



LA PROPORTIONNALITE LEGALE : DE L'INCRIMINATION A LA PEINE

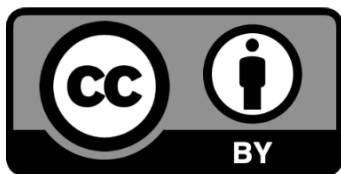
LEGAL PROPORTIONALITY: FROM INCRIMINATION TO PUNISHMENT

BENNANI Hniya

Laboratoire Droit Privé et Enjeux de Développement

Université Sidi Mohamed Ben Abdellah - FSJES Fès

Rights



Citation:

BENNANI, H. (2024). LA PROPORTIONNALITE
LEGALE : DE L'INCRIMINATION A LA PEINE.
REVUE DROIT ET SOCIÉTÉ, 5(14), 41-62.
<https://doi.org/10.5281/zenodo.13823964>



LA PROPORTIONNALITE LEGALE : DE L'INCRIMINATION A LA PEINE



RESUME

Le principe de proportionnalité, pierre angulaire du droit pénal, régit tant la création des infractions que la détermination des peines. Il assure un équilibre délicat entre la protection de la société et le respect des libertés individuelles. En effet, une incrimination disproportionnée peut porter atteinte aux droits fondamentaux, tandis qu'une peine excessive peut s'avérer injuste et contre-productive.

BENNANI Hniya

Doctorante

*Université Sidi Mohamed Ben
Abdellah - FSJES Fès*

Le législateur, dans sa mission d'élaboration de la loi pénale, doit veiller à ce que l'incrimination soit nécessaire et proportionnée à la gravité du comportement prohibé. De même, la peine doit être adaptée à la gravité de l'infraction et à la culpabilité du délinquant, sans être excessive ni insuffisante.

Cette étude se propose d'examiner la notion de proportionnalité dans le contexte législatif, en analysant les mécanismes mis en place par le législateur pour garantir la proportionnalité des

incriminations et des peines, ainsi que les défis posés par l'application de ce principe dans la pratique législative.

Mots-clés : *Proportionnalité, Incrimination, Peine, Législateur*

LEGAL PROPORTIONALITY: FROM INCRIMINATION TO PUNISHMENT

ABSTRACT:

The principle of proportionality, the cornerstone of criminal law, governs both the creation of offenses and the determination of penalties. It ensures a delicate balance between the protection of society and respect for individual freedoms. Disproportionate criminalization can infringe fundamental rights, while excessive punishment can be unjust and counter-productive.

In drafting criminal law, the legislator must ensure that criminalization is necessary and proportionate to the seriousness of the prohibited conduct. Similarly, the penalty must be adapted to the seriousness of the offence and the culpability of the offender, without being excessive or inadequate.

This study looks in detail at the concept of proportionality in the legislative context, analyzing the mechanisms put in place by the legislator to guarantee the proportionality of incriminations and penalties, as well as the challenges posed by the application of this principle in legislative practice.

Keywords: *Proportionality, Punishment, Legislator, Criminalization.*

INTRODUCTION

Élaborer des lois nécessite le regroupement de plusieurs facteurs dont principalement un véritable savoir. Considéré par conséquent comme un « instituteur du peuple »¹, le législateur et selon les principes du droit pénal, se dote du pouvoir d'une part d'incriminer une action et d'une seconde, d'en fulminer la peine qui lui convient. Cependant, force est de constater que le droit, tout comme toute autre discipline, est voué à une constante évolution. Ce

changement par conséquent peut créer, modifier ou encore supprimer une ou plusieurs normes tout en respectant une multitude de principes, entre autres, le principe de proportionnalité. Ce dernier vise à assurer un équilibre délicat entre la protection de la société et le respect des libertés individuelles. En effet, d'un côté une incrimination disproportionnée peut porter atteinte aux droits fondamentaux, d'un autre, une peine excessive pourrait s'avérer injuste. Il s'avère donc que pour qu'on puisse assister à un droit pénal transparent, rationnel et cohérent, la proportionnalité devrait être le maître-mot de toute norme de comportement. La problématique qui se pose dès lors est :

¹ Spector, C. (2015). Rousseau : Les paradoxes de l'autonomie démocratique. Le Bien Commun. p. 55



Comment le principe de proportionnalité peut-il garantir un équilibre juste en droit pénal ? Quels sont les critères permettant d'évaluer la proportionnalité d'une incrimination ? Comment le législateur peut-il assurer la proportionnalité des peines ?

Afin de répondre à ses questions, cette étude se propose de mettre en exergue la notion de proportionnalité en adoptant une méthode analytique ainsi qu'une approche historique permettant de retracer subtilement l'évolution de cette notion, des prémices aux prémisses. En se limitant à son aspect législatif ; l'étude part de l'hypothèse selon laquelle, d'une part, l'application effective de la proportionnalité dépendrait de la définition de critères précis permettant de mesurer la gravité d'un comportement et de justifier son incrimination et d'autre part, qu'il existerait des mécanismes qui permettraient de guider le législateur dans sa mission de fulmination de peines. Une troisième et dernière hypothèse peut être émise dans le sens où, en dépit de son importance fondamentale, la recherche d'une stricte proportionnalité pourrait être compromise.

Pour vérifier ces hypothèses et démystifier la notion de proportionnalité légale, cette étude se déroulera en deux temps : Dans un premier temps, nous explorerons le rôle que joue la proportionnalité que ce soit au niveau de l'incrimination que celui de la peine (I), ensuite, nous nous pencherons sur les mécanismes mis en place afin d'assurer une sanction juste et adaptée à chaque situation (II).

I. La proportionnalité légale : de l'incrimination à la sanction

Le schéma du mécanisme pénal peut être aisément compris : à un extrême se situe l'acte criminel, à l'autre extrême la sanction, et au milieu, l'individu

responsable du crime². L'idée de proportionnalité repose non seulement sur la sanction mais aussi sur l'incrimination. La proportionnalité de la peine n'est aucunement le fruit de la modernité et trouve ses prémices au sein de l'œuvre majeure de Cesare Beccaria « Des délits et des peines » parue à Livourne en Toscane en 1794. En ce sens, Beccaria a subtilement choisi ces derniers mots afin de conclure son ouvrage : « Pour qu'un châtement ne soit pas un acte de violence d'un seul ou de plusieurs, contre un citoyen, il doit être public, prompt, nécessaire, le moins rigoureux possible, proportionné au délit, et fixé par les lois »³. C'est ainsi que le concept de proportionnalité, tel un fil conducteur, tisse sa trame non seulement à travers l'échelle des sanctions, mais également dès les prémices de l'incrimination. L'objectif n'est pas uniquement de sanctionner, mais de le faire en adéquation avec la gravité de l'acte prohibé.

Assimilé à un architecte⁴ par Beccaria, le législateur et en édictant les normes pénales, doit veiller à ce que la gravité de l'incrimination soit en adéquation avec la gravité de l'acte prohibé, autrement dit : Une incrimination disproportionnée, en criminalisant excessivement un comportement, risque de porter une atteinte considérable aux libertés individuelles et par conséquent de mettre fin au lien de confiance entre tout citoyen et l'État. A côté, cette exigence de proportionnalité figure également dans le principe de légalité des délits et des peines imposant au législateur de donner une définition claire et précise des éléments constitutifs de l'infraction, afin d'éviter toute interprétation arbitraire et de garantir la sécurité juridique des justiciables.

² Le Gall, H. (2001). Le juge et la peine. In R. Ottenhof (Éd.), L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui. ERES. p. 251.

³ Beccaria, C. (1777). Traité des délits et des peines. Paris, Librairie de la Bibliothèque Nationale. p. 396.

⁴ Ibid, p. 107.



« Qu'il ne faut pas s'attacher à l'esprit mathématique de la proportion au point de rendre les lois subtiles, minutieuses et compliquées. Il ne faudrait, pour jeter du ridicule sur ce principe, que l'exagérer. Il serait aussi barbare de le négliger qu'absurde de vouloir le suivre dans les plus petits détails. Il y a un bien supérieur à la proportion et c'est la clarté dans les lois, la brièveté, la simplicité, leur effet exemplaire »⁵. En effet, le principe de proportionnalité au niveau de la création de la norme de comportement se conçoit d'une double perspective. Autant il peut être considéré comme étant une garantie mais aussi comme étant une limite : lorsqu'il s'agit de créer une nouvelle incrimination, le législateur se doit de porter un intérêt vif et une attention particulière aux règles de sa proportionnalité afin de non seulement garantir un certain degré de sécurité ressenti par les citoyens mais aussi aboutir à une politique pénale législative favorable⁶. L'aspect de garantie se dédouble par celui de limite dans la mesure où les comportements incriminés devraient être suffisamment nuisibles⁷ pour que naissance soit faite d'une nouvelle incrimination qui les concerne ce qui limitera par conséquent la promulgation de normes inutiles⁸.

