

THÈSE EN COTUTELLE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE
DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX
ET DE L'UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

ÉCOLE DOCTORALE DROIT (ED 41)
FACULTÉ DE DROIT
SPÉCIALITÉ DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES

Par Tiphaine DOURGES

**RÉPRESSIONS PÉNALE ET EXTRA-PÉNALES EN DROIT COMPARÉ
FRANÇAIS ET CANADIEN.**
Contribution à la théorie générale de la répression

Sous la direction d'Olivier DÉCIMA
et de Simon ROY

Soutenue le 9 décembre 2022

Membres du jury :

Mme BONIS, Évelyne , Professeur à l'université de Bordeaux,	Examinatrice
M. CONTE, Philippe , Professeur à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas	Président du jury, Rapporteur
M. DÉCIMA, Olivier , Professeur à l'université de Bordeaux	Directeur
Mme GIDROL-MISTRAL, Gaële , Professeure à l'Université du Québec à Montréal	Examinatrice
M. ROY, Simon , Professeur à l'Université de Sherbrooke	Codirecteur
M. STYLIOS, Alexandre , Professeur à l'Université Laval	Rapporteur

À mes parents,
À Benoit,

REMERCIEMENTS

Je remercie mes codirecteurs, Messieurs les professeurs DECIMA et ROY, grâce au soutien desquels j'ai pu mener à bien ce projet de recherche.

Je remercie Monsieur le professeur DECIMA pour sa confiance et sa franchise, qui m'ont permis de développer mon idée de thèse avec liberté et rigueur, au-delà de ce dont je me pensais capable.

Je remercie Monsieur le professeur ROY pour sa direction attentive et souple, grâce à laquelle je suis parvenue à trouver mon chemin dans l'immensité du sujet abordé.

Je remercie Monsieur le professeur SAINT-PAU pour son soutien tout au long de mon parcours doctoral.

Je remercie les enseignants-chercheurs de mes comités de suivi de thèse pour leur écoute, leur bienveillance et leurs conseils : Madame le professeur BONIS, Madame DE JACOBET DE NOMBEL, Madame le professeur MALABAT, Monsieur le professeur SAINT-PAU.

Je remercie également les enseignants-chercheurs de l'ISCJ, de l'IRDAP et de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke qui ont accepté d'échanger sur mon sujet et qui m'ont ainsi aidé à affirmer et à affiner ma thèse.

J'adresse des remerciements particuliers à Marion LACAZE dont la présence stimulante, encourageante et bienveillante s'est étendue bien au-delà des seules discussions que nous avons eu à propos de ma thèse.

Je remercie l'ensemble du personnel de la bibliothèque de l'ISCJ pour sa disponibilité et son aide.

Je remercie mes collègues et amis de l'ICSJ, de l'IRDAP et de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke pour tous les moments partagés.

Je remercie Jeanne pour cette grande traversée du doctorat et les belles aventures que nous avons vécues durant celle-ci.

Je remercie Ariane, Laure et Lucie, pour leurs encouragements et leur force. Vous m'avez inspiré et aidé à tenir bon.

Je remercie Marie-Sophie pour sa présence constante, jusqu'au bout, malgré la distance.

Je remercie Bruno pour son précieux soutien technique et moral.

Je remercie mes parents pour leur soutien inconditionnel.

Je remercie Benoit pour sa présence et son soutien jusque dans les derniers instants, son humour et ses relectures attentives. Avec toi, tout est différent et rien ne sera plus pareil.

LISTE DES ABREVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

al.	alinéa(s)
ABCA	<i>Alberta Court of Appeal</i>
A.C.F.	Arrêts de la Cour fédérale du Canada
AFLD	Agence française de lutte contre le dopage
A.C.	Appeal Cases
<i>Arch. Phil. dr.</i>	Archives de philosophie du droit
art.	article(s)
ass.	assemblée
Ass. plén.	Assemblée plénière
BCCA	<i>British Columbia Court of Appeal</i> (référence neutre)
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
<i>Bull. Joly Bourse</i>	Bulletin Joly Bourse
c.	contre (dans les références des décisions de la CEDH et de la Cour suprême du Canada)
c.	chapitre (dans les références des lois au Canada)
CA	Cour d'appel
C.A.F.	Cour d'appel fédérale (Canada)
C.c.B.C.	Code civil du Bas-Canada
C. civ.	Code civil (France)
<i>C.C.L.R.</i>	<i>Canadian Criminal Law Review</i>
C. com.	Code du commerce (France)
C. conso.	Code de la consommation (France)
C.c.Q.	Code civil du Québec
C.cr.	Code criminel (Canada)
<i>C. de D.</i>	Cahier de droit
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
C. env.	Code de l'environnement
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
C.F.	Cour fédérale
CISR	Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada
CGI	Code général des impôts
chr.	Chronique
coll.	collection
Civ. 1 ^e :	1 ^e chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3 ^e :	3 ^e chambre civile de la Cour de cassation
C. conso.	Code de la consommation
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	commentaire
concl.	conclusions
<i>Contra</i>	en sens contraire
Cons. const.	Conseil constitutionnel (décision)
Const.	Constitution (France)
Conv. EDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
C. monét. et fin.	Code monétaire et financier (France)

C.p.c.	Code de procédure civile (Québec)
C.p.p.	Code de procédure pénale (Québec)
C. pén.	Code pénal (France)
C. pénit.	Code pénitentiaire (France)
C. pr. pén.	Code de procédure pénale (France)
C. prop. int.	Code de la propriété intellectuelle (France)
C. prop. pers. pu.	Code général de la propriété des personnes publiques
C.R.R.	<i>Canadian Rights Reporter</i>
CSC	Cour suprême du Canada
C. séc. int.	Code de la sécurité intérieure (France)
CSP	Code de la santé publique (France)
C.s.r.	Code de la sécurité routière (Québec)
C. urb.	Code de l'urbanisme (France)
D.	Recueil Dalloz
déc.	Décision sur la recevabilité (Cour européenne des droits de l'homme)
dir.	direction
Dr. can.	Droit canadien
Dr. euro.	Droit européen
Dr. fr.	Droit français
Dr. québ.	Droit québécois
<i>Dr. pén.</i>	Revue Droit pénal
<i>Dr. soc.</i>	Droit social (revue)
éd.	édition
égal.	également
<i>et al.</i>	et autres
ét.	étude
ex.	exemple
fasc.	fascicule (du Juris-classeur)
FIJAIS	Fichier des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes
FIJAIT	Fichier des auteurs d'infractions terroristes
FNAEG	Fichier national automatisé des empreintes génétiques
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
GC	Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme
<i>Id.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>Infra</i>	au-dessous
j.	juge
<i>J.-Cl.</i>	Juris-Classeur (thématique)
<i>JCP</i>	Juris-Classeur périodique (semaine juridique) édition générale
<i>JCP A</i>	Juris-Classeur périodique (semaine juridique) édition Administrations et Collectivités territoriales
<i>JCP E</i>	Juris-Classeur périodique (semaine juridique) édition entreprise
J.O.	Journal officiel de la République française
L.C.	Lois du Canada (depuis 1987)
légis.	législature
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.p.c.	Loi sur la protection du consommateur (Québec)

LPF	Livre des procédures fiscales (France)
L.R.C.	Lois révisées du Canada (depuis 1985)
L.R.Q.	Lois refondues du Québec (1977-2010)
L.R.O.	Lois refondues de l'Ontario
L.v.m.	Loi sur les valeurs mobilières (Québec)
n°	numéro
NFCA	<i>Newfoundland and Labrador Court of Appeal</i>
not.	notamment
obs.	observations
ONCA	<i>Ontario Court of Appeal</i>
ONSC	<i>Ontario Superior Court of Justice</i> (référence neutre)
p.	page
par.	paragraphe
préc.	précité
PUF	Presses universitaires de France
QCBDR	Bureau de décision et de révision (depuis 2011) (référence neutre)
QCCQ	Cour du Québec (référence neutre)
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
<i>R.D.U.S.</i>	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
R.C.F.	Recueil des décisions des Cours fédérales (depuis 2004)
<i>Rec. Cons. d'Ét.</i>	Recueil des arrêts du Conseil d'État
rem.	remarque
resp.	respectivement
<i>R.G.D.</i>	Revue générale de droit
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
R.J.Q.	Revue de jurisprudence du Québec (depuis 1986)
<i>R.J.T.</i>	Revue juridique Thémis (de 1966 à 2012)
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
RLRQ	Recueil des lois et des règlements du Québec
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
<i>RPDP</i>	Revue pénitentiaire et de droit pénal
<i>S.</i>	Recueil Sirey
S.C.	Statuts du Canada (avant 1987)
<i>S.C.L.R.</i>	<i>Supreme Court Law Review</i>
S.F.C.B.Q.	Service de la formation continue, Barreau du Québec
sess.	Session
spéc.	spécialement
SSR	Sous-sections réunies du Conseil d'État
suiv.	suivant
<i>Supra</i>	au-dessus
t.	tome
TAJ	Traitement d'antécédents judiciaires
trad.	traduction
vol.	volume
v.	<i>versus</i> (décisions Cour suprême du Canada ou CEDH)

VIII

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE 1. L'ÉMERGENCE D'UNE NOTION UNIFIÉE DE REPRESSION

TITRE 1. L'ÉMERGENCE MANIFESTE D'UNE NOTION UNIFIÉE DE REPRESSION

Chapitre 1. Les manifestations textuelles de l'émergence

Chapitre 2. Les manifestations jurisprudentielles de l'émergence

TITRE 2. L'ÉMERGENCE INACHEVÉE D'UNE NOTION UNIFIÉE DE REPRESSION

Chapitre 1. La prise en compte partielle de la convergence des mécanismes de sanctions pénaux et extra-pénaux dans les textes

Chapitre 2. La prise en compte aléatoire de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions dans la jurisprudence

PARTIE 2. LA DÉFINITION DE LA NOTION UNIFIÉE DE REPRESSION

Chapitre préliminaire. La méthode de détermination des critères de définition

TITRE 1. LA REPRESSION, UNE RÉPONSE À UNE ILLICÉITE

Chapitre 1. La nature de la répression, une réaction individuelle

Chapitre 2. La cause de la réaction, une illicéité individuelle

TITRE 2. LA REPRESSION, UNE RÉPONSE D'UNE GRAVITÉ PARTICULIÈRE

Chapitre 1. La gravité substantielle de la réaction, une atteinte à un droit ou une liberté

Chapitre 2. La gravité quantitative de la réaction, l'absence de rétablissement objectif de l'équilibre rompu

CONCLUSION

INTRODUCTION

1. « Depuis longtemps il existe en France des sanctions administratives au sens du XIV^e Congrès de l'Association internationale de droit pénal (Vienne, 1989), c'est-à-dire des mesures à caractère répressif édictées par des autorités administratives. Ces sanctions, multipliées et diversifiées depuis un demi-siècle, témoignent de la mise en place à côté de la répression pénale d'un nouveau type de répression : la répression administrative. »¹

Ce sont par ces mots que Mireille DELMAS-MARTY et Catherine TEITGEN-COLLY débute le premier chapitre de leur ouvrage *Punir ou juger ? de la répression administrative au droit administratif pénal*, publié en 1992. Trente ans plus tard, ces propos n'ont rien perdu de leur actualité. Plus encore, ils peuvent être transposés au-delà du seul droit administratif. Des mesures disciplinaires et civiles à caractère répressif prennent ainsi place aux côtés des répressions pénale et administrative. Ce constat, particulièrement patent en droit français, révèle une conception diffuse de la répression. En droit canadien, plusieurs auteurs font aussi part d'un déploiement de mesures répressives en dehors du droit pénal². Ils remarquent alors – pour le justifier ou le contester – que les justiciables soumis à ces mesures ne bénéficient pas des mêmes garanties juridiques que celles applicables pour les affaires criminelles et pénales³. En effet, lorsque des mesures juridiques ne sont pas qualifiées de peines, il devient possible d'écarter le bénéfice de ces garanties pénales supra-législatives. Justifié d'un point de vue formel, le bien-fondé d'une telle solution est toutefois discutable d'un point de vue substantiel. C'est pourquoi, tant le Conseil constitutionnel que la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour suprême du Canada, ont adopté des définitions élargies de la peine et de la punition. Toutefois, ces définitions sont insuffisantes. La définition unifiée d'une notion de répression, seule susceptible de permettre l'identification des mesures substantiellement semblables aux peines, apparaît ainsi essentielle pour contourner les effets d'une approche parfois encore trop éparse et formelle des mesures répressives. La proposition

¹ Mireille DELMAS-MARTY et Catherine TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, Economica, 1992, p. 11.

² Anne-Marie BOISVERT, « Les dérives du droit administratif : les régimes de sanctions administratives pécuniaires comme « solution de rechange » au régime pénal », (2018) 23-3 *C.C.L.R.* 197-232; Julie DESROSIERs et Pierre RAINVILLE, « Présentation : Remarques liminaires sur les dérives et évolutions du droit pénal », (2009) 50-3-4 *C. de D.* 455; Pierre ISSALYS, « Les sanctions administratives de l'assurance-emploi : entre solidarité, assurance et répression », (2009) 50-3-4 *C. de D.* 825; João Gustavo V. VELLOSO, « Beyond criminocentric dogmatism: Mapping institutional forms of punishment in contemporary societies », (2013) 15-2 *Punishment & Society* 166-186.

³ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c.11 (R.-U.)] [ci-après *Charte canadienne des droits et libertés*], art. 11.

d'une définition unifiée de la répression apparaît finalement comme une étape fondamentale à l'édification d'une théorie générale de la répression.

L'étude de la coexistence des répressions pénale et extra-pénale dans les droits français et canadien révèle ainsi que l'approche plurielle de la répression (I) est insuffisante (II) et rend nécessaire une approche unifiée de la répression (III).

I. L'approche plurielle de la répression

2. La double variabilité de la notion de répression. Le droit positif révèle une approche plurielle de la répression dans les droits français et canadien. Il s'agit généralement, par le recours au terme répression, de décrire le développement de formes extra-pénale de répression, aux côtés de la répression pénale classique. Cette approche plurielle de la répression s'appuie en jurisprudence et en doctrine sur des notions telles que la peine, la punition, ou encore la sanction pénale. Le mot répression est ainsi souvent utilisé pour désigner les processus d'infliction de sanctions punitives en droit pénal et dans différentes autres branches du droit. Le lien entre répression et punition apparaît alors si prégnant que se pose la question d'un sens propre pour le premier de ces deux termes. L'existence de ce sens peut être recherchée tant dans le langage courant que dans le langage juridique. Cette recherche s'avère peu fructueuse au regard de la variabilité de la notion de répression dans le langage courant (A) et dans le langage juridique contemporain (B).

A. La variabilité de la notion de répression dans le langage courant

3. Évolution de la notion dans le langage courant. Le terme répression trouve différents emplois dans la langue française. Son utilisation semble plus courante depuis le XIX^e siècle, puisque c'est en 1835 qu'il fait son apparition dans le *Dictionnaire de l'Académie française*. Substantif du verbe « réprimer », il trouve son origine étymologique dans la langue latine.

La répression est un terme dérivé de *repressus*, participe passé du verbe *reprimere*, signifiant « faire reculer en pressant, refouler, empêcher d'avancer, arrêter » et, au sens figuré, « refouler, réprimer, contenir, arrêter »⁴. Malgré quelques emplois

⁴ Félix GAFFIOT, *Dictionnaire illustré latin-français*, Paris, Hachette, 1934, v^o « *repressus* »; ACADEMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9 (actuelle), v^o « Répression », en ligne : <<https://www.dictionnaire-academie.fr>>.

pouvant être relevés dans la littérature⁵, la répression est inexistante dans le *Dictionnaire de l'Académie française* avant sa 6^e édition en 1835, où elle y est définie comme l'« [a]ction de réprimer »⁶. Il faut donc se référer à la définition du terme réprimer, présent dans le dictionnaire depuis sa 1^{re} édition en 1694, pour comprendre le sens de la notion de répression. En 1835, le verbe réprimer signifie « [a]rrêter l'action, l'effet, le progrès de quelque chose »⁷ et apparaît plus utilisé dans un sens moral⁸. Les définitions de la « répression » et de « réprimer » sont ainsi restées semblables jusque dans la 8^e édition du *Dictionnaire de l'Académie française*, en date de l'année 1935⁹. La référence au sens moral disparaît en revanche de cette édition. Les exemples auparavant attachés au champ de la morale sont désormais présentés comme des exemples du « sens figuré » du verbe « réprimer »¹⁰. Ainsi, jusque dans la 8^e édition incluse, rien dans les définitions du nom « répression » et du verbe « réprimer » ne les met expressément en lien avec la punition dans le domaine du droit. Cependant, le seul exemple d'expression proposé par le *Dictionnaire de l'Académie française*, de sa 6^e à sa 8^e édition, pour l'emploi du terme répression – « [l]a répression des crimes, des délits, des abus »¹¹ – le relie plus spécialement à un sens juridique. L'édition actuelle du *Dictionnaire de l'Académie française* consacre une évolution de la définition. La répression y est en effet premièrement conçue comme l'« [a]ction de réprimer un acte prohibé ou jugé néfaste à une époque et dans une société données » et l'« ensemble des mesures prises à cette fin »; elle renvoie en ce sens par exemple à la « [r]épression des crimes, des infractions de droit commun », à la « [p]révention et la répression des délits » et à la « [r]épression du trafic de stupéfiants » ou encore à « [l]a répression de la presse, la répression des mœurs dans un système autoritaire »¹². Le verbe réprimer est également, dans son sens lié à la notion

⁵ CENTRE NATIONAL DE RESSOURCES TEXTUELLES ET LEXICALES, *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales - Etymologie*, v° « Répression », en ligne : <<https://www.cnrtl.fr>> (consulté le 2 juin 2022).

⁶ ACADEMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'Académie française*, 6^e éd., 1835, v° « Répression », en ligne : <<https://www.dictionnaire-academie.fr>>.

⁷ Cette définition avait été peu modifiée depuis la 1^{re} édition du *Dictionnaire de l'Académie française*, laquelle avait retenu : « rabbaïsser, rabattre, empescher de faire progrès » : ACADEMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'Académie française*, 1^{re} éd., 1694, v° « Réprimer », en ligne : <<https://www.dictionnaire-academie.fr>>.

⁸ ACADEMIE FRANÇAISE, préc., note 6, v° « Réprimer ».

⁹ ACADEMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'Académie française*, 8^e éd., 1935, v° « Répression », en ligne : <<https://www.dictionnaire-academie.fr>>; *Id.*, v° « Réprimer », en ligne : <<https://www.dictionnaire-academie.fr>>.

¹⁰ Il s'agit ainsi de « [r]éprimer les progrès du mal », « [r]éprimer les abus, la licence », « [r]éprimer l'insolence, l'orgueil » : ACADEMIE FRANÇAISE, préc., note 9, v° « Réprimer ».

¹¹ *Id.*, v° « Répression ».

¹² ACADEMIE FRANÇAISE, préc., note 1, v° « Répression », 1.

de répression, défini avec plus de précision. Il désigne le fait d'« [e]mpêcher l'accomplissement ou le développement de ce qui est jugé néfaste ou répréhensible, à une époque et dans une société donnée, en usant de la contrainte, de la coercition ou de la force ». Il s'emploie en ce sens, par exemple, dans l'expression « [r]éprimer le grand banditisme, le proxénétisme »¹³. Cette spécification des deux mots s'est réalisée par une dissociation de leurs autres sens, plus proches de leur définition originale¹⁴. Par association des définitions nouvelles données par l'Académie française au nom « répression » et au verbe « réprimer », il faut comprendre la répression comme l'action d'empêcher l'accomplissement ou le développement d'un acte prohibé ou jugé néfaste à une époque et dans une société données, et comme l'ensemble des mesures prises à cette fin. Plus proche d'une définition juridique, ce sens du terme répression demeure toutefois plus large. En effet, en l'absence de précision quant à l'autorité répressive, les actes prohibés peuvent tout aussi bien désigner les infractions déterminées par une autorité juridique – le législateur par exemple –, que des actes déterminés par une autorité extra-juridique. De même, les actes jugés néfastes peuvent l'être par le Droit ou, par exemple, par une autorité religieuse. Également, l'action peut être également engagée par une autorité juridique – un magistrat par exemple –, ou non juridique. De plus, là où la définition proposée semble n'envisager que des actions applicables à des événements en cours¹⁵, la répression est considérée en droit pour des événements répréhensibles pouvant être terminés¹⁶. L'évolution temporelle des emplois du terme répression témoigne d'une diversification de ses sens, sans qu'aucun ne soit en adéquation parfaite avec un sens juridique. La variabilité du terme s'observe également par les nuances dans les approches retenues par d'autres dictionnaires que le *Dictionnaire de l'Académie française*.

4. *Définitions contemporaines variables de la notion dans le langage courant.*

Deux nuances de sens importantes apparaissent lorsque sont comparées les définitions de différents dictionnaires. Premièrement, dans son édition actuelle, le *Dictionnaire de*

¹³ *Id.*, v° « Réprimer », 2.

¹⁴ Le second sens retenu pour le nom répression est relatif à des emplois spécialisés en biologie et en psychanalyse : *Id.*, v° « Répression », 2 « emplois spécialisés ». Le premier sens retenu pour le verbe réprimer est le fait de « [c]ontenir une réaction ; empêcher une émotion, un sentiment de se manifester. Réprimer ses larmes. Réprimer sa colère », qui trouve application dans le domaine de la psychanalyse et signifie alors « [e]xclure volontairement du champ de sa conscience des pensées, des affects ou des souvenirs dont on ne peut accepter le contenu » : ACADEMIE FRANÇAISE, préc., note 6, v° « Réprimer ».

¹⁵ Les termes d'accomplissement et de développement renvoient tous deux à une action en cours : ACADEMIE FRANÇAISE, préc., note 4, v° « Accomplissement » et « Accomplir », 1; ACADEMIE FRANÇAISE, préc., note 4, v° « Développement », 3.

¹⁶ *Infra*, par. 5.

l'Académie française précise que la répression peut également s'entendre de l'« [a]néantissement par la violence, écrasement d'un mouvement collectif », dans l'expression « [r]épression d'une émeute, d'une sédition » et par extension, pour la « répression des manifestants ». Cette définition est présentée comme un emploi particulier de la répression comprise comme l'« [a]ction de réprimer un acte prohibé ou jugé néfaste à une époque et dans une société données »¹⁷. En revanche, d'autres dictionnaires, qui font aussi état de l'emploi du mot répression comme utilisation de la violence dans le but d'arrêter un mouvement collectif¹⁸, ou d'empêcher le développement d'un désordre¹⁹, distinguent plus manifestement cet emploi de la définition de la répression comme action d'empêcher le développement d'un acte jugé condamnable²⁰ ou dangereux²¹. Se pose ainsi la question des moyens de la répression, dont le recours à la violence. En outre, la définition proposée par l'Académie française ne met pas en lien les termes de répression et de punition, au contraire du *Larousse* et du *Grand Robert de la langue française*. Ce dernier explique ainsi que la répression « suppose que l'on empêche, de quelque manière que ce soit, une action jugée condamnable de se continuer » et, en conséquence, que « [l]e mot ne s'applique en fait qu'à une mesure postérieure à l'action jugée (à la différence de prévention) et ne concerne le plus souvent qu'une mesure punitive »²². Il précise toutefois que « [r]éprimer n'est synonyme de punir que si l'expiation par la souffrance n'est destinée qu'à enrayer le mal »²³. En somme, les notions de répression et de punition ne sont synonymes que dans certaines circonstances. La première notion semble plus large que la seconde, la punition apparaissant comme un cas particulier de répression. Le *Larousse* ne fait pas cette nuance, et présente la répression et la punition comme des synonymes²⁴. Se trouve ainsi posée la question des liens entre punition et répression.

L'exposé de l'évolution temporelle de la définition de la répression dans le langage courant, associée à sa diversification, met en avant l'existence d'un emploi

¹⁷ ACADEMIE FRANÇAISE, préc., note 4, v° « Répression », 1.

¹⁸ *Grand Robert de la langue française*, 2022, v° « Répression », I, 2, en ligne : <<https://grandrobert-lerobert-com>> (consulté le 22 juin 2022).

¹⁹ *Larousse*, v° « Répression », 2, en ligne : <<http://www.larousse.fr>> (consulté le 22 juin 2022).

²⁰ *Grand Robert de la langue française*, préc., note 13, v° « Répression », I, 1.

²¹ *Larousse*, préc., note 14, v° « Répression », 1; *Larousse*, v° « Réprimer », , 2, en ligne : <<http://www.larousse.fr>> (consulté le 22 juin 2022).

²² *Grand Robert de la langue française*, préc., note 13, v° « Répression », I, 1, rem.

²³ *Grand Robert de la langue française*, 2022, v° « Réprimer », 3, rem., en ligne : <<https://grandrobert-lerobert-com>> (consulté le 22 juin 2022).

²⁴ Le *Larousse* conçoit, entre autres sens, la répression comme l'« action de réprimer, de punir » : *Larousse*, préc., note 14, « Répression », 1.

proche d'un sens juridique. Les définitions données relativement à cet emploi par les différents dictionnaires étudiés permettent de faire état de nuances relativement à la cause de la répression (un acte prohibé, condamnable, néfaste ou dangereux), à ses moyens (une contrainte, une violence ou une souffrance), à son objectif (punitif ou non punitif). Ces nuances se retrouvent également à travers les approches juridiques de la répression, qui rendent son appréhension particulièrement complexe.

B. La variabilité juridique contemporaine de la notion de répression

5. *L'emploi du terme répression dans des champs juridiques variés.* Les utilisations légales, jurisprudentielles et doctrinales du terme répression se rencontrent dans divers champs du droit.

Le terme apparaît dans les législations française, canadienne et québécoise. Il semble le plus souvent être utilisé dans des contextes pénaux²⁵ ou mixtes, à la fois pénal et administratif²⁶ ou pénal et civil²⁷.

²⁵ Par ex. en dr. fr. : la « répression des infractions à la loi pénale » (art. 35 C. proc. pén.), « la répression de l'infraction visée aux poursuites » (art. 151 C. proc. pén.), la « répression de la délinquance fiscale » (art. R. 15-33-29-10 C. proc. pén.). Par ex. en dr. can. : la « répression des émeutes » (art. 32 C.cr.), « la détection, à la prévention ou à la répression d'activités hostiles ou subversives » (*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C., 1985, c. A-1, art. 15). Par ex. en dr. québ. : « la prévention, la détection ou la répression de la criminalité » (*Loi sur la confiscation, l'administration et l'affectation des produits et instruments d'activités illégales*, RLRQ, c. C-52.2, art. 1).

²⁶ Par ex. en dr. fr. : « la répression de l'immigration irrégulière et de l'emploi d'étrangers sans titre » (*Décret n°96-691 du 6 août 1996 portant création d'un Office central pour la répression de l'immigration irrégulière et de l'emploi d'étrangers sans titre*, J.O. 7 août 1996), la « répression des abus de marché » (*Loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché*, J.O. 22 juin 2016).

²⁷ Par ex. en dr. fr. : « la répression des fraudes » en droit de la consommation (art. L. 511-3 C. conso.).

La jurisprudence française fait un usage juridique encore plus varié du mot. La répression est alors pénale²⁸, mais aussi administrative²⁹, civile³⁰ et disciplinaire³¹. La jurisprudence canadienne recourt à ce mot dans des contextes politiques ou sociaux particuliers³² et des contextes juridiques³³. Dans ce dernier cas, il est plutôt question de répression pénale, mais parfois aussi administrative³⁴.

C'est enfin la doctrine qui utilise le substantif répression avec la plus grande diversité, en droit français comme en droit canadien, relativement aux droits pénal³⁵,

²⁸ Par ex., pour une utilisation directe de l'expression « répression pénale » : Cons. const., 9 janvier 1980, n° 79-109 DC, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration*, par. 6; 10 nov. 1982, n° 82-145 DC, *Loi relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail*, par. 3, 4 et 5; 2 déc. 2016, n° 2016-599 QPC, *Mme Sandrine A.*, par. 6. Par ex., pour une utilisation du terme répression concernant des infractions pénales : Cons. const., 16 sept. 2011, n° 2011-162 QPC, *Société LOCAWATT*, par. 3; 30 sept. 2016, n° 2016-572 QPC, *M. Gilles M. et autres*, par. 10 (délit de diffusion de fausses informations en matière de marchés financiers).

²⁹ Par ex., pour une utilisation directe de l'expression « répression administrative » : Cons. const., 26 mars 2021, n° 2021-892 QPC, *Société Akka technologies et autres*, par. 24 (sanction de l'obstruction aux enquêtes de l'autorité de la concurrence); 28 janv. 2022, n° 2021-965 QPC, *Société Novaxia développement et autres*, par. 19 (sanction des entraves aux contrôles et enquêtes de l'Autorité des marchés financiers). Par ex. pour une utilisation du terme répression concernant des manquements administratifs ou fiscaux : Cons. const., 17 mars 2011, n° 2010-103 QPC, *Société SERAS II*, par. 5 (majoration fiscale de 40 % pour mauvaise foi); 17 mars 2011, n° 2010-105/106 QPC, *M. César S. et autre*, par. 6 (majoration fiscale de 40 % après mise en demeure); 10 fév. 2012, n° 2011-220 QPC, *M. Hugh A.*, par. 3 et 4 (majoration fiscale de 40 % pour non-déclaration de comptes bancaires à l'étranger ou de sommes transférées vers ou depuis l'étranger); 27 sept. 2013, n° 2013-341 QPC, *M. Smaïn Q. et autre*, par. 8 (majoration de la redevance d'occupation du domaine public fluvial pour stationnement sans autorisation); 16 sept. 2016, n° 2016-564 QPC, *M. Lucas M.*, par. 3 et 5 (pénalités fiscales); 30 sept. 2016, préc., note 28, par. 10 (manquement à la bonne information du public en matière de marchés financiers); 26 mai 2021, n° 2021-908 QPC, *Société KF3 Plus*, par. 11 (pénalité fiscale pour défaut de délivrance d'une facture).

³⁰ Par ex., employant l'expression « répression, par le juge civil ou commercial » : Cons. const. 29 sept. 2016, n° 2016-573 QPC, *M. Lakhdar Y.*, par. 10 (faillite personnelle et interdiction de gérer).

³¹ Par ex. : Cons. const. 2 déc. 2016, préc., note 28, par. 6 (s'agissant de la répression des comportements des personnes justiciables de la Cour de discipline budgétaire et financière).

³² Par ex. : *Aden c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 CF 625, 1993 CanLII 3014 (C.A.F.), en ligne : <<https://canlii.ca>> (consulté le 22 juin 2022); *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Bazargan*, 1996 CanLII 3972 (C.A.F.), <<https://canlii.ca>> (consulté le 22 juin 2022); *X (Re)*, 2018 CanLII 132735 (CA CISR), en ligne : <<https://canlii.ca>> (consulté le 22 juin 2022).

³³ Par ex. : *R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449 (CSC) (visant l'« investigation et la répression du crime », la « répression de l'activité criminelle »); *Lake c. Canada (ministre de la Justice)*, [2008] 1 R.C.S. 761 (CSC) (relativement à la « répression du crime »); *Canada (Procureur général) c. Savard*, [2007] 2 R.C.F. 429 (C.A.F.) (relativement au « cheminement critique de la répression et dissuasion des actes délictueux »).

³⁴ Le « cheminement critique de la répression et dissuasion des actes délictueux » relativement à la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, c. 23, vise, de manière plus originale, tant la répression pénale, qu'administrative : *Canada (Procureur général) c. Savard*, préc., note 33, par. 20, 21 et 22.

³⁵ Par ex., en dr. fr. : Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, 27^e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2021, par. 33, p. 28-29; Guillaume CHETARD, *La proportionnalité de la répression. Étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français*, coll. Collection des thèses, n°197, Bayonne, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2020; Marianne HASCHKE-DOURNAUX, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 439, Paris, LGDJ, 2005; Julien LAGOUTTE, *La protection de l'environnement : répression administrative ou répression pénale ?*, Amané GOGORZA et Romain OLLARD (dir.), *Travaux de l'Institut de Sciences criminelles et de la justice*

administratif³⁶, civil³⁷ ou disciplinaire³⁸. Ainsi, les emplois législatifs, jurisprudentiels et doctrinaux de la notion de répression couvrent plusieurs champs du droit, dépassant largement les frontières du droit pénal. Il existe alors, à côté de la répression pénale, des répressions extra-pénales, c'est-à-dire administrative, civile et disciplinaire.

La variété des utilisations du mot répression par les législateurs, la jurisprudence et la doctrine met en évidence la multiplicité des expressions de la répression dans différentes branches du droit. Largement employé dans les textes et par la jurisprudence, le terme de répression n'y est cependant pas défini. À défaut d'une définition expresse en droit positif, c'est-à-dire d'un énoncé des caractères de la répression ou de chacune des répressions dans une proposition³⁹, il semble *a priori* possible de cerner les contours des différentes manifestations de la répression par l'observation des utilisations législatives et jurisprudentielles du terme.

6. *La possibilité apparente de définir les différentes manifestations de la répression à partir du droit positif.* En droit français, la répression pénale renvoie

de Bordeaux, Cujas, La protection pénale de l'environnement, 4, 2014, p. 281-299; Bertrand PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, n°42, Paris, LGDJ, 2007. Par ex., en dr. can. : Pierre RAINVILLE, « La gradation de la culpabilité morale et des formes de risque de préjudice dans le cadre de la répression de la tentative », (2005) 37-4 *C. de D.* 909-970; Pierre RAINVILLE et Julie DESROSIERS, « Le particularisme juridique de la répression de la criminalité organisée au Canada », 89-3 *Revue du Barreau canadien* 545; Pierre RAINVILLE, *La répression de l'art et l'art de la répression: la profanation de la religion à l'épreuve des mutations du droit pénal au sujet du blasphème et de la protection des identités religieuses*, coll. Collection Dikè, Québec, Presses de l'Université Laval, 2019.

³⁶ Par ex., en dr. fr. : Jean-Louis CORAIL, « Administration et sanction. Réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression », dans *Mélanges René Chapus: droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 103; Georges DELLIS, *Droit pénal et droit administratif: l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, 184, coll. Bibliothèque de droit public, Paris, LGDJ, 1997; M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, préc., note 1; J. LAGOUTTE, préc., note 35; Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, Paris, LGDJ, 1967. Par ex., en dr. can. : P. ISSALYS, préc., note 2.

³⁷ Par ex., en dr. fr. : Johan PROROK, « La répression civile », *RSC* 2019.313; François ROUSSEAU, *La fonction réparatrice de la responsabilité pénale*, Jean-Christophe SAINT-PAU (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit: regards croisés. Actes du XXe congrès de l'Association française de droit pénal organisé à Bordeaux les 5-6-7 octobre 2011*, coll. Actes & études, Paris, Cujas, 2012, p. 125-138, par. 4, aux p. 126-127 (l'auteur évoque l'émergence d'une « fonction répressive de la responsabilité civile »). Par ex., en dr. can. : Claude DALLAIRE, *La mise en oeuvre des dommages exemplaires sous le régime des chartres*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, par. 2. 2. 2 : « Le but répressif et punitif » : « On accepte que l'effet d'une condamnation à des dommages exemplaires puisse être la répression civile d'un comportement socialement inacceptable ou aberrant », p. 17.

³⁸ Par ex., en dr. fr. : B. BOULOC, préc., note 35, par. 33, p. 28-29; Joëlle PRALUS-DUPUY, « Les tendances contemporaines de la répression disciplinaire », *RSC* 2000.545; Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., coll. Quadrige, Paris, PUF, 2018, v° « Répression », disciplinaire, p. 907.

³⁹ ACADEMIE FRANÇAISE, préc., note 3, « Définition », 1.

habituellement, dans la législation⁴⁰ et la jurisprudence⁴¹, au processus pénal de détermination des infractions, de poursuite et de sanction de leurs responsables. La répression administrative consiste en la sanction ayant le caractère d'une punition, par une autorité administrative, des manquements aux réglementations administratives⁴² et se distingue ainsi des mesures de police administrative⁴³. La répression civile renvoie à l'imposition, par un juge civil, d'une sanction ayant le caractère de punition, en réponse à un comportement interdit par le droit civil⁴⁴. Enfin, la répression disciplinaire correspond au processus d'imposition des sanctions punitives des manquements aux

⁴⁰ Voir les exemples précités, note 25.

⁴¹ Par ex. : Cons. const., 9 janvier 1980, n° 79-109 DC, préc., note 28, par. 6 (évoquant, s'agissant de la « répression pénale », « des faits de nature à justifier une condamnation pénale [...] prononcée par l'autorité judiciaire »); 10 nov. 1982, n° 82-145 DC, préc., note 28, par. 3 (expliquant que « la méconnaissance par une personne des obligations résultant d'une convention ayant force obligatoire peut donc faire l'objet d'une répression pénale », 4 (parlant de la « variété des faits pouvant être l'occasion de la répression pénale »); 16 sept. 2011, n° 2011-162 QPC, préc., note 28, par. 3 (relativement à l'objectif de « répression effective des infractions » justifiant l'existence d'un minimum de peine en matière d'amende forfaitaire); 30 sept. 2016, n° 2016-572 QPC, préc., note 28, par. 10 (relativement à la « répression du délit de diffusion de fausses informations » en matière de marchés financiers); 2 déc. 2016, n° 2016-599 QPC, préc., note 28, par. 6 (invoquant la répression autre que pénale des manquements aux règles des finances publiques).

⁴² S'agissant de la législation, voir les exemples précités, note 26. Pour la jurisprudence : Cons. const., 17 mars 2011, n° 2010-103 QPC, préc., note 28, par. 4 et 5 (précisant que qu'en ayant institué une majoration fiscale de 40 % pour mauvaise foi du contribuable, qualifiée de « sanction ayant le caractère d'une punition », l'article 1729 CGI vise « à améliorer la prévention et à renforcer la répression des insuffisances volontaires de déclaration de base d'imposition ou des éléments servant à la liquidation de l'impôt »); 16 sept. 2016, n° 2016-564 QPC, *M. Lucas M.*, par. 3 et 5 (précisant que le principe d'individualisation des peines qui découle de l'article 8 DDHC, s'appliquant à une pénalité fiscale qualifiée de « sanction ayant le caractère d'une punition », ne saurait « interdire au législateur de fixer les règles assurant une répression effective de la méconnaissance des obligations fiscales »); 30 sept. 2016, préc., note 28, par. 6 et 10 (relativement à une sanction pécuniaire de 100 millions d'euros, qui peut être portée au décuple du montant des profits éventuellement réalisés, qualifiée de « sanction ayant le caractère de punition », pour la « répression du manquement de diffusion de fausses informations » en matière de marchés financiers); 26 mars 2021, n° 2021-892 QPC, préc., note 29, par. 22 et 24 (concernant le processus de « répression administrative » instauré pour « assurer l'efficacité des enquêtes conduites par l'Autorité de la concurrence », relativement à une sanction administrative pour obstruction aux enquêtes de l'Autorité de la concurrence, qualifiée de « sanction ayant le caractère de punition »); 28 janv. 2022, n° 2021-965 QPC, préc., note 29, par. 7, 12 et 19 (relativement à la « répression administrative du manquement d'entrave aux enquêtes et contrôles de l'Autorité des marchés financiers » par l'établissement d'une amende maximale de cent millions d'euros ou du décuple de l'avantage retiré du manquement, amende qualifiée de « sanction ayant le caractère d'une punition »). Le Conseil constitutionnel utilise parfois le terme d'infraction, comme en matière pénale : Cons. const. 28 juin 2013, n° 2013-329 QPC, *Société Garage Dupasquier*, par. 5 (relativement à une « peine » de publication et affichage d'une sanction administrative, le Conseil précise que « les dispositions contestées visent à renforcer la répression » des infractions aux réglementations des transports, du travail, de l'hygiène et de la sécurité).

⁴³ Cons. const., 9 janvier 1980, n° 79-109 DC, préc., note 28, par. 6. Sur la définition et les difficultés de distinction des sanctions administratives et des mesures de police : *infra*, par. 7.

⁴⁴ Par ex. : Cons. const. 29 sept. 2016, n° 2016-573 QPC, préc., note 30, par. 10 (les mesures civiles de faillite personnelle et d'interdiction de gérer assurent « la répression, par le juge civil ou commercial, du détournement et de la dissimulation d'actif », regardées en conséquence comme des « sanctions ayant le caractère d'une punition »).

obligations d'un corps, d'une profession, d'un sport, d'une institution, par les personnes relevant du groupe déterminé⁴⁵.

En droit canadien, les utilisations législatives et jurisprudentielles du terme répression visent généralement, dans un contexte pénal, la réaction pénale aux infractions⁴⁶ et dans un contexte administratif, la réaction administrative à un manquement administratif⁴⁷.

Le terme répression est utilisé dans de nombreuses expressions législatives ou jurisprudentielles et renvoie à des réalités *a priori* aisées à déterminer. Différentes caractéristiques apparaissent en effet susceptibles de définir chaque expression juridique de la répression. Par leur comparaison, il serait même possible de définir ce qu'est la répression, et non pas seulement les répressions pénale et extra-pénale. En effet, l'examen des décisions jurisprudentielles, particulièrement en droit français, fait apparaître un lien consubstantiel entre répression, sanction et punition. Chacune des répressions pourrait donc être précisément déterminée grâce à la définition des termes de sanction et punition. D'un premier abord utile pour la définition des répressions, le recours aux notions de sanction et punition se révèle rapidement être une voie sans issue.

7. *L'impossibilité de définir précisément les répressions pénale et extra-pénale par l'intermédiaire des notions de sanction et punition.* Malgré de prometteurs éléments de réflexion, l'étude des droits positifs français et canadien ne permet de définir précisément les répressions pénales et extra-pénales. En effet, il n'existe pas de définition légale ou jurisprudentielle des notions de sanction et de punition et le recours aux définitions doctrinales est insuffisant.

⁴⁵ Par ex. : Cons. const. 2 déc. 2016, préc., note 28, par. 6 (relativement à la répression des manquements aux règles des finances publiques pour les personnes justiciables de la cour de discipline budgétaire et financière).

⁴⁶ Voir les exemples précités, notes 25 et 33. La répression ne semble pas inclure le processus d'enquête au regard des formulations jurisprudentielles distinguant les investigation ou la poursuite de la répression : *États-Unis d'Amérique c. Cotroni* [1989] 1 R.C.S. 1469, 1485; *R. c. Barnes*, préc., note 33. La « répression des émeutes » (art. 32 C.cr.), ne semble toutefois pas correspondre à une réponse pénale à une infraction dans la mesure où l'émeute n'est pas en elle-même désignée comme telle. Cet article semble uniquement prévoir la possibilité pour les agents de la paix d'employer la force pour réagir à une émeute. La répression désigne alors la réaction policière à une émeute. Cet emploi de la notion de répression a été relevé dans les dictionnaires de langue française : *supra*, par. 3.

⁴⁷ Voir l'exemple cité précédemment à la note 34.

L'appréhension d'une notion par le prisme de celle de sanction est malaisée en raison du caractère polysémique de la sanction⁴⁸. Aujourd'hui la sanction est souvent entendue comme la punition, la peine infligée par une autorité à l'auteur d'une infraction⁴⁹. De manière plus large, il s'agit de toute mesure, même réparatrice, justifiée par la violation d'une obligation ou encore tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation⁵⁰. La sanction peut encore être définie comme toute réaction du droit à la violation de la règle juridique⁵¹. À quelle définition faut-il alors se référer ? La première définition semble limiter la notion de sanction au domaine du droit pénal et ne convient donc pas au sujet étudié. La deuxième fait référence à la violation ou à l'exécution d'une obligation et introduit ainsi un nouveau terme, l'obligation, dont la définition entraînerait une délimitation inadaptée de la notion de sanction⁵². Suivant la dernière définition exposée, pourraient être appelées « sanctions pénales » toutes les réactions pénales à la violation du droit ou encore « sanctions administratives » toutes les réactions administratives à la violation du droit. Ces conceptions des sanctions pénales et administratives ne sont cependant pas opératoires.

En effet, il existe en droit pénal, tant français que canadien, de nombreuses mesures de réaction à la violation de la loi : les peines, les mesures de sûreté, les mesures alternatives aux poursuites en droit français et les mesures de rechange en droit canadien. Les peines sont définies par la doctrine comme des châtiments édictés par la loi à l'effet de prévenir et, s'il y a lieu, de réprimer l'atteinte à l'ordre social qualifiée d'infraction⁵³.

⁴⁸ Philippe JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *Recueil Dalloz Sirey* 1986.26^e cahier.chr.XXXII.197-204; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, 7^e éd., Cujas, 1997, par. 652, p. 822-823; François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 2010, p. 222-230.

⁴⁹ Dr. can. : Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, v^o « Sanction », 2, en ligne : <<https://dictionnaireid.caij.qc.ca>> (JuriBistro^{MD} eDICTIONNAIRE).

⁵⁰ Dr. can. : *Id.*, 3.

⁵¹ Dominique LASZLO-FENOUILLET et Cécile CHAINAIS, « Présentation et conclusions de la recherche collective », dans *Les sanctions en droit contemporain*, Volume 1, La sanction, entre technique et politique, coll. L'esprit du droit, Paris, Dalloz, 2012, p. XI-LXXX, par. 13, à la p. XXII-XXIII.

⁵² Le *Vocabulaire juridique* propose trois définitions de l'obligation; dans un premier sens très large, l'obligation est synonyme de devoir, dans un deuxième sens, technique, elle est le lien de droit par lequel une ou plusieurs personnes sont tenues envers une ou plusieurs autres d'une prestation en vertu d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délict et dans troisième sens, l'obligation est, par extension, le titre qui constate la dette (relativement au deuxième sens) : G. CORNU (dir.), préc., note 38, v^o « Obligation », p. 701-703. Le premier sens est très vague et ne permettrait pas de préciser la définition de la sanction ni en conséquence celle des répressions. Les deuxième et troisième sens semblent restreints au domaine du droit civil et ne conviennent donc pas au sujet d'étude.

⁵³ Evelyne BONIS et Virginie PELTIER, *Droit de la peine*, 3^e éd., coll. Manuel, Paris, LexisNexis, 2019, par. 5, p. 2-3; G. CORNU (dir.), préc., note 38, v^o « Peine », 1, p. 751. Voir égal. Hugues PARENT et Julie

Les mesures de sûreté peuvent être définies comme des « [m]esure[s] de précaution destinée[s] à compléter ou suppléer la peine encourue par le délinquant qui, relevant [...] comme la peine, de l'autorité judiciaire ne constitue pas un châtiment, mais une mesure de défense sociale imposée à un individu dangereux »⁵⁴. Elles ont pour but de prévenir les infractions futures susceptibles d'être commises en raison de son état⁵⁵. Les mesures alternatives aux poursuites en droit français ne sont pas formellement des peines, mais des réponses pénales à l'infraction sans déclaration de culpabilité, qui relèvent de la compétence du procureur de la République⁵⁶. Les mesures de rechange en droit canadien sont des mesures alternatives aux poursuites judiciaires classiques et donc aux peines⁵⁷. Toutes ces mesures pourraient être qualifiées de sanctions pénales. La doctrine pénale française intègre souvent les peines et des mesures de sûreté dans les sanctions pénales⁵⁸, mais s'attarde rarement sur les mesures alternatives aux poursuites⁵⁹, qu'il faudrait donc exclure de la catégorie. Pourtant, les mesures alternatives aux poursuites sont prononcées en réaction aux infractions pénales à l'encontre de personnes dont la certitude est acquise qu'elles ont participé à l'infraction⁶⁰. La jurisprudence a quant à elle exclu certaines

DESROSIERS, *Traité de droit criminel*, t. 3. « La peine », 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2020, par. 7, p. 5-6 et 20-21, p. 20-21. Les auteurs se réfèrent à la définition de la peine des professeurs MERLE et VITU : Roger MERLE et André VITU, préc., note 48, par. 654, p. 824-826.

⁵⁴ G. CORNU (dir.), préc., note 38, v^o « Mesure », de sûreté, p. 656-657. H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 53, par. 503, p. 611-614; Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, coll. tel, Gallimard, 1975, p. 26.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ Art. 40-1 2°, 41-1, 41-1-2 et 41-2 C. proc. pén.

⁵⁷ Art. 717 C.cr.

⁵⁸ E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 15, p. 7; B. BOULOC, préc., note 35, p. 459; Philippe CONTE et Patrick MAISTRE DU CHAMON, *Droit pénal général*, 7^e éd., Paris, Dalloz, A. Colin, 2004, par. 444, p. 257; Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, 6^e éd., coll. Manuels, Paris, LexisNexis, 2021, par. 1322-1323, p. 1037-1039; Ludvine GREGOIRE, *Les mesures de sûreté : essai sur l'autonomie d'une notion*, coll. Collection des thèses, n° 119, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2015, par. 17, p. 34-35; Xavier PIN, *Droit pénal général*, 13^e éd., coll. Cours Dalloz Série droit privé, Paris, Dalloz, 2022, par. 360, p. 388 (précisant que la peine « n'épuise pas l'ensemble des sanctions de l'infraction »); Jean PRADEL, *Droit pénal général*, 22^e éd., coll. Référence, Paris, Cujas, par. 619, p. 550-551; Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal général*, 4^e éd., coll. Cours magistral, Paris, Ellipses, 2017, p. 515.

⁵⁹ Soulignant la classification délicate de ces mesures : Claire MANDON, *L'identité de la sanction pénale en droit pénal français*, Bordeaux, Université de Bordeaux, 2020, par. 35, p. 43-44. Le professeur BOULOC énonce seulement que « [l]a mesure répressive peut prendre la forme d'une peine proprement dite ou celle d'une sanction remplaçant la peine ou « alternative » à la peine », dont « les alternatives [pénales] à la poursuite de la loi du 23 juin 1999 », tout en précisant que, « [n]éanmoins, en droit français, la mesure répressive sera surtout la peine au sens classique » : B. BOULOC, préc., note 35, par. 26, p. 21-22. Le professeur DREYER les désigne comme étant des « « réponses pénales » alternatives », et des « sanction[s] pénale[s] » non qualifiées de peine : E. DREYER, préc., note 58, resp. par. 75, p. 59-60 et par. 146, p. 128-130. La question de la qualification des mesures de rechange en droit canadien ne semble quant à elle jamais abordée dans les ouvrages relatifs à la peine.

⁶⁰ Le professeur PIN explique ainsi que plusieurs mesures judiciaires prononcées en raison de la commission d'une infraction ne sont pas des peines mais sont, au même titre qu'elles, « punitives » et « produisent des

mesures de sûreté de la catégorie des sanctions pénales⁶¹, ayant ainsi renouvelé le débat sur la classification des réponses pénales aux infractions⁶². Plusieurs auteurs soulignent en outre que la distinction des peines et des mesures de sûreté n'est pourtant pas imperméable⁶³; certaines peines ressemblent de près à des mesures de sûreté et certaines mesures de sûreté sont également des peines⁶⁴. Tous ces éléments montrent la difficulté de déterminer ce qu'est une sanction pénale⁶⁵, difficulté qui ne peut que se répercuter sur la définition de la répression pénale. La définition de la sanction administrative souffre du même problème.

conséquences analogues, notamment la mention au casier judiciaire » : X. PIN, préc., note 58, par. 366, p. 399-401. Selon le professeur MAYAUD, la décision du procureur de la République de mettre en œuvre une alternative aux poursuites « ne perd pas toute portée répressive, puisqu'elle continue à participer à une réaction à l'infraction commise » : Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, 7^e éd., coll. Droit fondamental, Paris, PUF, 2021, par. 365, 1/, p. 432-434.

⁶¹ Par ex., Cons. const. 21 fév. 2008, n° 2008-562 DC, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, par. 9 (mesure de rétention de sûreté, que le Conseil ne qualifie pas expressément de mesure de sûreté).

⁶² Philippe CONTE, « Aux fous ? », *Dr. pén.* 2008.4.1-2; Jean DANET, « La rétention de sûreté au prisme de la politique criminelle : une première approche », *Gaz. pal.* 4 mars 2008.64.10; Bertrand DE LAMY « La rétention de sûreté : pénal or not pénal ? » *RSC* 2009.1.166; Martine HERZOG-EVANS, « La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des principes cardinaux de notre droit », *AJ Pénal* 2008.4.161; Bruno LAVIELLE, « Une peine infinie (libre propos sur la rétention de sûreté) », *Gaz. pal.* 4 mars 2008.64.2; Christine LAZERGES, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *RSC* 2008.3.731; Yves MAYAUD, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *D.* 2008.1359; Jean PRADEL, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.* 2008.1000.

⁶³ Maxime BRENAUT, *Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français*, Paris, Université Paris II (Panthéon - Assas), par. 10, p. 18; E. DREYER, préc., note 58, par. 1359, p. 1069, qualifiant la distinction entre mesure de sûreté et peine de « délicate »; C. MANDON, préc. note 59, p. 389 et suiv.; X. PIN, préc., note 58, par. 364, p. 393-398, qualifiant la distinction entre peine et mesure de sûreté de « délicate voire ténue »; J. PRADEL, préc., note 58, p. 561, évoquant des « rapprochements qui ne vont cependant pas jusqu'à la fusion »; M.-L. RASSAT, préc., note 58, p. 518, expliquant le « rapprochement contemporain de la peine et de la mesure de sûreté » par « [l']affadissement de la peine » et l'« [i]mpossibilité pour la mesure de sûreté de respecter son schéma originel ». Les questions de la distinction entre peine et mesure de sûreté et de la qualification débattue de certaines mesures existaient déjà à la fin du XIX^e s : Sabrina DELATTRE, *Les peines préventives. Étude comparée de leurs dynamiques en France, en Angleterre et au Pays de galles*, coll. Bibliothèque des thèses, Paris, mare & martin, 2019, par. 150-151, p. 123-125, par. 175-176, p. 141-142 et par. 194-197, p. 152-156. Notamment, la nature de la relégation pénale issue de la *Loi du 27 mai 1885 relative aux récidivistes*, J.O. 28 mai 1885, a été l'objet d'une évolution de qualification : S. DELATTRE, préc., cette note, par. 194-196, p. 152-154. Proposant de consacrer l'autonomie de la notion de mesure de sûreté : L. GREGOIRE, préc., note 58.

⁶⁴ Par exemple, les modalités du suivi socio-judiciaire (art. 131-36-1 et 131-36-2 C. pén.), qualifié de peine (Crim. 18 fév. 2004, n° 03-84.182, *Bull. crim.* n° 47), sont identiques aux modalités de la surveillance judiciaire, qualifiée de mesure de sûreté (art. 723-30 1^o C. proc. pén.; Cons. const. 8 déc. 2005, n° 2005-527 DC, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, par. 14, excluant la qualification de peine ou de sanction), ou encore de la surveillance de sûreté (art. 706-53 al. 1 C. proc. pén., renvoyant à l'art. 723-30 C. proc. pén. relatif à la surveillance judiciaire) notamment telles qu'elles sont prévues aux articles 132-44 et 132-45 C. pén.; E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 13, p. 6-7.

⁶⁵ Dans sa thèse sur l'identité de la sanction pénale, Claire MANDON conclut à l'absence de « code identificatoire propre à la sanction pénale », en ce que cette sanction partage « la même collection de critères que les autres sanctions » : C. MANDON, préc. note 59, par. 557, p. 625.

La sanction administrative n'est pas définie par la loi ou par la jurisprudence. Il faut donc se référer aux études doctrinales pour tenter de la comprendre. Le XIV^e Congrès de l'association internationale de droit pénal (Vienne 1989) a désigné les sanctions administratives comme les mesures à caractère répressif édictées par des autorités administratives⁶⁶. Plus récemment, la sanction administrative a pu être définie comme « une décision unilatérale prise par une autorité administrative agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique et infligeant une peine sanctionnant une infraction aux lois et règlements »⁶⁷. Ces définitions paraissent peu utiles à la détermination de la notion de répression administrative puisqu'elles renvoient elles-mêmes aux notions de répression et de peine⁶⁸. Elles ne permettent pas de résoudre les difficultés tenant à la distinction entre les sanctions administratives et les mesures de police administrative. En effet, il existe en France une différence entre les mesures de police et les sanctions administratives⁶⁹. La doctrine tente de discerner les critères de cette distinction⁷⁰ et définit par exemple les mesures de police comme des mesures qui émanent des autorités administratives et « qui ont pour but de faire régner l'ordre public, en imposant en amont aux membres de la société des restrictions à leurs libertés publiques pour assurer la discipline qu'exige la vie sociale »⁷¹. Au contraire, la sanction administrative intervient en réponse à un manquement administratif. Mais cette distinction, en apparence simple, est d'une mise en œuvre complexe et fait régulièrement l'objet d'interrogation quant à sa réalité et sa pertinence⁷². Par exemple, un retrait d'agrément administratif peut être une

⁶⁶ M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, préc., note 1, p. 11.

⁶⁷ CONSEIL D'ÉTAT et COUR DE CASSATION, « La sanction pénale et la sanction administrative : définition, contenu, finalités. Convergences et spécificités », *La sanction, regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, coll. Droits et débats, n°13, Paris, la Documentation française, 2015, p. 31-61, à la p. 36.

⁶⁸ Il faudrait en effet, pour qualifier une mesure sur la base de cette définition, se demander ce qu'est une peine en dehors du droit pénal.

⁶⁹ Cons. d'Ét. 22 juin 2002. 509, concl. Francis LAMY; Cons. d'Ét. ass. 21 déc. 2012, *Société Canal plus et a.*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 446, *RFDA* 2013.70, concl. Vincent DAUMAS, *AJDA* 2013.215, chr. Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU.

⁷⁰ G. DELLIS, préc., note 32, par. 183 et suiv., p. 132 et suiv. J. MOURGEON, préc., note 36, par. 112 et suiv., p. 154 et suiv.

⁷¹ Jacques PETIT et Pierre-Laurent FRIER, *Droit administratif*, 14^e éd., coll. Précis Domat Droit public, Paris La Défense, LGDJ, Lextenso, 2020, par. 471, p. 314.

⁷² Francis LAMY, « Sur la notion de sanction administrative au regard de la Convention européenne des droits de l'homme. Conclusions sur Conseil d'État, 22 juin 2001, *Société Athis* », *RFDA* 2002.509; Michel DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, Paris, Economica, 2000, par. 331 et suiv., p. 194 et suiv.; Michel DEGOFFE, « L'ambiguïté de la sanction administrative, dans Les sanctions administratives. Actualités et perspectives », *AJDA* 2001.n° spécial.27; Pierre LASCOUTES et Cécile BARBERGER, « De la sanction à l'injonction, « le droit pénal administratif » comme expression du pluralisme des formes juridiques sanctionnatrices », *RSC* 1988.4; André VARINARD et Elisabeth JOLY-SIBUET, « Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre droit pénal et droit administratif pénal », *RIDP* 1988.189.

mesure de police ou une sanction administrative selon la cause et l'objectif de la mesure concrètement considérés⁷³. Les difficultés à cerner précisément la notion de sanction sont donc un premier obstacle à la compréhension de la notion de répression. Il serait toutefois possible de passer outre ce problème, en remarquant que les approches jurisprudentielles de la répression mettent celle-ci plus précisément en lien avec la notion de punition. Ce n'est donc pas l'imposition de n'importe quelle sanction qui permettrait la qualification répressive d'un processus de réaction juridique à la violation de la loi. Cette précision ne permet finalement pas d'avancer davantage vers la définition des différentes répressions. En effet, la notion de punition est, à l'instar de celle de sanction, difficile à saisir.

Ni la loi ni la jurisprudence ne définissent, dans les droits français et canadien, la punition. La qualification de certaines mesures de réaction à des infractions pénales ou à des manquements administratifs s'est révélée délicate. Dans plusieurs décisions, le Conseil constitutionnel et la Cour suprême du Canada⁷⁴ ont rejeté le caractère punitif de différentes mesures, pourtant perçues comme punitives par la doctrine, au regard des standards précédemment connus ou établis⁷⁵. S'agissant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il serait cependant possible d'affirmer que la punition vise la répression d'un comportement contraire à la loi⁷⁶ et est opposée à la prévention⁷⁷ et à la moralisation des comportements⁷⁸. Ces éléments de réflexion n'établissent pas suffisamment les caractères intrinsèques de la punition pour être utiles à la définition des répressions⁷⁹, d'autant moins que répression et punition sont employées comme synonymes.

Les essais doctrinaux de définition de la répression concernent aujourd'hui toutes les branches du droit, confirmant ainsi la variabilité juridique contemporaine de la notion

⁷³ F. LAMY, préc., note 72.

⁷⁴ Ci-après Cour suprême (sauf précision contraire).

⁷⁵ Par exemple, en droit français, le rejet de la qualification de peine ou de sanction ayant le caractère d'une punition pour la rétention de sûreté (Cons. const. 21 fév. 2008, préc., note 61; art. 706-53-13 et suiv. C. proc. pén.) a été largement débattue et incomprise en doctrine : C. MANDON, préc., note 59, par. 86, p. 98-106. Voir les références citées, note 62. En droit canadien, le rejet systématique de la qualification de véritable conséquence pénale pour des sanctions administratives pécuniaires aux montants élevés a été critiqué par certains auteurs : A.-M. BOISVERT, préc., note 2; Doug McLEOD, « *Facing the Consequences: Should the Charter Apply to Administrative Proceedings Involving Monetary Penalties ?* », (2012) 30-1 *National Journal of Constitutional Law* 59-84; Doug McLEOD, « *An Unacceptable Standard: Administrative Monetary Penalties and the Erosion of Section 11 Protections in the Wake of Guindon* », 36 *National Journal of Constitutional Law* 229-251.

⁷⁶ Par ex. : Cons. const. 4 mai 2018, n° 2018-703 QPC, *Société People and Baby*, par. 10. *Infra*, par. 132.

⁷⁷ Par ex. : Cons. const. 20 déc. 2018, n° 2018-773 DC, *Loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information*, par. 37. *Infra*, par. 131.

⁷⁸ Par ex. : Cons. const. 20 mai 2011, n° 2011-132 QPC, *Ion C.*, par. 6; Cons. const. 27 janv. 2012, n° 2011-211 QPC, *M. Eric M.*, par. 5. *Infra*, par. 142.

⁷⁹ Pour un développement des critères de la peine et de la punition dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : *infra*, par. 124 et suiv.

de la répression. Cependant, en ne s'émancipant pas du recours aux notions de sanction, de peine ou de punition, les définitions doctrinales ne sont pas satisfaisantes.

8. *L'insatisfaction résultant des définitions doctrinales des répressions.* La conception de la « répression » retenue par le *Vocabulaire juridique*, concentrée sur le droit pénal (se perçoit ici l'idée que la répression est avant tout pénale), contraste ainsi *a priori* largement avec la variété des emplois jurisprudentiels et doctrinaux de la notion. La répression y est doublement définie comme, premièrement, une « fonction étatique consistant dans la lutte contre la délinquance, à organiser et à mettre en œuvre les sanctions pénales » et, deuxièmement, « [l]'action de réprimer incluant l'incrimination des faits, la poursuite des auteurs et l'infliction des peines »⁸⁰. L'ouvrage propose, troisièmement, une définition de la « répression disciplinaire », comprise comme la « [f]onction incombant aux autorités hiérarchiques dont l'objet est d'infliger aux fonctionnaires coupables de fautes dans l'exercice de leurs fonctions des sanctions disciplinaires »⁸¹. Le *Vocabulaire juridique* permet de faire le lien entre la répression et le droit civil. Il faut pour cela prendre un chemin plus indirect et s'intéresser à la notion de peine, en tant qu'élément de définition de la répression. En effet, outre son acception stricte, attachée au seul droit pénal⁸², la peine « désigne parfois une sanction infligée en matière civile (et non pénale), mais à titre de punition (et non de réparation) »⁸³, c'est-à-dire « une sanction destinée non pas à indemniser la victime, mais à faire subir au coupable une souffrance dans sa personne ou ses biens et correspondant aux peines établies en matière répressive et aux peines privées »⁸⁴. L'association des différentes définitions permet d'envisager une répression civile, impliquant l'infliction civile d'une sanction qui n'est pas indemnitaire, mais punitive. Un auteur a, quant à lui, défini la répression civile de manière expresse comme la « punition d'un comportement condamnable (et non au sens, plus large, de sanction - par exemple de la formation ou de l'inexécution du contrat) [...] exercée par un juge particulier - le juge civil »⁸⁵. La répression administrative a quant à elle été définie en 1967 par Jacques MOURGEON comme « la répression effectuée par l'Administration, régie par le *droit administratif*

⁸⁰ G. CORNU (dir.), préc., note 38, v° « Répression », p. 907.

⁸¹ *Id.*, v° « Répression », disciplinaire, p. 907.

⁸² *Id.*, v° « Peine », 1, p. 751.

⁸³ *Id.*, 2, p. 753.

⁸⁴ *Id.*, v° « Punition », 2, p. 834.

⁸⁵ J. PROROK, préc., note 37, par. 1.

répressif, et utilisant les *sanctions administratives* », soit des peines prononcées au terme du processus de répression administrative⁸⁶, puis présentée par Mireille DELMAS-MARTY et Catherine TEITGEN-COLLY comme un droit « administratif pénal »⁸⁷.

Les répressions pénale et extra-pénales, dans leurs conceptions doctrinales, sont liées aux notions de sanction, de punition et de peine. L'utilisation de ces notions n'est pas satisfaisante en raison des difficultés de définition déjà exposées⁸⁸. De plus, le rapport de synonymie ou d'altérité entre ces notions n'est pas évident à établir⁸⁹. En conséquence, il est compliqué de savoir si les conceptions de la répression sont identiques d'une branche du droit à une autre, et simplement adaptées aux mesures propres à chacune, ou si elles divergent. Finalement, largement utilisée dans le champ juridique contemporain, la notion de répression n'est presque jamais définie dans sa plus simple expression, indépendamment des branches du droit dans lesquelles elle s'exprime. Il n'en existe aucune définition légale ou jurisprudentielle. De rares approches doctrinales peuvent cependant être relevées.

9. De rares essais de définition de la répression. Deux définitions doctrinales de la répression sont à relever car elles apportent de nouveaux éléments à la réflexion. La répression est présentée par un auteur comme « l'ensemble des atteintes à l'exercice des libertés susceptibles d'être causées par les autorités publiques dans le cadre de la lutte contre la criminalité »⁹⁰. Cette approche, qui demeure proche d'une acception pénaliste de la répression⁹¹, met en avant la question des moyens de la répression, les atteintes à l'exercice des libertés, et les auteurs de la répression, les autorités publiques. Un autre auteur propose une approche dédoublée, moins restreinte quant à son champ d'application. Selon une « conception traditionnelle de la notion de répression, [...] [l]es disciplines répressives auraient pour fonction de punir pour punir, de réprimer pour réprimer »⁹². Selon une seconde conception, la répression ne serait qu'un moyen mis au service d'une fin; elle se caractériserait en conséquence par « des moyens particulièrement rigoureux, supposant des atteintes aux droits fondamentaux, mais

⁸⁶ J. MOURGEON, préc., note 36, par. 1, note (1), p. 9.

⁸⁷ M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, préc., note 1, p. 7.

⁸⁸ *Supra*, par. 7.

⁸⁹ Voir égal. : C. MANDON, préc. note 59, par. 490, p. 568.

⁹⁰ G. CHETARD, préc., note 35, par. 27, p. 21.

⁹¹ L'auteur précise lui-même qu'il s'agit d'un « sens ici privilégié » : *Id.*, p. 21.

⁹² Julien LAGOUTTE, « La répression du profit illicite », Julien LAGOUTTE et Barbara FRELETEAU-CHAIBRASSOU (dir.), *Le profit illicite*, Bordeaux, Les colloques de l'ISCI, 3, 2018, p. 55-78, par. 4, à la p. 56.

pouvant être mise au service de différents intérêts », c'est-à-dire, les intérêts privés en droit civil, la régulation d'activités réglementées, administratives, commerciales ou professionnelles, et la protection des valeurs sociales essentielles à une société donnée, en droit pénal⁹³. Cette approche met en avant, à travers ses deux conceptions, la question des objectifs de la répression, qui concerne en premier lieu, de façon immédiate, les liens entre la répression et la punition et en second lieu, de façon plus lointaine, les finalités recherchées par la répression pour chaque branche du droit dans laquelle elle se déploie. Elle met aussi en relief, dans sa seconde conception, le sujet des moyens de la répression, « particulièrement rigoureux » et « supposant des atteintes aux droits fondamentaux ». Les deux études proposant ces définitions ne portaient cependant pas sur la notion de répression. Le but des deux présentations était seulement de cadrer l'objet de la recherche portant sur un autre sujet. En conséquence, les contours des définitions ne sont pas davantage précisés. Il est toutefois possible d'en tirer des enseignements, en les comparant aux définitions préalablement présentées des différentes répressions. Est en effet mise en évidence la variété des causes possibles de la répression – une infraction, une faute, un comportement condamnable –, des moyens de la répression – une sanction pénale, une peine, une sanction, une souffrance dans la personne ou les biens du coupable, une atteinte à l'exercice de ses libertés, une atteinte à ses droits fondamentaux –, des autorités répressives – étatiques ou non étatiques, pénales et non-pénales –, et des objectifs ou fonctions de la répression – punitive ou non punitive. Un auteur, sans définir la répression, relevait en outre qu'une « théorie de la répression ne peut faire abstraction de la peine », y compris lorsqu'est envisagé le « droit répressif non pénal »⁹⁴, tout en étant possible d'« imaginer un mélange répressif de punitions et de sanctions »⁹⁵.

La définition des répressions et celle de la répression semblent donc généralement ramenées à des notions aux contours flous. Malgré les défauts des approches distinctes par branche du droit, les répressions ont, jusqu'à récemment, retenu davantage l'attention que la répression selon une approche globale. La répression apparaît donc aujourd'hui doublement plurielle, au regard de la diversité des branches du droit dans lesquelles elle se manifeste et des nuances des définitions proposées. De cette pluralité résulte la nécessité d'établir le large champ de recherche.

⁹³ *Id.*

⁹⁴ M. DEGOFFE, préc., note 56, par. 51, p. 40-41.

⁹⁵ *Id.*, par. 85, p. 61.

10. *Conséquences de la variété des approches juridiques sur le champ de l'étude.*

La variabilité des approches juridiques de la répression a deux conséquences sur le champ de cette étude. En premier lieu, et de façon évidente, l'étude doit couvrir tant le droit pénal que le droit civil, le droit administratif et le droit disciplinaire. Si droit pénal et droit répressif sont souvent assimilés par la doctrine, leur synonymie est régulièrement remise en cause⁹⁶. Il résulte des exposés précédents qu'il existe tant une répression pénale que des répressions extra-pénales. Par « répressions extra-pénales », il faut comprendre toutes expressions de la répression dans les branches du droit, hors le droit pénal⁹⁷. Bien que ces manifestations concernent de très nombreuses matières, il est possible de les classer entre le droit administratif, le droit civil et le droit disciplinaire, dans le but de simplifier une étude qui sera déjà riche. Le droit administratif sera ainsi entendu dans un sens large, comme le droit qui relève de la fonction ou des organes administratifs en opposition aux fonctions et organes législatifs ou judiciaires⁹⁸, incluant par exemple le droit fiscal⁹⁹ et les domaines régulés par des autorités administratives détachées de l'État¹⁰⁰. Plus précisément en droit canadien, il est une branche « du droit public qui régit l'organisation et le fonctionnement de l'Administration publique ainsi que ses relations avec les citoyens »¹⁰¹ et contient également le droit relatif aux organismes de régulation¹⁰². Le droit civil est ici compris au sens large, comme synonyme de droit privé par opposition

⁹⁶ Particulièrement en raison de l'existence d'une répression administrative : J.-L. CORAIL, préc., note 36; G. DELLIS, préc., note 32, spéc. par. 8, p. 3-4 et par. 17 et suiv., p. 8 et suiv.; M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, préc., note 1, p. 7 et 11; Julien LAGOUTTE, *Les conditions de la responsabilité en droit privé. Éléments pour une théorie général de la responsabilité juridique*, thèse de doctorat, Bordeaux, Montesquieu - Bordeaux IV, 2012, par. 14, p. 28; J. LAGOUTTE, préc., note 35, par. 4 et 5, p. 283-284; J. MOURGEON, préc., note 36, spéc. par. 1, p. 9-10.

⁹⁷ En ce sens, les répressions extra-pénales sont également appelées répressions para-pénales, pour souligner leur proximité avec le droit pénal : E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 15, p. 7-8; J. LAGOUTTE, préc., note 92, par. 3, à la p. 55.

⁹⁸ Dr. fr. : G. CORNU (dir.), préc., note 38, v° « Administratif, ive », 1, p. 34. Dr. can. : Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, « Le droit administratif », *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, 4^e, 2020, par. 1.3, EYB2020PIA4 (La référence).

⁹⁹ En droit français, le droit fiscal est parfois considéré en autonomie par rapport au droit administratif, parfois non. Dans le cadre de cette étude, une telle distinction est sans enjeu et ne sera donc pas prise en compte. Dans le même sens : M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, préc., note 1, p. 18; Franck MODERNE, « La sanction administrative (éléments pour une analyse comparative) », *RFDA* 2002.483. En droit canadien, le droit fiscal est parfois présenté indépendamment du droit administratif, en ce qu'il est plus précisément l'« [e]nsemble des règles juridiques qui régissent les impôts quant à leur assiette, leur liquidation et leur recouvrement » : H. REID, préc., note 49, v° « Droit fiscal ». Toutefois, comme le droit administratif, le droit fiscal est une branche du droit public, et organise les rapports entre les gouvernements et les citoyens sur les questions de l'impôt : André ÉMOND, *Introduction au droit canadien*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, p. 66, en ligne : <<https://edoctrine.caij.qc.ca>>. Il sera donc, dans le cadre de cet étude, étudié au titre des manifestations de la répression en droit administratif.

¹⁰⁰ Mireille DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, coll. Thémis droit privé, Paris, PUF, 1992, p. 21-24.

¹⁰¹ P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 98, par. 1.4; H. REID, préc., note 49, v° « Droit administratif ».

¹⁰² A. ÉMOND, préc., note 99, p. 65.

au droit pénal et au droit public¹⁰³, incluant le droit civil *stricto sensu*, qui concerne les règles relatives aux personnes, aux biens, à la filiation, et aux obligations¹⁰⁴, mais aussi le droit commercial et le droit des affaires¹⁰⁵. Le droit disciplinaire désignera quant à lui l'ensemble des règles de droit qui « se rapporte à la discipline d'un corps, d'une profession, d'une entreprise »¹⁰⁶, auquel seront assimilés d'autres groupes, comme les détenus en matière pénitentiaire. Le droit pénal sera classiquement compris comme la « branche du Droit ayant pour objet traditionnel la prévention et la répression des infractions »¹⁰⁷, incluant en droit canadien, tant le droit criminel de compétence fédérale¹⁰⁸ que le droit pénal réglementaire, de compétence fédérale ou provinciale¹⁰⁹.

En second lieu, les incertitudes relatives aux définitions des notions de sanction, punition et peine conduisent à considérer tant les mesures juridiques qualifiées de mesures répressives, de peines, de sanctions punitives que les mesures dont le droit positif ou la doctrine les distinguent habituellement¹¹⁰.

Doivent en définitive être étudiés tant les mécanismes sanctionnateurs pénaux et extra-pénaux, qualifiés ainsi par le droit positif ou la doctrine, que tout mécanisme pénal ou extra-pénal dont il peut être établi qu'il est substantiellement proche des mécanismes répressifs expressément reconnus comme tels. Il sera en effet ainsi possible de les comparer et d'étudier leur distinction, apparente ou réelle. Ne seront étudiés que les mécanismes juridiques, incluant les mécanismes étatiques comme certains mécanismes non étatiques, à condition que les autorités chargées de leur mise en œuvre aient reçu compétence ou autorisation étatique pour exercer leurs pouvoirs¹¹¹. Cette étude sera cantonnée au champ des faits juridiques et ne s'étendra pas à l'étude des sanctions dans

¹⁰³ G. CORNU (dir.), préc., note 38, v° « Civil », 2, p. 177.

