les lois seules peuvent fixer la peine des délits, et que ce pouvoir ne peut résider qu'en la personne du législateur, qui représente toute la société unie par le contrat social* », niant par conséquent, à l'époque, au magistrat, la légitimité d'édicter la norme pénale.

5. M. Delmas-Marty, « Le rayonnement international de la pensée de Cesare Beccaria », RSC 1989 p. 252 à 260.

La première conséquence du principe de la légalité concerne l'interprétation des lois, objet du chapitre IV du traité, à propos de laquelle Beccaria écrit : « *Le pouvoir d'interpréter les lois pénales ne peut pas être confié non plus aux juges des affaires criminelles, pour la bonne raison qu'ils ne sont pas des législateurs. (...) Les inconvénients qui proviennent de l'observation rigoureuse de la lettre d'une loi pénale ne sauraient être mis en balance avec les désordres que provoque l'interprétation. (...) Lorsqu'un code formel de lois devant être observées à la lettre ne laisse au juge d'autre tâche que d'examiner les actes des citoyens et de déterminer s'ils sont conformes ou contraires à la loi écrite (...), les sujets n'ont pas à subir, de la part de nombreux petits tyrans, des vexations d'autant plus cruelles qu'il y a moins de distance entre l'oppresser et l'opprimé (...). C'est ainsi que les citoyens obtiendront la sécurité personnelle, qui est juste parce qu'elle est le but de la vie en société, et qui est utile parce qu'elle les met en état de calculer exactement les inconvénients d'une mauvaise action.* » On sait les limites pratiques de cette conséquence, la loi nécessitant par principe interprétation, et le principe théorisé par Beccaria ne pouvant sans doute pas, en réalité, être appliqué dans toute sa rigueur. La maxime pratique à tirer de cette conséquence est cependant tout à fait claire : le juge doit interpréter le moins possible et s'abstenir d'interpréter lorsque cela n'est pas nécessaire. La traduction du principe dans la technique pénale réside dans l'interprétation – selon les auteurs et les choix de vocables – stricte, ou déclarative, de la loi pénale, les interprétations extensives et par analogie étant, quant à elles, et par principe, prohibées.

Fonder un système se proposant d'établir une nouvelle pénalité nécessite également de déterminer le critère permettant de fixer le *quantum* des sanctions. Beccaria est très clair à ce propos écrivant, dans le chapitre VII du traité que : « *Les réflexions qui précèdent m'autorisent à affirmer que la vraie, la seule mesure des délits est le tort qu'ils font à la nation et non, comme certains le pensent par erreur, l'intention du coupable* », et d'opposer, dans le chapitre suivant, les délits qui « *mènent tout droit à la destruction de la société ou de ses représentants* », ceux qui « *nuisent à la sûreté personnelle d'un citoyen dans sa vie, ses biens ou son honneur* » et ceux qui « *sont des actes contraires à ce que les lois imposent ou interdisent à tout homme en vue du bien public* ».

Beccaria va, en outre, prendre clairement position, contre les pratiques de son temps, pour la « *modération des peines* » (chapitre XXVII), dans un but de prévention de la délinquance, sur la base du raisonnement suivant : « *Un des moyens les plus sûrs de réprimer les délits, ce n'est pas la rigueur des châtiments, mais leur caractère infaillible, par conséquent la vigilance des magistrats et, de la part du juge, la sévérité inexorable qui, pour être une vertu efficace, doit aller de pair avec une législation clémente. La certitude d'une punition, même modérée, fera toujours plus d'impression que la crainte d'une peine terrible si à cette crainte se mêle l'espoir de l'impunité. (...) Plus le châtiment dont on est menacé est cruel, plus on a de hardiesse pour l'esquiver, si bien que l'on commet plusieurs délits pour fuir le châtiment d'un seul* ». Soulignons cependant que modération des peines ne veut pas dire laxisme ou

absence de répression, puisque c'est bien le couple modération/certitude de la peine qui donne son sens au raisonnement.