A. La proportionnalité de l'incrimination : Une filiation avec de multiples principes fondamentaux :

Les principes fondamentaux du droit pénal constituent les piliers sur lesquels repose

⁵ Betham, J. Théorie des peines et des récompenses (Tome premier). Londres, p.30

⁶ Dachak, H. (2021). The Principle Of Proportionality of Crime and Punishment in International Documents. International Journal of Multicultural and Multireligious Understanding, 8. p. 687-688.

⁷ Chetard, G. (2019), La proportionnalité de la répression : Étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français, (Thèse, Strasbourg), p. 145.

⁸ Kirmann, F. (2018). Le principe de nécessité en droit pénal des affaires (Thèse, Université de Lorraine). p. 51.

un système judiciaire juste et équitable. Ils visent à garantir le respect des droits fondamentaux des individus, à encadrer l'exercice du pouvoir de répression et à assurer l'application d'une peine proportionnée à la gravité de l'infraction. Cependant, la proportionnalité de l'incrimination, loin d'être un concept isolé, s'inscrit dans un réseau de principes interdépendants, véritables garants d'un droit pénal juste. En premier lieu, le principe de légalité des délits et des peines (1) exige que toute incrimination soit prévue par une loi claire, précise et accessible. Ce besoin de transparence permet au citoyen de connaître à l'avance les comportements prohibés et les sanctions encourues, évitant ainsi toute surprise désagréable et garantissant la sécurité juridique. En second lieu, le principe de nécessité de l'incrimination (2) impose que la criminalisation d'un comportement ne soit envisagée que si elle est indispensable pour protéger tout intérêt social essentiel. Ce principe, corollaire du principe de subsidiarité, rappelle que le droit pénal doit être utilisé en dernier recours, lorsque les autres moyens de régulation sociale se sont révélés insuffisants.

1. L'incrimination et le principe de légalité criminelle :

La légalité, fondement du droit pénal. « *Nullum crimen, nulla poena, sine lege* », formulée par Ritter von Feuerbach, cette expression représente l'ossature du droit pénal en ce qu'elle englobe en elle-même une dose de proportionnalité car aucune incrimination, aucune peine ne peut exister sans la formulation explicite d'un texte⁹ ; marquant ainsi la trajectoire que doit entreprendre le législateur dans sa mission d'élaboration de la loi. Autrement dit, seules les actions conformes aux termes de la loi sont

⁹ Art. 3 du Code pénal.



susceptibles de sanctions¹⁰. Axiome guidant l'élaboration de la norme pénale, le principe de légalité de l'incrimination permet au législateur de s'attarder sur la question de *quand* incriminer avant de se pencher sur le *comment* afin de parvenir à la création d'une incrimination suffisamment claire en énonçant toutes les conditions qui ont pour effet de restreindre les garanties fondamentales¹¹ ; nécessaire en considérant la gravité des faits¹² et proportionnelle en faisant office de balance entre la gravité de ou des actes condamnés et les peines qui leurs sont imposées.

L'incrimination, objet de la loi pénale.

La loi pénale édicte et comprend l'incrimination en ce qu'elle se conçoit comme étant une interdiction décrétée par le législateur. Comme le souligne le Professeur Guillaume BEAUSSONIE, « La loi est, en effet, l'alpha et l'oméga de la matière pénale : de l'incrimination à la peine, en passant par la procédure consécutive à la commission de l'infraction, c'est au législateur, et au législateur seul, de poser ce qui doit être. »¹³ manifestant ainsi l'importance du principe de légalité dans l'aboutissement d'une incrimination. Cette dernière se définit comme « une transgression grave de l'ordre social qui consiste dans le fait pour une personne d'enfreindre par la violence, la ruse voire l'indiscipline, ce qui est interdit par la loi sous la menace d'une peine »¹⁴.

La légalité de l'incrimination. Le principe de légalité criminelle, pilier

fondamental du droit pénal, incarne la nécessité d'une base légale pour toute incrimination. Ce principe émet que nulle poursuite ni condamnation ne peut être engagée contre une personne pour un acte qui n'était pas explicitement prohibé par la loi au moment de son exécution. Le principe de légalité criminelle assure la protection des droits individuels en évitant l'arbitraire¹⁵ et en garantissant que les citoyens connaissent les règles qui gouvernent leur comportement. Il est également lié à la notion de prévisibilité de la loi¹⁶, qui est essentielle pour un système de justice équitable. Le principe de légalité criminelle assure la protection des droits individuels en évitant l'arbitraire¹⁷ et en garantissant que les citoyens connaissent les règles qui gouvernent leur comportement. Il est également lié à la notion de prévisibilité de la loi, qui est essentielle pour un système de justice équitable. En somme, ce principe exige que toute incrimination soit basée sur une loi clairement définie, énonçant les actes interdits et les sanctions correspondantes, afin de garantir la justice, la prévisibilité¹⁸ et la protection des droits fondamentaux des individus. Principe de nature constitutionnelle, le principe de légalité criminelle trouve son essence au sein des termes de l'article 23 de la Constitution disposant ainsi que : « nul ne peut être arrêté, détenu, poursuivi ou condamné en dehors des cas et des formes prévus par la loi ». En droit pénal, le législateur l'a mentionné dans l'article 3 du Code pénal disposant que : « nul ne peut être condamné pour un fait qui n'est pas expressément prévu comme infraction par la loi, ni puni de peines que la loi n'a pas édictées ». Entre acceptation large et

¹⁰ Drago, M.-L. (2016). Le principe de normativité criminelle, reconfiguration du principe de légalité criminelle (Thèse, Université de Montpellier), p. 14.

¹¹ Kirmann, F. (2018). Le principe de nécessité en droit pénal des affaires (Thèse, Université de Lorraine), p. 174.

¹² Pradel, J. (2019). Du principe de proportionnalité en droit pénal. Les Cahiers de droit, 60(4), p. 1133.

¹³ Beaussonie, G. (2018). Infraction. Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, p. 4.

¹⁴ Pin, X. (2022). Droit pénal général (14ème éd.). Dalloz, p. 3.

¹⁵ Cons. const., 19 et 20 janv. 1981, n° 80-127 DC.

¹⁶ Beauvais, P. (2007). Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des cours européennes. Archives de politique criminelle, 29, p. 7.

¹⁷ Cons. const., 19 et 20 janv. 1981, n° 80-127 DC.

¹⁸ Drago, M.-L. (2016). Le principe de normativité criminelle, reconfiguration du principe de légalité criminelle (Thèse, Université de Montpellier), p. 19.



précise¹⁹, la nécessité d'un texte par conséquent, se doit de respecter en amont plusieurs critères.

Précision, accessibilité et prévisibilité. « Qu'y a-t-il de commun entre le procédé du mathématicien et celui du législateur qui veut donner dans un Code les définitions des délits »²⁰ : Le mathématicien et le législateur, bien qu'opérant dans des domaines distincts, partagent une démarche commune : la recherche de précision et de clarté dans la définition de leurs objets d'étude. Le mathématicien quant à lui et en formulant des théorèmes et des axiomes, s'attache à définir rigoureusement les concepts et les relations qui les unissent. Il vise à établir un système cohérent et logique, où chaque élément trouve sa place et sa signification précise. De même, le législateur, en élaborant un code pénal, s'efforce de définir avec précision les infractions et les peines qui leur sont associées. Il s'agit de délimiter clairement les comportements prohibés, d'en préciser les éléments constitutifs, et de fixer les sanctions applicables, afin d'éviter toute ambiguïté ou interprétation arbitraire. En ce sens, Polaris considère que « le législateur ne doit point frapper sans avertir : s'il en était autrement, la loi, contre son objet essentiel, ne se proposerait donc pas de rendre les hommes meilleurs, mais seulement de les rendre plus malheureux, ce qui serait contraire à l'essence même des choses »²¹. Ce trio n'a certes pas le même sens, mais ces composantes sont toutes liées par le même fil conducteur. L'objet de la loi pénale se doit de respecter ces trois éléments (tout en restant au niveau de la formulation) pour pouvoir assister à une incrimination conforme aux attentes des citoyens et

surtout à la garantie d'une justice équitable. Si donc l'exigence de précision est de rigueur dans le choix des termes par le législateur, elle est pour autant à prendre avec des pincettes. La précision se voit dans la justesse, dans la proportionnalité. Autrement dit, la loi ne doit être ni imprécise, ni trop précise. Si la loi décrit minutieusement les actes qui rentrent en relation avec l'infraction en question, d'autres actes pourront, à force d'énumération, être mis de côté ou oubliés faute de précision excessive poussant ainsi le législateur à élaborer d'autres lois visant à les incriminer. En revanche, si la loi est considérée comme étant imprécise, ceci engendrera plusieurs situations : un potentiel arbitraire²² - (contesté par l'esprit même du principe de légalité criminelle) des juges dans leur mission d'interprétation et de qualification des faits ainsi qu'une insécurité juridique des citoyens ne savant pas si leurs actes sont condamnables ou non²³. Cette dernière situation rejoint le troisième critère précité, une loi imprécise serait donc imprévisible. L'exigence d'accessibilité quant à elle suppose qu'au sein de ses qualités rédactionnelles, la loi doit comprendre tous les « renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables »²⁴. En somme, précise, prévisible, claire et accessible, l'incrimination se veut également être nécessaire.

