

La dépénalisation

Jacques-Henri ROBERT

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Directeur de l'Institut de Criminologie

RÉSUMÉ. — L'histoire du **droit pénal** depuis 1791 montre que les matières qu'il a marquées de son empreinte ne s'en débarrassent jamais complètement, alors pourtant que le législateur a cru y introduire une **dépénalisation**. Mais sous cette observation générale, on doit distinguer deux phénomènes bien distincts.

a) Lorsque certaines incriminations sont abolies au profit de l'instauration de nouvelles **libertés**, dans le domaine des mœurs ou des relations de travail par exemple, une partie de la société rejette ces progrès. On assiste alors, après un temps plus ou moins long, à une réapparition du droit pénal, mais dirigé contre les personnes qui sont hostiles à l'extension des libertés. Ainsi, après la dépénalisation de l'adultère et de l'homosexualité, furent promulguées des lois qui réprimaient les personnes coupables de discriminations fondées sur la situation de famille ou sur les mœurs.

b) La dépénalisation s'observe encore lorsque le législateur est découragé par une délinquance de masse (les chèques sans provision), ou lorsqu'il veut instaurer une discipline trop fine pour pouvoir s'exprimer dans les catégories rigides des qualifications pénales (la concurrence, les marchés financiers). En ce cas, la répression pénale s'efface au profit de sanctions administratives, mais parfois au préjudice des droits de la défense ou de la prévisibilité de la norme.

Les exposés qui ont été présentés avant celui-ci montrent que l'opposition « public-privé » est enveloppée d'ambiguïtés : les philosophes l'interprètent comme ce qui sépare la chose juridique de la sphère de la conscience individuelle ; les juristes, par réflexe, songent à la distinction entre le droit public et le droit privé.

Le mot dépénalisation souffre de baigner dans le même flou : tantôt il désigne la disparition de toute sanction juridique attachée à une norme ¹, tantôt, et plus souvent, il s'applique à la substitution d'une sanction civile ou administrative à une sanction jusque-là pénale ². L'observation de l'évolution du droit positif montre que les deux phénomènes ont existé, mais de manières très inégales. L'abandon de toute sanction

¹ M. Delmas-Marty, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Economica, 1982, p. 159.

² M.-T. Calais-Auloy, « La dépénalisation en droit pénal des affaires », *D.* 1988, chr., p. 315, n° 2, note 5.

juridique aboutit, en pratique, à l'abolition, ou au moins à l'affaiblissement considérable, du caractère juridique de la norme à laquelle elle était attachée, et l'événement est très rare, dans la société moderne qui tend à imposer de plus en plus de disciplines à ses citoyens : il n'intéresse guère que les règles gouvernant les mœurs, avec la disparition, en 1791, des incriminations du blasphème, du suicide ou de l'homosexualité, puis, au cours du XIX^e siècle avec la levée des entraves pénales qui pesaient sur la liberté syndicale et le droit de grève.

En revanche, l'abolition d'une sanction pénale au profit d'une autre, qui ne l'est pas, est un sujet très actuel, dans les discours des autorités politiques plus que dans les actes législatifs. La raison de ces préoccupations est d'ailleurs purement pratique : faute d'imagination, les lois et règlements administratifs ont transformé le droit pénal positif en un obèse embarrassant. Dans les textes dont l'objet principal est commercial, comme les sociétés, ou civil, comme la protection du consommateur ou la bioéthique, les dispositions répressives qui figurent en remorque sont rédigées sans soin, elles alignent des incriminations nombreuses et vagues, et fulminent des peines choisies au hasard. L'effet produit n'est pas celui qu'on attend ordinairement du droit pénal, c'est-à-dire la dissuasion des éventuels délinquants, mais au contraire, chez les justiciables, l'indifférence et le mépris à l'égard de la loi : coupables pour coupables, les personnes que visent de tels textes ne se soucient plus de la menace pénale et, quand elles comparaissent devant les juridictions répressives, elles ont beau jeu de souligner les incohérences de la loi pénale.

Lorsque l'autorité publique prit enfin conscience du danger, vers 1985, on voulut entreprendre un travail de dépénalisation. Mais au préalable, il fallut prendre la mesure du superflu, donc établir le catalogue de toutes les incriminations en vigueur. Or le Ministère de la Justice s'en révéla d'abord incapable, et dut établir un service spécial pour dresser la liste, dénommée *NATINF* (comme « Nature des infractions »).