¹⁰⁴ *Id.*, 1 (Droit), p. 177.

¹⁰⁵ Cette approche peut également être retenue en droit civil québécois : A. ÉMOND, préc., note 99, p. 67-70; H. REID, préc., note 49, v° « Droit civil », 1 et 4.

¹⁰⁶ G. CORNU (dir.), préc., note 38, v° « Disciplinaire », p. 353.

¹⁰⁷ *Id.*, v° « Pénal », 1 (Droit), p. 753. La définition canadienne du droit pénal est proche de la définition française, quoi que plus précise sur certains aspects. Il est en effet défini comme l'« [e]nsemble des règles de droit public qui ont pour objet les peines et la répression des crimes et des infractions. Il vise à punir les comportements prohibés par la loi comme étant contraires à l'ordre et au bien-être dans la société » : H. REID, préc., note 49, v° « Droit pénal ».

¹⁰⁸ *Loi constitutionnelle de 1867, 30 et 31 Vict. c.3 (R.-U.)* [ci-après *Loi constitutionnelle de 1867*], art. 91 27.

¹⁰⁹ *Id.*, art. 92 15.

¹¹⁰ Par exemple, les mesures de sûreté en droit pénal et les mesures de police en droit administratif : *supra*, par. 7.

¹¹¹ Le champ d'étude est ainsi restreint à la répression légitimée par le droit, au regard des systèmes français et canadien, et ne couvre pas la répression politique.

le cadre des actes juridiques comme la nullité. Ainsi, sauf intérêt particulier¹¹², les mesures conventionnelles ne feront pas l'objet de la réflexion. Cette délimitation du champ d'étude tient au fait que les manifestations juridiques multidisciplinaires de la répression sont plutôt qualifiées dans le cadre de comportements relevant des faits juridiques¹¹³ et non d'actes juridiques. Il apparaît raisonnable et rationnel de limiter ainsi le champ de la réflexion, déjà très large du fait de la double comparaison, entre les branches du droit et entre le droit français et le droit canadien.

L'absence de définition précise des différentes expressions de la répression rend l'approche plurielle de la répression insuffisante.

II. L'insuffisance de l'approche plurielle de la répression

11. *L'actualité des enjeux liés à la diversité des mécanismes sanctionnateurs*¹¹⁴.

L'approche plurielle de la répression est insuffisante car elle ne permet pas de répondre aux nombreuses interrogations que soulève la coexistence des mécanismes sanctionnateurs pénaux et extra-pénaux. Ces interrogations soulevées dès la fin du XX^e siècle en raison du déploiement des mécanismes sanctionnateurs en dehors du droit pénal¹¹⁵ ont trouvé des prolongements en droit pénal avec la diversification des réponses pénales aux infractions¹¹⁶ et se renouvellent régulièrement¹¹⁷. L'exposé du déploiement des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanction depuis la fin du XX^e siècle (A) permet ainsi d'établir un bilan des enjeux contemporains de la coexistence des

¹¹² Quelques références ponctuelles à la clause pénale pourront en effet être utiles à la réflexion menée sur la notion de répression.

¹¹³ C'est-à-dire des faits quelconques auquel la loi attache une conséquence juridique qui n'a pas été nécessairement recherchée par l'auteur du fait : G. CORNU (dir.), préc., note 38, v^o « Fait », juridique, p. 449.

¹¹⁴ Afin d'éviter de recourir trop souvent à des périphrases, l'expression « mécanismes sanctionnateurs » sera désormais, et sauf indication contraire, utilisée dans un sens élargi, comprenant tant les mécanismes sanctionnateurs *stricto sensu*, reconnus comme tels par le droit, que ceux pour lesquels la question de la qualification se pose au regard de leur substance proche des premiers.

¹¹⁵ M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, préc., note 1; P. LASCOUTES et C. BARBERGER, préc., note 72; Catherine TEITGEN-COLLY, « Sanctions administrative et autorités administratives indépendantes », *LPA* 1990.8.38.; A. VARINARD et E. JOLY-SIBUET, préc., note 72.

¹¹⁶ M. BRENAUT, *Le renouveau des mesures de sûreté*, préc., note 63; Élodie DERLON, François FOURMENT, Catherine MENABE, Jean-Baptiste THIERRY, « De la peine à la réponse judiciaire à la commission d'une infraction », dans Valérie MALABAT, Bertrand DE LAMY et Muriel GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*. *Opinio doctorum*, coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2009, p. 277-288; Pierette PONCELA, « De la diversité des sanctions juridiques. Variation sur le traitement différentiel des illégalismes », dans Françoise TULKENS, Yves CARTUYVELS et Christine GUILLAIN (dir.), *La peine dans tous ses états. Hommage à Michel van de Kerchove*, Larcier, 2011, p. 67-78.

¹¹⁷ Jérôme CHACORNAC, « L'articulation des répressions. Comment résoudre le problème de *non bis in idem* ? », *RSC* 2019.333; Pascale IDOUX, « Faut-il un code de procédure administrative répressive ? », *RSC* 2019.41; Sébastien SAUNIER, « Codifier le droit des sanctions administratives. Une fiction ? », *RSC* 2019.31.

mécanismes sanctionneurs pénaux et extra-pénaux (B) démontrant l'insuffisance de l'approche plurielle de la répression.

A. Le déploiement des mécanismes sanctionneurs pénaux et extra-pénaux depuis la fin du XX^e siècle

12. *Le déploiement des mécanismes sanctionneurs en France.* Historiquement, le pouvoir de sanction administrative est très ancien, notamment en matière fiscale¹¹⁸. L'apparition puis la multiplication des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes¹¹⁹ disposant d'un pouvoir de sanction ont cependant renouvelé les problématiques engendrées par un tel pouvoir¹²⁰. La légitimité et la qualification juridique de ces sanctions au regard des catégories juridiques préexistantes ont ainsi été discutées par la doctrine¹²¹. Était notamment mis en avant la violation du principe de séparation des pouvoirs au motif que le pouvoir répressif devait être uniquement confié au juge judiciaire et non à l'Administration¹²². La constitutionnalité du pouvoir administratif de sanction a été implicitement reconnu en 1982, le Conseil constitutionnel considérant que l'application du principe de non-rétroactivité formulé à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹²³ :

¹¹⁸ G. DELLIS, préc., note 32, par. 9 et suiv.; M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, préc., note 1, p. 13-18; Hélène PAULIAT, « L'émergence du concept de sanction administrative », *JCP A* 2013.11.2072, par. 4-6.

¹¹⁹ Celles-ci ont été créées pour administrer la régulation de différents secteurs d'activités pour lesquels l'État ne voulait pas ou ne voulait plus intervenir, en raison de leurs caractères sensible et complexe. En tant qu'autorités, elles disposent de différents pouvoirs de recommandation, de décision, de réglementation, mais aussi de sanction. Ce dernier pouvoir est apparu complémentaire et nécessaire à la réalisation de leur mission régulatrice. Le but affiché est alors de pallier les insuffisances matérielles et les inaptitudes techniques et procédurales des juridictions pénales à exercer la répression dans ces secteurs particuliers. Il existe aujourd'hui en France 26 autorités administratives indépendantes et 7 autorités publiques indépendantes : *Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes*, J.O. 21 janv. 2017, texte n° 2. Quentin EPRON, « Les sanctions en droit administratif. Le cas des autorités administratives indépendantes », dans Dominique LASZLO-FENOUILLET et Cécile CHAINAIS (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1 « La sanction, entre technique et politique », coll. L'esprit du droit, Paris, Dalloz, 2012, p. 517; C. TEITGEN-COLLY, préc., note 115.

¹²⁰ La jurisprudence administrative ayant alors commencé à construire l'ébauche d'un « système administratif pénal », en formulant des principes généraux du droit propres à la répression administrative ou en appliquant à celle-ci les principes valant pour l'ensemble du droit administratif, dans le but de favoriser la protection des administrés mais en permettant aussi de conserver en matière répressive le particularisme du droit administratif : M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, préc., note 1, p. 27-28.

¹²¹ J.-L. CORAIL, préc., note 36; M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, préc., note 1, p. 30. Voir également le numéro spécial de la revue *Petites affiches*, du 17 janvier 1990, consacré aux sanctions administratives.

¹²² Cons. const. 17 janv. 1989, n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, par. 24; M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, préc., note 1, p. 30.

¹²³ Ci-après DDHC.

« [...] ne concerne pas seulement les peines appliquées par les juridictions répressives, mais s'étend nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire »¹²⁴.

Par cette formule, le Conseil constitutionnel laissait transparaître son scepticisme quant à la légitimité du pouvoir administratif de sanction. Après avoir utilisé une formule moins dubitative¹²⁵, il a finalement expressément affirmé la constitutionnalité des sanctions administratives¹²⁶ :

« [...] le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis »¹²⁷.

La légitimité des sanctions administratives, qualifiées de sanctions ayant le caractère d'une punition, résulte donc des prérogatives de puissance publique dont disposent les autorités administratives ; leur constitutionnalité est conditionnée au respect des principes constitutionnels applicables en droit pénal. Doivent ainsi être mis en œuvre le principe de légalité des délits et des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, le principe de nécessité des peines, les droits de la défense¹²⁸, le principe de nécessité et de proportionnalité¹²⁹, le principe de personnalité des peines¹³⁰ et le principe d'individualisation de la peine¹³¹. Bien qu'admis sur le principe, ce pouvoir de sanction

¹²⁴ Cons. const. 30 déc. 1982, n° 82-155 DC, *Loi de finances rectificative pour 1982*, par. 33.

¹²⁵ Par ex. : Cons. const. 17 janv. 1989, préc., note 122, par. 36 :

« Considérant que ces exigences ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire ». (nous soulignons)

Cette expression a aujourd'hui disparu de la formule utilisée par le Conseil constitutionnel.

¹²⁶ Sur cette évolution progressive de la position du Conseil constitutionnel : M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, préc., note 1, p. 30-33.

¹²⁷ Cons. const. 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, par. 6.

¹²⁸ Cons. const. 17 janv. 1989, préc., note 122, par. 34, 35 et 36.

¹²⁹ Cons. const. 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, par. 17 et 18.

¹³⁰ Cons. const. 4 mai 2012, n° 2012-239 QPC, *Mme Ileana A.*, par. 5.

¹³¹ Cons. const. 17 mars 2011, préc., note 28, par. 4.

administrative n'en a pas moins soulevé de nombreuses questions : quels sont les critères de qualification d'une sanction ayant le caractère d'une punition, pourquoi recourir aux sanctions administratives plutôt qu'aux peines, doivent-elles remplacer les peines pour certains contentieux ou doivent-elles s'y ajouter, avec quelle force les principes constitutionnels pénaux doivent-ils s'appliquer aux sanctions administratives, tous les principes doivent-ils s'y appliquer ... ? Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de répondre à certaines de ces questions, mais sa jurisprudence est sur certains points très évolutive. Notamment, l'articulation des sanctions pénales et administratives susceptibles d'être imposées pour les mêmes faits a été progressivement repensée. Après avoir longtemps validé le cumul proportionné des deux catégories de sanctions punitives¹³², un tel cumul a finalement été exclu en matière de répression des abus de marché parce que les sanctions étaient de même nature, qu'elles punissaient des faits identiques et protégeaient les mêmes intérêts¹³³. Au contraire, le cumul a par la suite été accepté s'agissant de la répression de la fraude fiscale car « [l]e recouvrement de la nécessaire contribution publique et l'objectif de lutte contre la fraude fiscale justifient l'engagement de procédures complémentaires dans les cas de fraudes les plus graves »¹³⁴. L'application des critères régissant l'articulation des sanctions punitives n'aboutit ainsi pas toujours à des résultats prévisibles¹³⁵ et le cumul est souvent validé par le Conseil constitutionnel en raison de la différence de nature des sanctions, les peines étant généralement considérées comme plus graves que les sanctions punitives extra-pénales en raison de leurs objets¹³⁶. En outre, le Conseil constitutionnel a adapté l'application aux personnes morales du principe de personnalité des peines en matière de sanctions punitives extra-pénales¹³⁷ et

¹³² Cons. const. 28 juillet 1989, préc., note 129, par. 15-16 et 22. Le Conseil avait affirmé que, sans qu'il soit besoin de rechercher si le principe selon lequel une même personne ne peut pas être punie deux fois pour le même fait a valeur constitutionnelle, « il convient de relever qu'il ne reçoit pas application au cas de cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives ».

¹³³ Cons. const. 18 juin 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462, *John L. et autres*, par. 19 et suiv.

¹³⁴ Cons. const. 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC, *M. Jérôme C.*, par. 20.

¹³⁵ Virginie PELTIER, « Échappatoire constitutionnelle ! », *Dr. pén.* 2016.9.comm.135.

¹³⁶ Le Conseil constitutionnel a aussi appliqué ces critères à des situations de coexistence de sanctions pénales et civiles (Cons. const. 29 sept. 2016, n° 2016-570 QPC, *Pierre M.*, concernant le cumul des poursuites pénales pour banqueroute avec la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire et cumul des mesures de faillite ou d'interdiction prononcées dans ces cadre).

¹³⁷ Une personne morale bénéficiaire de la transmission du patrimoine d'une société dissoute sans liquidation est susceptible d'encourir l'amende précédemment encourue par la société dissoute, malgré l'application du principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait aux sanctions extra-pénales : Cons. const. 18 mai 2016, n° 2016-542 QPC, *Société ITM Alimentaire International SAS*, par. 5 et 10 (amende civile prononcée à l'encontre d'une personne morale à laquelle une entreprise a été transmise). Le principe est désormais appliqué avec moins de vigueur y compris en droit pénal dans le cas d'une fusion-absorption : Crim. 25 nov. 2020, n° 18-86.955, COUR DE CASSATION, *Note explicative relative à l'arrêt n° 2333 du 25 novembre 2020 (chambre criminelle)*, en ligne : < <https://www.courdecassation.fr> >.

impose avec un degré d'exigence moindre le principe de légalité des peines, considérant que tous les éléments d'une incrimination extra-pénale n'ont pas nécessairement à être aussi précisément déterminés qu'en droit pénal¹³⁸. Des questions semblables se sont aussi développées au sein du droit pénal.

Le renouvellement du débat sur la nature et le régime de certaines mesures pénales de réaction aux infractions est un peu plus tardif. En 1992, le législateur ayant choisi de ne prévoir que la catégorie unique des peines pour qualifier toutes les sanctions pénales, les mesures de sûreté semblaient condamnées à une existence informelle¹³⁹. L'expression a cependant fait son retour dans la législation au début du XX^e siècle¹⁴⁰. Ainsi, la qualification juridique – peine ou non-peine – la nature – punitive ou non punitive – et l'encadrement – application ou non du régime légal et supra-législatif des peines – des mesures de sûreté suscitent de nombreux débats, auxquels la jurisprudence ne répond pas toujours avec clarté et cohérence. Pourtant, le rejet de la qualification de peine ou de punition a des conséquences importantes pour les justiciables, qui ne bénéficient pas des garanties pénales constitutionnelles. Ainsi, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère ne s'applique pas à la surveillance judiciaire¹⁴¹ et à la surveillance de sûreté¹⁴² car elles ne sont ni des peines ni des sanctions. Les incertitudes sur les critères de la peine ou de la punition sont d'autant plus grandes que le Conseil constitutionnel a déjà rejeté la qualification punitive d'une mesure, tout en lui appliquant le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, habituellement écarté pour les mesures non punitives¹⁴³. Ainsi, il s'applique à la rétention de sûreté qui n'est pourtant pas une peine ou une

¹³⁸ Par ex. : Cons. const. 17 janv. 1989, n° 88-248 DC, préc., note 122, par. 37; 25 nov. 2011, n° 2011-199 QPC, *M. Michel G.*, par. 7; Cons. const. 13 janv. 2012, n° 2011-210 QPC, *M. Ahmed S.*, par. 4.

¹³⁹ De nombreuses peines complémentaires ou accessoires étaient ainsi substantiellement des mesures de sûreté, que ce soit avant ou après la réforme du Code pénal en 1992 : M. BRENAUT, préc., note 63, par. 6, p. 11-12.

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ Cons. const. 8 déc. 2005, n° 2005-527 DC, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, par. 12 à 15. La surveillance judiciaire est une mesure qui peut être ordonnée « à titre de mesure de sûreté » à l'endroit de certains condamnés, « aux seules fins de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré », et qui consiste en l'imposition d'obligations à respecter après libération, durant la période qui correspond aux crédits de réduction de peines dont le condamné a bénéficié (art. 723-29 C. proc. pén.).

¹⁴² Cons. const. 21 fév. 2008, préc., note 61, par. 9. La surveillance de sûreté est une mesure de contrôle post-peine qui peut être imposée aux personnes condamnées pour des faits graves lorsqu'elles sont considérées comme étant encore dangereuses à l'issue de l'exécution de leur peine, la surveillance de sûreté devant apparaître comme le seul moyen de prévenir la récidive : art. 706-53-19 C. proc. pén.

¹⁴³ Sur ce point la comparaison entre les décisions relative à la surveillance judiciaire (Cons. const. 8 déc. 2005, n° 2005-527 DC, préc., note 141, par. 12 à 15) et à la rétention de sûreté (Cons. const. 21 fév. 2008, préc., note 61, par. 9 et 10) met particulièrement en lumière les incertitudes entourant les qualifications constitutionnelles : *Id.*, par. 85 et 86, p. 95-106.

sanction ayant le caractère d'une punition¹⁴⁴. Ces débats sur la qualification et le régime se prolongent particulièrement à propos des fichiers de police et de justice, qui ne cessent de se multiplier¹⁴⁵. L'inscription d'une personne condamnée sur un fichier judiciaire n'est pas considérée comme une peine par la loi et la jurisprudence¹⁴⁶, alors que cette inscription peut permettre d'imposer des obligations supplémentaires à la peine¹⁴⁷. Comme elle n'est pas une peine, une telle inscription peut être d'application rétroactive¹⁴⁸.

Les évolutions du droit positif canadien mettent en avant des problématiques semblables quant à la qualification, la légitimité et au régime des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions.

13. Le déploiement des mécanismes sanctionneurs au Canada. Au Canada, les pouvoirs extra-pénaux de sanction se sont également développés à la fin du XX^e siècle. Les pouvoirs administratif et disciplinaire de sanction ont en conséquence fait l'objet d'interrogations, notamment quant à leur encadrement juridique¹⁴⁹. La Cour suprême a admis à la fin des années 1990 que les sanctions administratives et disciplinaires pourraient théoriquement, au regard de plusieurs critères, être suffisamment proches des

¹⁴⁴ Cons. const. 21 fév. 2008, préc., note 61, par. 9 et 10; C. MANDON, préc., note 59, par. 86, p. 98-106. La rétention de sûreté consiste dans le placement dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté d'une personne condamnée à une lourde peine criminelle pour une crime grave présentant, à l'issue de l'exécution de sa peine, une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elle souffre d'un trouble grave de la personnalité, afin de lui proposer une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de la rétention : art. 706-53-13 C. proc. pén.

¹⁴⁵ En 2018, 106 fichiers mis à la disposition des forces de sécurité ont été comptabilisés : ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information en conclusion des travaux de la mission sur les fichiers mis à la disposition des forces de sécurité*, n° 1335, 15^{ème} législature, 17 oct. 2018, présenté par Messieurs Didier PARIS et Pierre MOREL-À-L'HUISSIER, p. 20.

¹⁴⁶ Par ex. : Cons. const. 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, par. 74 : l'inscription de l'identité d'une personne dans le fichier judiciaire national automatisé des auteurs des infractions sexuelles (FIJAIS) est une « mesure de police ».

¹⁴⁷ Pour le FIJAIS : art. 706-53-5 C. proc. pén.

¹⁴⁸ Crim. 12 mars 2008, n° 07-86.233 (concernant le FIJAIS).

¹⁴⁹ A.-M. BOISVERT, préc., note 2; Hélie MICHEL Y., « Bien-fondé de l'exclusion des sanctions pécuniaires administratives de la portée de l'article 11 de la Charte canadienne des droits et libertés », dans *XVII^e Conférence des juristes de l'État*, 2006, p. 291-321, en ligne : <<https://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca>>; D. MCLEOD, « *Facing the Consequences: Should the Charter Apply to Administrative Proceedings Involving Monetary Penalties?* », préc., note 75; D. MCLEOD, « *An Unacceptable Standard: Administrative Monetary Penalties and the Erosion of Section 11 Protections in the Wake of Guindon* », préc., note 75; Michel PATRICK, « Droit pénal et sanctions administratives pécuniaires : quelques considérations pour prévenir la confusion des genres et faciliter la cohabitation », *XX^e Conférence des juristes de l'État. Redéfinir la gouvernance publique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 529-566; Gaston PELLETIER, « Les sanctions administratives pécuniaires », dans *Redéfinir la gouvernance publique*, XX^e Conférence des juristes de l'État, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 513-528, en ligne : <[ps://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca](https://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca)>; Jean PIETTE, « La sanction du droit de l'environnement par des pénalités administratives », dans S.F.C.B.Q. (dir.), *Développements récents en droit de l'environnement (2012)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012.

peines pour rendre nécessaire l'application des garanties pénales constitutionnelles¹⁵⁰. En pratique, elle a, le plus souvent, refusé de reconnaître que ces critères étaient réunis et a rejeté les prétentions des administrés à l'applicabilité de ces garanties¹⁵¹. Ce refus quasi généralisé de reconnaître le caractère punitif des sanctions administratives ou disciplinaires, justifiant le rejet de l'application des garanties constitutionnelles pénales, a eu pour conséquence un fort développement des mécanismes administratifs de sanction, tant au niveau fédéral que provincial¹⁵². Un tel développement du pouvoir administratif de sanctions alimente le débat doctrinal sur la légitimité et l'encadrement juridique de ce pouvoir sanctionnateur¹⁵³. La divergence jurisprudentielle des droits français et canadien sur le sujet des sanctions administratives rend la comparaison de ces droits particulièrement intéressante. C'est en matière civile que se trouve également une autre différence importante entre les droits français et canadien. En effet, la tradition juridique canadienne a permis le développement des dommages-intérêts punitifs dans les provinces de *common law* mais aussi au Québec. En raison de sa tradition de droit écrit, les dommages-intérêts punitifs¹⁵⁴ n'ont en revanche été adoptés en droit civil québécois qu'à partir du milieu des années 1970. L'existence d'un pouvoir punitif des juges civils avait en effet été rejetée¹⁵⁵ au motif qu'en droit québécois « [l]a loi civile ne punit jamais l'auteur d'un délit ou d'un quasi-délit; elle accorde une compensation à la victime pour le tort qui lui a été causé. La punition est exclusivement du ressort des tribunaux

¹⁵⁰ *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, par. 23-26 (CSC); *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3 (CSC), 18-19.

¹⁵¹ *Martineau c. M.R.N.*, [2004] 3 R.C.S. 737 (CSC); *Guindon c. Canada*, [2015] 3 R.C.S. 3 (CSC); *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, [2015] 3 R.C.S. 250 (CSC); pour une application de la jurisprudence de la Cour suprême par une juridiction provinciale : *R. v. Samji*, 2017 BCCA 415.

¹⁵² A.-M. BOISVERT, préc., note 2, aux p. 198-201. Pour le droit québécois, voir la liste établie par la professeure Anne-Marie BOISVERT : *Id.*, à la p. 198.

¹⁵³ La doctrine n'est en effet pas unanime sur le sujet. Certains auteurs défendent le recours aux systèmes administratifs de sanction comme alternative au droit pénal : par ex., H. MICHEL Y., préc., note 149; Francine GAUVIN et Anne PARENT, « Pour un meilleur respect d'une loi d'ordre public par la bonification du régime de droit administratif : le régime de sanctions administratives pécuniaires prévu à la Loi sur la qualité de l'environnement », dans *XX^e Conférence des juristes de l'État. Redéfinir la gouvernance publique*, 2013, p. 459-510. D'autres auteurs dénoncent en revanche les risques de tels mécanismes et les conséquences pour les droits et libertés des justiciables, face au refus de les encadrer de manière plus stricte. Ils mettent en outre en avant les incohérences dans les raisonnements tenus par la jurisprudence pour affirmer leurs positions sur le sujet : A.-M. BOISVERT, préc., note 2; D. MCLEOD, « *Facing the Consequences: Should the Charter Apply to Administrative Proceedings Involving Monetary Penalties?* », préc., note 58; D. MCLEOD, « *An Unacceptable Standard: Administrative Monetary Penalties and the Erosion of Section 11 Protections in the Wake of Guindon* », préc., note 75.

¹⁵⁴ L'article 1621 C.c.Q. ne définit pas les dommages-intérêts punitifs mais les présente, au regard du plan du code, comme une somme d'argent assurant, avec les dommages-intérêts compensatoires, l'exécution par équivalent d'une obligation. Ils ont une fonction préventive et sont évalués au regard de plusieurs critères : art. 1621.

¹⁵⁵ *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834 (CSC).

correctionnels »¹⁵⁶. Plusieurs interventions législatives ont finalement contribué au développement des dommages-intérêts punitifs, en établissant la possibilité d'y recourir dans des domaines particuliers avant que le *Code civil du Québec*, adopté en 1991 et entré en vigueur en 1994, consacre de manière plus générale la possibilité de les octroyer en toute matière¹⁵⁷, à condition que le législateur les prévoit expressément dans la loi qui régit la matière¹⁵⁸. Il ne s'agit donc pas d'une sanction applicable dans le cadre d'un recours général en responsabilité civile¹⁵⁹. Cette évolution du droit civil québécois et son système actuel de dommages-intérêts punitifs ont inspiré la doctrine française qui souhaite revaloriser le rôle normatif de la responsabilité civile¹⁶⁰. L'existence et les conditions du pouvoir de punir en droit civil sont en outre un sujet d'actualité en droit français, tant par l'existence d'amendes civiles qualifiées de sanctions ayant le caractère de punition par le Conseil constitutionnel¹⁶¹, que par la possibilité que soit introduit dans les prochaines années un mécanisme d'amende civile pour faute lucrative¹⁶². Les règles jurisprudentielles d'articulation des dommages-intérêts punitifs et des peines¹⁶³ pourraient alors être une source de réflexion intéressante.

Ce panorama de quelques manifestations du déploiement des mécanismes de sanctions pénaux et extra-pénaux en France et au Canada permet de dresser un bilan des enjeux actuels de la coexistence de ces mécanismes, attestant l'insuffisance d'une approche plurielle des répressions.

B. Les enjeux actuels de la coexistence des mécanismes sanctionneurs

14. *Bilan des enjeux communs dans les droits français et canadien.* La multiplication des mécanismes sanctionneurs extra-pénaux et la diversification des réponses pénales aux infractions entraînent de nombreuses interrogations. Les questions de leur légitimité, de leur qualification, de leur coexistence et de leur articulation aux peines se renouvellent sans cesse. Premièrement, leur qualification est essentielle

¹⁵⁶ *Id.*, 841.

¹⁵⁷ Pauline ROY, « Différentes manifestations de la notion de peine privée en droit québécois », (2004) 38 *R.J.T.* 263, aux p. 268-269.

¹⁵⁸ Art. 1621 al. C.c.Q.

¹⁵⁹ P. ROY, préc., note 157, à la p. 269.

¹⁶⁰ Par ex. : Suzanne CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, coll. Bibliothèque de droit privé, n° 250, LGDJ, 1995, p. 57 et suiv.

¹⁶¹ Par ex. : Cons. const. 30 nov. 2018, n° 2018-749 QPC, *Société Interdis et autres* (relativement au déséquilibre significatif dans les relations commerciales).

¹⁶² *Projet de réforme de la responsabilité civile, présenté par la Chancellerie le 13 mars 2017*, art. 1266-1 C. civ.

¹⁶³ C. DALLAIRE, préc., note 37, p. 117 et suiv.

puisqu'elle influence directement le régime applicable et le degré de protection des justiciables qui en sont l'objet. Or, certaines mesures pénales ou extra-pénales sont parfois difficiles à qualifier¹⁶⁴. Deuxièmement, le problème de la coexistence de ces différents mécanismes sous-tend la question de leur distinction, et par conséquent des critères adéquats à celle-ci. Or, plusieurs auteurs constatent l'impossibilité de trouver de tels critères en droit positif¹⁶⁵ et certains se résolvent à conclure que seule la volonté législative permet d'expliquer les qualifications pénales ou extra-pénales des mécanismes étudiés¹⁶⁶. Troisièmement, les interrogations quant à l'articulation des mécanismes punitifs pénaux et extra-pénaux sont toujours d'actualité. Les jurisprudences françaises et canadiennes proposent des critères permettant de décider du cumul ou du non-cumul des mesures punitives pouvant être imposées à une personne pour les mêmes faits¹⁶⁷. Cependant, ces règles continuent de faire l'objet de discussions car elles n'apparaissent

¹⁶⁴ Julien BÉTAILLE, Dalila CHOUKI, Coralie COURTAIGNE-DESLANDES, Maryse DEGUERGUE, Elise LANGELIER, Gérard MARCOU, Thomas PERROUD, Catherine TEITGEN-COLLY, *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques*, [Rapport de recherche] Mission de recherche Droit & Justice. 2017, p. 7.

¹⁶⁵ Dr. fr. : Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 16^e éd., coll. Corpus de droit privé, Paris, Economica, 2009, p. 24-26, p. 10-11. Pour une étude très complète sur l'impossibilité d'identifier la sanction pénale, tant dans ses frontières internes – relativement à la définition des peines et mesures de sûreté – que dans ses frontières externes – relativement à sa distinction des sanctions extra-pénales : C. MANDON, préc., note 59. Sur la question de la distinction entre sanction pénale et sanction administrative, voir égal. notre mémoire : Tiphaine DOURGES, *La distinction entre sanction pénale et sanction administrative*, Mémoire, Bordeaux, Université de Bordeaux, 2014. Dr. can. : relativisant largement la distinction entre sanctions pénales et sanctions administratives, au regard des critères établis par la Cour suprême pour la caractérisation de la nature procédurale d'un mécanisme de sanction et de la nature de sa sanction : A.-M. BOISVERT, préc., note 2.

¹⁶⁶ Dr. can. : A.-M. BOISVERT, préc., note 2, p. 217-218, 220 et 223-224. Dr. fr. : G. DELLIS, préc., note 36, par. 141, p. 95; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 165.

¹⁶⁷ Le cumul de sanctions punitives est impossible en vertu du principe de nécessité des peines si la personne fait l'objet « de plusieurs poursuites tendant à réprimer de mêmes faits qualifiés de manière identique, par des sanctions de même nature, aux fins de protéger les mêmes intérêts sociaux » : Cons. const. 8 avril 2022, n° 2022-988 QPC, *M. Roland B.*, par. 7 (relativement à un cumul de poursuites et de sanctions en cas d'opposition à un contrôle fiscal); 28 janvier 2022, n° 2021-965 QPC, préc., note 29, par. 14 (pour la sanction des entraves aux contrôles et enquêtes de l'Autorité des marchés financiers); 3 déc. 2021, n° 2021-953 QPC, *Société Specitubes*, par. 6 (concernant le cumul des poursuites pour violation d'une mise en demeure prononcée par le préfet en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement). Pour une vue d'ensemble sur le cumul des sanctions en droit français, voir : Haritini MATSOPOULOU (dir.), *La règle ne bis in idem. Concordances et discordances entre les jurisprudences européenne et constitutionnelle*, coll. Collection des presses universitaires de Sceaux, Paris, mare & martin, 2019. En droit canadien, la question s'est posée devant les tribunaux relativement aux sanctions criminelles et pénales applicables dans le contexte des valeurs mobilières : *R. c. Lacroix*, 2009 QCCS 4004; Anne-Marie BOISVERT, Hélène DUMONT et Alexandre STYLIOU, « En marge de l'affaire Lacroix-Norbouurg : les enjeux substantifs et punitifs suscités par le double aspect, réglementaire et criminel, de certains comportements frauduleux dans le domaine des valeurs mobilières », (2010) 50-3-4 *C. de D.* 469-518. Voir, plus généralement, notre étude sur le principe de prohibition des condamnations multiples : Tiphaine DOURGES, « La règle de prohibition des condamnations multiples : réflexions sur ses fondements et ses critères ainsi que sur leur application en droit économique et financier », (2020) 48-1 et 2 *R.D.U.S.* 31-90.

pas toujours justes dans leurs principes ou dans leurs applications, ni aisées à mettre en œuvre¹⁶⁸.

La réflexion sur l'articulation des sanctions pénales et extra-pénales suppose l'identification préalable de leurs points communs et différences, en ce que ces derniers guident la réponse apportée au choix du cumul, du cumul limité ou du non-cumul. Il apparaît difficile de justifier le cumul de mesures très ressemblantes et plus aisé d'envisager le cumul de mesures dont il est possible d'établir clairement les différences. C'est en ce sens que procèdent en outre les jurisprudences française¹⁶⁹ et québécoise¹⁷⁰, sans que la doctrine soit toujours en accord avec les ressemblances et les différences qu'elles établissent. Ce raisonnement met toutefois en avant un élément primordial. L'identification de l'unité des mesures répressives est le point de départ de tout raisonnement sur la coexistence des mécanismes pénaux et extra-pénaux d'imposition de mesures semblables à des peines et sur leur articulation.

L'approche plurielle de la répression n'a pas encore permis d'obtenir des réponses claires sur les questions soulevées par le développement des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions. C'est pourquoi il semblerait opportun d'adopter une nouvelle approche, une approche unifiée de la répression.

III. La nécessité d'une approche unifiée de la répression

15. La démonstration de la nécessité d'une approche unifiée de la répression dans les droits français et canadiens suppose d'établir les intérêts d'une définition unifiée de la répression (A). Le droit comparé comme outil méthodologique (B) et la conception du droit en réseau comme outil théorique (C) soutiennent la démonstration et contribuent à son développement. Le constat de la nécessité d'une définition unifiée de la répression rend indispensable la proposition d'une telle définition (D).

A. Les intérêts d'une définition unifiée de la répression

16. *La notion unifiée de la répression comme fondement d'une théorie générale de la répression.* L'identification de l'unité des mesures répressives est une question en suspens dans les droits positifs français et canadien. Dans chacun des deux ordres juridiques certaines mesures font l'objet de qualifications permettant d'assurer la

¹⁶⁸ J. CHACORNAC, préc., note 117; Julien BÉTAILLE, et al., préc., note 164, p. 8.

¹⁶⁹ Voir les jurisprudences citées, note 167.

¹⁷⁰ R. c. *Lacroix*, 2009 QCCS 4004.

protection des justiciables lorsqu'ils sont les destinataires de sanctions répressives. Cependant, l'appréhension juridique globale de ces mécanismes soulève encore de nombreuses interrogations alors que l'identification de l'unité des mesures répressives apparaît primordiale à plusieurs égards.

Premièrement, la définition de la répression, résultant de l'identification de l'unité des mesures répressives, serait utile pour déterminer le régime applicable à ces mesures. Ce régime devrait être défini en accord avec les garanties dont doivent bénéficier les justiciables dans un État de droit lorsqu'ils sont soumis à des mécanismes répressifs et ne devrait pas pouvoir être écarté sur la base d'un raisonnement purement formel. En droit français, s'il est possible de cerner très approximativement, par comparaison des différentes décisions du Conseil constitutionnel, les critères de qualification des répressions pénale, administrative, civile ou disciplinaire, la répression ne fait en elle-même l'objet d'aucune définition. Différentes décisions mettent en évidence la difficile mise en œuvre des critères adoptés par le Conseil constitutionnel pour la qualification des processus pénaux et extra-pénaux de sanctions et la possibilité de rejeter la qualification de peine pour des mesures pénales aux contenus substantiellement semblables à des peines¹⁷¹. La doctrine souligne à cet égard le fort opportunisme des qualifications légales et jurisprudentielles de certaines mesures afin d'éviter l'application du régime contraignant des peines au bénéfice des personnes sanctionnées¹⁷². En droit canadien, la jurisprudence fait aussi preuve de sa volonté d'encadrer les mesures non qualifiées de peines par le législateur, mais dont le caractère punitif lui paraît pouvoir être établi, en recourant aux qualifications de peine, pour les mesures pénales¹⁷³, de procédure de nature criminelle et de véritable conséquence pénale, pour les mesures extra-pénales¹⁷⁴. Contrairement au Conseil constitutionnel, la Cour suprême prend soin de conceptualiser les notions qu'elle utilise¹⁷⁵. Malgré ce remarquable effort, la mise en œuvre des critères retenus pour la définition des notions donne lieu à des résultats contrastés. La définition évolutive et accueillante de la peine a entraîné à plusieurs reprises l'amélioration des

¹⁷¹ *Supra*, par. 7 et 12 et *infra*, par. 124 et suiv. et par. 214 et suiv.

¹⁷² E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 13, p. 6-7; M. BRENAUT, préc., note 63, par. 13, p. 21-22; E. DREYER, préc., note 58; C. MANDON, préc. note 59, par. 505, p. 577-578 et 549, p. 617-618.

¹⁷³ *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554, par. 60-61 (CSC); *Canada (Procureur général) c. Whaling*, [2014] 1 R.C.S. 392 (CSC), par. 54; *R. c. K.R.J.*, [2016] 1 R.C.S. 906 (CSC), par. 41; *R. c. Boudreault*, [2018] 3 R.C.S. 599 (CSC), par. 39.

¹⁷⁴ *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, par. 24; *R. c. Shubley*, préc., note 150, 18-19; *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 151, par. 21-24; *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 44-90; *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, préc., note 151, par. 40-46.

¹⁷⁵ Voir références *supra*, note 173 et 174. Pour une présentation de ces notions, voir *infra*, par. 169 et suiv.

droits des justiciables¹⁷⁶, tandis que les conceptions restrictives de la procédure criminelle par nature et de la véritable conséquence pénale ont généralement exclu l'application des garanties constitutionnelles pénales aux mesures extra-pénales pécuniaires¹⁷⁷. La définition unifiée de la répression permettrait de mettre fin aux qualifications légales et jurisprudentielles disparates et parfois opportunistes des mesures pénales et extra-pénales de sanctions. En fixant en amont des critères de définition uniformes susceptibles de déterminer la nature répressive ou non répressive de l'ensemble des mesures sanctionnatrices, il ne serait plus possible de contourner l'application des garanties pénales supra-législatives de façon opportuniste. La cohérence, la prévisibilité du droit et, en conséquence, la sécurité juridique des justiciables s'en trouveraient améliorées¹⁷⁸. En effet, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère pourrait par exemple trouver à s'appliquer à des mesures attentatoires à certains droits et libertés des justiciables, pour lesquelles il est actuellement écarté sur le fondement de motifs indifférents aux caractéristiques substantielles des mesures¹⁷⁹.

Deuxièmement, l'identification de l'unité de la répression est indispensable pour la détermination d'un cadre juridique organisant la coexistence des mesures répressives, indifféremment de leurs qualifications formelles. La combinaison de ces mesures peut porter une plus grande atteinte aux droits et libertés des justiciables (en cas de cumul

¹⁷⁶ Voir les décisions précitées supra, note 173.

¹⁷⁷ *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 151; *Guindon c. Canada*, préc., note 151; *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, préc., note 151; *R. v. Samji*, préc., note 151.

¹⁷⁸ La sécurité juridique n'est pas un principe reconnu dans les ordres juridiques français et canadien. Il trouve cependant application en droit français par l'intermédiaire du principe de « prévisibilité juridique », lequel possède une force normative. Récemment, la chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi affirmé qu'une :

« interprétation nouvelle, qui constitue un revirement de jurisprudence, ne peut s'appliquer aux [événements] antérieurs à la présente décision sans porter atteinte au principe de prévisibilité juridique découlant de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme dont il résulte que tout justiciable doit pouvoir savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente, au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux et le cas échéant après avoir recouru à des conseils éclairés, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale et quelle peine il encourt de ce chef ». (Crim. 25 nov. 2020, préc., note 137, par. 38)

Le respect du « principe de sécurité juridique » est par ailleurs directement énoncé dans la note explicative relative à la décision : COUR DE CASSATION, *Note explicative relative à l'arrêt n° 2333 du 25 novembre 2020 (chambre criminelle)*, p. 7, en ligne : < <https://www.courdecassation.fr> >.

Pour un exposé développé de ces éléments : *infra*, par. 276.

¹⁷⁹ *Supra*, par. 12; E. DREYER, préc., note 58.

répressif¹⁸⁰) et ne doit pas résulter d'une appréciation fluctuante des règles que la jurisprudence fixe elle-même¹⁸¹.

Troisièmement, la définition unifiée de la répression est indispensable au renouvellement de la réflexion sur la distinction des répressions. En effet, une telle distinction suppose, de façon logique, d'identifier au préalable les points communs des mesures répressives car ceux-ci ne peuvent pas être dans le même temps des critères de différenciation de ces mesures. En dressant la liste des éléments substantiellement identiques à toutes les mesures répressives et en comparant les caractéristiques restant propres à chacune, les critères de distinction peuvent apparaître. La distinction des répressions au sein de la répression permettrait de justifier et d'organiser rationnellement leur coexistence. Outre l'intérêt d'une coexistence cohérente des mécanismes répressifs fondée sur leur complémentarité dans un ordre juridique donné, la différenciation interne de ces mécanismes pourrait finalement justifier la différenciation de leur régime juridique propre, excluant ou amoindrissant la portée de certaines garanties pénales supra-législatives bénéficiant aux justiciables. Il s'agirait ainsi de déterminer le cadre juridique consubstantiel à la répression et les éléments propres à chaque forme de répression.

Finalement, la détermination d'une définition unifiée de la répression apparaît comme le point de départ d'une réflexion d'ensemble. La définition unifiée de la répression serait ainsi le premier jalon de la construction d'une théorie générale de la répression qui envisagerait l'ensemble des problématiques présentées de façon cohérente et complète¹⁸². En somme, la définition d'une notion susceptible de caractériser l'ensemble des mécanismes imposant des mesures répressives semble préalable à toute autre question sur le régime, la coexistence et l'articulation de ces mécanismes. Or, une telle définition n'a jamais été entreprise, justifiant de limiter le champ de l'étude à cette seule question.

17. *Délimitation de l'étude relativement aux enjeux du sujet.* Malgré les nombreux enjeux d'un sujet portant sur les répressions pénale et extra-pénales en droit comparé

¹⁸⁰ *Supra*, par. 12 et 13.

¹⁸¹ *Supra*, par. 12 et 14.

¹⁸² La théorie générale se distinguerait ici d'un droit commun de la répression en ce qu'elle correspond à une construction « intellectuelle et systématique » complète de la répression, au-delà des éléments communs à la nature et au régime des répressions, et ayant une portée explicative et prospective qui dépasse le seul constat des principes directeurs qui gouvernent actuellement la matière : S. SAUNIER, préc., note 117. Jacques MOURGEON avait en ce sens proposé une théorie générale de la répression administrative : J. MOURGEON, préc., note 36, par. 3-4, 12-14.

français et canadien, le travail se limitera à l'étude de la notion de répression. Les considérations relatives au régime de cette notion seront ponctuellement abordées au service de l'étude de la notion, mais ne feront pas l'objet d'un propos à part entière. L'ampleur du sujet, par sa dimension doublement comparative – entre les mécanismes sanctionneurs des droits pénal, administratif, civil et disciplinaire et entre les droits français et canadien – rend nécessaire la délimitation du sujet à la seule étude de la notion. L'intérêt de la recherche ainsi délimitée reste important car il n'existe aucune étude sur la notion de répression¹⁸³. Si plusieurs travaux ont déjà été effectués sur le thème des répressions pénales et extra-pénales¹⁸⁴, ils ne sont généralement pas aussi transversaux¹⁸⁵ et certains, trop anciens, n'intègrent pas les jurisprudences contemporaines¹⁸⁶. En outre, aucune de ces recherches ne propose une approche comparative entre les droits français et canadien. Or, la comparaison des droits français et canadien se révèle particulièrement intéressante pour étudier la notion de répression.

¹⁸³ La répression a été abordée sous un angle procédural dans une thèse portant sur le principe *ne bis in idem* : Juliette LELIEUR-FISCHER, *La règle ne bis in idem. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive. Étude à la lumière des droits français, allemand et européen*, thèse de doctorat, Paris, Panthéon-Sorbonne (Paris I), 2005. Le point de vue sur le sujet est donc tout autre car il ne s'agissait pas dans ce travail de traiter de la répression comme notion. Une thèse a également été réalisée sur la « sanction répressive » : Amandine CHOUVET-LEFRANÇOIS, *La sanction répressive dans le droit français contemporain*, thèse de doctorat, Toulouse, Toulouse 1, 2006. Cette étude limite donc la recherche à la sanction répressive, contrairement au travail ici proposé. De surcroît, la thèse ne livre qu'une définition succincte et peu expliquée de la sanction répressive, comme « toute sanction infligée en conséquence d'un comportement fautif » (par. 443, p. 387) et faisant de la faute à l'origine de la sanction le critère de son caractère répressif (par. 441, p. 386).

¹⁸⁴ Certains ouvrages écrits dans les années 1990 comportent une approche très globale, tant du point de vue formel que substantiel, du phénomène répressif : M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, préc., note 1; M. DELMAS-MARTY, préc., note 100. Cependant l'objet des recherches n'était pas la notion de répression en tant que telle.

¹⁸⁵ S. CARVAL, préc., note 160; G. DELLIS, préc., note 36; Alexis JAULT, *La notion de peine privée*, coll. Bibliothèque de droit privé, n° 442, LGDJ, 2005. Par son étude sur l'identité de la sanction pénale, Claire MANDON explore en réalité le vaste champ des sanctions pénales et extra-pénales, en droit français et européen : C. MANDON, préc., note 59. Le point de vue est cependant différent de celui de la présente étude, car l'auteure tente de découvrir ce qui fait l'identité de la sanction pénale et conclut à l'impossibilité de le faire. La question de la construction d'une notion globale arrive donc à la fin de la recherche : *Id.*, par. 653, p. 697. Un travail récent, portant sur « les peines préventives », explore en droit français un domaine proche de celui de la présente étude en analysant tant des peines privatives et restrictives de liberté, ainsi qualifiées par le droit positif, que des mesures permettant de protéger la société contre des individus dangereux, mesures non qualifiées de peines en droit positif : S. DELATTRE, préc., note 63, spéc. par. 49-52, p. 55-56, par. 705, p. 467 et par. 796, p. 531. Toutefois, le traitement de la matière étudiée est différent car l'auteure prend le parti de rattacher à la notion de peine ces différentes mesures, notamment en raison de leur caractère préventif dominant commun : *Id.*, par. 1, p. 25-26. L'auteure explique également que la finalité de sa recherche « n'est pas d'affirmer que les peines préventives existent et qu'elles devraient être juridiquement consacrées comme telles, mais plutôt de renouveler la réflexion sur la notion de peine et sur les transformations de la matière pénale » : *Id.*, par. 53, p. 57. Selon une démarche différente, la présente étude propose de recourir à la notion de répression, dont l'émergence en droit positif sera démontrée (*infra*, par. 29 et suiv.), et d'en proposer une définition unifiée autonome (*infra*, par. 278 et suiv.), pour appréhender les rapprochements substantiels entre différentes mesures pénales et extra-pénales des droits français et canadien (*infra*, par. 31).

¹⁸⁶ Voir les travaux cités aux notes 183-184.

B. Le droit comparé comme outil méthodologique

18. Présentation du droit comparé. Afin d'expliquer les enjeux et les intérêts de la démarche comparative adoptée pour cette étude, un détour par la présentation du droit comparé et ses évolutions est nécessaire. Le droit comparé est envisagé variablement en tant que discipline ou en tant que méthode. En tant que discipline¹⁸⁷, il est conçu comme un objet de réflexion à part entière et offre en conséquence un cadre propre au développement de concepts¹⁸⁸ ou aux questionnements méthodologiques¹⁸⁹. Il se distingue en ce sens de l'étude des droits étrangers. Certains auteurs refusent de qualifier le droit comparé de discipline¹⁹⁰ et préfèrent la formule « comparaison juridique » à l'expression « droit comparé »¹⁹¹. Ils mettent ainsi en avant la méthode comparative. La définition du droit comparé comme l'« étude comparative de deux ou plusieurs Droits émanant de souverainetés différentes »¹⁹², proposée par le *Vocabulaire juridique*, semble ainsi relever de la conception du droit comparé comme méthode. Que le droit comparé soit conçu comme une méthode d'analyse comparative de deux ou plusieurs droits nationaux ou comme une discipline, les méthodes de comparaison proposées par la doctrine sont diverses¹⁹³. En voici quelques-unes¹⁹⁴. La méthode historique est une étude

¹⁸⁷ La discipline « désigne un principe de spécialisation des savoirs. Ainsi, le droit est un savoir qui se divise en différentes spécialités » : Marie-Claire PONTHEUREAU, « Droits étrangers et droit comparé : des champs scientifiques autonomes ? », (2015) 67-2 *RIDC* 299-315, à la p. 299. Certains auteurs considèrent le droit comparé comme science juridique, dont il est possible d'établir les règles : Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, Tome III « La science des droits comparés », Paris, Economica, 1983. Il est alors un droit à l'aune duquel peuvent être juridiquement comparés plusieurs droits nationaux : Etienne PICARD, « La comparaison en droit constitutionnel et en droit administratif : du droit comparé comme méthode au droit comparé comme substance », (2015) 67-2 *RIDC* 317-329, à la p. 326.

¹⁸⁸ Plus précisément, il permet la construction de « métaconcepts » permettant d'analyser plusieurs systèmes de droit : Michel TROPER, « L'histoire du droit, le droit comparé et la théorie générale du droit », (2015) 67-2 *RIDC* 331-340, à la p. 336.

¹⁸⁹ Relativement à la problématique des emprunts juridiques, par exemple : M.-C. PONTHEUREAU, préc., note 187, spéc. à la p. 303.

¹⁹⁰ Sur le débat entre discipline et méthode, voir, entre autres : Marc ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé. Éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, Éditions Ides et Calendes, 1971, p. 31 et suiv.; Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*. Tome I. « Introduction au droit comparé », Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972, par. 68 et suiv.; Marie-Claire PONTHEUREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, 2^e éd., coll. Corpus Droit public, Paris, Economica, 2021, p. 29 et suiv.

¹⁹¹ Harold Cooke GUTTERIDGE, *Le droit comparé : introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, traduit par René DAVID, Paris, LGDJ, 1953, p. 2; Jean RIVERO, « Le droit administratif en droit comparé : rapport final », (1989) 41-4 *RIDC* 919-926, à la p. 925.

¹⁹² G. CORNU (dir.), préc., note 38, v^o « Droit comparé », 2, a, p. 377.

¹⁹³ Pour une présentation de ces méthodes : Béatrice JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », (2005) 57-1 *RIDC* 29-48, aux p. 38 et suiv.

¹⁹⁴ Cette présentation très concise de quelques-unes des méthodes du droit comparé, puis des buts du droit comparé, est tirée de notre étude : Tiphaine DOURGES, « De l'intérêt du droit pénal comparé », à paraître (ouvrage collectif en hommage à Yannick Capdepon, sous la direction de plusieurs enseignants-chercheurs de l'Institut de Sciences criminelles et de la justice, Éditions Bière), par. 4.

des institutions et des règles placées dans leur contexte historique¹⁹⁵. La méthode fonctionnelle propose de réaliser la comparaison entre des éléments juridiques – notions ou institutions par exemple – qui ont la même fonction. Elle suppose de formuler la question identifiée sans référence aux concepts propres d'un système juridique¹⁹⁶. La réponse est ensuite identifiée dans un système donné par l'analyse de la fonction d'une règle juridique et retrouvée dans un autre système par l'identification des règles qui remplissent la même fonction¹⁹⁷. La méthode factuelle entreprend la recherche comparative à partir d'une situation de fait en posant un même cas pratique à des juristes de différents pays qui pourront alors discuter des solutions¹⁹⁸. Les approches culturelle¹⁹⁹ et contextuelle du droit²⁰⁰ se sont ensuite développées en réaction à la méthode fonctionnelle. Globalement, ces deux approches considèrent que le droit est un élément de la culture. Il doit donc être étudié à la lumière de celle-ci et dans diverses composantes, dont l'économie, la philosophie et la sociologie car les règles de droit n'auraient de sens que dans un contexte culturel donné²⁰¹. L'application rigoureuse de la méthode culturelle peut conduire à l'impossibilité de comparer, tant il est difficile d'acquérir des connaissances étendues sur des cultures autres que la sienne²⁰². Les méthodes comparatives juridiques se sont donc construites progressivement, parfois par opposition les unes aux autres. L'intérêt de chacune peut finalement se révéler dans sa complémentarité avec les autres²⁰³. Par leur emploi coordonné, elles permettent de

¹⁹⁵ Sur les liens entre droit comparé et histoire du droit : Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Deux siècles d'évolution du droit comparé », (2011) 63-3 *RIDC* 527-540, aux p. 528-530; M. TROPER, préc., note 129.

¹⁹⁶ Konrad ZWEIGERT et Hein KÖTZ, *Introduction to comparative law*, 3^e éd., traduit par John Antony WEIR, Oxford : New York, Clarendon Press, Oxford University Press, 1998, p. 34.

¹⁹⁷ *Id.*, p. 32 et suiv.; Konrad ZWEIGERT, « Méthodologie du droit comparé », dans *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 2 « Droit comparé, théorie générale du droit et droit privé », Paris, Dalloz & Sirey, 1960, p. 379, à la p. 592.

¹⁹⁸ La méthode factuelle est parfois distinguée de la méthode fonctionnelle : B. JALUZOT, préc., note 193, aux p. 41-42; elle est parfois considérée comme son prolongement : Michele GRAZIADEI, « The functionalist heritage », dans Pierre LEGRAND et Roderick MUNDAY (dir.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, 1^{re} éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 100-128, aux p. 107 et suiv.

¹⁹⁹ Ou approche culturaliste : Pierre LEGRAND, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », dans Pierre LEGRAND, *Comparer les droits, résolument*, coll. Les Voies du droit, Paris, PUF, 2009, p. 209, aux p. 229 et suiv.

²⁰⁰ Pierre LEGRAND distingue les approches culturelle et contextuelle en ce que l'approche contextuelle met le droit et les autres disciplines côte à côte, alors que l'approche culturelle les situe dans le droit : *Id.*, à la p. 233.

²⁰¹ *Id.*, à la p. 228.

²⁰² M.-C. PONTHEUREAU, préc., note 190, p. 30-31.

²⁰³ En ce sens : M. GRAZIADEI, préc., note 198, aux p. 125-127.

corriger leur propre excès. Ces différentes méthodes permettent ainsi de réaliser l'un ou l'autre des objectifs poursuivis par le recours au droit comparé²⁰⁴.

Celui-ci peut avoir pour simple but d'établir les points communs et les différences entre un ou plusieurs droits²⁰⁵, il peut contribuer à révéler le noyau fondamental du droit²⁰⁶, à harmoniser les droits ou créer un droit commun²⁰⁷, à améliorer le droit national²⁰⁸, à améliorer les connaissances sur le droit²⁰⁹, ou à améliorer ses connaissances sur son droit national et adopter un regard critique sur celui-ci²¹⁰. Grâce à la distance qu'il permet de prendre avec son propre droit, le droit comparé est ainsi une voie d'entrée vers le renouvellement du droit national, à l'aune d'une norme extérieure au droit positif national, qui apparaît plus juste²¹¹. Se révèlent ainsi le dynamisme de la comparaison juridique et sa force créatrice²¹². Finalement, de la même façon que les méthodes ne sont pas exclusives les unes des autres, plusieurs auteurs reconnaissent que le droit comparé peut poursuivre différents buts, dans un rapport de complémentarité²¹³. C'est à cette vision du droit comparé que se rattache la présente étude.

²⁰⁴ La diversité des objectifs assignés au droit comparé était déjà soulignée au Congrès international de droit comparé en 1900 : Edouard LAMBERT, « Rapport sur les communications d'ordre général concernant la première section », dans *Actes du congrès de Paris de 1900 : théorie générale, méthode et enseignement du droit comparé*, coll. Sensus iuris, Paris, Société de législation comparée, 2020, p. 26-60, aux p. 29 et suiv.

²⁰⁵ M. ANCEL, préc., note 190, p. 31.

²⁰⁶ Raymond SALEILLES, « Rapport général sur les travaux du Congrès international de droit comparé », dans *Actes du congrès de Paris de 1900 : théorie générale, méthode et enseignement du droit comparé*, coll. Sensus iuris, Paris, Société de législation comparée, 2020, p. 141-153, à la p. 143.

²⁰⁷ E. LAMBERT, préc., note 204, aux p. 38 et suiv.

²⁰⁸ *Id.*, aux p. 37-38; René DAVID, Camille JAUFFRET-SPINOSI et Marie GORE, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2016, par. 5, p. 5-7.

²⁰⁹ E. PICARD, préc., note 187, aux p. 322, 325 et suiv. sur les liens entre droit comparé et théorie générale du droit : M. TROPER, préc., note 129.

²¹⁰ M. ANCEL, préc., note 190, p. 10; Markus Dirk DUBBER, « *Comparative criminal law* », dans Mathias REIMANN et Reinhard ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford New York, Oxford University Press, 2006, p. 1287-1325, à la p. 1289; B. JALUZOT, préc., note 193, à la p. 40; Horatia MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », (2000) 52-3 *RIDC* 503-527, à la p. 326.

²¹¹ T. DOURGES, préc., note 194, par. 5.

²¹² En ce sens, plusieurs auteurs remarquent que les résultats d'une recherche comparative conduisent à des revendications normatives : Yannick CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, 122, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris, Dalloz, 2013, par. 7 et 118, p. 8-9 et 72-73; M. D. DUBBER, préc., note 210, à la p. 1290; Serge GUINCHARD, Cécile CHAINAIS, Constantin S DELICOSTOPOULOS, Ioannis S DELICOSTOPOULOS, Mélina DOUCHY-LOUDOT, Frédérique FERRAND, Xavier LAGARDE, Véronique MAGNIER, Hélène RUIZ FABRI, Laurence SINOPOLI et Jean-Marc SOREL, *Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès équitable*, 11^e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2021, par. 4, p. 3-6.

²¹³ L.-J. CONSTANTINESCO, préc., note 190, par. 77 et suiv., p. 206 et suiv. M. GRAZIADEI, préc., note 198, aux p. 125-127; E. PICARD, préc., note 187; Marie-Claire PONTHEUREAU, « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », (2005) 57-1 *RIDC* 7-27, aux p. 23 et suiv. M.-C. PONTHEUREAU, préc., note 187, spéc. aux p. 306-307.

19. *Les conditions de mise en œuvre de la comparaison.* Le choix d'un droit comparé ouvert sur la complémentarité des méthodes et des objectifs de la comparaison suppose de respecter deux conditions. La comparaison doit être menée avec prudence et pédagogie²¹⁴. En premier lieu, la recherche comparative requiert de la prudence, quant à la détermination de l'objet de recherche, quant au choix des sources étudiées et de leur interprétation et, *in fine*, quant aux conclusions tirées de la confrontation des droits²¹⁵. En second lieu, la restitution du travail comparatif doit être réalisée avec pédagogie : la démarche, les résultats de la recherche et ses limites doivent être exposés et expliqués²¹⁶. En l'absence d'une théorie générale de la comparaison établissant unanimement les conditions de validité de la comparaison en droit, le comparatiste doit ainsi, au minimum, présenter ses choix²¹⁷. L'objet de la recherche a été longuement exposé²¹⁸. Il s'agit principalement d'étudier l'appréhension juridique des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions, dans les droits français et canadien. Cette étude est menée à l'aune de la notion de répression car le terme est utilisé en droit positif et par la doctrine pour décrire plus spécifiquement les mécanismes punitifs, sans avoir encore été défini. Il reste ainsi à justifier le choix de la comparaison des droits français et canadien.

20. *La justification de la comparaison des droits français et canadien.* L'approche comparative entre les droits français et canadien se justifie principalement au regard de la présence du phénomène de multiplication des sanctions dans différentes branches du droit, notamment dans les droits pénal et administratif, dans les deux ordres juridiques. Relevé par la doctrine des deux États, il donne lieu à des problématiques semblables quant à l'identification de la nature des sanctions et aux conséquences de leur qualification, notamment pour la protection des droits des justiciables confrontés à ce « réseau complexe des sanctions »²¹⁹. Si certaines questions sont les mêmes, les réponses apportées ne sont pas toujours identiques dans les deux États. La méthode de résolution est pourtant commune : la consécration de notions constitutionnelles autonomes

²¹⁴ T. DOURGES, « De l'intérêt du droit pénal comparé », préc., note 194, par. 5, note 40.

²¹⁵ *Id.*

²¹⁶ *Id.* Sur les précautions à prendre pour réaliser un travail comparatif : Marc ANCEL, « Intérêt et nécessité nouvelle de la recherche pénaliste comparative », dans *Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, Paris, Pédone, 1980, aux p. 9-10; Léontin Jean CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*. Tome II « La méthode comparative », Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974; M.-C. PONTTHOREAU, préc., note 190, p. 11 et suiv. M.-C. PONTTHOREAU, préc., note 187, aux p. 307-309; Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, 4^e éd., coll. Précis droit privé, Paris, Dalloz, 2016, par. 20 et suiv., p. 32 et suiv.

²¹⁷ M.-C. PONTTHOREAU, préc., note 190, p. 91-92.

²¹⁸ *Supra*, par. 5-17.

²¹⁹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 48, p. 243 et suiv.

susceptibles d'appréhender le phénomène. L'objectif de la comparaison est alors d'utiliser le droit canadien pour apporter un éclairage nouveau sur le droit français, et réciproquement, ouvrant ainsi la possibilité d'une solution nouvelle à l'appréhension juridique du phénomène étudié. Par exemple, la conceptualisation jurisprudentielle de la peine et de la véritable conséquence pénale en droit canadien²²⁰, plus élaborée que les notions françaises de peine et de sanction ayant le caractère de punition²²¹, apporte des éléments intéressants pour la définition de la notion de répression. Dans l'autre sens, la qualification française de sanction ayant le caractère de punition appliquée au cas des sanctions administratives se situe à l'opposé des solutions retenues en droit canadien, lequel rejette généralement la qualification de véritable conséquence pénale pour les sanctions administratives pécuniaires. Le droit français peut apporter au droit canadien un autre point de vue sur le sujet et concourir ainsi à la proposition d'une conception étendue de l'applicabilité des garanties pénales constitutionnelles²²². La mise en œuvre de cette comparaison suppose quelques précisions sur les principales différences entre les systèmes juridiques français et canadien.

21. Les principales différences entre les systèmes juridiques français et canadien.

Le Canada, contrairement à la France, est un État de tradition juridique de *common law*, fédéral et bijuridique. La structure constitutionnelle du Canada a un impact sur l'organisation des compétences législatives et, en conséquence, sur les sources du droit en fonction des différentes matières étudiées. Ainsi, le droit criminel, dont les règles se trouvent principalement dans le *Code criminel*, est de compétence fédérale²²³. Au contraire de ce qui est enseigné en droit français, il est généralement classé parmi les matières de droit public²²⁴. Les provinces possèdent néanmoins une compétence en matière pénale, alors appelée droit pénal réglementaire²²⁵. La propriété et les droits civils

²²⁰ *Infra*, par. 169 et suiv.

²²¹ *Infra*, par. 124 et suiv.

²²² L'objectif de la comparaison n'était pas initialement de proposer l'application d'une notion commune de répression dans les deux ordres juridiques (Partie 2 de la thèse) mais bien d'améliorer les connaissances sur le droit national français et d'adopter un regard critique sur celui-ci, grâce à l'éclairage d'un autre droit. Ce sont les résultats progressifs de la recherche qui ont conduit à envisager la construction d'une notion de répression, qui s'est révélée utilement applicable aux deux ordres juridiques. Ainsi, la comparaison a finalement mené à une proposition normative commune, née de l'observation réciproque des deux droits sur le sujet d'étude.

²²³ *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 108, art. 91 27.

²²⁴ A. ÉMOND, préc., note 99, p. 67.

²²⁵ *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 108, art. 92 15.

relèvent de la compétence provinciale²²⁶. Ils seront régis par les règles de *common law* dans les provinces de tradition juridique anglo-saxonne alors que le droit civil est régi au Québec par le droit écrit, principalement dans le *Code civil du Québec*. Les droits administratif et disciplinaire peuvent être de compétence fédérale ou provinciale, selon le sujet précisément encadré²²⁷. Le bijuridisme canadien a pour conséquence la coexistence de deux traditions juridiques dans un même ordre étatique : le droit civil est le droit commun du Québec alors que la *common law* est le droit commun du reste du Canada²²⁸. Le droit québécois est finalement un système mixte ou dualiste, inspiré de la *common law* pour ce qui ne relève pas du droit privé et du droit continental pour ce qui relève du droit privé²²⁹. Le droit fédéral apparaît comme un droit mixte, puisqu'il tient compte, pour son élaboration, son interprétation et son application, du droit commun propre à chaque État²³⁰. Ces différences n'emportent cependant pas de grandes conséquences pour l'étude du sujet.

22. Les points communs des systèmes juridiques français et canadien.

Premièrement, l'importance de la classification du droit pénal dans le droit public ou dans le droit privé peut être relativisée²³¹. En effet, en France, la doctrine française considère le droit pénal soit comme du droit public²³², soit comme un droit mixte, empruntant à la fois à l'objet et aux objectifs des droits public et privé²³³. De plus, l'influence réelle de cette classification sur les règles de la matière n'a pas été démontrée²³⁴. Deuxièmement, si les traditions juridiques de *common law* et de droit civil sont généralement opposées, notamment quant à leurs sources – non écrites en *common law* et écrites en droit civil – et quant au rôle du juge – source du droit en *common law*, subordonné à la loi dans la

²²⁶ *Id.*, art. 92 13.

²²⁷ *Id.*, voir la liste des sujets aux articles 91 et 92.

²²⁸ A. ÉMOND, préc., note 99, p. 92-97; M.-C. PONTTHOREAU, préc., note 190, p. 227-228.

²²⁹ Raymond LEGAIS, *Grands systèmes de droit contemporains : approche comparative*, 3^e éd., coll. Manuel, Paris, LexisNexis, 2016, par. 213, p. 132; M.-C. PONTTHOREAU, préc., note 190, p. 210.

²³⁰ M.-C. PONTTHOREAU, préc., note 190, p. 227-228.

²³¹ T. DOURGES, préc., note 194, par. 14.

²³² Rémy CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, 14^e éd., coll. Cours Dalloz Série droit privé, Paris, Dalloz, 2021, par. 170, p. 208.

²³³ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 58, par. 31, p. 14; Olivier DECIMA, Stéphane DETRAZ et Édouard VERNY, *Droit pénal général*, 4^e éd., coll. Cours, Paris, LGDJ, Lextenso, 2020, par. 3, p. 14; Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil*. t.1 « Introduction générale à l'étude du droit et des institutions judiciaires. Les personnes », 2^e éd., Paris, Sirey, 1956, par. 45, p. 77-78. La classification du droit pénal dans le droit privé en France ne relève pas d'une analyse substantielle de la matière mais d'un choix de politique académique : Louis-Augustin BARRIERE, « Une approche historique de la summa divisio droit public-droit privé, dans Baptiste BONNET (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, coll. Thèmes et commentaires, Actes, Paris, Dalloz, 2010, p. 7-30, à la p. 24.

²³⁴ T. DOURGES, préc., note 194, par. 14.

tradition de droit civil²³⁵ –, la distinction des droits français et canadien, au regard de leur tradition juridique respective, doit également être relativisée dans le cadre de cette étude. En effet, les sources juridiques utiles à la recherche sont principalement écrites. Notamment, la Constitution canadienne ainsi que la Charte des droits et libertés²³⁶, dont il va être beaucoup question, tout comme le *Code criminel*²³⁷ sont des lois au sens formel. Leurs interprétations jurisprudentielles ne sont évidemment pas à négliger pour autant, tout comme celles des textes du bloc de constitutionnalité et du Code pénal en droit français, en ce qu'elles donnent du sens et complètent les textes. En outre, le principe de légalité est formellement posé par le *Code criminel*, le juge ne peut donc pas créer d'infractions²³⁸. Troisièmement, le droit pénal, qui sert de point de départ à la réflexion en raison de son lien particulier à la répression, est fondé dans les deux États sur des présupposés philosophiques identiques et vise des objectifs semblables par l'imposition des peines. Le « droit de punir » est fondé sur l'idée que l'homme est libre et intelligent²³⁹. Doté d'un libre arbitre, il est capable d'orienter ses choix²⁴⁰ en fonction de sa compréhension du bien et du mal²⁴¹. La dangerosité de certains individus prend cependant une place importante dans la législation pénale contemporaine des deux États²⁴² et marque un certain accommodement avec les idées déterministes développées au XIX^e siècle²⁴³ et les doctrines de la défense sociale²⁴⁴. En outre, la peine est multifonctionnelle dans les deux systèmes pénaux. Fondée sur une interaction des théories rétributive, utilitariste et de justice corrective, la peine a pour fonction de punir le coupable, de le dissuader de renouveler son comportement et de dissuader tout individu d'adopter ce comportement,

²³⁵ A. ÉMOND, préc., note 99, p. 94-96; J. PRADEL, préc., note 637, p. 773.

²³⁶ Respectivement, *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 108 et *Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, [annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c.11 (R.-U.)]* [*Charte canadienne des droits et libertés*]. Les droits et libertés sont, en droit français, protégés par des instruments textuels de valeur constitutionnelle.

²³⁷ *Code criminel*, L.R.C.1985, c. C-46 [ci-après C.cr.].

²³⁸ Art. 9 C.cr.; Jean TURGEON, « Introduction au droit pénal général », dans JurisClasseur Québec, coll. Droit pénal, *Droit pénal général*, fasc. 1, Montréal, LexisNexis, par. 26-27.

²³⁹ H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 53, par. 9, p. 7-9; R. MERLE et A. VITU, préc., note 48, par. 616, p. 772-774.

²⁴⁰ H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 53, par. 9, p. 7-9.

²⁴¹ R. MERLE et A. VITU, préc., note 48, par. 616, p. 772-774.

²⁴² Par l'existence et le développement des mesures de sûreté : *supra*, par. 7 et 12.

²⁴³ César LOMBROSO, *L'homme criminel : criminel-né, fou moral, épileptique. Étude anthropologique et médico-légale*, Alcan, Bocca frères, 1887; Enrico FERRI, *La sociologie criminelle*, Paris, Alcan, 1905.

²⁴⁴ Sur le positivisme italien et les doctrines de défense sociale : Jean PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, 2^e éd., coll. Que sais-je, Paris, PUF, p.72 et suiv. Sur la façon dont les mesures de sûreté ont été pensées, perçues et intégrées au système pénal français : M. BRENAUT, préc., note 63, par. 2-7, p. 5-14.

de le neutraliser, de le réinsérer dans la société et de réparer les torts causés à la victime et à la société²⁴⁵.

La double comparaison effectuée dans cette étude, entre les sanctions de différentes branches du droit au sein de chaque ordre étatique, et entre les deux ordres étatiques, rend nécessaire la délimitation du champ d'étude en droit canadien.

23. *Délimitation du champ d'étude en droit canadien.* La structure fédérale et le bijuridisme du Canada imposent de restreindre le champ de l'étude au droit québécois pour les matières qui relèvent de la compétence des provinces. Au regard de l'ampleur du sujet, il n'est en effet pas matériellement réalisable d'effectuer une comparaison entre le droit français d'un côté et le droit fédéral canadien ainsi que tous les droits provinciaux de l'autre. Le droit québécois est préféré en raison de sa filiation historique avec le droit français qui le rend plus aisé à étudier pour le juriste français. Les droits provinciaux des autres provinces ne seront ainsi évoqués que lorsque cela sera utile pour l'avancement du raisonnement.

La conception du droit en réseau va finalement servir de cadre théorique à l'étude comparée des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanction dans les droits français et canadien pour répondre à la question de la réalité juridique de la notion de répression.

C. La conception du droit en réseau comme outil théorique

24. *Présentation de la conception du droit en réseau.* Dans leur ouvrage *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*²⁴⁶, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE démontrent le glissement du modèle juridique positiviste vers le modèle du réseau. Le modèle juridique positiviste, représenté classiquement par une pyramide, correspond à une conception du droit hiérarchisée, linéaire et arborescente²⁴⁷. La dimension hiérarchique de la structure juridique place les organes et les normes en situation de supériorité ou de subordination les uns par rapport aux autres; la dimension

²⁴⁵ Dr. fr. : art. 130-1 C. pén.; E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 412 et suiv., p. 205 et suiv. Dr. can. : art. 718 C.cr.; H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 53, par. 17 et suiv., p. 18 et suiv.

²⁴⁶ Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 48.

²⁴⁷ *Id.*, p. 43.

linéaire implique des relations à sens unique entre les différents niveaux hiérarchiques; la dimension arborescente indique que les éléments de la structure s'engendrent par démultiplication à partir d'un seul foyer créateur²⁴⁸. Sans remettre fondamentalement en cause la validité d'un tel modèle, la conception du droit en réseau intègre les phénomènes juridiques qui ne rentrent pas dans ce cadre hiérarchique, linéaire et arborescent²⁴⁹. Le modèle du droit en réseau adopte une représentation du droit marquée par la complexité²⁵⁰. En somme, la hiérarchie ne structure plus autant le droit et laisse partiellement place à la collaboration ou la coordination des acteurs; la linéarité du droit est relativisée par des phénomènes de « bouclages » et relations à double sens; l'arborescence se « dilue » par la « multiplicité des foyers créateurs du droit » qui ne dérivent pas tous du même point²⁵¹. En adhérant à une vision du droit en réseau, il ne s'agit pas d'exclure la conception positiviste du droit, mais de la mettre à jour, de la compléter pour que la description qu'elle permet de faire du droit soit plus en phase avec la complexité de la réalité juridique²⁵².

25. L'évolution des rapports entre loi, jurisprudence et doctrine par le passage de la pyramide au réseau. Le choix d'adhérer à la conception du droit en réseau est directement guidé par le sujet de recherche. En effet, différents phénomènes illustrant la complexification du droit, et les difficultés de le concevoir uniquement selon le modèle pyramidal, se rencontrent à l'étude de ce sujet. Par exemple, la « dilution formelle de la souveraineté », se constate en droit français tant du point de vue interne que du point de vue externe²⁵³. Sur le plan interne, le légicentrisme recule en raison de la constitutionnalisation des différentes branches du droit. Le droit pénal, central pour cette étude, est particulièrement concerné par ce phénomène depuis la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la DDHC et de la compétence du Conseil constitutionnel pour en contrôler le respect par le législateur²⁵⁴. Plus encore, la constitutionnalisation s'étend

²⁴⁸ *Id.*, p. 44.

²⁴⁹ *Id.*, p. 49.

²⁵⁰ *Id.*

²⁵¹ *Id.*, p. 50.

²⁵² *Id.*, p. 43 et 49.

²⁵³ *Id.*, p. 81.