2. L'incrimination et le principe de nécessité :

²² « Le législateur devant rédiger la loi dans des conditions qui permettent au juge, auquel le principe de légalité impose d'interpréter strictement la loi pénale, de se prononcer sans que son appréciation puisse encourir la critique d'arbitraire ». Lamy, B. de. (n.d.). Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français. Les Cahiers de droit, 50(3-4). p. 607

²³ Drago, M.-L. (2016). Le principe de normativité criminelle, reconfiguration du principe de légalité criminelle (Thèse, Université de Montpellier), p. 124.

²⁴ CEDH, 2 août 1984, affaire Malone, série 1, n°82.



Dérivée de la nécessité, la proportionnalité a toujours été associée à cette notion notamment lorsqu'il s'agit de la fulmination ou encore de l'exécution d'une peine. Cependant, elles sont à distinguer. L'intrication de la proportionnalité et de la nécessité remonte à l'époque des Lumières en tant que postulat²⁵ où elles se voyaient être tel un appui afin de guider le législateur au moment de l'élaboration de l'incrimination car toute rigueur qui viendrait fausser l'équilibre entre l'infraction et la peine se voit être superflue et deviendrait par la suite tyrannique²⁶. En ce sens Montesquieu considérait que « toute peine qui ne dérive pas de l'absolue nécessité [...] est tyrannique »²⁷. Beccaria quant à lui estimait tout autant que la proportionnalité et la nécessité devraient exister entre les délits et les peines : « ...Le tort qu'ils font au bien public et les motifs qui portent à les commettre doivent donc être la mesure du frein qu'on cherche à les opposer... »²⁸. La philosophie pénale des Lumières a également mis l'accent sur le lien entre la proportionnalité et la nécessité qui peut être soulevé à titre implicite au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 énonçant que « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée » ; explicitement cette fois-ci, c'est aux termes de l'article 15 de la Déclaration de 1793 que l'on assistera à une réelle collision entre ces deux

notions : « la loi ne doit décerner que des peines strictement et évidemment nécessaires ; les peines doivent être proportionnées au délit et utiles à la société ». Il en ressort clairement de ces termes que la peine doit être non seulement nécessaire mais aussi proportionnée et comme ce n'est pas la peine dont il s'agira de traiter dans ce titre, il importera de la mettre de côté et de s'intéresser à l'extrême où elle s'attache, à savoir l'incrimination.

Comme précédemment soulevé, c'est au législateur que revient la tâche d'ériger en incrimination tel ou tel acte en prenant en considération la gravité des faits dans le but de protéger la société la rendant par conséquent nécessaire²⁹. L'examen de la nécessité de l'incrimination consiste à évaluer la pertinence et la justification de la criminalisation d'un comportement donné. Il s'agit de déterminer si l'incrimination envisagée répond à une nécessité sociale urgente, si elle poursuit un objectif légitime et si elle s'appuie sur des fondements solides. La nécessité de la peine, quant à elle, renvoie à l'appréciation de la proportionnalité entre la sanction proposée et la gravité de l'infraction commise. Une peine est considérée comme nécessaire lorsqu'elle est adaptée à la gravité de l'acte, sans être excessive ni insuffisante. Elle doit refléter l'indignité du comportement du délinquant, tout en respectant les principes fondamentaux du droit pénal, tels que la dignité humaine et la réinsertion sociale. En somme, la nécessité de l'incrimination et la nécessité de la peine sont deux facettes complémentaires d'un même principe : celui de la proportionnalité. L'une interroge la légitimité de la criminalisation, l'autre la justesse de la sanction. Ensemble, elles garantissent un droit pénal équilibré et respectueux des droits fondamentaux.

²⁵ Le Monnier de Gouville, P. (2014). Le principe de nécessité en droit pénal. *Les Cahiers de la Justice*, 3(3), p. 495

²⁶ Kolb, P., & Leturmy, L. (2019-2020). *Cours de droit pénal général* (5ème éd.). Gualino, Lextenso, p.53

²⁷ Porret, M., & Salvi, E. (2015). *Cesare Beccaria. La controverse pénale. XVIIIe-XXIe siècle*. Presses universitaires de Rennes, p.349

²⁸ Beccaria, C. (1877). *Traité des délits et des peines*. Paris, Librairie de la Bibliothèque Nationale, p.29

²⁹ Pradel, J. (2019). Du principe de proportionnalité en droit pénal. *Les Cahiers de droit*, 60(4), p. 1133.



B. Principes et pragmatismes dans la détermination des peines : de l'équilibre législatif à l'impératif de la sanction

Une perspective objective. La fixation de la peine par le législateur requiert sa considération de l'objectivité du délit sans avoir à s'attarder sur la personnalité du délinquant mais plutôt en prenant en considérant la gravité du trouble causé par le délit. Ce rôle objectif du législateur quant à la fixation des sanctions est encadré par le principe d'individualisation des peines. Ce principe peut être conçu de trois manières : l'individualisation légale opérée par le législateur, l'individualisation judiciaire consacrée par le juge et l'individualisation administrative réalisée en cours de la sanction. Il est certes connu que l'individualisation doit prendre en considération non seulement les faits mais également la personnalité de la personne mise en cause³⁰, mais lorsqu'il s'agit de l'individualisation légale et comme l'avait souligné Raymond Saleilles « la loi ne peut prévoir que des espèces, elle ne connaît pas des individus »³¹ ce qui la rend par conséquent objective dans la mesure où au moment de la fulmination de la sanction par le législateur, ce dernier ne peut aucunement prendre en considération l'état d'âme, l'esprit ou encore la mentalité du délinquant car ceux-ci lui échappent. Le législateur devra par conséquent analyser le fait sur la base de la gravité de l'atteinte à l'ordre public afin de fulminer une sanction proportionnée. Ce rôle se résume ainsi par le fait de « déterminer le tarif applicable à un comportement donné en fonction de son résultat dommageable

pour la société »³². L'objectivité du législateur dans la fixation des peines, bien que fondamentale, ne signifie pas pour autant une méconnaissance totale de l'individualité du délinquant. En effet, si le législateur ne peut anticiper les particularités de chaque cas d'espèce, il n'en demeure pas moins qu'il doit prendre en compte la diversité des situations humaines lors de l'élaboration des textes de loi. Cette prise en compte de l'individualité se manifeste notamment à travers la création de différentes catégories d'infractions, chacune assortie d'une échelle de peines spécifique. Ainsi, le législateur distingue les contraventions, les délits et les crimes, en fonction de la gravité de l'acte et de la culpabilité du délinquant.

Une perspective subjective. Si l'objectivité est un pilier essentiel de la fixation des peines par le législateur, une dimension subjective, plus nuancée, entre également en jeu. Cette subjectivité ne se traduit pas par une appréciation arbitraire de chaque délinquant, mais plutôt par une prise en compte de la nature humaine et de ses motivations profondes. Cette conception subjective de l'individualisation légale tire son essence des apports de l'école néoclassique où l'idée est de positionner la personnalité du délinquant au centre ; c'est en ce sens que Saleilles avait mentionné que : « L'école néo-classique est une école subjective et hardiment subjective, s'attachant à la considération de l'individu, tenant compte de la volonté qui a présidé au crime, appréciant le plus ou moins de culpabilité individuelle de l'agent...nous sortons de la justice strictement légale pour rentrer sous la justice disciplinaire...attachée à la considération de l'individu. On commence à ne plus voir seulement le crime, le criminel va passer au premier

³⁰ Art. 141 C. pén.