La dépénalisation effective eut une ampleur très limitée : on ne l'observa guère qu'avec la loi du 25 janvier 1985, sur « le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises », et avec l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, « relative à la liberté des prix et de la concurrence ». Mais ces retranchements ont été suivis de repousses : la jurisprudence a donné, de la banqueroute, une interprétation extensive que la loi du 10 juin 1994 vint bientôt confirmer ; et la loi du 29 janvier 1993 a redonné une vigueur pénale au droit économique.

Ailleurs qu'en ces domaines particuliers, la croissance du nombre des incriminations ne se ralentit pas. Le Code pénal de 1992 est plus copieux que celui de 1810, même s'il abaisse les *maxima* des peines encourues ; et le législateur ne cesse pas d'être saisi de bouffées répressives violentes, comme il le fut, par exemple, lors du vote des lois du 29 janvier 1993 sur la corruption, du 20 décembre 1993 dite « quinquennale sur l'emploi », ou du 29 juillet 1994, sur la bioéthique.

Ces phénomènes inspirent une hypothèse, qui constituera la problématique des propos que l'on va lire : les matières sur lesquelles le droit pénal s'est un jour développé ne sortent jamais du droit, ne retournent jamais devant le seul tribunal de la conscience privée.

On va tenter cette démonstration en commençant par les domaines dans laquelle elle semble plus difficile, mais aussi plus intéressante pour les philosophes, celui des mœurs et de la liberté individuelle. En ces matières, on croit pouvoir observer la dépénalisation la plus complète, car les progrès de la liberté sont immenses depuis qu'on ne

fait plus de procès pour hérésie ou obscénité à des Voltaire, Diderot, Flaubert, Baudelaire ou Oscar Wilde ; c'est vrai, mais si le droit pénal a abandonné de telles victimes, il en a trouvé d'autres, sur les mêmes terres, qui se veulent des maîtres de morale et combattent, avec de faibles armes, les libertés nouvelles. La répression a changé de cibles, mais le volume de ses incriminations n'a pas décliné.

Si l'on peut vérifier cette hypothèse, il ne sera guère difficile de montrer que, dans les matières économiques et financières, le droit pénal, quand il semble disparaître, change de forme mais non pas de nature.

I. — LE CHANGEMENT DES CIBLES DU DROIT PÉNAL DANS LE DOMAINE DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES

La liste est longue des incriminations qui ont disparu pour faire place à l'indifférence du droit (adultère, homosexualité, avortement, images [mais non « messages »] contraires à la décence), ou pour permettre l'instauration de nouvelles libertés (la liberté religieuse par l'abolition des incriminations de l'hérésie et du blasphème, le droit de grève, le droit de manifester publiques).

Mais la tolérance dans les mœurs et l'affirmation de libertés nouvelles ont engendré des réactions qui, après un temps plus ou moins long, ont provoqué le retour du droit pénal contre les protestataires. Ce reflux a été presque général, et il mérite analyse et commentaire.

A. — *L'analyse*

L'évolution de la législation relative à l'homosexualité offre un exemple frappant du phénomène étudié. Cette préférence sexuelle n'était pas, jadis, incriminée en elle-même, mais saisie comme circonstance aggravante de l'outrage public à la pudeur (art. 330, al. 2 de l'ancien code pénal), ou comme une variété de l'attentat aux mœurs commis sur un mineur, quelque soit son âge (art. 331, al. 3 dans sa rédaction due à l'ordonnance du 2 juillet 1945) : en ce dernier cas, la répression de l'homosexualité, qualifiée « acte impudique ou contre nature », résultait du fait que l'attentat hétérosexuel n'était punissable que si la victime était âgée de moins de quinze ans (art. 331, al. 1er). Les deux dispositions considérées ont été abrogées respectivement par les lois du 23 décembre 1980 et du 4 août 1982, cette seconde ayant donné lieu à de très âpres débats.