²⁵⁴ Cons. const. 16 juill. 1971, n° 71-44, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*. Sur la constitutionnalisation du droit pénal : Louis FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale. Vers un droit constitutionnel pénal. », dans *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Paris, Cujas, 1989, p. 169. Voir égal. le dossier spécial « La Constitution et le droit pénal », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*,

au-delà du droit pénal, aux sanctions ayant le caractère d'une punition, qu'elles soient ou non pénales. Ce constat invite à relativiser l'importance de la loi dans le système juridique français. C'est à cette même conclusion qu'aboutit l'analyse de l'influence des normes supra-nationales sur le droit interne. Particulièrement, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²⁵⁵, dont l'effet direct en droit interne et la primauté sur les normes législatives permettent aux justiciables de se prévaloir de ses dispositions devant les juridictions internes²⁵⁶, a largement contribué au remodelage des concepts internes du droit pénal français, grâce à ses notions autonomes de peine et de matière pénale²⁵⁷. Sa jurisprudence, qui continue de guider et d'encadrer les évolutions législatives pénales, doit être prise en compte. C'est ensuite l'évolution du rôle du juge en droit français qui incite à s'inscrire dans une conception du droit en réseau. En effet, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE rappellent que l'acte juridictionnel était traditionnellement présenté comme consistant à « dire le droit » dans un cas particulier, à n'être qu'un acte « d'application du droit » subordonné aux normes juridiques de portée générale²⁵⁸. Ils observent cependant un accroissement du pouvoir des juges, passant parfois par une véritable auto-affirmation d'un pouvoir d'interprétation des règles de droit²⁵⁹. Par leurs interprétations, les juges internes semblent acquérir en droit français un rôle créateur, y compris en droit pénal²⁶⁰, se rapprochant ainsi de la place accordée aux juges dans les systèmes de *common law*, comme source de droit²⁶¹. Les notions de peine

2009.26. L'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en 2010 a largement accentué le phénomène de constitutionnalisation du droit pénal : Antoine BOTTIN, « Droit pénal, procédure pénale et liberté individuelle (Dossier spécial : Bilan de trois années de QPC) », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* 2013.40, en ligne : <<https://www.conseil-constitutionnel.fr>>.

²⁵⁵ Ci-après Convention européenne des droits de l'homme ou Conv. EDH.

²⁵⁶ Cass., 24 mai 1975, *Jacques Vabre*, D. 1975, p. 497.

²⁵⁷ *Infra*, par. 147 et suiv.

²⁵⁸ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 48, p. 97. Les auteurs notent cependant que Kelsen admettait que les organes d'application d'une norme juridique, en l'interprétant, déterminaient partiellement sa signification, voire étaient susceptibles de créer une norme qui ne trouverait pas son fondement dans la norme interprétée. Ils relèvent ainsi l'incompatibilité de la théorie de l'interprétation de Kelsen avec sa théorie de la structure du système juridique : *Id.*, p. 45.

²⁵⁹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 48, p. 98. À cette idée peut être assimilée l'auto-attribution, par le Conseil constitutionnel français, de sa compétence en matière de contrôle de constitutionnalité des lois relativement au bloc de constitutionnalité, qui a contribué à modifier profondément le droit pénal français : *supra*, note 254.

²⁶⁰ L'application récente, en droit français, du principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère à la modification d'une solution jurisprudentielle démontre une reconnaissance implicite par le juge pénal de son pouvoir créateur : Crim. 25 nov. 2020, préc., note 137.

²⁶¹ Pour la description des différentes manifestations de la recomposition de la hiérarchie des normes relativement au rôle du juge : *Id.*, p. 100-103. Le professeur CONTE a ainsi mis en avant les mutations subies par le principe de légalité criminelle en droit français en raison de l'évolution des rôles attribués ou perçus du législateur et des juges et de l'influence du Conseil constitutionnel et de la CEDH : Philippe CONTE,

et de sanction ayant le caractère de punition en droit français, de peine et de matière pénale en droit européen, et de peine, de procédure criminelle par nature et de véritable conséquence pénale en droit canadien, qui vont être exposées dans la suite de cette étude, illustrent le phénomène car elles sont issues d'une interprétation créatrice des juges, soit dans leur principe même, soit dans leur définition. C'est enfin le rôle de la doctrine qui peut s'envisager différemment dans la conception du droit en réseau. En effet, le juriste n'est pas cantonné à un rôle purement descriptif du système juridique et peut s'aventurer dans le domaine du discours « explicatif », voire « prescriptif »²⁶². Il lui devient ainsi possible de « prendre position sur ce qui doit être fait »²⁶³. La proposition d'une définition unifiée de la répression ne peut s'inscrire que dans un cadre théorique qui tient compte de cette possibilité²⁶⁴.

La réflexion sur la notion de répression sera donc menée en considération de ces rapports entre la loi, le juge et la doctrine, à l'aide d'un outil théorique proposé par François OST et Michel VAN DE KERCHOVE pour appréhender les questions relatives à la validité des normes juridiques.

26. La validité tridimensionnelle comme outil théorique pour répondre à la question de la réalité juridique de la notion de répression. Plus précisément, le cheminement suivi pour étudier l'appréhension juridique des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions punitives, dans les droits français et canadien à l'aune de la notion de répression, s'inspire de la théorie tridimensionnelle de la validité présentée par François OST et Michel VAN DE KERCHOVE. Les auteurs considèrent qu'« est valide la norme ou l'acte dont on reconnaît, sur la base de différents critères, qu'elle a les effets juridiques que ses auteurs prétendent lui attribuer », ou qui « satisfait aux conditions requises pour produire les effets juridiques que ses auteurs lui attribuent »²⁶⁵. La question posée est alors celle de la performativité du droit, c'est-à-dire des critères qui permettent le passage, pour une norme envisagée, du fait au droit²⁶⁶. Ces critères de validité, « pluriels et interactifs »²⁶⁷,

« Principe de la légalité criminelle : quelques airs nouveaux sur des paroles anciennes », *Dr. pén.* 2020.6.ét.17; Philippe CONTE, « La distinction de la légalité formelle et de la légalité matérielle : ses dits et non-dits », *Dr. pén.* 2020.7-8.ét.23.

²⁶² *Id.*, p. 456.

²⁶³ Charles EISENMANN, « Le juriste et le droit naturel », dans « Le droit naturel », *Annales de philosophie politique* 1959.3, aux p. 212-213.

²⁶⁴ Sur la nécessité de cette proposition : *infra*, par. 28 et 276.

²⁶⁵ *Id.*, p. 314, voir aussi p. 309.

²⁶⁶ *Id.*, p. 309.

²⁶⁷ *Id.*

sont au nombre de trois. La validité a ainsi une dimension formelle (aussi appelée validité interne ou systémique). Celle-ci se conçoit comme l'appartenance de la norme étudiée au système juridique de référence, établie par la vérification de la conformité de cette norme aux normes supérieures du système, à la fois sur les plans procédural (la norme a été établie en respectant les prescriptions procédurales relatives à l'édiction des règles de droit) et substantiel (le contenu de la norme respecte certaines valeurs du système comme l'absence de rétroactivité, la clarté, l'absence de contradiction, la stabilité, la confiance légitime des citoyens, assurant ainsi la stabilité et l'acceptabilité de l'ordre juridique)²⁶⁸. La validité est aussi empirique ou factuelle. Cette dimension de la validité est relative à l'effectivité des normes, c'est-à-dire à leur capacité à atteindre l'objectif poursuivi au moindre coût économique et social²⁶⁹. La validité est enfin axiologique. Il s'agit alors d'apprécier la norme « à l'aune de valeurs méta-positives »²⁷⁰. L'exigence de cohérence fait partie à la fois du critère formel de validité et du critère axiologique²⁷¹. La tridimensionnalité de la validité a pour conséquence sa gradualité²⁷². Chaque critère étant susceptible de degrés²⁷³, les normes ne sont ainsi pas toujours, peut-être même jamais, totalement valides. Pour comprendre plus exactement ce que recouvre cette notion de validité tridimensionnelle, dite « objective », il faut enfin faire état de ses liens avec les notions d'existence d'une règle et de normativité juridique de la règle.

La validité tridimensionnelle objective se distingue de l'existence de la règle. L'existence s'entend, dans un sens matériel, de la possibilité d'identifier une forme quelconque de signifiant empirique qui puisse faire l'objet d'une qualification par le droit²⁷⁴. L'existence de la règle est ainsi une « précondition » de la validité objective. L'existence et la validité objective se différencient de la normativité juridique de la règle. La normativité s'intéresse à la signification que les auteurs ont voulu attacher à la règle, à savoir, s'ils ont voulu en faire une norme de conduite²⁷⁵. Son caractère juridique découle de la volonté des auteurs de la norme de s'obliger juridiquement ou d'obliger juridiquement quelqu'un²⁷⁶. La normativité juridique correspond ainsi à une validité

²⁶⁸ Les auteurs signalent ainsi une évolution de la validité formelle, qui s'appuie désormais sur des éléments de légitimité et d'effectivité : F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 48, p. 327-328.

²⁶⁹ *Id.*, p. 329 et suiv.

²⁷⁰ *Id.*, p. 337.

²⁷¹ *Id.*

²⁷² *Id.*, p. 317.

²⁷³ *Id.*

²⁷⁴ *Id.*, p. 311.

²⁷⁵ *Id.*, p. 312.

²⁷⁶ *Id.*, p. 313. Il ne s'agit donc pas d'une simple obligation morale ou religieuse.

subjective de la norme²⁷⁷. Le passage à la validité objective consiste alors en la reconnaissance de la norme au sein du système juridique.

C'est ainsi un processus, un cheminement de validité, que permettent de réaliser les notions d'existence, de normativité juridique (ou validité subjective) et validité objective tridimensionnelle. L'étude des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions, dans les droits français et canadien, à l'aune de la notion de répression sera ainsi effectuée en s'inspirant de ce cheminement de validité. En suivant le processus, l'étude de la notion de répression peut être précisée quant à son point de départ et aboutir à la proposition d'une définition unifiée de la notion de répression.

D. La proposition d'une définition unifiée de la notion de répression

27. *La réalité juridique de la notion de répression dans les ordres juridiques français et canadien.* Il a précédemment été établi que l'utilisation du terme répression est courante dans les langages juridiques français et canadien pour désigner différents mécanismes, pénaux ou extra-pénaux de sanctions punitives. Ce terme est ainsi associé à l'exigence d'une protection particulière des justiciables, fondée sur les garanties pénales de nature constitutionnelle ou conventionnelle. Pourtant, aucune définition de la répression n'est consacrée en droit positif. Les propositions doctrinales sont limitées et hétérogènes. Par son association presque systématique aux notions de peine et de sanction punitive, il est difficile de déceler l'identité de la répression par rapport à la notion de punition, au point de se demander s'il est possible de le faire. Ainsi, avant d'aborder la définition de la notion unifiée de répression, il est nécessaire d'établir un point de départ à la réflexion en se demandant si la notion existe juridiquement, au sens de François OST et Michel VAN DE KERCHOVE. Ainsi, au-delà des répressions, la répression peut-elle être considérée comme une notion juridique ? Renvoie-t-elle à une réalité juridique discernable ?

La proposition d'une définition unifiée de la répression ne peut être rationnellement justifiée et fondée que par l'étude de cette problématique.

28. *La proposition doctrinale d'une définition unifiée de répression.* Il sera démontré par la présente étude que la répression correspond bien, dans les droits positifs français et canadien, à une réalité juridique discernable. En ce sens, il apparaît que la

²⁷⁷ *Id.*

répression est une notion juridique²⁷⁸. Toutefois, cette notion n'est pas parfaitement déterminée, elle est une réalité incomplète dont il est utile d'achever la construction.

La démonstration de la réalité juridique de la notion de répression dans les deux ordres juridiques étudiés suppose de raisonner par étapes. En s'inspirant du cheminement de la validité des normes tel que précédemment présenté, il sera établi que la notion de répression existe matériellement, en ce qu'il est possible d'identifier dans le droit des normes susceptibles de revêtir la qualification de répression. La validité subjective de la notion va ensuite pouvoir être démontrée en exposant les notions jurisprudentielles supra-législatives auxquelles la répression est associée. En effet, par la référence à la répression, les organes qui contrôlent le respect des normes supra-législatives cherchent à contraindre les législateurs à prévoir des garanties pénales constitutionnelles lorsque ces derniers veulent imposer certaines mesures punitives ou ressemblantes à des punitions. La validité objective de la notion de répression, analysée dans ses dimensions formelle et axiologique, s'avérera cependant faible, révélant en conséquence l'émergence inachevée de la notion. En l'absence d'une définition de la répression – c'est-à-dire d'une proposition énonçant les caractères constituant l'essence de la répression²⁷⁹ – et en présence, au contraire, de définitions vagues et malléables des autres notions qui lui sont assimilées, les intérêts des justiciables ne sont pas aussi bien défendus qu'ils pourraient l'être.

Eu égard à ces éléments, il est finalement proposé de renforcer la validité de la notion de répression en la définissant de manière substantielle et unifiée, comme une réponse juridique d'une gravité particulière à une illicéité. Cette proposition résulte directement de l'analyse approfondie des manifestations de la répression dans les droits français et canadien et des éléments limitant sa validité objective. La définition proposée s'écarte de la seule systématisation du droit positif pour permettre de contourner ces limites. Ainsi définie, la notion juridique de répression achève son émergence et permet une qualification rationnelle de nombreux mécanismes juridiques, confirmant ou infirmant leur qualification actuelle. Se faisant, elle œuvre à l'amélioration de

²⁷⁸ La notion, comprise comme « [r]eprésentation que l'esprit se forme d'un objet de connaissance » (ACADEMIE FRANÇAISE, préc., note 4, v° « Définition », 1) est synonyme du concept (*Id.*). Aussi, dans le cadre de cette étude, notion et concept seront utilisés comme des termes synonymes pour désigner la répression. Au regard de la variété des distinctions juridiques de la notion et du concept (Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 2^e éd., coll. Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 2016, par. 529-530, p. 328-329) et de la possibilité de mener cette recherche indépendamment de l'adhésion à l'une de ces distinctions, il apparaît préférable de s'en tenir à la possibilité offerte par le langage courant, et juridique (*Id.*), de les considérer comme des synonymes.

²⁷⁹ ACADEMIE FRANÇAISE, préc., note 4, v° « Définition », 1.

l'appréhension juridique des mécanismes pénaux et extra-pénaux répressifs, dans les droits français et canadien et pose une première pierre à l'édification d'une théorie générale de la répression.

En définitive, la démonstration de l'émergence de la notion unifiée de répression dans les droits français et canadien (Partie 1) permet de proposer une définition unifiée de la notion de répression (Partie 2).

PARTIE 1. L'ÉMERGENCE D'UNE NOTION UNIFIÉE DE RÉPRESSION

29. *L'unification dans la diversité.* La répression, en tant que notion unifiée, naît de la diversification des expressions juridiques sanctionnatrices dans toutes les branches du droit²⁸⁰. L'existence matérielle de la notion de répression, première étape de l'étude de sa validité, peut ainsi être établie par l'observation du droit positif.

Le terme répression est d'utilisation courante dans le langage juridique français, particulièrement jurisprudentiel et doctrinal²⁸¹, pour désigner les mécanismes juridiques de sanctions punitives dans toutes les branches du droit. Il est également utilisé dans le langage juridique canadien dans ce même sens, bien qu'il soit moins prégnant²⁸². L'observation des évolutions de chaque ordre juridique permet ainsi d'affirmer l'unification notionnelle de divers mécanismes sanctionneurs pénaux et extra-pénaux, que les législateurs, la jurisprudence ou la doctrine qualifient de répression. C'est ainsi plus singulièrement le constat d'un ensemble de points communs entre ces sanctions variées qui sous-tend l'idée d'une certaine unité. Les points communs de ces mécanismes, particulièrement relevés par la doctrine, sont apparus suffisamment importants aux autorités gardiennes des textes protecteurs des droits et libertés pour qu'elles consacrent dans leur jurisprudence des notions transversales exprimant leur proximité avec la répression pénale. À l'existence matérielle de la notion unifiée de répression s'ajoute ainsi sa validité subjective.

Ces premières étapes d'unification notionnelle, caractérisant la réalité juridique de la répression, apparaissent néanmoins insuffisantes.

30. *L'insuffisance de l'appréhension juridique de la pluralité des mécanismes sanctionneurs.* L'organisation, d'un point de vue notionnel, de la coexistence des différents mécanismes sanctionneurs n'est pas satisfaisante. Les notions jurisprudentielles ne permettent pas une appréhension précise, complète et certaine du phénomène. Les incohérences des constructions jurisprudentielles entraînent des qualifications aléatoires, insatisfaisantes dans un État de droit. La validité objective de la notion unifiée de répression est ainsi faible. C'est pourquoi, après avoir constaté

²⁸⁰ Voir notamment, en droit français : G. DELLIS, préc., note 36, par. 11 et suiv.; M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, préc., note 1, p. 15 et suiv.; André VARINARD, *Introduction, La sanction : colloque du 27 novembre 2003, Université Jean Moulin Lyon III*, Paris, l'Harmattan, La sanction, 2007. En droit canadien, voir par exemple : J. DESROSIERS et P. RAINVILLE, préc., note 2; J. G. V. VELLOSO, préc., note 2.

²⁸¹ *Supra*, par. 5.

²⁸² *Supra*, par. 5.

l'émergence manifeste d'une notion unifiée de répression (Titre 1), le caractère inachevé en sera établi (Titre 2).

TITRE 1. L'ÉMERGENCE MANIFESTE D'UNE NOTION UNIFIÉE DE RÉPRESSION

31. *Les manifestations de l'émergence de la répression en droit positif.* La première étape de l'étude de la réalité juridique de la notion de répression dans les droits français et canadien suppose, en suivant le cheminement de validité proposé par la théorie du droit en réseau²⁸³, de rechercher l'existence matérielle de la notion. À défaut d'une définition unifiée de la notion de répression en droit positif, il est possible d'identifier les manifestations de son émergence. L'émergence de la notion unifiée de répression se constate par le rapprochement des mécanismes sanctionnateurs en droit positif. Deux catégories de manifestations peuvent être relevées, tant en droit français, qu'en droit canadien. La première catégorie est issue de l'observation comparative des mécanismes sanctionnateurs appartenant aux différentes branches du droit. Cette démarche permet d'établir un certain nombre de similitudes entre eux qui apparaissent finalement comme l'expression d'une forme d'unité de ces mécanismes, nonobstant leur pluralité. La seconde catégorie de manifestations corrobore ces constats. Les éléments textuels d'unité sont prolongés dans une unification jurisprudentielle. Sur la base d'un raisonnement par analogie avec le droit pénal, la Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel pour le droit français, et la Cour suprême pour le droit canadien ont reconnu la possibilité que des sanctions extra-pénales soient qualifiées de peines ou de sanctions punitives²⁸⁴. Les catégories jurisprudentielles de peines et de punitions ne sont donc pas seulement les manifestations de l'existence de sanctions punitives à côté du droit pénal, mais avec le droit pénal. Elles permettent de confirmer la réalité juridique de la notion unifiée de répression en établissant, en plus de son existence matérielle, sa validité subjective²⁸⁵. Il est dès lors possible de soutenir l'émergence d'une catégorie juridique unifiée, indépendamment des branches du droit qui les organisent. Ces deux constats doivent faire l'objet d'un exposé détaillé.

²⁸³ *Supra*, par. 26.

²⁸⁴ *Infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, p. 152 et suiv.

²⁸⁵ *Supra*, par. 26.

32. *Méthodologie de l'exposé.* Deux éléments concernant l'exposé des manifestations de l'émergence d'une notion unifiée de répression doivent être précisés.

Le premier élément est relatif à la nécessité même de cet exposé. L'existence des phénomènes décrits n'est pas nouvelle. Ils ont déjà été constatés tant en droit français²⁸⁶ qu'en droit canadien²⁸⁷. Il est néanmoins indispensable de revenir en détail sur ces manifestations, pour pouvoir établir avec précisions leur portée et leurs limites. L'exposé doit ainsi être nourri, dans la mesure du possible, d'exemples tirés de chaque branche du droit étudié, dans chacun des deux ordres juridiques. La comparaison des exemples est en effet, en premier lieu, ce qui permet d'établir les différences et les points communs des mécanismes sanctionnateurs, afin de comprendre l'ampleur et la réalité du phénomène d'émergence d'une notion unifiée de répression. Elle est, en second lieu, utile pour construire la notion qui sera fondée sur des éléments issus des manifestations textuelles et jurisprudentielles de l'émergence. En revanche, l'exhaustivité de l'exposé n'est pas matériellement possible au regard de la diversité des mécanismes sanctionnateurs issus des différentes branches du droit et de la comparaison menée entre le droit français et le droit canadien. Les exemples permettent de dégager des tendances sur lesquelles s'appuyer et non un état du droit complet qu'ils décriraient. De plus, l'étude propose d'analyser les phénomènes décrits par le prisme de deux ordres juridiques différents. Il est donc important de croiser les regards en présentant les données sur lesquelles va reposer l'ensemble de la construction.

Le second élément à expliquer est relatif au choix des exemples. Il faut en effet concéder à ce choix une part d'aléa liée aux limites matérielles d'une recherche couvrant un très large champ. Partant de l'idée que les mécanismes de peines *stricto sensu* sont la manifestation première de la répression, ont été identifiés d'autres mécanismes qui leur ressemblaient. Ont ainsi principalement été retenus, parmi les exemples relevés, ceux qui permettaient de faire des liens entre les ordres juridiques français et canadien.

Ainsi, après s'être attaché à exposer les différentes manifestations textuelles de l'unité notionnelle de la répression (Chapitre 1), il conviendra d'en présenter les manifestations jurisprudentielles (Chapitre 2).

²⁸⁶ Dr. fr. : Yves CARTUYVELS, « Les paradigmes du droit pénal moderne en période « post-moderne » : évolutions et transformations », dans Michel MASSE, Jean-Paul JEAN et André GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal post-moderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, 2009, p. 73, à la p. 90; G. DELLIS, préc., note 36, par. 11 et suiv.; M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, préc., note 1, p. 15 et suiv.; P. PONCELA, préc., note 116; A. VARINARD, préc., note 280.

²⁸⁷ Dr. can., v. par ex. : A.-M. BOISVERT, préc., note 2; J. DESROSIERS et P. RAINVILLE, préc., note 2; P. ISSALYS, préc., note 2; J. G. V. VELLOSO, préc., note 2.

Chapitre 1. Les manifestations textuelles de l'émergence

33. *L'émergence de l'unité notionnelle de la répression dans les textes.*

L'émergence de la notion unifiée de répression dans les textes se manifeste tout d'abord par le rapprochement substantiel de certains mécanismes sanctionnateurs pénaux et extra-pénaux. Il est intéressant d'observer que ce mouvement de rapprochement existe en droit français et en droit canadien. Les ressemblances apparaissent par une lecture comparative des textes qui prévoient les différents mécanismes. Deux éléments caractéristiques doivent être étudiés pour asseoir la réalité de ce phénomène établissant l'existence matérielle de la notion unifiée de répression.

34. *La convergence des incriminations et des sanctions comme manifestations textuelles de l'unité notionnelle de la répression.*

Un certain nombre de mécanismes extra-pénaux apparaissent comme pénaux ou punitifs et par assimilation répressifs, en raison d'une analogie avec les mécanismes pénaux de sanction. Il est donc possible de se fonder sur les éléments constitutifs des mécanismes pénaux de sanction pour étayer cette analogie. Une infraction pénale est composée d'une incrimination, qui décrit le comportement interdit et d'une sanction particulière, la peine²⁸⁸. Cette dernière est en principe spécifique en raison de son caractère pénal. Le droit pénal est en effet classiquement qualifié de droit répressif en raison d'une fonction punitive propre à ses sanctions. Elles sont supposées faire son identité²⁸⁹. Or, cette particularité est aujourd'hui finalement peu visible. De nombreuses sanctions extra-pénales ressemblent aux peines. Il existe également des mesures pénales qui ne sont pas considérées comme punitives. Si la spécificité répressive du droit pénal ne se retrouve plus dans sa sanction, elle pourrait être identifiée dans les comportements qu'il encadre. Le droit positif montre néanmoins que certaines sanctions extra-pénales sont une réponse juridique à des comportements qui sont parfois très proches des incriminations pénales. Le fait d'attacher à ces

²⁸⁸ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 58, par. 215 et 441, p. 118 et 237.

²⁸⁹ E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 21, p. 9-10; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 58, par. 215, p. 118; André DECOCQ, *Droit pénal général*, coll. U, Paris, A. Colin, 1971, p. 13; Valérie MALABAT, « Les sanctions en droit pénal. Diversification ou perte d'identité ? », dans Cécile CHAINAIS et Dominique FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1 « La sanction entre technique et politique », coll. L'esprit du droit, Paris, Dalloz, 2012, p. 69, par. 1. La Professeure Valérie MALABAT souligne dès le début de son propos qu'« aucune autre discipline juridique que le droit pénal ne tire son nom de sa sanction. Le droit pénal, droit de la peine, suggère donc par son appellation et par son principe, des relations très spécifiques entre sanction et droit pénal. Le droit pénal tirerait ainsi sa place particulière parmi les matières juridiques, de la nature de sa sanction : la peine, une punition », dont la spécificité viendrait à la fois de « sa nature – un mal –, à sa fonction – punitive ». Voir égal. : C. MANDON, préc. note 59, par. 11, p. 19-20; B. PAILLARD, préc., note 35, par. 31, p. 16.

comportements des sanctions para-pénales permet de les qualifier d'incriminations extra-pénales²⁹⁰. Ces rapprochements entre les sanctions, d'une part, et les incriminations, d'autre part, entraînent une convergence des mécanismes. Les manifestations de l'émergence de la notion unifiée de répression se trouvent donc dans les textes, d'une part, au regard de la convergence des sanctions pénales et extra-pénales (Section 1) et d'autre part, au regard de la convergence des incriminations pénales et extra-pénales (Section 2).

Section 1. La convergence des sanctions pénales et extra-pénales

35. *Postulat de la spécificité substantielle des peines tirée de leur fonction punitive.*

La spécificité substantielle de la peine est décrite par sa définition, qui met en lien la nature de la peine avec son effet répressif. Les législateurs français ou canadien n'ayant pas proposé de définition, il convient de se référer aux propositions doctrinales. Dans un sens strict, la notion de peine renvoie tant à la peine prévue par la loi, qu'à la peine prononcée par le juge. Elle est, dans le premier cas, le « châtiment édicté par la loi [...] à l'effet de prévenir et, s'il y a lieu, de réprimer l'atteinte à l'ordre social qualifiée d'infraction »²⁹¹. Dans le second cas, c'est « le châtiment infligé en matière pénale par le juge répressif, en vertu de la loi [...] »²⁹². Le terme « châtiment » exprime la souffrance infligée au condamné, lorsque celui-ci, non suffisamment dissuadé par la menace que constitue l'existence de la peine, contrevient à l'interdit pénal. En conséquence, selon une conception rétributive, le condamné reçoit en retour du mal qu'il a infligé, un mal équivalent. La peine, sanction afflictive²⁹³, a une fonction punitive²⁹⁴. La punition se conçoit, quant à elle, comme l'« action de punir, infliger une peine, réprimer »²⁹⁵. Il y a donc un lien étroit, et en principe particulier, entre peine, punition et répression. Cette

²⁹⁰ Il est en effet admis qu'un comportement illicite n'est pas « incriminé » si son auteur n'est pas exposé à une sanction « répressive » : P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 58, par. 441, p. 250. Dès lors que la réalisation d'un comportement fait encourir à une personne une sanction répressive, y compris si elle est extra-pénale, il semble correct de dire que le comportement est incriminé. Voir, en matière disciplinaire : Alexis MICHEL, « Bon ordre ou sécurité de l'établissement pénitentiaire », *AJDA* 2020.2150.

²⁹¹ G. CORNU (dir.), préc., note 38, v° « peine » sens 1, p. 751.

²⁹² *Id.*

²⁹³ E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 5, p. 1-2; E. DREYER, préc., note 58, par. 1344, p. 1056-1057 et par. 1326, p. 1041-1042; R. MERLE et A. VITU, préc., note 48, par. 655, p. 826; M.-L. RASSAT, préc., note 58, par. 448, p. 516.

²⁹⁴ *Id.*, par. 7. On peut également parlé en ce sens de châtiment : *R. c. M (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 80 (CSC).

²⁹⁵ G. CORNU (dir.), préc., note 38, v° « Punition », sens 1, p. 834. Cette synonymie se retrouve dans le langage courant : *Dictionnaire Répression*, préc., note 14. Également, *Le Robert. Dictionnaire des synonymes et nuances*, coll. Les usuels, Paris, 2011, v° « Répression ». Le premier synonyme du mot répression est « punition », lequel est suivi des mots « châtiment » et « sanction ».

fonction punitive, propre à la peine, est suggérée par le Code pénal en droit français et le *Code criminel* en droit canadien. L'article 130-1 du Code pénal énonce en effet que la peine a pour fonction, en premier lieu, de « sanctionner l'auteur de l'infraction » dans le but « d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime »²⁹⁶. Avant que le Code pénal ne contienne un article relatif aux fonctions de la peine, le Conseil constitutionnel dans une décision du 20 janvier 1994, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale* affirmait déjà que l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle avait été conçue, entre autres fonctions, pour protéger la société et assurer la punition du condamné²⁹⁷. On peut ainsi penser que le terme « sanctionner » utilisé par le législateur à l'article 130-1 du Code pénal est simplement synonyme de punir. En droit canadien, le *Code criminel* prévoit que la peine doit essentiellement « protéger la société » et « contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes »²⁹⁸. Ces dernières doivent alors remplir un ou plusieurs objectifs²⁹⁹ dont, par exemple, la dénonciation du comportement illégal et du tort causé aux victimes ou à la collectivité et au besoin, l'isolement des délinquants du reste de la société³⁰⁰. L'objectif punitif n'est pas formellement inscrit dans le texte de loi, mais la jurisprudence de la Cour suprême, a jugé que le châtement est un objectif valide

²⁹⁶ Créée par la *Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*, JO 17 août 2014, Texte n° 1, l'article 130-1 du Code pénal précise que la peine a, en second lieu, pour fonction de favoriser l'amendement, l'insertion ou la réinsertion de l'auteur de l'infraction.

²⁹⁷ Cons. const. 20 janv. 1994, n° 93-334 DC, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*, J.O. 26 janv. 1994, par. 13. La décision mettait plus précisément en exergue les autres fonctions de la peine que sont l'amendement et la réinsertion sociale mais le Conseil constitutionnel n'en avait pas moins rappelé la fonction punitive.

²⁹⁸ Art. 718 C.cr.

²⁹⁹ Il ne semble pas y avoir lieu de distinguer entre les fonctions (terme utilisé par le législateur français) et les objectifs (terme utilisé par le législateur canadien) de la peine. D'une part, les législateurs français et canadiens désignent par ces termes les mêmes éléments. D'autre part, certains auteurs considèrent clairement les fonctions et objectifs de la peine comme synonymes. L'un comme l'autre apporte des réponses à la question : dans quels buts punissons-nous ? : H. PARENT et J. DESROSNIERS, préc., note 53, par. 17, p. 18-19.

³⁰⁰ Art. 718 C.cr., respectivement a), c). D'autres objectifs sont visés : la dissuasion du délinquant et de toute personne, de commettre des infractions, la réinsertion sociale des délinquants, la réparation des torts causés, que ce soit à la victime ou à la collectivité et enfin, la conscientisation, chez les délinquants, de leurs responsabilités, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé à la victime ou à la collectivité (respectivement aux b), d), e), et f) du même article).

de la peine³⁰¹. L'affirmation de la fonction punitive de la peine se manifeste également en droit canadien par la classification des objectifs de la peine. La Cour suprême a distingué les objectifs « punitifs » et les objectifs « correctifs »³⁰². Sont punitifs, la dénonciation du comportement illégal, la dissuasion et l'isolement. Si une caractéristique essentielle de la peine est de punir, ses objets devraient être à même de remplir la fonction punitive tout en se distinguant des objets des sanctions extra-pénales, dont l'essence est supposée différente en raison de leur origine normative. En ce sens, il serait possible de poser un postulat d'adéquation entre la substance de la peine et son objectif punitif. Ce postulat se vérifiait encore avec la peine de mort, par exemple. D'un objet et d'une sévérité particuliers, propres à la peine, elle punissait les comportements considérés comme les plus graves dans la société. Mais son abolition³⁰³, tout comme d'autres évolutions du droit positif en la matière, remet en cause ce postulat.

36. Remise en cause du postulat de la spécificité substantielle des peines. Il existe un rapprochement généralisé des sanctions pénales et extra-pénales quant à leur substance. Premièrement, l'arsenal pénal, en France et au Canada, a perdu sa peine la plus singulière, par l'abolition de la peine de mort. La suppression de cette sanction apparaît comme un élément de perte d'identité et de spécificité de l'ensemble constitué par les peines. Deuxièmement, les peines privatives de liberté, propres au droit pénal, ne sont pas les seules mesures privatives de liberté des systèmes juridiques français et canadien. Troisièmement, on observe également l'existence de sanctions extra-pénales non privatives de liberté, au contenu proche des sanctions pénales. En ce sens, la notion de peine connaît un emploi élargi puisqu'elle désigne de manière générique « une sanction destinée non pas à indemniser la victime, mais à faire subir au coupable une souffrance dans sa personne ou ses biens et correspondant aux peines établies en matière répressive et aux peines privées »³⁰⁴. Cette conception de la peine est ainsi utilisée pour désigner la

³⁰¹ *R. c. M (C.A.)*, préc., note 228. Le châtimeur qui se rattache au principe fondamental de proportionnalité de la peine dans le cadre de la détermination de la peine est ainsi lié au principe selon lequel le droit pénal sanctionne la culpabilité morale du délinquant (par.79). Même s'il ne peut pas constituer une justification générale de l'application des sanctions pénale, il demeure une « facteur légitime et pertinent » (par. 78).

³⁰² *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688 (CSC), par. 43. La réinsertion, la réparation et la conscientisation sont des objectifs correctifs. Cette classification est reprise dans *R. c. Proulx*, [2000] 61 R.C.S. (CSC).

³⁰³ L'abolition de la peine de mort a eu lieu en France le 9 octobre 1981 par la *Loi n° 81-908 du 9 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort*, JO 10 oct. 1981, p. 2759. Au Canada, elle fut abolie le 14 juillet 1976 par l'adoption du projet de loi C-84.

³⁰⁴ G. CORNU (dir.), préc., note 38, v° « Punition », sens 2, p. 834. Voir également CENTRE PAUL-ANDRE CREPEAU DE DROIT PRIVE ET COMPARE, *Dictionnaires de droit privé en ligne*, v° « Peine privée », en ligne : < <https://nimbus.mcgill.ca/pld-ddp/dictionary/show/21413?source=+>>.

fonction punitive de certaines sanctions, par opposition aux sanctions réparatrices existantes dans ces matières³⁰⁵. Dans le même temps, les peines *stricto sensu* se diversifient et prennent des formes qui les rapprochent de certaines sanctions extra-pénales³⁰⁶. Cette extension emporte une modification de la substance des peines. La dilution de la punition au sein des peines et la diffusion de la punition en dehors des peines ont pour conséquence de relativiser le lien naturel entre la répression et le droit pénal³⁰⁷. Une conception unifiée de la répression se construit ainsi sur la base d'une certaine similitude substantielle des sanctions pénales et extra-pénales. Quelques précisions terminologiques doivent être faites avant d'engager plus avant la présentation.

37. *Rappel sur la distinction des termes de mesure et sanction.* L'émergence d'une notion unifiée de répression se constate par l'unification notionnelle de mécanismes sanctionnateurs, qualifiés en droit positif de peines ou de punitions. D'autres mesures, qui ne sont pas toujours désignées comme des sanctions, et de ce fait parfois explicitement exclues des catégories jurisprudentielles de peines ou punitions, sont pourtant très proches des mécanismes sanctionnateurs caractérisés comme tels³⁰⁸. Dans le cadre de la construction d'une notion unifiée de répression, il est opportun de se poser la question de l'appartenance de ces mesures à une catégorie juridique commune aux mesures sanctionnatrices pénales et punitives. C'est pourquoi, doivent être exposées les manifestations les plus explicites de l'émergence d'une notion unifiée de répression que sont les mécanismes de sanctions pénaux et punitifs, qualifiés par la loi ou la jurisprudence, mais également des manifestations éventuelles que sont certaines mesures substantiellement proches, mais n'ayant pas reçu l'une ou l'autre de ces qualifications. Le terme mesure désigne ainsi selon le contexte, soit des mesures au sens large, c'est-à-dire n'importe quelle réaction juridique à une situation, indépendamment de leur éventuelle qualification de sanction, de punition ou de peine soit une mesure au sens restreint, c'est-à-dire une réaction juridique qui n'est pas qualifiée de sanction, de

³⁰⁵ On relèvera toutefois ici la définition de la peine proposée par le *Dictionnaire de droit québécois et canadien* qui y intègre une fonction de réparation : « sanction édictée par la loi et appliquée par les juridictions pénales à titre de punition ou de réparation pour un acte portant atteinte à l'ordre social » : H. REID, préc., note 49, v^o « Peine privée ».

³⁰⁶ On pense par exemple à la sanction-réparation, prévue en matière délictuelle à l'article 131-3 9^o du Code pénal ou à l'ordonnance de dédommagement à l'article 731.1 et suiv. C.cr.

³⁰⁷ La peine est ainsi perçue comme un élément d'identification du droit pénal : Gisèle COTE-HARPER, Pierre RAINVILLE et Jean TURGEON, *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 9; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 165, p. 3 et par. 23.

³⁰⁸ En droit canadien, certaines mesures sont bien qualifiées de sanctions mais leur caractère pénal ou punitif est nié. C'est notamment le cas pour les sanctions administratives pécuniaires : *supra*, par. 13.

punition ou de peine (par exemple les mesures de sûreté en droit pénal français et les mesures de police en droit administratif français)³⁰⁹. Tout en incluant la possibilité d'analyser cette convergence au regard de mesures *a priori* non sanctionnatrices, le terme de sanction³¹⁰ est préféré pour décrire le phénomène de convergence, car le rapprochement des mécanismes de sanctions pénales et extra-pénales en est l'illustration typique.

38. *Similitude substantielle des sanctions pénales et extra-pénales.* Cela étant précisé, la spécificité des peines est aujourd'hui largement relativisée en doctrine³¹¹. L'observation comparative d'un ensemble de mécanismes sanctionneurs permet de constater que les peines coexistent au sein des ordres juridiques français et canadien avec des sanctions qui leur sont proches, tant par leur contenu que par leur mode de fixation. Cette proximité des sanctions pénales et extra-pénales, facteur d'unification de la répression, résulte d'une part d'une convergence de leur nature (I) et d'autre part d'une convergence de leur détermination (II).

I. La convergence des sanctions pénales et extra-pénales dans leur nature

39. *Signification de la nature d'une sanction.* Le terme nature est utilisé par le législateur français dans le Code pénal pour opérer une classification tripartite des peines, principalement en fonction de leur gravité³¹². Elles sont ainsi de nature criminelle, correctionnelle ou contraventionnelle³¹³. Cette classification n'existe ni dans les autres branches du droit français ni en droit canadien. Aux fins de la comparaison entre, d'une part, les sanctions extra-pénales et les sanctions pénales et, d'autre part, les systèmes français et canadien, il convient d'adopter un sens différent du terme nature. Dans le

³⁰⁹ *Supra*, par. 7 et 12.

³¹⁰ La sanction est ici comprise comme toute réaction du droit à la violation de la règle juridique : D. LASZLO-FENOUILLET et C. CHAINAIS, préc., note 51, par. 13, à la p. XXII-XXIII. De plus, cette définition permet d'inclure dans le propos des mesures qui ne sont pas nécessairement nommées sanctions par le droit positif mais qui n'en sont pas moins des réactions juridiques à la violation de la règle de droit. On pense par exemple à la rétention de sûreté en droit français, *infra* n° 138.

³¹¹ M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, préc., note 1, avant-propos. De manière générale, voir les références précitées à la note 280. Voir égal., V. MALABAT, préc., note 289, par. 1. Après avoir exposé la particularité supposée de la sanction pénale, l'auteur précise qu'elle « n'en doit pas moins être relativisée tant dans l'histoire qu'en droit positif »; A. VARINARD, préc., note 280.

³¹² Par référence à l'article 111-1 du Code pénal qui dispose que « les infractions sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions ».

³¹³ Le Chapitre 1, du Titre III, du Livre 1^{er}, de la première Partie du Code pénal est relatif à « la nature des peines » et prévoit les peines criminelles, correctionnelles et contraventionnelles, principales et complémentaires, aux articles 131-1 à 131-49.

langage courant, la nature d'une chose est l'ensemble des caractères, des propriétés qui la définissent³¹⁴. Il faut donc déterminer les éléments caractéristiques des peines *stricto sensu*, qui sont comparables aux éléments des peines *lato sensu*, d'une matière juridique à une autre et d'un système juridique à l'autre. Il faut de plus qu'ils soient pertinents pour identifier l'unité de la notion de répression. Deux éléments répondent à ces exigences. Il s'agit en premier lieu de l'objet³¹⁵ des peines, c'est-à-dire l'intérêt auquel la peine porte atteinte³¹⁶ et en second lieu de leur gravité. Considérées comme un mal par nature, les peines sont le modèle de la sanction répressive. Cette nature permet en principe à la fois de les identifier et de les distinguer des autres formes de sanctions³¹⁷ et de mesures non sanctionnatrices. Leurs objets et leur gravité spécifiques sont des marqueurs de cette nature³¹⁸ et de cette fonction. La peine privative de liberté à perpétuité³¹⁹ illustre encore aujourd'hui cela. C'est la peine la plus grave en raison de son objet et de son *quantum*³²⁰. Seul le droit pénal la connaît³²¹. Pendant longtemps, ce fut la peine de mort qui occupait cette place. Aujourd'hui, la comparaison des objets et de la gravité d'un certain nombre de sanctions pénales et extra-pénales permet d'affirmer une identité de nature entre ces sanctions. Cette identité de nature de la peine *lato sensu*, un mal, est un élément essentiel de la construction de la notion unifiée de répression. Ainsi, l'émergence d'une notion unifiée de répression dans les textes se manifeste par une convergence d'objets des

³¹⁴ *Dictionnaire Larousse*, v° « Nature », en ligne : <<http://www.larousse.fr>> (consulté le 1 mars 2018).

³¹⁵ On retrouve en doctrine française les classifications des peines selon le critère de l'intérêt auquel une peine porte atteinte sous différentes dénominations. Existe ainsi le terme d'« objet » des peines : E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 120, p. 63. Les auteures distinguent entre l'objet des peines qui s'entend de la classification en peines privatives de liberté, restrictive de liberté, patrimoniales et privatives ou restrictives de droit et la nature des peines, relativement à leur caractère principal, complémentaire ou accessoire. On trouve également la « nature substantielle » des peines, qui permet de les classer en familles de peines : O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 233, par. 568-569, p. 319-320. On peut également parler du « contenu des peines » : F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 165, p. 730.

³¹⁶ Ou encore le « bien sur lequel porte l'effet afflictif de la peine » : B. BOULOC, préc., note 35, p. 534.

³¹⁷ V. MALABAT, préc., note 289, par. 1.

³¹⁸ L'identité de nature des sanctions, relativement à l'application des principes de nécessité et proportionnalité des peines, est analysée par le Conseil constitutionnel au regard de l'objet des sanctions et de leurs *quanta*, voir par exemple : Cons. const. 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, *M. John L. et autres*, par. 26; Cons. const. 14 janv. 2016, n° 2015-513/514/526 QPC, *M. Alain D. et autres*, par. 12; Cons. const. 17 mai 2019, n° 2019-783 QPC, *M. Nicolas S.*, par. 13.

³¹⁹ C'est-à-dire l'emprisonnement à perpétuité en droit canadien (voir par exemple l'article 235(1) C.cr. qui établit la peine du meurtre) et de réclusion ou détention criminelle à perpétuité en droit français (elle est prévue de manière générale à l'article 131-1 1° C. pén., plusieurs infractions connaissent cette peine comme le meurtre aggravé, par la préméditation par exemple, à l'article 221-3 C. pén.).

³²⁰ Olivier DECIMA, Edouard VERNY et Stéphane DETRAZ, *Droit pénal général*, 2^e éd., coll. Cours, L.G.D.J., 2016, p. 573, p. 305.

³²¹ La privation de liberté comme sanction punitive d'un comportement est exclusive au droit pénal mais il existe des formes de privation de liberté en dehors de la peine et en dehors des sanctions pénales : *infra*, par. 44 et suiv.

sanctions pénales et extra-pénales (A) accompagnée d'une convergence de leur gravité (B)³²².

A. La convergence d'objet des sanctions pénales et extra-pénales

40. *L'objet des sanctions.* L'objet des sanctions, par référence à l'objet des peines, s'entend dans le cadre de cette étude de l'intérêt auquel elles portent atteinte³²³. Par exemple, l'amende consiste dans le versement d'une somme d'argent au Trésor public. Elle porte atteinte au patrimoine de la personne sanctionnée et constitue à ce titre une sanction patrimoniale, plus précisément pécuniaire. Dans les textes législatifs, les sanctions ne sont pas nécessairement classées en fonction de leurs objets³²⁴. Des définitions sont toutefois données pour plusieurs sanctions. Par exemple, la sanction-réparation consiste dans l'obligation pour le condamné de procéder à l'indemnisation du préjudice de la victime³²⁵ et peut être exécutée en nature³²⁶. Son objet pourra consister en une obligation pécuniaire ou une obligation de faire. Ainsi, tantôt par leur dénomination, tantôt par la description de leur contenu, il est possible de déduire l'objet de la peine lorsque celui-ci n'est pas explicitement déterminé. Quant au *Code criminel*, il dresse une liste des différentes peines, les unes à la suite des autres, selon un ordre plus ou moins croissant de gravité. Il existe ainsi l'absolution conditionnelle et inconditionnelle, la probation, les amendes et confiscations, le dédommagement, l'emprisonnement avec sursis et l'emprisonnement³²⁷. Des incapacités sont également prévues, mais elles ne semblent pas être considérées comme des peines³²⁸. Comme pour le droit français, l'objet

³²² S'agissant plus particulièrement des sanctions pénales et des sanctions administratives, le phénomène est décrit par M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, préc., note 1, p. 51.

³²³ *Supra*, par. 39-40.

³²⁴ Par exemple, le Code pénal français distingue celles qui sont applicables aux personnes physiques et aux personnes morales (articles 131-1 à 131-36-13 pour les personnes physiques et articles 131-37 à 131-49 pour les personnes morales). À l'intérieur de ces catégories, il différencie les peines criminelles, correctionnelles et contraventionnelles encourues à titre principal et les peines complémentaires. Pour chacune des catégories d'infractions, crimes, délits et contraventions, il énonce les différentes peines encourues (voir l'ensemble des articles 130-1 à 131-49).

³²⁵ Art. 131-8-1 al. 2 CP.

³²⁶ Art. 131-8-1 al. 2 CP.

³²⁷ Respectivement les articles 730, 731, 734, 737.1, 742 et 743 C.cr., au sein de la partie XXIII, consacrée à la détermination de la peine.

³²⁸ Le *Code criminel* prévoit l'article 750 relatif à l'« Incapacité » après les articles relatifs au pardon et remises et non directement à la suite des peines. Les auteurs de doctrine n'en font pas mention lorsqu'ils étudient les différentes peines : H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 53; Jean-Paul PERRON, « La détermination de la peine », dans *Droit pénal : infractions, moyens de défense et peine*, coll. Collection de Droit 2021-2022, Volume 13, Ecole du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvons Blais, 2021, EYB2021CDD236, (La référence); Alexandre STYLIOU, « Eventail des peines », dans *Droit pénal général*, coll. Droit pénal, fasc. 21, JurisClasseur Québec, Montréal, LexisNexis Canada.

de la peine peut être déduit de son appellation ou de son contenu. Le même procédé peut également être suivi pour les sanctions extra-pénales.

41. *Classification des sanctions en fonction de leurs objets.* L'exposé des manifestations textuelles de l'émergence de la notion unifiée de répression impose de comparer les sanctions pénales et extra-pénales en fonction de leurs objets. Cela suppose de déterminer lesdits objets. Les juristes pénalistes français utilisent différentes classifications. On peut par exemple distinguer les peines privatives de liberté, les peines restrictives de liberté, les peines patrimoniales et les peines privatives ou restrictives de droit³²⁹. Certains auteurs proposent de distinguer, en plus, deux autres catégories : les peines qui consistent en des obligations de faire et les peines affectant la réputation du condamné³³⁰. En droit administratif, il est par exemple possible de classer les sanctions administratives selon leur nature patrimoniale ou extrapatrimoniale³³¹. Les sanctions patrimoniales sont essentiellement des sanctions pécuniaires³³² qui concernent des secteurs spécifiques comme la fiscalité, la concurrence ou les marchés financiers, dont certains sont régulés par des autorités administratives indépendantes. Les sanctions extrapatrimoniales sont moins nombreuses, mais variées. Elles peuvent ainsi porter atteinte aux libertés³³³, être privatives ou restrictives de droit³³⁴ ou encore avoir une dimension morale³³⁵. Ces exemples de classements doctrinaux permettent de faire un choix de

³²⁹ E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 120, p. 63.

³³⁰ F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, préc., note 165, p. 761. Cette classification est utilisée pour les peines encourues par les personnes physiques (quelques adaptations sont nécessaires pour les peines concernant les personnes morales). On retrouve des catégories semblables chez d'autres auteurs, selon une classification en « familles de peine », que sont la mort, l'enfermement (désignant les peines privatives de liberté et d'autres sanctions privatives de liberté), la contrainte (correspond aux peines qui consistent en des obligations ou des interdictions de faire), l'appauvrissement (regroupant des peines proprement pécuniaires et des peines patrimoniales) et le déshonneur (pour les peines portant atteinte à la réputation du condamné) : O. DECIMA, E. VERNY et S. DETRAZ, préc., note 233, par. 576, p. 324 et suiv. On peut également noter une classification (plus spécifiquement aux personnes physiques majeures) distinguant entre les atteintes au corps, c'est-à-dire à la vie et à l'intégrité de la personne, les atteintes à la liberté de la personne contenant les peines privatives de liberté et les peines restrictives de liberté, les atteintes au patrimoine – amende pénale, confiscation, fermeture d'établissement – et enfin des atteintes aux droits constituées d'interdictions civiles et politiques et d'interdictions professionnelles : J. PRADEL, préc., note 58, p. 577 et suiv. Proposant une classification assez proche, « en fonction du bien sur lequel porte l'effet afflictif », un autre auteur distingue les atteintes à l'intégrité corporelle, à la liberté d'aller et venir (regroupant privations et restrictions de liberté), au patrimoine, à l'exercice d'une activité professionnelle, à l'exercice de certains droits ou encore à la réputation : B. BOULOC, préc., note 35, p. 534 et suiv.

³³¹ M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, préc., note 1, p. 51.

³³² Les auteures précisent excluent de cette catégorie certaines mesures, qualifiées de conservatoires ou de mesures de police par le juge administratif mais que certains auteurs rangent parmi les sanctions afin de marquer le caractère spécifique de la répression administrative. *Id.*, p. 76.

³³³ C'est le cas de certaines mesures administratives en droit des étrangers par exemple, *infra*, par. 46-47.

³³⁴ *Infra*, par. 52.

³³⁵ *Infra*, par. 56.

classification pour disposer d'une grille de lecture comparative des sanctions pénales et extra-pénales en droit français et canadien.

42. *La classification choisie.* Le point commun de ces classements est d'isoler les sanctions patrimoniales dans une catégorie distincte des autres sanctions. Il semble donc indiquer de différencier les sanctions patrimoniales et extra-patrimoniales. Cette classification a le mérite de pouvoir s'appliquer en droit français et canadien et à toutes les sanctions issues des diverses branches du droit. Constituent ainsi des sanctions extra-patrimoniales, les sanctions privatives et restrictives de liberté, les sanctions privatives et restrictives de droits et les sanctions déshonorantes. La comparaison des sanctions pénales et extra-pénales, à la fois en droit français et en droit canadien, montre que plusieurs d'entre elles ont des objets extra-patrimoniaux (1) et patrimoniaux proches (2) manifestant l'émergence d'une notion unifiée de répression³³⁶.

1. Les objets extra-patrimoniaux proches des sanctions pénales et extra-pénales

43. *L'absence d'objet extra-patrimonial spécifique aux peines.* La peine constitue le modèle de la sanction répressive. L'existence de sanctions qui lui ressemblent manifeste l'émergence de la répression en dehors du droit pénal et contribue à forger son unité notionnelle. Il existe en droit français une limite constitutionnelle à cette proximité. Les sanctions privatives de liberté ne peuvent pas être infligées par une autorité administrative, en raison de l'article 66 de la Constitution³³⁷. Celles-ci sont donc en principe propres au droit pénal, qui apparaît bien comme la branche du droit la plus caractéristique de la répression. En droit canadien, la peine privative de liberté, c'est-à-dire l'emprisonnement, est également réservée à une utilisation pénale, que ce soit en

³³⁶ Le constat d'un contenu commun à diverses sanctions pénales et extra-pénales a conduit une auteure à écarter le critère matériel ou substantiel des critères d'identification de la sanction pénale : C. MANDON, préc. note 59, par. 483, p. 559-560 et par. 518, p. 597-598. Pour la même raison, ce critère doit être écarté pour la définition de la peine : B. PAILLARD, préc., note 35, par. 23, p. 13-14.

³³⁷ Cons. const. 28 juill. 1989, n° 89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, J.O. 1er août 1989, p. 9676, par. 6 : « Considérant que le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis ». L'article 66 de la Constitution dispose que : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

droit criminel ou en droit pénal provincial. Mais, dans l'un comme l'autre des systèmes juridiques, il est intéressant d'observer que la privation de liberté n'est pas propre aux mécanismes pénaux. De la même façon, l'état du droit des deux pays nous montre que les sanctions restrictives de liberté, privatives et restrictives de droit, les obligations de faire ou les atteintes à l'honneur ne sont pas propres au droit pénal. Manifestation de l'émergence d'une notion unifiée de répression, la proximité d'objet des sanctions pénales et extra-pénales existe ainsi tant pour la privation de liberté (a) que pour plusieurs autres objets extra-patrimoniaux (b).

a. La privation de liberté comme objet commun aux sanctions pénales et extra-pénales

44. *La notion d'emprisonnement.* La peine d'emprisonnement est l'archétype de la sanction privative de liberté. Il est donc intéressant d'aborder sa définition avant d'étudier celle de la privation de liberté. La lecture croisée des deux définitions permettra ensuite de considérer l'ensemble des mesures privatives de liberté. En premier lieu, il faut noter qu'à la notion unique d'emprisonnement comme peine privative de liberté en droit canadien, correspondent trois notions en droit français. Ce dernier distingue en effet l'emprisonnement, peine correctionnelle³³⁸, de la détention et de la réclusion, peines criminelles³³⁹. Elles sont toutes trois des peines privatives de liberté. L'emprisonnement peut être défini d'un point de vue substantiel comme une « [m]esure spatio-temporelle », qui « consiste à maintenir une personne contre son gré dans un lieu fermé, durant un laps de temps défini »³⁴⁰. Elle est une mesure d'exclusion juridique et de marginalisation sociale³⁴¹. Cette définition donnée à la privation de liberté pénale qu'est l'emprisonnement, et qui convient également en droit français aux réclusion et détention criminelles³⁴², correspond à la description d'autres mesures privatives de liberté, pénales

³³⁸ Art. 131-3 1° C. pén.

³³⁹ Art. 131-1 et 131-2 C. pén.

³⁴⁰ H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 53, par. 367, p. 481.

³⁴¹ *Id.*

³⁴² L'emprisonnement, la réclusion criminelle et détention criminelle « consistent normalement à priver le condamné de sa liberté d'aller et venir en le maintenant dans un établissement pénitentiaire (maison centrale, centre de détention, maison d'arrêt, etc.), sans comporter d'autres atteintes (violences, privation de nourriture, expérimentation, etc.) que celles qui sont inhérentes à l'incarcération et à l'exécution de celle-ci (surveillance, discipline, etc.) » : O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 233, par. 580, p. 326-327.

ou extra-pénales³⁴³, comme la détention administrative³⁴⁴. La définition substantielle de l'emprisonnement doit être confrontée à la définition de la privation de liberté, pour vérifier ensuite leur correspondance à d'autres mesures privatives de libertés en droit français et en droit canadien.

45. La notion de privation de liberté. L'existence, en dehors du droit pénal, de mesures privatives de liberté marque l'émergence de la répression comme notion unifiée transversale aux différentes branches du droit. La démonstration de cette affirmation nécessite de définir la privation de liberté et de vérifier que les droits français et canadien possèdent dans leur arsenal juridique des sanctions qui ont pour objet la privation de liberté. Pour le droit français, deux cadres de références sont à prendre en compte : le droit interne et le droit relatif à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Concernant ce dernier, il faut se référer à l'article 5 de la Convention, qui protège la liberté physique de la personne. La privation de liberté est, sur le fondement de cet article et de son interprétation par la Cour européenne des droits de l'homme, une notion autonome³⁴⁵. Premièrement, la privation de liberté est à distinguer de la restriction de circulation³⁴⁶. Il s'agit essentiellement d'une différence de degré dans l'intensité de la restriction³⁴⁷. Deuxièmement, la privation de liberté concerne tant la détention à la suite d'une condamnation que celle qui suit une arrestation. Dans ce dernier

³⁴³ L'existence de la privation de liberté en dehors du droit pénal s'explique par des considérations historiques. En effet, l'emprisonnement en tant que peine ou châtiment infligé pour punir et réhabiliter un condamné pénal est d'utilisation récente : H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 53, par. 369, p. 482. Sur cette question, voir, de manière générale : Michel FOUCAULT, préc., note 54. En France comme au Canada, la privation de liberté fut longtemps une mesure de sûreté utilisée, soit pour maintenir dans les mains de l'État une personne poursuivie en attente de son procès, soit en tant qu'espace de transition entre la condamnation et l'exécution de la sentence : H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 53, par. 370, p. 482-483, se référant à Jacques LAPLANTE, *Prison et ordre social au Québec*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1989, p. 106. C'est à la fin du XVIII^e siècle que la prison commença à apparaître comme une solution pour remplacer les peines corporelles en ce qu'elle apparaissait plus respectueuse de la personne humaine : H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 53, par. 369-371, p. 482-484. La prison fût ainsi utilisée pour enfermer certains membres de la société considérés comme indésirables, des « marginaux : fous, vagabonds, mendiants, pauvres » : *Id.*, par. 370, p. 482-483. L'existence de formes de privations de liberté autres que la peine est donc, plus qu'une apparition, la survie ou la résurgence d'utilisations anciennes. Voir également Gilles CHANTRAINE, *Encyclopædia Universalis*, v^o « Prison », en ligne : <<http://www.universalis-edu.com>> (consulté le 25 juillet 2018).

³⁴⁴ *Infra*, par. 46 (dr. fr.) et par. 47 (dr. can.).

³⁴⁵ CEDH, *H.L. c. Royaume-Uni*, n^o 45508/99, 5 oct. 2004, par. 90; CEDH, *H.M. c. Suisse*, n^o 39187/98, 26 mai 2005, par. 30 et 48; CEDH, *Creangă c. Roumanie* [GC], n^o 29226/03, 23 fév. 2012, par. 92.

³⁴⁶ La restriction à la circulation est régie par les dispositions de l'article 2 du Protocole n^o 4. Voir les arrêts CEDH, *Creangă c. Roumanie*, préc. note 345, par. 92; *Engel et autres c. Pays-Bas*, n^{os} 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8 juin 1976, par. 58.

³⁴⁷ CEDH, *Guzzardi c. Italie*, n^o 7367/76, 6 nov. 1980, par. 93; *Rantsev c. Chypre et Russie*, n^o 25965/04, 7 janv. 2010, par. 314; CEDH, *Stanev c. Bulgarie* [GC], n^o 36760/06, 17 janv. 2012, par. 115.

cas, il peut s'agir par exemple d'une arrestation ou d'une détention dans le cadre d'une enquête pour infraction ou dans le cadre de la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers sur un territoire national³⁴⁸. Le contexte doit être pris en compte afin de déterminer s'il s'agit d'une privation de liberté au sens de la convention. La privation de liberté comporte un aspect objectif et un aspect subjectif. Objectivement, la personne doit être retenue pendant un laps de temps, éventuellement court, mais non négligeable³⁴⁹. Plusieurs éléments sont alors pris en compte dont la possibilité de quitter le lieu de rétention, l'intensité de la surveillance et du contrôle exercés sur les déplacements de la personne, ou encore sa possibilité d'avoir des contacts avec l'extérieur³⁵⁰. Subjectivement, vont être considérées l'absence de consentement, ou l'absence de validité du consentement donné³⁵¹. Différentes situations sont donc susceptibles de constituer une privation de liberté au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. Le droit français interne distingue quant à lui entre mesure privative de liberté et mesure restrictive de liberté. La mesure privative de liberté supprime entièrement la liberté de mouvement de l'individu afin de « s'assurer physiquement de la personne ». Elle porte atteinte à la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, qui garantit la sûreté personnelle contre l'arbitraire en matière d'arrestation et de détention. En revanche, la restriction de liberté ne vise qu'à entraver la liberté d'aller et venir sans

³⁴⁸ Selon l'article 5 de la CEDH, « Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ; b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour inobservation à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ; c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ; d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ; e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ; f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours ».

³⁴⁹ CEDH, *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, 7 janv. 2010, par. 317 (privation de liberté de deux heures); *Zelčs v. Latva*, n° 65367/16, 20 fév. 2020, par. 40 (pour une détention administrative par la police, d'une durée de moins de deux heures).

³⁵⁰ Quelques exemples de ces analyses concrètes peuvent être trouvés dans les arrêts suivant : CEDH, *Guzzardi c. Italie*, préc., note 347, par. 95; *H.M. c. Suisse*, préc., note 345, par. 45; *H.L. c. Royaume-Uni*, préc., note 345, par. 91; *Storck c. Allemagne*, n° 61603/00, 16 juin 2005, par. 73. Guide sur l'article 5 de la Convention – Droit à la liberté et à la sûreté, Cour européenne des droits de l'homme, mise à jour : 30 avril 2020, par. 11.

³⁵¹ CEDH, *Storck c. Allemagne*, préc., note 350, par. 74; *Stanev c. Bulgarie*, préc., note 347, par. 117.

pour autant priver intégralement la personne de sa liberté de circulation sur le territoire³⁵². La privation de liberté individuelle emporte donc nécessairement une privation totale de la liberté d'aller et venir. En revanche, une restriction de la liberté d'aller et venir n'est pas une privation de la liberté individuelle. La différence entre liberté individuelle et liberté d'aller et venir, qui correspond à la différence entre mesures privatives de liberté et mesures restrictives de liberté³⁵³, est importante pour déterminer certains éléments de régime³⁵⁴. Les privations de liberté au sens du droit français interne et de la Convention européenne sont assez semblables. Qu'en est-il du droit canadien ?

La *Charte canadienne des droits et libertés*³⁵⁵ distingue la protection de la liberté de circulation et d'établissement par son article 6 et la protection de la liberté qui constitue une garantie juridique au titre de l'article 7. L'article 6 (1) protège le droit de tout canadien d'entrer, demeurer et sortir du Canada et l'article 6 (2) permet à tout citoyen canadien ou tout résident permanent de se déplacer dans le pays et d'établir sa résidence dans toute province. La liberté protégée par l'article 7 possède deux volets, dont seul le premier est relatif à l'encadrement de la contrainte physique ou du risque de contrainte physique exercé par l'État³⁵⁶. La protection accordée est large dans la mesure où elle s'applique à tout être humain se situant sur le territoire canadien, y compris donc les personnes étrangères³⁵⁷, contrairement aux dispositions de l'article 6. De plus, elle s'applique aux actes accomplis dans le cadre de l'administration de la justice, incluant les procédures criminelles, mais également diverses autres situations dans lesquelles l'État réalise un

³⁵² La liberté d'aller et venir est protégée sur le fondement des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (Cons. const. 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure*, par. 8) et signifie que tout citoyen ou tout étranger en situation régulière a le droit de circuler sur le territoire français, d'y établir librement sa résidence et de le quitter ainsi que d'y revenir de manière libre, sans demande d'autorisation administrative préalable : Louis FAVOREU, Aurélie DUFFY-MEUNIER, Idris FASSASSI, Patrick GAÏA, Olivier LE BOT, Laurent PECH, Annabelle PENA, André ROUX et Guy SCOFFONI, *Droit des libertés fondamentales*, 8^e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2021, par. 211-213, p. 292-295.

³⁵³ *Id.*, par. 224, 226, 229-231, respectivement p. 185, 186, 188-192.

³⁵⁴ Pour les privations de liberté, l'intervention de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, sera nécessaire *a minima* au stade du contrôle des mesures, ce qui n'est pas le cas pour les mesures restrictives de la liberté d'aller et venir : *Id.*, par. 232, p. 192.

³⁵⁵ *Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 174.

³⁵⁶ Gérald HECKMAN, « Charte canadienne : droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et justice fondamentale », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit public », *Droit constitutionnel*, fasc. 10, Montréal, LexisNexis Canada, à jour du 1^{er} juin 2021, par. 13. Le second volet de l'article 7 protège le droit de chacun de prendre des décisions fondamentales sans intervention de l'État sur les questions relevant de la sphère d'autonomie personnelle. En ce sens, il garantit les choix personnels d'une importance fondamentale comme l'interruption de grossesse, la liberté parentale dans l'éducation des enfants, la décision d'un traitement médical spécifique pour une maladie grave : *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 49 (CSC).

³⁵⁷ *Singh c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] 1 R.C.S. 177, par. 35 et 36 (CSC).

acte visant l'application de la loi³⁵⁸. Il n'y a pas de distinction claire entre privation de liberté et restriction de liberté, mais bien une différence entre la liberté physique protégée par l'article 7 et la liberté de circulation de l'article 6. Les situations de privation de liberté seront donc analysées sous l'angle de l'article 7. En raison du large champ d'application de la disposition, la question de l'existence d'une privation de liberté se pose dès lors que l'emprisonnement est encouru pour une infraction, ou la détention administrative est prévue en matière d'immigration³⁵⁹. En droit canadien, comme en droit français, la privation de liberté n'est ni exclusivement une peine ni une mesure nécessairement pénale. L'étude de la privation de liberté, au regard de l'émergence d'une notion unifiée de répression, ne peut donc pas être limitée aux mesures pénales de privation de liberté.

46. Les mesures privatives de liberté en droit français. Plusieurs mesures privatives de liberté existent en droit français, dans un cadre pénal, mais également dans un cadre administratif. En premier lieu, le droit pénal connaît la privation de liberté à titre de peine ou de mesure de sûreté. La peine privative de liberté se rencontre sous diverses dénominations et formes. Elle est encourue à titre principal, par les personnes physiques en matières criminelle et délictuelle³⁶⁰. Le prononcé d'une peine d'emprisonnement peut faire l'objet d'un sursis³⁶¹. L'enfermement effectif de la personne sera alors la conséquence du non-respect des conditions du sursis. La peine privative de liberté peut aussi prendre la forme d'une détention à domicile sous surveillance électronique³⁶². La privation de liberté peut également résulter de la mauvaise exécution ou de l'inexécution d'une autre peine telle que le jour-amende³⁶³ et différentes autres peines alternatives et peines complémentaires prononcées comme un substitut à l'emprisonnement ou à

³⁵⁸ *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, par. 77 et 78 (CSC).

³⁵⁹ *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 13 (CSC).

³⁶⁰ Art. 131-1 C. pén. pour les crimes. Le Code pénal distingue la réclusion criminelle pour les infractions de droit commun, et la détention criminelle, pour les infractions politiques. Art. 131-3 al. 1 1^o C. pén. pour les délits. La peine privative de liberté correctionnelle est dénommée emprisonnement.

³⁶¹ Le sursis simple, prévu à l'article 132-29 et suiv. C. pén., et le sursis probatoire, article 132-40 et suiv. C. pén., ne sont pas considérés comme des peines à part entière mais comme des modes de personnalisation de la peine (article 132-24 C. pén.). C'est également le cas pour les aménagements permettant l'exécution de la peine d'emprisonnement en milieu ouvert : article 131-3 du C. pén. et articles 132-24 à 132-28 C. pén. Dans ces différents cas, la privation de liberté existe davantage sous forme de risque ou de menace qui peut se concrétiser dans un second temps, le premier temps de la sanction étant plutôt caractérisé par une restriction de libertés.

³⁶² Art. 131-3, al. 1 2^o et art. 131-4-1 C. pén.

³⁶³ Art. 131-25 al. 2 C. pén. Le texte parle alors « d'incarcération » et de « détention », soumise « au régime des peines d'emprisonnement ». Dans sa version en vigueur avant la réforme opérée par la loi n^o 2019-222 du 23 mars 2019, l'article 131-4-1 alinéa 7 C. pén. prévoyait la peine de contrainte pénale pour laquelle la juridiction qui la prononçait fixait la « durée maximale de l'emprisonnement encouru par le condamné en cas d'inobservation des obligations et interdictions auxquelles il est astreint ».

l'amende³⁶⁴. Enfin, il existe une mesure de contrainte judiciaire qui permet l'emprisonnement d'une personne qui refuserait volontairement d'exécuter une condamnation à une peine d'amende criminelle ou correctionnelle pour un délit puni d'une peine d'emprisonnement, ou en cas d'inexécution volontaire d'une condamnation à une amende fiscale ou douanière³⁶⁵. Une autre mesure privative de liberté, non qualifiée de peine ou de sanction, existe dans l'arsenal pénal. La « rétention de sûreté » est ainsi prévue pour les personnes dont « il est établi, à l'issue d'un réexamen de leur situation intervenant à la fin de l'exécution de leur peine, qu'elles présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité »³⁶⁶. Sur le plan substantiel, son prononcé entraîne le placement de la personne intéressée en centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure lui est proposée de façon permanente³⁶⁷. Il s'agit donc bien d'une privation de liberté³⁶⁸, similaire à l'emprisonnement, dont l'originalité est d'intervenir après l'exécution de la peine elle-même privative de liberté. À titre de mesures de sûreté, il existe également des privations de liberté avant jugement comme la garde à vue³⁶⁹ et la détention provisoire³⁷⁰, ou après jugement pour les personnes déclarées pénalement irresponsables pour cause de trouble mental. Elles peuvent être admises en soins psychiatriques « sous la forme d'une hospitalisation complète »³⁷¹.

En raison de l'article 66 de la Constitution et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel³⁷², il ne peut pas en principe exister d'autres sanctions punitives ayant pour objet la privation de liberté de la personne, du moins dès lors qu'elle ne serait pas prononcée par l'autorité judiciaire, seule gardienne des libertés. La sanction privative de liberté serait ainsi réservée au seul droit pénal. Par exemple, le droit civil ne connaît pas de mesure privative de liberté. Il faut néanmoins souligner le caractère relatif du principe.

³⁶⁴ Art. 131-9 al. 2 et 131-11 al. 2 C. pén.

³⁶⁵ Art. 749 C. pr. pén.

³⁶⁶ Art. 706-53-13 al. 1 C. pr. pén.

³⁶⁷ Art. 706-53-13 al. 4 C. pr. pén.

³⁶⁸ Art. 5 Conv. EDH; L. FAVOREU et al., préc., note 352, par. 179, p. 227-231.

³⁶⁹ Art. 62-2 et suiv. C. pr. pén.

³⁷⁰ Art. 143-1 à 148-8 C. pr. pén.

³⁷¹ Art. 706-135 C. pr. pén. Il est notable que l'hospitalisation sans consentement d'une personne souffrant de troubles mentaux est également possible dans certaines circonstances en dehors de tout processus judiciaire relatif à la commission d'une infraction. Cette possibilité est régie par le Code de la santé publique aux articles L. 3212-1 à L. 3212-12 pour une admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent et aux articles L. 3213-1 à L. 3213-11 pour une demande formée par le représentant de l'État.

³⁷² Cons. const. 28 juill. 1989, préc., note 337.

Il existe en effet un domaine dans lequel la sanction privative de liberté s'est développée : en droit des étrangers, la rétention administrative permet de retenir par décision préfectorale une personne qui demeure irrégulièrement sur le territoire français, dans l'attente de son expulsion³⁷³. Le maintien en zone d'attente des étrangers à leur arrivée sur le territoire français³⁷⁴ est également une mesure privative de liberté, même si ceux-ci sont libres de quitter la zone d'attente pour quitter le territoire français³⁷⁵. En outre, le droit carcéral connaît la mise en cellule disciplinaire à titre de sanction disciplinaire³⁷⁶. S'il s'agit d'un contexte spécifique où la personne est déjà privée de sa liberté en étant écartée de la société, elle connaît alors un surcroît de privation de liberté, cette fois-ci à l'intérieur de l'établissement carcéral³⁷⁷.

Ainsi, en droit français, la privation de liberté n'est pas un objet privilégié des peines. Symbole de répression, son existence et son expansion en dehors du droit pénal sont des éléments qui témoignent de l'émergence d'une notion unifiée de répression. Le droit canadien est également en ce sens.

47. Les mesures privatives de liberté en droit canadien. En droit canadien, la privation de liberté existe dans différentes branches du droit. Le droit criminel lui-même connaît plusieurs formes de privation de liberté. L'emprisonnement, en premier lieu, peut

³⁷³ Art. L. 741-1 et s. CESEDA. Il s'agit bien ici d'une sanction dans la mesure où ce texte est mis en œuvre à la suite d'une violation de la loi constituée par un séjour irrégulier sur le territoire français.

³⁷⁴ Art. L. 341-1 CESEDA.

³⁷⁵ Le Conseil constitutionnel a en effet considéré que « le maintien d'un étranger en zone de transit, en raison de l'effet conjugué du degré de contrainte qu'il revêt et de sa durée, a néanmoins pour conséquence d'affecter la liberté individuelle de la personne qui en fait l'objet au sens de l'article 66 de la Constitution; que si la compétence pour décider du maintien peut être confiée par la loi à l'autorité administrative, le législateur doit prévoir, selon des modalités appropriées, l'intervention de l'autorité judiciaire pour que celle-ci exerce la responsabilité et le pouvoir de contrôle qui lui reviennent » : Cons. const. 25 fév. 1992, n° 92-307 DC, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, JO 12 mars 1992, p. 3003, par. 15.

³⁷⁶ La mise en cellule disciplinaire peut être prononcée contre tout détenu majeur pour n'importe quelle faute disciplinaire : art. R. 233-1 8° C. pénitentiaire.

³⁷⁷ A cet égard, l'analyse de l'atteinte au droit à la liberté par la Cour européenne des droits de l'homme dans un contexte carcéral est plus stricte. En effet, elle reconnaît que des mesures disciplinaires, formelles ou informelles, peuvent constituer une atteinte « dans des circonstances exceptionnelles ». Cette atteinte n'est pas caractérisée pour les mesures « qui ont des effets sur les conditions de détention à l'intérieur de la prison », qui, prises « dans des circonstances normales », sont « des modifications des conditions de la détention légale ». Elles n'intègrent pas le champ d'application de l'article 5 § 1 de la Convention. Ainsi, compte tenu « du type, de la durée et du mode d'application de la mesure », l'isolement de moins de deux heures d'une personne dans sa cellule à titre de mesure disciplinaire informelle, a été qualifié de « modification des conditions habituelles » de la détention, dont la nature et l'intensité ne permettent pas de caractériser une privation de liberté : CEDH, *Bollan c. Royaume-Uni* (déc.), n° 42117/98, 4 mai 2000, par. 3. Dans d'autres circonstances liées à un contexte médical, le placement d'une personne en cellule d'isolement durant 11 jours impliquant une privation de tout contact social, après qu'elle a fui l'hôpital dans lequel elle était internée en unité psychiatrique pour une période illimitée, s'analyse en une privation de liberté au sens de l'article 5 : CEDH, *Schneider c. Suisse* (déc.), n° 63062/00, 31 mars 2005.