³¹ Saleilles, R. (1927). L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale. Paris, p.201

³² Hallot, S. (2012-2013). L'individualisation légale de la peine (Mémoire de Master 2, Université Paris-Sud). p.15



plan »³³. Autrement dit, la perversité du délinquant, entendue comme l'ensemble des éléments qui ont contribué à la réalisation de l'infraction, devient un élément clé de l'analyse législative. Cette perversité peut se manifester par la préméditation, la cruauté, le mobile futile ou encore l'absence de remords. Elle peut également être liée à des facteurs externes, tels que l'influence d'un groupe criminel, une situation de détresse sociale ou une pathologie mentale. En prenant en compte cette dimension subjective, le législateur peut mieux appréhender la gravité de l'infraction et adapter la peine en conséquence. Il peut ainsi prévoir des circonstances aggravantes pour les infractions commises avec une particulière perversité, ou au contraire, des circonstances atténuantes pour les délinquants ayant agi sous l'emprise d'une contrainte ou d'une perturbation psychologique.

Cette approche subjective de l'individualisation légale ne remet pas en cause l'objectivité fondamentale du droit pénal. Elle l'enrichit et la complète, en permettant une appréciation plus fine de la culpabilité et une meilleure adaptation de la peine à la réalité humaine. Elle témoigne d'une conception de la justice qui, tout en sanctionnant l'acte criminel, cherche à comprendre le délinquant et à favoriser sa réinsertion sociale.

1. Dualité et justification dans la doctrine des peines : l'entrelacement de la nécessité et de la proportionnalité

Nécessité et proportionnalité ont toujours été formées par un lien intrinsèque³⁴. « C'est la nécessité de la peine, (...) qui la

rend légitime. Qu'un coupable souffre, ce n'est pas le dernier but de la loi, mais que les crimes soient prévenus, voilà ce qui est d'une haute importance. Après le plus détestable forfait, si le législateur pouvait être sûr qu'aucun crime ne fut désormais à craindre, la punition du dernier des coupables serait une barbarie sans fruit, et l'on ose dire qu'elle passerait le pouvoir de la loi »³⁵. La peine demeure indispensable pour assurer l'ordre et préserver la société, particulièrement lorsque les autres méthodes de protection se révèlent inefficaces. En l'absence de répression, les actes criminels prolifèrent, l'impunité réinstaura le règne de la force individuelle, entraînant le désarroi de la société jusqu'à sa dissolution³⁶. La doctrine des peines, en tant que pierre angulaire du droit pénal, se déploie autour d'une dualité fondamentale : la nécessité et la proportionnalité. Ces deux principes, intrinsèquement liés, guident la détermination et l'application des sanctions pénales, assurant ainsi un équilibre délicat entre les impératifs de justice et les exigences de sécurité sociale.

Unicité de la nécessité et la proportionnalité en matière de peine.

La nécessité et la proportionnalité de la peine sont deux exigences fondamentales du droit pénal ; intrinsèquement liées dans une certaine perspective, elles peuvent être considérées comme une seule et même notion. Le lien intrinsèque de ces deux notions peut être perçu sous l'aune d'une induction qui résulte notamment des termes de l'article 8 de la DDHC énonçant que seules les peines strictement et évidemment nécessaires doivent être établies par la loi ; ceci permet de faire ressortir que la nécessité de la peine implique sa proportionnalité. Pour une meilleure compréhension,

³³ Saleilles, R. (1927). L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale. Paris, p.79

³⁴ Dourges, T. (2022). Répressions pénale et extra-pénales en droit comparé français et canadien : contribution à la théorie générale de la répression (Thèse, Université de Bordeaux ; Université de Sherbrooke). p.122

³⁵ Esnault, A. (1900). Du rôle du législateur dans la fixation de la peine (Thèse, Paris), p. 98

³⁶ Haus, J. J. (1874). Le fondement du droit de punir, Principes généraux du droit pénal (2ème éd.). Gand.



optons pour une logique proportionnaliste afin de mettre en exergue la relation entre la peine, la nécessité et l'incrimination. Le schéma du mécanisme pénal peut être concrétisé de la sorte à ce que dans un extrême se trouve l'incrimination, à l'autre extrême la sanction et au milieu cette fois-ci la notion de nécessité. Cette dernière ne concerne pas uniquement la peine dans le sens où elle doit être le seul recours et moyen possible pour protéger l'intérêt de l'ordre social, mais concerne également le comportement interdit auquel elle est rattachée. Le fondement proportionnaliste de l'idée de la nécessité de l'incrimination repose sur le fait que cette dernière se concrétise par la peine, ce qui rejoint l'essence même du principe de légalité selon lequel il n'y a pas de peine sans texte de loi et comme l'existence de l'une est une condition *sine qua non* de l'autre ceci induit que lorsqu'une sanction n'est pas nécessaire, ne l'est tout autant pas l'incrimination. Avant d'être considérée comme étant une notion cardinale du droit³⁷, la proportionnalité a d'abord été approchée dans une logique mathématique³⁸ qui induit un certain « rapport de grandeur entre les parties d'une chose, entre l'une d'elles et le tout »³⁹ ce qui est en adéquation avec le raisonnement adopté par la proportionnalité juridique. Autrement dit : « autant la règle de proportionnalité mathématique que le principe de proportionnalité juridique ont comme fondement un certain sens de la « mesure », une relation particulière entre [...] deux suites de nombres – ou

³⁷ Kolb, R. (2004). La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions : essai de clarification conceptuelle. In L. P. Forlati & L.-A. Sicilianos (Éds.), Les sanctions économiques en droit international = Economic sanctions in international law. M. Nijhoff. p. 379

³⁸ Amat, Q. (2022). Le principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle (Thèse, Université de Paris). p.13

³⁹ Guilmain, A. (2015). Sur les traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique. Revue de droit de McGill, (1). p.89

séries de facteurs, deux ou plusieurs procédures... »⁴⁰. Suivant ce raisonnement, la relation entre la nécessité de l'incrimination et la nécessité de la peine peut être concrétisée à l'aide du théorème de la contraposée :

Si $P \Rightarrow I$, alors $\neg I \Rightarrow \neg P$ (Si P induit I alors non-I induit non-P)

Suivant la logique mathématique, la contraposée se présente comme étant un raisonnement qui consiste d'affirmer l'implication « si non-I alors non-P » à partir de l'implication « si P alors I ». L'implication « si non-I alors non-P » est appelée contraposée de « si P alors I ». Autrement dit, si I équivaut à l'incrimination et que P renvoie à la peine, le raisonnement de la contraposée se traduira de la sorte : « s'il y'a une peine, alors il y'a une incrimination » est « s'il n'y a pas d'incrimination, alors il n'y a pas de peine ». Cette logique mathématique nous permet d'arriver non seulement à cerner la relation de proportionnalité entre ces deux éléments mais aussi la nécessité qui les relie : la nécessité de l'existence de l'une requiert la nécessité de l'existence de l'autre⁴¹.

Autonomie de la nécessité face à la proportionnalité en matière de peine. S'il est communément admis que la nécessité se voit comme étant une condition préalable à celle de la proportionnalité, il est tout à fait juste de souligner que ces deux notions ne sont pas forcément, en substance, dépendantes l'une de l'autre. D'un côté et à l'aune de la fragmentation triptyque allemande⁴², cette indépendance peut être dégagée de

⁴⁰ Piche, C. (2010). La proportionnalité procédurale : une perspective comparative. R.D.U.S., (40). p.554

⁴¹ Rousseau, P. (2022). Réflexions autour de la distinction entre nécessité et proportionnalité. Amplitude du droit.

⁴² Koskas, M. (2019). Le dynamisme de la proportionnalité : enjeux de la fragmentation tripartite du principe dans le processus juridictionnel. Revue des droits de l'homme, (15), p.5



l'examen opéré afin d'évaluer la légalité d'un acte (particulièrement les actes législatifs) se devant respecter à la fois trois exigences cumulatives⁴³ à savoir l'adaptation (ou adéquation), la nécessité et enfin la proportionnalité, d'un autre, leur autonomie se dégage de la logique nuancée qu'elles contiennent : la nécessité de la peine se réfère à son caractère indispensable pour atteindre les objectifs légitimes du droit pénal, tels que la prévention, la dissuasion, la rétribution et la réinsertion sociale. Une peine est nécessaire lorsqu'elle est l'unique moyen efficace de protéger la société et de rétablir l'ordre social compromis par l'infraction ; la proportionnalité de la peine, quant à elle, renvoie à l'adéquation entre la gravité de la sanction et la gravité de l'infraction commise, ainsi qu'à la culpabilité du délinquant. Une peine est proportionnée lorsqu'elle n'est ni excessive ni insuffisante, mais adaptée à la situation particulière de l'affaire et du condamné. Ainsi, une peine peut être nécessaire, c'est-à-dire indispensable pour atteindre les objectifs du droit pénal, mais néanmoins disproportionnée, si elle est excessivement sévère au regard de la gravité de l'infraction et de la personnalité du délinquant. À l'inverse, une peine peut être proportionnée, c'est-à-dire adaptée à la situation, mais non nécessaire, si d'autres mesures moins contraignantes peuvent atteindre les mêmes objectifs.