La réaction législative contre la réaction morale à ces abrogations est arrivée un peu plus tard, et d'une manière à la fois subreptice et paradoxale : la loi du 25 juillet 1985, qui portait « diverses mesures d'ordre social », comportait un chapitre Ier intitulé « Protection de la famille, de l'enfance et de la femme » ; on trouvait dans son article 1er de nouvelles rédactions pour les articles 187-1, 187-2, 416 et 416-1 de l'ancien code pénal, relatifs au délit de discrimination raciale : et parmi les nouveaux motifs de discrimination incriminés, figure « les mœurs », à côté de la référence à « la situation de famille », qui était là depuis la loi du 11 juillet 1975, relative aux divorces. Les tenants d'une morale traditionnelle qui regrettent le divorce et condamnent l'homosexualité,

deviennent ainsi, à leur tour, des délinquants s'ils mettent en œuvre leurs convictions en accomplissant certains actes juridiques (décisions administratives, embauche, bail etc.).

Un espace de temps beaucoup plus long sépare l'institution des libertés syndicales et la réaction pénale dirigée contre leurs adversaires, alors pourtant qu'il s'agit de libertés moins discutées : après la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats, il a fallu attendre la loi du 27 mars 1956 pour que soit incriminée la discrimination syndicale. Il est vrai qu'une autre incrimination, celle d'entrave, est un instrument très efficace pour faire taire les ennemis des syndicats et des organes représentatifs du personnel : c'est ainsi qu'un employeur fut condamné pour avoir affirmé que la désignation d'un délégué syndical était un acte « nocif » pour une de ses succursales³ ; et un autre subit le même sort pour avoir placardé une affiche qui décrivait inexactement la compétence du comité d'entreprise, en lui niant des pouvoirs que la loi, pourtant, lui confère⁴.

B. — *Commentaire*

Si des incriminations anti-réactionnaires sont nécessaires, c'est qu'une partie du corps social se rebelle contre les évolutions que veut lui imposer le législateur. On peut encore représenter le phénomène comme un conflit entre le droit naturel, que certains citoyens chérissent encore, et le droit positif.

Mais quand il s'agit de mœurs, ce positivisme ne met-il pas en danger les assises philosophiques et morales dont un État ne peut pas se passer ? La réponse à cette inquiétude est connue : les assises de l'État moderne ont, parmi leurs éléments, cette valeur fondamentale qu'est l'égalité et donc la non-discrimination ; l'État a une morale nouvelle, en partie différente de celle de l'Ancien Régime, et qui impose le devoir de tolérance, plusieurs fois célébré dans nos Journées : il consiste à tenir pour égal à soi-même ceux dont on désapprouve les valeurs. C'est un principe de paix civile, établi en 1789, et dont la violation a plongé l'Europe dans les tourments de la dernière guerre.

Le devoir de tolérance étant indiscutable dans son principe, la seule chose en discussion porte sur la nature de ce que l'on est obligé de tolérer, sous la menace des sanctions pénales de la discrimination. Si l'antiracisme et l'intégrisme religieux sont des intolérances condamnées, si la lutte anti-syndicale est un combat incertain, les lois de tolérance salissent leur majesté en mélangeant dans les mêmes articles, les mêmes phrases (aujourd'hui les articles 225-1 et 432-2 du Code pénal) la protection des minorités ethniques ou des syndicalistes d'une part, et celle des invertis, volages et polygames chrétiens, d'autre part. Cette promiscuité compromet la grandeur des droits de l'homme.

Ce ne sont pas les polémistes seulement qui le disent, mais le législateur lui-même qui le reconnaît. Lorsque, par exemple, il arriva que les rédacteurs de la loi sur la protection des consommateurs voulurent réglementer les annonces matrimoniales, ils durent rendre obligatoire l'indication du sexe, donc en l'espèce des mœurs, et de la situation de famille de l'annonceur et de la personne recherchée (art. 6 de la loi du 23 juin 1989), le tout en violation très expresse de l'article 225-1 du code pénal. Ce qui prouve que toutes les non-discriminations ne sont pas également justifiées, c'est que l'annonce matrimo-

³ Crim. 11 mai 1995, *Dr. pénal* 1995, comm. 206.

⁴ Crim. 22 oct. 1991, *Dr. pénal* 1992, comm. 75.

niale deviendrait illicite si elle indiquait la race ou les non-handicaps de la personne désirée. Le devoir de tolérance n'est donc pas indivisible, et varie avec son objet.