être encouru tant pour les actes criminels que pour les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, c'est-à-dire n'importe quelle infraction du *Code criminel* qui le prévoit. C'est une peine très courante dans le *Code criminel*. Elle est considérée comme la peine la plus sévère³⁷⁸. Vient ensuite l'emprisonnement avec sursis, qui a la particularité d'être purgé dans la communauté ou la « collectivité »³⁷⁹. Il s'accompagne de conditions, dont certaines sont obligatoires et d'autres facultatives³⁸⁰. Le manquement à l'une des conditions de l'ordonnance de sursis pourrait conduire le condamné à effectuer le reste de sa peine en incarcération³⁸¹. Le bris d'ordonnance ne constitue pas une nouvelle infraction. Lorsque les conditions sont respectées, l'emprisonnement avec sursis apparaît davantage comme une restriction de liberté. Néanmoins, la possibilité d'une incarcération à la suite d'un bris de l'ordonnance de sursis permet de la considérer comme une peine éventuellement privative de liberté³⁸². L'amende et la probation constituent également des risques de privation de liberté. L'amende correspond à une « peine pécuniaire ou autre somme d'argent, à l'exclusion du dédommagement »³⁸³. Elle a pour objet de priver le condamné d'une part de son patrimoine. Elle n'a donc pas en principe pour objet de priver le condamné de sa liberté. Mais l'absence de paiement de l'amende peut le conduire à l'emprisonnement lorsque ce défaut résulte, non pas de son incapacité réelle de payer, mais d'un refus sans excuse raisonnable³⁸⁴. Dans le cas d'une peine de probation³⁸⁵, le manquement sans excuse raisonnable aux conditions de l'ordonnance de probation est un bris de probation qui caractérise une nouvelle infraction, pour laquelle l'emprisonnement est encouru³⁸⁶. Dans cette situation, même s'il n'est pas question de faire exécuter la peine initialement

³⁷⁸ H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 53, par. 336.

³⁷⁹ Art. 742.1 C.cr.

³⁸⁰ Art. 742.3 (1) et (2) C.cr.

³⁸¹ Art. 742.6 (9) C.cr.

³⁸² Le droit à la liberté, au regard de l'article 7, est engagé dès lors que l'État soumet l'individu à une contrainte physique ou l'expose à un risque d'une contrainte physique : G. HECKMAN, préc., note 356, par. 14.

³⁸³ Art. 716 C.cr. Son existence et son régime sont exposées aux articles 734 à 737 du *Code criminel*.

³⁸⁴ Art. 734 (4) et 734.7 (1) C.cr. R. c. *Wu*, [2003] 3 R.C.S. 530 (CSC), par. 3.

³⁸⁵ Art. 731 à 733.1 C.cr. La nature de cette sanction est incertaine. Lorsqu'elle est prononcée seule, la loi parle de sursis du prononcé de la peine avec ordonnance de probation (art. 731 C.cr), comme si la probation n'était pas une peine en elle-même. Certains auteurs précisent toutefois que le sursis avec probation constitue effectivement une peine dans la mesure où il suppose un verdict de culpabilité et que la condamnation est inscrite au casier judiciaire : A. STYLIOS, préc., note 328, par. 26. L'auteur se réfère à Hélène DUMONT, *Pénologie : le droit canadien relatif aux peines et aux sentences*, Montréal, Thémis, 1993, p. 400.

³⁸⁶ Art. 733.1 (1) C.cr.

prévue³⁸⁷, l'ordonnance de probation constitue bien une peine attentatoire à la liberté au sens de l'article 7 de la Charte canadienne³⁸⁸, en faisant courir un risque de contrainte physique. En dehors des peines, le droit criminel organise une forme de privation de liberté dans le cadre du « verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux »³⁸⁹. À la suite de ce verdict, le tribunal ou la commission d'examen compétente rend une décision concernant la liberté de la personne non responsable et peut, lorsque la sécurité du public et l'état mental de l'accusé le justifient, prendre une décision de détention dans un hôpital³⁹⁰. En outre, la procédure pénale autorise la privation de liberté après arrestation et avant procès en raison de différents motifs d'intérêt public³⁹¹. La privation de liberté peut également être caractérisée par une détention policière. Il s'agit d'une situation dans laquelle une personne se sentirait obligée, au regard de l'attitude d'un policier, de rester à sa disposition et de répondre à ses questions sans pourtant en avoir l'obligation légale³⁹². La détention est ainsi substantiellement caractérisée, en raison de la contrainte physique ou psychologique subie, afin que la personne bénéficie des droits et libertés attachés à une détention formelle³⁹³. La détention dans un hôpital à la suite d'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux et la détention en matière de procédure sont des privations de liberté prises dans un contexte pénal à titre de mesures de sûreté. Ce ne sont pas des peines, mais leur objet est identique. La privation de liberté existe aussi en dehors du droit criminel.

Aucune règle de droit positif n'interdit qu'une sanction privative de liberté soit prévue en dehors du droit criminel. L'emprisonnement est une punition que peut infliger le législateur provincial « dans le but de faire exécuter toute loi de la province » pour les matières qui ne tombent pas dans celles qui relèvent du pouvoir exclusif du Parlement fédéral³⁹⁴. Plus spécifiquement, en droit pénal provincial québécois, l'emprisonnement est de l'ordre de l'exception dans l'éventail des sanctions pénales. Le *Code de procédure pénale* prévoit que « sauf disposition contraire du présent code et sauf le cas d'outrage au

³⁸⁷ Néanmoins, l'ordonnance de probation peut, dans certaines circonstances, être révoquée. Dans ce cas, le condamné en bris de probation pourra se voir imposer une peine qui aurait pu lui être infligée pour l'infraction initialement commise, si la peine n'avait pas été suspendue par la probation : art. 732.2 C.cr.

³⁸⁸ G. HECKMAN, préc., note 356, par. 15.

³⁸⁹ Art. 672. 34 C.cr.

³⁹⁰ Art. 672. 54 c) C.cr. La personne peut être également détenue à l'hôpital durant la procédure de détermination de son aptitude à subir son procès : art. 672. 49 (1) C.cr.

³⁹¹ Art. 498 (1.1) C.cr. pour la détention décidée par un agent de la paix à la suite de l'arrestation et art. 515 (5) C.cr. pour la détention décidée par voie judiciaire.

³⁹² R. c. Grant, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 33 à 44.

³⁹³ Id., par. 39.

³⁹⁴ Art. 92.15 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 108.

tribunal, aucune peine d'emprisonnement ne peut être prescrite pour sanctionner les infractions aux lois du Québec »³⁹⁵. Un exemple de recours à cette peine peut être trouvé dans la *Loi sur les valeurs mobilières*³⁹⁶. En outre, le *Code de procédure civile* québécois prévoit que l'emprisonnement peut être prononcé à l'encontre de l'auteur d'un outrage au tribunal civil³⁹⁷. C'est une mesure de nature pénale qui sanctionne le manquement à une disposition civile³⁹⁸. En matière administrative, la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* prévoit la possibilité de la détention aux fins d'immigration des résidents permanents et des étrangers pour plusieurs motifs³⁹⁹. Cette « détention » est une privation de liberté⁴⁰⁰ semblable à l'emprisonnement. Sa dénomination semble être distincte car celle-ci ne sanctionne pas la commission d'une infraction criminelle ou pénale. Cependant, l'intrusion de mécanismes pénaux dans des mécanismes administratifs, que constituent *a priori* les questions d'immigration, brouille les frontières entre droit pénal et droit administratif⁴⁰¹ et concourt à l'émergence d'une notion commune et unifiée de

³⁹⁵ Le *Code de procédure pénale* est d'ailleurs très exigeant quant aux formalités pour admettre la validité d'une telle peine. Ainsi, un texte qui prévoirait une peine d'emprisonnement serait sans effet, « à moins qu'elle n'énonce être applicable malgré le présent article » (art. 231 du *Code de procédure pénale*). Le législateur québécois encadre donc le recours à l'emprisonnement comme peine abstraitement encourue en amont mais aussi en aval comme peine concrètement prononcée en prévoyant que « le juge qui impose une peine d'emprisonnement doit motiver par écrit la déclaration de culpabilité ainsi que la peine, sauf dans le cas prévu à l'article 237 » (art. 238 du *Code de procédure pénale*). Le principe de justice fondamentale selon lequel on ne peut pas punir un innocent constitue dans tous les cas une limite à la mise en œuvre d'une peine d'emprisonnement. L'irrespect d'une règle de droit ne peut pas être sanctionné par une peine d'emprisonnement sans que ne soit accordée la possibilité pour l'accusé de faire la démonstration de sa diligence raisonnable : *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* (C.-B.), [1985] 2 R.C.S. 486 et *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154. Dès lors que l'emprisonnement est encouru, une faute minimale de négligence simple doit pouvoir être reprochée au défendeur. Peu importe qu'elle soit à prouver ou qu'elle soit présumée.

³⁹⁶ *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ, c. V-1.1 [ci-après L.v.m.]. L'article 208.1. de la L.v.m. prévoit que « quiconque procède à un placement en contravention de l'article 11 ou contrevient à l'un des articles 187 à 191.1, 195.2, 196, 197, 205, 207 et 208 est passible, sans égard à l'amende prévue à la disposition pénale applicable, d'un emprisonnement d'au plus cinq ans moins un jour, malgré les articles 231 et 348 du Code de procédure pénale (chapitre C-25.1) ».

³⁹⁷ Art. 62 al. 2 C. p. c. Cette sanction est possible, en plus de la peine imposée, lorsque la personne refuse d'obtempérer à l'ordonnance ou à l'injonction.

³⁹⁸ *Cinar Corporation c. Weinberg*, 2008 QCCS 6023, par. 36, 37, 39 et 41.

³⁹⁹ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, art. 55. Elle peut en outre résulter de doutes sur l'identité de la personne, de l'existence de risques qu'elle ne se présente pas aux procédures d'immigration, ou d'un risque que représente la personne pour la sécurité publique.

⁴⁰⁰ Dans le cadre de ses *Principes directeurs relatifs aux critères et aux normes applicables à la détention des demandeurs d'asile et alternatives à la détention*, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés définit la détention comme « la privation de liberté ou le confinement dans un lieu fermé qu'un demandeur d'asile n'est pas libre de quitter, y compris - mais pas seulement - les prisons ou les centres de détention, d'accueil fermé, de rétention et les établissements construits à cet effet » (par. 5, en ligne : <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/50348953b8.html>>).

⁴⁰¹ Delphine NAKACHE, « Détention des demandeurs d'asile au Canada : des logiques pénales et administratives convergentes », (2013) 46-1 *Criminologie* 83. L'auteure parle ainsi de la détention comme élément de « criminalisation » des demandeurs d'asile au Canada, p. 86. Pour une approche différente des questions soulevées par les dispositions de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*

répression. Enfin, la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous conditions*⁴⁰² prévoyait, jusqu'en 2019, la peine d'isolement à titre de sanction disciplinaire à l'encontre d'un détenu ayant été déclaré coupable d'une infraction disciplinaire⁴⁰³.

48. *Similitude substantielle des sanctions extra-patrimoniales pénales et extra-pénales.* Les droits français et canadien connaissent différentes mesures privatives de liberté dont les dénominations variées au sein de chaque système ne cachent pas la similitude substantielle. Les différentes mesures sont de plus assez semblables d'un système juridique à l'autre. Par son existence transversale, la privation de liberté participe à la convergence substantielle des sanctions pénales et extra-pénales, élément de l'émergence d'une notion unifiée de répression qui dépasse le cadre pénal *stricto sensu*.

Outre la privation de liberté, d'autres formes de mesures portant atteinte aux intérêts extra-patrimoniaux d'une personne participent à la convergence des sanctions pénales et extra-pénales en raison de leurs objets.

b. Les autres objets extra-patrimoniaux communs aux sanctions patrimoniales et extra-patrimoniales

49. *La grande variété des sanctions extra-patrimoniales non privatives de liberté.* Il existe différentes sanctions extra-patrimoniales non privatives de liberté, en droit pénal et dans d'autres branches du droit. L'existence transversale de sanctions restrictives de liberté, privatives ou restrictives de droits, des obligations de faire ou des mesures d'atteinte à l'honneur ou la réputation d'une personne dans les législations françaises et canadiennes, est un élément de convergence des sanctions pénales et extra-pénales, qui participe à l'émergence d'une notion unifiée de répression.

50. *Le droit français et les restrictions à la liberté d'aller et venir*⁴⁰⁴. Les restrictions à la liberté d'aller et venir en droit français existent tant en droit pénal, qu'en droit administratif et civil. En revanche, elles ne sont pas toutes des sanctions. En droit pénal français, plusieurs peines restreignent la liberté d'aller et venir du condamné en lui

⁴⁰² L. C. 1992, c. 20.

⁴⁰³ Le sous-paragraphe 44 (1) f) qui prévoyait cette sanction a été abrogé par l'article 11 de la *Loi modifiant la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous conditions et une autre loi*, L.C. 2019, c. 27.

⁴⁰⁴ Sur la notion : *supra*, par. 45 et suiv.

interdisant l'accès à certains lieux. Premièrement, l'interdiction du territoire français condamne l'infacteur à demeurer hors du territoire national⁴⁰⁵. À l'opposé, le condamné peut être contraint de ne pas quitter le territoire national⁴⁰⁶. Enfin, peut être prononcée contre lui une « interdiction de séjour » lui défendant de paraître dans certains lieux précisés par la juridiction de jugement⁴⁰⁷. Existe également l'interdiction de paraître dans certains lieux ou catégories de lieux que la juridiction précise, parce que l'infraction y a été commise⁴⁰⁸. Des mesures restrictives à la liberté d'aller et venir peuvent aussi être prises dans d'autres matières.

Les restrictions à la liberté d'aller et venir en droit administratif français existent de façon très classique comme un moyen à disposition de la police administrative pour protéger l'ordre public⁴⁰⁹. Dans ce cadre, son utilisation est limitée à la prévention des atteintes à la sécurité nationale et des personnes ou à la prévention des infractions⁴¹⁰. Elle ne peut pas être utilisée à titre de réaction, contre un comportement qui peut être par ailleurs pénalement sanctionné. La Cour de cassation avait ainsi jugé qu'il n'était pas possible de retirer un passeport ou de refuser de le renouveler au motif que le demandeur était un contribuable en situation fiscale irrégulière⁴¹¹. Constituent en revanche des mesures restrictives de liberté pour des motifs valables l'instauration par arrêté de police d'un couvre-feu pour les mineurs, lorsque le contexte local le justifie⁴¹². Les restrictions à la liberté d'aller et venir sont donc possibles en droit administratif, mais elles ne peuvent pas être utilisées à titre de sanction. Sur ce point, la *Loi renforçant la sécurité intérieure*

⁴⁰⁵ Art. 131-30 à 131-30-2 C. pén.

⁴⁰⁶ L'interdiction de se rendre à l'étranger est par exemple prévue aux articles 221-11-1, 222-47 al. 2, 225-20 I 6°, 227-25 4° et 324-7 11° C. pén.

⁴⁰⁷ Art. 131-31 et 131-32 C. pén. Cette peine est accompagnée de mesures d'assistance et de surveillance.

⁴⁰⁸ Art. 131-6 12° C. pén. Cette peine est classée par le Code pénal dans les peines privatives ou restrictives de droits. Une mesure au contenu similaire existe également dans le cadre de la composition pénale : art. 41-2 al. 1^{er} 9°.

⁴⁰⁹ Article L 2212-2 du Code général des collectivités territoriales (ci-après CGCT).

⁴¹⁰ Par exemple, le ministre de l'intérieur (article 332-16-1 du Code du sport) ou le représentant de l'État dans un département (article 332-16-2) peuvent, par arrêté, « interdire le déplacement individuel ou collectif de personnes se prévalant de la qualité de supporter d'une équipe ou se comportant comme tel sur les lieux d'une manifestation sportive et dont la présence est susceptible d'occasionner des troubles graves pour l'ordre public ».

⁴¹¹ Civ. 28 nov. 1984, concl. SADON, RFDA 1985.762. Également, le refus de délivrance d'un passeport ou d'une carte d'identité à une personne de nationalité française porte atteinte à la liberté d'aller et venir lorsqu'elle n'est pas motivée par la sauvegarde de l'ordre public et du respect des décisions prises par l'autorité judiciaire : Cons. d'Ét., 26 avril 2005, *M. Said M'Lamali*, n° 279842. M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, préc., note 1, p. 79.

⁴¹² Cons. d'Ét., ord., 9 juill. 2001, *Préfet du Loiret*, n° 235638; ord., 27 juill. 2001, *Ville d'Etampes*, n° 03PA03824.

*et la lutte contre le terrorisme*⁴¹³ a contribué à brouiller les frontières entre droit pénal et droit administratif. En premier lieu, cette loi crée un nouveau cas de restriction de la liberté d'aller et venir. Elle donne au préfet la compétence pour mettre en place des périmètres de protection dans des lieux ou pour des événements soumis au risque de la réalisation d'actes terroristes⁴¹⁴. Elle permet de réglementer l'accès et la circulation des personnes sur ces lieux. Ce cas est particulier au regard de son contexte précis, mais classique quant à sa fonction de prévention des atteintes à l'ordre public. Mais la loi va plus loin en octroyant au ministre de l'Intérieur la compétence pour décider de mesures de surveillance à l'égard de toute personne contre qui « il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre public et qui soit entre en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, soit soutient, diffuse, lorsque cette diffusion s'accompagne d'une manifestation d'adhésion à l'idéologie exprimée, ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes »⁴¹⁵. Dans le cadre de ces mesures, la personne ne doit pas se déplacer au-delà d'un périmètre géographique déterminé⁴¹⁶. Il s'agit d'une mesure personnelle de restriction à la liberté d'aller et venir, décidée au titre de soupçons concernant un comportement dangereux potentiellement contraire à la loi, imposée en dehors d'une enquête pénale. Elle peut en outre être contrôlée par la mise en place d'un dispositif de surveillance électronique mobile⁴¹⁷. La liberté d'aller et venir d'une personne visée à l'article L. 228-1 du Code de la sécurité intérieure peut également être contrainte par une obligation de ne pas paraître dans un lieu déterminé⁴¹⁸. Ce texte vise des cas pour lesquels la réalisation d'une infraction, encore incertaine, cherche à être évitée. Les mesures relèveraient donc bien du domaine de la prévention administrative⁴¹⁹. Pourtant, sont mises en place des mesures qui ressemblent sur le fond aux peines restrictives de la liberté d'aller et venir. L'étude de cette mesure se justifie donc dans le cadre du constat de l'émergence d'une répression unitaire, pénale et extra-pénale. Enfin,

⁴¹³ *Loi n° 2017-1510 du 30 oct. 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, J.O. n° 0255 du 31 oct. 2017, texte n°1. Les dispositions des chapitres VI à X du titre II du livre II du Code de la sécurité intérieure sont applicables jusqu'au 31 décembre 2020, selon l'article 5 II de la loi.

⁴¹⁴ *Id.*, art. 1 I créant l'article L 226-1 du Code de la sécurité intérieure.

⁴¹⁵ *Id.*, art. 3, créant l'article L. 228-1 du Code de la sécurité intérieure.

⁴¹⁶ *Id.*, art. 228-2 al. 1 1° C. séc. int.

⁴¹⁷ Art. L. 228-3 al. 1 C. séc. int.

⁴¹⁸ Art. L. 228-4 al. 1 3° C. séc. int.

⁴¹⁹ L'article 228-1 du Code de la sécurité intérieure précise à ce titre que les mesures ne sont prises qu'aux « seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme ».

il est intéressant de noter que le droit civil permet également le prononcé de mesures de restriction similaires dans le cadre de l'ordonnance de protection des victimes de violence, délivrée par le juge aux affaires familiales. Dans le cadre de cette ordonnance, lorsque le juge interdit à la partie défenderesse de recevoir, rencontrer ou entrer en relation avec la partie demanderesse, il peut l'accompagner d'une interdiction de s'approcher à moins d'une certaine distance et ordonner, avec le consentement des deux parties, le port d'un dispositif électronique mobile anti-rapprochement⁴²⁰. Le juge peut aussi interdire à la partie défenderesse de se rendre dans certains lieux spécialement désignés dans lesquels se trouve habituellement la partie demanderesse⁴²¹. Ces mesures civiles sont analogues à celles qui peuvent être imposées dans le cadre du régime de la probation à raison d'une condamnation pénale⁴²². Il existe également en droit canadien différentes mesures restrictives de cette liberté.

51. *Le droit canadien et les restrictions à la liberté d'aller et venir.* Les entraves à la liberté d'aller et venir peuvent être constituées, d'une part, par la restriction à la liberté d'entrer sur le territoire canadien, d'y demeurer ou d'y sortir⁴²³ et d'autre part, par la restriction à la liberté de se déplacer sur le territoire canadien et d'établir sa résidence dans toute province, ainsi qu'au droit de gagner sa vie dans toute province⁴²⁴. La liberté de se déplacer peut être plus modestement atteinte par la délimitation d'un périmètre à l'intérieur ou à l'extérieur duquel il est interdit d'être, sans que le passage par les frontières du Canada ou des Provinces soit en cause. En droit criminel canadien, l'emprisonnement avec sursis et la probation peuvent constituer des peines restrictives de la liberté d'aller et venir. La peine d'emprisonnement avec sursis⁴²⁵ entraîne pour le condamné l'obligation de demeurer dans le ressort du tribunal qui a prononcé la condamnation, « sauf permission écrite d'en sortir donnée par le tribunal ou par l'agent de surveillance »⁴²⁶. En outre, la Cour suprême a jugé que l'ordonnance de sursis devait être en principe assortie de conditions punitives telles que le maintien à domicile du

⁴²⁰ Art. 515-11-1 C. civ., créé par la *Loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille*, J.O. 29 déc. 2019, texte n° 2 et modifié par la *Loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales*, J.O. 31 juill. 2020, texte n° 2.

⁴²¹ Art. 515-11 1° bis C. civ., créé par la loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019, préc. note 420 et modifié par la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020, préc. note 420.

⁴²² Art. 132-45 18° bis et 132-45-1 C. pén.

⁴²³ Art. 6 (1) de la Charte canadienne.

⁴²⁴ Respectivement, art. 6 (2) a) et 6 (2) b) de la Charte canadienne.

⁴²⁵ Art. 742.1 C.cr.

⁴²⁶ Art. 742.3 (1) d) C.cr. C'est une condition obligatoire du sursis.

condamné ou l'imposition de couvre-feux⁴²⁷. L'obligation de rester dans le ressort du tribunal peut être imposée dans une ordonnance de probation au titre des conditions facultatives⁴²⁸. Le *Code criminel* permet également d'imposer à un individu un « engagement de ne pas troubler l'ordre public », lorsque l'on peut craindre de cette personne la réalisation de certaines infractions⁴²⁹. Cet engagement peut être restrictif de la liberté d'aller et venir de l'individu, si le juge ou la juridiction compétente l'estime souhaitable dans les circonstances⁴³⁰. L'originalité de ce dispositif est qu'il ne sanctionne pas la réalisation d'une infraction, mais encadre de façon préventive le comportement d'une personne jugée menaçante. Des mesures pénales procédurales entravant la liberté d'aller et venir existent également comme conditions de la mise en liberté d'une personne après arrestation et avant procès. Elles ressemblent de près aux conditions qui peuvent être imposées dans une ordonnance de sursis ou de probation. Par exemple, on y trouve l'obligation de demeurer dans le ressort de la juridiction précisée, de s'abstenir d'aller dans un lieu ou de pénétrer dans tout secteur géographique précisé⁴³¹. D'autres restrictions à la liberté d'aller et venir existent en droit administratif.

Le droit administratif organise également le recours à des mesures de restriction à la liberté d'aller et venir. Par exemple, le refus de délivrance de passeport décidé par le ministre des Affaires étrangères⁴³², ou la révocation d'un passeport par Passeport Canada (l'organisme de service spécial du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international)⁴³³, ou la suspension d'un passeport demandée par Revenu Québec au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration⁴³⁴, font partie des mesures qui restreignent la liberté au titre de l'article 6 (1) de la Charte canadienne. Lorsque le refus de délivrance

⁴²⁷ *R. c. Proulx*, préc., note 302, par. 36. Un couvre-feu peut également être imposé dans le cadre d'une ordonnance de probation en vertu de la clause résiduelle : *R. c. Shoker*, [2006] 2 R.C.S. 399 (CSC).

⁴²⁸ Art. 732.1 (3) b) C.cr.

⁴²⁹ Par ex., art. 810 (1) C.cr. (pour la crainte de blessures, de dommages ou de la réalisation de l'infraction visée à l'article 162.1 C.cr.), art. 810.01 (1) (pour la crainte de la commission d'une infraction prévue à l'article 423.1 C.cr. ou une infraction d'organisation criminelle), art. 810.011 (1) C.cr. (pour la crainte de la commission d'une infraction terroriste).

⁴³⁰ Par ex. art. 810 (3.2) a), art. 810.01 (4.1) c) et d) et art. 810.011 (6) c) C.cr.

⁴³¹ Voir les articles 501 (3) respectivement b), e), g) du *Code criminel* et article 515 (4) respectivement b) et e) du *Code criminel*.

⁴³² *Kamel c. Canada (Procureur général)*, [2013] A.C.F. 402 (Cour fédérale du Canada). Le ministre des affaires étrangères a refusé de délivrer le passeport à la suite de la recommandation de la Direction générale de la sécurité de Passeport Canada, relativement au motif de protection de la sécurité nationale car Monsieur Kamel avait été condamné en France pour des crimes reliés au terrorisme, incluant la falsification de passeports.

⁴³³ *Okhionkpanmwonyi c. Canada (Procureur général)*, [2011] A.C.F. 1389 (C.F.), par. 6; *Kamel c. Canada (Procureur général)*, [2009] 4 R.C.F. 449, par. 15-18, (C.A.F.).

⁴³⁴ *Deblois c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 971, par. 12. Cette demande est fondée sur l'article 67 de la *Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales*, L.R.C. 1985, c. 4, afin de forcer un débiteur à respecter ses obligations familiales.

du passeport est pris en tenant compte du passé pénal de l'individu concerné dans l'objectif de prévenir d'éventuelles infractions, la mesure n'est pas considérée comme une peine⁴³⁵. Cette situation illustre la distinction qui existe, tant en droit français qu'en droit canadien, entre les mesures prises à titre préventif et les mesures prises à titre punitif, ces dernières étant plus volontiers qualifiées de sanctions ou de peines⁴³⁶. Pourtant, l'objet de ces mesures est proche, voire identique.

En droit canadien et français, l'absence de spécificité substantielle des peines peut être constatée concernant les mesures restrictives de la liberté d'aller et venir (ou liberté de circulation). Même si ces mesures ne sont pas toutes des sanctions, elles contribuent toutes ensemble, par leur convergence d'objet, à la réflexion sur l'émergence d'une notion unifiée de répression, dont il faudra déterminer les bornes⁴³⁷. L'émergence d'une notion unifiée de répression est également alimentée par la convergence des sanctions pénales et extra-pénales privatives et restrictives de droits.

52. *Les sanctions privatives et restrictives de droits en droit français.* En droit français des mesures privatives et restrictives de droits semblables existent dans différentes matières. En droit pénal, plusieurs catégories de peines peuvent être qualifiées comme telles. On les retrouve sous différentes dénominations : peines privatives ou restrictives de droits⁴³⁸, peines privatives ou restrictives de libertés⁴³⁹, peines « emportant interdiction, déchéance, incapacité ou retrait d'un droit »⁴⁴⁰. Ces dernières comprennent notamment l'interdiction des droits civiques, civils et de famille. Elles peuvent, par exemple, conduire le condamné à être privé de son droit de vote ou d'éligibilité⁴⁴¹, emportant interdiction ou incapacité d'exercer une fonction publique⁴⁴². Pour les catégories des peines privatives ou restrictives de droits ou de libertés, de nombreuses

⁴³⁵ *Kamel c. Canada (Procureur général)*, [2013] A.C.F. 402 (C.F.), par. 45.

⁴³⁶ Une autre illustration de cette situation peut être trouvée dans la mesure d'expulsion peut être prise par le représentant du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration sur le fondement de l'article 44 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, à l'encontre d'un étranger considéré comme interdit du territoire par un agent de l'immigration pour différents motifs que sont la sécurité, l'atteinte aux droits humains ou internationaux, la criminalité et la grande criminalité, les activités de criminalité organisée, les motifs sanitaires et les motifs financiers Respectivement les articles 34, 35, 36, 37, 38 et 39 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (L.C. 2001, ch. 27).

⁴³⁷ *Infra*, Partie 2.

⁴³⁸ Art. 131-3 7° C. pén. comme peines principales alternatives pour les personnes physiques en matière correctionnelle et art. 131-42 C. pén. comme peines principales alternatives pour les personnes morales pour les contraventions de 5^e classe.

⁴³⁹ Art. 131-6 C. pén. auquel l'article 131-3 7° C. pén. renvoie.

⁴⁴⁰ Art. 131-10 C. pén. Ce sont des peines complémentaires en matière criminelle et délictuelle.

⁴⁴¹ Art. 131-26, al. 1 C. pén., respectivement 1°, 2°.

⁴⁴² Art. 131-26, al. 4 C. pén.

interdictions peuvent être prononcées dont l'interdiction d'exercer certaines activités professionnelles ou sociales⁴⁴³, la privation du droit de conduire à la suite d'une suspension du permis de conduire, d'une interdiction de conduite ou de l'annulation du permis de conduire⁴⁴⁴ ou encore l'interdiction de détenir ou porter une arme soumise à autorisation et la confiscation d'une ou plusieurs armes⁴⁴⁵. L'interdiction d'exercer une activité professionnelle peut viser une fonction ou une profession à caractère économique. Elle signifie alors l'impossibilité « d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale »⁴⁴⁶.

Le droit administratif français utilise également des mesures privatives ou restrictives de droits, dont certaines sont substantiellement semblables à des peines. Par exemple, un permis de conduire peut être administrativement retenu ou suspendu dans différentes hypothèses d'infractions au Code de la route⁴⁴⁷. Des interdictions professionnelles peuvent être prononcées par certaines autorités administratives⁴⁴⁸.

La faillite personnelle en matière de droit commercial est un exemple de mesure civile substantiellement équivalente à une peine. Elle entraîne « interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole ou toute entreprise ayant toute autre activité indépendante et toute personne morale »⁴⁴⁹. Le prononcé de la faillite personnelle peut être accompagné d'une incapacité d'exercer une fonction publique élective⁴⁵⁰. On peut également signaler l'interdiction de détenir ou de porter une arme et, le cas échéant,

⁴⁴³ Soit comme peine principale alternative en matière délictuelle (art. 131-6 11° et 15° C. pén.) ou comme peine complémentaire en matière criminelle et correctionnelle (art. 131-27 et 131-28 C. pén.).

⁴⁴⁴ Art. 131-6 1° à 3°, 131-14 1°, 131-16 1° et 6° C. pén.

⁴⁴⁵ Respectivement, art. 131-6 6° et art. 131-6 7° C. pén., à condition que le condamné en soit propriétaire ou en ait la libre disposition.

⁴⁴⁶ Art. 131-6 15° C. pén. Voir également l'article 131-27 al. 2 C. pén. : « L'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale est soit définitive, soit temporaire ; dans ce dernier cas, elle ne peut excéder une durée de quinze ans ».

⁴⁴⁷ Art. 224-1 à 224-18 du Code de la route.

⁴⁴⁸ Par exemple, la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers peut prononcer, à l'encontre de certaines personnes physiques, le retrait temporaire ou définitif de la carte professionnelle, ou l'interdiction à titre temporaire ou définitif de l'exercice de tout ou partie des activités ou de l'exercice des fonctions de gestion au sein de différentes personnes mentionnées : art. L 621-15 III b) C. monét. et fin.

⁴⁴⁹ Art. L. 653-2 C.com.

⁴⁵⁰ Art. L. 653-11 C.com.

l'obligation de la remettre qui peuvent être prononcées dans le cadre d'une ordonnance de protection des victimes de violence⁴⁵¹.

Enfin, en matière de professions réglementées, la sanction disciplinaire est définie comme « celle qui atteint l'individu dans l'exercice de sa profession » pour en « assurer la morale »⁴⁵². La sanction disciplinaire est par essence privative ou restrictive de droits dans la mesure où la réaction à un manquement à la discipline de la profession est naturellement privative ou restrictive du droit de l'exercer. L'inéligibilité dans les organismes professionnels et la privation des droits civiques peuvent aussi être encourues⁴⁵³. Quelques exemples de sanctions privatives ou restrictives de droits peuvent également être trouvés en droit canadien.

53. Les sanctions privatives et restrictives de droits en droit canadien. Plusieurs mesures restrictives ou privatives de droits sont prévues par le *Code criminel*. Quelques-unes de ces mesures sont des conditions de certaines peines. Par exemple, l'interdiction d'être propriétaire, porteur ou possesseur d'une arme peut être imposée comme condition facultative de l'emprisonnement avec sursis⁴⁵⁴, de la probation⁴⁵⁵ ou de l'absolution conditionnelle⁴⁵⁶. La configuration des ordonnances de sursis et de probation permettrait en outre à un juge de prononcer d'autres sanctions de cette nature par l'utilisation des clauses résiduelles⁴⁵⁷. Ponctuellement, le *Code criminel* prévoit des interdictions spécifiques à certaines infractions. C'est le cas de l'interdiction professionnelle attachée

⁴⁵¹ Art. 515-11 2° C. civ.

⁴⁵² Pascale DEUMIER, « La sanction disciplinaire, un concept unifié ? », dans Pascal ANCEL et Joël MORET-BAILLY (dir.), *Vers un droit commun disciplinaire ?*, coll. Droit, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2007, p. 239, à la p. 242.

⁴⁵³ Par exemple, art. 4 de l'*Ordonnance n° 45-1418 du 28 juin 1945 relative à la discipline des notaires et de certains officiers ministériels*, J.O. 29 juin 1945, p. 3926 ou art. L 145-5-2 3° du Code de la sécurité sociale, portant sur les sanctions qui peuvent être prononcées par les ordres professionnels de certaines professions paramédicales; Joël MORET-BAILLY, *Les institutions disciplinaires*, coll. Arrêt sur recherches, n° 4, Mission de recherche Droit et Justice, 2003, p. 83.

⁴⁵⁴ 742.3 (2) b) C.cr.

⁴⁵⁵ Art. 732. 1 (3) d) C.cr.

⁴⁵⁶ Art. 731 (2) et art. 732. 1 (3) d) C.cr.

⁴⁵⁷ Celle-ci permet d'imposer au condamné le respect de conditions indéterminées par les textes, dans la mesure où elles sont raisonnables et qu'elles permettent d'« assurer la protection de la société et faciliter la réinsertion sociale du délinquant » (article. 732.1(3) h) du *Code criminel*) pour l'ordonnance de probation et « assurer la bonne conduite du délinquant et l'empêcher de commettre de nouveau la même infraction ou de commettre d'autres infractions » (article 742. 3 (2) f) du *Code criminel*) pour l'ordonnance de sursis. Le choix de ces conditions doit donc se faire spécifiquement au regard de ces objectifs, leur contenu devant être analogue aux conditions expressément prévues.

à une condamnation pour fraude⁴⁵⁸ ou de l'ordonnance d'interdiction de conduire un véhicule en cause dans une infraction relative à un moyen de transport⁴⁵⁹. Enfin, les incapacités prévues dans la partie XXIII *Code criminel* constituent un autre ensemble de mesures privatives ou restrictives de droits⁴⁶⁰. Ainsi, toute personne occupant un emploi public qui n'a pas subi sa peine, ou dont la peine n'a pas été substituée par une autorité compétente ou qui n'a pas reçu un pardon absolu de Sa Majesté, ne peut pas occuper une fonction relevant de la Couronne ou un autre emploi public, ni être élue, ni siéger ou voter comme membre du Parlement ou d'une législature, ou exercer un droit de suffrage⁴⁶¹. En outre, une personne déclarée coupable de certaines infractions visées perd la « qualité » pour, entre autres, « occuper une fonction relevant de Sa Majesté »⁴⁶². Le droit criminel n'est pas la seule matière à recourir aux mesures privatives et restrictives de droits.

En droit provincial québécois, la condamnation d'un contrevenant à différentes infractions au *Code criminel*⁴⁶³, entraîne de plein droit une révocation du permis ou une suspension du droit d'en obtenir un, sur le fondement du *Code de la sécurité routière*⁴⁶⁴. Ces mesures sont des conséquences administratives prévues à titre de « sanctions » par le *Code de la sécurité routière* sans pour autant être considérées comme des peines ou des dispositions pénales, qualificatifs par ailleurs utilisés dans le code. Elles n'en ont pas moins un contenu proche de l'ordonnance criminelle d'interdiction de conduite, dont l'effet est similaire. Ce mécanisme est complété par un système de révocation de permis ou de suspension du droit d'en obtenir un, dans le cadre du dispositif de points d'inaptitude mis en place par le gouvernement du Québec et dont la mise en œuvre de ce dispositif relève de la Société d'assurance automobile du Québec⁴⁶⁵. Ces points

⁴⁵⁸ L'article 380. 2 (1) C.cr. prévoit que : « Dans le cas où un délinquant est déclaré coupable, ou absous en vertu de l'article 730 aux conditions prévues dans une ordonnance de probation, d'une infraction mentionnée au paragraphe 380(1), le tribunal qui lui inflige une peine ou prononce son absolution peut par ordonnance, en plus de toute autre peine ou de toute autre condition de l'ordonnance d'absolution applicables en l'espèce, sous réserve des conditions ou exemptions qu'il indique, lui interdire de chercher, d'accepter ou de garder un emploi ou un travail bénévole dans le cadre duquel il exerce ou exercerait un pouvoir sur les biens immeubles, l'argent ou les valeurs d'autrui ».

⁴⁵⁹ Dans le cadre des infractions relatives aux moyens de transport, le tribunal qui inflige une peine à un contrevenant déclaré coupable doit rendre (art. 320. 14 (1) C.cr.), ou peut rendre (art. 320.14 (3) et 320. 14 (4) C.cr.), en plus de toute autre peine applicable à l'infraction retenue, une ordonnance interdisant de conduire le moyen de transport en cause.

⁴⁶⁰ L'étude des incapacités est intéressante même si, comme cela a été précédemment précisé, il ne semble pas qu'elles soient considérées comme des peines. Voir note 328.

⁴⁶¹ Art. 750 (2) C.cr.

⁴⁶² Art. 750 (3) C.cr.

⁴⁶³ Ce sont les infractions prévues aux articles 220, 221, 236, 320.13, 320.14, 320.15, 320.16 et 320.17 du *Code criminel* lorsqu'elles sont commises avec un véhicule routier ou un véhicule hors route, visées à l'article 180 du *Code de la sécurité routière*, c. C-24.2 [ci-après C.s.r.].

⁴⁶⁴ Art. 180 C.s.r.

⁴⁶⁵ Art. 185 et 619 9° C.s.r.

d'incapacité résultent des infractions aux dispositions du *Code de la sécurité routière* énumérées dans le *Règlement sur les points d'incapacité*⁴⁶⁶. La Colombie Britannique a également mis en place un système d'encadrement provincial de l'activité de conduite permettant la suspension des permis de conduire dans certaines circonstances; elle a été qualifiée par la Cour suprême de procédure de nature administrative⁴⁶⁷. Dans un tout autre domaine, celui des valeurs mobilières, le droit administratif québécois connaît d'autres formes de privations et restrictions de droits. Ainsi parmi les « mesures d'application de la loi », il existe un certain nombre de mesures « conservatoires », dont la possibilité d'interdire à une personne « d'exercer son droit de vote ou tout autre droit rattaché aux valeurs mobilières »⁴⁶⁸. Il est aussi possible d'interdire l'exercice de certaines activités, dont celles de conseiller ou de gestionnaire de fonds d'investissement,⁴⁶⁹ ou d'administrateur ou dirigeant d'un émetteur, d'un courtier, d'un conseiller et d'un gestionnaire de fonds d'investissement⁴⁷⁰. Ce sont donc des interdictions de nature professionnelle, proches de celles rencontrées en droit pénal. Elles ne sont pas inconnues du droit civil.

En effet, le droit civil permet de prononcer la faillite personnelle, qui engendre pour le failli une incapacité d'être administrateur d'une société par actions⁴⁷¹. Quelques exemples de la proximité substantielle de certaines sanctions pénales et extra-pénales peuvent également être trouvés parmi les mesures dont l'objet est une obligation de faire.

54. Les obligations de faire en droit français. La convergence d'objets entre les sanctions pénales et extra-pénales en droit français peut également se constater relativement aux mesures imposant au condamné une obligation de faire. Les obligations de faire en droit pénal français ont pour point commun « d'attenter, à des degrés divers, à la liberté de l'intéressé en lui imposant, non seulement de subir sa peine, mais également

⁴⁶⁶ *Règlement sur les points d'incapacité*, RLRQ, c. C-24.2, r. 37.

⁴⁶⁷ *Goodwin c. Colombie Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, préc., note 151, par. 43. Il permet par exemple de suspendre automatiquement un permis de conduire pour 90 jours à la suite d'un échec au test d'alcoolémie ou à la suite du refus de fournir un échantillon d'haleine : *Motor Vehicle Act*, [RSBC 1996] Chapter 318, art. 94.1 (1).

⁴⁶⁸ Art. 262.1 5° L.v.m. Elle est prononcée par le Tribunal administratif des marchés financiers sur demande de l'Autorité, pour tout manquement à une obligation prévue par la législation en valeurs mobilières.

⁴⁶⁹ Art. 266 L.v.m. (le texte précise : « d'agir à titre de gestionnaire »).

⁴⁷⁰ Art. 273.3 L.v.m. (le texte précise : « d'agir à titre d'administrateur ou dirigeant »).

⁴⁷¹ Art. 105 (1) d) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44 et art. 108 de la *Loi sur les sociétés par actions*, RLRQ, c. S-31.1.

d'y participer »⁴⁷². En ce sens, sont des obligations de faire, le travail d'intérêt général⁴⁷³, les stages de citoyenneté, de sensibilisation à la sécurité routière, de sensibilisation aux dangers de l'usage de produits stupéfiants, le stage de responsabilisation pour la prévention et la lutte contre les violences au sein du couple et sexistes, de sensibilisation à la lutte contre l'achat d'actes sexuels, de responsabilité parentale, et de lutte contre le sexisme⁴⁷⁴. D'autres obligations de faire sont prévues à titre spécifique pour certaines infractions, comme la condamnation des personnes physiques reconnues coupables de contrefaçon de retirer des circuits commerciaux les objets jugés contrefaisants et toute chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction⁴⁷⁵. Enfin, l'obligation de soins qui peut résulter d'un suivi socio-judiciaire ou d'un sursis probatoire, peut aussi être qualifiée d'obligation de faire⁴⁷⁶. L'obligation de soins peut également être imposée à titre de mesure de sûreté⁴⁷⁷. Certaines obligations de faire, imposées à la suite d'une condamnation pénale, ne sont pas qualifiées de peines. Il en est ainsi de la mise en conformité des lieux ou des ouvrages, la démolition de ces derniers ou la réaffectation du sol⁴⁷⁸. Des mesures au contenu similaire se retrouvent dans d'autres matières.

En droit civil, comme en droit pénal, la condamnation pour contrefaçon peut être accompagnée d'une obligation de rappeler les objets réalisés ou fabriqués en contravention aux droits relatifs à la propriété intellectuelle, qu'ils soient écartés des circuits commerciaux et détruits ou confisqués au profit de la partie lésée⁴⁷⁹. Dans le cadre

⁴⁷² F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 165, par. 839.

⁴⁷³ Art. 131-3 3°, 131-8, 131-17, 131-22 à 131-24, 131-36 et R. 131-12 et suiv. C. pén. Le travail d'intérêt général peut également être prévu dans le cadre du sursis à exécution : art. 132-54 C. pén. Sans qu'elle ne soit appelée « travail d'intérêt général », une obligation au contenu proche peut être imposée comme condition d'une composition pénale. Elle consiste en l'accomplissement d'un travail non rémunéré « au profit de la collectivité, notamment au sein d'une personne morale de droit public ou d'une personne morale de droit privé chargée d'une mission de service public ou d'une association habilitées » : art. 41-2 al. 1 6° C. proc. pén.

⁴⁷⁴ Art. 131-3 6° et 131-5-1 et R. 131-35 et suiv. C. pén. Un stage peut également constituer une obligation du sursis probatoire (art. 132-45 15° du Code pénal) ou une mesure de classement sans suite sous condition (art. 41-1 al. 1 2° du C. proc. pén.) et de la composition pénale (art. 41-2 al. 1 4° bis, 7°, 13°, 15°, 18° et 19° du C. proc. pén.). O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 233, par. 596, p. 333-334.

⁴⁷⁵ Art. L. 335-6 al. 1 C. prop. int. Cette sanction qui ne figure pas dans la nomenclature du Code pénal peut toutefois être rangée dans la catégorie des peines complémentaires qui peuvent frapper les personnes physiques au titre de l'article 131-10 C. pén. : O. DECIMA, E. VERNY et S. DETRAZ, préc., note 233, par. 598, p. 335.

⁴⁷⁶ *Id.* Respectivement, art. 131-36-4 et 132-45 3° art. C. pén.

⁴⁷⁷ Art. 706-135 et art. D. 47-29 d'une part et d'autre part, art. 706-136-1 et art. D. 47-33 et suiv. du C. proc. pén.

⁴⁷⁸ Prévues par l'article L. 480-5 du *Code de l'urbanisme*, elles sont « des mesures à caractère réel destinées à faire cesser une situation illicite, et non des sanctions pénales » : *Crim.* 15 janv. 2013, n° 12-84666. Voir égal. *Crim.* 8 juin 1989, *Bull. crim.*, n° 248; 22 nov. 1990, *Dr. pén.* 1991.100; 20 mars 2001, *Bull. crim.*, n° 73.

⁴⁷⁹ Art. L. 33-1-4 C. prop. int.

d'une ordonnance de protection en faveur d'une victime de violence, le juge aux affaires familiales peut proposer à la partie défenderesse une prise en charge sociale, sanitaire ou psychologique ou le suivi d'un stage pour la lutte contre les violences au sein du couple et sexistes⁴⁸⁰. Ces mesures rappellent l'obligation pénale de soins et la peine consistant dans l'obligation de suivre un stage de responsabilisation pour la prévention et la lutte contre les violences au sein du couple et sexistes⁴⁸¹.

Enfin, le droit disciplinaire connaît également parfois des sanctions ayant pour objet de mettre une obligation de faire à la charge du responsable. Il existe par exemple une forme de travail d'intérêt général en matière pénitentiaire consistant dans « [l]'exécution d'un travail d'intérêt collectif de nettoyage, remise en état ou entretien des cellules ou des locaux communs », qui ne peut être prononcée qu'avec le consentement préalable de la personne détenue⁴⁸². Les obligations de faire ne semblent pas réservées au droit pénal même s'il apparaît en cette matière une très large palette de mesures. En droit canadien, elles sont également pénales et extra-pénales.

55. *Les obligations de faire en droit canadien.* Certaines peines criminelles peuvent inclure des obligations de faire, notamment au titre des conditions facultatives dont peuvent être assorties les ordonnances de probation ou d'emprisonnement avec sursis. Parmi celles-ci le juge peut, par exemple, demander au condamné de se soumettre à un programme de traitement curatif pour abus d'alcool ou de drogue, à des fins d'évaluation, et pour suivre une cure de désintoxication pour abus d'alcool ou de drogue qui sont recommandés dans le cadre du programme⁴⁸³. Une autre condition de la probation peut être de réaliser un service communautaire⁴⁸⁴. Les organisations peuvent être contraintes d'élaborer des normes, règles ou lignes directrices en vue de réduire la probabilité qu'elles commettent d'autres infractions⁴⁸⁵. Ces différentes formes de participation active à une sanction peuvent se retrouver dans d'autres contextes, non criminels.

Premièrement, en matière de valeurs mobilières, le Tribunal administratif des marchés financiers peut, sur demande de l'Autorité, rendre des ordonnances enjoignant aux personnes ayant manqué à une obligation prévue par la législation sur les valeurs

⁴⁸⁰ Art. 515-11 2° bis C. civ. *créé par la Loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019*, préc., note 420, et modifié par la *Loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020*, préc. note 420.

⁴⁸¹ *Supra*, par. 54.

⁴⁸² Cette obligation a une durée de 40h maximum. Art. R. 233-1 6° C. pénit.

⁴⁸³ Art. 732. 1 (3) g. 1) C.cr.

⁴⁸⁴ Art. 732. 1 (3) f) C.cr.

⁴⁸⁵ Art. 732.1 (3.1) b) C.cr.

mobilières, de se conformer à la loi par l'accomplissement de diverses obligations comme celle « de se soumettre à une révision de ses pratiques et de ses procédures et d'effectuer les changements requis par l'Autorité »⁴⁸⁶. Ensuite, dans le cadre spécifique de l'outrage au tribunal civil, l'article 62 2° du *Code de procédure civile* prévoit la possibilité de faire exécuter à la personne coupable des travaux d'utilité sociale. Enfin, en droit du travail, dans le cadre de faits de grève, de lock-out ou de piquetage, la mise en œuvre de la responsabilité civile a déjà donné lieu à l'imposition de travaux communautaires⁴⁸⁷.

La convergence d'objets des sanctions pénales et non-pénales extrapatrimoniales est complétée par la ressemblance de certaines sanctions affectant la réputation du condamné.

56. *Le déshonneur ou les sanctions affectant la réputation du condamné en droit français.* Certaines sanctions et mesures, dans diverses branches du droit, entraînent le déshonneur du contrevenant. C'est le cas de la peine de publication de tout ou partie d'une décision prononcée ou de la présentation d'un communiqué, par voie d'affichage ou de diffusion, informant le public des motifs et du dispositif de la décision⁴⁸⁸. Cette peine peut être analysée à la fois comme un moyen d'avertir de la malhonnêteté du condamné et d'entacher l'honneur de sa réputation⁴⁸⁹. En outre, le droit pénal emploie très largement la technique du fichage, qui consiste à inscrire certaines informations concernant des personnes condamnées ou déclarés irresponsables pour cause de trouble mental, voire simplement mises en examen ou suspectées, dans des fichiers⁴⁹⁰. Ces mesures ne sont pas qualifiées de peines et ne visent probablement pas à atteindre en elles-mêmes l'honneur d'une personne. Elles apparaissent majoritairement comme des mesures procédurales permettant une mémoire judiciaire⁴⁹¹. Néanmoins, leur contenu est proche de la peine de publication d'une décision, même si elle est destinée à un cercle plus restreint de

⁴⁸⁶ Art. 262.1 2° L.v.m,

⁴⁸⁷ R.P. GAGNON et LANGLOIS KRONSTRÖM DESJARDINS, S.E.N.C.R.L., « Les conflits de négociation : grève, lock-out, piquetage - Les sanctions », *Le droit du travail du Québec*, R.P. Gagnon, 7^e éd. mise à jour par LANGLOIS KRONSTRÖM DESJARDINS, sous la direction de Y. BERNARD, A. SASSEVILLE et B. CLICHE, 2013.

⁴⁸⁸ Art. 131-10 et 131-35 pour les personnes physiques (elle est dans ce cas une peine complémentaire pour certains crimes ou délits) et 131-39, al. 1, 9° et 131-48, al. 6 pour les personnes morales (pour lesquelles c'est une peine principale).

⁴⁸⁹ O. DECIMA, E. VERNY et S. DETRAZ, préc., note 233, par. 661 et suiv., p. 360 et suiv.

⁴⁹⁰ *Id.*, par. 664 et suiv., p. 361.

⁴⁹¹ *Id.*, par. 664 et 665, p. 361.

personnes. De plus, certaines de ces mesures entraînent parfois des obligations substantielles, les rapprochant des conditions de certaines peines⁴⁹².

Le droit administratif français prévoit parfois aussi des sanctions affectant la réputation du condamné. Par exemple, la commission des sanctions de l'autorité de régulation des jeux en ligne peut prévoir « la publication de la décision prononcée au Journal officiel »⁴⁹³ et « l'affichage ou la diffusion de cette décision dans les conditions prévues par l'article 131-35 du code pénal »⁴⁹⁴. En droit civil, l'atteinte aux droits de la propriété intellectuelle permet également l'imposition de ce type de sanction. Le Code de la propriété intellectuelle prévoit en effet la possibilité, pour le tribunal civil qui condamne une personne pour contrefaçon, de faire afficher ou publier la décision de diverses manières⁴⁹⁵. Le droit disciplinaire connaît quelques exemples de mesures à caractère déshonorant, dont la publicité, à titre de sanction accessoire, des peines disciplinaires de la profession d'avocat⁴⁹⁶.

57. Le déshonneur ou les sanctions affectant la réputation du condamné en droit canadien. Quelques exemples de mesures affectant la réputation d'une personne peuvent être trouvés en droit canadien. En droit criminel, l'ordonnance de probation visant une organisation peut être assortie par le tribunal d'une condition d'information au public concernant la nature de l'infraction dont elle a été déclarée coupable, la peine infligée et les mesures prises pour réduire la probabilité qu'elle commette d'autres infractions⁴⁹⁷. Une telle condition pourrait être imposée à une personne physique au titre de la clause résiduelle dans le cadre d'une ordonnance de probation ou de sursis.

En matière civile, on peut faire mention de la *Loi sur la presse* qui prévoit que « tout jugement portant condamnation doit être publié dans le journal incriminé, et à ses

⁴⁹² Voir les articles 706-25-7 (en matière de terrorisme pour les personnes fichées au « fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions terroristes ») et 706-53-5 (en matière d'infractions sexuelles, pour les personnes inscrites au « fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes ») du Code de procédure pénale.

⁴⁹³ Art. 43 VII 1° de la *Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*.

⁴⁹⁴ *Id.*, Art. 43 VII 2°. Le renvoi fait aux règles du Code pénal semble assez significatif de la parenté entre la sanction pénale déshonorante et la sanction administrative déshonorante.

⁴⁹⁵ Art. L. 331-1-4 al. 1 et al. 4 (pour la propriété littéraire et artistique) et art. 615-7-1 (pour la propriété industrielle) C. prop. int.

⁴⁹⁶ Art. 184 du *Décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat*. L'article liste les « peines disciplinaires » (avertissement, blâme, interdiction temporaire d'exercer, radiation) et qualifie la publicité de « sanction accessoire », qui peut être ordonnée en plus de toute peine.

⁴⁹⁷ Art. 732. 1 (3.1) f) C.cr.

frais, sur l'ordre du tribunal qui l'a prononcé, sous peine d'outrage au tribunal »⁴⁹⁸. En matière administrative, la *Loi sur les valeurs mobilières* prévoit la possibilité de publier une liste d'émetteurs assujettis à la loi ayant contrevenu à une disposition de celle-ci ou de ses règlements d'application⁴⁹⁹, dénonçant ainsi publiquement les auteurs de ces comportements.

58. *L'absence d'exclusivité des objets extra-patrimoniaux des peines.* L'ensemble de ces exemples permet de démontrer une convergence des objets extra-patrimoniaux de différentes mesures pénales et extra-pénales. Cette tendance se rencontre notamment pour les mesures les plus graves, les privations de la liberté. Elle se confirme par l'observation de la présence très étendue des sanctions et autres mesures pécuniaires dans tout le droit.

2. Les sanctions patrimoniales aux objets proches

59. *Sanctions patrimoniales pécuniaires et sanctions patrimoniales non pécuniaires.* Les sanctions pénales patrimoniales visent à appauvrir le responsable afin de le punir de son comportement et de l'empêcher de réaliser un profit en raison de l'accomplissement de sa faute, que cet effet lucratif soit recherché ou non⁵⁰⁰. Cet appauvrissement peut prendre une forme pécuniaire ou s'attacher aux biens de la personne concernée. Il existe donc des sanctions pécuniaires et des sanctions patrimoniales non pécuniaires⁵⁰¹. Les premières privent directement le condamné d'une somme d'argent. Les secondes l'appauvrissent en aliénant au profit de l'État, parfois d'une autre personne⁵⁰², un objet généralement en rapport avec l'infraction commise. Ce sont les confiscations. Des sanctions patrimoniales similaires existent en dehors du droit pénal. Ainsi, ces sanctions pécuniaires (a) et de confiscation (b) ne sont pas propres au droit pénal et participent à la convergence des sanctions pénales et extra-pénales quant à leurs objets.

⁴⁹⁸ Art. 13 de la *Loi sur la presse*, RLRQ, c. P.19.

⁴⁹⁹ Art. 71 L.v.m.

⁵⁰⁰ O. DECIMA, E. VERNY et S. DETRAZ, préc., note 233, par. 629, p. 348.

⁵⁰¹ B. BOULOC, préc., note 35, p. 541 et suiv.; O. DECIMA, E. VERNY et S. DETRAZ, préc., note 233, par. 629, p. 348; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 165, par. 831, p. 791. Certains auteurs semblent ne pas distinguer atteinte patrimoniale et atteinte pécuniaire : J. PRADEL, préc., note 58, par. 675, p. 599.

⁵⁰² La victime de l'infraction dans le cas de la contrefaçon par exemple (art. L. 335-6, al. 4, C. prop. int.).

a. Les sanctions pécuniaires

60. Les sanctions pécuniaires en droit français. Toutes les matières, pénale, administrative, civile ou disciplinaire, prévoient des sanctions pécuniaires. En droit pénal, l'amende est la peine pécuniaire la plus classique. Le Code pénal la prévoit,⁵⁰³ mais sans la définir. On peut dire qu'elle est une peine principale qui consiste en l'obligation de payer au Trésor public une somme d'argent⁵⁰⁴. Le Code pénal prévoit également la possibilité d'imposer une « amende » pour sanctionner l'exécution défailante de certaines peines, comme le stage de citoyenneté, le travail d'intérêt général, ou la sanction-réparation⁵⁰⁵. Ces amendes visent donc à garantir, par la contrainte pécuniaire, la bonne exécution de peines dont l'objet n'est pas pécuniaire⁵⁰⁶. Il existe également d'autres peines de nature pécuniaire, comme le jours-amende⁵⁰⁷ et la sanction-réparation. Cette dernière oblige le condamné à indemniser le préjudice de la victime⁵⁰⁸. Enfin, on peut mentionner la peine complémentaire de confiscation en valeur qui peut s'effectuer sur tous biens appartenant au condamné ou dont il a la libre disposition, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi⁵⁰⁹. Certaines dispositions du Code de procédure pénale prévoient également différentes « amendes ». Ainsi des amendes « forfaitaires » existent dans les domaines contraventionnel⁵¹⁰ et délictuel⁵¹¹, pour certaines infractions. Elles sont bien des peines, même si leur mise en œuvre généralement non juridictionnelle les « rapproche fortement » des amendes administratives⁵¹². En revanche, d'autres amendes prises dans le cadre de voies alternatives aux poursuites,

⁵⁰³ Pour les personnes physiques on la retrouve aux articles 131-2 C. pén. pour les crimes, 131-1 4° pour les délits et 131-12 pour les contraventions. Pour les personnes morales, ce sont les articles 131-7 al. 1 1° du Code pénal qui la prévoit pour les crimes et délits et l'article 131-40 al. 1 1° du Code pénal pour les contraventions.

⁵⁰⁴ O. DECIMA, E. VERNY et S. DETRAZ, préc., note 233, par. 631, p. 348-349; J. PRADEL, préc., note 58, par. 676, p. 599-601.

⁵⁰⁵ En matière correctionnelle, art. 131-8-1, al. 5 pour la sanction réparation, et art. 131-9, al. 2 pour le stage de citoyenneté et le travail d'intérêt général, et en matière contraventionnelle pour la sanction-réparation, art. 131-15-1, al. 2 du Code pénal.

⁵⁰⁶ Certains auteurs s'interrogent sur cette dénomination et se demandent si elles ne sont pas davantage une forme de sanction pécuniaire *sui generis* « à valeur essentiellement comminatoire » : O. DECIMA, E. VERNY et S. DETRAZ, préc., note 233, par. 635, p. 349-350.

⁵⁰⁷ Art. 131-3 5° C. pén. Distinguée formellement de l'amende (prévue à l'article 131-3 4° du Code pénal), ses modalités de fixation et d'exécutions sont différentes. Pour autant, la Cour de cassation a déjà considéré la peine de jours-amende comme une modalité de l'amende : crim., 26 sept. 1990, n° 90-81691, *Bull. crim.*, n° 323. Pour une présentation des ressemblances et différences entre amende et jours-amende, voir notamment *Id.*, par. 629.

⁵⁰⁸ Art. 131-8-1, al. 2 C. pén. Elle peut également être exécutée en nature : art. 131-8-1, al. 3 C. pén.

⁵⁰⁹ Art. 131-21, al. 9 C. pén.

⁵¹⁰ Art. 495-17 à 495-25 C. pr. pén.

⁵¹¹ Art. 529 à 530-7 C. pr. pén.

⁵¹² O. DECIMA, E. VERNY et S. DETRAZ, préc., note 233, par. 218, p. 121.

comme l'amende d'intérêt public qui peut être versée au Trésor dans le cadre d'une convention judiciaire d'intérêt public pour les personnes morales⁵¹³ ou l'amende de composition⁵¹⁴, ne sont pas prévues parmi les peines. En plus de cette forte diversité de mesures pénales pécuniaires, il en existe de nombreuses autres dans d'autres branches du droit.

Différentes lois prévoient des amendes administratives, fiscales et civiles. Les sanctions administratives pécuniaires⁵¹⁵ et les sanctions fiscales⁵¹⁶ sont très nombreuses. Les amendes civiles sont édictées par des lois civiles et prononcées par une juridiction civile afin de sanctionner, soit le fait de se soustraire à une charge publique ou civique⁵¹⁷, soit l'usage contestable d'une voie de droit⁵¹⁸. Les amendes civiles sont versées au Trésor, mais n'ont aucun des effets prévus par le droit pénal pour les peines pécuniaires. Il faudra peut-être ajouter à ces exemples l'amende civile comme sanction de la faute délibérément commise « en vue d'obtenir un gain ou une économie », en matière civile extracontractuelle⁵¹⁹. En outre, d'autres sanctions civiles monétaires peuvent être relevées, en raison de leur appartenance à la catégorie doctrinale des « peines privées »⁵²⁰. Ces sanctions pécuniaires d'origine civile sont considérées par certains auteurs comme des peines en raison de leurs fondements ou de leurs modalités. Mais elles sont « privées »

⁵¹³ Art. 41-1-2, I 1° C. pr. pén.

⁵¹⁴ Art. 41- 2 1° C. pr. pén. Les auteurs soulignent l'existence d'autres formes d'obligations pécuniaires bien qu'elles ne constituent pas à proprement parler, des peines. Par exemple, le condamné peut devoir assumer le coût financier de sa peine comme le stage de citoyenneté (art. 131-5-1, al. 1 C. pén.) ou le placement d'un animal confisqué (art. 131-21-1, al. 5 C. pén.). L'astreinte, comme garantie d'exécution de certaines obligations résultant d'une décision du juge pénal (art. 132- 67 C. pén.) ou la solidarité passive, garantissant le recouvrement de sommes d'argent, constituent également des obligations pécuniaires, qui sans être des peines, peuvent être prononcées par le juge pénal. O. DECIMA, E. VERNY et S. DETRAZ, préc., note 233, par. 641-642, p. 353.

⁵¹⁵ Il existe par exemple des amendes administratives pécuniaires en droit de la consommation, prononcées par l'autorité chargée de la concurrence et de la consommation (par ex. art. L. 132- 22, L. 242- 10 à L. 242- 14, L. 242- 21, L. 242-23 à L. 242-25 C. conso.), en droit environnemental (par ex. art. L. 171-8 C. env.), en matière douanière (par ex. art. 467 4° et 4° bis du Code des douanes). Dans d'autres cas, le législateur parle de « sanction pécuniaire », comme en matière monétaire et financière (par ex. art. L. 561-40 I al. 3 C. monét. et fin.).

⁵¹⁶ Ainsi, le Code général des impôts instaure au titre du recouvrement de l'impôt (Livre II), des pénalités (Chapitre II), dont certaines sont appelées « Sanctions fiscales » (Section I B). On y trouve différentes dispositions qui prévoient des amendes pour divers manquements à la législation sur l'impôt, par exemple les articles 1729 B, 1729 C et 1729 C bis ou encore l'article 1731 ter du Code général des impôts.

⁵¹⁷ Sanction d'un manquement à une charge de tutelle (art. 411-1 et 417 C. civ.), un devoir de concours au service de la justice (art. 10 C. civ.), ou d'un témoin défaillant (art. 207 C. pr. pén.).

⁵¹⁸ Sanction de l'exercice abusif ou dilatoire d'une voie de recours (art. 581 C. pr. pén.), fait de succomber dans une demande en faux, en vérification d'écriture, en récusation (art. 305, 295, et 348 C. pr. pén.).

⁵¹⁹ Elle est prévue par l'article 1266-1 du Projet de réforme de la responsabilité civile présentée par le Chancellerie en mars 2017.

⁵²⁰ S. CARVAL, préc., note 160; Louis HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse, Dijon, 1904; A. JAULT, préc., note 185; Denis MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, coll. Bibliothèque de droit privé, n° 223, LGDJ, 1992; Boris STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947.

car les sommes payées par le responsable sont versées à la victime et non au Trésor public⁵²¹. Par exemple en matière successorale, le recel de biens ou de droits de la succession et la dissimulation de l'existence d'un cohéritier sont sanctionnés par une acceptation pure et simple de la succession par le receleur sans qu'il ne puisse prétendre aux biens et droits recelés ou réputés recelés⁵²². Il s'agit d'une peine privée patrimoniale qui, selon le bien sur lequel porte le recel ou la dissimulation, pourra prendre une forme pécuniaire. Ensuite, en droit des contrats, l'article 1231-5 alinéa 1 précise qu'un contrat peut stipuler que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts⁵²³. Cette disposition est la traduction légale de la notion de clause pénale, considérée par une partie de la doctrine comme une peine privée⁵²⁴. Enfin, la condamnation à des dommages et intérêts visant à réparer le préjudice subi par une victime, par le mécanisme de responsabilité civile, est également une sanction pécuniaire. Généralement considérés comme une sanction non punitive⁵²⁵, certains auteurs voient dans les dommages et intérêts attribués pour la réparation du dommage moral résultant d'une faute, une peine privée⁵²⁶. De manière plus globale, est parfois analysée comme une peine, la prise en compte de la gravité de la faute comme élément de variation du montant des dommages-intérêts alloués, dans le cadre des mécanismes de responsabilité civile⁵²⁷. Enfin, le droit disciplinaire français n'exclut pas le recours à des sanctions de

⁵²¹ G. CORNU (dir.), préc., note 38, v° « Peine », 2, p. 753; Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD, *Lexique des termes juridiques 2021-2022*, 29^e éd., coll. Lexiques, Paris, Dalloz, 2021, v° « Peine privée », p. 773.

⁵²² Art. 778 al. 1 C. civ. Voir aussi entre époux : Art. 1477 C. civ.

⁵²³ Art. 1231-5 al. 1 C. civ. et anc. art. 1152 et 1226 à 1233 C. civ.

⁵²⁴ Emmanuel DREYER, « La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », *JCP* 2008.43.I.201, par. 2; D. MAZEAUD, préc., note 520.

⁵²⁵ En raison de l'opposition classique entre punition et réparation.

⁵²⁶ S. CARVAL, préc., note 160, p. 23 et suiv.; Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX, *Droit civil : les obligations*, 2, *le fait juridique*, 14^e éd., coll. Sirey Université, Sirey Dalloz, 2011, par. 140, 141; Philippe MALINVAUD, Dominique FENOUILLET et Mustapha MEKKI, *Droit des obligations*, 14^e éd., Paris, LexisNexis, 2017, par. 607, p. 567.

⁵²⁷ Par exemple, un contractant auteur d'une inexécution contractuelle ou d'un retard d'exécution ne doit en principe à titre de dommages et intérêts que ceux qui ont été prévus ou pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat (art. 1231-3 C. civ.). Néanmoins, si son inexécution ou son retard résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts imprévus ou imprévisibles sont également dus dès lors qu'ils sont la suite immédiate et directe de l'inexécution (art. 1231-4 C. civ.). C'est également le caractère punitif des règles de répartition de la part contributive de chaque coresponsable dans le cas d'un dommage causé par plusieurs personnes, en fonction de la gravité de la faute de chacun qui est relevé : Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN et Suzanne CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, 4^e éd., coll. Traité de droit civil, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso, 2017, par. 6, p. 14-15. Le jeu des actions récursoires permet d'une part, qu'un responsable fautif soit obligé *in fine* à l'entière indemnisation d'un dommage pour lequel il existe un coresponsable non fautif : Civ. 1^{re}, 17 déc. 1996, *Bull. civ. I*, n° 450, obs. G. VINEY, *JCP* 1997.I.4068, n° 14; Stéphanie PORCHY-SIMON, *Droit des obligations* 2022, 14^e éd., coll. Hypercours Dalloz : cours & travaux dirigés, Paris, Dalloz, 2021, par. 994, p. 497. D'autre part, entre plusieurs fautifs, la part contributive de chacun est mesurée en fonction de la gravité des fautes respectives : Civ. 1^{re}, 14 oct. 1997, *Bull. civ. I*, n° 275, obs. G. VINEY, *JCP* 1998.I.144, n° 12.

nature patrimoniale. Il existe ainsi des amendes ou autres sanctions pécuniaires qualifiées de « sanctions disciplinaires administratives »⁵²⁸ prononcées par des autorités administratives indépendantes. Celles-ci apparaissent comme une adaptation de la sanction disciplinaire à des milieux spécifiques comme le secteur des affaires⁵²⁹, ou plus généralement la sphère économique et financière⁵³⁰. En effet, la logique patrimoniale est en principe étrangère à la logique disciplinaire⁵³¹. Ce développement des sanctions disciplinaires patrimoniales dans cette sphère d'activités résulte de la nature même de ces activités et de la nécessité de s'adapter afin de sanctionner les personnes morales pour lesquelles la sanction monétaire apparaît la plus adaptée⁵³². Les sanctions pécuniaires disciplinaires en matière économique et financière ne se distinguent néanmoins pas toujours aisément des sanctions administratives⁵³³. Cette variété des mesures pécuniaires pénales et extra-pénales en droit français se retrouve également en droit canadien, appuyant l'idée de convergence d'objets des sanctions pénales et extra-pénales.

61. Les sanctions pécuniaires en droit canadien. La sanction pécuniaire a également une place dans toutes les branches du droit canadien. Il en existe sous différentes dénominations en droit pénal. On trouve en premier lieu l'amende, que l'article 716 du *Code criminel* définit comme une « peine pécuniaire ou autre somme d'argent, à l'exclusion du dédommagement »⁵³⁴. La doctrine précise qu'il s'agit d'une « sanction pécuniaire qui impose un fardeau monétaire à titre punitif », dans le but d'empêcher le délinquant de tirer profit de son crime⁵³⁵. La définition de l'amende comme peine pécuniaire permet d'envisager en second lieu le dédommagement. Est-il une peine ou une sanction civile équivalente à des dommages-intérêts ? D'un côté, cette sanction se trouve

⁵²⁸ P. DEUMIER, préc., note 452, à la p. 245.

⁵²⁹ J. MORET-BAILLY, préc., note 453, p. 83.

⁵³⁰ P. DEUMIER, préc., note 452, à la p. 245.

⁵³¹ Pascale DEUMIER souligne que l'amende en est même parfois expressément exclue comme dans le Code du travail, qui précise en son article L. 1331-2 que « les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites » à titre de sanction disciplinaire. Ainsi, dans le contrat de travail, « toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite » : *Id.*

⁵³² *Id.* à la p. 246.

⁵³³ Joëlle PRALUS-DUPUY, « Réflexions sur le pouvoir de sanction disciplinaire reconnu à certaines autorités administratives indépendantes », *RFDA* 2003.554.

⁵³⁴ L'amende peut être infligée à la place ou en plus d'une autre peine pour les personnes physiques selon les modalités de l'article 734 (1) du *Code criminel*. Elle remplace la peine d'emprisonnement pour les organisations selon les modalités de l'article 735 (1) du *Code criminel*.

⁵³⁵ A. STYLIOS, préc., note 328, par. 40.

dans la partie XXIII consacrée à la détermination de la peine⁵³⁶ et fait partie de la peine finalement prononcée⁵³⁷. D'un autre côté, le *Code criminel* assimile le dédommagement à des dommages-intérêts⁵³⁸ et son recouvrement se fait par les voies civiles⁵³⁹. Toutefois, le prononcé de l'ordonnance de dédommagement n'empêche pas un recours civil pour les mêmes faits⁵⁴⁰, laissant penser qu'ils ne peuvent être purement et simplement assimilés. Le dédommagement apparaît donc à tout le moins comme un élément de la peine prise dans son ensemble, qui a pour objet de porter atteinte au patrimoine de l'auteur. Son intérêt est donc entier pour cette étude. Il existe en droit criminel une autre forme de sanction pécuniaire : la suramende compensatoire de l'article 737 (1) du *Code criminel*. La jurisprudence a précisé qu'elle est une peine⁵⁴¹, notamment en raison de son contenu substantiellement identique à l'amende⁵⁴². La peine de nature pécuniaire est également très utilisée dans le système pénal réglementaire au Québec. Les amendes pénales réglementaires sont prévues dans des lois fédérales ou provinciales qui régissent des domaines d'activités spécifiques⁵⁴³. Les législations utilisent la notion d'amende au même titre que le droit criminel. Le *Code de procédure pénale* du Québec précise par exemple que « lorsqu'une loi ne prévoit aucune peine pour la sanction d'une infraction, la peine est une amende de 50 \$ à 2 000 \$ »⁵⁴⁴. On retrouve d'ailleurs souvent dans une même loi des amendes de nature pénale et des sanctions pécuniaires administratives, les deux concourant ensemble à garantir l'application de la loi. La sanction pécuniaire est d'utilisation très courante dans les domaines administratifs.

Le droit administratif canadien, fédéral ou provincial, connaît de nombreux mécanismes de sanctions pécuniaires. Il s'agit pour un grand nombre de régimes ayant trait à la réglementation d'activités économiques et financières (le droit des valeurs mobilières, le droit fiscal, le droit douanier) et qui visent les personnes engagées dans une

⁵³⁶ *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940 (CSC), par. 25 et 31. Cet arrêt convient de la validité de la disposition du *Code criminel* relative au dédommagement en raison de son appartenance au processus de sentence. Voir également : *R. c. Fitzgibbon*, [1990] 1 R.C.S. 1005 (CSC), par. 18.

⁵³⁷ *R. c. Castro*, 2010 ONCA 718, par. 22 et 35; *R. c. Simoneau*, 2017 QCCA 1382, par. 42; *R. c. Robertson*, 2020 ONCA 367, par. 6.

⁵³⁸ L'article explique que le Tribunal peut, sur la demande du procureur ou d'office, ordonner de verser à la victime des dommages-intérêts en plus de toute autre mesure : art. 738 (1) C.cr.

⁵³⁹ Art. 741 (1) C.cr.

⁵⁴⁰ Art. 741.2 C.cr.

⁵⁴¹ *R. c. Boudreault*, préc., note 119, par. 37 à 44.

⁵⁴² *Id.*, par. 41. La Cour d'appel du Québec avait antérieurement conclu que, sans être ni une amende ni un dédommagement, la suramende compensatoire faisait bien partie de la peine : *R. c. Cloud*, [2016] QCCA 567, par. 55 (Cour d'appel du Québec). *Id.*, par. 57-60.