2. Peine et nécessité : justification du principe et du moyen d'action

Délimitant l'espace sacré de la loi, une peine nécessaire dans son sens objectif (en lien avec la violation d'une loi *a contrario* de son sens subjectif afférant à l'état psychologique qu'engendre une peine, à savoir son côté « pénible ») est justifiée par le besoin de rendre une loi effective pour les individus qui s'aventurent à la transgresser et ce dans

⁴³ Sauvé, J.-M. (2018). Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés ? Les Cahiers Portalis, (5). p.17

le but de maintenir l'ordre public. La nécessité d'une peine encourue se justifie également par les conséquences qu'impliquent une loi qui dans l'hypothèse, ne comprend pas de sanction : ceci renvoie à la situation d'un individu qui demeurera impuni à l'issue d'une transgression volontaire et réfléchie. Elle doit être tournée vers le futur, comme l'avait souligné Protagoras : « nul ne châtie un coupable en ayant dans l'esprit uniquement la faute commise. (...) Qui entreprend de châtier de façon raisonnable n'a pas en vue la faute passée quand il punit - car rien ne saurait abolir la faute passée ; il songe plutôt à l'avenir »⁴⁴, consécration même de son aspect dissuasif. Afin de concrétiser ce dernier, ce sera à l'aune de l'exigence de la nécessité en tant que principe d'action ainsi que la peine en tant que moyen d'action⁴⁵. En somme et comme l'avait souligné Guillaume CHETARD « la peine nécessaire ne doit donc pas simplement être utile : elle doit être strictement limitée à ce que commande le besoin de protection du corps social »⁴⁶. Raison pour laquelle le recours à la détermination d'une peine doit nécessairement se limiter aux atteintes les plus graves touchant des valeurs considérées comme étant essentielles : Cela signifie que le législateur est limité non seulement à incriminer des actes qui nécessitent une peine afin de ne pas porter atteinte à la liberté de tout individu, mais également à déterminer des sanctions pour punir de tels actes. Comme précédemment mentionné, l'incrimination et la peine sont intrinsèquement liées : si dans sa globalité l'incrimination ainsi que la peine assortie au stade de la fulmination

⁴⁴ Bevort, A. (2011). Le paradigme de Protagoras, Démocratie, le laboratoire suisse. Revue du MAUSS, (37).

⁴⁵ Rousseau, P. (2022). Réflexions autour de la distinction entre nécessité et proportionnalité. Amplitude du droit.

⁴⁶ Chetard, G. (2019), *La proportionnalité de la répression : Étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français*, (Thèse, Strasbourg), p. 101



remplissent le critère de nécessité, il faudra se pencher sur la question de savoir comment le législateur fait pour déterminer le respect du critère de proportionnalité de la peine.

II. Normativité et adaptabilité en droit pénal : de la proportionnalité des peines à l'instrumentalisation législative

Conception formelle de la peine par le législateur. La matérialisation des peines par le législateur se caractérise par un processus d'analyse rigoureux et minutieux quant à la nature de chaque comportement à incriminer ainsi que le degré de gravité relative en comparaison aux autres infractions. Le législateur se doit par la suite de déterminer le cadre légal spécifiant chaque type de sanctions qui peut être prescrite pour chaque infraction. Afin de garantir une justesse et donc la proportionnalité de la peine, le législateur prévoit ce cadre légal essentiellement dans le but de donner une réponse mesurée et adéquate de la société face aux actes perpétrés. Ainsi, en déterminant des sanctions de façon réfléchie, précise et concise, le législateur contribue à la protection des droits individuels.

La détermination de la peine par le législateur (ainsi que le juge) est considérée comme étant un processus marqué essentiellement par son individualisation⁴⁷ rappelé aux termes d'un arrêt rendu par la CSC mentionnant que « La justification de cette approche individualisée réside dans le principe de proportionnalité, principe fondamental de détermination de la peine suivant lequel la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de

responsabilité du délinquant. Afin que « la peine corresponde au crime », le principe de proportionnalité commande l'examen de la situation particulière du délinquant et des circonstances particulières de l'infraction »⁴⁸.

A. Mécanismes législatifs de fixation des peines : garantir la proportionnalité des sanctions par les instruments juridiques :

Afin de garantir la proportionnalité des peines que le législateur fulmine, ce dernier met en place un certain nombre de mécanismes encadrés à la fois par le principe de proportionnalité ainsi que le principe de nécessité. L'exigence de nécessité relative au recours à la peine par le législateur doit nécessairement être réservée aux atteintes portées aux valeurs jugées comme fondamentales, ce qui promet une justice n'ayant recours à la coercition uniquement lorsque cela est nécessairement requis. L'exigence de proportionnalité de la peine quant à elle se rattache à une conception comparative fondée sur une appréciation qualitative de deux ou plusieurs facteurs pour arriver à la mesure escomptée. Ces deux principes réunis, la peine doit donc être nécessaire et dosée⁴⁹ ; agissant ainsi à la fois comme garantie et frein. Frein au pouvoir législatif dans son rôle d'individualisation de la peine en l'empêchant d'en fixer de très élevées et inversement, de très basses en prenant compte la gravité de l'acte et l'atteinte occasionnée par celui-ci à l'ordre public, en effet, attacher à la sanction d'un fait une réponse disproportionnée constitue soit une injustice irréparable soit la non-application de la loi⁵⁰. Les garanties accordées par l'intrication de ces deux principes offrent la protection des droits

⁴⁷ Ben M'barek, Y. (2019). Le principe d'individualisation à l'épreuve des peines minimales d'emprisonnement : étude comparée des systèmes de justice pénale français et canadien (Mémoire de Master 2, Université Laval), p.23

⁴⁸ Arrêt R. c. Proulx CS Canada, part. 82, 31 janvier 2000, 1 RCS 61.

⁴⁹ Cusson, M. (1987). Pourquoi punir ? Paris, Dalloz.p.173

⁵⁰ Laurent Saenko, « De la proportionnalité de la peine encourue », Gazette du Palais, 2017, n°36, 2017, p.73



fondamentaux et des libertés individuelles en amoindrissant des intrusions permettant l'efficacité d'une norme de comportement face au but qu'elle tend à accomplir. La préservation de la proportionnalité et la nécessité des peines jouent un rôle essentiel dans leur fixation au sein du cadre législatif, raison pour laquelle ce dernier est doté d'une panoplie de mécanismes favorisant cela allant d'une variable quantitative (1) à une variable temporelle (2).

1. La fixation d'une fourchette de peine : les limites du maximum et du minimum

La fixation de la peine ou le choix de la mesure. Le législateur offre une structure claire et équitable au préalable concrétisée au niveau d'une échelle de peine où une classification tripartite des infractions en crimes, délits et contraventions est réalisée dans le but d'identifier et de prévoir la bonne peine⁵¹. En ce sens, Beccaria assimilait d'ores et déjà le législateur à un architecte⁵² et qu'en référence à cette classification « Il devrait y avoir une échelle correspondante de peines, descendant de la plus forte à la plus faible. Mais il suffira au sage législateur d'en marquer les points principaux et d'en respecter l'ordre, en se gardant d'appliquer aux délits du premier degré les peines du dernier »⁵³. Grâce à cette classification, le législateur fixera pour chaque catégorie une tarification de sanctions à écoper. Cette opération permettra non seulement de poser les jalons d'une mesure proportionnée mais également d'apporter une sorte de base

de calcul coûts/bénéfices au futur délinquant avant de passer à l'acte.

Les limites du maximum et du minimum. Aux termes de l'article 111 du CP, les infractions sont divisées graduellement selon leur gravité en crime, délit correctionnel ou de police et en contravention. Sur la base de cette classification tripartite et dans un souci de délimitation, le législateur comme l'a souligné feu Jean Pradel « se borne à poser la règle de la proportionnalité et en laisse l'interprétation au juge »⁵⁴. En établissant des plafonds sous forme de seuil minimal et maximal, le législateur pose les limites qui permettent de définir de façon claire l'étendue des peines pour chaque catégorie d'infraction présentant une limite pour les juges, contribuant ainsi à la prévisibilité de leurs décisions.