Mais il marche derrière presque tous les progrès des libertés, et caparaçonné de droit pénal, il nuit à la dépénalisation.

II. — LE CHANGEMENT DE FORME DE LA RÉPRESSION

Le législateur français conçut, dans l'histoire récente, une forme machiavélique de dépénalisation : celle qui consiste à dépouiller les tribunaux pénaux de leurs pouvoirs répressifs pour en investir une autorité administrative. L'accusation y trouve l'un ou l'autre des deux avantages suivants : les sanctions administratives, comme certaines amendes fiscales, sont d'abord infligées et ensuite discutées devant une juridiction ; si le législateur renonce à cette facilité, et établit une instance administrative devant laquelle l'accusé est invité à se défendre, l'autorité publique trouve là le moyen d'instituer un droit de caractère disciplinaire, c'est-à-dire très malléable et non point corseté par les qualifications pénales.

La première solution est préférée pour lutter contre une délinquance de masse que Foucault aimait nommer « illégalismes populaires ». La seconde se rencontre comme instrument dit « de régulation » de la vie économique et financière.

A. — *La répression sans discussion préalable de la délinquance de masse*

Le chèque sans provision était naguère un délit contre lequel les tribunaux correctionnels s'épuisaient en vain. Le moyen de surmonter la difficulté fut une large dépénalisation, remplacée par l'institution d'un « liste noire » des interdits bancaires, dressée par les autorités de la profession.

La police des étrangers est le théâtre de créations semblables : un indésirable peut être chassé hors de nos frontières à des titres divers, juridiquement dénommés expulsion, reconduite à la frontière, interdiction du territoire français, ou refus d'entrée, mais il s'agit d'une mesure qui a toujours le même effet pratique ; ses qualifications multiples ont pour intérêt de répartir entre l'autorité judiciaire et l'administration un pouvoir sanctionnateur plus ou moins grand, d'usage plus ou moins rapide, selon la politique d'immigration suivie à un moment donné. C'est ainsi que, dans un souci de sévérité, la loi du 9 septembre 1986 a donné, à la reconduite à la frontière, un caractère administratif (art. 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945), substitué à la forme judiciaire qu'elle revêtait auparavant (art. 19 de l'ordonnance précitée, dans sa rédaction du 29 octobre 1981).

L'évolution du retrait du permis de conduire donne un autre exemple de migration d'une sanction, mais vers le judiciaire cette fois-ci, et favorable aux justiciables : administrative selon les Codes de la route de 1922, 1939 et 1954, cette sanction devint judiciaire dans le Code de 1958, l'administration ne conservant que le pouvoir de la prononcer à titre provisoire. C'est que, très attaché à l'automobile, les citoyens français veulent pouvoir, par le moyen d'une procédure judiciaire contradictoire, défendre leur droit de

conduire. En revanche, la perte des points qui, depuis la loi du 10 juillet 1989, composent le permis, est qualifiée de sanction administrative ⁵.

Grisé par son succès, notre législateur crut un moment avoir atteint le raffinement extrême en sanctionnant d'amendes fiscales des infractions qui, sans toucher directement à la matière des impôts, pouvaient, pratiquement, être traitées par l'administration fiscale. Un exemple, excellent jusqu'à la caricature, est fourni par l'article 92 de la loi de finance du 30 décembre 1987 qui punissait d'une amende fiscale la publication irrégulière des revenus d'une personne, et qui, faute de proportionnalité entre la peine et la faute, fut annulé par le Conseil constitutionnel ⁶. La même tentative, suivie du même échec, fut risquée contre les débiteurs qui paieraient en espèces les sommes dont ils devraient s'acquitter par chèques ou par virements ⁷.

C'est que, imitant la Cour européenne des droits de l'homme, notre Conseil constitutionnel applique le concept de « matière pénale » à toutes les répressions, quelque forme qu'il plaise au législateur de leur donner ; il doit, en tous les cas, respecter les droits de la défense et le principe de la proportionnalité de la faute et de la sanction. La grande difficulté est alors de définir ce qu'est une sanction *ratione materiae* : la CEDH, responsable de l'invention, le fit dans son arrêt *Ostürk* en se référant au « caractère général de la norme sanctionnée et le but à la fois préventif et répressif de la sanction » ⁸.