⁵⁴³ Par ex. : *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ, c. Q-2, art. 115-29 à 115-32; art. 49 à 60 C.s.r. (pour les infractions relatives à l'immatriculation des véhicules); art. 202 à 213 L.v.m..

⁵⁴⁴ Art. 232 du *Code de procédure pénale*.

activité économique donnée⁵⁴⁵. Il est intéressant de noter que les sanctions administratives qui ont un objet pécuniaire ne portent pas toujours le même nom, y compris au sein d'une même province. Celles-ci ne sont généralement pas dénommées amendes, car ce terme est plutôt réservé aux sanctions pécuniaires des infractions criminelles et pénales réglementaires. Il existe deux autres expressions : les sanctions administratives pécuniaires et les pénalités administratives. Par exemple, au niveau fédéral, la *Loi sur l'Office national de l'énergie*⁵⁴⁶ prévoit des sanctions administratives pécuniaires⁵⁴⁷, définies comme « des pénalités financières imposées par un organisme de réglementation à la suite d'une infraction des prescriptions d'une loi » qui complètent « d'autres types de sanctions de nature réglementaire comme les avis de non-conformité, les ordonnances, les directives et les poursuites judiciaires »⁵⁴⁸. Au niveau provincial, le législateur québécois recourt notamment aux sanctions administratives pécuniaires dans la *Loi sur la qualité de l'environnement*⁵⁴⁹. Enfin, la *Loi sur les valeurs mobilières* est un cas intéressant puisqu'elle prévoit à la fois des pénalités administratives et des sanctions administratives pécuniaires. Il s'agit dans les deux cas de sanctions pécuniaires, mais dont les montants et méthodes de fixation sont distincts⁵⁵⁰. Les pénalités administratives ne sont pas qualifiées de peines ni par le législateur ni par la Cour suprême du Canada⁵⁵¹. L'utilisation des sanctions pécuniaires est également répandue en droit civil.

Plusieurs sanctions pécuniaires peuvent être relevées dans le *Code civil du Québec*. Est ainsi qualifiée de « peine », la clause pénale prévue par des parties en conséquence de l'inexécution d'une obligation contractuelle, tout en étant considérée comme des dommages-intérêts évalués par anticipation⁵⁵². À défaut d'être une peine au

⁵⁴⁵ J. PIETTE, préc., note 149, à la p. 6.

⁵⁴⁶ L.R.C. (1985), ch. N-7.

⁵⁴⁷ Art. 134 à 153 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*.

⁵⁴⁸ OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE, *Guide sur le processus relatif aux sanctions administratives pécuniaires*, 2015, p. 1, en ligne : < <https://publications.gc.ca> >.

⁵⁴⁹ *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ, c. Q-2. Elles sont prévues aux articles 115.13 à 115.28 de la loi. Elles étaient antérieurement dénommées pénalités administratives mais il a semblé plus judicieux d'opérer un changement terminologique afin diminuer, sur le plan symbolique, l'aspect punitif du régime administratif de sanctions. Cette modification semble assez anodine en raison des définitions parentes des termes pénalité et sanction. J. PIETTE, préc., note 149, à la p. 3.

⁵⁵⁰ Par exemple, le Tribunal administratif des marchés financiers peut imposer une pénalité de 2 000 000 \$ maximum selon l'article 273.1 al. 2 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 396, pour chaque contravention à la loi. En revanche, le montant des sanctions administratives pécuniaires de l'article 274.1 de la même loi est fixe. Il est déterminé par règlement sur une base forfaitaire de 100 \$ par acte ou omission jusqu'à concurrence de 5 000 \$ pour la même opération (*Règlement sur les valeurs mobilières*, RLRQ, c.-V-1.1, r. 50, art. 271.13 et 271.14). Les sanctions administratives pécuniaires sont imposées par l'Autorité des marchés financiers et non pas le Tribunal administratif des marchés financiers comme les pénalités.

⁵⁵¹ *Guindon c. Canada*, préc., note 151.

⁵⁵² Art. 1622 C. c.Q.

sens pénal du terme, elle est à tout le moins une sanction pécuniaire⁵⁵³. Un autre exemple, caractéristique, est à noter. Ce sont les dommages-intérêts punitifs, considérés comme « la manifestation la plus explicite de la notion de peine privée »⁵⁵⁴. L'article 1621 du *Code civil du Québec* dispose que des dommages-intérêts punitifs peuvent être spécifiquement prévus par les lois québécoises⁵⁵⁵. Ils sont une forme de dommages-intérêts, différents des compensatoires auxquels ils s'ajoutent, dont l'article 1621 ne donne qu'un cadre général d'application en déterminant leur fonction et leur mode d'évaluation. D'autres sanctions civiles sont qualifiées de « peines privées » par la doctrine. Sans toujours définir ce qu'est une peine privée, les auteurs regroupent sous cette étiquette certains mécanismes civils dont les traits caractéristiques les distinguent des sanctions civiles classiques. À l'instar des dommages-intérêts punitifs, les autres peines privées ont généralement un objet patrimonial, principalement pécuniaire⁵⁵⁶. Sont par exemple prévues dans certaines matières, des peines de restitution de profits illicites. Lorsque l'auteur d'une faute tire de celle-ci un bénéfice, il peut être amené à le restituer en plus des dommages et intérêts indemnisant le dommage de la victime. Cela existe dans la législation fédérale en matière de droit d'auteur par exemple⁵⁵⁷. En droit provincial québécois, la *Loi sur les valeurs mobilières* prévoit elle aussi une sanction de restitution du profit illicite⁵⁵⁸ en plus des dommages-intérêts auxquels peut être condamnée une personne n'ayant pas respecté une disposition de la loi ou de ses règlements. L'outrage au Tribunal civil peut également entraîner le paiement d'une somme d'argent à titre punitif⁵⁵⁹. La doctrine québécoise sensible à la notion de peine privée y inclut également

⁵⁵³ Sa fonction punitive ou répressive n'est pas mise en avant mais on la retrouve toutefois comme exemple de peine privée : CENTRE PAUL-ANDRÉ CREPEAU DE DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ, *Le Dictionnaire de droit privé - Les obligations*, 2003, v° « Peine privée », en ligne : <<https://nimbus.mcgill.ca>> (consulté le 23 octobre 2018).

⁵⁵⁴ P. ROY, préc., note 157, résumé. La peine privée peut être définie une « sanction civile qui vise à châtier l'auteur de l'acte fautif et à le dissuader d'adopter une conduite similaire » : *Peine privée*, préc., note 484.

⁵⁵⁵ Par ex. : la *Loi sur la protection des arbres*, L.R.Q., c. P-37, art. 1, la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1 [ci-après L.p.c.], art. 272, la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. A-2.1, art. 167, la *Loi sur les décrets de convention collective*, L.R.Q., c. D-2, art. 31, la *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, L.R.Q., c. A-23.001, art. 56, la *Loi sur la Régie du logement*, L.R.Q., c. R-8.1, art. 54.10, la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 49, et art. 269.2 L.v.m.

⁵⁵⁶ Les peines privées peuvent aussi prendre la forme de sanctions extrapatrimoniales, comme la publication d'une décision de condamnation : *Loi sur la presse*, RLRQ, c. P-19, art. 13.

⁵⁵⁷ *Loi sur le droit d'auteur* L.R.C. (1985), c. C-42, art. 35 (1).

⁵⁵⁸ Art. 269.2 L.v.m.

Le tribunal peut également attribuer des dommages-intérêts punitifs, ou ordonner à cette personne de rembourser le profit réalisé en conséquence du défaut ».

⁵⁵⁹ Art. 62 1° du *Code de procédure civile* (ci-après C.p.c.).

les mécanismes d'ajustement de l'évaluation des dommages-intérêts relatifs à la gravité de la faute du responsable⁵⁶⁰, dans le même esprit que ce que connaît le droit français.

62. *La convergence des sanctions patrimoniales pécuniaires et non-pécuniaires.*

Les sanctions patrimoniales pécuniaires sont largement répandues au-delà du droit pénal, démontrant la convergence d'objets des sanctions pénales et extra-pénales. Le phénomène de convergence existe également pour les sanctions patrimoniales non pécuniaires que sont les confiscations.

b. Les confiscations

63. *Les confiscations en droit français.* En droit français, la confiscation est avant tout une peine, mais quelques formes de confiscations existent également en dehors du champ pénal. La peine de confiscation en droit pénal français est une peine principale alternative en matières délictuelle⁵⁶¹ et contraventionnelle⁵⁶² ou une peine complémentaire pour toutes les catégories d'infractions⁵⁶³. La confiscation peut viser une liste restreinte d'éléments comme une ou plusieurs armes⁵⁶⁴ ou la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction, ou encore la chose qui en est le produit⁵⁶⁵. La confiscation peut aussi porter sur des catégories plus larges d'objets comme tous les biens meubles ou immeubles qui ont servi ou étaient destinés à servir à la commission de l'infraction, ceux qui sont l'objet de l'infraction et ceux qui constituent le produit direct

⁵⁶⁰ Plusieurs exemples peuvent être cités. En matière de responsabilité extra-contractuelle, lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, le montant des dommages-intérêts est réparti en fonction de la gravité de la faute de chaque auteur : art. 1478 C.c.Q. Le droit des contrats prévoit quant à lui une indemnisation de tous les dommages étant « une suite immédiate et directe de l'inexécution » d'une obligation contractuelle sans les limiter aux dommages prévus ou prévisibles lors de la conclusion du contrat lorsque la faute du cocontractant est lourde ou intentionnelle : art. 1613 C.c.Q. Tous les auteurs n'associent pas pour autant ce mécanisme de répartition à l'idée de peine privée, certains le reliant plutôt à la détermination du lien de causalité : P. ROY, préc., note 157, par. 70.

⁵⁶¹ C'est une peine alternative à l'emprisonnement en tant que peine privative ou restrictive de droits par le jeu des articles 131-3 7° et 131-6 4°, 7°, 10° C. pén. et en tant que peine complémentaire par application de l'article 131-3 8° C. pén.

⁵⁶² En tant que peine privative ou restrictive de droits de l'article 131-14 3° et 6°, elle est alternative à l'amende contraventionnelle de cinquième classe : art. 131-12 2° C. pén.

⁵⁶³ La confiscation

est prévue à titre de peine complémentaire pour les personnes physiques par l'article 131-10 pour les crimes et délits lorsque la loi le prévoit. En matière contraventionnelle, elle est envisagée à l'article 131-16 3°, 5°, 10° C. pén. et peut être prononcée lorsque le règlement qui réprime la contravention le prévoit. Elle existe aussi pour les personnes morales en matière criminelle et délictuelle lorsque la loi le prévoit : art. 131-39 10° C. pén.

⁵⁶⁴ Art. 131-6 7° C. pén. Cela concerne les armes dont le condamné est propriétaire ou dont il a la libre disposition,

⁵⁶⁵ Art. 131-6 10° C. pén. Il est aussi possible de confisquer un animal : art. 131-10 C. pén.

ou indirect de l'infraction⁵⁶⁶. La confiscation générale des biens est également possible dans certains cas⁵⁶⁷. La confiscation existe aussi à titre de mesure de sûreté en raison de la dangerosité ou de l'illicéité des objets concernés, sans égard à la nature ou à la gravité des faits, ni à l'issue de l'action publique⁵⁶⁸. Enfin, la confiscation peut porter sur des droits incorporels⁵⁶⁹. Cette peine peut être prévue par les dispositions pénales d'autres codes, comme le Code de la propriété intellectuelle pour sanctionner la contrefaçon⁵⁷⁰. Une confiscation civile existe également en cette matière.

En effet, le Code de propriété intellectuelle prévoit qu'à la demande de la partie lésée et sur décision de la juridiction civile, le contrefacteur civilement condamné peut se voir confisquer les « produits reconnus comme produits contrefaisants et les matériaux et instruments ayant principalement servi à leur création ou fabrication »⁵⁷¹. Il existe également quelques sanctions de confiscation en matière fiscale⁵⁷².

64. La confiscation en droit canadien. Le droit criminel organise de manière générale la confiscation de biens appartenant à un condamné selon différentes séries de mesures⁵⁷³. La confiscation est notamment possible pour les biens constituant des produits de la criminalité⁵⁷⁴ en lien avec une infraction désignée⁵⁷⁵ pour laquelle une personne est trouvée coupable, mais également d'autres biens dont on peut établir qu'ils sont en lien avec des activités criminelles qui ne font pas l'objet de la condamnation de la personne⁵⁷⁶.

⁵⁶⁶ Art. 131-21 al. 2 et 3 C. pén. La confiscation est possible à condition que les objets appartiennent au condamné, ou s'il en a la libre disposition, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi.

⁵⁶⁷ Art. 131-21 al. 6. C. pén. C'est le cas en matière de crime contre l'humanité (art. 213-1 4° C. pén.), de trafic de stupéfiants (art. 222-49 al. 2 C. pén.) et d'actes de terrorisme (art. 422-6 C. pén.).

⁵⁶⁸ Art. 131-21 al. 7 C. pén.

⁵⁶⁹ Art. 131-21 al. 8 C. pén.

⁵⁷⁰ Art. L. 335-6 al. 2 C. prop. int.

⁵⁷¹ Voir par exemple les articles L. 615-7-1 al. 1 et L. 716-15 du Code de la propriété intellectuelle pour la propriété industrielle et l'article L. 331-1-4 al. 1 et al. 4, pour la propriété littéraire et artistique.

⁵⁷² Par exemple, la confiscation de produits vitivinicoles sur lesquels portent la fraude fiscale (art. 1804 CGI) ou la confiscation de timbres (art. 1840 R CGI).

⁵⁷³ Voir également la confiscation des biens infractionnels, c'est-à-dire de biens utilisés pour la perpétration d'une infraction (art. 2 C.cr.), prévue par le *Code criminel* ou la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers*, pour laquelle une personne est déclarée coupable d'un acte criminel : art. 490.1 et 490.2 C.cr.

⁵⁷⁴ Art. 462. 37 et suiv. C.cr.

⁵⁷⁵ Art. 462.3 (1) « infraction désignée ».

⁵⁷⁶ Art. 462. 37 (2. 02) C.cr. Il faut toutefois noter que la Cour suprême a considéré que la mesure de confiscation rendue sur le fondement de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* n'intégrait pas la détermination de la peine dans le cadre d'une approche globale de la peine infligée pour l'infraction : *R. c. Craig*, [2009] 1 R.C.S. 762 (CSC), spéc. par. 34, 40 et 44 (motifs rendus par la juge Abella). La confiscation constitue une conséquence rattachée à la peine infligée pour l'infraction mais elle ne se confond pas avec elle : *Id.*, par. 41. Le juge Fish, en partie dissident, considère toutefois que lorsque l'ordonnance de confiscation constitue une mesure punitive infligée au délinquant, elle doit être prise en compte dans la détermination de la peine appropriée : *Id.*, par. 93. Il existe également quelques peines de confiscation spécifiques à certaines infractions.

Certaines confiscations liées sont liées à des contextes criminels ou pénaux, mais ne sont pas organisées par des lois de nature criminelle. Par exemple au Québec, certaines confiscations peuvent être ordonnées en application et exécution des lois fiscales⁵⁷⁷. D'autres peuvent l'être sur le fondement de la *Loi sur la confiscation, l'administration et l'affectation des produits et instruments d'activités illégales*⁵⁷⁸, qui prévoit la confiscation civile de biens provenant d'activités illégales ou utilisées dans l'exercice de telles activités⁵⁷⁹. Les activités illégales visées correspondent aux comportements prohibés par le *Code criminel*, la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* et la *Loi sur le cannabis*⁵⁸⁰. Ces activités illégales sont également constituées par des comportements constitutifs d'infractions pénales sur le fondement de certaines lois québécoises comme la *Loi sur les valeurs mobilières* ou la *Loi sur la qualité de l'environnement* pour les infractions prévues aux articles 115. 31 et 115. 32⁵⁸¹. L'objectif de la confiscation civile est d'empêcher le titulaire de droits sur les biens, ou celui qui s'en sert, sous réserve de sa bonne foi, d'en conserver le bénéfice⁵⁸². La demande est formulée au profit de l'État, par le procureur général, à un Tribunal de juridiction civile⁵⁸³. Cette confiscation, de nature civile⁵⁸⁴, possède donc des liens très étroits avec le droit pénal, qu'il soit criminel ou réglementaire. Elle permet la confiscation de biens au-delà de ce qui est possible en vertu du *Code criminel*⁵⁸⁵. On peut enfin signaler, en matière de valeurs mobilières, la possibilité pour le Tribunal des marchés financiers, sur demande l'Autorité, d'enjoindre à une personne de remettre à l'Autorité les montants obtenus par suite d'un manquement à une obligation prévue par la législation⁵⁸⁶. Cette forme de confiscation fait partie des mesures prises « dans l'intérêt public et des pouvoirs de redressement », elle n'est pas une disposition pénale de la *Loi sur les valeurs mobilières*.

⁵⁷⁷ *Loi sur l'administration fiscale*, c. A. 002, art. 68.0.2 al. 3 et 4.

⁵⁷⁸ *Loi sur la confiscation, l'administration et l'affectation des produits et instruments d'activités illégales*, L.Q., c. C-52. 2.

⁵⁷⁹ *Id.*, art. 1.

⁵⁸⁰ *Id.*, art. 2, al. 1^{er}.

⁵⁸¹ *Id.*, art. 2, al. 2nd.

⁵⁸² *Id.*, art. 1, al. 1^{er}.

⁵⁸³ *Id.*, art. 4, al. 1.

⁵⁸⁴ Les règles applicables sont celles de la procédure civile : *Id.*, art. 4, al. 3.

⁵⁸⁵ Cette loi, qui ne permet la confiscation que de biens se situant au Québec, est en revanche indifférente à la localisation géographique des activités illégales en rapport avec ces biens. Elles peuvent avoir été réalisées en dehors du territoire québécois pourvu qu'elles soient aussi des activités illégales au Québec : *Id.*, art. 3.

⁵⁸⁶ Art. 262.1 L.v.m.

65. *La convergence des sanctions pénales et extra-pénales quant à leur nature.* Les peines n'ont pas d'objets qui leur sont essentiellement propres. Ce constat peut être fait autant en droit français qu'en droit canadien, renforçant l'intérêt des réflexions sur les présupposés concernant le droit pénal et sur les mouvements du droit positif en matière de sanctions. Il permet une remise en cause de la spécificité de la nature punitive des sanctions pénales par rapport à d'autres sanctions et mesures aux objets semblables. Mais il arrive que le droit pénal continue d'être distingué d'autres branches du droit en raison de la gravité supérieure de ses sanctions⁵⁸⁷. Cette seconde particularité punitive de la sanction pénale, sa sévérité, peut également être relativisée. C'est un élément important à prendre en compte dans l'établissement de l'émergence d'une notion unifiée de répression. En effet, le seul bilan de la convergence d'objets des sanctions pénales et extra-pénales pourrait être insuffisant pour conclure à l'existence du phénomène. Cependant, l'association d'une convergence d'objets des sanctions à une convergence de gravité renforce l'idée que les mouvements du droit positif ne témoignent pas seulement d'une simple atténuation ou dilution de la nature punitive des peines, mais d'une diffusion de cette nature dans d'autres matières. C'est pourquoi il convient d'exposer la convergence des sanctions pénales et extra-pénales dans leur gravité.

B. La convergence des sanctions pénales et extra-pénales au regard de leur gravité

66. *La gravité des sanctions extra-pénales comme manifestation de l'émergence de la notion unifiée de répression.* La gravité des sanctions pénales est caractéristique de la répression. L'existence de sanctions extra-pénales dont la gravité est approuvante, identique, voire supérieure à celle des sanctions pénales, est un facteur d'émergence d'une répression extra-pénale d'une nature semblable à la répression pénale⁵⁸⁸. La gravité de certaines sanctions extra-pénales manifeste ainsi l'émergence d'une notion unifiée de

⁵⁸⁷ Par exemple, un auteur a pu affirmer qu'il serait préférable « d'admettre que la séparation entre le pénal et l'administratif repose moins sur une différence de nature que sur une différence de degré de sévérité, ce qui signifie que les sanctions pénales présentent une plus grande gravité que les autres formes de contrainte » : G. DELLIS, préc., note 36, par. 83. L'auteur précise que la distinction suivrait donc « un critère quantitatif et non pas qualitatif ».

⁵⁸⁸ Par exemple, certains auteurs emploient le terme « répression » à propos des sanctions administratives justement en raison de leur quantum parfois aussi sévère que celui des amendes pénales : *Id.*; M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, préc., note 1; Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, « Sanction administrative », dans Gérard LOPEZ et Stamatios TZITZIS (dir.), *Dictionnaire des sciences criminelles*, Paris, Dalloz, 2007, p. 841-845, à la p. 841; P. ISSALYS, préc., note 2.

répression. Pour pouvoir établir la gravité de ces sanctions, il faut expliquer comment celle-ci peut être conçue.

67. *Notion de gravité d'une sanction.* La gravité désigne dans le langage courant le « caractère de ce qui est important » et le « caractère dangereux de quelque chose, en particulier d'une affection, d'une maladie qui menacent la vie ou laissent des séquelles permanentes »⁵⁸⁹. Au regard de ces éléments de définition, la gravité d'une sanction peut être mesurée de deux façons. Une sanction pourrait être grave par rapport, d'une part, à l'intérêt auquel elle porte atteinte et d'autre part, en fonction de l'importance avec laquelle elle atteint cet intérêt. On peut constater que la gravité de certaines sanctions pénales et extra-pénales converge selon ces deux mesures⁵⁹⁰. Ainsi, on peut observer une gravité semblable de ces sanctions en raison de leurs objets (1) et de leur quantum (2).

1. La gravité semblable des sanctions pénales et extra-pénales en raison de leurs objets

68. *L'absence d'objet exclusif à la sanction pénale.* Comme il l'a été précédemment établi, il n'existe pas de sanction dont l'objet est exclusivement pénal⁵⁹¹. La privation de liberté est elle-même utilisée à titre de sanction en dehors du droit pénal⁵⁹². Outre la privation de liberté, d'autres formes identiques de sanctions aux conséquences socio-économiques importantes existent dans différentes branches du droit. Par exemple, la privation du droit d'exercer une profession, l'amende ou la confiscation de biens ont des effets similaires sur un individu, qu'elles soient des mesures pénales ou extra-pénales. Il en est de même des conséquences de la publication d'une décision de sanction. Le fait que des sanctions extra-pénales portent atteinte à des intérêts également visés par des sanctions pénales est un indicateur de leur caractère potentiellement répressif.

69. *La gravité des sanctions pénales du fait de leur large domaine.* Le recours plus large en droit pénal à certaines sanctions très attentatoires aux droits et libertés n'amoindrit pas le propos. En effet, il ne s'agit pas de dire que l'émergence d'une notion unifiée de répression se fonde sur une convergence généralisée de toutes les mesures

⁵⁸⁹ Larousse, v° « Gravité », en ligne : <<http://www.larousse.fr>> (consulté le 6 juillet 2018).

⁵⁹⁰ C'est pourquoi la gravité des sanctions pénales ne peut pas constituer un critère d'identité de la sanction pénale : C. MANDON, préc. note 59, par. 485 et 521, p. 464-465 et 600-601.

⁵⁹¹ *Supra*, par. 40 et suiv.

⁵⁹² *Supra*, par. 46 et suiv.

pénales et extra-pénales s'apparentant à des sanctions. Il faut et il suffit de constater que certaines mesures ressemblent⁵⁹³ à des peines pour qu'elles soient considérées au même titre comme des mesures répressives, au regard d'une notion unifiée de répression. La ressemblance peut être établie par une proximité substantielle qui révèle en elle-même une convergence de gravité des sanctions, notamment pour les mesures privatives de liberté, et par une proximité des *quanta* de ces différentes mesures.

2. La gravité semblable des sanctions pénales et extra-pénales en raison de leur quantum

70. *Le constat existant de la gravité des amendes administratives.* Le constat de la proximité quantitative de certaines sanctions pénales et extra-pénales n'est pas nouveau, particulièrement pour les sanctions administratives pécuniaires. Les montants des amendes administratives rivalisent avec ceux des amendes pénales depuis plusieurs dizaines d'années⁵⁹⁴. Ce phénomène se confirme aujourd'hui, et est étendu à d'autres sanctions qui ne sont pas uniquement pécuniaires. Pour apprécier l'ampleur de ce mouvement, il faut déterminer la façon dont peuvent être comparés les *quanta* des différentes sanctions.

71. *La détermination de la gravité des sanctions extra-pénales par référence au quantum des sanctions pénales.* La méthode la plus simple pour déterminer le degré de gravité des mesures extra-pénales est de comparer leur *quantum* à ceux des peines, et autres sanctions pénales, ayant des objets similaires⁵⁹⁵. Trois approches sont notamment

⁵⁹³ De la même manière, il n'est pas nécessaire de constater que les *quanta* des sanctions extra-pénales équivalent toujours à ceux des peines ayant le même objet pour établir une convergence de certaines d'entre-elles.

⁵⁹⁴ Deux auteurs écrivaient ainsi en 1992 que :

« [...] la sanction administrative ne se distingue pas de la sanction pénale [...] par sa mesure puisque la sanction administrative peut être aussi grave que la sanction pénale, voire même plus, ainsi lorsque le texte instituant une amende s'abstient de déterminer son montant maximum [...] ». (M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, préc., note 1, p. 51).

⁵⁹⁵ Il n'est pas impossible de raisonner sur la base de sanctions aux objets distincts. C'est une possibilité mise en avant par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015, *M. John L. et autres*, au paragraphe 26. Le Conseil constitutionnel y avait conclu à l'identité de nature des sanctions pénales du délit d'initié et administratives du manquement d'initié au regard de la sévérité beaucoup plus élevée de la sanction administrative pécuniaire maximale (10 millions d'euros ou 10 fois le profit réalisé) par rapport à l'amende pénale (1,5 millions d'euros ou 10 fois le profit réalisé) et cela malgré le fait que les personnes physiques encouraient également l'emprisonnement en droit pénal et les personnes morales la dissolution. Mais cette façon d'opérer peut comporter différentes difficultés. A partir de quand une sanction pécuniaire équivaut-elle en nature à une peine privative de liberté ? Fallait-il

possibles. Une première méthode consiste à comparer les *quanta* des mesures ayant des objets similaires pour des comportements semblables. À défaut de mesure encadrant des comportements identiques ou proches, ou en complément de cette première approche, une deuxième méthode consiste à comparer abstraitement les *quanta* maximaux d'une catégorie de sanctions dans les différentes branches du droit dans lesquelles elle existe. Enfin, pour les sanctions de confiscation, il est pertinent de réfléchir au regard de l'étendue des confiscations possibles dans les différentes matières, car elles ne font pas l'objet de prévision quantitative de la même façon que les autres types de sanctions. La gravité d'une sanction extra-pénale est ainsi avérée si elle est d'un *quantum* ou d'une étendue proche⁵⁹⁶ ou équivalente à une sanction pénale correspondante⁵⁹⁷. La mise en œuvre de ces comparaisons permet de constater que certaines sanctions et mesures, qui ne sont pas des peines, ont des niveaux de gravité qui, sans être toujours équivalents, sont proches de ceux de certaines peines. Cette proximité, déjà bien connue pour certaines sanctions pécuniaires, existe également dans certains cas pour les sanctions de confiscations et les diverses formes de privation et restriction à certaines libertés et certains droits. C'est pourquoi il faut exposer la proximité quantitative de certaines sanctions pénales et extra-pénales extrapatrimoniales (a) et la proximité quantitative de certaines sanctions pénales et extra-pénales patrimoniales (b).

nécessairement que la sanction pécuniaire soit six fois plus élevée que l'amende pénale pour conclure à l'identité de nature malgré la présence de l'emprisonnement en droit pénal ? Cette façon de concevoir la comparaison semble poser plus de questions que donner de réponses pour déterminer la gravité d'une sanction.

⁵⁹⁶ La question du seuil de proximité suffisant pour établir une gravité semblable des mesures pénales et extra-pénales est difficile à résoudre. Néanmoins, il ne semble pas nécessaire que le *quantum* maximum d'une mesure extra-pénale soit équivalent à celui d'une sanction pénale correspondante. La démonstration de convergence des diverses sanctions suppose d'établir un rapprochement et non une identité. Ainsi, une mesure extra-pénale peut apparaître d'un niveau de gravité semblable à celui d'une mesure pénale lorsque son *quantum* est identique à celui d'une mesure pénale substantiellement identique, même s'il ne s'agit pas de la mesure pénale la plus sévère de cette catégorie d'objet.

⁵⁹⁷ Les méthodes employées ne prétendent pas à l'exhaustivité. Elles visent à donner un aperçu de l'étendue de la convergence de la gravité de certaines sanctions pénales et extra-pénales, démontrant ainsi l'émergence d'une notion unifiée de répression. Il est question de mettre en perspective les idées selon laquelle les peines sont généralement plus sévères que ne le sont les sanctions des autres branches du droit et l'idée qu'il existe toutefois quelques sanctions extra-pénales tout aussi sévères que les peines ou les sanctions pénales. Ces démarches permettent ainsi de se rendre compte que, sans être général ou total, les phénomènes de convergence existent de façon répandue pour différents types de sanctions.

- a. La proximité quantitative de certaines sanctions pénales et extra-pénales extrapatrimoniales

72. *La proximité limitée de certaines privations de liberté pénales et extra-pénales en droit français.* En droit français, les mesures privatives de liberté extra-pénales assimilables à des sanctions sont globalement moins sévères que les sanctions pénales. Les peines et mesures de sûreté privatives de liberté peuvent en effet être bien plus longues que les sanctions non pénales. Les peines privatives de liberté peuvent durer d'au plus deux mois à la perpétuité⁵⁹⁸. La rétention administrative peut être d'un maximum de 210 jours (soit environ 7 mois)⁵⁹⁹ et le maintien en zone d'attente, qui doit durer « le temps strictement nécessaire » au départ de la personne étrangère⁶⁰⁰, peut aller jusqu'à 20 jours⁶⁰¹. La mise en cellule disciplinaire d'un adulte peut durer 30 jours maximum pour les fautes les plus graves⁶⁰². La seule mesure privative de liberté dont la durée peut s'étendre pour devenir aussi longue que celle de la peine privative de liberté à perpétuité est la rétention de sûreté. Cette mesure pénale, non qualifiée de peine, de punition ou encore de sanction⁶⁰³, mais considérée comme une sanction par la doctrine, n'a aucune limite temporelle. Elle est reconductible autant de temps que dure la dangerosité de la personne⁶⁰⁴. Les sanctions privatives de liberté pénales apparaissent plus graves que les mesures extra-pénales, au regard des *quanta* maximaux abstraitement prévus pour ces différentes mesures. Pourtant, si l'on se concentre sur la catégorie pénale des délits, il est évident que les rétention administrative et maintien en zone d'attente comportent une certaine gravité au regard de la durée totale qu'elles peuvent avoir, environ 6 et 7 mois,

⁵⁹⁸ De deux mois au plus à 10 ans au plus pour les délits (art. 131-4 C. pén.) et de 10 ans au plus à la perpétuité pour les crimes (art. 131-1 C. pén.).

⁵⁹⁹ La durée initiale de détention est de 48 heures (art. L. 741-1 et L. 741-2 CESEDA) et ne doit durer que le « temps strictement nécessaire au départ » mais différentes prolongations peuvent être autorisées par le juge des libertés et de la détention (ci-après JLD) (art. L. 742-1 et suiv. CESEDA). La durée de 210 jours concernent des personnes dont le comportement est lié à des activités à caractère terroriste pénalement constatées : art. L. 742-7 CESEDA.

⁶⁰⁰ Art. L. 341-1 CESEDA.

⁶⁰¹ Ce temps est initialement de 4 jours maximum (art. L. 341-2 CESEDA) mais différentes prolongations peuvent être décidées pour différents motifs (art. L. 342-1 et L. 342-4 CESEDA).

⁶⁰² Art. R. 235-12 C. pénit.

⁶⁰³ Cons. const. 21 février 2008, n° 2008-562 DC, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, par. 9. *Infra*, par. 138.

⁶⁰⁴ La décision de rétention de sûreté est valable un an (art. 706-53-16 al. 1 C. pr. pén.) mais renouvelable pour un an quand les conditions initiales sont toujours réunies (art. 706-53-16 al. 2 C. pr. pén.) et cela de façon illimitée. C'est l'une des raisons pour lesquelles, alors que cette mesure n'a été qualifiée ni de peine ni de sanction ayant le caractère de punition, le Conseil constitutionnel a décidé d'appliquer le principe de non-rétroactivité de l'article 8 de la DDHC : Cons. const. 21 février 2008, préc., note 603, par. 9 et 10.

équivalente à certaines peines d'emprisonnement correctionnel⁶⁰⁵. On observe cet état de fait de façon encore plus flagrante au Canada.

73. La grande proximité de certaines privations de liberté pénales et extra-pénales en droit canadien. En droit canadien, l'échelle de gravité de la peine privative de liberté s'étend d'un maximum de 2 ans à la perpétuité pour les actes criminels, lorsque le législateur a précisé la peine encourue pour l'infraction⁶⁰⁶. Lorsqu'elle n'est pas spécifiquement prévue, l'emprisonnement encouru est d'un maximum de cinq années pour les actes criminels⁶⁰⁷ et de 6 mois pour les poursuites par procédure sommaire⁶⁰⁸. En droit provincial, les peines d'emprisonnement sont, de fait, limitées à un maximum de 5 ans moins un jour⁶⁰⁹. On en relève un exemple dans la *Loi sur les valeurs mobilières*⁶¹⁰. L'outrage au tribunal civil, sanction de nature pénale prononcée par une juridiction civile dans un contexte civil, peut être assorti d'un emprisonnement d'une année⁶¹¹. Quant à la détention administrative des étrangers, elle n'est aucunement limitée⁶¹². Certaines personnes restent privées de leur liberté plusieurs années, même si cette détention n'est pas prévue pour durer indéfiniment⁶¹³. Il est ici remarquable qu'une mesure administrative puisse entraîner une privation de liberté d'une durée tout à fait semblable à un emprisonnement criminel ou pénal. Ce sont tant l'objet de cette mesure que sa gravité quantitative qui permettent à certains auteurs de souligner la logique pénale de ce système

⁶⁰⁵ Art. 131-4 6° et 7° CP.

⁶⁰⁶ La perpétuité pouvant même parfois constituer une peine minimale : Art. 235 (1) et (2) C.cr. pour les meurtres au 1^{er} et 2nd degré.

⁶⁰⁷ Art. 743 C.cr.

⁶⁰⁸ Art. 787 (1) C.cr.

⁶⁰⁹ Le *Code de procédure pénale* du Québec ne limite pas la durée de l'emprisonnement, mais le fait d'encourir une peine d'emprisonnement supérieure à 5 ans moins un jour donne à la personne poursuivie le droit à un procès avec jury (art. 11 f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*). Ainsi, le législateur provincial n'a pas d'intérêt à prévoir une telle peine, pour l'application de laquelle il devrait définir le processus de sélection du jury, ce qui n'est pas le cas dans le *Code de procédure pénale*.

⁶¹⁰ Art. 208. 1 L.v.m.

⁶¹¹ Art. 62 al. 2 C.p.c.

⁶¹² Cette mesure administrative peut se révéler particulièrement sévère pour les étrangers dits « désignés », qui sont automatiquement détenus et jusqu'à ce que leur demande de protection ou d'asile soit accueillie et cela en dernier ressort ou qu'une mise en liberté soit ordonnée (art. 56(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*). Des contrôles sont organisés pour vérifier l'existence puis le maintien des motifs justifiant la détention et cela en fonction du statut de l'étranger, à savoir s'il est désigné (art. 57.1 (1) et (2) de la) ou non (art. 57 (1) et (2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*).

⁶¹³ L'Agence des services frontaliers du Canada considère que tout détention de plus de 99 jours est une détention de longue durée, qui n'est justifiable qu'en raison de certains motifs limités : Guide opérationnel ENF 20 Détention, par. 6, 14, en ligne : <https://www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/francais/ressources/guides/enf/enf20a-fr.pdf> (consulté le 9 janvier 2020).

de contrôle de l'immigration⁶¹⁴. On peut également noter que lorsque l'isolement disciplinaire était possible, celui-ci était de 30 jours maximum par infraction⁶¹⁵, sans pouvoir dépasser 45 jours en cas de peines purgées consécutivement⁶¹⁶. Il est intéressant de souligner que ce surcroît de privation de liberté, de courte durée au regard de la peine privative de liberté qui a pu motiver l'incarcération du détenu, a été supprimé du régime disciplinaire du système correctionnel en considération des conséquences qu'elle pouvait avoir sur un détenu. En effet, dans certaines circonstances, cette sanction disciplinaire pourrait s'apparenter à un traitement cruel et inusité, portant atteinte à l'article 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶¹⁷.

74. La proximité de certaines restrictions pénales et extra-pénales à la liberté d'aller et venir en droit français. En droit français, les durées maximales des peines restrictives de la liberté d'aller et venir sont supérieures à celles des mesures extra-pénales ayant des objets comparables. En effet, l'interdiction du territoire français peut être prononcée contre les majeurs de manière définitive ou pour 10 années au plus⁶¹⁸. L'interdiction de se rendre à l'étranger peut être encourue pour 10 ans⁶¹⁹ ou 5 ans maximum⁶²⁰. Enfin, l'interdiction de séjour est encourue également pour des durées maximales de 10 ans pour les crimes et 5 ans pour les délits⁶²¹ et l'interdiction de paraître dans certains lieux pour 3 ans maximum⁶²². Les mesures semblables imposées dans le cadre de la peine

⁶¹⁴ D. NAKACHE, préc., note 401. De ce point de vue, la logique pénale et punitive du système migratoire administratif ne doit pas être purement et simplement confondue avec une logique criminelle au sens strict. Si certains auteurs mettent en avant l'idée de criminalisation de l'immigration via l'imposition d'un contrôle entraînant des mesures substantiellement semblables à certaines peines criminelles, il est également possible de concevoir cette logique punitive comme le résultat d'un système administratif dont les mécanismes diffèrent du droit criminel et dont la compréhension nécessite de se départir de l'image d'un droit administratif empruntant partiellement, et selon ses propres choix, ses techniques au droit criminel. En ce sens, les mesures administratives du droit de l'immigration ne seraient pas des peines mais des mesures de police préventives caractérisant une forme de punition différente de la punition criminelle : João VELLOSO, « Au-delà de la criminalisation : l'immigration et les enjeux pour la criminologie », (2013) 46-1 *Criminologie* 55-82.

⁶¹⁵ Art. 44 (1) f) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (L.C. 1992, ch. 20), [Abrogé, 2019, ch. 27, art. 11].

⁶¹⁶ Art. 40 (2) du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (DORS/92-620), [Abrogé, DORS/2019-299, art. 13].

⁶¹⁷ Énoncé concernant la *Charte*, relatif à *Loi modifiant la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition et une autre loi*, projet de loi C-83 (Sanctionné – 21 juin 2019), 1^{re} sess., 42^e légis. (Can.), en ligne : <<http://www.justice.gc.ca>> (consulté le 11 janv. 2021). Voir également : *Canadian Civil Liberties Association v. Canada (Attorney General)*, 2009 ONCA 243.

⁶¹⁸ Art. 131-30 al. 1 C. pén.

⁶¹⁹ Art. 221-11-1 C. pén.

⁶²⁰ Art. 222-47 al. 2, 225-20 I 6°, 227-25 4° et 324-7 11° C. pén.

⁶²¹ Art. 131-31 al. 2 C. pén.

⁶²² Art. 131-6 12° C. pén.

d'emprisonnement avec sursis probatoire sont prononcées pour 12 mois minimum et jusqu'à 3 ans maximum pour un primo-délinquant⁶²³. En revanche, en droit administratif, les mesures restrictives de la liberté d'aller et venir ne peuvent pas dépasser 12 mois⁶²⁴, sauf pour l'assignation à résidence prononcée à l'encontre d'un étranger dans le cadre d'une interdiction de retour ou de circulation sur le territoire français ou d'une interdiction, pénale ou administrative, du territoire français, qui peut durer plusieurs années⁶²⁵. En droit civil, les mesures restrictives à la liberté d'aller et venir, dans le cadre de l'ordonnance de protection des victimes de violence, peuvent être imposées pour 6 mois maximum, mais peuvent être prolongées lorsque le juge aux affaires familiales a été saisi d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou relative à l'exercice de l'autorité parentale⁶²⁶. Malgré les plus faibles durées des mesures extra-pénales de restriction à la liberté d'aller et venir, il est intéressant de constater que ces mesures non pénales, dont l'objet est identique à certaines peines, peuvent être prises pour plusieurs mois. Dans quelques cas restreints, il faut noter qu'une assignation à résidence prononcée dans le cadre du CESEDA peut être aussi grave qu'une restriction pénale de liberté du point de vue de sa durée. Certaines dispositions administratives canadiennes permettent également d'imposer des mesures restrictives de la liberté d'aller et venir parfois aussi sévères que celles du droit criminel quant à leur *quantum*.

71. La proximité de certaines restrictions administratives et pénales à la liberté d'aller et venir en droit canadien. Bien qu'elles ne visent pas exactement les mêmes éléments de la liberté d'aller et venir, les unes s'attachant à empêcher le franchissement des frontières du Canada et les autres visant à délimiter des zones géographiques restreintes de circulation à l'intérieure des frontières du Canada, il est intéressant de noter que les mesures administratives atteignant cette liberté sont d'une durée possiblement plus longue que les mesures pénales. Par exemple, l'interdiction du territoire prononcée pour

⁶²³ Art. 132-42 al. 2 CP. Il est précisé que le délai de probation pour une personne en état de récidive légale peut être porté à 5 ans et, en cas de nouvel état de récidive légale, à 7 ans. La personne condamnée peut par exemple, devoir s'« abstenir de paraître en tout lieu, toute catégorie de lieux ou toute zone spécialement désignés » (art. 132-45 9° CP) et devoir « respecter l'interdiction de se rapprocher d'une victime de violences commises au sein du couple » (art. 132-45 18° bis CP).

⁶²⁴ Imposées initialement pour des périodes plus courtes, de 3 mois (par exemple pour l'interdiction de se déplacer à l'extérieur d'un périmètre géographique déterminé dans le cadre de la lutte contre le terrorisme : art. L. 228-2 al. 1 1° et al. 2 C. séc. int.) ou 6 mois (pour l'obligation de ne pas paraître dans un lieu déterminé, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme : art. L. 228-4 al. 1 3° et al. 2 C. séc. int.), elles peuvent être renouvelées à différentes conditions, dans la limite maximum de 12 mois.

⁶²⁵ Art. L. 731-5 et L. 732-5 CESEDA.

⁶²⁶ Art. 515-12 C. civ.

le motif de fausses déclarations court pour les 5 années qui suivent la décision la constatant en dernier ressort ou l'exécution de la mesure de renvoi⁶²⁷. Quant aux décisions prises par le ministre chargé de la Citoyenneté et de l'Immigration, de refuser de délivrer ou de révoquer un passeport, elles peuvent s'accompagner, pour des motifs identiques au refus ou à la révocation, du refus de fournir les services de passeport pendant une période d'au plus 10 ans.⁶²⁸ En comparaison, les atteintes à la liberté d'aller et venir rendues possibles par les ordonnances de sursis et de probation ne peuvent pas durer, respectivement, plus de 2 ans moins un jour et 3 ans⁶²⁹. En cas de cumul d'un emprisonnement avec sursis et d'une ordonnance de probation, cette durée pourra être d'au plus 5 ans moins un jour⁶³⁰. On peut également noter que les conditions d'un engagement de ne pas troubler l'ordre public peuvent être appliquées pendant 12 mois maximum⁶³¹ et parfois plusieurs années⁶³². Ces mesures prises dans un contexte pénal, sans qu'une poursuite ou d'une déclaration de culpabilité pour une infraction criminelle n'ait été faite, n'ont pas une durée négligeable. Par ces exemples, il est possible de constater que des mesures restrictives de la liberté d'aller et venir, pénales et extra-pénales, contribuent à l'émergence d'une notion unifiée de répression diffuse dans l'ensemble du droit. Cette réflexion peut être prolongée avec les privations et restrictions de droit.

75. *La proximité de certaines privations et restrictions de droits, pénales et extra-pénales, en droit français.* En droit français, deux exemples permettent de comparer aisément la gravité respective des mesures privatives et restrictives de droits du droit pénal et des autres matières. Le premier est une comparaison entre le droit pénal et le droit administratif et le second entre le droit pénal et le droit civil. Premièrement, la peine de suspension du permis de conduire est encourue en droit pénal pour des durées

⁶²⁷ Art. 40 (2) a) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (L.C. 2001, c.27).

⁶²⁸ Art. 10. 2 (1) du *Décret sur les passeports canadiens*.

⁶²⁹ Respectivement, art.742.1 et art. 732. 2 (2) b) C.cr.

⁶³⁰ L'ordonnance de probation commence à s'exécuter lorsque cesse l'emprisonnement avec sursis : art. 732. 2 (1). La durée totale peut être de 6 ans en cas de période additionnelle de l'ordonnance de probation : art. 732. 2 (5) e) C.cr.

⁶³¹ Par ex. art. 810 (3° C.cr.

⁶³² Par ex. art. 810. 01 (3.1) C.cr. (pour 2 ans maximum), art. 810. 011 (4) C. cr (pour 5 ans maximum).

maximales d'un⁶³³, trois⁶³⁴ ou cinq ans⁶³⁵. En droit administratif, la suspension préfectorale du permis de conduire est encourue pour six mois⁶³⁶ ou un an maximum⁶³⁷. Dans l'ensemble, le droit pénal est plus sévère au regard du plafond plus élevé des peines encourues. La peine de suspension du permis de conduire a vocation à durer tandis que la suspension administrative est provisoire. Elle précède une décision judiciaire définitive⁶³⁸. Néanmoins, la durée de la suspension administrative n'est pas minime car elle peut être équivalente à une peine contraventionnelle de 5^e classe. Ensuite, un second exemple de privation ou restriction de droits extra-pénale d'une gravité semblable à une sanction pénale du même type peut être trouvé dans l'interdiction professionnelle relative au commerce et à l'industrie. Cette interdiction peut être prononcée pour un maximum de cinq ans⁶³⁹, 15 ans ou de manière définitive lorsqu'elle est une peine⁶⁴⁰. En droit civil, la sanction matériellement identique peut être prononcée pour une durée maximale de 15 ans⁶⁴¹. Celle-ci est donc d'une sévérité très comparable au droit pénal même si elle ne peut pas être définitive.

76. La proximité de certaines privations et restrictions de droits, pénales et extra-pénales, en droit canadien. Deux exemples peuvent être pris pour analyser la gravité de certaines mesures privatives et restrictives de droits extra-pénales en droit canadien. En premier lieu, la comparaison des durées maximales d'interdiction de conduire permet de constater, comme en droit français, que le droit criminel est plus sévère que les dispositions administratives, sans que ces dernières soient d'un *quantum* dérisoire. En effet, en vertu du *Code criminel*, la durée d'une interdiction de conduire peut être, selon

⁶³³ Comme peine alternative à l'amende contraventionnelle de 5^e classe : art. 131-14 1^o C. pén.

⁶³⁴ Comme peine complémentaire contraventionnelle : art. 131-16 1^o C. pén., ou en tant que peine principale alternative (art. 131-10 C. pén.) au délit d'installation en réunion sans autorisation sur le terrain d'autrui : art. 322-15-1 C. pén.

⁶³⁵ Comme peine délictuelle alternative à l'emprisonnement : art. 131-6 1^o C. pén., ou comme peine principale alternative à certains crimes et délits : par ex. art. 221-8 I 3^o (pour les atteintes à la vie de la personne), art. 222-44 I 3^o (pour les atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne), art. 434-45 (pour le délit de fuite après avoir causé ou occasionné un accident) C. pén.

⁶³⁶ Art. L. 224-2 al. 1 (conduite en état d'ivresse), al. 3 (usage de produits stupéfiants), al. 4 (dépassement de vitesse de 40 km/h et plus) C. de la route, et art. L. 224-7 et 224-8 (lorsque le préfet est saisi d'un procès-verbal constatant une infraction punie par le Code de la route de la peine complémentaire de suspension du permis de conduire) C. de la route.

⁶³⁷ Art. L. 224-2 al. 5 et 6 (en cas d'accident de la circulation ayant entraîné la mort) et 224-8 (en cas d'infraction d'atteinte involontaire à la vie ou d'atteinte involontaire à l'intégrité de la personne susceptible d'entraîner une incapacité totale de travail personnel, de conduite en état d'ivresse ou sous l'empire d'un état alcoolique, ou de délit de fuite) C. de la route.

⁶³⁸ Art. L. 224-9 C. de la route.

⁶³⁹ Comme peine correctionnelle alternative à l'emprisonnement : art. 131-6 15^o et art. 131-27 al. 2 C. pén.

⁶⁴⁰ Comme peine complémentaire pour un crime ou un délit : art. 131-27 al. 2 C. pén.

⁶⁴¹ Art. L. 653-11 C. com.

les circonstances, d'un an minimum à 10 ans maximum⁶⁴². Parfois, le Tribunal a la possibilité de déterminer librement la durée de l'interdiction⁶⁴³. L'interdiction administrative de conduire résultant de l'article 180 du *Code de la sécurité routière* peut être de 3, 4 ou 5 années consécutives, selon le passé de l'individu et l'infraction réalisée⁶⁴⁴. Ces durées se situent dans la fourchette des *quanta* minimum et maximum d'interdiction de conduire de nature criminelle, attestant de la gravité de la mesure administrative. En second lieu, on peut noter que l'interdiction, faite à une personne condamnée pour fraude, de chercher, d'accepter ou de garder un emploi ou un travail bénévole dans le cadre duquel elle exerce ou exercerait un pouvoir sur les biens immeubles, l'argent ou les valeurs d'autrui, édictée par l'article 380. 2 (1) du *Code criminel*, peut être prononcée pour la durée que le Tribunal juge appropriée, sans limite de temps. En comparaison, l'interdiction d'agir comme administrateur ou dirigeant d'un émetteur, d'un courtier, d'un conseiller et d'un gestionnaire de fonds d'investissement », posée à l'article 273.3 al. 1^{er} de la *Loi sur les valeurs mobilières*, qui peut être prononcée par le Tribunal administratif des marchés financiers pour 5 ans maximum, apparaît potentiellement plus courte. Néanmoins, cette durée de plusieurs années permet d'affirmer une certaine gravité de la mesure. L'identité de gravité des sanctions pénales et extra-pénales est moins concluante concernant les obligations de faire.

77. La proximité limitée de certaines peines ayant pour objet une obligation de faire quantifiable, en droit français et canadien. Toutes les mesures prenant la forme d'une obligation de faire ne sont pas quantifiées. Cela rend plus difficile l'analyse comparative de la gravité de ces mesures. Par exemple, l'obligation de suivre un stage de responsabilisation pour la prévention et la lutte contre les violences au sein du couple et sexistes existe tant en droit pénal⁶⁴⁵ qu'en droit civil⁶⁴⁶, mais celui-ci ne fait pas l'objet d'une quantification. Il n'est alors pas possible de conclure à leur gravité respective, si ce

⁶⁴² Art. 320. 24 (2), (3) et (5) b) et c) C.cr.

⁶⁴³ Art. 320. 24 (5) a) C.cr.

⁶⁴⁴ Art. 76 al.1, 76.1 et 76. 1.4 al.1 C.s.r. Lorsqu'une ordonnance d'interdiction est prise sur le fondement des dispositions de la partie VIII.1 du Code criminel, portant sur les infractions relatives aux moyens de transport, la durée de l'interdiction administrative ne peut pas être inférieure à celle de l'ordonnance criminelle : art. 76 al. 2 C.s.r. En ce cas, la sanction administrative est aussi forte que la sanction pénale mais elle l'est de façon dépendante et non autonome.

⁶⁴⁵ *Supra*, par. 54.

⁶⁴⁶ Elle est alors plus exactement une proposition mais pour laquelle le refus n'est pas totalement sans conséquence puisqu'il doit être signalé au procureur de la République par le juge aux affaires familiales auteur de la proposition : art. 515.11 2° bis C.civ.

n'est à la considérer comme équivalente⁶⁴⁷. Une comparaison peut toutefois être faite dans le cas des mesures prenant la forme d'un travail d'intérêt général. En tant que peine alternative correctionnelle, il peut durer de 20 à 400 heures⁶⁴⁸. En revanche, en tant que sanction disciplinaire, le travail de nettoyage des locaux dans le cadre pénitentiaire ne peut pas excéder 40 heures⁶⁴⁹. La sévérité de la peine est plus importante dans la mesure où sa durée maximale encourue est bien supérieure à la durée de la sanction disciplinaire. Il faut toutefois noter que le *quantum* de cette dernière se situe dans la fourchette du nombre d'heures prévues pour une peine et non pas en dessous. Une mesure d'une durée maximale de 100 heures de travail non rémunéré peut également être proposée dans le cadre de la composition pénale par le procureur de la République, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement⁶⁵⁰.

En droit canadien, le nombre d'heures de service communautaire à effectuer comme condition d'une ordonnance de sursis⁶⁵¹ ou de probation⁶⁵² peut s'élever à 240 heures. La durée des travaux d'utilité sociale, peine qui peut être imposée par un Tribunal civil dans le cadre d'un outrage au Tribunal civil, est quant à elle déterminée par le Tribunal dont le pouvoir de punir n'est pas en ce cas quantitativement limité⁶⁵³. La jurisprudence offre des exemples de condamnations à 120⁶⁵⁴ et 240 heures⁶⁵⁵ de travail d'utilité sociale. Il s'agit d'une sanction particulière, de nature pénale, mais imposée dans un contexte civil, dont on peut remarquer qu'elle peut être d'un *quantum* aussi élevé qu'une sanction criminelle substantiellement semblable.

⁶⁴⁷ Ce raisonnement pourrait ainsi être tenu pour les autres exemples de mesures consistant en des obligations de faire non quantifiées, exposés précédemment : *supra*, par. 54. Et l'on conclura alors à une gravité identique des mesures pénales et extra-pénales, principalement au regard de leur contenu et accessoirement par l'absence de distinction quantitative de ces mesures.

⁶⁴⁸ Art. 131-8 al. 1 C. pén. Voir égal. l'article 131-17 du Code de procédure pénale qui prévoit que « le règlement qui réprime une contravention de la 5e classe peut également prévoir, à titre de peine complémentaire, la peine de travail d'intérêt général pour une durée de vingt à cent vingt heures ». Le travail d'intérêt général peut être prévu pour une période de 18 mois maximum : art. 131-22 C. pén. Le code ne semble pas ici distinguer entre la peine de travail d'intérêt général comme peine principale ou comme peine complémentaire.

⁶⁴⁹ Art. R. 233-1 6° C. pénit.

⁶⁵⁰ Art. 41-2 al. 8 C. proc. pén. Cette mesure n'est pas une peine mais constitue bien une mesure pénale de réponse à la commission d'une infraction pénale, qui permet d'apprécier utilement la durée de la sanction disciplinaire.

⁶⁵¹ Art. 742.3 (2) d) C.cr. Les heures doivent être effectués au cours d'une période maximale de 18 mois.

⁶⁵² Art. 732.1 (3) f) C.cr. Les heures sont à effectuer au cours d'une période maximale de 18 mois.

⁶⁵³ Art. 62 2° Code de procédure civile.

⁶⁵⁴ *M.M c. K.K.*, 2020 QCCS 4384.

⁶⁵⁵ *Québec (Commission de protection du territoire agricole) c. Voghell*, 2015 QCCS 2635.

78. *La proximité des sanctions pénales et extra-pénales affectant l'honneur ou la réputation du condamné en droit français et canadien.* En droit français, certaines mesures d'affichage ou de diffusion d'une condamnation peuvent être aussi sévères dans leur *quantum* en droit pénal que dans d'autres matières. Ainsi, en droit pénal français, la durée de la peine d'affichage d'une décision de condamnation est décidée par le juge pénal, dans la limite de deux mois d'affichage⁶⁵⁶. En droit administratif, l'affichage de la décision prononcée par la commission des sanctions de l'Autorité de régulation des jeux en ligne est mis en œuvre dans les conditions prévues par l'article 131-35 du Code pénal⁶⁵⁷. La durée maximale de la sanction administrative d'affichage est donc identique. En revanche, aucune durée n'est indiquée par les textes pour la sanction d'affichage d'une décision de condamnation pour contrefaçon en droit de la propriété intellectuelle. Il est seulement précisé que la juridiction fixe les modalités d'une telle mesure⁶⁵⁸. Sa durée peut donc être aussi longue⁶⁵⁹, voire plus longue, que celle d'une peine substantiellement identique.

En droit canadien, l'obligation pesant sur une organisation d'informer le public de la nature d'une infraction dont elle a été jugée coupable, de la peine qui lui a été infligée et des mesures prises pour réduire la probabilité d'en commettre de nouvelles, est une condition facultative d'une ordonnance de probation⁶⁶⁰. Elle peut donc être identique à la durée de l'ordonnance, fixée par le juge dans la limite de trois ans⁶⁶¹. À titre de comparaison, l'article 13 de la *Loi sur la presse* permettant d'imposer la publication d'une décision de condamnation sur le fondement de la même loi ne fixe pas la durée possible de cette publication. Il est donc difficile de conclure à la gravité de la mesure comparativement au droit criminel en l'absence de limitation.

79. *La plus grande proximité quantitative des sanctions pénales et extra-pénales patrimoniales.* Plusieurs mesures extra-patrimoniales, aux différents objets, permettent de se rendre compte de l'étendue de la convergence des sanctions pénales et extra-pénales au regard de leur gravité quantitative. Mais pour ces mesures, la convergence n'équivaut

⁶⁵⁶ Art. 131-35 al. 4 C. pén.

⁶⁵⁷ Art. 43 VII 2° de la *Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*.

⁶⁵⁸ Art. L. 331-1-4 al. 2 et L. 615-7-1 al. 2 du Code de la propriété intellectuelle.

⁶⁵⁹ CA Paris 4e ch. B., 6 av. 2007, H&M c/ Dior, n° 05/22331 (sanction de deux mois d'affichage).

⁶⁶⁰ Art. 732.1 (3.1) C.cr.

⁶⁶¹ Art. 732. 1 (4) et 732.2 (2) b) C.cr.

pas souvent à une identité de gravité. En revanche, pour les sanctions pécuniaires pénales et extra-pénales, il est plus courant qu'elles soient d'un niveau de gravité très semblable.

b. La proximité quantitative de certaines sanctions pénales et extra-pénales patrimoniales

80. *La grande proximité de certaines sanctions pécuniaires pénales et extra-pénales en droit français et canadien.* Il est notable que certaines sanctions pécuniaires extra-pénales soient d'un *quantum* aussi élevé que des peines d'amende, tant en droit français qu'en droit canadien. Cela est particulièrement vrai pour les sanctions administratives pécuniaires. Les sanctions civiles, généralement moins élevées, peuvent toutefois atteindre des sommes très importantes dans certains cas. En droit français, afin de mieux appréhender la gravité de certaines sanctions extra-pénales, il convient de rappeler que le montant des amendes pénales dépend de la classification tripartite des infractions. Ainsi, pour les contraventions, c'est-à-dire les infractions les moins graves, le montant le plus élevé est de 1500 euros⁶⁶². En matière délictuelle, la peine de jour-amende ne peut pas excéder un montant de 360 000 euros⁶⁶³. Aucune limite maximale générale n'est en revanche fixée pour l'amende criminelle ou l'amende délictuelle. Elle est déterminée par le législateur pour chaque infraction, soit en chiffrant un plafond maximal soit en le déterminant selon un pourcentage ou un multiple d'une somme, généralement un rapport avec les bénéfices tirés de l'infraction. Parmi les amendes les plus élevées, on peut citer, à titre indicatif afin d'établir une échelle de comparaison abstraite, l'amende de 7 500 000 euros maximum encourue pour les crimes d'eugénisme et de clonage reproductif⁶⁶⁴ et l'amende de 2 millions d'euros, « dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction » encourue pour les délits de corruption passive et corruption active⁶⁶⁵. Les personnes morales, quant à elles, encourrent le quintuple de ces montants⁶⁶⁶, prévus pour les personnes physiques. En comparaison, une amende administrative de 2 millions

⁶⁶² Art. 131-31 C.cr. La somme est double en cas de récidive.

⁶⁶³ Art. 131-5 C. pén.

⁶⁶⁴ Aux fins d'étude de la gravité des peines pécuniaires, nous omettons de préciser les peines de réclusion criminelle et d'emprisonnement encourues pour les infractions présentées.

⁶⁶⁵ Art. 432-11 al. 2 et 433-1 al. 3 C. pén.

⁶⁶⁶ Art. 131-38 al. 1 C. pén. Pour les crimes pour lesquels aucune peine d'amende n'est prévue à l'encontre des personnes physiques, l'amende encourue est de 1 000 000 euros : art. 131-38 al. 2 C. pén.

d'euros⁶⁶⁷ ou une amende civile de 5 millions d'euros⁶⁶⁸ apparaissent aussi graves que des amendes pénales. De façon encore plus significative, il existe des amendes administratives dont la gravité quantitative est similaire à celle d'amendes pénales sanctionnant des comportements identiques. Par exemple, les atteintes à la transparence des marchés⁶⁶⁹ sont punies d'une amende allant jusqu'à 100 millions d'euros, qui peut être portée jusqu'au décuple du montant de l'avantage retiré du délit, sans que l'amende ne puisse être inférieure à cet avantage⁶⁷⁰. Les manquements administratifs correspondants sont sanctionnés, dépendamment des faits et des personnes ayant réalisés les faits, soit d'au plus 15 millions d'euros ou jusqu'au décuple du montant de l'avantage retiré du manquement s'il peut être déterminé, soit d'au plus 100 millions d'euros ou jusqu'au décuple de l'avantage retiré s'il est déterminé⁶⁷¹. Le droit fiscal est également un bon exemple de la sévérité de certaines sanctions extra-pénales. Notamment, le montant des sanctions fiscales pour insuffisances volontaires de déclaration d'éléments servant à déterminer l'assiette de l'impôt et sa liquidation peut tout à fait avoisiner celui des sanctions pénales. La méthode de détermination de la sanction étant différente, la majoration fiscale n'est pas limitée à un maximum chiffré. Elle est évaluée en fonction d'un pourcentage de l'impôt éludé, allant jusqu'à 80% dans les cas les plus graves⁶⁷². L'amende pénale en cas de fraude fiscale aggravée peut être de 3 millions d'euros maximums ou être portée au double du produit tiré de l'infraction⁶⁷³.

En droit canadien, l'amende criminelle peut être prononcée en lieu et place de l'emprisonnement ou en sus de l'emprisonnement lorsqu'existe une peine minimale

⁶⁶⁷ Art. L. 6241-2 I al. 3 2° CSP.

⁶⁶⁸ Art. L. 442-4 I al. 4 C.com. Dans une moindre mesure, toutefois notable, les amendes civiles procédurales d'un montant de 10 000 euros (Art. 295, 305, 348 et 581 C. pr. civ.) maximum sont également être considérées comme graves car sont largement supérieures au montant maximum des amendes contraventionnelles. Dans un autre registre, on peut noter que l'amende civile prévue dans le projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 pour sanctionner les fautes lucratives en matière extra-contractuelle pourrait être particulièrement élevée puisqu'aucun plafond abstraitement chiffré n'a été fixé. Il est seulement précisé que « l'amende ne peut être supérieure au décuple du montant du profit réalisé » (art. 1266-1 al. 3) qu'elle « peut être portée à 5% du montant du chiffre d'affaires hors taxe » dans le cas de la responsabilité d'une personne morale (art. 1266-1 al. 4).

⁶⁶⁹ Art. L. 465-1 et suiv. C. monét. et fin., qui punissent les délits d'initié, de diffusion d'informations fausses et trompeuses et de manipulation de marché.

⁶⁷⁰ Art. L. 465-1 I A C. monét. et fin.

⁶⁷¹ Art. L. 621-15 C. monét. et fin.

⁶⁷² Par ex., art. 1729 b et c et art. 1729-0 A I CGI.

⁶⁷³ Art. 1741 al. 2 CGI. Il est d'ailleurs intéressant de noter que l'amende pénale pour fraude fiscale aggravée par certaines circonstances a atteint ce plafond récemment, depuis la réforme opérée par la *Loi n°2017-1837 du 30 décembre 2017* (art. 106 (V)). Il était antérieurement de 2 millions depuis la *Loi n° 2013-1117 du 6 déc. 2013* (art. 9-I-1°). La *Loi n° 2012-354 du 14 mars 2012* (art. 15) qui avait augmenté les plafonds de l'amende pour fraude fiscale simple, avait créé ce nouveau cas de fraude fiscale aggravée et fixé son montant à 1 million d'euros maximum.

d'incarcération⁶⁷⁴. Lorsque le législateur n'a pas précisé pour une infraction donnée la peine d'amende encourue, le tribunal peut fixer librement le montant, dans le respect des objectifs et principes de détermination de la peine⁶⁷⁵, dans la limite maximale de 5 000 \$ pour les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Aucun plafond n'est fixé pour les actes criminels. Pour les organisations, sauf si la loi en dispose autrement, l'emprisonnement est remplacé par une amende dont le montant est fixé par le Tribunal si l'infraction punie est un acte criminel⁶⁷⁶ ou de 100 000 \$ maximum si c'est une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire⁶⁷⁷. Une très grande latitude est ainsi laissée aux tribunaux dans la détermination des amendes. Plusieurs exemples permettent également de se rendre compte de l'existence de sanctions pécuniaires extra-pénales très fortes. En premier lieu, en droit fédéral, la *Loi sur le cannabis*⁶⁷⁸ prévoit que toute contravention à l'une de ces dispositions qui ne fait pas l'objet d'une peine spécifiquement précisée, peut être punie d'une amende maximale de 5 millions de dollars en cas de poursuite par mise en accusation ou de 250 000 \$, doublé en cas de récidive, par voie de procédure sommaire⁶⁷⁹. Or, certaines contraventions peuvent aussi être réprimées par des sanctions administratives pécuniaires au titre de l'article 111 (1) de la loi, dont le montant maximal est de 1 million de dollars⁶⁸⁰. Si la sanction administrative pécuniaire n'est pas aussi élevée que l'amende encourue par voie de mise en accusation, elle est plus quatre fois forte plus que celle encourue par voie de procédure sommaire. En second lieu, le droit provincial permet également le recours à des sanctions pécuniaires extra-pénales très élevées. En droit québécois, la *Loi sur les valeurs mobilières* connaît à la fois des dispositions pénales et administratives de sanctions. Pour une personne physique, sauf s'il en est disposé autrement, l'amende pénale minimale encourue pour une contravention à la loi est de 2000 \$ ou le double des bénéfices réalisés (selon le montant le plus élevé) et l'amende maximale est de 150 000 \$ ou le quadruple des bénéfices réalisés⁶⁸¹.

⁶⁷⁴ Art. 734 (1) C.cr.

⁶⁷⁵ Art. 718, 718.1 et 718.2 C.cr.

⁶⁷⁶ Art. 735 (1) a) C.cr.

⁶⁷⁷ Art. 735 (1) b) C.cr.

⁶⁷⁸ *Loi sur le cannabis et modifiant la Loi réglementant certaines drogues et autres substances, le Code criminel et d'autres lois*, L.C. 2018, c. 16, sanctionnée le 21 juin 2018 et entrée en vigueur le 17 octobre 2018 [ci-après *Loi sur le cannabis*].

⁶⁷⁹ *Id.*, art. 44 a) et b).

⁶⁸⁰ Ou, si la violation est qualifiée de mineure, grave ou très grave par un règlement d'application, d'un montant s'excédant pas celui prévu dans le règlement pour sa catégorie : *Id.*, art. 111 (1). Cette disposition ne s'applique pas aux « activités criminelles » réprimées par la section 1 de la partie 1 de la loi.

⁶⁸¹ Art. 202 L.v.m. Pour les personnes morales les montants sont de 3000 \$ et 200 000 \$.

Certaines contraventions spécifiques font encourir une peine plus élevée. L'une d'entre elles est, par exemple, une amende minimale de 5 000 \$ ou du double des bénéfices réalisés ou du cinquième des sommes investies et dont le montant maximal est de 5 millions de dollars ou le quadruple des bénéfices réalisés ou la moitié des sommes investies⁶⁸². Quant aux pénalités administratives, le plafond est fixé à 2 millions de dollars⁶⁸³. Si elle reste moins élevée que l'amende infligée pour certaines infractions pénales, la pénalité administrative demeure plus grave que l'amende pénale prévue dans le cas général. Enfin, en droit civil, l'exemple des dommages-intérêts punitifs est le plus significatif. Aucun montant maximal n'a été fixé de façon générale par le législateur dans le *Code civil du Québec*. Chaque loi qui prévoit le recours aux dommages-intérêts punitifs peut établir un montant maximum qui dépend d'éléments qu'elle fixe elle-même⁶⁸⁴. De manière générale, l'étude de la jurisprudence québécoise révélait en 2013 que les sommes accordées se situent généralement dans une fourchette de 5 000 \$ à 250 000 \$⁶⁸⁵. La Cour suprême a par ailleurs déjà admis l'octroi d'une somme de 1 million de dollars dans une affaire où la conduite sanctionnée était d'une gravité particulière⁶⁸⁶. En ce sens, on observe que le droit civil peut être particulièrement sévère quant aux sanctions pécuniaires infligées.

81. *La proximité limitée des confiscations pénales et extra-pénales françaises.* En droit français, la confiscation pénale peut être très large. Elle peut porter sur des biens précis ou des catégories de biens⁶⁸⁷, liés plus ou moins directement au comportement incriminé, et peut aller jusqu'à la confiscation générale des biens⁶⁸⁸. Dans les matières extra-pénales, les mécanismes semblables à la confiscation visent des biens très limités en lien étroit avec le comportement reproché⁶⁸⁹. Toutefois, certains comportements sanctionnés à la fois par des dispositions pénales et extra-pénales, peuvent donner lieu à des confiscations prévues dans des termes assez semblables, révélant une certaine gravité de la sanction extra-pénale. Ce mécanisme se retrouve notamment en matière de

⁶⁸² Art. 204. 1 L.v.m.

⁶⁸³ Art. 273.1 al. 2 L.v.m.

⁶⁸⁴ Par exemple, la *Loi sur la protection des arbres*, préc., note 555, prévoit une somme d'au plus 200 \$ par arbre coupé en contravention aux autorisations requises (art. 1^{er}).

⁶⁸⁵ *Cinar Corporation c. Robinson*, [2013] 3 R.C.S. 1168, par. 138.

⁶⁸⁶ Voir par exemple *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595.

⁶⁸⁷ Art. 121-21 C. pén.

⁶⁸⁸ Art. 131-21 al. 6 C. pén.

⁶⁸⁹ *Supra*, par. 63-63.

contrefaçon⁶⁹⁰. Au Canada, les provinces ont adopté des lois de nature civile octroyant aux tribunaux de très larges pouvoirs de confiscations civiles dans des contextes pénaux.

82. La grande proximité de la confiscation civile et criminelle en droit canadien et québécois. Comme le Code pénal en droit français, le *Code criminel* en droit canadien permet la confiscation de divers biens en lien direct ou indirect avec la criminalité, selon des catégories plus ou moins larges en fonction des infractions reprochées. La confiscation peut ainsi porter sur des éléments spécifiques en lien avec la matérialité de l'infraction pour laquelle la personne est condamnée⁶⁹¹. En matière de terrorisme, la confiscation est très large puisqu'elle est possible à l'égard de l'ensemble des biens qui appartiennent à un groupe terroriste en plus des biens utilisés pour se livrer à des activités terroristes ou les faciliter⁶⁹². Enfin, un cadre législatif plus général⁶⁹³ prévoit la confiscation des produits de la criminalité trouvant leur source dans une infraction désignée⁶⁹⁴ pour laquelle la personne est condamnée, ou à l'égard de biens dont la poursuite arrive à faire la preuve qu'ils sont des produits de la criminalité à défaut de prouver qu'ils sont en lien avec l'infraction désignée⁶⁹⁵. L'article 462.3 (1) du *Code criminel*, donne une définition du produit de la criminalité qui inclut « tout bien, bénéfice ou avantage qui est obtenu ou qui provient, au Canada ou à l'extérieur du Canada, directement ou indirectement : a) soit de la perpétration d'une infraction désignée; b) soit d'un acte ou d'une omission qui, au Canada, aurait constitué une infraction désignée ». D'autres biens, désignés par le procureur général et dont il n'est pas établi de rapport avec l'infraction reprochée au contrevenant⁶⁹⁶, peuvent être confisqués soit en raison d'activités criminelles antérieures à l'inculpation et ayant procuré un avantage matériel, soit en raison d'un patrimoine dont la valeur ne peut être justifiée⁶⁹⁷. L'ampleur de la

⁶⁹⁰ Art. L. 331-1-4 CPI pour la condamnation civile et L. 335-6 CPI pour la condamnation pénale pour contrefaçon en matière de propriété littéraire et artistique. Art. 615-1-7 al. 1 CPI pour la condamnation civile et art. L. 615-14-2 al. 2 CPI pour la condamnation pénale pour contrefaçon en matière de propriété industrielle.

⁶⁹¹ Par exemple, art. 192 (1) C.cr. en matière d'atteintes à la vie privée, art. 115 (1) C.cr. en matière d'armes et art. 164(4) C.cr. en matière d'infractions sexuelles.

⁶⁹² Art. 83. 14 (1) et (5) C.cr.

⁶⁹³ Dans le cadre de la Partie XII. 2 du *Code criminel*, intitulé « Produits de la criminalité ».

⁶⁹⁴ Une infraction désignée est, selon l'article 462. 3 (1) toute infraction prévue par le *Code criminel* ou une autre loi fédérale et pouvant être poursuivie par mise en accusation, à l'exception de tout acte criminel désigné par règlement ou « le complot ou la tentative en vue de commettre une telle infraction ou le fait d'en être complice après le fait ou d'en conseiller la perpétration ».

⁶⁹⁵ Art. 462.37 (2) C.cr.

⁶⁹⁶ Cette confiscation n'est possible que dans le cadre d'une condamnation à certaines infractions : art. 462. 37 (2.02) C.cr.

⁶⁹⁷ Art. 462.37 (2.01) C.cr.

confiscation criminelle est donc relative à l'infraction pour laquelle une personne est condamnée et permet d'inclure de nombreux biens en lien, même indirect, avec la criminalité. Il est alors intéressant de constater qu'il existe au Québec⁶⁹⁸ une loi civile de confiscation des biens « provenant d'activités illégales ou utilisés dans l'exercice de telles activités »⁶⁹⁹. Son champ d'application est très large en raison de la définition très compréhensive de la notion d'activités illégales, qui comprend les activités visées par le *Code criminel*, la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* et la *Loi sur le cannabis*⁷⁰⁰ au niveau fédéral mais également les infractions pénales définies par un certain nombre de lois⁷⁰¹ dont la *Loi sur les valeurs mobilières* et la *Loi sur la qualité de l'environnement*⁷⁰². De plus, peuvent être confisqués, dès lors qu'ils se trouvent sur le territoire du Québec, tant les biens provenant d'activités illégales perpétrées au Québec mais également d'activités réalisées en dehors du territoire québécois dans la mesure où elles auraient été illégales si elles avaient été exécutées au Québec⁷⁰³. Enfin, sont également considérés comme provenant d'activités illégales les biens dont les améliorations ont été payées avec des produits d'activités illégales et les biens acquis par le biais d'une dette dont une partie a été payée avec des produits d'activités illégales⁷⁰⁴. Malgré la proximité d'un tel dispositif avec celui de la confiscation criminelle, la jurisprudence⁷⁰⁵ ne considère pas cette confiscation civile comme une peine, contrairement à la confiscation criminelle⁷⁰⁶.