2. La fixation d'un délai de prescription : un monopole du législateur

« Il faut admettre qu'entre les mains du législateur, la prescription pénale, si elle maniée avec sagesse, représente un instrument souple de dosage entre mémoire et oubli, sanction et pardon »⁵⁵. Le facteur temporel joue un rôle primordial dans le système pénal. Le considérant comme monopole du législateur⁵⁶, la prescription donne sens au lien tissé entre le temps et le droit pénal. Il est cependant important de faire une distinction entre la prescription de l'action publique et la prescription de la peine ; si toutes deux sont marquées par la proportionnalité, elles diffèrent pour autant par leur contenu.

De la proportionnalité de la prescription de l'action publique.

⁵¹ Pradel, J. (2019). Du principe de proportionnalité en droit pénal. Les Cahiers de droit, 60(4). p. 1134

⁵² Beccaria, C. (1877). Traité des délits et des peines. Paris, Librairie de la Bibliothèque Nationale. p.30

⁵³ Chetard, G. (2013). La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, (1). p. 64

⁵⁴ Pradel, J. (2019). Du principe de proportionnalité en droit pénal. Les Cahiers de droit, 60(4). p. 1132

⁵⁵ Dejemepe, B. (2020). La prescription ou la gestion complexe du temps de la justice.

⁵⁶ Op.cit.



Considérée comme étant une « application du droit à l'oubli, la prescription empêche l'exercice de l'action publique au-delà d'un délai d'inertie, dont la durée varie en fonction de la gravité de l'infraction concernée »⁵⁷, elle est également définie comme « le droit accordé par la loi à l'auteur d'une infraction de ne plus être poursuivi ni jugé après l'écoulement d'un certain délai depuis la réalisation des faits »⁵⁸. Il en ressort de ces définitions deux fondements centrés autour d'un seul et même noyau donnant sens à l'instrumentalisation de la notion de proportionnalité à savoir le facteur temporel en liaison tout d'abord avec la gravité des faits ainsi que la notion d'oubli. Il apparaît ainsi que sur la base de cette logique, le premier fondement proportionnaliste de la durée de la prescription se rapporte donc à la gravité de l'infraction⁵⁹, en effet, la temporalité pénale se fonde sur la mesure de la gravité des infractions pour aboutir à la détermination de sa durée. Pour Beccaria, le critère qui lui a servi à donner une sorte de mesure au dommage opéré par les infractions est « l'exemple de l'impunité » qui varie selon deux classes différenciées par la teneur des actes perpétrés en leur sein. Aux termes du § XIII du Traité des Délits et des Peines intitulé « De la Procédure et de la Prescription », Beccaria considère que « dans les délits plus atroces, et par conséquent plus rares, l'innocence de l'accusé est plus probable ; la prescription pourra donc être prolongée (...) Dans les délits moins graves,

l'innocence de l'accusé étant moins probable (...) ; mais les délais de la prescription seront plus rapprochés ; parce que l'impunité n'entraîne pas les mêmes conséquences »⁶⁰. Cette logique se concrétise et ressort de l'article 5 du CPP marocain dont les délais ont été fixés à 15 années pour les crimes (20 ans antérieurement), 4 années pour les délits (5 ans antérieurement) et 1 année pour les contraventions (2 ans antérieurement) suite à leurs modifications apportées par la loi 35-11 du 17 octobre 2011. Le deuxième fondement proportionnaliste de la prescription pénale de l'action publique est encadré par les théories objectives qui reposent sur la notion de « l'oubli de l'infraction par l'opinion »⁶¹ : la notion d'oubli ou de souvenir⁶² joue un rôle central et primordial dans la compréhension de cette mesure temporelle⁶³ puisqu'elle détermine également le délai à partir duquel un acte ne peut être poursuivi. Ce délai est modulé en fonction de la gravité de l'infraction démontrant l'importance de la notion de proportionnalité entre la gravité des faits et le temps nécessaire à l'oubli⁶⁴ ; ceci rejoint l'idée initiale apportée par Beccaria selon laquelle « le critère de l'exemple de l'impunité contient et absorbe en lui celui du dommage effectif, de la gravité effective de l'infraction, parce que plus les crimes sont graves, voire atroces, plus ils restent longtemps dans la mémoire des hommes »⁶⁵.

⁵⁷ Lebreton, T. (2024). Procédure pénale – A jour de la loi du 20 novembre 2023 d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027 (LOPM) (2e éd.). Ellipses. p. 179

⁵⁸ Duran, E. (2023-2024). La prescription de l'action publique : Étude juridique, défis actuels et réforme proposée (Mémoire de Master 2, Université de Liège). p.8

⁵⁹ Audegean, P. (2021). Aux sources de l'arithmétique criminelle : pitié et amour de soi. Beccaria et le temps judiciaire. Dix-Huitième Siècle. p.2

⁶⁰ Beccaria, C. (1877). Traité des délits et des peines. Paris, Librairie de la Bibliothèque Nationale, p.58

⁶¹ Hubert, C. (2002). Le temps de l'imprescriptibilité. Revue juridique de l'Ouest, (3). p.335

⁶² Fourny, V. (2011). Le désordre de la prescription de l'action publique (Mémoire de Master 2, Université Panthéon-Assas), p. 19

⁶³ Bouloc, B. (2016). Regard sur la protection pénale. AJ Pénal, (6), p. 296

⁶⁴ Pradel, J. (2019). Du principe de proportionnalité en droit pénal. Les Cahiers de droit, 60(4). p. 1135

⁶⁵ Audegean, P. (2021). Aux sources de l'arithmétique criminelle : pitié et amour de soi. Beccaria et le temps judiciaire. Dix-Huitième Siècle. p.3



A la proportionnalité de la prescription des peines. Cette dernière, contrairement à la première, est définie comme étant « l'écoulement d'un certain laps de temps qui provoque l'extinction du droit de condamner un inculpé, un prévenu ou un accusé »⁶⁶. C'est en effet la prise en considération de ce laps de temps⁶⁷ que l'on pourrait admettre encore une fois que la prescription dans ses nombreuses facettes, peut être perçue comme une application du principe de proportionnalité. Aux termes de l'article 54 du CP marocain : « La prescription soustrait le condamné aux effets de la condamnation » lorsque la peine n'a pas été exécutée dans les délais fixés⁶⁸ à juste titre par la loi. Tout comme les délais impartis pour la prescription de l'action publique, ceux prévus pour la prescription des peines sont également et respectivement au sens des articles 649, 650 et 651 du CPP marocain de 15 années pour les peines criminelles, 4 années pour les peines délictuelles et 1 année pour les peines contraventionnelles.

En se référant ainsi à cette classification tripartite et comme l'a souligné Jean Pradel « il serait en effet disproportionné de prévoir qu'une peine prononcée pour un crime se prescrive par un délai aussi court qu'une peine prononcée pour une contravention »⁶⁹. Fondée sur la gravité des faits, l'œuvre du temps et la force

d'oubli qu'il génère⁷⁰ et qu'elle soit de nature à limiter toute possibilité de poursuites pénales⁷¹ ou de faire obstacle à l'exécution d'une peine qui a été prononcée, la notion de proportionnalité se voit être présente et en accord avec toutes les facettes de la prescription pénale. Si donc « le temps influence obligatoirement la constitution et la répression d'une infraction »⁷², la proportionnalité quant à elle est un point d'ancrage non seulement dans le cadre des conséquences de l'infraction mais également à celles de la condamnation dans le but d'assurer une justice pénale équitable, proportionnelle et rationnelle. Entre fixation d'une fourchette de peine et fixation d'un délai de prescription, le législateur se muni certes donc de mécanismes permettant de garantir le respect de la proportionnalité sans toutefois que ce dernier soit immuable.

B. Les lacunes législatives dans l'établissement des sanctions pénales : quand la proportionnalité fait défaut

L'absence de corrélation entre peine et gravité : le cas des peines alternatives. La peine d'emprisonnement a pour certains⁷³ toujours été une peine de référence⁷⁴ et pour d'autres, des substitutions à celle-ci doivent être

⁶⁶ Lepour, S, La prescription de l'action publique, une institution gouvernée par des lois de circonstances ? (Mémoire de Master, Université catholique de Louvain), p.7

⁶⁷ Aux termes d'une note de recherche rédigée par la Direction générale Bibliothèque, Recherche et Documentation sur Les règles de prescription en matière pénale : « ...à savoir que le temps a raison de tout, qu'après un délai plus ou moins long il arrive toujours un moment où, dans les rapports sociaux, ce qui est le passé ne doit plus être remis en cause et que, même si ce passé fut délictueux, mieux vaut encore passer l'éponge ».

⁶⁸ Art. 648, C.P. pén.