La vigilance du Conseil et de la Cour européenne n'ont pourtant pas complètement brisé l'élan législatif : la loi du 2 février 1995, sur l'environnement, prévoit des amendes administratives tout bonnement infligées par le préfet, contre les affichages illégaux (art. 23 nouveau de la loi du 29 déc. 1979).

B. — *La répression administrative en matière économique*

Lorsqu'il ne s'agit plus de délinquance de masse, mais des manquements de puissances financières peu nombreuses, les droits de la défense sont rétablis, mais s'exercent devant de nouvelles hautes autorités administratives. Les fautes à sanctionner sont des atteintes à la concurrence et des indécences boursières. Le droit pénal est peu apte à s'en mêler, même si les juges judiciaires étaient parfaitement instruits des mécanismes de ces matières. Entre, par exemple, des contrats licites qui ont pour objet des fournitures ou une coopération technique, et des ententes illicites ou des abus de position dominante, il n'y a pas de différences de nature, mais de degré ; ou bien encore, entre deux joueurs en bourse, ce n'est pas la cupidité qui est inégale, mais l'habileté de l'un

⁵ CE 23 oct. 1993, deux arrêts, *UNOSTRA* et *Meyet et Artigaud*, D 1992, 511, concl. H. Légal. Crim. 6 juill. 1993, *D.* 1994, 33, note P. Couvrat et M. Massé ; *Dr. pénal* 1993, comm. 259, note J.-H. Robert.

⁶ Cons. const., déc. 87-237 DC, du 30 déc. 1987, *JO* 31 déc., p. 15761.

⁷ Cons. const. déc. 89-268 DC, du 29 déc. 1989, annulant l'article 107, al. 3 de la loi de finances pour 1990, *JO* 30 déc., p. 16498.

⁸ CEDH 21 févr. 1984 *Ostürk*, *Publications de la Cour*, Série, A, vol. ; 73. L'analyse de la formule a été scientifiquement conduite par le *Groupe de Recherche Droits de l'homme et logique juridique* « La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit », *Rev. sc. crim.* 1987, p. 819.

qui mérite d'être tolérée, et non pas celle de l'autre. Les définitions supposées tranchantes du droit pénal sont peu faites pour saisir ces nuances.

C'est pourquoi est né un droit disciplinaire, construit par le Conseil de la concurrence et par la Commission des opérations de bourse. À partir de notions légales ou réglementaires imprécises (position dominante, exploitation d'informations privilégiées, gestion intéressée de portefeuille), ces institutions ont élaboré une casuistique infiniment subtile qui sépare le bien et le mal, d'une façon qui n'est d'ailleurs pas toujours prévisible.

La répression effectivement exercée contre le mal est beaucoup plus sévère que celle qui aurait été pratiquée par les juridictions judiciaires, encore qu'elle ait pris des chemins différents.

Le Conseil de la concurrence a fondé son autorité en identifiant certains comportements illicites, qu'il a frappés d'amendes de plus en plus lourdes, au fil de ses décisions successives ; c'est un droit assis sur des précédents. La COB, elle, a été armée d'un instrument bien plus redoutable : la loi lui a conféré le pouvoir de faire des règlements qu'elle sanctionne elle-même, de telle sorte qu'elle est législateur et juge à la fois. Elle se trouve ainsi placée dans la situation des seigneurs féodaux ou des officiers royaux de l'Ancien Régime, et elle exerce son pouvoir sur un petit nombre de personnes, physiques et morales, enserrées dans un réseau de plus en plus rigoureux d'obligations et d'interdictions.

Certes, le prononcé des sanctions de la COB est précédé d'un débat contradictoire qui prétend imiter le procès judiciaire. Mais l'imitation est bien imparfaite, à cause notamment des pouvoirs d'investigation de la COB, qui sont tels que l'accusé est obligé de fournir les moyens de sa propre accusation.

Cette sorte de dépénalisation ne constitue pas un recul de la répression, mais s'installe au préjudice et des droits de la défense, et du principe de légalité.

Vaincu, le droit pénal sera aussi regretté là où passe la dépénalisation.

12 Place du Panthéon
75005 Paris