Et Beccaria de lier son raisonnement sur le critère de fixation de la peine aux principes utilitaristes sur lesquels il construit le nouveau système pénal, écrivant que : « (...) *Pour qu'un châtement produise l'effet voulu, il suffit qu'il surpasse l'avantage résultant du délit ; encore faut-il faire entrer en ligne de compte la certitude de la punition et la perte du profit escompté. Tout ce qui va plus loin est superflu et porte la marque de la tyrannie* ».

Soulignons encore que Beccaria s'est rendu célèbre, dans le chapitre XXVIII du *Traité des délits et des peines*, par sa prise de position contre la peine de mort notamment du fait d'un argument également utilitariste, écrivant que « *Pour qu'une peine soit juste, elle ne doit avoir que le degré de rigueur suffisant pour détourner du crime. Or, il n'est personne qui, en y réfléchissant, puisse choisir la perte totale et définitive de sa liberté, si avantageux que puisse être le crime. Ainsi donc les travaux forcés à perpétuité, substitués à la peine de mort, ont toute la sévérité voulue pour détourner du crime l'esprit le plus déterminé* ». Où l'on peut également constater que, prônant un esclavage perpétuel, Beccaria n'a rien d'un réformateur laxiste.

La synthèse de ce que nous venons d'exposer se trouve dans les dernières phrases de l'ouvrage : « *De tout ce qui a été exposé ci-dessus on peut tirer une règle fort utile, mais peu conforme à l'usage, ce législateur ordinaire des nations : Pour que n'importe quelle peine ne soit pas un*

acte de violence exercé par un seul ou par plusieurs contre un citoyen, elle doit absolument être publique, prompte, nécessaire, la moins sévère possible dans les circonstances données, proportionnée au délit et déterminée par la loi ».

Beccaria

Cesare Beccaria Bonesana, marquis de Gualdrasco et Villareggio (Milan, 15 mars 1738 – 28 novembre 1794).

Cesare Beccaria, fils de Giovanni Saverio di Francesco et de Maria Visconti di Saliceto, obtient en 1758, à l'âge de 20 ans, son doctorat en droit à l'université de Pavie. Il rompt avec sa famille en 1761, suite à son mariage avec Teresa Blasco, le père de Beccaria considérant ce mariage comme une mésalliance. Sans ressources, il se met au service du pouvoir autrichien qui lui commande une étude sur la réforme du système pénal qui deviendra *Dei delitti e delle pene* (Milan, 1764), publié alors que Beccaria a 26 ans.

Inspiré, selon sa propre expression, par « l'immortel » Montesquieu, ainsi que par Helvétius et les encyclopédistes français (dont Rousseau, les époux Beccaria nommant leur fille Giulia, peut être en hommage à la Julie de *La nouvelle Héloïse*), Beccaria s'intéresse très tôt aux questions liées à l'équité du système judiciaire. Le traité *Des délits et des peines* pose les bases de la réflexion moderne en matière de droit pénal et amorce, en ce qui concerne la peine de mort, le premier mouvement abolitionniste.

Très rapidement traduit en français (1765), allemand (1766), anglais (1767), suédois (1770), polonais (1772), espagnol (1774), *Des délits et des peines* provoque un vif débat auquel participent des intellectuels de renom comme Voltaire ou Diderot. Il inspire différentes réformes judiciaires menées en Suède (1772) et en France (1780 et 1788), conduisant à l'abolition de l'emploi de la torture. Beccaria est publié en 1777 aux États-Unis où il inspire Thomas Jefferson. *Des délits et des peines* constituera également la base de la réforme, menée par le prince Pierre-Léopold, du Code pénal du grand-duché de Toscane qui deviendra le premier État au monde à abolir totalement la peine de mort et la torture.

En 1768, on crée pour Beccaria à Milan une chaire d'économie politique où il enseigne pendant deux ans, de 1769 à 1770. Beccaria s'était proposé de rédiger un grand ouvrage sur la législation en général, projet jamais mis à exécution. À partir de 1770, il devient haut fonctionnaire dans l'administration milanaise alors sous domination autrichienne ; il occupera ce poste jusqu'à sa mort.