⁶⁹ Pradel, J. (2019). Du principe de proportionnalité en droit pénal. Les Cahiers de droit, 60(4). p. 1134

⁷⁰ Kolb, P., & Leturmy, L. (2018-2019). L'essentiel du Droit pénal général (15e éd.). Gualino. p. 114

⁷¹ Lepour, S, La prescription de l'action publique, une institution gouvernée par des lois de circonstances ? (Mémoire de Master, Université catholique de Louvain), p. 12

⁷² De Graëve, L. (2006). Essai sur le concept de droit de punir en droit interne (Thèse, Université Jean Moulin – Lyon III), p.198

⁷³ « Aujourd'hui la prison reste la peine de référence alors même qu'aux termes de la loi elle ne doit qu'être une mesure de dernier recours. » : Hazan, A. (2020). Repenser le système pénal et pénitentiaire. Les Cahiers de la Justice, p.7

⁷⁴ Jouette, P. (2022). En finir avec les tigres de papier : l'effectivité des peines alternatives à l'emprisonnement. In M. Danti-Juan, Quelle place pour les alternatives à la prison au seuil du XXIe siècle ? Presses universitaires juridiques Université de Poitiers ; LGDJ, p.1



développées⁷⁵ dans le but de promouvoir une sorte d'équité relative aux sanctions pénales ; cette même et dernière logique a été fortement consolidée par une multitude de positions doctrinales, la liste n'est certes pas exhaustive et comporte en elle des réflexions autour de « l'humanisation des peines »⁷⁶ émanant de Beccaria qui dans l'esprit de son Traité était contre la peine de mort en admettant que la proportion entre les peines et les délits est nécessaire à une peine juste et celle-ci ne rentre pas dans le cadre de la peine capitale⁷⁷ en prônant par conséquent une peine alternative qui consiste à asservir les hommes⁷⁸, ou encore de Jeremy Bentham qui dans une approche utilitaire de la sanction, une alternative se doit d'être élaborée afin que « le système pénal puisse mieux se concentrer sur les objectifs des mesures pénales elles-mêmes »⁷⁹ en ayant recours à des sanctions d'une nature différente⁸⁰ (à savoir les sanctions auxiliaires). En ce sens et sur le plan juridique national, sur la base du projet de loi n° 43-22 portant sur les peines alternatives, le système pénal marocain est sur la voie de se doter d'une nouvelle palette de peines comme son nom l'indique « alternatives

» dans le but de diversifier les sanctions pénales. L'introduction de ce type de peine au Maroc et comme l'a souligné le Ministre de la Justice Abdellatif Ouahbi s'insère dans une logique selon laquelle la justice pénale marocaine a besoin et est fortement dans la nécessité d'adopter des peines alternatives⁸¹ permettant ainsi aux juges de les substituer aux peines de référence dont les objectifs primaires sont tout d'abord de limiter les peines privatives de liberté de courte durée et de faire baisser par conséquent le taux d'incarcération ainsi que d'amoindrir les coûts occasionnés par l'hébergement des détenus. Sur le plan international et en se référant aux Règles minima des Nations Unies pour l'élaboration de mesures non privatives de liberté (Règles de Tokyo) les peines alternatives sont définies comme « toute action déterminée par une décision rendue par une autorité compétente, à tout niveau de l'administration de la justice pénale, par laquelle une personne soupçonnée ou accusée d'un crime, ou reconnue coupable d'un crime, se soumet à certaines conditions ou obligations qui ne comprennent pas l'emprisonnement. Le terme se réfère en particulier aux sanctions imposées pour une infraction, en vertu desquelles le délinquant doit demeurer dans la collectivité et obéir à certaines conditions »⁸².

Il s'agit de préciser tout d'abord qu'il n'est pas question de traiter de l'effectivité, de l'efficacité ou de l'efficience des peines alternatives mais

⁷⁵ Fourquet, J., Hazan, A., & Taquet, A. (2020). La prison : alpha et oméga de la punition ? Éditions de l'Aube. p. 39

⁷⁶ Carim Antonio, A. (2011). Les peines alternatives dans le monde (Thèse, Université de Limoges), p. 18-19

⁷⁷ « Il convient donc, dans l'application des peines, de n'employer que celles qui sont proportionnées à la gravité des délits, et les plus capables de faire sur l'esprit des hommes une impression efficace et durable, mais les moins douloureuses pour le condamné. » : Beccaria, C. (1877). Traité des délits et des peines. Paris, Librairie de la Bibliothèque Nationale. p.67

⁷⁸ Grin, N., Meyer, P., & Reymond, N. (2019). Des délits et des peines : Un essai sur la représentation de la justice et du juge selon Beccaria (Travail de validation, Université de Lausanne), p.13

⁷⁹ Tulkens, F. (1987). Les principes du code pénal de Bentham. In P. Gérard et al. (Éds.), Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham. Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles.

⁸⁰ Van de Kerchove, M. (1987). Décriminalisation et dépénalisation dans la pensée de Jeremy Bentham. In P. Gérard et al. (Éds.), Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham. Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles.

⁸¹ H24Info.ma, « Les peines alternatives, une solution pour remédier à la surpopulation carcérale », publié le 15 décembre 2023 : « Le système pénal dans notre pays a besoin d'adopter les peines alternatives, notamment à la lumière des indicateurs et des données enregistrés au niveau de la population carcérale, affectant négativement la situation au sein des établissements pénitentiaires, et limitant les efforts et les mesures prises dans le cadre de la mise en œuvre des programmes de réinsertion et la rationalisation des coûts d'hébergement dans ces établissements »

⁸² Carim Antonio, A. (2011). Les peines alternatives dans le monde (Thèse, Université de Limoges). p. 34



de faire ressortir l'ambiguïté que présentent celles-ci quant à l'enjeu primaire de toutes peines : le maintien d'un équilibre proportionnel entre elles et la gravité des faits. Partant du fait que la relation qu'entretient la peine et la gravité des actes est l'un des pivots du principe de proportionnalité, ce dernier peut, dans la mission d'élaboration de la loi par le législateur, être lacunaire. Le législateur en concrétisant les termes de Beccaria selon lesquels « Il devrait y avoir une échelle correspondante de peines, descendant de la plus forte à la plus faible »⁸³, opère une classification tripartite des infractions tout en leur accordant la mesure des peines conditionnée par un seuil minimal et un seuil maximal et afférente par conséquent à la gravité de chaque classe mettant ainsi l'accent sur le lien de proportionnalité existant entre elles sous forme d'un repère de gravité⁸⁴ ; en d'autres termes : « La peine d'emprisonnement continue de dicter la classification tripartite des infractions. Cette peine permet encore de mesurer la gravité objective du délit »⁸⁵. Lorsqu'il s'agit des peines alternatives, cette mesure dans son objectivité se retrouve biaisée car en étant rédigées en liste sans pour autant être liées à aucune norme de comportement (contrairement aux peines principales qui certes sont également érigées en listes, mais restent quand même prévues pour chaque incrimination), portent atteinte au principe de proportionnalité car fixées de manière générale, elles écartent toute corrélation entre la gravité des faits et la

peine fixée et donc toute proportionnalité rejoignant les propos de Jeremy Bentham « La punition doit être ajustée à chaque infraction particulière »⁸⁶, justifiant ainsi un défaut de lien et donc une absence de proportionnalité.

Conclusion :

Le principe de proportionnalité se révèle être un pilier fondamental du droit pénal, guidant à la fois la création des incriminations et la détermination des peines. Il agit comme un garde-fou contre l'arbitraire et l'excès, garantissant que le droit pénal reste un instrument de justice et non d'oppression.

L'incrimination, acte fondateur du droit pénal, doit être proportionnée à la gravité du comportement prohibé. Une incrimination excessive peut porter atteinte aux libertés individuelles et ébranler la confiance des citoyens envers l'État. À l'inverse, une incrimination insuffisante peut laisser impunis des comportements socialement nuisibles. Cette étude a confirmé que la définition de critères clairs pour évaluer la gravité d'un comportement est fondamentale pour assurer la proportionnalité de son incrimination. Le principe de légalité et bien qu'essentiel, ne suffit aucunement à la garantir, raison pour laquelle il est nécessaire de le compléter par d'autres critères spécifiques.