83. Une convergence globale des sanctions pénales et extra-pénales. Il est manifeste que la convergence de certaines sanctions pénales et extra-pénales n'engendre pas nécessairement leur identité du point de vue de leur gravité quantitative. Rares sont les

⁶⁹⁸ D'autres provinces ont également leur loi de confiscation civile de bien issus d'activités illégales : *Loi de 2001 sur les recours civils*, L.O. 2001, c.28.

⁶⁹⁹ *Loi sur la confiscation, l'administration et l'affectation des produits et instruments d'activités illégales*, art. 1.

⁷⁰⁰ *Id.*, art. 2 al. 1.

⁷⁰¹ *Id.*, art. 2 al. 2 et Annexe 1 de la *Loi sur la confiscation, l'administration et l'affectation des produits et instruments d'activités illégales*.

⁷⁰² Pour les infractions définies aux articles 115.31 et 115.32 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, préc., note 549.

⁷⁰³ *Loi sur la confiscation, l'administration et l'affectation des produits et instruments d'activités illégales*, art. 3.

⁷⁰⁴ *Id.*, art. 5.

⁷⁰⁵ *Québec (Procureur général) c. Pham*, 2013 QCCS 4696, par. 8 et 11. La Cour supérieure du Québec reprend ici les arguments et conclusions de la Cour suprême dans l'affaire *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, [2009] 1 R.C.S. 624 (CSC), à propos de la *Loi de 2001 sur les recours pour crime organisé et autres activités illégales* (L.O. 2001, c. 28.), en raison de la similarité entre les lois ontarienne et québécoise.

⁷⁰⁶ *Québec (Procureur général) c. Pham*, 2013 QCCS 4696.

sanctions ou mesures extra-pénales qui connaissent *a priori* des *quanta* aussi élevés que ceux des peines les plus graves ayant un objet identique. De plus, la convergence voire l'identité de certains *quanta* n'est due qu'à la possibilité de prolonger des mesures extra-pénales, les allongeant pour un temps plus long que celui pour lequel elles sont initialement prévues et selon une logique distincte de l'infliction des peines. Néanmoins, le résultat est finalement similaire. Que ce soit ou non en raison de prolongations postérieures au prononcé de la mesure, il est remarquable qu'il existe des mesures extra-pénales dont les *quanta* correspondant à ceux de peines ou autres mesures pénales de gravité moyenne ou élevée, sanctionnant des contraventions de 5^e classe, des délits, voire des crimes.

La convergence, bien que partielle, des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions au regard de leur *quantum* complète la convergence de ces mécanismes quant à leurs objets. Elle appuie ainsi la démonstration de l'émergence de la notion unifiée de répression notamment fondée sur une convergence globale des sanctions pénales et extra-pénales, dont les règles de détermination, également convergentes, sont une manifestation.

II. La convergence des sanctions pénales et extra-pénales dans leur détermination

84. *La spécificité punitive des peines liée à leur mode de détermination.* Outre la nature des peines, c'est en second lieu leur détermination qui participe à leur spécificité punitive. Il existe deux façons principales de déterminer la sanction d'un responsable selon un schéma classique opposant la réparation civile à la punition pénale⁷⁰⁷. Ainsi, le droit de la responsabilité civile oriente le choix et la mesure de sa sanction vers le

⁷⁰⁷ Dr. fr. : Philippe BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5^e éd., coll. Manuel, Paris, LexisNexis, 2018, par. 51-53, p. 38-39; Charlotte DUBOIS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale : à la recherche d'une cohérence perdue*, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 570, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016, par. 6-8, p. 3-15; J. LAGOUTTE, préc., note 96, par. 17-18, p. 32-38; B. PAILLARD, préc., note 35, par. 2-8, p. 1-4; Fr. ROUSSEAU, préc., note 37, par. 2-6; Jean-Christophe SAINT-PAU, « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », *Responsabilité civile et assurances* 2013.5, par. 1-3; G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, 4^e éd., coll. Traité de droit civil, Paris, LGDJ, Lextenso, 2019, par. 106, p.183-185. Dr. can. : Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, « La responsabilité extracontractuelle et la responsabilité pénale », dans *La responsabilité civile*, 9^e éd., 1-Principes généraux, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2020, par. 1-76 (EYB2020RES7) (La référence); Gisèle COTE-HARPER, Pierre RAINVILLE et Jean TURGEON, « Les caractéristiques du droit pénal », dans *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998 (EYB1998DPC5) (La référence).

dommage subi par une victime, tandis que le droit pénal se concentre sur le comportement du responsable⁷⁰⁸.

85. *La réparation d'un dommage opposée à la punition d'une faute.* En droit français et en droit québécois, la responsabilité civile a pour objet la réparation d'un dommage causé à une victime⁷⁰⁹. Le principe est celui de la réparation intégrale du dommage, lequel est constitué par la perte subie et le gain manqué⁷¹⁰. La responsabilité pénale, en revanche, ayant notamment pour fonction la punition du fautif, prend en compte de façon limitée le préjudice d'une éventuelle victime pour fixer la peine. Il est intéressant de constater que certaines sanctions non pénales suivent un modèle de détermination plus proche de celui d'une peine, dans un objectif de punition, que de celui d'une mesure de réparation. Il y a ainsi une détermination semblable de certaines sanctions pénales et extra-pénales, principalement en référence au responsable (A) et accessoirement en référence à la victime (B).

A. La détermination semblable des sanctions par référence principale au responsable

86. L'existence d'un rapprochement entre le droit pénal et d'autres branches du droit en matière de détermination des sanctions se manifeste par l'application de principes et de critères faisant principalement référence au responsable, tant pour les peines (1), que pour certaines sanctions extra-pénales (2).

1. La détermination de la peine par référence principale au responsable

87. *La détermination de la peine par référence au responsable en droit français.* En droit français, deux articles du Code pénal guident notamment la détermination de la peine, en mettant principalement en avant le responsable comme sujet de référence. L'article 132-1 alinéa 2 du Code pénal impose le principe de l'individualisation de la peine⁷¹¹. L'article 130-1 du Code pénal établit quant à lui les finalités et les fonctions de

⁷⁰⁸ *Id.*

⁷⁰⁹ Art. 1240 C. civ. et art. 1457 C.c.Q.

⁷¹⁰ Dr. fr. : Civ. 1^{re}, 9 nov. 2004, n° 02-12.506, *Bull. civ.* I n° 264, *D.* 2004.3117, *JCP* 2005.I.114, ét. par Anne-Sophie BARTHEZ, Murielle CHAGNY, Jacques GHESTIN, Paul GROSSER et Françoise LABARTHE; Civ. 2^e, 12 mai 2011, n° 10-17.148, *Bull. civ.* II, n° 106, *D.* 2011.2150, obs. Hugues ADIDA-CANAC et Odette-Luce BOUVIER, *D.* 2012.47, obs. Philippe BRUN. Dr. québ. : art. 1611 C.c.Q. *Infra*, par. 545.

⁷¹¹ L'expression « personnalisation de la peine » peut également être employée : E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 303, p. 149, spéc. note 1, p. 149.

la peine. Celle-ci doit ainsi sanctionner l'auteur de l'infraction et favoriser son amendement, son insertion ou réinsertion, « afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime »⁷¹². Le législateur fait le lien entre ces deux dispositions en imposant à la juridiction de déterminer « la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncées à l'article 130-1 » du Code pénal⁷¹³. La prise en compte des circonstances de l'infraction et de la personne du condamné, en sa personnalité et sa situation matérielle, sociale et familiale, doit donc permettre de le sanctionner et de favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion, tout en tendant à la réalisation de finalités à la fois sociales et victimaires. La peine, en raison de ses fonctions et du mécanisme d'individualisation, a pour sujet principal la personne du coupable et ses faits⁷¹⁴. Plus précisément, tenir compte de la personnalité de l'auteur pour individualiser la peine implique de s'intéresser, entre autres, à sa perception des faits au moment de la consommation de l'infraction⁷¹⁵, au regard qu'il porte rétrospectivement sur son comportement au moment du jugement, à son passé pénal⁷¹⁶ ou para-pénal⁷¹⁷. Le juge doit également examiner les circonstances de l'infraction, c'est-à-dire sa nature et sa gravité. La détermination de la peine prend en ce sens pour référence le condamné, non plus au travers de sa personnalité, mais au regard de la singularité des gestes qu'il a posés. Il faut ainsi prêter attention à la nature de l'infraction, son caractère sexuel ou violent par exemple, qui peut appeler une réponse pénale particulière, comme l'imposition de mesures de sûreté. Quant à la gravité de l'infraction, elle s'analyse à la fois en des éléments objectifs ou abstraits, d'une part, et subjectifs ou concrets, d'autre part. La

⁷¹² Il est intéressant de constater que l'article 41-1 du Code de procédure pénale permet au procureur de la République de prendre différentes mesures, préalablement à sa décision sur l'action publique, s'il considère que l'une d'entre elles est « susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits ».

⁷¹³ Art. 132-1 al. 3 C. pén.

⁷¹⁴ Seules les finalités de la peine font mention de la situation de la victime, et cela, parmi plusieurs autres buts, davantage tournée vers la préservation de la société.

⁷¹⁵ Par exemple, l'altération du discernement entraîne en principe une diminution de la peine privative de liberté maximale encourue : art. 122-1 al. 2 C. pén.

⁷¹⁶ Qu'il existe ou non une cause légale de modification de la peine encourue en cas de récidive ou réitération, le passé pénal de l'individu est un élément pertinent de la détermination de la peine. C'est également le cas pour des condamnations réhabilitées : Crim. 23 janv. 2019, n° 18-80.349. E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 325, p. 159-160.

⁷¹⁷ Crim. 2 juill. 1998, n°97-83.483, *Bull. crim.* n° 213; *D.* 1999.434, note Gilbert TIXIER et Thierry LAMULLE; *RSC* 1999.318, obs. Bernard BOULOC. Y compris des faits couverts par la prescription : Crim. 16 sept. 1996, n° 96-80.436, *Bull. crim.* 1996, n° 327.

gravité objective est déterminée par l'échelle législative dans laquelle s'insère chaque infraction par sa qualification (criminelle, délictuelle, contraventionnelle) et sa peine maximale encourue. La gravité concrète des faits est quant à elle mesurée au regard des éléments variables de commission de l'infraction, et notamment les mobiles⁷¹⁸. L'analyse des circonstances de l'infraction met ainsi l'accent sur le responsable par l'évaluation matérielle et morale de ses faits. Elles permettent, associées aux éléments de personnalité de l'auteur et de sa situation, de faire le choix d'une peine proportionnelle à la gravité des faits.

Il faut en effet ajouter que la détermination de la peine est également guidée par deux principes constitutionnels, qui apparaissent comme des corollaires de l'individualisation. Ainsi, le législateur comme les juges doivent respecter les principes de nécessité et de proportionnalité, lorsque, pour le premier, il prévoit les peines encourues, et pour les seconds, ils les prononcent. L'application du principe de nécessité de la peine suppose notamment que le législateur la prévoit de façon que le juge puisse la moduler en fonction des circonstances de l'espèce. Les peines automatiques sont en conséquence considérées comme inconstitutionnelles⁷¹⁹. Quant à la proportionnalité, qu'elle soit légale ou judiciaire, elle signifie l'adaptation de la peine à la gravité du comportement réprimé⁷²⁰. Ainsi, le législateur doit prévoir une sanction adaptée aux objectifs qu'il poursuit, permettre qu'elle puisse être modulée en fonction du temps écoulé entre les faits et la condamnation, établir une sanction en lien avec l'acte qu'elle réprime, et fixer son *quantum* maximal en fonction de la gravité abstraite du comportement⁷²¹. Ensuite, le juge doit moduler la peine abstraitement prévue par le législateur, pour la rendre proportionnelle à la gravité concrète des faits⁷²². Des liens étroits existent entre les principes d'individualisation, de nécessité et de proportionnalité de la peine, qui se complètent⁷²³ pour permettre la détermination d'une peine adéquate

⁷¹⁸ E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 327, p. 162-163.

⁷¹⁹ E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 374, p. 186-188. Cons. const. 13 août 1993, n° 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* (interdiction du territoire); 15 mars 1999, n° 99-410 DC, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie* (interdiction de plein droit d'une fonction publique élective).

⁷²⁰ *Id.*, p. 153.

⁷²¹ Voir par ex. : Cons. const. 16 juin 1999, n° 99-411 DC, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*.

⁷²² E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 394-395, p. 197-198.

⁷²³ Les relations entre ces différents principes ne sont pas toujours expliquées de façon identique par les auteurs. Certains considèrent que c'est le principe d'individualisation de la peine qui est un corollaire des

aux fonctions et finalités prévues à l'article 130-1 du Code pénal. L'on peut considérer à ce titre que l'évaluation que doit faire le juge pénal « participe de l'objectif de personnalisation, en réalité beaucoup plus large » que la seule proportionnalité⁷²⁴. Le droit canadien prévoit la détermination de la peine selon des règles très proches.

88. La détermination de la peine par référence au responsable en droit canadien.

En droit canadien, l'article 718.1 pose un principe particulièrement important qui guide toute la détermination de la peine : la proportionnalité. Cette dernière impose d'établir une peine proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. La gravité de l'infraction se définit objectivement et subjectivement⁷²⁵. Objectivement, elle fait référence à la place de l'infraction, au regard de sa peine, dans la gradation des peines prévues par le législateur⁷²⁶. Subjectivement, elle induit la prise en compte d'éléments variés relatifs à l'ensemble des circonstances de l'infraction : son contexte, comme les rapports personnels entre le délinquant et la victime, ses moyens de réalisation et ses conséquences, comme la gravité du préjudice⁷²⁷. Le degré de culpabilité du délinquant, quant à lui, correspond en premier lieu à son état d'esprit moral⁷²⁸. Il s'agit notamment de considérer les éléments de la *mens rea* normative. Ces derniers sont exclus du raisonnement sur l'existence de la responsabilité pénale mais réintroduits dans le raisonnement au stade de la détermination de la peine. Ils viennent alors diminuer ou augmenter l'intensité de la culpabilité du délinquant et font ainsi varier la peine. L'erreur de droit⁷²⁹ et les mobiles⁷³⁰ en font par exemple partie. En second lieu, ce sont les éléments de vie et la personnalité du coupable qui peuvent aussi être pris en compte⁷³¹. Les principes de l'article 718.2 du *Code criminel* viennent ensuite compléter ou préciser le principe de proportionnalité. Il est ainsi nécessaire de prendre en compte les

principes de nécessité et proportionnalité de la peine. De là, les exigences de nécessité et de proportionnalité sont perçues comme des obligations dirigées à l'adresse du législateur pour la prévision des peines abstraitement encourues tandis que l'individualisation doit être rendue possible par le législateur à l'endroit du juge pour la détermination des peines prononcées : O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 233, par. 730, p. 393-394.

⁷²⁴ E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 395, p. 198.

⁷²⁵ J. DESROSIERS et H. PARENT, « Principes », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit pénal », *Droit pénal général*, fasc. 20, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1^{er} juin 2021, par. 15; H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 53, par. 29, p. 53-54.

⁷²⁶ H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 53, par. 29, p. 53-54.

⁷²⁷ *Id.*, par. 30, p. 54-55.

⁷²⁸ J. DESROSIERS et H. PARENT, « Principes », préc., note 725, par. 16; H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 53, par. 31, p. 55-57.

⁷²⁹ *R. c. Suter*, [2018] 2 R.C.S. 496; H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 53, par. 158, p. 241-242.

⁷³⁰ *R. c. Lacasse*, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 130.

⁷³¹ H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 53, par. 31, p. 56-57.

circonstances aggravantes et atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant⁷³², de veiller à l'harmonisation des peines infligées pour les infractions semblables perpétrées dans des circonstances semblables, de faire application du principe de totalité en évitant l'excès de nature ou de durée dans l'infliction de peines consécutives, et de préférer une peine moins sévère que la privation de liberté lorsque les circonstances le permettent, ainsi que d'étudier les peines substitutives possibles dans les circonstances⁷³³. De manière générale, la peine proportionnée est une peine objectivement proportionnée par rapport à toutes les circonstances entourant l'infraction et subjectivement proportionnée en référence à des éléments propres à l'auteur de cette infraction, qui teintent ses gestes d'une couleur spécifique et que les juges se doivent d'analyser et de prendre en considération le cas échéant. À ce titre, « une peine proportionnelle est donc une peine individualisée »⁷³⁴ et l'individualisation de la peine constitue le corollaire de sa proportionnalité⁷³⁵. Comme en droit français, la plupart des éléments considérés font référence au responsable, que ce soit relativement à ses gestes ou à sa personne. De surcroît, les objectifs du prononcé des peines sont également davantage tournés vers la prise en charge du responsable et la préservation de la société qu'envers les intérêts des victimes⁷³⁶.

89. Les dispositions françaises et canadiennes relatives à la détermination de la peine la fondent principalement sur des éléments relatifs au responsable pénal, que ce soit dans ses actes ou sa personne. Sans être toujours identiques aux objectifs, principes et critères de détermination de la peine, des éléments d'appréciation semblables sont également choisis pour certaines sanctions extra-pénales.

⁷³² Certaines circonstances sont semblables à des éléments pris en compte au titre de l'application générale du principe de proportionnalité de la peine.

⁷³³ Resp. art. 718.2 a), b), c), d) et e) C.cr.

⁷³⁴ J. DESROSIERS et H. PARENT, préc., note 17. *R. c. Nasogaluak*, [2010] 1 R.C.S. 206, par. 43; H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 53, par. 31, p. 56-57 et par. 33, p. 58-59.

⁷³⁵ J. DESROSIERS et H. PARENT, préc., note 17. Le raisonnement canadien est inverse de celui tenu par la doctrine française, pour qui le principe de proportionnalité est le corollaire du principe d'individualisation. Cette différence tient probablement en partie aux sources principales des règles de détermination de la peine. Le Code pénal requiert que la peine soit individualisée alors que le *Code criminel* exige qu'elle soit proportionnée.

⁷³⁶ Art. 718 C.cr.

2. La détermination de certaines sanctions extra-pénales par référence principale au responsable

90. *La référence au responsable dans la détermination de certaines sanctions extra-pénales.* En droit français comme en droit canadien, certaines sanctions extra-pénales sont déterminées selon des éléments qui se rapprochent des critères de détermination de la peine. Le choix de la sanction, dans son objet et son *quantum*, résulte davantage d'une évaluation à l'aune du responsable, dans sa personne et ses faits, que des conséquences de la violation de la loi sur une éventuelle victime. Cette façon semblable de déterminer la sanction adéquate contribue à l'émergence d'une notion unifiée de répression⁷³⁷. Plusieurs exemples illustrent cette situation en droit français et canadien.

91. *Exemples en droit français.* Le droit fiscal illustre particulièrement bien le phénomène. Par exemple, l'article 1729 du Code général des impôts, qui sanctionne les insuffisances de déclaration, permet d'appliquer à titre de sanction fiscale une majoration de 40 % en cas de manquement délibéré, de 80 % en cas d'abus de droit (ramenée à 40 % lorsqu'il n'est pas établi que le contribuable a eu l'initiative principale du ou des actes constitutifs de l'abus de droit ou en a été le principal bénéficiaire) et de 80 % en cas de manœuvres frauduleuses. La sanction ne vise pas le seul recouvrement de l'impôt éludé. Elle est d'un *quantum* 40% à 80% supérieur à celui-ci. Elle ne vise donc pas ou pas seulement à la réparation du préjudice. C'est une sanction proportionnée *ab initio* par le législateur puisque son taux diffère en fonction de la gravité des faits et de la responsabilité exacte du contribuable⁷³⁸. Le droit des marchés financiers offre un autre

⁷³⁷ Cet exposé ne prédétermine pas la place à accorder à la question de la détermination de la peine dans la répression, à savoir si elle est un élément de définition ou de régime. Elle est à tout le moins un élément qui permet de constater une certaine convergence des sanctions pénales et extra-pénales. En conséquence, elle participe à l'émergence d'une notion unifiée de répression, que ce soit en tant qu'élément de définition *a priori*, ou de reconnaissance *a posteriori*. La Cour suprême utilise le processus de détermination d'une sanction pour en identifier la nature pénale ou para-pénale : *infra*, par. 175 et suiv.

⁷³⁸ Cons. const. 17 mars 2011, n° 2010-103 QPC, *Société SERAS II* (concernant une majoration fiscale de 40 % pour mauvaise foi), par. 6; Ludovic AYRAULT, « Office du juge et répression administrative en matière fiscale », *Procédures*, juin 2011, n° 6, p. 28-30; Éric OLIVIA « Jurisprudence du Conseil constitutionnel. Octobre 2010-mars 2011 », *Revue française de droit constitutionnel*, juillet 2011, n° 87, p. 627-639; Frédérique PERROTIN, « Le Conseil constitutionnel valide les pénalités fiscales », *Petites Affiches*, 5 avril 2011, n° 67, p. 3-5. La possibilité, pour le juge qui contrôle la décision administrative d'imposer une majoration au contribuable contrevenant, de la maintenir ou de l'appliquer selon le taux légal ou au contraire de ne laisser à la charge du contribuable que les intérêts de retards s'il estime que les faits avancés par l'autorité fiscale ne sont pas établis, apparaît pour le Conseil constitutionnel comme un moyen pour le juge administratif de proportionner les pénalités selon la gravité des agissements. Cet argument, associé à celui de la modulation *ab initio* des pénalités par le législateur, suffit au Conseil constitutionnel pour considérer que la disposition du Code général des impôts respecte le principe d'individualisation applicable aux sanctions ayant le caractère d'une punition.

exemple particulièrement révélateur dans le domaine administratif. L'article 31 du Règlement (UE) n° 596/2014 impose aux États, pour déterminer la sanction administrative adéquate en cas de violation des règles concernant la transparence des marchés, de prendre en compte une grande variété d'éléments dont : la gravité et de la durée de la violation, le degré de responsabilité de la personne responsable de la violation, l'importance des gains obtenus ou des pertes évitées par la personne responsable de la violation, le degré de coopération de la personne responsable de la violation avec l'autorité compétente, les violations commises précédemment par la personne responsable de la violation et les mesures prises par la personne responsable de la violation pour éviter sa répétition⁷³⁹. Ces références à la gravité de la faute du responsable pour déterminer la sanction ne sont pas uniques au domaine administratif.

Certaines sanctions civiles sont également déterminées, dans leur objet et leur *quantum*, par des éléments relatifs au responsable, s'éloignant largement de la question de la réparation d'un dommage. La faillite personnelle⁷⁴⁰ et l'interdiction de gérer⁷⁴¹ sont intéressantes pour illustrer le propos. En effet, la chambre commerciale de la Cour de cassation soumet le choix de la durée de ces sanctions au principe de proportionnalité entre la gravité des faits et la sévérité de la peine⁷⁴². L'amende civile de la faute lucrative prévue par le Projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017 est également pertinente. L'alinéa 2 de l'article 1266-1 prévoit en effet que l'amende est « proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés ».

Certaines sanctions disciplinaires sont également fixées selon des règles proches de la détermination de la peine. Par exemple, en droit pénal, l'encellulement disciplinaire est proportionné *ab initio* à la gravité de la faute par le législateur. Ce dernier a en effet prévu trois catégories de fautes pour lesquelles le nombre de journées d'encellulement maximal est différent en fonction de leur gravité⁷⁴³. La sanction prononcée par l'administration pénitentiaire doit être proportionnée à la faute reprochée

⁷³⁹ Ces éléments sont repris en droit interne dans le Code monétaire et financier : art. L. 621-15 III ter C. monét. et fin.

⁷⁴⁰ Art. L. 653-2 C. com.

⁷⁴¹ Art. L. 653-8 C. com.

⁷⁴² Com. 1^{er} déc. 2009, n° 08-17.187, *JCP* 2010.I.55, note P. ROUSSEL-GALLE, *D.* 2010.7, note A. LIENHARD.

⁷⁴³ Art. R. 235-12 C. pénit. et pour les catégories de fautes : R. 232-2 et R. 232-4 à R. 234-6 C. pénit.

au détenu⁷⁴⁴. De manière générale, les sanctions disciplinaires ayant le caractère d'une punition doivent être déterminées dans le respect d'une certaine proportionnalité avec les faits reprochés⁷⁴⁵.

92. Exemples en droit canadien. Les principes de détermination de la peine précédemment énoncés⁷⁴⁶ sont prévus par le législateur en matière criminelle. Ceux-ci trouvent également à s'appliquer en droit pénal réglementaire. Le *Code de procédure pénale* du Québec indique quant à lui que le juge qui inflige une peine à une personne déclarée coupable d'une infraction doit tenir compte « notamment des circonstances particulières relatives à l'infraction ou au défendeur »⁷⁴⁷. La généralité de cette directive permet d'intégrer dans la détermination de la peine réglementaire des éléments identiques à la détermination de la peine criminelle, malgré l'absence de référence explicite au principe de proportionnalité. Ensuite, les dispositions pénales de certaines lois imposent spécifiquement la prise en compte de la gravité de la faute pour déterminer la peine adéquate. La proportionnalité de la peine encourue à la gravité des faits commis est ainsi législativement prévue en matière de valeurs mobilières⁷⁴⁸ ou en matière environnementale⁷⁴⁹. Par exemple, l'article 202 de la L.v.m, dans son second alinéa, indique que « le tribunal tient compte notamment du préjudice causé aux épargnants et des avantages tirés de l'infraction ». Cette directive est complétée par différents facteurs judiciaires, au moment de prononcer la sanction. La Cour d'appel du Québec a en effet approuvé à plusieurs reprises l'utilisation par les tribunaux de différents critères, assez identiques à ceux du *Code criminel*⁷⁵⁰. La *Loi sur la qualité de l'environnement* prévoit quant à elle une liste de facteurs aggravants⁷⁵¹. La détermination des sanctions

⁷⁴⁴ Cons. d'Ét., 1^{er} juin 2015, n° 380449, *AJDA* 2015.1071; *id.*, 1596, concl. A. BRETONNEAU; D. 2016.1220, obs. J.-P. CERE, M. H.-EVANS et E. PECHILLON; *AJ pénal* 2015.447, obs. E. PECHILLON; *RFDA* 2016.1212, note D. POLLET-PANOUSIS.

⁷⁴⁵ Cons. const. 25 nov. 2011, n° 2011-199 QPC, *M. Michel G.*, par. 8-10. Le Conseil constitutionnel s'assure de l'absence d'inadéquation manifeste entre les peines disciplinaires encourues et les obligations dont elles tendent à réprimer la méconnaissance et de la possibilité de moduler la sanction pour l'autorité qui la prononce. Pour une référence au principe de proportionnalité en matière de discipline relativement au *Décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat* : Civ. 1^{re}, 6 sept. 2017, n° 16-24.664. Pour l'annulation d'une décision de la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des médecins en raison de l'imposition d'une sanction disciplinaire hors de proportion avec la faute commise : Cons. d'Ét., 27 mars 2015, n° 365550, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 853.

⁷⁴⁶ *Supra*, par. 88.

⁷⁴⁷ *Code de procédure pénale* du Québec, art. 229.

⁷⁴⁸ Art. 202, 204 et 204-1 L.v.m.

⁷⁴⁹ *Loi sur la qualité de l'environnement*, préc., note 549, art. 115. 29, 115. 30, 115. 31, 115.32

⁷⁵⁰ *Autorité des marchés financiers c. Cournoyer*, 2008 QCCQ 7259; *Autorité des marchés financiers c. Demers*, 2009 QCCQ 7063.

⁷⁵¹ *Loi sur la qualité de l'environnement*, préc., note 549., art. 115. 41.

administratives au regard d'éléments se référant au contrevenant est également prescrite par les dispositions administratives de ces lois.

En matière de valeurs mobilières et en matière environnementale, les sanctions administratives sont fixées en rapport avec différents éléments, dont la gravité des faits. Tout d'abord, en droit de l'environnement, le même type de classification est utilisé pour les manquements administratifs que pour les infractions pénales⁷⁵², organisant une proportionnalité *ab initio* des sanctions. Ensuite, s'agissant des pénalités administratives de la L.v.m.⁷⁵³, les tribunaux ont confirmé la possibilité de faire usage des mêmes principes qu'en droit pénal pour déterminer le montant approprié dans chaque espèce. Sont notamment pris en compte, la confiance des investisseurs face aux marchés financiers, la protection des investisseurs et le bon fonctionnement du marché des valeurs mobilières, la gravité et le caractère intentionnel du geste posé, la durée des manquements reprochés, la conduite antérieure de l'organisation et de son dirigeant responsable, la coopération de la firme, la vulnérabilité des clients et la dissuasion générale⁷⁵⁴.

Enfin, les dommages-intérêts punitifs en droit civil québécois sont particulièrement intéressants. Ils sont une catégorie particulière de dommages-intérêts, qui ne peuvent être octroyés que lorsqu'ils sont spécifiquement prévus par une loi⁷⁵⁵. L'article 1621 du *Code civil du Québec* pose seulement leur cadre général d'application en expliquant leur fonction et leur mode d'évaluation. Ainsi, ils s'apprécient « en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers »⁷⁵⁶. Différemment des règles de fixation des dommages-intérêts compensatoires, une dissociation marquée s'opère entre le montant de la sanction et le dommage subi par la victime; la gravité de la faute du débiteur est prise en compte. Le législateur québécois a prévu de déterminer la sanction civile sur un schéma comparable à celui de la

⁷⁵² *Id.*, art. 115. 23, 115. 24, 115. 25, 115. 26

⁷⁵³ Art. 273.1 al. 2 L.v.m.

⁷⁵⁴ *Demers c. Autorité des marchés financiers*, 2007 QCCQ 6870, par. 48 et suiv.; *Autorité des marchés financiers c. Gestion de portefeuille Tahar Mansour inc.*, 2014 QCBDR 27, par. 163 à 167; *Autorité des marchés financiers c. English*, 2014 QCBDR 84, par. 107.

⁷⁵⁵ Par exemple, la *Loi sur la protection des arbres*, L.R.Q., c. P-37, art. 1; la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, art. 272; *Loi sur la Régie du logement*, L.R.Q., c. R-8.1, art. 54.10; *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 49; la *Loi sur les normes du travail*, c. N-1.1, art. 123.15.

⁷⁵⁶ Cette liste, établie à l'article 1621 du *Code civil du Québec* (ci-après C.c.Q.), n'est pas exhaustive : P. ROY, préc., note 157, par. 6.

détermination de la peine. La Cour suprême a déjà considéré qu'il n'était pas nécessaire d'établir l'existence d'un préjudice pour fonder une demande en dommages-intérêts punitifs sur le fondement de la Charte québécoise, consacrant, au moins pour ce texte, leur autonomie⁷⁵⁷. En outre, la prise en compte de la gravité de la faute pour faire varier le montant de l'indemnisation due par une personne civilement responsable est un élément de qualification de la peine privée⁷⁵⁸.

Le rapprochement entre certaines sanctions pénales et extra-pénales se constate indéniablement au regard des éléments qui s'imposent dans la détermination de la sanction et qui font référence principalement au responsable, au regard de ses faits ou de sa personne. Néanmoins, le droit pénal n'ignore pas la victime dans le processus de détermination de la peine. Il lui accorde simplement une place secondaire ou accessoire. De la même manière, les règles de fixation de certaines sanctions extra-pénales, sans oublier la victime, ne lui accordent pas, ou plus, toute la place. Il y a ainsi une certaine proximité des sanctions pénales et extra-pénales sur la place accessoire accordée à la victime dans leur détermination.

B. La détermination semblable des sanctions par référence accessoire à la victime

93. L'existence d'un rapprochement en matière de détermination des sanctions pénales et extra-pénales se manifeste par l'application de principes et de critères faisant accessoirement référence à la victime, tant pour les peines (1), que pour d'autres sanctions (2).

1. La détermination de la peine par référence accessoire à la victime

94. *La place accessoire de la victime dans les processus français et canadien de détermination de la peine.* Les droits français et canadien font une place à la victime dans le processus de détermination de la peine en incluant la prise en compte de sa situation dans les objectifs de la peine. Le droit français prévoit en effet que les fonctions de la peine, la punition et l'amélioration du délinquant, sont dirigées vers des finalités sociales « dans le respect des intérêts de la victime »⁷⁵⁹. En droit canadien, différents objectifs de

⁷⁵⁷ *de Montigny c. Brossard (Succession)*, [2010] 3 R.C.S. 64 (CSC).

⁷⁵⁸ Par exemple, pour la répartition des dommages-intérêts entre plusieurs coauteurs, la part due respectivement par chacun est fonction de la gravité de leur faute respective. En outre, la part supplémentaire de dommages-intérêts due au titre des dommages imprévisibles en matière contractuelle, sanctionne la faute lourde ou intentionnelle, c'est-à-dire les fautes les plus graves. *Supra*, par. 60.

⁷⁵⁹ Art. 130-1 C. pén. On note en ce sens que le choix de prononcer une dispense de peine se fait entre autres conditions si le dommage causé est réparé : art. 132-59 al. 1^{er} C. pén.

la peine font mention de la victime. Ainsi, l'infliction de la sanction peut viser : la dénonciation du comportement illégal et le tort causé par celui-ci aux victimes ou à la collectivité, la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité et la responsabilisation des délinquants, notamment par la reconnaissance des torts causés aux victimes ou à la collectivité⁷⁶⁰. Les textes français et canadien montrent ainsi qu'un intérêt certain est porté aux victimes des infractions pénales. Toutefois, la victime n'est pas au cœur du processus de détermination de la sanction pénale⁷⁶¹. La peine doit être juste⁷⁶² et la peine ne peut être juste pour le délinquant si elle est uniquement tournée vers la satisfaction des besoins de la victime. Les fonctions et finalités de la peine visent en effet prioritairement le rapport entre le coupable et la société⁷⁶³. C'est pourquoi l'existence de sanctions pénales de réparation du dommage subi par une victime d'infraction ne suffit pas pour contredire l'idée que la détermination de la peine n'est qu'accessoirement tournée vers les intérêts de celle-ci.

95. *La place de la victime dans la détermination des sanctions pénales de réparation.* Les droits français et canadien disposent dans leur arsenal pénal de mesures de réparation du dommage causé à la victime d'une infraction. L'existence de telles mesures pourrait établir le fait que le droit pénal considère ponctuellement les intérêts de la victime comme critère principal de détermination de la sanction du coupable. L'analyse

⁷⁶⁰ Art. 718 a), e), f) C.cr.

⁷⁶¹ En ce sens, même lorsque le dommage causé à la victime est un élément de qualification de l'infraction qui fait varier la peine maximale encourue eu égard à sa gravité, il ne s'agit pas de réparer le dommage par la peine. Par exemple, en droit français, il existe trois niveaux de gravité des infractions de violences volontaires (art. R. 624-1 et R. 625-1 C. pén pour les violences contraventionnelles, art. 222-7 à 222-16-3 C. pén. pour les violences délictuelles et art. 222-7, 222-8 et 222-10 C. pén. pour les violences criminelles) et deux niveaux d'atteintes volontaires à l'intégrité physique ou psychique (art. R. 622-1 et R. 625-2 et 625-3 C. pén. pour les atteintes contraventionnelles, art. 222-19 à 222-21 C. pén pour les atteintes délictuelles), en fonction des conséquences de l'infraction sur la victime, mesurées en interruption totale de travail (ITT). Le législateur a prévu une gradation des peines encourues en fonction de la gravité l'ITT. D'une part, l'indicateur de dommage utilisé pour la qualification pénale n'est pas l'équivalent du dommage civil car il ne prend en compte que la dimension personnelle, physique et morale, de l'atteinte. D'autre part, une peine d'emprisonnement, aussi élevée soit-elle, ne compense pas le dommage subi par la victime. On considère simplement que plus les conséquences de l'infraction sont graves, plus le comportement mérite une sanction élevée. Le raisonnement est identique concernant l'augmentation des peines maximales encourues par en raison de circonstances aggravantes liées aux victimes (par ex., art. 132-76 et 132-77 C. pén. et art. 718.2 a) (i) à (iii.1) C.cr.).

⁷⁶² Dr. fr. : X. PIN, préc., note 58, par. 360, p. 388. Dr. can. : art. 718 al. 1 C.cr.; R. c. M. (C.A.), préc., note 294, par. 78; H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 53, par. 21 et suiv., p. 21 et suiv.

⁷⁶³ Les différents éléments relatifs aux circonstances de l'infraction qui font mention de la qualité de la victime pour faire augmenter le *quantum* de la peine encourue existent tant pour faire valoir plus particulièrement les intérêts de certaines catégories de victimes, que pour exprimer le degré supérieur de réprobation que la société porte sur les faits commis à l'encontre de certaines personnes et exprimer un jugement moral de condamnation plus fort à l'encontre de l'auteur des faits.

de la définition et le régime de ces sanctions nuance néanmoins cette idée, particulièrement en droit français.

En droit français, la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 a instauré une peine de sanction-réparation qui consiste dans « l'obligation pour le condamné de procéder, dans le délai et selon les modalités fixés par la juridiction, à l'indemnisation du préjudice de la victime »⁷⁶⁴. L'objet de la sanction pénale est donc la réparation des conséquences de l'infraction sur la victime. Cet amalgame étonne d'autant plus que la sanction-réparation peut être prononcée seule⁷⁶⁵. Le dommage prend ici une place inédite. Néanmoins, la sanction-réparation obéit aux règles de détermination de la peine. Tout d'abord, c'est une sanction qui peut tout à fait répondre aux objectifs sociaux de la peine tels que définis par l'article 130-1 du Code pénal, comme la prévention de la commission de nouvelles infractions et la restauration de l'équilibre social. Elle s'accorde avec les fonctions de la peine en proposant au condamné un moyen de prendre conscience des conséquences de son acte⁷⁶⁶, aidant à son amendement. Son régime juridique correspond à celui d'une peine, permettant également qu'elle sanctionne le coupable. Elle doit être individualisée⁷⁶⁷. C'est pourquoi, prenant en compte les circonstances de l'infraction, la personnalité de son auteur ainsi que sa situation matérielle, familiale et sociale, il se peut que le juge ne fixe pas une sanction qui soit l'exact miroir du dommage causé⁷⁶⁸. De plus, l'exécution de la sanction-réparation est garantie par une mesure d'emprisonnement ou une amende fixée par le juge qui prononce la peine, et qui devra être mise en œuvre à défaut du respect de l'obligation de réparation⁷⁶⁹. La place prise par les intérêts de la victime dans la détermination de cette sanction se révèle finalement plus accessoire que sa définition ne le laisse entendre. La situation est plus ambiguë en droit canadien.

En droit canadien, l'ordonnance de dédommagement permet la réparation du dommage de la victime d'une infraction par le juge pénal, lors du processus de détermination de la peine⁷⁷⁰. Elle est prioritaire sur l'ordonnance de confiscation ou sur

⁷⁶⁴ Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, art. 64, codifié à l'article 131-8-1, al. 2 CP. Pour une étude de la sanction-réparation voir : Stéphanie Fournier, « La peine de sanction-réparation : un hybride disgracieux (ou les dangers du mélange des genres) », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 285.

⁷⁶⁵ Art. 131-8-1, al. 1 CP.

⁷⁶⁶ J.-Ch. SAINT-PAU, préc., note 707, par. 27.

⁷⁶⁷ « Toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée » : art. 132-1, al. 2 CP.

⁷⁶⁸ J.-Ch. SAINT-PAU, préc., note 707, par. 27.

⁷⁶⁹ Art. 131-8-1, al. 5 C. pén. de plus, le condamné ne peut pas faire garantir l'exécution de cette sanction par un assureur ou un tiers : J.-Ch. SAINT-PAU, préc., note 707, par. 27. Cet élément permet, entre autres, d'affirmer la qualification répressive de la sanction-réparation : *infra*, par. 553.

⁷⁷⁰ Art. 737.1 C.cr.

l'infliction d'une peine d'amende, si les ressources de l'auteur ne permettent pas de le condamner à la fois à l'une ou l'autre de ces sanctions et à indemniser la victime⁷⁷¹. De plus, la capacité de payer du délinquant n'est pas une condition de l'ordonnance de dédommagement⁷⁷². Les intérêts de la victime semblent donc prioritaires sur ceux du coupable et de la société. Cependant, plusieurs éléments permettent d'affirmer que la situation de la victime ne prédomine pas lors la détermination de la peine. Parce qu'elle fait partie du processus de détermination de la peine, l'ordonnance de dédommagement doit être rendue en tenant compte des objectifs et principes de détermination de la peine relatifs aux intérêts du condamné et de la société, en plus de ceux de la victime⁷⁷³. L'ordonnance répond ainsi aux objectifs de punition et de dissuasion⁷⁷⁴ et ne doit pas constituer un obstacle à la réhabilitation du condamné⁷⁷⁵. L'ordonnance est rendue « en plus de toute autre mesure »⁷⁷⁶, ce qui semble signifier qu'elle ne peut pas constituer la peine à elle seule, elle est un « *complément aux autres modalités de la peine* »⁷⁷⁷. De plus, l'ordonnance ne permet pas le dédommagement de tous les types de dommages ou préjudices puisqu'elle limite les dommages-intérêts aux pertes et dépenses de nature pécuniaire qui peuvent être facilement évaluées⁷⁷⁸. L'intérêt pour l'administration de la justice pénale est en ce sens prioritaire sur l'intérêt éventuel de la victime à l'indemnisation de l'ensemble de ses préjudices dans un même temps. Finalement, l'ordonnance de dédommagement offre à la victime d'une infraction pénale une place importante dans le processus de détermination de la peine⁷⁷⁹, sans modifier pour autant son sujet principal de référence, le coupable.

⁷⁷¹ Art. 740 C.cr.

⁷⁷² Art. 739.1 C.cr. : « Les moyens financiers ou la capacité de payer du délinquant n'empêchent pas le tribunal de rendre l'ordonnance visée aux articles 738 ou 739. ». La Cour suprême avait précédemment précisé que les ressources financières du contrevenant ne doivent pas être un facteur déterminant dans le choix du tribunal de rendre une ordonnance de dédommagement, même s'il doit en tenir compte : *R. c. Fitzgibbon*, préc., note 536.

⁷⁷³ *R. c. Zelensky*, préc., note 536; *R. c. Fitzgibbon*, préc., note 536; *Legault c. R.*, 2008 QCCA 1228; *R. c. Morinville*, 2016 QCCQ 2237, par. 56; *R. c. Simoneau*, préc., note 537.

⁷⁷⁴ COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *Le dédommagement et l'indemnisation*, Document de travail 5, Ottawa, 1974, p. 7 et 8, cité dans *R. c. Zelensky*, préc., note 536, 952 et *R. c. Fitzgibbon*, préc., note 536; *R. c. Morinville*, 2016 QCCQ 2237, par. 57; H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 53, par. 345, p. 449-451.

⁷⁷⁵ H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 53, par. 352, p. 458-459.

⁷⁷⁶ Art. 737.1 (1) C.cr.

⁷⁷⁷ H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 53, par. 351, p. 456-457.

⁷⁷⁸ Art. 738(1) C.cr.

⁷⁷⁹ Il sera démontré que malgré sa place affirmée dans le processus de détermination de la peine, l'ordonnance de dédommagement constitue bien une réparation et non une mesure répressive : *infra*, par. 553. Cette conclusion n'affecte cependant pas l'idée que le processus de détermination de la peine ne prend pas la victime comme référence principale, le dédommagement ne pouvant être qu'une mesure supplémentaire dans la peine et non la seule mesure constituant la peine.

96. Le droit pénal admet la prise en compte des intérêts de la victime d'une violation de la loi. Mais c'est un élément parmi d'autres de la détermination de la peine, qui ne peut suffire à la fixer. Ainsi, l'intérêt pour les dommages causés à une victime dans le processus de détermination des sanctions extra-pénales ne disqualifie pas leur rapprochement des sanctions pénales. Au contraire, dès lors que cet intérêt n'est pas le seul facteur pertinent ou qu'il est accessoire, les sanctions extra-pénales sont déterminées de façon semblable aux peines.

2. La détermination de sanctions extra-pénales par référence accessoire à la victime

97. ***La prise en compte accessoire de la situation de la victime dans la détermination de certaines sanctions extra-pénales en droit français.*** Certains mécanismes extra-pénaux de sanctions font référence, au titre des éléments à prendre en compte pour l'évaluation de la sanction, au dommage de la victime. Dès lors qu'il n'est pas le seul critère de la détermination de la sanction, ou qu'il n'en est un qu'à titre secondaire, la mesure extra-pénale s'éloigne de la réparation d'un dommage pour s'apparenter au processus pénal d'évaluation de la peine. C'est l'argument des auteurs favorables à la peine privée pour qualifier comme telle certaines sanctions comme la clause pénale⁷⁸⁰. Bien que la question fasse débat⁷⁸¹, elle illustre ce rapprochement de la méthode de détermination des peines et de certaines sanctions civiles. Plusieurs auteurs démontrent que l'exigibilité de la clause pénale et la détermination de son montant sont indépendantes de la survenance⁷⁸² et de l'ampleur d'un éventuel dommage pour le cocontractant. Le montant de la clause pénale ne peut pas être déterminé par équivalence à un préjudice puisqu'il s'agit d'une évaluation forfaitaire et anticipée des suites d'une inexécution

⁷⁸⁰ Art. 1231-5 C.civ. On relève toutefois qu'elle se situe dans une sous-section intitulée : « La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat ». Mettant en avant cette dissociation entre dommage et évaluation de la clause pénale pour la qualifier de peine privée : L. HUGUENEY, préc., note 520, p. 25 et s.; Marcel CREMIEUX, « Réflexions sur la peine privée moderne », dans *Etudes offertes à Pierre Kayser*, Aix-en-Provence, PUAM, 1979. D'autres auteurs attribuent son caractère pénal à l'existence nécessaire d'une faute, que la clause pénale vient sanctionner : D. MAZEAUD, préc., note 520, par. 541, 544, 560 et s.; ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, coll. Bibliothèque de droit privé, n° 135, LGDJ, 1974, p. 59 et suiv.; B. STARCK, préc., note 520, p. 390. Mais il s'agit là de l'importance de la faute au stade de l'incrimination, et non pas de la place de la faute dans la détermination de la sanction.

⁷⁸¹ Pour une affirmation du rôle essentiel du préjudice dans la phase d'exécution, voir Marie-Eve ROUJOU DE BOUBEE, préc., note 780, p. 72 et suiv.

⁷⁸² Denis MAZEAUD, préc., note 520, par. 555. Partisan d'une conception unitaire de la clause pénale comme peine, l'auteur démontre que « depuis sa conclusion, jusqu'à son dénouement, la clause pénale se caractérise par les traits qui sont les critères de la peine privée ».

fautive, dans un but comminatoire. De plus, afin d'exercer son rôle intimidant et préventif, le montant de la clause aurait plutôt tendance à être largement évalué par rapport à un préjudice potentiel. Ensuite, la possibilité offerte au juge « même d'office, [de] modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire »⁷⁸³, ne suffit pas à rétablir un lien direct, principal et complet entre la clause et le dommage. Même si l'ampleur du préjudice est un élément d'appréciation du caractère excessif d'une clause⁷⁸⁴, le juge n'a jamais été obligé de prendre en compte uniquement cet élément, ni de réduire le montant de la clause à une indemnité égale au préjudice subi par le créancier du fait de l'inexécution⁷⁸⁵. L'absence de préjudice ne permet pas nécessairement de conclure au caractère excessif de la peine et la clause pénale jugée excessive n'est pas toujours supprimée en l'absence de préjudice⁷⁸⁶.

98. *La prise en compte accessoire de la situation de la victime dans la détermination de certaines sanctions extra-pénales en droit canadien, l'exemple des dommages-intérêts punitifs québécois.* La mesure des dommages-intérêts punitifs en droit civil québécois, dont le caractère approprié s'évalue à l'aune de la nécessité d'atteindre son objectif préventif, ne prend en compte le préjudice subi par le créancier que parmi plusieurs autres critères⁷⁸⁷. Il fait même partie des critères secondaires, car la Cour suprême considère que la gravité de la faute est le critère prépondérant⁷⁸⁸. Il ne s'agit pas même d'établir un rapport de proportionnalité entre le montant des dommages-intérêts punitifs et celui du préjudice. La considération d'un faible montant de dommages-intérêts compensatoires en raison d'un préjudice de faible ampleur peut être une raison pour octroyer des dommages-intérêts punitifs à la victime afin de punir le comportement du débiteur⁷⁸⁹, opérant nécessairement et sciemment une distorsion entre la sanction d'un acte et ses conséquences préjudiciables.

⁷⁸³ Art. 1152 anc. C. civ.

⁷⁸⁴ Com. 11 fév. 1997, *Bull. civ.* IV, n° 47.

⁷⁸⁵ Com. 23 janv. 1979, *Bull. civ.* IV, n° 30.

⁷⁸⁶ D. MAZEAUD, préc., note 520, par. 588, et les références citées en notes 230 et 231. Le nouvel article 1231-5 C. civ. réaffirme le rôle du juge dans la modification du montant de la clause pénale en des termes identiques. La jurisprudence devrait donc rester identique.

⁷⁸⁷ Art. 1621 C.c.Q.

⁷⁸⁸ *Richard c. Time Inc.*, [2012] 1 R.C.S. 265 (CSC), par. 200; *Cinar Corporation c. Robinson*, préc., note 685, par. 137.

⁷⁸⁹ *Richard c. Time Inc.*, préc., note 788, par. 202.

99. De la proximité des sanctions à la proximité des comportements sanctionnés.

Certaines sanctions pénales et extra-pénales sont si proches dans leur nature et leur processus de détermination, qu'elles entraînent l'émergence d'une notion unifiée de répression, qui s'étend en dehors des frontières strictement pénales. Or, cette proximité entre certains mécanismes pénaux et extra-pénaux ne se constate pas seulement quant à la nature et à la détermination des sanctions, elle existe également quant aux comportements reprochés. L'émergence d'une notion unifiée de répression se manifeste ainsi du point de vue des conduites sanctionnées.

Section 2. La convergence des incriminations pénales et extra-pénales

100. Notion d'incrimination pénale. Incriminer signifie ériger un fait en infraction⁷⁹⁰. Cette opération juridique concerne en principe le droit pénal, seule matière à connaître d'« infractions »⁷⁹¹. Elle est un mécanisme complexe qui consiste, d'une part, à décider qu'un fait constitue une infraction et « non pas seulement une transgression relevant d'une sanction non répressive »⁷⁹². D'autre part, elle définit cette infraction en précisant son contenu. Incriminer permet donc de déterminer les illicéités pénales et de les définir⁷⁹³.

101. Notion d'incrimination extra-pénale. L'incrimination est donc de prime abord une opération spécifiquement pénale dans la mesure où le fait incriminé expose son auteur à une sanction de nature répressive et non pas civile ou administrative⁷⁹⁴. Cependant, il a été démontré une convergence de nature entre certaines sanctions pénales et extra-pénales. Par hypothèse⁷⁹⁵, les sanctions extra-pénales ayant les caractéristiques des sanctions pénales, peuvent être considérées comme répressives. Certaines de ces sanctions extra-pénales sont les conséquences de comportements dont la qualification relève d'un processus semblable à l'incrimination pénale. Cela rend possible l'utilisation du terme d'incrimination pour décrire la détermination et la définition des comportements

⁷⁹⁰ G. CORNU (dir.), préc., note 38, v° « incriminer », p. 536.

⁷⁹¹ En droit français et canadien, les lois distinguent ainsi souvent entre les « infractions » du droit pénal et les « manquements » du droit administratif, pour désigner la violation des règles portées par l'une ou l'autre des matières. C'est notamment le cas dans la *Loi sur la qualité de l'environnement* comme le souligne Jean PIETTE, préc., note 149, à la p. 4.

⁷⁹² P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 58, par. 33, p.16. Le terme répression étant alors synonyme de droit pénal.

⁷⁹³ *Id.*

⁷⁹⁴ *Id.*, par. 215.

⁷⁹⁵ Certaines des sanctions extra-pénales considérées sont effectivement ou pourraient être reconnues comme des sanctions punitives ou répressives par le droit positif, *infra*, par. 122 et suiv.

sanctionnés par des mesures extra-pénales de nature répressive⁷⁹⁶. Dans le même temps, cela permet d'établir la convergence des incriminations pénales et extrapénales dans la détermination des illicéités (I) et dans leur définition (II).

I. La détermination convergente des incriminations pénales et extra-pénales

102. *Les contraintes de la détermination des illicéités pénales.* La détermination d'une illicéité pénale est soumise à des contraintes particulières. L'incrimination pénale doit, d'une part, en droit français et en droit canadien, respecter le principe constitutionnel⁷⁹⁷ et légal⁷⁹⁸ de légalité criminelle selon lequel nul ne peut être puni si le comportement reproché et sa peine ne sont pas définis par un texte de loi. Sur le plan formel, la source de l'incrimination est prédéterminée. Ce doit être une loi. Sur le plan matériel, une certaine qualité est exigée de cette loi. Elle doit décrire de manière claire et précise le comportement⁷⁹⁹. Le droit pénal se distingue ici du droit civil qui « se contente d'un principe général de responsabilité »⁸⁰⁰. D'autre part, l'incrimination pénale doit respecter le principe de nécessité, expressément reconnu en droit français⁸⁰¹, qui restreint la liberté du législateur en lui imposant de ne réprimer que les comportements nuisibles à la société⁸⁰². Pour se faire, le législateur doit sélectionner les intérêts sociaux qu'il a identifié comme les plus importants à protéger et identifier les comportements qui y portent atteinte. Dans cette tâche, il doit veiller à ne pas édicter des lois arbitraires, ayant une portée excessive ou ayant des conséquences disproportionnées⁸⁰³. Le principe de nécessité des incriminations implique ainsi la détermination des illicéités au regard d'objets juridiques spécifiques.

⁷⁹⁶ Dans le même sens : C. MANDON, préc., note 59, par. 516, p. 593-597.

⁷⁹⁷ Art. 8 DDHC, art. 34 Const., art. 91.27 et 92.15 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 11 g) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et art. 37 de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

⁷⁹⁸ Art. 111-2 et 111-3 C. pén. et art. 6.(1) et 9 C.cr.

⁷⁹⁹ Dr. fr. : Cons. const. 19-20 juin 1982, *JCP* 1981.II.1970, note FRANCK, *D.* 1982.441, note A. DEKEUWER. Dr. can. : *R. c. Levkovic*, [2013] 2 R.C.S. 204, par.1; G. COTE-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, préc., note 307, p. 121; Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile*, 9^e éd., 1-Principes généraux, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2020, par. 76-77, par. 50 et 51 (La référence).

⁸⁰⁰ Art. 1240 et 1241 C. civ. et art. 1457 C.c.Q.; J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 707.

⁸⁰¹ Art. 8 DDHC.

⁸⁰² Art. 5 et 8 DDHC.

⁸⁰³ *Canada (Procureur général) c. Bedford*, [2013] 3 R.C.S. 1101 (CSC), par. 105; *Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 331 (CSC), par. 72.

103. Les objets juridiques protégés par le droit pénal : les valeurs fondamentales de la société. L'infraction étant une donnée relative, elle procède d'un choix opéré par la société à un moment donné⁸⁰⁴. Le corps social décide que certaines valeurs ou certains intérêts méritent la protection du droit pénal parce qu'ils sont essentiels au fonctionnement de la vie en société. En ce sens, l'incrimination pénale détermine les illicéités en érigeant en infractions les comportements attentatoires à des objets juridiques spécifiques⁸⁰⁵, dont la protection est soit inexistante, soit moins vigoureuse ou plus indirecte dans les autres matières. En droit canadien, c'est particulièrement le droit criminel qui a pour rôle d'assurer la défense des valeurs sociales fondamentales⁸⁰⁶. Plus précisément, la validité constitutionnelle d'une loi criminelle suppose qu'elle porte sur un objet de droit criminel, c'est-à-dire l'ordre, la sécurité, la santé, ou les bonnes mœurs⁸⁰⁷. Un objet de droit criminel consiste donc, soit en la protection d'une valeur commune forte, soit en un risque de préjudice à la société ou à des groupes de personnes vulnérables (femmes enceintes, mineurs, personnes en situation sociale difficile), dans la mesure où est en cause un intérêt collectif identifiable ou une valeur sociale comme la vie, l'intégrité physique et psychique, la propriété. La Cour suprême distingue ainsi au sein du droit pénal « les crimes véritables », réprimés par le droit criminel, et les infractions « statutaires », « réglementaires » ou encore dites « contre le bien-être public », sanctionnées par le droit pénal réglementaire. Ces dernières infractions « ne sont pas criminelles au plein sens du terme, mais sont prohibées dans l'intérêt public » et « pourraient fort bien être considérées comme une branche du droit administratif »⁸⁰⁸. Elles ont pour objet « des questions quotidiennes, telles les contraventions à la circulation, la vente de nourriture contaminée, les violations de lois sur les boissons alcooliques », ou encore la pollution⁸⁰⁹. Ainsi, ce type d'infractions veillent à ce que la société conserve

⁸⁰⁴ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 58, par. 33, p. 16.

⁸⁰⁵ Coralie COURTAIGNE-DESLANDES, *L'adéquation du droit pénal à la protection de l'environnement*, Paris, Université Paris II (Panthéon - Assas), 2010, par. 909 et 910; O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 233, par. 91, p. 54-55; Marion LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, coll. Collection des thèses / Fondation Varenne, n°39, Paris, Fondation Varenne, 2010, p. 374; Jacques-Henri ROBERT, *Droit pénal général*, 6^e éd., coll. Thémis, Paris, PUF, 2005, p. 225.

⁸⁰⁶ R. c. M. (C.A.), préc., note 294, par. 81 : « Bref, une peine assortie d'un élément réprobateur représente une déclaration collective, ayant valeur de symbole, que la conduite du contrevenant doit être punie parce qu'elle a porté atteinte au code des valeurs fondamentales de notre société qui sont constatées dans notre droit pénal substantiel. »; G. COTE-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, préc., note 307, p. 61; J. TURGEON, préc., note 238, par. 3.

⁸⁰⁷ R. c. Malmö-Levine; R. c. Caine, [2003] 3 R.C.S. 571 (CSC), par. 74. Pour un exemple à propos des bonnes mœurs, voir R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295 (CSC).

⁸⁰⁸ R. c. Sault Ste. Marie, [1978] 2 R.C.S. 1299, 1302 (CSC).

⁸⁰⁹ Id., 1303.

« un haut niveau d'hygiène et de sécurité publiques » relativement à « des activités comportant un danger latent »⁸¹⁰. Les mécanismes administratif, civil ou disciplinaire de sanctions relèvent, quant à eux, de ce que la Cour suprême dénomme les « affaires privées, internes ou disciplinaires qui sont de nature réglementaire, protectrice ou corrective et qui sont principalement destinées à maintenir la discipline, l'intégrité professionnelle ainsi que certaines normes professionnelles, ou à réglementer la conduite dans une sphère d'activité privée et limitée »⁸¹¹. Elles correspondent par exemple à « des procédures engagées pour déterminer l'aptitude à obtenir ou à conserver un permis » et « les procédures de nature administrative engagées pour protéger le public conformément à la politique générale d'une loi »⁸¹². Il y a donc en principe une véritable différence entre les objets juridiques protégés par les différentes matières, le droit pénal, spécialement le droit criminel en droit canadien, étant normalement celle qui défend les valeurs essentielles au maintien de la vie en société.

104. *La détermination semblable de certaines illicéités pénales et extra-pénales.* Les contraintes de légalité et de nécessité sont en principe strictement pénales. Cependant, en raison tant d'une appréciation souple de ces principes en droit pénal, que d'une diffusion de la légalité en dehors du droit pénal, la détermination des illicéités tend à se rapprocher dans différentes branches du droit. De plus, différentes matières s'emparent de la protection des mêmes intérêts, renforçant ainsi la convergence. Contrainte ou influencée par les principes de légalité et de nécessité, la détermination des illicéités pénales et extra-pénales converge quant aux méthodes d'incrimination (A) et quant aux objets juridiques protégés (B).

A. La convergence des méthodes d'incrimination pénales et extra-pénales

105. *Le principe de légalité et les méthodes d'incrimination.* Le principe de légalité criminelle, prévu par l'article 8 de la DDHC et les articles 111-2 et 111-3 du Code pénal en droit français, l'article 11 g) de la Charte canadienne et l'article 9 du *Code criminel* en droit canadien, suppose qu'une incrimination soit prévue dans un texte de loi qui en décrit, suffisamment et clairement, les différents éléments constitutifs. Ces exigences ont notamment pour buts de protéger les citoyens contre l'arbitraire de la justice, en leur

⁸¹⁰ *Id.*, 1310.

⁸¹¹ *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, par. 23.

⁸¹² *Id.*

permettant d'ajuster leurs comportements aux prescriptions pénales susceptibles de connaissance et de compréhension⁸¹³. Par conséquent, les méthodes ou procédés d'incrimination sont encadrés afin de répondre à ces enjeux. Cependant, l'interprétation malléable de ces exigences engendre une appréciation souple de la légalité criminelle. Cela permet l'emploi de procédés d'incrimination pénale (1) qui se rapprochent des méthodes utilisées par d'autres branches du droit, elles-mêmes influencées par l'existence d'un principe de légalité conçu avec beaucoup de souplesse (2).

1. Des méthodes d'incrimination pénale résultant d'une appréciation souple de la légalité

106. *Une grande latitude dans les procédés de détermination des illicéités pénales.*

En droit français, l'appréciation souple de la légalité criminelle s'illustre tant sur le plan formel que matériel⁸¹⁴. Sur le plan formel, on a pu observer le passage d'un principe de légalité, suivant lequel la loi est la source de toute infraction, à un principe de textualité⁸¹⁵, admettant que d'autres types de normes écrites puissent déterminer une infraction. Notamment, le pouvoir réglementaire est compétent pour définir les contraventions⁸¹⁶. En outre, sur le plan matériel, les exigences de clarté, d'accessibilité et de précision des incriminations sont également souplesment interprétées. Par exemple, la méthode de l'incrimination par renvoi permet d'établir la sanction pénale d'un comportement par référence aux obligations prescrites dans un autre texte⁸¹⁷. Courante en droit pénal technique, il est admis qu'elle ne contrevient pas en principe à l'accessibilité et à la clarté de la loi pénale, y compris en cas de renvois successifs⁸¹⁸. En outre, l'absence de précision des comportements prohibés est admise pour les infractions qui visent à punir l'existence

⁸¹³ Dr. fr. : O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 233, par. 36-38 et 84, p. 28-30 et p. 49. Dr. can. : *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S 606, 626, 632.

⁸¹⁴ En droit français, sur la question le principe de légalité criminelle, voir : Julien BONNET, « Le principe de légalité criminelle. Le point de vue du constitutionnaliste », dans Fabrice HOURQUEBIE et Virginie PELTIER (dir.), *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal. Actes du colloque organisé les 8 et 9 novembre 2012 par le CERCLE et l'ISJC de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV*, coll. Actes et études, Paris, Cujas, 2013, p. 11; Charlotte CLAVERIE-ROUSSET, « La légalité criminelle », *Dr. pén.* 2011.9.21.

⁸¹⁵ M.-L. RASSAT, préc., note 58, p. 93.

⁸¹⁶ Art. 34 et 37 Const. et art. 111-3 C. pén. La loi peut aussi renvoyer à des textes extranationaux, comme un règlement européen par exemple pour déterminer les comportements réprimés : art. L. 541-46 I 13°, 14° et 16° C. env.

⁸¹⁷ O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 233, par. 216, p. 119.

⁸¹⁸ Ou en « cascade » : *Id.*

d'un résultat particulier. Sont alors pénalement réprimés tous les comportements qui, dans les faits causent, ledit résultat⁸¹⁹.

Le droit canadien a également adopté une appréciation souple du principe de légalité. Sur le plan formel, le principe de légalité permet l'incrimination d'un comportement tant par une loi que par un règlement⁸²⁰. D'un point de vue matériel, les exigences de clarté et de précision de l'incrimination imposent seulement que le citoyen puisse raisonnablement cerner un comportement prohibé ou délimiter une sphère de risque dans laquelle le comportement peut être pénalement réprimé⁸²¹. Et, dès lors que le juge dispose d'éléments textuels, de critères d'application, permettant d'interpréter la norme, les exigences constitutionnelles sont remplies⁸²². Comme en droit français, les incriminations peuvent être générales et préciser surtout un résultat redouté. Les incriminations par renvoi sont également utilisées tant en droit criminel⁸²³ qu'en droit pénal réglementaire⁸²⁴.

107. Notamment en raison de l'application d'une légalité souple pour certains mécanismes extra-pénaux de sanctions, les méthodes d'incrimination utilisées et acceptées en droit pénal se retrouvent dans d'autres branches du droit.

2. Des méthodes d'incrimination extra-pénale résultant de l'existence d'une légalité souple

108. Une exigence de légalité souple pour les mécanismes punitifs extra-pénaux en droit français. En droit français, plusieurs mécanismes extra-pénaux de sanctions sont soumis au principe de légalité, selon une interprétation très souple. Les comportements illicites doivent être déterminés par un texte, qu'il soit de nature légale ou réglementaire,

⁸¹⁹ Par ex. art. 221-1 C. pén., incriminant « le fait de donner volontairement la mort à autrui »; C. CLAVERIE-ROUSSET, préc., note 736, par. 11; O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 233, par. 85, p. 49-50.

⁸²⁰ G. COTE-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, préc., note 307, part. I, titre III, chapitre 1, 1.2. En revanche, en raison du principe de légalité, un juge ne peut pas créer d'infraction : *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, par. 19, 57, 59, 60, 62, 66 et 67. En matière d'outrage au tribunal (art. 9 al. 2 C.cr.), le tribunal a toutefois une grande discrétion dans la qualification des comportements constitutifs d'outrage.

⁸²¹ *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, 1141; *R. c. Levkovic*, préc., note 719, par. 37; *Charbonneau c. R.*, 2016 QCCA 1354, par. 128 et 129; G. COTE-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, préc., note 307, p. 121 et 134; J. TURGEON, préc., note 238, par. 47 et 50.

⁸²² *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, préc., note 735, 643.

⁸²³ Art. 126 C.cr.

⁸²⁴ Par ex. *Loi sur la qualité de l'environnement*, préc., note 549, art. 115. 23 à 115. 26. Malgré les renvois spécifiques, le régime de sanctions pénales s'appliquant à toute contravention à la loi, il est possible de parler de régime « universel » : J. PIETTE, préc., note 149, à la p. 5. Pour un exemple de renvoi général à l'ensemble des dispositions de la loi : art. 202 et 203 L.v.m.

en fonction de la répartition constitutionnelle des compétences⁸²⁵. Quant à la définition des infractions en matière administrative⁸²⁶ et disciplinaire⁸²⁷, il suffit, pour respecter les exigences de la légalité matérielle, que le texte d'incrimination renvoie de manière générale aux obligations légales ou réglementaires auxquelles sont soumises les personnes visées par les sanctions. Pour les sanctions civiles, le Conseil constitutionnel impose que le législateur fixe en des termes suffisamment clairs et précis la prescription dont il sanctionne le manquement. Cette exigence est respectée si la définition de l'infraction permet au juge de se prononcer sur son application, sans que son interprétation soit arbitraire⁸²⁸. Un principe de légalité formelle et matérielle existe également en droit canadien pour toutes matières dont la compétence est attribuée à la loi par la Constitution.

109. Différentes manifestations de la légalité dans les matières extra-pénales en droit canadien. D'une part, tous les mécanismes juridiques dont les sanctions peuvent être assimilées à des peines sont soumis aux garanties juridiques de l'article 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. À ce titre, le principe de légalité criminelle doit s'appliquer à n'importe quel manquement entraînant l'imposition d'une véritable conséquence pénale⁸²⁹. D'autre part, la norme constitutionnelle de précision de la loi, exigeant que la loi soit « un guide suffisant pour un débat judiciaire »⁸³⁰, est un principe

⁸²⁵ Cons. const. 19 mai 2017, n° 2017-630 QPC, *M. Olivier D.*, par. 6, à propos du renvoi au décret par la loi pour fixer les règles de déontologie et les sanctions disciplinaires des avocats.

⁸²⁶ Cons. const. 17 janv. 1989, n° 88-248 DC, préc. note 86, par. 37. La formulation est un peu différente dans les décisions récentes : Cons. const. 20 juill. 2012, n° 2012-266 QPC, *M. Georges R.*, par. 6, à propos de la perte d'indemnité prévue en cas de décision administrative d'abattage d'animaux malades; 12 juill. 2013, n° 2013-332 QPC, *Mme Agnès B.*, par. 8, à propos de la sanction des irrégularités commises par un organisme collecteur de fonds et au titre du « 1 % logement ». Pour l'application du principe de légalité des délits et des peines par le Conseil d'État aux sanctions administratives : Cons. d'Ét., 9 oct. 1996, n° 170363, *Société Prigest*; Cons. d'Ét., ass., 7 juillet 2004, *ministre de l'intérieur c. B.*, n° 255136.

⁸²⁷ Cons. const. 25 nov. 2011, n° 2011-199 QPC, *M. Michel G.*, par. 7, en matière de discipline des vétérinaires; 13 janv. 2012, n° 2011-210 QPC, *M. Ahmed S.*, par. 4, à propos des poursuites et sanctions disciplinaires applicables aux manquements des titulaires d'une fonction publique (en l'espèce, un maire); 24 oct. 2014, n° 2014-423, *M. Stéphane R. et autres*, par. 29, relativement aux manquements disciplinaires réprimés par la Cour de discipline budgétaire et financière. La jurisprudence du Conseil d'État est également en ce sens : Cons. d'Ét., sect., 12 octobre 2009, *M. A.*, n° 311641 (sauf pour les sanctions trouvant leur source dans le pouvoir disciplinaire de l'employeur : Cons. d'Ét., 9 av. 2010, *M.M.*, n° 312251).

⁸²⁸ Cons. const. 13 janvier 2011, n° 2010-85 QPC, *Établissements DARTY et Fils*, par. 3, et 30 nov. 2018, n° 2018-749 QPC, *Société Interdis et autres*, par. 8, à propos de l'amende civile en matière d'ordre public dans l'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux.

⁸²⁹ Art. 11g) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Néanmoins, peu de sanctions extra-pénales ont été qualifiées par la jurisprudence de véritable conséquence pénale (seulement les sanctions qualifiées par la loi « d'emprisonnement »). En conséquence, le principe de légalité criminelle s'applique aujourd'hui presque exclusivement aux infractions criminelles et pénales, lesquelles sont automatiquement soumises aux garanties juridiques de l'article 11 de la *Charte canadienne*. *Infra*, par. 175 et suiv.

⁸³⁰ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, préc., note 735, 643.

de justice fondamentale au titre de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁸³¹, qui s'applique à tous les textes, pénaux, civils, administratifs, ou autres⁸³². Cette norme constitutionnelle de précision relève en droit canadien d'un principe de légalité d'application générale qui trouve son origine dans la primauté du droit⁸³³. Elle peut être analysée comme un élément commun au principe de légalité criminelle, aux principes de la primauté du droit et aux principes de justice fondamentale, démontrant que la détermination des illicéités pénales et extra-pénales répond à des règles communes. Enfin, les dommages-intérêts punitifs du droit civil québécois sont un exemple d'une manifestation plus particulière de la légalité et de ses modalités d'application. En effet, l'octroi de cette catégorie de dommages-intérêts est soumis à une prévision législative particulière. Ils ne peuvent être demandés que sur le fondement d'une loi qui les a expressément prévus⁸³⁴. Il n'y a pas de mécanisme général d'attribution résultant de toute faute civile dommageable, comme c'est le cas des dommages-intérêts compensatoires. Cela rend nécessaire la détermination plus précise des comportements susceptibles d'y donner droit. Le législateur vise alors soit un ou plusieurs comportements particuliers, soit la réalisation d'un résultat redouté. Dans le premier cas, la loi peut opérer par renvoi en son sein⁸³⁵. Parfois, tout manquement aux obligations prévues dans la loi peut entraîner le paiement de dommages et intérêts punitifs⁸³⁶. Dans le second cas, la teneur du comportement n'est pas toujours détaillée⁸³⁷. La loi précise alors parfois la nature et la

⁸³¹ *Id.*, 632.

⁸³² *Id.*, 642. Pour une application en matière disciplinaire : *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267, par. 103 à 112. Dans cette décision, la Cour suprême, sous la plume du juge Gonthier, considère que l'article 8 du *Code de déontologie de la magistrature*, imposant aux juges un devoir de réserve, n'est pas imprécis au sens constitutionnel. La formulation générale du devoir de réserve permet la délimitation suffisante d'une sphère de risque et la tenue d'un débat judiciaire quant à son application (par. 112).

⁸³³ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, préc., note 735, 626, 632, 640.

⁸³⁴ Art. 1621 al.1 C.c.Q.

⁸³⁵ Par exemple, la *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture* RLRQ, c. A-23.001, prévoit en son article 56 que le manquement à une obligation prévue en vertu des articles 3, 9, 21, 22 ou 23 de la même loi peut fonder une demande en dommages-intérêts punitifs. L'article 21 précise par exemple que : « Le vendeur doit, dans les 45 jours de la perception, déposer en fidéicomis au Québec auprès du dépositaire toute somme qu'il perçoit en vertu d'un contrat d'arrangements préalables de services funéraires » sauf dans deux situations exposées dans la suite de l'article.

⁸³⁶ Art. 272 L.p.c.; art. 269.2 L.v.m.

⁸³⁷ Par exemple, selon l'article 123.15 de la *Loi sur les normes du travail*, RLRQ, c. N-1.1, un employeur peut être tenu de verser des dommages-intérêts punitifs à un salarié victime de harcèlement psychologique sur son lieu de travail lorsque l'employeur n'aura pas respecté les obligations auxquelles il est tenu en vertu de l'article 81.19 de la même loi, c'est-à-dire de « prendre tous les moyens raisonnables pour prévenir le harcèlement psychologique et, lorsqu'une telle conduite est portée à sa connaissance, pour la faire cesser ». Il y a ici un manquement à une obligation spécifique mais cette obligation a un contenu lui-même imprécis. Cependant l'on voit que le législateur cherche ici à prévenir une atteinte particulière, celle de l'intégrité psychologique sur le lieu de travail démontrant une attention particulièrement à la valeur de l'intégrité morale de la personne.

gravité de la faute requise. Par exemple, la *Charte des droits et libertés de la personne*⁸³⁸ octroie le droit à des dommages-intérêts punitifs quand une atteinte illicite⁸³⁹ et intentionnelle⁸⁴⁰ est portée à un des droits ou libertés reconnus par la Charte. Dans ces différents cas, la détermination de l'illicite se fait de façon assez semblable à ce que l'on peut connaître en droit pénal.

110. Une convergence bidimensionnelle de la détermination des incriminations pénales et extra-pénales. Le législateur détermine les conduites antisociales pénalement sanctionnées en vue des intérêts qu'il souhaite préserver. Les procédés d'incrimination sont ainsi au service de la protection de ces intérêts. La clarté et la précision des textes de loi permettent en principe d'en assurer la compréhension et le respect et contribuent à l'expressivité de la norme pénale. C'est pourquoi la convergence des méthodes d'incriminations va de pair avec une convergence des objets protégés par les incriminations.

B. La convergence des objets juridiques protégés

111. L'appréciation souple de la nécessité en droit pénal et la remise en cause de la protection d'objets juridiques particuliers. Le principe de nécessité de la loi pénale devrait conduire le législateur français à n'incriminer que les actions nuisibles à la société⁸⁴¹. En conséquence le droit pénal ne devrait défendre que certains intérêts, sélectionnés parmi l'ensemble des objets juridiques à protéger, parce qu'ils représentent des valeurs essentielles pour la société⁸⁴². Cette idée existe également en droit canadien, exprimée de manière différente, au regard du partage de compétence entre le parlement et les législatures provinciales⁸⁴³. Or, cette idée conceptuellement séduisante ne se

⁸³⁸ RLRQ, c. C-12.