La détermination de la peine, quant à elle, doit également être guidée par le principe de proportionnalité. La sanction doit être adaptée à la gravité de l'infraction et à la culpabilité du délinquant, sans être excessive ni insuffisante. L'étude a mis en ce sens en évidence l'existence de divers mécanismes et outils qui permettent au législateur d'assurer la proportionnalité des peines. Cependant, force est de constater que ces mécanismes ne sont pas toujours suffisants pour garantir ce juste milieu et

⁸³ Chetard, G. (2013). La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, (1), p. 64

⁸⁴ Hallot, S. (2012-2013). L'individualisation légale de la peine (Mémoire de Master 2, Université Paris-Sud). p.32

⁸⁵ Jouette, P. (2022). En finir avec les tigres de papier : l'effectivité des peines alternatives à l'emprisonnement. In M. Danti-Juan, *Quelle place pour les alternatives à la prison au seuil du XXIe siècle ?* Presses universitaires juridiques Université de Poitiers ; LGDJ. p.5-6

⁸⁶ Deymié, B. (2021). La prison, entre expiation et réinsertion. *Fédération protestante de France*. p.14



ce notamment dans le cas des peines alternatives où le lien entre la gravité de l'infraction et la peine encourue peut s'avérer difficile à établir.

Somme toute, le principe de proportionnalité est un concept dynamique et évolutif, qui s'adapte aux changements sociaux et aux nouvelles formes de criminalité. Il est le garant d'un droit pénal

juste et équilibré, qui protège à la fois la société et les droits individuels. Le respect de ce principe est une condition essentielle pour maintenir la confiance des citoyens dans le système judiciaire et assurer la légitimité de l'action publique. Il est donc crucial de donner suite à la réflexion sur les moyens qui pourront renforcer la proportionnalité en droit pénal.

BIBLIOGRAPHIE :

Ouvrage :

- Beaussonie, G. (2018). *Infraction*. Répertoire de droit pénal et de procédure pénale.
- Beccaria, C. (1877). *Traité des délits et des peines*. Paris, Librairie de la Bibliothèque Nationale.
- Betham, J. *Théorie des peines et des récompenses* (Tome premier). Londres.
- Cusson, M. (1987). *Pourquoi punir ?* Paris, Dalloz.
- Fourquet, J., Hazan, A., & Taquet, A. (2020). *La prison : alpha et oméga de la punition ?* Éditions de l'Aube.
- Haus, J. J. (1874). *Le fondement du droit de punir, Principes généraux du droit pénal* (2ème éd.). Gand.
- Kolb, P., & Leturmy, L. (2018-2019). *L'essentiel du Droit pénal général* (15e éd.). Gualino.
- Kolb, P., & Leturmy, L. (2019-2020). *Cours de droit pénal général* (5ème éd.). Gualino, Lextenso.
- Lebreton, T. (2024). *Procédure pénale – A jour de la loi du 20 novembre 2023 d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027 (LOPM)* (2e éd.). Ellipses.
- Pin, X. (2022). *Droit pénal général* (14ème éd.). Dalloz.
- Portalis, J.-E.-M. (1801). *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*. Classiques des sciences sociales.
- Rossi, P. (1835). *Traité du droit pénal*. Bruxelles.
- Sailleilles, R. (1927). *L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale*. Paris.

Articles :



- Audegean, P. (2021). Aux sources de l'arithmétique criminelle : pitié et amour de soi. Beccaria et le temps judiciaire. *Dix-Huitième Siècle*.
- Beauvais, P. (2007). Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des cours européennes. *Archives de politique criminelle*, 29.
- Bevort, A. (2011). Le paradigme de Protagoras, Démocratie, le laboratoire suisse. *Revue du MAUSS*, (37).
- Bouloc, B. (2016). Regard sur la protection pénale. *AJ Pénal*, (6).
- Chekkouri, R. (2020). Nul n'est censé ignorer la loi (pénale marocaine) ! *Village de la Justice*.
- Chetard, G. (2013). La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, (1).
- Dachak, H. (2021). The Principle Of Proportionality of Crime and Punishment in International Documents. *International Journal of Multicultural and Multireligious Understanding*, 8.
- Dejemeppe, B. (2020). La prescription ou la gestion complexe du temps de la justice.
- Deymié, B. (2021). La prison, entre expiation et réinsertion. *Fédération protestante de France*.
- Guilmain, A. (2015). Sur les traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique. *Revue de droit de McGill*, (1).
- Hazan, A. (2020). Repenser le système pénal et pénitentiaire. *Les Cahiers de la Justice*.
- Hubert, C. (2002). Le temps de l'imprescriptibilité. *Revue juridique de l'Ouest*, (3).
- Jouette, P. (2022). En finir avec les tigres de papier : l'effectivité des peines alternatives à l'emprisonnement. In M. Danti-Juan, *Quelle place pour les alternatives à la prison au seuil du XXIe siècle ?* Presses universitaires juridiques Université de Poitiers ; LGDJ.
- Kolb, R. (2004). La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions : essai de clarification conceptuelle. In L. P. Forlati & L.-A. Sicilianos (Éds.), *Les sanctions économiques en droit international = Economic sanctions in international law*. M. Nijhoff.
- Koskas, M. (2019). Le dynamisme de la proportionnalité : enjeux de la fragmentation tripartite du principe dans le processus juridictionnel. *Revue des droits de l'homme*, (15).
- Lamy, B. de. (n.d.). Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français. *Les Cahiers de droit*, 50(3-4).
- Le Gall, H. (2001). Le juge et la peine. In R. Ottenhof (Éd.), *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*. ERES.



Le Monnier de Gouville, P. (2014). Le principe de nécessité en droit pénal. *Les Cahiers de la Justice*, 3(3).

Piche, C. (2010). La proportionnalité procédurale : une perspective comparative. *R.D.U.S.*, (40).

Porret, M., & Salvi, E. (2015). Cesare Beccaria. *La controverse pénale. XVIIIe-XXIe siècle*. Presses universitaires de Rennes.

Pradel, J. (2019). Du principe de proportionnalité en droit pénal. *Les Cahiers de droit*, 60(4).

Rousseau, P. (2022). Réflexions autour de la distinction entre nécessité et proportionnalité. *Amplitude du droit*.

Saenko, L. (2017). De la proportionnalité de la peine encourue. *Gazette du Palais*, (36).

Sauvé, J.-M. (2018). Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés ? *Les Cahiers Portalis*, (5).

Spector, C. (2015). Rousseau : Les paradoxes de l'autonomie démocratique. *Le Bien Commun*.

Tulkens, F. (1987). Les principes du code pénal de Bentham. In P. Gérard et al. (Éds.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*. Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles.

Van de Kerchove, M. (1987). Décriminalisation et dépenalisation dans la pensée de Jeremy Bentham. In P. Gérard et al. (Éds.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*. Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles.

Thèses et mémoires :

Amat, Q. (2022). *Le principe de proportionnalité en droit de la propriété intellectuelle* (Thèse, Université de Paris).

Ben M'barek, Y. (2019). *Le principe d'individualisation à l'épreuve des peines minimales d'emprisonnement : étude comparée des systèmes de justice pénale français et canadien* (Mémoire de Master 2, Université Laval).

Carim Antonio, A. (2011). *Les peines alternatives dans le monde* (Thèse, Université de Limoges).

Chetard, G. (2019), *La proportionnalité de la répression : Étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français*, (Thèse, Strasbourg)

De Graëve, L. (2006). *Essai sur le concept de droit de punir en droit interne* (Thèse, Université Jean Moulin – Lyon III).



Dourges, T. (2022). *Répressions pénale et extra-pénales en droit comparé français et canadien : contribution à la théorie générale de la répression* (Thèse, Université de Bordeaux ; Université de Sherbrooke).

Drago, M.-L. (2016). *Le principe de normativité criminelle, reconfiguration du principe de légalité criminelle* (Thèse, Université de Montpellier).

Duran, E. (2023-2024). *La prescription de l'action publique : Étude juridique, défis actuels et réforme proposée* (Mémoire de Master 2, Université de Liège).

Esnault, A. (1900). *Du rôle du législateur dans la fixation de la peine* (Thèse, Paris).

Fourny, V. (2011). *Le désordre de la prescription de l'action publique* (Mémoire de Master 2, Université Panthéon-Assas).

Grin, N., Meyer, P., & Reymond, N. (2019). *Des délits et des peines : Un essai sur la représentation de la justice et du juge selon Beccaria* (Travail de validation, Université de Lausanne).

Hallot, S. (2012-2013). *L'individualisation légale de la peine* (Mémoire de Master 2, Université Paris-Sud).

Kirmann, F. (2018). *Le principe de nécessité en droit pénal des affaires* (Thèse, Université de Lorraine).

Séglène, L. (n.d.). *La prescription de l'action publique, une institution gouvernée par des lois de circonstances ?* (Mémoire de Master, Université catholique de Louvain).

Décisions judiciaires :

CEDH, 2 août 1984, affaire Malone, série 1, n°82.

Arrêt R. c. Proulx CS Canada, part. 82, 31 janvier 2000, 1 RCS 61.

Cons. const. (1981, janvier 19-20). *Décision n° 80-127 DC*.