⁸³⁹ L'atteinte illicite ayant été interprétée comme étant identique à la notion de faute : *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, n° 120 et 127.

⁸⁴⁰ Art. 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Selon la jurisprudence, « il y aura atteinte illicite et intentionnelle au sens du second alinéa de l'art. 49 de la Charte lorsque l'auteur de l'atteinte illicite a un état d'esprit qui dénote un désir, une volonté de causer les conséquences de sa conduite fautive ou encore s'il agit en toute connaissance des conséquences, immédiates et naturelles ou au moins extrêmement probables, que cette conduite engendrera. Ce critère est moins strict que l'intention particulière, mais dépasse, toutefois, la simple négligence. Ainsi, l'insouciance dont fait preuve un individu quant aux conséquences de ses actes fautifs, si déréglée et téméraire soit-elle, ne satisfera pas, à elle seule, à ce critère » : *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211 (CSC), par. 121.

⁸⁴¹ Art. 5 et 8 DDHC.

⁸⁴² O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 233, par. 94, p. 56-57.

⁸⁴³ *Supra*, par. 103. *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 108, art. 91 27 et 92 15.

retrouve pas en droit positif. Premièrement, au Canada, le droit pénal se scinde en deux ensembles, dont il est reconnu que seul l'un des deux, le droit criminel, correspond à ce schéma classique⁸⁴⁴. De plus, les valeurs qui peuvent intégrer la protection offerte par le droit criminel sont des catégories très larges⁸⁴⁵ et ne constituent donc qu'une limite faible au pouvoir d'incrimination. Deuxièmement, en droit français, c'est droit pénal « technique » qui fait débat au regard de sa nécessité et des valeurs qu'il véhicule⁸⁴⁶. Dans le même sens, le droit des affaires a fait l'objet d'une réflexion pour se demander si le droit pénal y avait sa juste place⁸⁴⁷. En outre, plusieurs auteurs se demandent si les contraventions ont bien leur place en droit pénal tant la question de la faute du coupable y est peu importante⁸⁴⁸. De plus, en exerçant un contrôle limité sur la nécessité des incriminations, le Conseil constitutionnel conforte la situation d'un droit pénal omniprésent⁸⁴⁹. C'est ainsi que la détermination des incriminations, au regard des objets juridiques qu'elles protègent, tend à s'assimiler entre différentes matières, tant en droit français qu'en droit canadien.

112. *La convergence des mécanismes sanctionneurs dans la protection d'objets juridiques communs en droit français.* Les matières qui ont recours à différentes sanctions, pénales, administratives, civiles ou disciplinaires, pour réagir aux violations d'un même ensemble de normes font apparaître la fragilité de la distinction du droit pénal et des autres branches du droit au regard des objets juridiques protégés⁸⁵⁰. C'est encore plus visible lorsqu'elles sont susceptibles de s'appliquer à des faits matériellement proches ou identiques. Par exemple, le Conseil constitutionnel a affirmé, en matière

⁸⁴⁴ *Supra*, par. 103.

⁸⁴⁵ *Supra*, par. 103.

⁸⁴⁶ O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 233, par. 94, p. 56-57.

⁸⁴⁷ *Id.*

⁸⁴⁸ *Id.*

⁸⁴⁹ Notamment, le Conseil constitutionnel considère qu'il n'est pas contraire au principe de nécessité de créer une nouvelle infraction dont les faits constitutifs pourraient déjà tombés sous le coup d'autres qualifications : Cons. const. 25 fév. 2010, n° 2010-604 DC, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, par. 6. De plus, il limite son rôle au contrôle de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine, affirmant que la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur : Cons. const. 19-20 janv. 1981, n° 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, par. 12 et 13; 1^{er} fév. 2019, *Association Médecins du monde et autres*, par. 14, à propos de la pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution. O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 233, par. 94, p. 56-57.

⁸⁵⁰ Ce constat avait déjà été établi s'agissant de l'identification de la sanction pénale. Ainsi, le critère axiologique, supposé permettre l'identification de la sanction pénale au regard des valeurs protégées par les incriminations pénales, a pu être écarté au motif de la très grande variété de ces valeurs : C. MANDON, préc., note 59, par. 482, p. 558-559 et par. 518, p. 597.

fiscale, que les répressions pénale et fiscale des insuffisances volontaires de déclaration d'éléments servant à la délimitation de l'assiette de l'impôt et à sa liquidation⁸⁵¹ « permettent d'assurer ensemble la protection des intérêts financiers de l'État ainsi que l'égalité devant l'impôt, en poursuivant des finalités communes, à la fois dissuasive et répressive »⁸⁵². En droit des marchés financiers, il avait considéré que les anciens manquement et délit d'initié avaient une finalité identique consistant en l'assurance du bon fonctionnement et de l'intégrité des marchés⁸⁵³. En outre, en matière de contrefaçon⁸⁵⁴, les sanctions civiles et pénales⁸⁵⁵ protègent ensemble la propriété intellectuelle, d'autant que ces sanctions visent des comportements matériellement semblables. De plus, la protection pénale de la propriété intellectuelle apparaît comme le prolongement de la protection plus générale de la propriété par le Code pénal⁸⁵⁶. Enfin, en matière d'entreprises en difficulté, l'infraction pénale de banqueroute⁸⁵⁷ et les sanctions civiles de faillite personnelle et d'interdiction de gérer⁸⁵⁸ qui visent des comportements très similaires ont pour objets communs la protection de la morale des affaires, l'équilibre du marché et partant, la régulation de l'économie⁸⁵⁹. L'incrimination de comportements semblables par des branches diverses du droit - pénale et extra-pénales – protégeant des objets juridiques identiques, témoignent de l'émergence d'une répression au-delà du seul droit pénal et d'une conception de la notion qui tend à s'unifier. On peut également en trouver des exemples en droit canadien.

113. La convergence des mécanismes sanctionnateurs dans la protection d'objets juridiques communs en droit canadien. La convergence du droit criminel et d'autres branches du droit dans la protection de certains objets juridiques peut être établie dans plusieurs domaines. Par exemple, la *Loi sur la qualité de l'environnement*⁸⁶⁰, qui instaure

⁸⁵¹ Par l'article 1729 du CGI pour l'amende fiscale et 1741 pour l'amende pénale.

⁸⁵² Cons. const. 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC, *M. Alec W. et a.*, par. 20; Cons. const. 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC, *M. Jérôme C.*, par. 20.

⁸⁵³ Cons. const. 18 mars 2015, préc., note 318, par. 25

⁸⁵⁴ Nathalie BLANC, « Les sanctions en droit de la propriété intellectuelle. L'exemple de la contrefaçon : clair-obscur dans le droit des sanctions », dans *Les sanctions en droit contemporain.*, Vol. 1 « La sanction, entre technique et politique », coll. L'esprit du droit, Paris, Dalloz, 2012, p. 299, par. 4.

⁸⁵⁵ Art. L. 615-1 et suiv. (sanctions civiles) et L. 615-14 (sanctions pénales) C. prop. int.

⁸⁵⁶ Voir le Titre 1^{er} « Des appropriations frauduleuses », du Livre III du Code pénal.

⁸⁵⁷ Art. 654-1 à 654-7 C. com.

⁸⁵⁸ Art. 653-1 à 653-11 C. com.

⁸⁵⁹ Olivier DECIMA et Laura SAUTONIE-LAGUIONIE, « Droit pénal et droit des entreprises en difficulté », dans *Droit pénal et autres branches du droit : regards croisés. Actes du XXe congrès de l'Association française de droit pénal organisé [à Bordeaux] les 5-6-7 octobre 2011*, coll. Actes et études, Paris, Cujas, 2002, p. 193-219, par. 19.

⁸⁶⁰ *Loi sur la qualité de l'environnement*, préc., note 549.

un régime de sanctions administratives pécuniaires et de sanctions pénales réglementaires, vise la protection d'intérêts qui rejoint des préoccupations classiques du droit criminel. En effet, cette loi d'application générale⁸⁶¹, dont l'objet principal est la préservation de l'environnement, en souligne les rapports avec les enjeux liés à la protection de la santé humaine et la dimension d'intérêt général⁸⁶². Par son objet et sa portée, elle a des objectifs communs avec le droit criminel. En matière financière et économique, les droits criminel, pénal réglementaire et administratif, concourent ensemble à la protection du marché des valeurs mobilières et à la confiance des citoyens dans l'économie. Ainsi, la réglementation par la *Loi sur les valeurs mobilières* du marché du financement et des valeurs mobilières au Québec « vise à soutenir la confiance du public et à décourager les comportements délinquants à portée civile et commerciale »⁸⁶³. Or le législateur fédéral a voulu renforcer au sein du *Code criminel*, au début du XXI^e siècle, la protection de la confiance des épargnants⁸⁶⁴, notamment par l'incrimination nouvelle de plusieurs comportements⁸⁶⁵. Le *Code criminel* donne donc à la confiance des épargnants dans le système économique sa place parmi les valeurs fondamentales de la société contemporaine. La sécurité routière est également une matière propice à la prolifération de sanctions de toutes natures⁸⁶⁶, dans le but de protéger l'intégrité et la vie des personnes. Enfin, on peut aussi évoquer l'octroi de dommages-intérêts punitifs sur le fondement de l'article 49 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui permet la sanction, en sus ou indépendamment de toute indemnisation⁸⁶⁷, des atteintes aux droits protégés par la Charte, dont les droits à la vie, la sûreté, l'intégrité et la liberté de sa

⁸⁶¹ Elle s'applique à tous les citoyens, entreprises, municipalités du Québec, ministères, organismes publics et sociétés d'État. Certaines dispositions réglementent des activités particulières mais les sanctions administratives pécuniaires ne s'y limitent pas. J. PIETTE, préc., note 149, à la p. 8.

⁸⁶² *Loi sur la qualité de l'environnement*, préc., note 549, disposition préliminaire; J. PIETTE, préc., note 149, aux p. 7 et 8.

⁸⁶³ *R. c. Lacroix*, préc., note 115, par. 52.

⁸⁶⁴ Robin MACKAY, Margaret SMITH et Division du droit et du gouvernement, *Résumé législatif, Projet de loi C-13 : Loi modifiant le Code criminel (Fraude sur les marchés financiers et obtention d'éléments de preuve)*, Direction de la recherche parlementaire, LS-468F, Bibliothèque du Parlement, 2004, p. 3, en ligne :

<<https://lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/LegislativeSummaries/PDF/37-3/c13-f.pdf>> (consulté le 26 janvier 2020).

⁸⁶⁵ Art. 382.1 (1) C.cr. : « Délit d'initié » et art. 382.1 (2) C.cr. : « Communication de renseignements confidentiels », créés par la *Loi modifiant le Code criminel (fraude sur les marchés financiers et obtention d'éléments de preuve)*, L.C. 2004, c.3, art. 5. Sur le sujet des évolutions législatives en la matière, voir : Audrey LETOURNEAU et Mario NACCARATO, « La responsabilité pénale et criminelle des prestataires de services financiers et la détermination des peines : d'hier à demain », 2 *B.D.E.* 21, 22.

⁸⁶⁶ Au Québec : C.s.r., Titre V « Sanctions ».

⁸⁶⁷ *de Montigny c. Brossard (Succession)*, préc., note 757.

personne⁸⁶⁸. Dans ce contexte, la Charte permet la protection de valeurs identiques à celles que l'on trouve dans le *Code criminel*.

114. *Les définitions analogues des incriminations pénales et extra-pénales comme conséquence leur détermination convergente.* La protection commune d'un certain nombre de valeurs met en exergue la proximité des incriminations pénales et extra-pénales au regard de leur détermination, c'est-à-dire du choix des comportements « nuisibles à la société »⁸⁶⁹. En protégeant des valeurs communes, selon des procédés formels semblables notamment dictés par le principe de légalité, il est logique que les incriminations pénales et extra-pénales permettent de qualifier des comportements matériellement et parfois juridiquement très proches. C'est la raison pour laquelle la convergence des incriminations pénales et extra-pénales au regard de leur détermination engendre leur convergence au regard de la définition des illicéités pénales et extra-pénales.

II. Les définitions convergentes des illicéités pénales et extra-pénales

115. Parmi l'ensemble des mécanismes sanctionneurs présentés, il est possible de relever des incriminations pénales et extra-pénales qui permettent de qualifier des comportements semblables. Dans un premier cas, les comportements sanctionnés sont décrits d'une manière proche ou identique par les incriminations. Dans un second cas, les incriminations ne décrivent pas juridiquement des comportements identiques mais permettent de qualifier des faits matériellement semblables. L'émergence de la notion unifiée de répression se manifeste alors par la qualification pénale et extra-pénale de comportements matériellement identiques, que ce soit par des descriptions juridiquement semblables (A) ou distinctes (B) des illicéités.

A. La convergence des illicéités pénales et extra-pénales en raison de définitions juridiquement semblables

116. *Exemples en droit français.* Il existe en droit français différents exemples d'incriminations de comportements matériellement et juridiquement identiques, entre le droit pénal et d'autres matières. La banqueroute et la faillite personnelle peuvent être

⁸⁶⁸ Art. 1^{er} de la Charte canadienne.

⁸⁶⁹ Art. 5 DDHC.

prononcées pour des faits semblables décrits de la même manière dans les textes⁸⁷⁰. Par exemple, les deux sanctionnent le détournement ou la dissimulation d'actif du débiteur⁸⁷¹ et l'augmentation frauduleuse de son passif⁸⁷² ou la tenue d'une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales⁸⁷³. Les incriminations civile et pénale de la contrefaçon illustrent également cette situation⁸⁷⁴, tout comme les délits et manquements boursiers dont les éléments constitutifs sont proches⁸⁷⁵. Enfin, l'ordonnance de protection pour les victimes de violences conjugales suppose des violences, lesquelles sont incriminées dans le Code pénal⁸⁷⁶.

117. Exemples en droit québécois. Plusieurs exemples d'incriminations à la fois pénales et administratives illustrent la convergence de la définition des illicéités pénales et extra-pénales en droit québécois. Ainsi, dans la *Loi sur la qualité de l'environnement*, les quatre catégories de sanctions administratives pécuniaires classées selon l'importance environnementale de chaque contravention ressemblent beaucoup aux quatre catégories de sanctions pénales créées aux articles 115.29 à 115.32⁸⁷⁷. Elles permettent la réaction à des comportements qualifiés de façon similaire⁸⁷⁸. La *Loi sur les valeurs mobilières* prévoit à la fois des sanctions administratives⁸⁷⁹ et pénales⁸⁸⁰ pour toute contravention à

⁸⁷⁰ O. DECIMA et L. SAUTONIE-LAGUIONIE, préc., note 859, par. 46.

⁸⁷¹ Art. L. 653-3 3° et L. 654-2 2° C. com.

⁸⁷² Art. L. 653-3 3° et L. 654-2 3° C. com.

⁸⁷³ Art. L. 653-5 6° et L. 654-2 5° C. com.

⁸⁷⁴ Par exemple, en matière de brevet : art. L. 615-1 du Code de la propriété intellectuelle pour l'action civile et art. L. 615-12 du même code pour l'action pénale. Il est vrai que l'incrimination pénale requière un élément moral d'intention qui n'est exigé que partiellement pour l'incrimination civile (art. L. 615-1 al.3 du Code de la propriété intellectuelle).

⁸⁷⁵ Voir les articles 465-1 et suiv. C. monét. et fin., réprimant pénalement les « atteintes à la transparence des marchés » et l'article 621-15 du même code, pour les sanctions par l'Autorité des marchés financiers de divers manquements comme des opérations d'initié, manipulations de marché ou divulgations d'informations privilégiées. La situation peut être ainsi résumée :

« Ainsi, l'utilisation et la communication d'une information privilégiée, avant que le public en ait connaissance, sont simultanément constitutive du délit d'initié et de celui de communication d'information privilégiée et du manquement d'initié. De même, l'inobservation des règles générales d'information sur le marché est constitutive, tout à la fois, du délit de fausse information et du manquement à la bonne information du public. Enfin, la manipulation de cours peut être sanctionnée par le juge pénal comme par l'Autorité des marchés financiers. » (Agathe LEPAGE, Patrick MAISTRE DU CHAMBON et Renaud SALOMON, *Droit pénal des affaires*, 6^e éd., Paris, LexisNexis, 2020, par. 912, p. 467-468).

⁸⁷⁶ Art. 515-9 C. civ. et par ex. art. 222-11 6° C. pén.

⁸⁷⁷ J. PIETTE, préc., note 149, à la p. 5.

⁸⁷⁸ Voir par exemple les articles 115.23 1° et 115. 29 3°, 115. 24 1° et 115. 30 2°, 115. 25 1° et 115. 31 2° et 115. 26 3° et 115. 32 2°.

⁸⁷⁹ L'article 273.1 L.v.m.

⁸⁸⁰ Art. 202 et 203 L.v.m.

ses dispositions, incriminant ainsi pénalement et administrativement tout comportement contraire à l'une d'entre-elles⁸⁸¹. On peut encore faire référence à la double incrimination, administrative et criminelle, de certains comportements relatifs à la conduite d'un véhicule⁸⁸².

118. *La convergence formelle et substantielle des illicéités pénales et extra-pénales.*

Les qualifications pénale et extra-pénale de certains comportements matériellement identiques au moyen de définitions juridiques semblables démontrent une convergence des incriminations. Cette convergence est renforcée par la possibilité de qualifier d'autres comportements matériellement identiques au moyen de définitions juridiques distinctes.

B. La convergence des illicéités pénales et extra-pénales malgré des définitions juridiquement distinctes

119. *Exemples en droit français.* Différents exemples permettent de montrer en droit français que des comportements matériellement identiques peuvent être qualifiés au moyen de définitions juridiques différentes, permettant l'application de sanctions pénales et extra-pénales. La possibilité pour ces définitions distinctes de s'appliquer à des faits matériels identiques démontre leur convergence malgré une différence apparente. En droit fiscal, constitue une insuffisance dans la déclaration de l'impôt « les inexactitudes ou les omissions relevées dans une déclaration ou un acte comportant l'indication d'éléments à retenir pour l'assiette ou la liquidation de l'impôt ainsi que la restitution d'une créance de nature fiscale dont le versement a été indûment obtenu de l'Etat »⁸⁸³. Elle entraîne l'application d'une sanction fiscale de majoration de l'impôt. Est ensuite passible d'une sanction pénale « quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts visés dans la présente codification, soit qu'il ait volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits, soit qu'il ait volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt, soit qu'il ait organisé son insolvabilité ou mis obstacle par

⁸⁸¹ La description juridique des comportements est identique puisqu'elle se fait par référence à la disposition de la loi qui a été violée. Audrey LETOURNEAU, « Criminalité financière », dans Jurisclasseur Québec, coll. « Droit des affaires », *Valeurs mobilières*, fasc. 15, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1^{er} juill. 2017, par. 35; A. LETOURNEAU et M. NACCARATO, préc., note 865, 22.

⁸⁸² Art. 180 C.s.r. L'application de la sanction administrative s'appuie directement sur la déclaration de culpabilité criminelle à certaines infractions au *Code criminel*. Le comportement qui donne lieu à sanction administrative et criminelle est donc juridiquement le même.

⁸⁸³ Art. 1729 CGI.

d'autres manœuvres au recouvrement de l'impôt, soit en agissant de toute autre manière frauduleuse »⁸⁸⁴. Ces deux textes n'utilisent pas les mêmes termes mais permettent de qualifier des comportements matériels qui caractérisent juridiquement à la fois l'insuffisance de déclaration fiscale et la fraude fiscale pénale⁸⁸⁵. Ensuite, si l'amende civile pour faute lucrative était consacrée⁸⁸⁶, elle permettrait de multiplier les cas dans lesquels un comportement matériel unique serait le fondement d'une sanction civile non réparatrice et d'une sanction pénale. En effet, ce texte permet de prononcer une amende civile contre l'auteur d'un dommage qui, en matière extracontractuelle, « a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie ». Or, la recherche du gain ou de l'économie est souvent à l'origine de la réalisation d'infractions d'appropriations frauduleuses. Bien que cet élément ne se retrouve pas exigé dans les différentes infractions, il est logique de considérer que l'auteur d'une appropriation frauduleuse commet sa faute dans un but lucratif. Le texte pourrait s'appliquer à des comportements qualifiés dans d'autres matières que le droit civil, pour tout manquement ou infraction contenant un élément caractérisant une faute lucrative⁸⁸⁷, comme dans le cas des insuffisances volontaires de déclaration de l'impôt, ajoutant alors à la répression pénale et administrative.

120. Exemples en droit canadien. Deux exemples peuvent illustrer également cette situation en droit canadien. En matière de valeurs mobilières, certains comportements pénalement sanctionnés sur le fondement de la *Loi sur les valeurs mobilières* peuvent aussi être appréhendés par le *Code criminel*, alors que le libellé des textes est différent. Il en est ainsi avec l'article 195.2. L.v.m. selon lequel : « constitue une infraction le fait d'influencer ou de tenter d'influencer le cours ou la valeur d'un titre par des pratiques déloyales, abusives ou frauduleuses » et l'article 380. (1) du *Code criminel* qui punit « quiconque, par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif, constituant ou non un faux semblant au sens de la présente loi, frustre le public ou toute personne, déterminée ou non, de quelque bien, service, argent ou valeur »⁸⁸⁸. Ensuite, le fait de porter

⁸⁸⁴ Art. 1741 C.cr.

⁸⁸⁵ Les deux textes portent ainsi sur « les insuffisances volontaires de déclaration d'éléments servant à la détermination de l'assiette de l'impôt et à sa liquidation » : Cons. const. 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC, préc., note 773, par. 15.

⁸⁸⁶ Sur la base de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017.

⁸⁸⁷ *L'intensification de la fonction normative de la responsabilité civile*, (ss. dir. Nathalie FOURNIER DE CROUY), Actes de colloques, 17 mai 2019, Université de Lorraine.

⁸⁸⁸ L'absence de lien juridique suffisant entre ces deux textes justifie par ailleurs leur application conjointe à des faits pourtant considérés comme matériellement identiques : *R. c. Lacroix*, préc., note 115.

intentionnellement atteinte à la vie d'autrui engendre à la fois la possibilité de poursuivre l'auteur pour meurtre⁸⁸⁹ et celle de le condamner à l'octroi de dommages-intérêts punitifs aux victimes, sur le fondement d'une atteinte illicite et intentionnelle au droit à la vie, protégé par l'article 1^{er} de la Charte canadienne⁸⁹⁰.

121. *Conclusion du Chapitre 1.* La convergence entre certains mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions, en raison de la proximité de leurs sanctions et de leurs incriminations, permet d'établir l'existence matérielle⁸⁹¹ de la notion de répression. La réalité juridique de la notion unifiée de répression commence ainsi à apparaître. Elle se confirme par la reconnaissance et la prise en compte par la jurisprudence de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions. Celle-ci l'a consacré par l'emploi de notions transversales mettant en avant le caractère punitif de ces mécanismes indépendamment de leur origine pénale, civile, administrative ou disciplinaire. Ce faisant, la jurisprudence participe à l'émergence d'une notion unifiée de répression.

⁸⁸⁹ Article 229 C.cr.

⁸⁹⁰ Art. 39 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 174.

⁸⁹¹ *Supra*, par. 26.

Chapitre 2. Les manifestations jurisprudentielles de l'émergence

122. *Un processus semblable d'assimilation notionnelle des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions punitives.* L'émergence d'une notion unifiée de répression se manifeste en jurisprudence de façon semblable en droit français et en droit canadien. Dans les deux cas, le processus trouve son origine dans des interrogations concernant le champ d'application des dispositions supra-législatives relatives aux garanties procédurales et substantielles en matière pénale. Refusant de rejeter d'emblée l'applicabilité de ces dispositions à des mécanismes extra-pénaux, le Conseil constitutionnel et la CEDH, pour le droit français, et la Cour suprême, pour le droit canadien, ont développé une jurisprudence visant à donner leur plein effet aux dispositions constitutionnelles. Constatant la proximité de certains mécanismes extra-pénaux de sanctions par rapport aux mécanismes d'infliction des peines, il leur est apparu justifié d'appliquer aux premiers le régime constitutionnel protecteur des seconds. Ce constat s'est matérialisé dans les deux ordres juridiques par le recours à des notions mettant en avant le caractère punitif commun de certains mécanismes extra-pénaux et pénaux de sanctions et l'obligation conséquente pour les législateurs de prévoir le bénéfice des garanties pénales constitutionnelles pour les justiciables destinataires de ces mécanismes. Apparaît en conséquence la validité subjective de la notion de répression (ou normativité juridique), c'est-à-dire l'attribution d'une signification juridique contraignante à la qualification répressive⁸⁹². Les jurisprudences française, européenne et canadienne ont ainsi contribué à l'émergence d'une notion unifiée de répression par des assimilations notionnelles de mécanismes punitifs pénaux et extra-pénaux dans les ordres juridiques français (Section 1) et canadien (Section 2).

⁸⁹² *Supra*, par. 26.

Section 1. Les assimilations notionnelles des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions punitives dans l'ordre juridique français

123. Une assimilation notionnelle dédoublée dans l'ordre juridique français. Les assimilations notionnelles des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions punitives dans l'ordre juridique français résultent tant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que de celle de la Cour européenne des droits de l'homme, en raison de l'influence normative de la seconde⁸⁹³ sur la première et de l'applicabilité directe de la Conv. EDH dans l'ordre juridique français⁸⁹⁴. L'émergence d'une notion unifiée de répression dans l'ordre juridique français résulte ainsi des assimilations notionnelles de mécanismes punitifs pénaux et extra-pénaux par la jurisprudence interne (I) et par la jurisprudence européenne (II).

I. L'assimilation notionnelle des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions par la jurisprudence interne

124. La consécration progressive de la sanction ayant le caractère d'une punition dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La notion de sanction ayant le caractère d'une punition est employée pour la première fois dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1982 pour faire référence aux sanctions punitives prononcées par des autorités non judiciaires⁸⁹⁵. Excluant alors cette qualification pour les majorations de droits et intérêts de retard ayant le caractère de réparation pécuniaire⁸⁹⁶, elle l'applique cinq ans plus tard à une amende fiscale⁸⁹⁷. En 1989, d'autres sanctions administratives intègrent la catégorie⁸⁹⁸. Aujourd'hui, de nombreuses autres mesures extra-pénales ont

⁸⁹³ Voir par ex. : Ass. plén. 15 avril 2011, n° 10-17.049, *D.* 2011.1080, et les obs.; AJ pénal 2011.6.311, obs. Cristina MAURO et n°s 10-30.313, 10-30.316 et 10-30.242.

⁸⁹⁴ Jean-François RENUCCI, *Introduction générale à la convention européenne des droits de l'homme. Droits garantis et mécanisme de protection*, 2005, en ligne : < <https://www.echr.coe.int> >, p. 6.

⁸⁹⁵ Cons. const. 30 déc. 1982, n°82-155 DC, *Loi de finances rectificative pour 1982*, par. 33.

⁸⁹⁶ *Id.*, par. 34.

⁸⁹⁷ Cons. const. 30 déc. 1987, n°87-237 DC, *Loi de finances pour 1988*, par. 16. Le Conseil constitutionnel qualifie implicitement la sanction par un raisonnement en trois étapes. Tout d'abord, il précise le principe constitutionnel dont le respect est étudié. Ensuite, il affirme que ce principe ne s'applique pas seulement aux peines mais également à toute sanction ayant le caractère d'une punition. Finalement, il conclut que la sanction porte atteinte ou ne porte pas atteinte au principe constitutionnel. Si le Conseil considère que la sanction n'a pas le caractère d'une punition, il n'étudie pas sa compatibilité principe en jeu et explique pourquoi la disposition n'instaure pas une sanction ayant le caractère d'une punition.

⁸⁹⁸ Cons. const. 17 janv. 1989, n°88-248 DC, *Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, par. 34 à 38 (sanctions prononcées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel); Cons. const. 28 juill. 1989, n°89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, par. 17 à 23 (sanctions prononcées par la Commission des opérations de bourse); Cons. const. 29 déc. 1989, n°89-268 DC, *Loi de finances pour 1990*, par. 86 à 90 (amende fiscale).

été qualifiées de sanctions ayant le caractère d'une punition, qu'elles soient administratives⁸⁹⁹, civiles⁹⁰⁰ ou disciplinaires⁹⁰¹.

125. *L'absence de définition des notions de peine et de sanction ayant le caractère d'une punition.* Malgré une abondante jurisprudence, le Conseil constitutionnel n'a jamais défini la notion de sanction ayant le caractère d'une punition ni systématisé ses critères; il ne le fait pas non plus pour celle de peine⁹⁰². L'approche du Conseil constitutionnel semble plus fonctionnelle que conceptuelle⁹⁰³. L'objectif de sa démarche est de savoir s'il faut appliquer le régime des peines à des mesures extra-pénales et à des mesures pénales non qualifiées de peines par le législateur, et non de concevoir pour elle-même la catégorie juridique des sanctions ayant le caractère d'une punition⁹⁰⁴. En ne figeant pas la définition, le Conseil constitutionnel s'aménage une marge de manœuvre dans l'appréciation des mesures soumises à son contrôle. N'étant pas contraint par de rigoureux critères, il peut davantage raisonner par rapport à la raison d'être des principes constitutionnels de droit pénal. Il est toutefois possible de systématiser les lignes directrices du raisonnement en matière de qualification des notions de peine et de sanction ayant le caractère de punition.

126. *Une approche systématisée par la synthèse comparative des décisions jurisprudentielles.* La compréhension et l'organisation des éléments de réflexion utilisés par le Conseil constitutionnel pour la qualification des sanctions ayant le caractère d'une punition et des peines supposent l'étude d'un certain nombre de ses décisions. Le Conseil

⁸⁹⁹ Par exemple, Cons. const. 22 avr. 1997, n°97-389 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, par. 30 à 33 (mesures de retrait de la carte de séjour ou de la carte de résident, prononcées par le préfet); Cons. const. 12 juill. 2013, n°2013-332 QPC, *Mme Agnès B.*, par. 5 à 10 (sanction des irrégularités commises par un organisme collecteur de fonds au titre du « 1 % logement »).

⁹⁰⁰ Par exemple, Cons. const. 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, *Établissements Darty et Fils*, par. 3 (il n'y a pas ici de référence à la notion de sanction ayant le caractère d'une punition mais le Conseil constitutionnel considère que les principes des articles 8 et 9 de la DDHC doivent être respectés concernant l'amende civile sanctionnant le déséquilibre significatif dans les relations commerciales); Cons. const. 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, par. 6 à 14 (amende civile).

⁹⁰¹ Par exemple, Cons. const. 25 nov. 2011, n°2011-199 QPC, *M. Michel G.*, par. 6 à 10 (sanctions en matière de discipline des vétérinaires); Cons. const. 28 mars 2014, n°2014-385 QPC, *M. Joël M.*, par. 4 à 12, (interdiction temporaire d'exercer en matière de discipline des officiers publics ou ministériels).

⁹⁰² Dressant le même constat : C. MANDON, préc., note 59, par. 454, p. 535-536.

⁹⁰³ Georges VEDEL, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, JCP 1950, I, n°851, n°4.

⁹⁰⁴ Jean-François DE MONTGOLFIER, *L'apport de la jurisprudence du Conseil constitutionnel au critère de la peine*, dans Valérie MALABAT, Bertrand DE LAMY et Muriel GIACOPELLI (dir.), *Droit pénal : le temps des réformes*, Actes du colloque des 7,8,9 octobre 2009 à l'université Montesquieu-Bordeaux IV, coll. Colloque & débats, LexisNexis, 2011, p. 231, à la p. 233.

constitutionnel n'ayant pas établi de grille de lecture explicite et systématique, il faut collecter, trier et classer les arguments, en fonction de la source et de l'objet et de la gravité des sanctions. Cela permet d'en proposer un tableau général et d'observer des redondances ou des discordances argumentaires. Il est nécessaire que les décisions étudiées portent sur des mesures variées, de sources pénale, administrative, civile ou disciplinaire. Ce travail permet de contourner les difficultés liées à des qualifications implicites⁹⁰⁵ et une argumentation parfois très laconique⁹⁰⁶. Finalement, cette étude a révélé l'utilisation par le Conseil constitutionnel d'un critère finaliste.

127. *L'utilisation par le Conseil constitutionnel d'un critère de qualification finaliste.* Le Conseil constitutionnel utilise un critère de qualification finaliste pour déterminer si une mesure est ou non une peine ou une sanction ayant le caractère d'une punition. En effet, il identifie, selon les décisions, le « but » de la mesure⁹⁰⁷, ce qu'elle

⁹⁰⁵ Par exemple, Cons. const. 30 déc. 1987, n° 87-237 DC, préc., note 897, par. 12 à 17; Cons. const. 17 janv. 1989, n° 88-248 DC, préc., note 898, par. 34 à 39; Cons. const. 28 juil. 1989, n° 89-260 DC, préc. note 898, par. 16 à 39. Plus précisément, on comprend que la ou les mesures sont qualifiées de sanctions ayant le caractère d'une punition en raison de l'étude de leur compatibilité aux principes constitutionnels pénaux. Dans ces décisions, l'absence de plus amples explications sur la qualification des mesures peut résulter du fait que le législateur les a lui-même désignées sous le terme de sanctions dans les lois qui les prévoient. Le Conseil constitutionnel a ainsi pu se contenter de reprendre la qualification législative en assimilant sanction et sanction ayant le caractère d'une punition. Parfois, le Conseil constitutionnel n'utilise pas sa formule habituelle faisant référence à la notion de sanction ayant le caractère d'une punition mais fait application du régime des peines : Cons. const. 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, préc., note 900, par. 3.

⁹⁰⁶ Par exemple, le Conseil constitutionnel a pu se contenter d'affirmer que « l'amende civile instituée par les dispositions contestées, qui sanctionne les pratiques restrictives de concurrence, a la nature d'une sanction pécuniaire » : Cons. const. 18 mai 2016, n° 2016-542 QPC, *Société ITM Alimentaire Internationale SAS*, par. 7; ou que « le législateur, d'une part, a instauré une nouvelle obligation civile et, d'autre part, l'a assortie d'une sanction ayant le caractère d'une punition » : Cons. const. 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, préc., note 900, par. 7.

⁹⁰⁷ Par exemple, Cons. const. 29 déc. 1989, n° 89-268 DC, préc., note 898, par. 89 (l'amende fiscale a « pour but de sanctionner une obligation destinée à lutter contre l'évasion fiscale »); Cons. const. 8 déc. 2005, n° 2005-527 DC, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, par. 14 (la surveillance judiciaire a « pour seul but de prévenir la récidive »); Cons. const. 21 fév. 2008, n° 2008-562 DC, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, par. 9 (la rétention de sûreté a « pour but d'empêcher et de prévenir la récidive par des personnes souffrant d'un trouble grave de la personnalité »).

« vise »⁹⁰⁸ ou encore son « objet »⁹⁰⁹. Ces trois expressions sont employées de manière indifférenciée⁹¹⁰ et mettent l'accent sur la finalité de la mesure⁹¹¹. Ainsi, une peine ou une

⁹⁰⁸ Par exemple, Cons. const. 29 juil. 1992, n° 92-311 DC, *Loi portant adaptation de la loi n° 88-1088 du 1er décembre 1988 relative au revenu minimum d'insertion et relative à la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale et professionnelle*, par. 6 (la majoration du montant de la contribution instituée par l'article L. 321-13 du code du travail « vise à dissuader l'employeur de procéder à des licenciements entraînant des dépenses accrues pour le régime d'assurance chômage »); Cons. const. 17 janv. 1989, n° 88-248 DC, préc. note 898, par. 42 (la mesure de suspension temporaire de diffusion d'un programme contre le titulaire de l'autorisation est une « sanction qui vise à le réprimer »); Cons. const. 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC, *M. Stéphane A. et autres*, par. 5 (l'interdiction d'inscription sur la liste électorale sur le fondement de l'article L. 7 du code électoral « vise notamment à réprimer plus sévèrement certains faits lorsqu'ils sont commis par des personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public »); Cons. const. 17 mars 2011, n° 2010-105/106 QPC, *M. César S. et autre*, par. 6 (la majoration fiscale fixe de 40 % du montant des droits instaurée par l'art. 1728 3 al. 2 CGI, dans sa rédaction en vigueur avant le 1^{er} janv. 2006, « vise [...] à améliorer la prévention et à renforcer la répression des défauts ou retards volontaires de déclaration de base d'imposition ou des éléments retenus pour la liquidation de l'impôt »); Cons. const. 7 sept. 2018, n° 2018-729 QPC, *Société Tel and Com*, par. 17 (l'indemnité versée au salarié qui se substitue à la poursuite de son contrat de travail ou à sa réintégration constitue une réparation par équivalent qui « vise à assurer une réparation minimale du préjudice subi par le salarié du fait de la nullité de son licenciement économique »); Cons. const. 22 fév. 2019, n° 2018-767 QPC, *Société ODDO BHF*, par. 8 (les dispositions qui font peser sur l'employeur de la part salariale des cotisations « visent à garantir le recouvrement des redressements de cotisations. Ainsi, ces dispositions n'édicte aucune peine ou sanction ayant le caractère de punition »).

⁹⁰⁹ Par exemple, Cons. const. 30 déc. 1997, n° 97-395 DC, *Loi de finances pour 1998*, par. 33 (la disposition contestée « a pour objet de renforcer le contrôle et la répression des facturations manquantes, incomplètes ou inexactes pour l'établissement de la taxe sur la valeur ajoutée »); Cons. const. 27 nov. 2001, n° 2001-451 DC, *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, par. 41 (les dispositions de l'article L. 752-15 nouveau du Code rural « prescrivent d'abroger une autorisation en cas de non-respect des conditions mises à son octroi n'ont pas pour objet d'instituer une sanction »); Cons. const. 8 déc. 2005, n° 2005-527 DC, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, par. 17 (le placement sous surveillance électronique mobile « a pour objet de prévenir une récidive dont le risque est élevé; qu'il tend ainsi à garantir l'ordre public et la sécurité des personnes »); Cons. const. 25 mars 2011, n° 2011-111 QPC, *Mme Selamet B.*, par. 4 (l'indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire versée en cas de licenciement d'un salarié dont le travail a été dissimulé « a pour objet d'assurer une réparation minimale du préjudice subi par le salarié du fait de la dissimulation du travail »); Cons. const. 20 mai 2011, n° 2011-132 QPC, *Ion C.*, par. 6 (les art. L. 3336-2 et L. 3336-3 CSP instituant des incapacité et interdiction d'exploiter un débit de boissons ont « pour objet d'empêcher que l'exploitation d'un débit de boissons soit confiée à des personnes qui ne présentent pas les garanties de moralité suffisantes requises pour exercer cette profession ; qu'elles n'instituent pas des sanctions ayant le caractère d'une punition »); Cons. const. 27 janv. 2012, n° 2011-211 QPC, *M. Eric M.*, par. 5 (l'interdiction définitive d'inscription sur les listes électorales prévue par la disposition contestée « n'a pas pour objet de garantir l'intégrité ou la moralité indispensables à l'exercice des fonctions d'officier public ou d'officier ministériel ; que, par suite, elle doit être regardée comme une sanction ayant le caractère d'une punition »); Cons. const. 30 mars 2012, n° 2012-225 QPC, *Société Unibail Rodamco*, par. 6 (« en cas de retard de paiement, la majoration de la redevance pour création de locaux à usage de bureaux dans la région Île-de-France a pour objet la compensation du préjudice subi par l'État du fait du paiement tardif de la redevance et ne revêt donc pas le caractère d'une punition »); Cons. const. 29 déc. 2016, n° 2016-744 DC, *Loi de finances pour 2017*, par. 34 (« l'article 1727 du code général des impôts, a pour objet la compensation du préjudice subi par l'État du fait du paiement tardif des impôts. Il ne constitue donc pas une sanction ayant le caractère d'une punition »).

⁹¹⁰ Dans le langage courant, finalité, objet et but sont des termes liés par leur définition respective. Ainsi, la finalité est le caractère de ce qui tend à un but : *Larousse*, v° « But », en ligne : <<http://www.larousse.fr>>, 2. L'objet et le but peuvent être synonymes : *Id.* En outre, les termes d'objet et finalité apparaissent équivalents dans l'ancienne formule relative à l'application des principes de nécessité et de proportionnalité au cumul de poursuites et de sanctions : « le principe de proportionnalité des peines ne fait pas obstacle à ce que, lorsque des faits peuvent recevoir plusieurs qualifications ayant un objet ou une finalité différents,

sanction ayant le caractère d'une punition, est une mesure reconnaissable à sa finalité punitive ou répressive⁹¹². Cette finalité commune justifie l'application des garanties constitutionnelles pénales aux sanctions ayant le caractère d'une punition.

128. *L'application commune des garanties constitutionnelles pénales aux sanctions ayant le caractère de punition et aux peines en droit français.* En affirmant que les exigences qui découlent de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen « ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire »⁹¹³ ou « non juridictionnelle »⁹¹⁴, le Conseil constitutionnel met en avant la particularité punitive de certains mécanismes extra-pénaux de sanctions. Ils doivent en conséquence être encadrés par les mêmes règles que celles qui régissent les peines, parmi lesquelles le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère⁹¹⁵. En attribuant aux sanctions ayant le caractère de punition le régime constitutionnel des peines, le Conseil constitutionnel confirme l'unité punitive des notions et dépasse leur dualité de dénomination. L'existence d'un régime commun aux sanctions ayant le caractère de punition et aux peines permet d'affirmer l'émergence d'une notion sous-jacente qui réunit ces deux catégories juridiques de sanctions punitives. La finalité punitive d'une mesure, en tant que critère de qualification des notions et justification de l'application du régime constitutionnel pénal, doit être précisée.

le maximum des sanctions prononcées par la même juridiction ou autorité répressive puisse être plus sévère que pour des faits qui ne pourraient recevoir que l'une de ces qualifications » : Cons. const. 24 oct. 2014, n° 2014-423 QPC, *M. Stéphane R. et autres*, par. 34.

⁹¹¹ Commentaire Décision n° 2014-408 QPC du 11 juillet 2014, *M. Dominique S.*, (Retrait de crédit de réduction de peine en cas de mauvaise conduite du condamné en détention), en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2014408qpc/ccc_408qpc.pdf>.

⁹¹² Par exemple, Cons. const. 17 janv. 1989, n° 88-248 DC, préc., note 898, par. 42; Cons. Const. 30 déc. 1997, n° 97-395 DC, préc. note 909, par. 33; Cons. const. 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC, préc. note 908, par. 5; Cons. const. 17 mars 2011, n° 2010-105/106 QPC, préc. note 908, par. 6; Cons. const. 27 janv. 2012, n° 2011-211 QPC, préc. note 909, par. 5.

⁹¹³ Cons. const. 29 décembre 1989, n° 89-268 DC, *Loi de finances pour 1990*, par. 88.

⁹¹⁴ Cons. const. 28 juill. 1989, n° 89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, préc., note 270; Cons. const. 25 fév. 1992, n° 92-307 DC, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, J.O. 12 mars 1992, p. 3003.

⁹¹⁵ Cons. const. 29 décembre 1989, n° 89-268 DC, *Loi de finances pour 1990*, préc., note 832, par. 87.

129. *La dualité des catégories d'éléments qualifiant la finalité punitive d'une mesure.* Malgré l'argumentation variable du Conseil constitutionnel⁹¹⁶, il est possible d'établir une grille de lecture des éléments permettant de caractériser la finalité punitive d'une mesure pénale ou extra-pénale. L'examen des décisions montre qu'elle peut être déduite de deux catégories d'éléments : l'intention du législateur et les caractéristiques de la mesure. L'assimilation notionnelle des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions résulte donc de la recherche de l'intention du législateur (A) et des caractéristiques de la mesure (B).

A. L'assimilation notionnelle en raison de l'intention du législateur

130. Dans plusieurs décisions, le Conseil constitutionnel se réfère à l'intention du législateur pour déterminer la finalité de la mesure et ainsi l'assimiler, ou non, à une peine. Il différencie ainsi, d'une part, les mesures par lesquelles le législateur a voulu sanctionner, réprimer ou punir et, d'autre part, celles par lesquelles il a souhaité prévenir, dissuader ou réparer. Toutefois, une même mesure peut poursuivre plusieurs buts. Tout en étant répressive, elle peut comporter des aspects dissuasifs ou préventifs et recevoir la qualification de peine ou de sanction ayant le caractère d'une punition⁹¹⁷. Ainsi, les qualifications sont exclues lorsque le législateur a eu une intention uniquement préventive, dissuasive ou réparatrice (1). Elle est en revanche justifiée quand il a voulu réprimer des manquements à des obligations (2).

1. L'intention exclusivement préventive, dissuasive ou réparatrice

131. *L'exclusion de la fonction punitive pour les mesures uniquement préventive, dissuasive ou réparatrice selon l'intention du législateur.* À plusieurs reprises le Conseil constitutionnel s'est référé, parfois de façon implicite, à la volonté du législateur pour exclure la qualification de peine ou de sanction ayant le caractère d'une punition. Par exemple, il a précisé que l'augmentation de la contribution spéciale mise à la charge des employeurs en cas de rupture du contrat de travail des salariés âgés était une « cotisation sociale supportée par l'employeur », qui visait « à dissuader l'employeur de procéder à des licenciements entraînant des dépenses accrues pour le régime d'assurance chômage ».

⁹¹⁶ Un auteur relève qu'« il est ainsi aisé de souligner l'hétérogénéité de la jurisprudence » : J.-F. DE MONTGOLFIER, préc., note 904, à la p. 231.

⁹¹⁷ Cons. const, 17 mars 2011, n° 2010-105/106 QPC, préc. note 908, par. 6; Cons. const. 27 septembre 2013, n° 2013-341 QPC, *M. Smaïn Q. et autre*, par. 5.

À ce titre, il n'était pas une sanction ayant le caractère d'une punition⁹¹⁸. Également, la majoration de 10 % du loyer mensuel en principal pour chaque période mensuelle commencée en retard, en raison d'un défaut de restitution dans les délais par le bailleur du dépôt de garantie au locataire, n'est pas une sanction ayant le caractère d'une punition⁹¹⁹. En effet, le législateur a « entendu compenser le préjudice résultant pour le locataire du défaut ou du retard de restitution du dépôt de garantie et favoriser ainsi un règlement rapide des nombreux contentieux qui en découlent »⁹²⁰. Pareillement, la décision du Conseil supérieur de l'audiovisuel de refuser le conventionnement lorsque la diffusion d'un service « eu égard à sa nature même, constituerait une violation des lois en vigueur », n'est pas une sanction ayant le caractère d'une punition⁹²¹. C'est une mesure préventive par laquelle le législateur a voulu « éviter que puisse être autorisé un service dont le programme thématique serait par principe illicite ou tendrait à promouvoir une activité illicite »⁹²². C'est ainsi l'intention exclusivement dissuasive, réparatrice ou préventive du législateur que le Conseil constitutionnel a retenu pour refuser de qualifier les mesures de sanctions ayant le caractère d'une punition. Ces mesures ne sont donc pas assimilées à des peines en raison du défaut d'intention punitive du législateur. En revanche, lorsque le législateur a édicté des dispositions en poursuivant une finalité purement ou partiellement répressive, elles doivent recevoir la qualification de punitions.

2. L'intention de réprimer des manquements à des obligations

132. *La fonction punitive des mesures réprimant des manquements à des obligations selon l'intention du législateur.* Plusieurs décisions font référence à l'intention du législateur de réprimer un manquement à des obligations par l'instauration, par exemple, d'une pénalité ou d'une majoration de redevances. Ainsi, en prévoyant une pénalité sanctionnant la méconnaissance, par certaines entreprises ou certains groupes employant moins de cinquante salariés, de leur obligation de conclure un accord d'entreprise ou de groupe ou, à défaut, d'élaborer un plan d'action relatif à l'emploi des salariés âgés, le législateur « a entendu réprimer le manquement à l'obligation ainsi institué »⁹²³. C'est

⁹¹⁸ Cons. const. 29 juil. 1992, n° 92-311 DC, préc. note 908, par. 6, relativement à la modification de l'article L. 321-13 du Code du travail.

⁹¹⁹ Cons. const. 22 fév. 2019, n° 2018-766 QPC, *Mme Sylviane D.*, par. 6.

⁹²⁰ *Id.*

⁹²¹ Cons. const. 20 déc. 2018, n° 2018-773 DC, *Loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information*, par. 37.

⁹²² *Id.*

⁹²³ Cons. const. 4 mai 2018, n° 2018-703 QPC, *Société People and Baby*, par. 10.

pourquoi elle constitue une sanction ayant le caractère d'une punition⁹²⁴. Dans le même sens, en instaurant une majoration de 100 % de la redevance d'occupation du domaine public fluvial en raison d'un stationnement irrégulier, faute d'avoir acquitté ladite redevance, le législateur « a entendu dissuader toute personne d'occuper sans autorisation le domaine public fluvial et réprimer les éventuels manquements à cette interdiction ; que, par suite, une telle majoration constitue une sanction ayant le caractère d'une punition »⁹²⁵.

133. *Une référence trop superficielle à l'intention du législateur.* Cette référence à la volonté du législateur, même lorsqu'elle est explicite, est superficielle. Elle ne permet qu'une explication partielle de ce qu'est la punition. Il est possible de comprendre que la punition consiste en une réaction à un manquement et ne peut pas être une mesure exclusivement réparatrice, dissuasive ou préventive. En revanche, il est plus difficile de savoir pourquoi la majoration de 10 % du loyer mensuel en principal pour chaque période mensuelle commencée en retard, en raison d'un défaut de restitution dans les délais par le bailleur du dépôt de garantie au locataire, est exclusivement réparatrice alors qu'elle est bien une réaction à un manquement du bailleur à ses obligations qui dépasse la somme due au titre de la restitution du dépôt de garantie. Le faible montant de la majoration, par rapport à ceux de la pénalité et de la majoration précédemment évoquées, pourrait expliquer la différence de qualification entre ces mesures. Il n'est alors plus question d'étudier l'intention du législateur mais les caractéristiques de la mesure.

B. L'assimilation notionnelle en raison des caractéristiques des mesures

134. *Les caractéristiques déterminant la finalité des mesures.* L'assimilation notionnelle de certains mécanismes pénaux ou extra-pénaux aux peines résulte de la recherche la finalité de la mesure au regard d'éléments objectifs qui la caractérisent. Seules les mesures dont la finalité est punitive ou répressive sont assimilées aux peines⁹²⁶. De telles mesures se retrouvent en droit pénal et dans d'autres branches du droit. Le Conseil constitutionnel n'est cependant pas attentif aux mêmes données lorsqu'il analyse la finalité d'une mesure pénale (1) ou extra-pénale (2).

⁹²⁴ *Id.*

⁹²⁵ Cons. const. 27 septembre 2013, n° 2013-341 QPC, préc., note 917, par. 5.

⁹²⁶ En raison de son existence au-delà de la catégorie des seules sanctions pénales, la finalité punitive ne peut pas constituer le critère d'identification de ces sanctions : C. MANDON, préc., note 59, par. 490-491, p. 568-569, par. 523, p. 602 et par. 526, p. 604-605.

1. La finalité punitive des mesures pénales non qualifiées de peines

135. Certaines mesures pénales ne sont pas qualifiées de peines par le législateur français. Elles posent donc également la question de leur finalité, afin de savoir si elles doivent être soumises aux garanties constitutionnelles appliquées aux peines. Par exemple, la finalité répressive de la surveillance judiciaire et de la rétention de sûreté a été exclue en raison d'arguments dont les prémices se trouvent dans une décision concernant la période de sûreté, mesure d'exécution de la peine. Les décisions concernant ces mesures permettent d'établir les caractéristiques pénales de la punition.

136. *La période de sûreté, mesure pénale suivant le régime de la peine.* Dans sa décision du 3 septembre 1986 concernant la Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales, le Conseil constitutionnel considère que l'article 8 de la DDHC s'applique à la période de sûreté, bien qu'elle soit relative à l'exécution de la peine⁹²⁷. Il justifie cette solution par deux éléments. D'une part, la période de sûreté relève de la juridiction de jugement, et d'autre part, cette dernière peut en faire varier la durée en même temps qu'elle se prononce sur la culpabilité du prévenu ou de l'accusé⁹²⁸. Le Conseil constitutionnel met ainsi en avant un critère organique, relatif à l'autorité compétente pour prononcer la mesure et décider de sa durée, et un critère plus substantiel, en mettant en lien la durée de la mesure avec la culpabilité de la personne sanctionnée. Il s'intéresse ainsi de manière indirecte au fondement de la mesure et à sa détermination. Par ces critères, le Conseil constitutionnel évite de qualifier la période de sûreté de peine ou de sanction ayant le caractère de punition mais permet son encadrement par des principes constitutionnels pénaux. Il pose dès lors les bases d'un raisonnement développé dans ses décisions ultérieures concernant la surveillance judiciaire et la rétention de sûreté.

137. *La surveillance judiciaire, mesure pénale dépourvue de finalité répressive.* La décision relative à la surveillance judiciaire permet de comprendre l'argumentation du Conseil constitutionnel à propos de la qualification de la peine ou de la sanction ayant le caractère d'une punition en matière pénale. La surveillance judiciaire est une mesure qui

⁹²⁷ Cons. const. 3 sept. 1986, n° 86-215 DC, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*, par. 3 et 23.

⁹²⁸ *Id.*

permet d'imposer à un condamné libéré un certain nombre de contraintes, et notamment de le placer sous surveillance électronique mobile, en raison du risque élevé de récidive qu'il présente⁹²⁹. Cette mesure n'est pas qualifiée de peine par le législateur. Pour le Conseil constitutionnel, elle n'est ni une peine ni une sanction⁹³⁰. Il appuie sa conclusion sur plusieurs arguments. Premièrement⁹³¹, elle ne peut pas s'étendre au-delà de la durée des réductions de peine bénéficiant au condamné. Elle est à ce titre une modalité d'exécution de la peine. Deuxièmement⁹³², elle est ordonnée par la juridiction d'application des peines et non par la juridiction qui prononce la peine. La surveillance judiciaire est fondée sur la dangerosité de la personne, indifféremment de sa culpabilité. Son seul but est de prévenir la récidive, rendue plus probable par l'état de dangerosité de la personne. Le Conseil constitutionnel reprend ici des éléments de réflexion mis en place dans sa décision sur la période de sûreté : le critère organique et le critère relatif au fondement de la mesure. Eu égard à l'absence de rôle de la juridiction de jugement dans son prononcé et en l'absence de lien avec la culpabilité du condamné, cette modalité d'exécution de la peine n'est pas punitive⁹³³ et ne reçoit pas application de l'article 8 DDHC⁹³⁴. Il utilise en plus un élément concernant la durée de la mesure pour en faire un critère temporel double, lié à sa période d'exécution : la mesure est exécutée après la peine et sur une durée qui ne dépasse pas la peine initialement prévue. Ces différents arguments ont servi à la fois à nier le caractère punitif de la surveillance judiciaire et à exclure l'application de l'article 8 DDHC, excluant toute assimilation de cette mesure à une peine. Le raisonnement du Conseil constitutionnel se confirme dans la décision relative à la rétention de sûreté.

138. *La rétention de sûreté, mesure pénale dépourvue de finalité répressive.* Le Conseil constitutionnel a décidé que la rétention de sûreté⁹³⁵ n'avait pas non plus de

⁹²⁹ Art. 723-29 à 723-39 C. proc. pén.

⁹³⁰ Cons. const., 8 déc. 2005, n° 2005-527 DC, préc., note 907, par. 14.

⁹³¹ *Id.*, par. 13.

⁹³² *Id.*, par. 14. Les arguments se suivent dans un même motif. Le Conseil constitutionnel ne les a liés les uns aux autres que par des points virgules, ne permettant pas de connaître leurs rapports. Par exemple, faut-il déduire le but exclusif de prévention de la récidive du fondement de la mesure, soit la dangerosité ou sont-ils deux arguments indépendants ?

⁹³³ *Id.*, par. 14.

⁹³⁴ *Id.*, par. 12 à 15.

⁹³⁵ La rétention de sûreté est une mesure qui consiste « dans le placement de la personne intéressée en centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel lui est proposée, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure », après exécution de sa peine : art. 703-53-13 C. proc. pén.

caractère punitif et ne pouvait donc pas être qualifiée de peine ou de sanction ayant le caractère d'une punition⁹³⁶. En effet, tout d'abord, cette mesure n'est pas décidée par la juridiction de jugement mais simplement rendue possible par elle. C'est la juridiction régionale de la rétention de sûreté qui se prononce sur sa mise en place, à l'expiration de l'exécution de sa peine par le condamné. Ensuite, ce n'est pas la culpabilité du délinquant qui justifie la mesure mais sa particulière dangerosité, faisant craindre un risque élevé de récidive. Enfin, cette mesure intervient après l'accomplissement de la peine et a « pour but d'empêcher et de prévenir la récidive par des personnes souffrant d'un trouble grave de la personnalité »⁹³⁷. Le raisonnement tenu dans cette décision, associé à ceux des décisions précédentes, permet de conclure qu'une mesure pénale n'est ni peine ni une sanction ayant le caractère d'une punition lorsqu'elle n'est pas décidée par une juridiction de jugement sur le fondement de la culpabilité de la personne, mais en fonction de sa dangerosité, et qu'elle s'exécute sur un temps distinct et ultérieur à celui de la peine prononcée par la juridiction de jugement. Trois critères sont donc utiles à la recherche de la finalité de la mesure.

139. *Les critères déterminants de la finalité punitive d'une mesure.* Les trois critères qui permettent d'identifier la finalité d'une mesure au regard de ses caractéristiques sont l'organe de décision, son fondement et le temps de son exécution. Selon le critère organique, une mesure peut être une peine si elle a été prononcée par une juridiction de jugement, c'est-à-dire une juridiction qui statue sur la culpabilité. C'est en revanche insuffisant si elle a seulement été rendue possible par elle et décidée par une autre juridiction⁹³⁸, postérieurement à l'exécution de la peine. Ensuite, selon le critère relatif au fondement⁹³⁹, la mesure pourrait être qualifiée de peine si elle est une réaction à la commission d'une infraction pour laquelle la personne a été reconnue coupable. Elle ne le sera pas si elle est une réaction à la dangerosité de la personne, dont on craint qu'elle commette une infraction dans le futur. Enfin, selon le critère temporel comportant deux éléments, la mesure qui est exécutée sur un temps autre que celui de la peine et

⁹³⁶ Cons. const. 21 février 2008, n° 2008-562 DC, préc., note 907, par. 9.

⁹³⁷ Tous les arguments sont contenus dans le même motif : *Id.*

⁹³⁸ Une juridiction d'application des peines ou une juridiction régionale de la rétention de sûreté par exemples.

⁹³⁹ Le critère n'a cependant pas été utilisé dans la décision relative au retrait de crédit de réduction de peine en cas de mauvaise conduite du condamné en détention, le Conseil constitutionnel mettant l'accent sur le critère temporel : Cons. const. 11 juillet 2014, n° 2014-408 QPC, préc., note 911 par. 7; *infra*, par. 135 et suiv. L'articulation des différents critères, leur caractère alternatif ou cumulatif, semble donc aléatoire ou opaque : *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

postérieurement à celle-ci, n'est pas une peine. Sur ce point, il faut préciser que n'est plus exactement le temps de la peine celui qui avait été initialement inclus dans sa durée au moment du jugement, mais qui en a été enlevé en raison des réductions octroyées au condamné⁹⁴⁰. Ces éléments relatifs à la recherche de la finalité d'une mesure non qualifiée de peine par le législateur permettent donc de savoir si elle peut toutefois y être assimilée. D'autres critères ont été développés par le Conseil constitutionnel pour étudier la finalité des mesures extra-pénales au regard de leurs caractéristiques.

2. La finalité répressive des mesures extra-pénales

140. Lorsqu'il étudie les caractéristiques des mesures extra-pénales, le Conseil constitutionnel s'attache principalement à déterminer leur finalité au regard de trois types d'éléments, correspondants à trois situations différentes : l'existence d'un dommage, la sauvegarde de la moralité et de l'intégrité d'une profession et enfin les conditions d'octroi d'une autorisation⁹⁴¹. La finalité répressive des mesures extra-pénales est alors en partie déterminée de manière négative, par rapport à ce qu'elle n'est pas.

141. *L'exclusion de la finalité répressive en cas de corrélation étroite entre le dommage et la mesure.* Dans des décisions relatives aux matières fiscale et civile, le Conseil constitutionnel recourt à la distinction classique entre réparation et punition. Ainsi, certaines mesures sont exclusivement réparatrices, dénuées de tout caractère punitif ou répressif. Par exemple, en matière fiscale, ne sont pas des sanctions ayant le caractère d'une punition les majorations de droits et les intérêts de retard ayant le caractère d'une réparation pécuniaire, tels que la majoration de 10 % pour retard de paiement de l'impôt, la majoration de la redevance pour création de locaux à usage de bureaux en Île-de-France, les majorations et intérêts dus par un contribuable défunt ou une société dissoute, car elles ont pour objet « la compensation du préjudice subi par l'État

⁹⁴⁰ Il faut ici relever l'ambiguïté des arguments d'une décision à l'autre : la mesure n'est pas une peine si elle s'exécute après le temps de la peine mais également si elle est décidée et s'exécute sur un temps qui aurait pu être ou aurait dû être initialement celui de la peine, c'est-à-dire sur une forme de temps virtuel de la peine. Le critère apparaît peu discriminant car il n'y a finalement aucune période sur laquelle la mesure est exécutée qui semble permettre de la qualifier de peine. Appuyant cette idée, la décision selon laquelle le retrait de crédit de réduction de peine en cas de mauvaise conduite du condamné en détention, ayant pour conséquence l'exécution totale ou partielle de sa peine par le condamné telle qu'elle avait été prononcée par la juridiction de jugement, ne constitue ni une peine ni une sanction ayant le caractère d'une punition : Cons. const. 11 juillet 2014, n° 2014-408 QPC, préc. note 911, par. 7.

⁹⁴¹ Ces éléments sont déduits des décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel expose suffisamment clairement son raisonnement. Il existe d'autres décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel ne précise pas ses arguments et pour lesquelles il n'est pas donc pas possible de trouver ces mêmes éléments.

du fait du paiement tardif des impôts »⁹⁴². En revanche, certaines majorations fiscales sont bien des sanctions ayant le caractère d'une punition; elles sont alors généralement d'un taux bien plus élevé que celles qui ne sont pas qualifiées de punitions. Par exemple, la majoration limitée à 100% de la redevance pour création de locaux à usage de bureaux dans la région Île-de-France en cas d'infraction aux dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'acquittement de la redevance « tend à sanctionner les personnes ayant éludé le paiement de la redevance »⁹⁴³. C'est pourquoi elle a le caractère d'une punition⁹⁴⁴. Dans le même sens, la majoration fiscale de 40 % après mise en demeure, lorsqu'un document requis n'a pas été déposé, et la majoration fiscale de 80 % pour activité occulte de l'article 1728 du Code général des impôts sont des sanctions ayant le caractère d'une punition⁹⁴⁵. De manière générale, les « amendes et majorations qui tendent à réprimer le comportement des personnes qui ont méconnu leurs obligations fiscales doivent [...] être considérées comme des sanctions ayant le caractère d'une punition »⁹⁴⁶. Par cette formule, le Conseil constitutionnel se réfère notamment au fondement de la mesure, c'est-à-dire le manquement du contribuable à ses obligations. Néanmoins, ce n'est pas le seul élément pris en compte, car une majoration fiscale de 10% pour retard de paiement est également une réaction à un manquement du contribuable, celui de ne pas avoir payé dans les temps. Le taux de la majoration apparaît donc important. Un taux de 10% apparaît suffisamment faible pour n'être que la compensation du préjudice subi par l'État en raison du retard, alors que celui de 40 % dépasse ce que pourrait être le préjudice de l'État. Il y a donc punition du manquement. Les mêmes arguments sont utilisés en droit civil *lato sensu*. En droit du travail, l'indemnité au moins égale aux douze derniers mois de salaire, versée au salarié à la suite de la nullité de son licenciement économique, ne constitue pas une punition⁹⁴⁷. Se substituant à la poursuite de son contrat de travail ou à sa réintégration à l'entreprise, elle

⁹⁴² Respectivement, Cons. const. 29 avril 2011, n° 2011-124 QPC, *Mme Catherine B*, par. 3; Cons. const. 30 mars 2012, n° 2012-225 QPC, *Société Unibail Rodamco*, par. 6; Cons. const. 4 mai 2012, n° 2012-239 QPC, *Mme Ileana A.*, par. 4 et Cons. const. 29 décembre 2016, n° 2016-744 DC, par. 34.

⁹⁴³ Cons. const. 30 mars 2012, n° 2012-225 QPC, préc., note 942, par. 6.

⁹⁴⁴ *Id.*

⁹⁴⁵ Respectivement, Cons. const. 17 mars 2011, n° 2010-105/106 QPC, préc., note 908, par. 6 et Cons. const. 29 décembre 1999, n° 99-424 DC, *Loi de finances pour 2000*, par. 53.

⁹⁴⁶ Cons. const. 4 mai 2012, n° 2012-239 QPC, préc., note 942, par. 5. C'est pourquoi sont aussi des sanctions ayant le caractère d'une punition les majorations d'imposition pour méconnaissance d'une obligation déclarative, comme le retard dans la production d'un document, le défaut de déclaration d'un compte (Cons. const. 27 octobre 2017, n° 2017-667 QPC, *M. Didier C.*, par. 4 et 5), ou le défaut de réponse à une demande de renseignements et de documents pour l'établissement de la contribution sociale de solidarité à la charge des sociétés (Cons. const. 5 octobre 2018, n° 2018-736 QPC, *Société CSF*, par. 6).

⁹⁴⁷ Cons. const. 7 sept. 2018, n° 2018-729 QPC, préc., note 908, par. 17.

est une réparation minimale, par équivalent, du préjudice subi par le salarié du fait de la nullité de son licenciement économique, lorsqu'une réparation en nature n'est pas possible ou qu'elle n'est pas demandée⁹⁴⁸. Le caractère forfaitaire d'une indemnité n'exclut pas son caractère réparateur. Par exemple, en cas de licenciement d'un salarié dont le travail a été dissimulé, le versement d'une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire a pour objet d'assurer une réparation minimale du préjudice subi par celui-ci du fait de la dissimulation du travail. Le caractère forfaitaire de l'indemnité est ici « destiné à compenser la difficulté, pour ce salarié, de prouver le nombre d'heures de travail accompli »⁹⁴⁹. Enfin, et dans le même ordre d'idée, la majoration pour défaut de restitution du dépôt de garantie restant dû au locataire par le bailleur, dans les délais prévus, n'est pas une punition⁹⁵⁰. Elle est en effet égale à une somme forfaitaire correspondant à 10 % du loyer mensuel en principal, pour chaque période mensuelle commencée en retard, dont le taux correspond à un élément lié à l'ampleur du préjudice⁹⁵¹. Cette majoration présente donc un « caractère indemnitaire »⁹⁵². Le caractère exclusivement réparateur ou compensatoire d'une mesure est donc tiré du lien étroit entre sa nature et l'existence d'un préjudice. Autrement dit, la mesure ayant un objet pécuniaire et dont le montant s'évalue uniquement ou principalement au regard d'un dommage, est réparatrice. Il n'est pas nécessaire que le montant de la mesure pécuniaire corresponde exactement au préjudice subi. Le calcul peut en être simplifié pour améliorer la célérité de la justice et faciliter l'administration de la preuve. Au contraire, une corrélation faible, ou inexistence, entre la mesure encourue et un dommage, révèle son caractère punitif ou répressif, permettant l'assimilation à une peine par le biais de la notion de sanction ayant le caractère de punition. Relativement aux situations dans lesquelles les mesures ne sont pas en lien avec la réalisation d'un dommage, le Conseil constitutionnel emploie d'autres arguments pour exclure la qualification de punition.

⁹⁴⁸ *Id.*

⁹⁴⁹ Cons. const. 25 mars 2011, n° 2011-111 QPC, *Mme Selamet B.*, par. 4.

⁹⁵⁰ Cons. const. 22 février 2019, n° 2018-766 QPC, *préc.*, note 919, par. 8.

⁹⁵¹ *Id.*, par. 7. Ce taux est fonction de l'ampleur du préjudice car le montant du loyer mensuel est pris pour référence comme plafond du dépôt de garantie et que cela prend en compte la durée du préjudice.

⁹⁵² *Id.*, par. 8. Le législateur a souhaité mettre en place une compensation du préjudice « résultant pour le locataire du défaut ou du retard de restitution du dépôt de garantie et favoriser ainsi un règlement rapide des nombreux contentieux qui en découlent » : *Id.*, par. 6.

142. *L'exclusion de la finalité répressive en cas de sauvegarde de la moralité d'une profession.* Concernant les mesures applicables dans certains milieux professionnels, le Conseil constitutionnel soulève que certaines d'entre elles ont un but particulier : elles visent à garantir « l'intégrité et la moralité » au sein de la profession et non « pas à assurer une répression supplémentaire des professionnels »⁹⁵³. En ce sens, l'inéligibilité définitive aux chambres, organismes et conseils, prévue par le deuxième alinéa de l'article 4 de l'ordonnance du 28 juin 1945 relative à la discipline des notaires et de certains officiers ministériels, attachée de plein droit au prononcé d'une peine d'interdiction ou de destitution, n'est pas une sanction ayant le caractère d'une punition⁹⁵⁴. En revanche, l'interdiction définitive d'inscription sur les listes électorales, qui « n'a pas pour objet de garantir l'intégrité ou la moralité indispensables à l'exercice des fonctions d'officier public ou d'officier ministériel [...] doit être regardée comme une sanction ayant le caractère d'une punition »⁹⁵⁵. Le Conseil constitutionnel semble ainsi refuser la qualification de sanction ayant le caractère d'une punition à une sanction professionnelle lorsqu'elle est en lien direct avec l'exercice de la profession. L'interdiction définitive d'inscription sur les listes électorales dépasse en revanche le cadre de l'exercice de la profession; elle est une punition⁹⁵⁶. C'est ainsi le champ d'application de la mesure qui semble guider le choix de son assimilation à une peine.

143. *L'exclusion de la finalité répressive en cas de refus d'octroi ou de retrait d'une autorisation administrative.* Enfin, en matière d'autorisations administratives, les décisions de refus ou de retrait d'autorisation ne sont pas des sanctions ayant le caractère d'une punition lorsqu'elles font simplement le constat d'une absence ou d'une perte de correspondance entre les critères d'attribution de l'autorisation et la situation de la personne concernée⁹⁵⁷. Cependant lorsque la mesure de retrait d'autorisation est intégrée

⁹⁵³ Cons. const. 27 janvier 2012, n° 2011-211 QPC, préc., note 909, par. 4

⁹⁵⁴ *Id.*

⁹⁵⁵ *Id.*, par. 5. Est également une sanction ayant le caractère d'une punition l'interdiction d'inscription sur la liste électorale imposée par l'article L. 7 du Code électoral en ce qu'elle « vise notamment à réprimer plus sévèrement certains faits lorsqu'ils sont commis par des personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public » : Cons. const. 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC, préc., note 908, par. 5.

⁹⁵⁶ Le raisonnement du Conseil constitutionnel pour départager les sanctions disciplinaires punitives et non punitives est toutefois discutable : *infra* par. 227.

⁹⁵⁷ Cons. const. 27 nov. 2001, n° 2001-451 DC, préc., note 909, par. 41; rapp. Cons. const. 20 décembre 2018, n° 2018-773 DC, préc., note 921, par. 33 et 34 (refus de conventionnement par le CSA) et Cons. const. 1er avril 2011, n° 2011-119 QPC, *Mme Denise R. et autre*, par. 3 (licenciement à la suite d'un retrait du retrait d'agrément d'assistant maternel lorsque les conditions de l'agrément cessent d'être remplies).

dans un système global de sanctions, elle peut constituer une sanction ayant le caractère d'une punition. Il en est par exemple ainsi de la sanction de retrait d'autorisation de diffusion d'un programme, qui peut être prononcée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel⁹⁵⁸. Le fondement de la mesure, à savoir le constat d'un manquement à des obligations, justifie dans ce cas sa qualification de sanction ayant le caractère d'une punition et donc son assimilation à une peine.

144. *Bilan des critères de la finalité répressive.* La recherche de la finalité d'une mesure permet de savoir si elle doit être ou non assimilée à une peine. Lorsque la finalité répressive ou punitive est exclue, que la mesure soit pénale (mais non qualifiée de peine par le législateur) ou extra-pénale, le Conseil constitutionnel attache de l'importance à l'intention du législateur et aux caractéristiques de la mesure. Certains éléments de qualification sont propres aux mesures pénales comme l'organe de décision, dont il n'est pas fait cas pour les mesures non pénales. Le critère du temps d'exécution de la mesure au regard de celui d'une peine est également propre aux mesures pénales; il serait sans objet dans le cas des mesures non pénales, indépendantes de l'existence d'une peine⁹⁵⁹. L'objet de la mesure, sa gravité et son champ d'application apparaissent plus utiles dans la recherche de la finalité des mesures non-pénales. Ce sont les principaux critères de l'assimilation des mécanismes extra-pénaux de sanctions aux peines. Il faut y ajouter le critère du fondement de la mesure, commun à l'analyse de la finalité des mesures pénales et non pénales. Selon ce critère, une mesure qui réagit à un manquement ou à une infraction peut être punitive. Le Conseil constitutionnel opère généralement par un raisonnement global en associant différents critères afin de conclure à la finalité punitive ou non punitive d'une mesure. La finalité punitive ou répressive d'une mesure non qualifiée de peine permet ainsi de l'assimiler à une peine. Cela illustre l'émergence de la notion unifiée de répression, mais sa définition demeure très imprécise. Par un raisonnement proche, la Cour européenne des droits de l'homme réalise une assimilation notionnelle de mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions et participe ainsi à l'émergence d'une notion unifiée de répression.

⁹⁵⁸ Cons. const. 17 janv. 1989, n°88-248 DC, préc., note 898. Peut-être l'a-t-elle été aussi parce qu'elle faisait partie de la liste de mesures qualifiées de « sanction » directement par le législateur.

⁹⁵⁹ Pour une critique de ce critère concernant les mesures pénales, *infra*, par. 249.

II. Les assimilations notionnelles des mécanismes punitifs pénaux et extra-pénaux par le droit européen

145. *Des critères d'assimilation similaires dans les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne.* La France étant partie à la Convention européenne des droits de l'homme, elle doit en respecter les garanties, dont celles qui s'appliquent à une personne accusée en matière pénale⁹⁶⁰ ou condamnée à une peine⁹⁶¹. Membre de l'Union européenne, elle doit également en observer et en faire observer le droit, en vertu duquel des sanctions peuvent être employées afin d'assurer son effectivité. Les notions de matière pénale et de peine ont ainsi été précisées par la Cour européenne des droits de l'homme, chargée de l'application de la Convention européenne, et par la Cour de justice de l'Union européenne pour l'application du droit de l'Union européenne. Néanmoins, la Cour de Justice de l'Union européenne reprend simplement les critères dégagés par la CEDH et en fait application au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne⁹⁶². Il n'est donc pas nécessaire de présenter l'état de la jurisprudence de la CJUE en matière de droit pénal et de peine; il est globalement identique à celui de la CEDH⁹⁶³. La jurisprudence de la CEDH offre davantage d'explications et d'exemples pour déterminer le sens de la matière pénale et de la peine européenne. C'est pourquoi elle sera seule exposée.

146. *L'application commune des garanties pénales de la Conv. EDH aux mécanismes pénaux stricto sensu et lato sensu en droit européen.* Les notions de « matière pénale » et de « peine » sont présentes, respectivement, aux articles 6 et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Les garanties de l'article 6, relatives au droit à un procès équitable, s'appliquent en particulier à toute « accusation en matière pénale ». Le principe de légalité des délits et des peines, consacré à l'article 7, s'applique aux peines. La délimitation des

⁹⁶⁰ Art. 6 Conv. EDH.

⁹⁶¹ Art. 7 Conv. EDH.

⁹⁶² CJUE Bonda, 5 juin 2012, aff. C- 489/10, par. 37 à 46; CJUE Åkerberg Fransson, 26 fév. 2013, aff. C- 617/10, par. 35 à 37; plus récemment : CJUE *Menci*, 20 mars 2018, aff. C- 596/10, par. 26, 30 et 31. La CJUE retient ainsi comme critères pertinents : la qualification interne de l'infraction, la nature même de l'infraction et le degré de sévérité de la sanction. Guillemine TAUPIAC-NOUVEL, « A la recherche de la peine en droit de l'Union européenne », *Dr. pén.* 2015.9.dossier 6, par. 3, 4, 6.

⁹⁶³ Peuvent être relevées quelques différences dans les solutions mais les critères sont largement harmonisés. Romain OLLARD, « Pot-pourri autour de la notion de peine », *Lexbase Hebdo*, éd. Privée générale, 2012.491; G. TAUPIAC-NOUVEL, « A la recherche de la peine en droit de l'Union européenne », *préc.*, note 962, par. 10.

notions de matière pénale et de peine est donc nécessaire pour déterminer le champ d'application des articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme. La CEDH a établi un certain nombre de critères définissant ces notions de manière autonome⁹⁶⁴, permettant d'éviter que les États membres ne s'affranchissent des garanties imposées par les articles 6 et 7 de la Conv. EDH, en choisissant opportunément des qualifications non pénales⁹⁶⁵. La peine et la matière pénale permettent de réunir sous chacune de ces catégories juridiques un ensemble de mécanismes, pénaux ou extra-pénaux en droit interne, dont la proximité substantielle⁹⁶⁶ justifie à la fois l'identité notionnelle et un encadrement commun par le régime de la peine. La matière pénale (A) et la peine (B) européennes réalisent ainsi une assimilation notionnelle des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions qui participe à l'émergence d'une notion unifiée de répression.

A. La matière pénale

147. *L'infraction comme critère commun de la matière pénale et de la peine*⁹⁶⁷.

Matière pénale et peine sont deux notions qui permettent d'assimiler des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions aux fins d'application des articles 6 et 7 de la Conv. EDH. Les garanties de l'article 6 de la Conv. EDH peuvent être invoquées dans deux contextes : civil et pénal⁹⁶⁸. Pour ce dernier, il faut démontrer l'existence d'une accusation en « matière pénale ». Les critères retenus par la Cour européenne pour identifier une accusation en « matière pénale » au sens de la Convention européenne définissent la notion d'infraction⁹⁶⁹. Quant aux garanties de l'article 7, elles interviennent dans le cadre de l'infliction d'une « peine ». Selon la jurisprudence de la CEDH, « le point de départ de toute appréciation de l'existence d'une peine consiste à déterminer si la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour une "infraction" »⁹⁷⁰. La notion

⁹⁶⁴ Guide sur l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme – Pas de peine sans loi : principe de légalité des délits et des peines, 22 mai 2022, par. 6, p. 6.

⁹⁶⁵ CEDH, *Öztürk c. Allemagne*, n° 8544/79, 21 fév. 1984, par. 49.

⁹⁶⁶ Guide sur l'article 6 de la Convention – Droit à un procès équitable (volet pénal), p. 8.

⁹⁶⁷ Pour une présentation de la notion européenne de peine, voir : E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 85 et suiv., p. 42 et suiv.; Guide sur l'article 7 de la Convention – Pas de peine sans loi, p. 6 et suiv. Pour la notion de matière pénale, voir : Guide sur l'article 6 de la Convention – Droit à un procès équitable (volet pénal), p. 9 et suiv. Les éléments présentés sont issus pour leur majorité de ces références.

⁹⁶⁸ Art. 6 §1 Conv. EDH.

⁹⁶⁹ CEDH, *Société Oxygène Plus c. France* [déc.], n° 76959/11, 17 mai 2016, par. 43 : « La Cour a en effet déjà eu l'occasion de considérer que si des faits ne relèvent pas de la « matière pénale » au sens de l'article 6 de la Convention, ils ne peuvent plus être qualifiés de « peine » sous l'angle de l'article 7 (voir, par exemple, *Bowler International Unit c. France*, no 1946/06, § 67, 23 juillet 2009) »

⁹⁷⁰ CEDH, *Welch c. Royaume-Uni*, n° 17440/90, 9 fév. 1995, par. 28.

autonome d'infraction est donc à la fois déterminante de la matière pénale et un élément de définition de la peine⁹⁷¹. Ses critères délimitent la matière pénale et sont les critères extrinsèques de la peine⁹⁷².

148. Les critères de l'infraction européenne. Les critères de l'infraction au sens européen sont définis par la décision *Engel et a. c. Pays-Bas*⁹⁷³. Il y a trois critères. Le premier est formel. Il s'agit de la qualification donnée en droit interne à la disposition litigieuse (1). Le deuxième et le troisième sont matériels. Ce sont la nature même de l'infraction et le degré de sévérité de la sanction encourue, déduits des caractéristiques de la disposition contestée (2).

1. La qualification formelle d'infraction par le droit interne

149. La qualification en droit interne comme critère indicatif. La Cour européenne des droits de l'homme vérifie d'abord la qualification de l'infraction en droit interne. Si elle est pénale, la CEDH conserve cette qualification et reconnaît qu'il s'agit d'une infraction pénale au sens de l'article 6 de la Conv. EDH. En revanche, si la mesure n'est pas qualifiée comme telle par le droit interne, la Cour se réserve la possibilité de dépasser le critère formel et d'analyser les critères matériels⁹⁷⁴. Ainsi, elle cherche à assurer une protection optimale des justiciables, en empêchant les législateurs de contourner les garanties de la Convention européenne par l'utilisation de qualifications formelles qui permettraient opportunément d'écarter l'application des articles 6 et 7⁹⁷⁵. C'est pourquoi ce critère fournit une indication à « valeur formelle et relative »⁹⁷⁶. En général, lorsqu'une infraction est qualifiée pénale par le droit interne d'infraction, la CEDH ne va pas plus

⁹⁷¹ Sur l'identité des critères de qualification de la matière pénale au sens de l'article 6 et de l'infraction au sens de l'article 7 voir notamment la décision *Société Oxygène Plus c. France*, préc., note 969, par. 43 : « Les critères de la « peine » sont ainsi directement transposés des trois critères Engel dégagés par la Cour pour déterminer si une procédure est de nature « pénale » au sens de l'article 6 de la Convention : la qualification de l'infraction au niveau interne, la nature de l'infraction, ainsi que la nature et le degré de sévérité de la sanction susceptible d'être infligée (Engel et autres c. Pays-Bas, 8 juin 1976, §§ 82-83, série A no 22) ». La notion d'infraction est donc analysée indifféremment au travers des décisions relative à l'application de l'article 6 ou de l'article 7 CEDH, les critères étant identiques dans les deux cas.

⁹⁷² Elle sera ensuite envisagée en elle-même, au regard de ses critères intrinsèques, *infra*, par. 155. *Welch c. Royaume-Uni*, préc., note 970, par. 28; *Société Oxygène Plus c. France*, préc., note 969, par. 42.

⁹⁷³ CEDH, *Engel et a. c. Pays-Bas*, nos 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, 8 juin 1976, par. 82. Ces critères sont régulièrement repris, voire par exemple CEDH, *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* [GC], nos 39665/98 et 40086/98, 9 oct. 2003, par. 82, ou *Jussila c. Finlande* [GC], n° 73053/01, 23 nov. 2006, par. 30.

⁹⁷⁴ L'autonomie de la notion de matière pénale est à sens unique : *Engel et a. c. Pays-Bas*, préc., note 973, par. 81.

⁹⁷⁵ *Engel et a. c. Pays-Bas*, préc., note 973, par. 81.

⁹⁷⁶ *Engel et a. c. Pays-Bas*, préc., note 973, par. 82.

loin dans son analyse et considère que les dispositions des articles 6 et 7 de la Conv. EDH sont applicables⁹⁷⁷. En revanche, dans le cas inverse, la CEDH poursuit son étude à l'aune de critères matériels⁹⁷⁸. Ce sont donc ceux-là qui permettent une assimilation notionnelle des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions.

2. La qualification matérielle d'infraction au regard des caractéristiques de la disposition contestée

150. *Dualité de critères matériels.* Il existe deux critères matériels qui permettent d'assimiler les mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions. Le premier est la nature même de l'infraction, qui doit être pénale. La CEDH considère que ce critère est prépondérant⁹⁷⁹ par rapport au second, relatif à la sévérité de la sanction encourue ou infligée.

151. *La nature même de l'infraction.* L'infraction doit être de nature pénale pour qu'elle intègre la matière pénale au sens de l'article 6 Conv. EDH ou pour que la mesure prise en conséquence de sa réalisation puisse être considérée comme une peine au titre de l'article 7 Conv. EDH. La nature pénale d'une infraction peut être révélée par deux séries d'éléments. La première est relative au champ d'application matérielle et personnelle de la norme support de l'infraction. Sont alors pris en compte son caractère général et son application à tous les citoyens sans distinction⁹⁸⁰. La seconde série d'éléments concerne le but de la norme, notamment au regard de la sanction encourue⁹⁸¹. La norme doit présenter un but punitif ou répressif⁹⁸², ce qui n'exclut qu'elle puisse avoir des aspects préventif ou réparateur⁹⁸³. La CEDH analyse aussi les intérêts qu'elle tend à protéger. La protection d'intérêts généraux de la société, généralement protégés par le droit pénal⁹⁸⁴,

⁹⁷⁷ Par ex. : CEDH, *Gestur Jónsson et Ragnar Halldór Hall c. Islande* [GC], n^{os} 68273/14 68271/14, 22 déc. 2020, par. 76.

⁹⁷⁸ *Id.*

⁹⁷⁹ *Jussila c. Finlande*, préc., note 973, par. 38. La modicité de la somme exigée à l'encontre du requérant, en l'espèce une majoration fiscale de 10%, ne doit pas permettre d'exclure l'application de l'article 6 Conv. EDH dès lors que l'infraction se révèle être de nature pénale en raison notamment de son but à la fois préventif et répressif.

⁹⁸⁰ CEDH, *Bendenoun c. France*, n^o 12547/86, 24 fév. 1994, par. 47.

⁹⁸¹ La CEDH peut ainsi analyser le but de la sanction, à savoir si elle est plutôt punitive ou réparatrice par exemple : *Öztürk c. Allemagne*, préc., note 965, par. 53; *Bendenoun c. France*, préc., note 980, par. 47.

⁹⁸² CEDH, *Bendenoun c. France*, préc., note 980, par. 47.

⁹⁸³ CEDH, *Öztürk c. Allemagne*, préc., note 965, par. 53.

⁹⁸⁴ CEDH, *Société Stenuit c. France*, rapport de la Commission du 30 mai 1991, série A n^o 232-A, par. 62; *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, n^o 43509/08, 27 sept. 2011, par. 40; *Produkcija Plus Storitveno Podjetje D.O.O. v. Slovenija*, n^o 47072/15, 23 oct. 2018, par. 42.

est ainsi un indice de la nature pénale de la norme au regard de son but. Toujours dans le but de déterminer ce dernier, la CEDH étudie aussi la procédure, et particulièrement si elle a été engagée et mise en œuvre par une autorité publique⁹⁸⁵. Enfin, des arguments de droit comparé peuvent être pris en compte par une analyse des classifications pour des manquements comparables dans d'autres États membres du Conseil de l'Europe⁹⁸⁶. En application de certains de ces critères, la CEDH a décidé que la majoration d'impôts appliquée à un contribuable en raison d'une déclaration ou d'un acte utile à la détermination de l'impôt faisant apparaître des erreurs ou insuffisances, sans que la bonne foi de celui-ci soit admise, a une nature « pénale »⁹⁸⁷. En effet, la disposition concernée, qui « prescrit un comportement et assortit cette exigence d'une sanction », s'applique « à tous les citoyens en leur qualité de contribuables » et non un groupe particulier⁹⁸⁸. De plus « les majorations d'impôt ne tendent pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice, mais visent pour l'essentiel à punir pour empêcher la réitération d'agissements semblables » et « se fondent sur une norme de caractère général dont le but est à la fois préventif et répressif »⁹⁸⁹. Lorsque ces éléments d'appréciation sont suffisants pour conclure à la nature pénale de l'infraction, il n'est pas toujours utile de s'attarder sur le degré de sévérité de la sanction⁹⁹⁰. La CEDH précise de plus que le caractère modique d'une sanction pécuniaire est insuffisant pour exclure l'application de l'article 6 de la Convention européenne dès lors que le champ d'application de la norme et son but en révèle à eux seuls une nature pénale⁹⁹¹. En revanche, en l'absence de certitude sur la nature même de l'infraction, le degré de sévérité de la sanction est un critère intéressant à envisager⁹⁹².

152. La sévérité de la sanction. La sévérité de la sanction s'apprécie par rapport à sa nature et à son degré de gravité. La CEDH se réfère ainsi à la sanction maximale encourue

⁹⁸⁵ CEDH, *Benham c. Royaume-Uni* [GC], n° 19380/92, 10 juin 1996, par. 56. Dans cette décision, la CEDH se réfère plus particulièrement à la nature de la procédure.

⁹⁸⁶ CEDH, *Öztürk c. Allemagne*, préc., note 965, par. 53.

⁹⁸⁷ CEDH, *Bendenoun c. France*, préc., note 980, par. 47.

⁹⁸⁸ *Id.*

⁹⁸⁹ *Id.*

⁹⁹⁰ La CEDH réalise parfois une analyse au regard de chaque critère pour appuyer sa conclusion (*Janosevic c. Suède*, n° 34619/97, 23 juillet 2022, par. 68 et 69) mais n'en fait pas une nécessité; elle juge au contraire que les critères de la nature même de l'infraction et du degré de sévérité de la sanction sont alternatifs (*Janosevic c. Suède*, préc., cette note, par. 67; *Jussila c. Finlande*, préc., note 973, par. 31).

⁹⁹¹ CEDH, *Jussila c. Finlande*, préc., note 973, par. 35 et 38.

⁹⁹² Ce que la CEDH nomme une approche « cumulative » : *Jussila c. Finlande*, préc., note 973, par. 31 et 32.

prévue par la loi applicable⁹⁹³ ou à celle qui a été effectivement infligée⁹⁹⁴. La décision *Engel et a. c. Pays-Bas* précisait déjà que « les privations de liberté susceptibles d'être infligées à titre répressif, hormis celles qui par leur nature, leur durée ou leurs modalités d'exécution ne sauraient causer un préjudice important » relèvent de la matière pénale⁹⁹⁵. En conséquence, il a été jugé que des accusations portées contre certains requérants relevaient bien de la « matière pénale » car de « lourdes peines privatives de liberté » de trois ou quatre mois d'affectation à une unité disciplinaire (sanction la plus lourde en droit disciplinaire militaire néerlandais étaient encourues) et exécutées au même endroit que celles qui peuvent être prononcées à titre de peine complémentaire à l'encontre des soldats condamnés sur le fondement d'infractions pénales⁹⁹⁶. La peine effectivement infligée pour l'un des requérants de douze jours d'arrêts aggravés, sanction non privative de liberté, ne réduit pas l'enjeu initial dû à la peine encourue, d'un niveau de gravité suffisamment élevé pour intégrer la matière pénale. En revanche, ne sont pas suffisamment graves les peines encourues de quatre jours d'arrêts simples, « peine légère et non privative de liberté » et de deux jours d'arrêts de rigueur, sanction privative de liberté « de trop courte durée »⁹⁹⁷. Une sanction disciplinaire de perte de remise de peine peut également être considérée comme « pénale » aux fins d'application de la Convention européenne, lorsque, encourue ou effectivement subie, elle emporte la prolongation de la détention « bien au-delà de ce qui eût été le cas sans elle », peu importe qu'elle n'ait pas juridiquement été une peine privative de liberté⁹⁹⁸. La CEDH effectue donc une appréciation globale de la gravité de la sanction, au regard de son objet et de son *quantum*.

153. Une appréciation globale des caractéristiques de l'infraction. La notion d'infraction fait donc l'objet d'une appréciation d'ensemble qui intègre différents critères objectifs relatifs tant à la norme de comportement – champ d'application et but étudié

⁹⁹³ CEDH, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, nos 7819/77 et 7878/77, 28 juin 1984, par. 72; *Benham c. Royaume-Uni*, préc., note 985, par. 56; E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 89, p. 44-45.

⁹⁹⁴ CEDH, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, préc., note 993, par. 73; *Bendenoun c. France*, préc., note 980, par. 47.

⁹⁹⁵ CEDH, *Engel et a. c. Pays-Bas*, préc., note 973, par. 82.

⁹⁹⁶ CEDH, *Engel et a. c. Pays-Bas*, préc., note 973, par. 85.

⁹⁹⁷ *Id.*

⁹⁹⁸ Le requérant risquait dans cette affaire un retrait total de remise de peine, soit un peu moins de trois ans, pour un total infligé de 570 jours : CEDH, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, préc., note 993, par. 72, la Cour explique que la distinction entre droit et privilège pour connaître la nature de la mesure de retrait ne l'aidera pas à se décider sur la nature « pénale » de cette sanction. Elle préfère se référer à la « pratique observée en matière de remise » et précise que « sauf perte de remise prononcée sur le terrain disciplinaire, un détenu sera élargi à la date estimée qu'on lui indique au début de sa peine » suscitant chez le condamné une expectative légitime de recouvrer sa liberté avant la fin de la période d'emprisonnement à purger.

notamment au regard des intérêts protégés, de son caractère obligatoire, de la conséquence de sa violation et de sa mise en œuvre organique – qu’à sa sanction. Ces critères permettent d’assimiler des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions par l’intermédiaire de la notion de matière pénale mais également par celle de peine. Ils servent en effet d’éléments de détermination extrinsèque de la peine.

154. *Détermination extrinsèque et intrinsèque de la peine.* Une peine est ainsi toute sanction infligée à la suite d’une condamnation pour une infraction au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, en raison d’une qualification d’infraction par le droit interne ou de ses caractéristiques matérielles révélant sa nature pénale. Néanmoins, ces critères extrinsèques ne sont pas toujours décisifs. En effet, la CEDH juge que la peine peut également être définie par d’autres éléments comme la qualification de la mesure en droit interne ou sa nature et son but par exemple⁹⁹⁹. Les critères intrinsèques de la peine, qui la détermine par elle-même, doivent ainsi être étudiés.

B. La peine

155. *La qualification de la peine par deux séries de critères intrinsèques.* Les critères de la peine européenne sont une adaptation des critères de l’infraction. D’une analyse de la norme de comportement, il faut passer à une analyse de la sanction. On retrouve alors des critères formels (1) et des critères matériels (2) de qualification de la peine.

1. Les critères formels de la qualification de la peine

156. *La dualité de critères formels de qualification de la peine.* Les critères formels de la peine sont la qualification de la mesure par le droit interne et le processus d’adoption et d’exécution de la mesure.

157. *La qualification de la mesure en droit interne.* Pour savoir si la mesure étudiée est une peine, la Cour européenne vérifie en premier lieu sa qualification en droit interne. Si elle est qualifiée de peine, la CEDH considère généralement la mesure comme une

⁹⁹⁹ Position récemment réaffirmée : CEDH, *G.I.E.M. S.R.L. et a. c. Italie* [GC], n^{os} 1828/06, 34163/07 et 19029/11, 28 juin 2018, par. 211.

peine au sens de l'article 7 de la Conv. EDH par faveur pour le justiciable¹⁰⁰⁰. À défaut, la Cour passe outre et étudie les autres critères¹⁰⁰¹. Par exemple, dans le cadre de l'affaire *Jamil c. France*, la Cour européenne est restée indifférente à la qualification interne d'amende douanière d'une sanction pécuniaire. Elle a intégré d'autres éléments à son raisonnement, comme le fait que cette sanction, assortie de la contrainte par corps, s'inscrivait dans le « contexte pénal » de la répression du trafic de stupéfiants¹⁰⁰². Dans un autre contexte, la mesure qualifiée de détention de sûreté en droit interne, ordonnée par une juridiction de jugement à la suite d'une condamnation pour des infractions graves peut être qualifiée de « peine » au sens européen, en raison des caractéristiques de la mesure, dont la procédure d'adoption et d'exécution de la mesure¹⁰⁰³.

158. La procédure d'adoption et d'exécution de la mesure. Le second critère formel de la qualification de peine est relatif au régime juridique de la mesure¹⁰⁰⁴. En dépassant la qualification formelle de la mesure, il permet l'assimilation aux peines de mesures pénales ou extra-pénales non qualifiées de peines par les droits nationaux. La Cour européenne vérifie si le régime juridique de la mesure est répressif au regard de la procédure d'adoption et d'exécution. Plusieurs éléments peuvent être pris en compte à ce titre. Notamment, elle analyse les pouvoirs du juge qui inflige la mesure. Par exemple, la possibilité de prendre en compte le degré de culpabilité de l'accusé dans la fixation du montant d'une ordonnance de confiscation sous forme d'argent est un élément d'un régime répressif¹⁰⁰⁵. L'intervention d'une juridiction pénale et l'existence d'un régime juridique particulièrement strict de la mesure, en comparaison du régime d'une peine classique, marquent également celle-ci d'un aspect répressif. Par exemple, la contrainte

¹⁰⁰⁰ Cela n'est pas une règle absolue. Par exemple, dans l'affaire *Welch*, les ordonnances de confiscation ont pu recevoir la qualification de « peines » devant les tribunaux internes, mais la Cour n'a pas souhaité la retenir d'emblée car cette qualification n'avait pas été faite dans le cadre du contentieux de l'article 7 : CEDH, *Welch c. Royaume-Uni*, préc., note 970, par. 31. En revanche, pour la peine accessoire d'interdiction d'exercice d'une profession à la suite d'une condamnation pour un délit, qualifiée comme telle par le droit interne, la Cour a retenu sa nature pénale eu égard à cette qualification qu'elle n'a pas remise en cause : *Gouarré Patte c. Andorre*, n° 33427/10, 12 janv. 2016, par. 30.

¹⁰⁰¹ CEDH, *Welch c. Royaume-Uni*, préc., note 970, par. 27; *Jamil c. France*, n° 15917/89, 8 juin 1995, par. 30; *G.I.E.M. S.R.L. et a. c. Italie*, préc., note 999, par. 210.

¹⁰⁰² CEDH, *Jamil c. France*, préc., note 1001, par. 32. Dans un contexte proche, une ordonnance de confiscation sous forme d'argent, sous la menace de devoir purger une privation de liberté supplémentaire et prononcée à la suite d'une condamnation pénale, avait déjà été considérée comme une peine : *Welch c. Royaume-Uni*, préc., note 970, par. 29.

¹⁰⁰³ CEDH, *M. c. Allemagne*, n° 19359/04, 17 déc. 2009, par. 127; *Jendrowiak v. Germany*, n° 30060/04, 14 avr. 2011, par. 47; *Glien v. Germany*, n° 7345/12, 28 nov. 2013, par. 120-130.

¹⁰⁰⁴ E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 93, p. 46-47.

¹⁰⁰⁵ CEDH, *Welch c. Royaume-Uni*, préc., note 970, par. 33.

par corps accompagnant l'amende douanière infligée pour un trafic de stupéfiants est une menace d' « incarcération sous un régime pénitentiaire » qui « se révèle plus sévère qu'en droit commun principalement parce qu'il ne comporte pas les atténuations accordées aux peines de droit commun, telles les mesures de liberté conditionnelle et de grâce »¹⁰⁰⁶. Enfin, l'absence d'aménagement spécifique d'une mesure qui n'est pas qualifiée de peine en droit interne, par rapport à une mesure qualifiée de peine, indique un régime répressif. Ainsi, le fait qu'une détention de sûreté soit exécutée dans une prison ordinaire justifie, entre autres, sa qualification de « peine »¹⁰⁰⁷.

159. En raison du caractère alternatif des différents critères et lorsque les critères formels ne permettent pas de conclure avec certitude au caractère pénal ou non pénale de la mesure étudiée, la CEDH recourt à des critères matériels.

2. Les critères matériels de la qualification de la peine

160. *La dualité de critères matériels de qualification de la peine.* Deux séries de critères matériels sont utilisées par la CEDH pour décider de la qualification d'une mesure. La première est relative à la nature de la mesure et à son but, la nature étant souvent déduite du but (a). C'est aussi sa gravité (b) qui est étudiée.

a. La nature de la mesure en lien avec son but

161. *Les liens entre la nature et le but de la mesure.* La CEDH présente la nature et le but de la mesure comme un critère¹⁰⁰⁸, qu'elle étudie parfois comme un ensemble¹⁰⁰⁹ et parfois de façon plus distincte¹⁰¹⁰. Lorsqu'elle n'est pas étudiée de façon autonome, la nature de la mesure est déduite de son but et se confond avec lui. Si la nature et le but de la mesure ne révèlent pas son caractère punitif ou répressif, elle est exclue de la qualification de peine sauf si elle en modifie la portée.

162. *La nature de la mesure distincte de son but.* Lorsqu'elle n'est pas directement liée à son but, la nature de la mesure correspond à son objet. Les décisions relatives à la

¹⁰⁰⁶ CEDH, *Jamil c. France*, préc., note 1001, par. 32.

¹⁰⁰⁷ CEDH, *M. c. Allemagne*, préc., note 1003, par. 128.

¹⁰⁰⁸ CEDH, *Welch c. Royaume-Uni*, préc., note 970, par. 28; *Jamil c. France*, préc., note 1001, par. 31; *M. c. Allemagne*, préc., note 1003, par. 120.

¹⁰⁰⁹ CEDH, *Welch c. Royaume-Uni*, préc., note 970, par. 30; *Jamil c. France*, préc., note 1001, par. 33.

¹⁰¹⁰ CEDH, *M. c. Allemagne*, préc., note 1003, par. 127 et 128; *Glien v. Germany*, préc., note 1003, par. 125 et 126; *Bergmann v. Germany*, n° 23279/14, 7 janv. 2016, par. 164.

détention de sûreté ou à la détention préventive en droit allemand relèvent ainsi la nature privative de liberté de la mesure et soulignent en même temps sa similitude avec l'emprisonnement¹⁰¹¹. Les modalités de cette privation de liberté sont également étudiées au titre de la nature de la mesure, en comparaison avec celles d'une peine d'emprisonnement¹⁰¹². Plus les conditions de la détention sont proches de celles de la peine privative de liberté, plus elle pourrait être considérée comme une peine¹⁰¹³. Néanmoins, la CEDH ne s'est pas contentée dans ces affaires de la seule caractérisation de la nature privative de liberté de la mesure pour conclure à leur caractère pénal ou l'exclure. Elle en a également étudié le but, notamment au travers des modalités de la mesure et de ses objectifs¹⁰¹⁴. Ce sont alors les mêmes éléments que ceux qui sont analysés lorsque la nature de la mesure est déduite de son but.

163. La nature déduite du but de la mesure. La nature pénale d'une mesure est parfois déduite de son but¹⁰¹⁵, qui peut être totalement ou partiellement répressif. La nature et le but sont dans ce cas un seul critère. Une mesure à la fois préventive et répressive peut caractériser la « peine » européenne. Pour la CEDH, « les objectifs de prévention et de réparation se concilient avec celui de répression et peuvent être considérés comme des éléments constitutifs de la notion même de peine »¹⁰¹⁶. Par exemple, la sanction de confiscation sous forme d'argent, à la suite d'une condamnation pour trafic de stupéfiants, est une mesure préventive en ce qu'elle permet de « s'assurer que le crime ne paye pas » mais également répressive¹⁰¹⁷. La Cour européenne se réfère au régime de la mesure pour en identifier les aspects punitifs¹⁰¹⁸. On y retrouve des considérations variées relatives notamment à l'étendue de l'ordonnance de confiscation et à l'existence d'une privation

¹⁰¹¹ CEDH, *M. c. Allemagne*, préc., note 1003, par. 127; *Glien v. Germany*, préc., note 1003, par. 125; *Bergmann v. Germany*, préc. note 1010, par. 164.

¹⁰¹² CEDH, *M. c. Allemagne*, préc., note 1003, par. 127; *Glien v. Germany*, préc., note 1003, par. 125; *Bergmann v. Germany*, préc. note 1010, par. 164 à 169.

¹⁰¹³ *Id.*

¹⁰¹⁴ CEDH, *M. c. Allemagne*, préc., note 1003, par. 128; *Glien v. Germany*, préc., note 1003, par. 126; *Bergmann v. Germany*, préc. note 1010, par. 170 à 177.

¹⁰¹⁵ E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 95, p. 47-48.

¹⁰¹⁶ CEDH, *Welch c. Royaume-Uni*, préc., note 970, par. 30. Dans le prolongement de cette idée, la CEDH considère également que les objectifs des peines et des mesures d'amendement et de prévention privatives de liberté se recoupent en partie car ces sanctions tendent ensemble à protéger la société et à aider le détenu à mener une vie en société à sa sortie de prison : *M. c. Allemagne*, préc., note 1003, par. 130.

¹⁰¹⁷ CEDH, *Welch c. Royaume-Uni*, préc., note 970, par. 30.

¹⁰¹⁸ La distinction entre le critère relatif au processus d'exécution et d'application de la mesure et le critère relatif au but de la mesure n'apparaît pas toujours très claire car la CEDH semble dans les deux cas étudier des éléments de « régime ».

de liberté en cas de non-paiement¹⁰¹⁹. Le caractère illimité d'une privation de liberté est également un indice de son but punitif¹⁰²⁰. Quelques éléments permettent ainsi d'identifier de façon positive le but punitif d'une mesure¹⁰²¹. Dans d'autres situations, l'identification est négative : la mesure n'est pas punitive car elle a un but totalement autre.

164. *L'exclusion des mesures uniquement préventives ou dissuasives.* À l'instar du droit français interne, les mesures ayant un but uniquement préventif ou dissuasif ne sont pas des peines au sens européen. La CEDH en a jugé ainsi pour l'inscription d'une personne au fichier judiciaire d'auteurs d'infractions sexuelles ou violentes¹⁰²², pour des mesures de sûreté, comme une hospitalisation d'office, imposées à une personne reconnue pénalement irresponsable¹⁰²³, et pour une détention en vue « d'empêcher une personne de se livrer à des activités préjudiciables au maintien de la paix et de l'ordre public »¹⁰²⁴. Un autre type de mesure a également une nature incompatible avec la qualification de peine.

165. *L'exclusion des mesures relatives à l'exécution ou l'application de la peine.* La Cour oppose également les peines « en substance » et les mesures relatives à l'« exécution » ou à l'« application » de la peine¹⁰²⁵. Les premières sont à la fois préventives et punitives, tandis que les secondes concernent notamment « la remise d'une peine ou un

¹⁰¹⁹ Par exemple, l'existence de présomptions légales « selon lesquelles tout bien passant entre les mains du délinquant pendant une période de six ans est le fruit du trafic de stupéfiants sauf s'il démontre le contraire », l'étendue de l'ordonnance de confiscation qui « vise le produit du trafic de stupéfiants et n'est pas limitée à l'enrichissement ou au profit effectifs », l'étendue du pouvoir du juge du fond « pour prendre en considération, lorsqu'il fixe le montant de l'ordonnance, le degré de culpabilité de l'accusé », ainsi que « la possibilité d'une contrainte par corps » : CEDH, *Welch c. Royaume-Uni*, préc., note 970, par. 33.

¹⁰²⁰ CEDH, *M. c. Allemagne*, préc., note 1003, par. 130.

¹⁰²¹ Dans une autre décision, la Cour a par exemple souligné le caractère obligatoire d'une sanction de confiscation pour lotissement illicite, dont l'imposition n'était pas soumise à la preuve d'un préjudice réel ou d'un risque concret pour l'environnement : CEDH, *G.I.E.M. S.R.L. et a. c. Italie*, préc., note 999, par. 225.

¹⁰²² Voir par exemple CEDH, *Gardel c. France*, n° 16428/05, 17 déc. 2009, par. 39-47, spéc. par. 43.

¹⁰²³ CEDH, *Berland c. France*, n° 42875/10, par. 39-47, spéc. par. 44. Dans cette décision, la Cour précise également qu'elle considère que la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental et la procédure associée permettant de prononcer les mesures de sûreté ne sont pas une « infraction » au sens de la Convention (par. 42), retenant que la procédure ne se fonde pas sur une appréciation de l'état d'esprit de la personne mais uniquement sur l'existence de charges suffisantes d'avoir commis les faits, dénuant l'infraction de son élément moral pour n'en faire subsister que l'élément matériel, supprimant donc son aspect répressif.

¹⁰²⁴ CEDH, *Lawless c. Irlande (n° 3)*, n° 332/57, 1^{er} juillet 1961, par. 19.

¹⁰²⁵ CEDH, *Kafkaris c. Chypre* [GC], n° 21906/04, 12 fév. 2008, par. 142.

changement dans le système de libération conditionnelle »¹⁰²⁶. À défaut d'être elles-mêmes des peines, ces dernières ne sont pas incluses dans le champ d'application de l'article 7¹⁰²⁷. Ainsi, la suppression rétroactive des réductions de peine, en raison de l'abrogation d'un règlement pénitentiaire, ne tombe pas dans le champ d'application de l'article 7¹⁰²⁸. En revanche, la CEDH distingue les mesures d'exécution et d'application de la peine des mesures ayant un impact sur la portée de la peine.

166. *La nature particulière des mesures ayant un impact sur la portée de la peine.* La distinction entre peine et mesure d'exécution ou d'application de la peine est atténuée lorsque la seconde a une incidence sur la portée de la première. Pour la Cour européenne, les termes mêmes de l'article 7 Conv. EDH permettent d'inclure dans son champ d'application les « mesures prises par le législateur, des autorités administratives ou des juridictions après le prononcé d'une peine définitive ou pendant l'exécution de celle-ci », lorsqu'elles peuvent « conduire à une redéfinition ou à une modification de la portée de la « peine » infligée par le juge qui l'a prononcée »¹⁰²⁹. Ces mesures ne sont donc pas des peines au sens strict, mais, accompagnant la peine, elles la font évoluer. Ces mesures ne doivent ainsi pas être rétroactives¹⁰³⁰. Elles apparaissent finalement comme une catégorie intermédiaire entre les peines et les mesures d'exécution ou d'application de la peine. Il y a donc finalement trois types de mesures¹⁰³¹ : les peines, incluses dans le champ de l'article 7 Conv. EDH, les mesures qui redéfinissent ou modifient la portée de la peine¹⁰³², également soumises aux garanties de l'article 7 et les modalités d'exécution et d'application de la peine, qui ne le sont pas. Finalement, si le critère de la nature et du but de la mesure n'a été suffisant pour emporter la conviction de la CEDH sur la qualification à donner, ou qu'elle souhaite confirmer son raisonnement, il reste à en étudier la gravité.

¹⁰²⁶ *Id.*

¹⁰²⁷ *Id.*

¹⁰²⁸ Dont l'objet était la limitation de l'exécution d'une peine obligatoire de réclusion criminelle à perpétuité à vingt ans d'emprisonnement.

¹⁰²⁹ CEDH, *Del Río Prada c. Espagne* [GC], n° 42750/09, 21 oct. 2013, par. 89.

¹⁰³⁰ *Id.*

¹⁰³¹ *Id.*; *Arrozpide Sarasola et a. c. Espagne*, nos 65101/16, 73789/16 et 73902/16, 23 oct. 2018, par. 121.

¹⁰³² Il s'agissait en l'espèce d'un revirement de jurisprudence du tribunal suprême espagnol concernant le calcul des remises de peine, ayant eu pour effet d'augmenter de presque 9 ans l'incarcération de la requérante. Voir not. E. BONIS-GARÇON et V. PELTIER, « A la recherche de la peine perdue dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. pén.* 2015.9, par. 9; CEDH, *Del Río Prada c. Espagne*, préc., note 1029, par. 10 à 22 pour un exposé plus détaillé des faits. La solution retenue en l'espèce par la CEDH apparaît toutefois critiquable, notamment en ce qu'elle complexifie sa jurisprudence alors qu'elle aurait pu aboutir à une conclusion identique par son raisonnement habituel sur les critères de la peine.

b. La gravité de la mesure

167. *La gravité de la mesure.* Le dernier critère d'analyse de la peine européenne est celui de la gravité de la mesure. Il s'agit du même critère que celui présenté pour la caractérisation d'une infraction au sens de l'article 6 Conv. EDH¹⁰³³. Ce critère est donc utilisé deux fois pour qualifier la peine et sera donc probablement souvent inutile dans la seconde étape de réflexion¹⁰³⁴. Pour la Cour européenne, la gravité de la peine n'est par ailleurs pas décisive. Les conséquences d'une mesure non pénale à caractère préventif peuvent en effet avoir un « impact substantiel » pour la personne à qui elle s'adresse¹⁰³⁵. Ainsi, une mesure peut apparaître sévère pour le justiciable sans pour autant être pénale. Néanmoins, un impact substantiel objectif sur la situation du condamné pourrait permettre de qualifier une peine au sens européen. Par exemple, il est possible de se demander si un tel élément n'a pas implicitement motivé le raisonnement étonnant de la Cour européenne dans la décision *Del rio Prada c. Espagne*¹⁰³⁶. Constatant l'impact substantiel objectif de la modification des remises de peine sur le quantum de la peine que s'attendait à exécuter la requérante, la Cour a pu considérer que cela constituait une mesure objective grave¹⁰³⁷. Dans le cas de la détention de sûreté ou détention préventive allemande, la CEDH ne manque pas de souligner la gravité particulière des mesures privatives de liberté à durée illimitée qui sont exécutées après une peine et qui peuvent être beaucoup plus longues que la peine d'emprisonnement¹⁰³⁸. Cela ne suffit toutefois pas à convaincre la CEDH que cette mesure est nécessairement une peine lorsqu'elle fait l'objet d'une prolongation¹⁰³⁹.

168. *Une appréciation globale multi-critères du caractère pénal d'une mesure.* Sur la base de différents critères d'inégale importance, qui permettent de mettre en avant la ressemblance ou la différence de certaines mesures à des peines, la Cour européenne justifie ou écarte la qualification de peine. L'assimilation des mesures non qualifiées de peines aux peines est donc le résultat d'une appréciation globale de leurs caractéristiques.

¹⁰³³ *Supra*, par. 152.

¹⁰³⁴ E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 96, p. 48.

¹⁰³⁵ CEDH, *Welsh c. Royaume-Uni*, préc., note 970, par. 32.

¹⁰³⁶ CEDH, *Del Río Prada c. Espagne*, préc., note 1029.

¹⁰³⁷ Tout en proposant un autre raisonnement, la CEDH a insisté sur la durée de privation supplémentaire que la requérante allait devoir subir en raison des changements intervenus dans le calcul des remises de peine. Il pourrait ainsi y avoir une assimilation de l'effet punitif au but punitif par l'intermédiaire du critère de la gravité de la sanction.

¹⁰³⁸ CEDH, *M. c. Allemagne*, préc., note 1003, par. 132.; *Glien v. Germany*, préc., note 1003 par. 129.

¹⁰³⁹ CEDH, *Bargmann v. Germany*, préc., note 1010, par. 179 et 180.

Malgré un agencement différent des critères dans les raisonnements de la CEDH et du Conseil constitutionnel, beaucoup de leurs éléments sont semblables. Notamment, le but punitif ou répressif de la mesure apparaît prépondérant pour la CEDH, à l'instar de la jurisprudence développée par le Conseil constitutionnel. Également, le fondement de la mesure, ses modalités, son processus d'adoption et d'exécution, son objet et sa durée sont autant d'indices qui permettent d'identifier la peine européenne. Plusieurs d'entre eux permettent aussi de caractériser la punition dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada.

Section 2. Les assimilations notionnelles des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions dans l'ordre juridique canadien

169. L'assimilation notionnelle des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions par les notions de procédure de nature criminelle et de véritable conséquence pénale. L'émergence notionnelle de la répression se manifeste dans la jurisprudence canadienne par une assimilation notionnelle de mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions, au moyen des notions de procédure de nature criminelle ou quasi-criminelle et de véritable conséquence pénale. L'article 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés* confère à « tout inculpé » un certain nombre de garanties juridiques, parmi lesquelles les droits de ne pas témoigner contre soi-même, d'être jugé dans un délai raisonnable, d'être présumé innocent ou encore de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction¹⁰⁴⁰. Selon la jurisprudence de la Cour suprême, le champ d'application de cet article s'étend au-delà des seules matières pénales, au regard de l'interprétation de la notion d'« inculpé ». Dans un premier temps, un inculpé est la personne « que l'état poursuit pour des infractions publiques comportant des sanctions punitives, c.-à-d. des infractions criminelles, quasi criminelles et de nature réglementaire, qu'elles aient été édictées par le gouvernement fédéral ou par les provinces »¹⁰⁴¹. Les personnes poursuivies pour les infractions criminelles et les infractions de droit pénal réglementaire sont donc des inculpés par nature¹⁰⁴². Mais, dans un second temps, un individu est aussi un inculpé lorsqu'il est poursuivi en vertu d'une infraction d'une autre nature, qu'elle soit civile,

¹⁰⁴⁰ Respectivement, par. b), c), d), et g) art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

¹⁰⁴¹ *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, par.16, motifs des juges Dickson (alors juge en chef), Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson et La Forest.

¹⁰⁴² *Id.*, par. 23.

administrative ou disciplinaire, dès lors que la procédure a les caractéristiques d'une poursuite pour une infraction de nature publique ou qu'elle peut entraîner « une véritable conséquence pénale »¹⁰⁴³. Ainsi, la recherche de la nature procédurale d'une affaire et du caractère pénal ou non pénal d'une « conséquence » sert à déterminer l'applicabilité de l'article 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés* aux mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions. L'assimilation des peines *stricto sensu* et de certaines mesures extra-pénales ou pénales aux fins d'application de l'article 11 de la Charte canadienne par les notions de procédure de nature criminelle (I) et de véritable conséquence pénale (II) rend leur étude nécessaire pour constater et comprendre l'émergence d'une notion unifiée de répression¹⁰⁴⁴.

I. La procédure de nature criminelle ou quasi-criminelle

170. *L'opposition entre les affaires de nature publique et les affaires privées, internes ou disciplinaires.* La nature procédurale d'une affaire s'étudie en premier lieu au regard de la dichotomie entre les affaires de nature publique et les affaires de nature privée, interne ou disciplinaire. Ces catégories, en principe fondées sur des caractéristiques substantielles¹⁰⁴⁵, se révèlent plutôt formelles et distinguent simplement les matières relevant du droit pénal, c'est-à-dire le droit criminel et le droit pénal réglementaire, des autres matières. Selon une approche *a priori* substantielle, les affaires de nature publique s'identifient de deux manières. D'une part, le caractère public de certaines infractions et la nature punitive de leurs sanctions sont pris en compte et d'autre part, les caractéristiques et le but de la procédure de sanction apparaissent primordiaux. Les « procédures engagées pour promouvoir l'ordre et le bien-être public dans une sphère d'activité publique » sont ainsi soumises par nature aux garanties de l'article 11 de la Charte canadienne¹⁰⁴⁶. Ainsi, les affaires de nature publique sont naturellement celles qui relèvent du droit criminel et du droit pénal réglementaire¹⁰⁴⁷. En revanche, les « affaires

¹⁰⁴³ *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, par. 19, motifs des juges Dickson (alors juge en chef), Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson et La Forest. *Id.*, par. 24. Ces principes ont été récemment réaffirmés dans plusieurs arrêts : *Guindon c. Canada*, préc., note 151, spéc. par. 41 et 44; *Canada (Procureur général) c. Whaling*, préc., note 173; *R. c. K.R.J.*, 173, par. 38.

¹⁰⁴⁴ Pour autant, l'application de ces notions par la Cour suprême démontre qu'il est en réalité très difficile d'admettre l'existence de la punition en dehors du droit pénal. Dans le même sens, A.-M. BOISVERT, préc., note 2, à la p. 200.

¹⁰⁴⁵ *R. c. Shubley*, préc., note 150, 18.

¹⁰⁴⁶ *Wigglesworth*, préc., note 150, par. 23.

¹⁰⁴⁷ *Wigglesworth*, préc., note 1041, par. 16 et par. 23 : « toutes les poursuites relatives à des infractions criminelles aux termes du Code criminel et à des infractions quasi criminelles que prévoient les lois

privées, internes ou disciplinaires » sont, quant à elles, « de nature réglementaire, protectrice ou corrective » et sont « principalement destinées à maintenir la discipline, l'intégrité professionnelle ainsi que certaines normes professionnelles, ou à réglementer la conduite dans une sphère d'activité privée et limitée »¹⁰⁴⁸. En ce sens, les procédures administratives ou les sanctions qui peuvent être prononcées à la suite d'un recours civil ne relèvent pas automatiquement de l'article 11 de la Charte canadienne¹⁰⁴⁹. Par exemple, les « procédures engagées pour déterminer l'aptitude à obtenir ou à conserver un permis » ne sont pas des procédures criminelles par nature et l'article 11 de la Charte n'est pas destiné à s'y appliquer¹⁰⁵⁰. La Cour suprême a toutefois développé des critères matériels plus précis¹⁰⁵¹ permettant de déterminer la nature procédurale d'une affaire au-delà de sa qualification formelle et d'appliquer le cas échéant les garanties de l'article 11 de la Charte canadienne.

171. *Les critères déterminant la nature procédurale d'une affaire.* Ne souhaitant pas s'en tenir à une analyse purement catégorielle, la Cour suprême considère que l'applicabilité de l'article 11 de la Charte doit être étudiée à l'aune de « principes généraux »¹⁰⁵² relatifs à l'étude du but de la loi, du processus de sanction et du but de la sanction. La nature procédurale d'une affaire, au regard de ces principes, doit correspondre à sa nature catégorielle pour exclure l'applicabilité de l'article 11 de la Charte canadienne. Ainsi, la conduite d'une affaire *a priori* privée, disciplinaire ou interne, par une procédure qui se révèle criminelle, permet d'attribuer à la personne poursuivie la qualité d'inculpé, bénéficiant ainsi de la protection de l'article 11 de la Charte canadienne. D'après les principes dégagés par la Cour suprême, la nature procédurale d'une affaire se détermine par trois critères (A) dont ne fait pas partie le comportement à l'origine de la poursuite (B).

provinciales sont automatiquement assujetties à l'art. 11. C'est le genre même d'infractions auxquelles l'art. 11 était destiné à s'appliquer ». Sur l'application au cas d'espèce, par. 26.

¹⁰⁴⁸ *Id.*, par. 23.

¹⁰⁴⁹ La Cour suprême précise ainsi que « les procédures de nature administrative engagées pour protéger le public conformément à la politique générale d'une loi ne sont pas non plus le genre de procédures relatives à une "infraction", auxquelles s'applique l'art. 11 » : *Id.*, par. 23.

¹⁰⁵⁰ *Id.*, par. 23.

¹⁰⁵¹ *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 151, par. 24.

¹⁰⁵² *R. c. Shubley*, préc., note 150, 18.

A. L'indifférence du critère du comportement

172. Le comportement à l'origine de la poursuite est indifférent pour qualifier la nature procédurale d'une affaire, tant du point de vue de son élément matériel (1) que de son élément moral (2).

1. L'indifférence de l'élément matériel du comportement sanctionné

173. *L'indifférence de l'acte.* L'acte à l'origine de la poursuite n'a pas d'influence sur la qualification de la nature procédurale de l'affaire¹⁰⁵³. L'identité matérielle de faits entre une infraction pénale et un manquement extra-pénal n'est pas un indice de la nature criminelle de la poursuite. Le fait qu'un seul et même acte puisse faire l'objet tant d'une poursuite disciplinaire que d'une poursuite criminelle ne permet pas de considérer que la procédure disciplinaire est de nature criminelle ou quasi-criminelle¹⁰⁵⁴. La composante morale du comportement est également indifférente pour déterminer la nature procédurale de l'affaire.

2. L'indifférence de l'élément moral du comportement sanctionné

174. *L'indifférence du degré de mens rea.* L'exigence d'un élément moral comme composante du manquement poursuivi, fût-il élevé, n'est pas en soit un élément qui caractérise la nature criminelle de l'affaire. Peu importe que la conduite coupable soit définie sur le plan moral par l'existence d'un degré de *mens rea* qui correspond à l'un de ceux du droit criminel. Cette exigence démontre seulement la volonté de sanctionner une conduite grave et non une simple négligence, dans le but de dissuader la commission de faute lourde ou d'un acte encore plus grave¹⁰⁵⁵. Ainsi, comme l'élément matériel de la conduite sanctionnée, le degré de *mens rea* exigé au titre de l'élément moral n'est pas un critère pour déterminer la nature procédurale d'une affaire. Éléments matériel et moral du comportement ne sont donc pas des critères d'assimilation des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions. Rejetant tout intérêt pour le comportement à l'origine de la poursuite dans la qualification de la nature procédurale d'une affaire, la Cour suprême doit utiliser d'autres critères.

¹⁰⁵³ *Id.*, p.18 à 20.

¹⁰⁵⁴ *Id.*, p.18 à 20; *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 151, par. 30-31.

¹⁰⁵⁵ *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 58, 61, 62 et 71 C'est pourquoi, « la possibilité d'invoquer la diligence raisonnable en défense ou l'exigence d'un élément moral n'enlève rien à la nature administrative de la sanction » : *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 72.

B. Les critères de qualification de la nature procédurale

175. *Les trois critères de la nature procédurale d'une affaire.* La Cour suprême a proposé trois critères pour déterminer la nature procédurale d'une affaire : les objectifs de la loi (1), le but visé par la sanction (2) et le processus menant à la sanction (3)¹⁰⁵⁶.

1. Les objectifs de la loi

176. *L'opposition entre les objectifs de réglementation et de contrôle d'activités particulières et le but général de protection de la société.* Le critère des objectifs de la loi fait l'objet d'une double analyse. Les juges s'interrogent d'abord de manière globale sur les objectifs de la loi dont les dispositions sont contestées et ensuite, le cas échéant, plus particulièrement sur l'objectif des dispositions qui fondent la poursuite. La Cour suprême n'a pas établi de liste d'objectifs de nature pénale et de nature non pénale. L'analyse de sa jurisprudence¹⁰⁵⁷ permet de comprendre que les juges opposent généralement les objectifs de réglementation et de contrôle de certaines activités particulières et le but plus général de protéger la société contre un comportement qui atteint une valeur fondamentale. Par exemple, il a été jugé que la poursuite pour production de faux énoncés en contravention à l'article 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* était de nature administrative, son « but ultime étant l'obtention de recettes par l'État »¹⁰⁵⁸. Le régime législatif et la disposition en cause ont pour objectif de « promouvoir l'honnêteté des spécialistes en déclarations et de les dissuader de commettre une faute lourde ou un acte encore plus grave, ce qui est essentiel dans le cadre d'un système d'autocotisation »¹⁰⁵⁹ et non pas d'amener la personne « à rendre compte à la société » d'une conduite « contraire à l'intérêt public »¹⁰⁶⁰. Ce dernier argument fait écho à la jurisprudence française sur la distinction entre moralisation de la profession et punition du professionnel¹⁰⁶¹. En outre, la présence de mécanismes pénaux de sanctions

¹⁰⁵⁶ *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 151, par. 24.

¹⁰⁵⁷ Voir par exemple, *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 151, pour une application en matière douanière s'agissant de la procédure de confiscation compensatoire des articles 124 à 126 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.) (ci-après L.d.); *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, préc., note 151, en matière de réglementation de la conduite automobile, s'agissant du régime d'interdiction automatique de conduire de la Colombie Britannique; *R. c. Shubley*, préc., note 150, en matière disciplinaire carcérale, pour une sanction consistant en un isolement cellulaire de 5 jours et un régime alimentaire réduit. Dans aucun de ces cas la procédure n'a pas été qualifiée de procédure criminelle, ni la sanction considérée comme une véritable conséquence pénale.

¹⁰⁵⁸ *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 54.

¹⁰⁵⁹ *Id.*, par. 62.

¹⁰⁶⁰ *Id.*, par. 45. Élément distinctif de la procédure criminelle établi dans *R. c. Shubley*, préc., note 150, 120.

¹⁰⁶¹ *Supra*, par. 142.

dans la loi est indifférente à la définition de ses objectifs et ne permet pas de changer la nature des poursuites prises sur le fondement des mécanismes non pénaux¹⁰⁶². Il est intéressant de noter que la Cour suprême pose ici un critère de qualification finaliste qui met l'accent sur la généralité ou la particularité matérielle et personnelle de la norme¹⁰⁶³ pour en déterminer la nature réelle, à l'instar de ce que peut faire la CEDH¹⁰⁶⁴. C'est également la finalité du dispositif qui est mis en avant par le second critère, mais du point de vue de la sanction.

2. Le but de la sanction

177. *L'opposition entre le but punitif d'une sanction et l'effet punitif des moyens d'assurer l'efficacité d'une loi.* La nature criminelle d'une procédure peut se révéler si la sanction infligée à la suite d'une procédure extra-pénale poursuit un but ou un objet punitif. À ce titre, la Cour suprême distingue entre l'objet de la sanction et son effet. Ainsi, le seul effet punitif d'une mesure est insuffisant si son objet n'est pas punitif en lui-même¹⁰⁶⁵. Selon la jurisprudence de la Cour suprême, une sanction a un objet punitif lorsque la loi prévoit qu'elle s'applique selon l'objectif et les principes de détermination de la peine en droit criminel¹⁰⁶⁶. Par exemple, dans la décision *Martineau*, la confiscation

¹⁰⁶² Au regard de ce critère, il a peu de chance qu'une procédure non pénale soit qualifiée de procédure de nature criminelle ou quasi-criminelle. Les objectifs d'une loi non pénale ne sont pas manifestement et directement tournés vers la protection des intérêts généraux de la société de la même façon que les lois pénales.

¹⁰⁶³ En ce sens, la Cour suprême juge que les procédures engagées devant le tribunal du service de la Gendarmerie royale du Canada (G.R.C.) sur le fondement du *Code de discipline* de la G.R.C. ne sont pas criminelles ou quasi-criminelles au sens de l'article 11 de la Charte canadienne car ce Code est « conçu pour réglementer la conduite dans une sphère d'activité limitée et privée, c.-à-d. la conduite relative à la position d'une personne à titre de membre de la G.R.C » : *Wigglesworth*, préc., note 150, par. 26.

¹⁰⁶⁴ *Supra*, par. 151.

¹⁰⁶⁵ *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 151, par. 37. Contrairement à ce que laisse entendre la formulation des juges Rothstein et Cromwell dans l'affaire *Guindon* : « Une sanction pécuniaire peut ou non constituer une véritable conséquence pénale. C'est le cas lorsque, par son objet ou son effet, elle est punitive ». L'effet punitif est toutefois effectivement pris en compte lorsqu'il s'agit d'une mesure pénale donc il est question de savoir si c'est une peine, *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 76.

¹⁰⁶⁶ *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 151, par. 39. L'article 718 C.cr. énumère les objectifs de dénonciation du comportement (a), de dissuasion générale et spéciale (b), d'isolement (c), de réinsertion sociale (d), de réparation des torts causés à la société et à la victime et enfin de conscientisation (e) et les articles 718.1 et 718.2 C.cr. précisent les principes de détermination de la peine dont le principe de proportionnalité de la peine à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Les pouvoirs du juge en matière de détermination de la sanction étaient également un élément d'analyse de la matière pénale pour la CEDH : *supra*, par. 158.

compensatoire prise sur le fondement de la *Loi sur les douanes* n'a ainsi pas d'objet punitif¹⁰⁶⁷ et son effet dissuasif est indifférent.

178. *L'insuffisance de l'effet dissuasif d'une sanction.* L'effet dissuasif d'une sanction ne permet pas de caractériser la nature d'une procédure, car il inhérent à tout mécanisme de sanctions. Le but d'une sanction est toujours de renforcer l'application d'une norme en décourageant les manquements à celle-ci, peu importe qu'elle soit pénale, administrative, civile ou disciplinaire¹⁰⁶⁸. Par exemple, la confiscation dans le cadre de la *Loi sur les douanes* n'a pas d'objet punitif mais peut avoir un effet dissuasif parce qu'elle tend à assurer « le respect de la LD en dotant les agents des douanes de moyens rapides et efficaces d'en assurer l'application »¹⁰⁶⁹. Ce sont donc finalement des éléments du régime de la sanction, à savoir les objectifs et principes guidant sa détermination, qui permettent d'établir son but. Après le recours à des critères finalistes, la Cour suprême utilise un critère à la fois procédural et organique pour déterminer la nature de la procédure.

3. Le processus menant à la sanction

179. *Le caractère stigmatisant du processus de nature criminelle.* Selon la Cour suprême, plusieurs éléments caractérisent un processus de nature criminelle. Ces éléments révèlent une stigmatisation particulière de la personne, résultant d'actes juridiques comme l'arrestation, l'inculpation, la détention, la comparution devant une cour de juridiction pénale ou encore l'existence d'un casier judiciaire aux termes de la condamnation¹⁰⁷⁰. Une procédure criminelle utilise en conséquence des termes spécifiques comme « culpabilité », « acquittement », « acte d'accusation », « déclaration de culpabilité par procédure sommaire », « poursuivant » et « accusé », qui peuvent constituer des indices utiles¹⁰⁷¹. En l'absence de ces actes, ou de ces éléments de langage,

¹⁰⁶⁷ *Id.*, par. 39. Le même raisonnement a été tenu pour les pénalités administratives dans le cadre de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (*Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 76) pour les interdictions de conduire et sanctions pécuniaires du régime d'interdiction automatique de conduire de la Colombie Britannique (*Goodwin c. Colombie Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, préc., note 151, par. 43).

¹⁰⁶⁸ *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 151, par. 38.

¹⁰⁶⁹ *Id.*, par. 36. Dans le même sens : *Guindon c. Canada*, préc., note, par. 151.

¹⁰⁷⁰ *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 151, par. 45. Il en fut décidé ainsi dans les différents exemples précédemment donnés : la confiscation compensatoire de la *Loi sur les douanes* (*Martineau c. M.R.N.*, préc., note 151), les pénalités administratives de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (*Guindon c. Canada*, préc., note 151) et la suspension automatique de permis et les sanctions pécuniaires du RIAC (*Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, préc., note 151).

¹⁰⁷¹ *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 63.

dans le processus qui mène à la sanction, la procédure ne prendra pas une qualification criminelle. La protection accordée par l'article 11 de la Charte canadienne n'apparaît pas nécessaire pour les procédures qui ne sont pas considérées comme stigmatisantes. Par ce critère procédural et organique, l'analyse est plutôt formelle.

180. Si les dispositions contestées ne sont pas incluses dans une loi dont les objectifs sont de protéger la société dans son ensemble contre un comportement contraire à l'intérêt public, que la sanction n'est pas instituée dans un but punitif ou qu'elle n'est pas appliquée à la suite d'un processus révélant une stigmatisation particulière, la procédure n'est pas de nature criminelle et la personne poursuivie n'est pas un inculpé au sens de l'article 11 de la Charte canadienne. Néanmoins, la Cour suprême n'arrête pas son analyse du champ d'application de l'article 11 de la Charte à la seule nature procédurale de l'affaire¹⁰⁷². Elle vérifie également que la sanction instituée ne peut pas être assimilée à une peine. La notion de véritable conséquence pénale est ainsi une seconde possibilité d'assimilation des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions.

II. La véritable conséquence pénale

181. L'émergence d'une notion unifiée de répression en droit canadien se manifeste par la notion de véritable conséquence pénale en ce qu'elle permet l'assimilation notionnelle de certains mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions. La Cour suprême fixe le point de départ de la définition de la véritable conséquence pénale dans la décision *Wigglesworth*¹⁰⁷³. Elle en retient alors une conception restreinte (A). Dans les décisions *Rodgers*, *Whaling*, *K.R.J.*, et *Boudreault*¹⁰⁷⁴, plus récentes, elle s'est montrée ouverte à une conception large de la peine au sens des articles 11 et 12 de la Charte canadienne conduisant à un élargissement de la définition de la véritable conséquence pénale (B).

¹⁰⁷² *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, par. 24 et 27.

¹⁰⁷³ *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150.

¹⁰⁷⁴ *R. c. Rodgers*, préc., note 173; *Canada (Procureur général) c. Whaling*, préc., note 173; *R. c. K.R.J.*, préc., note 173; *R. c. Boudreault*, préc., note 173.

A. La définition classique de la véritable conséquence pénale

182. Les deux formes de véritable conséquence pénale dans la définition classique.

Selon l'arrêt *Wigglesworth* la véritable conséquence pénale s'entend « de la peine d'emprisonnement ou de l'amende qui, par son importance semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que pour maintenir la discipline à l'intérieur d'une sphère d'activité limitée »¹⁰⁷⁵. Alors que la première sanction semble toujours constituer une véritable conséquence pénale (1), la seconde en est une de façon conditionnée (2).

1. L'emprisonnement comme véritable conséquence pénale inconditionnelle

183. L'emprisonnement, véritable conséquence pénale par nature. En l'absence de conditions relatives à la qualification de l'emprisonnement comme véritable conséquence pénale dans les motifs de la Cour suprême, il apparaît toujours en être une¹⁰⁷⁶. Il suffit que l'emprisonnement soit encouru par la personne poursuivie pour qu'elle soit qualifiée d'"inculpé" et bénéficie de la protection de l'article 11 de la Charte, peu importe la nature de la procédure¹⁰⁷⁷. La sanction effectivement prononcée est indifférente¹⁰⁷⁸. Aucune durée minimale d'emprisonnement n'est requise pour qu'il soit qualifié de véritable conséquence pénale. Enfin, la Cour suprême vise expressément l'emprisonnement. Il faut donc distinguer entre la privation de liberté qualifiée d'emprisonnement et les autres privations de liberté, qui ne sont donc pas de véritables conséquences pénales. Par exemple, la sanction d'emprisonnement pour outrage au tribunal civil¹⁰⁷⁹ pourrait être qualifiée de véritable conséquence pénale mais pas la détention administrative d'un étranger, non qualifiée d'emprisonnement. Ces éléments révèlent que la notion de véritable conséquence pénale tend à identifier la nature de la sanction tant par son objet que par sa qualification. La privation de liberté qualifiée d'emprisonnement est ainsi par nature une véritable conséquence pénale. En revanche, l'amende n'en est une que « si son « objet ou son effet » est punitif »¹⁰⁸⁰. La Cour suprême intègre donc également dans sa réflexion la question de la gravité quantitative de la mesure.

¹⁰⁷⁵ *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, par. 24.

¹⁰⁷⁶ *Id.*, par. 24 et 26.

¹⁰⁷⁷ *Id.*; *R. c. Shubley*, préc., note 150.

¹⁰⁷⁸ *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, par. 24 et 26. Confirmé par *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 75.

¹⁰⁷⁹ Articles 57 à 62 du *Code de procédure civile* (chapitre C-25.01). (2014, c. 1, a. 833). 2014, c. 1, a. 833.

¹⁰⁸⁰ *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 76.

2. L'amende comme véritable conséquence pénale conditionnée

184. *L'opposition entre l'amende infligée dans le but de réparer le tort causé à la société et dans le but d'assurer l'observation de la loi.* L'amende n'est une véritable conséquence pénale que si son montant et d'autres éléments démontrent qu'elle est infligée dans le but de réparer un tort causé à la société en général plutôt que d'assurer l'observation de la loi¹⁰⁸¹. Doivent ainsi être pris en compte le « montant de l'amende, son destinataire, le fait que son importance tient à des considérations réglementaires plutôt qu'à des principes de détermination de la peine en matière criminelle, et le fait que la sanction stigmatise ou non »¹⁰⁸². Le *quantum* de l'amende a une influence limitée. Il faudrait que le montant en cause soit « disproportionné à celui qui permet d'atteindre les objectifs de la réglementation » pour révéler la nature pénale de la sanction¹⁰⁸³. Ainsi, le montant très élevé d'une amende n'est pas significatif¹⁰⁸⁴, dès lors qu'il peut être justifié par la nécessité de garantir l'efficacité du système réglementaire et de dissuader les manquements à la réglementation¹⁰⁸⁵. Afin de se faire une idée de l'objectif de l'amende, au regard de son montant, elle peut être comparée à l'amende pénale pour le même comportement, selon une double référence : dans le cas d'une poursuite par voie sommaire et d'une poursuite par voie de mise en accusation si elle existe¹⁰⁸⁶. La supériorité de l'amende administrative par rapport à l'amende pénale ne sera un argument favorable à la qualification pénale que si elle existe pour toutes les voies de poursuites pénales et pas uniquement pour la poursuite par voie sommaire¹⁰⁸⁷. En application de ces critères, ni la pénalité maximale encourue par l'auteur d'un faux énoncé sur le fondement de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, soit 100 000 \$ plus sa rétribution brute pour cet énoncé, ni la peine prononcée de 546 747 \$ pour plusieurs faux énoncés, ne sont de véritables conséquences pénales. En effet, la Cour considère que l'importance de ces montants est corrélée à l'objectif de dissuasion et de promotion de l'observation du régime de l'impôt.

¹⁰⁸¹ *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, par. 24.

¹⁰⁸² *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 76.

¹⁰⁸³ *Id.*, par. 77.

¹⁰⁸⁴ Dans *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, par. 60 et suivant, la Cour tout faisant de l'importance de l'amende un indice pour dire si le but de la sanction est la réparation du tort causé à la société, distingue ensuite les deux éléments pour faire du second une analyse des éléments du processus menant à la sanction. Cela n'est pas sans rappeler certains critères de la détermination de la nature procédurale de l'affaire. La Cour essaye donc d'établir différents critères dans son raisonnement sur l'applicabilité de l'article 11h) mais elle semble tourner en rond.

¹⁰⁸⁵ *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 151, par. 60.

¹⁰⁸⁶ *Id.*, par. 62.

¹⁰⁸⁷ *Id.* Ce raisonnement apparaît discutable : la protection dans une poursuite pénale sera plus grande pour une amende moins élevée en procédure par voie sommaire que pour une procédure administrative avec une sanction au montant très élevé.

Son montant est calculé selon l'article 163.2(5) relativement à « l'importance de l'impôt susceptible d'être évité et du gain personnel obtenu par le contrevenant, les deux devant être pris en compte pour décourager un tel acte fautif »¹⁰⁸⁸. La Cour précise en outre que « le montant de la pénalité est fixé sans égard aux principes généraux de détermination de la peine en matière criminelle et il n'en résulte aucune stigmatisation comparable à celle découlant d'une déclaration de culpabilité au pénal »¹⁰⁸⁹. Elle écarte ainsi la réprobation et la punition du contrevenant pour un tort causé à la société des objectifs poursuivis pour une pénalité d'un tel montant¹⁰⁹⁰. La notion de véritable conséquence pénale est donc faite de critères multiples, tenant à l'objet de la sanction, à son *quantum* selon un principe de proportionnalité, à ses règles de détermination et à ses conséquences stigmatisantes. Par la suite, souhaitant établir la juste étendue de la notion de peine dans le cadre de l'article 11 de la Charte canadienne, la Cour suprême en a proposé une interprétation assouplie relativement à la notion de véritable conséquence pénale.

B. L'élargissement de la notion de véritable conséquence pénale par la peine

185. Les conceptions élargies de la véritable conséquence pénale par l'interprétation de la notion de peine permettent l'assimilation notionnelle de mesures pénales, qui ne sont pas expressément qualifiées de peines par le législateur, aux peines.

186. *La conception de la peine proposée par l'arrêt Rodgers*¹⁰⁹¹. Dans l'arrêt *Rodgers*, les juges proposent une interprétation large de la notion de peine aux fins d'application de l'article 11 de la Charte canadienne à un contexte pénal¹⁰⁹². En raison de

¹⁰⁸⁸ *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 84.

¹⁰⁸⁹ *Id.*

¹⁰⁹⁰ De la même façon, une confiscation compensatoire de 315 458 \$ exigé en vertu de l'art. 124 de la L.d. est une sanction dont le but est de maintenir l'efficacité des exigences douanières, même s'il est supérieur à l'amende encourue pour une poursuite par voie sommaire. En effet, cela reste inférieur à l'amende maximale de 500 000 \$ (al. 160b) de la L.d.) encourue lors d'une poursuite par voie de mise en accusation. La confiscation compensatoire, « de nature civile et purement économique », est établie « par un simple calcul mathématique » relativement à la valeur estimée des biens confisqués. Les principes de détermination de la peine sont indifférents. La culpabilité ou l'innocence du propriétaire des biens confisqués n'entre pas en ligne de compte : *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 151, par. 62 et 63. Aucun stigmate ne résulte de ses modalités ou sa procédure (une réclamation par avis écrit, l'absence de casier judiciaire...). C'est pourquoi les juges concluent que l'avis de confiscation compensatoire « n'a pas pour but de punir le contrevenant ou de susciter la réprobation sociale » et que par conséquent, il « n'a ni l'apparence ni les caractéristiques distinctives de la « réparation d'un tort causé à la société » » : *Id.*, par. 64. La confiscation compensatoire n'est donc pas une véritable conséquence pénale.

¹⁰⁹¹ *R. c. Rodgers*, préc., note 173.

¹⁰⁹² *Id.*, par. 60 et 61.

l'interprétation libérale et téléologique de la Charte¹⁰⁹³, la peine, dans le *Code criminel*, ne s'entend pas uniquement de l'emprisonnement et de l'amende substantielle, mais des « sanctions pouvant être infligées lors de la détermination de la peine »¹⁰⁹⁴, comme une probation ou une amende d'un faible montant. Les juges encadrent néanmoins leur proposition en précisant que la « peine » à laquelle renvoie les paragraphes h) et i) de l'article 11 de la Charte¹⁰⁹⁵ n' « englobe [pas] nécessairement toute conséquence pouvant découler du fait d'être déclaré coupable d'une infraction criminelle, que cette conséquence survienne ou non au moment de la détermination de la peine »¹⁰⁹⁶. La Cour suprême n'a pas voulu affirmer de manière abstraite que toutes les options offertes aux juges lors de la détermination de la peine sont automatiquement des peines au sens de l'article 11 h). Finalement, elle propose une double condition : « la conséquence constitue une peine lorsqu'elle fait partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et qu'elle est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine »¹⁰⁹⁷. Il eût été en effet étrange de limiter la notion de peine à l'emprisonnement et à l'amende d'un montant particulièrement élevé dans le contexte criminel au regard de la diversité des peines établies par le *Code criminel*. Le sens proposé est donc conforme à une interprétation croisée de la Charte canadienne et du *Code criminel*. Il s'agit de donner à la notion de peine sa juste étendue dans le cadre du critère de la véritable conséquence pénale, qui avait auparavant été principalement défini dans des contextes extra-pénaux. Cette définition s'est cependant révélée inapplicable à certaines situations¹⁰⁹⁸, rendant nécessaire l'analyse de la peine d'une autre façon.

187. Une nouvelle façon d'analyser la peine dans l'arrêt Whaling¹⁰⁹⁹. Dans la décision *Canada (Procureur général) c. Whaling*, la Cour suprême analyse la notion de punition de l'article 11 h) relativement à une loi qui supprime la possibilité de demander une semi-liberté. Elle réitère les critères préalablement exposés, mais ouvre aussi la voie à la reconnaissance d'une nouvelle forme de peine au titre de la véritable conséquence

¹⁰⁹³ *Id.*, par. 61.

¹⁰⁹⁴ *Id.*, par. 62.

¹⁰⁹⁵ La Cour suprême confirmera ultérieurement l'interprétation identique de la notion de peine au sens des paragraphes h) et i) de l'article 11 de la Charte canadienne, les deux dispositions ayant pour objectif de garantir le caractère équitable de la peine : *K.R.J.*, préc., note 173, par. 39.

¹⁰⁹⁶ *Id.*, par. 63.

¹⁰⁹⁷ *Id.*, par. 63.

¹⁰⁹⁸ *Canada (Procureur général) c. Whaling*, préc., note 173, par. 50.

¹⁰⁹⁹ *Canada (Procureur général) c. Whaling*, préc., note 173, par. 54.

pénale¹¹⁰⁰. Elle y considère que « des changements apportés rétrospectivement aux conditions de la sanction originale ayant pour effet d'aggraver la peine du délinquant (être "puni de nouveau") » peut constituer une seconde punition¹¹⁰¹. L'atteinte aux attentes légitimes de liberté, par la prolongation automatique de l'incarcération, engendre une « peine » supplémentaire¹¹⁰². La gravité des conséquences de la mesure sert ici de guide à la détermination de la notion de peine¹¹⁰³. La Cour suprême reconnaît de surcroît l'effet punitif de l'augmentation du temps d'épreuve avant la libération conditionnelle¹¹⁰⁴. Lorsque la Cour suprême propose dans des décisions ultérieures d'ajouter un critère alternatif de définition de la peine, elle procède à un nouvel élargissement de la notion, également fondé sur la gravité des conséquences de la mesure contestée.

188. L'élargissement de la notion de peine par les arrêts *R. c. K.R.J.*¹¹⁰⁵ et *R. c. Boudreault*¹¹⁰⁶. L'analyse de la peine telle que proposée dans les décisions *Rodgers* et *Whaling*, a été récemment confirmée et précisée. Dernièrement, l'arrêt *Boudreault* conforte et applique une conception élargie de la peine, proposée dans la décision *K.R.J.*¹¹⁰⁷ : elle est une mesure de l'État qui, prise en conséquence d'une déclaration de culpabilité, et faisant partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée, est conforme à l'objectif et aux principes de détermination de la peine ou a une grande incidence sur le droit du contrevenant à la liberté ou la sécurité¹¹⁰⁸. Le critère de l'incidence sur le droit du contrevenant à la liberté ou la sécurité ainsi exprimé est nouveau. Il est intéressant car il est alternatif au critère de la conformité à l'objectif et aux principes de détermination de la peine. Il permet soit de confirmer la qualification de

¹¹⁰⁰ Les notions de peine et de véritable conséquence pénale sont parfois utilisées l'une pour l'autre aux fins d'application de l'article 11 de la Charte canadienne : *Canada (Procureur général) c. Whaling*, préc., note 173, par. 46; *Rodgers*, préc., note 173 par. 48; *Boudreault*, préc., note 173, par. 38. La jurisprudence semble toutefois limiter les interprétations élargies de la peine aux seules mesures pénales : *R. c. Rodgers*, préc., note 173, par. 61; *R. c. K.R.J.*, préc., note 173, par. 38.

¹¹⁰¹ Cette décision a été prise dans le contexte du paragraphe h) de l'article 11 de la Charte aux fins d'interprétation de l'expression « être puni de nouveau » et la Cour suprême emploie le terme de punition et non de peine, mais les deux termes sont compris comme des synonymes par la jurisprudence : *R. c. Rodgers*, préc., note 173, par. 62.

¹¹⁰² *Canada (Procureur général) c. Whaling*, préc., note 173, par. 60.

¹¹⁰³ *Id.*, par. 59, 60 et 62.

¹¹⁰⁴ *Id.*, par. 61 et 62.

¹¹⁰⁵ *R. c. K.R.J.*, préc., note 173.

¹¹⁰⁶ *R. c. Boudreault*, préc., note 173.

¹¹⁰⁷ *R. c. K.R.J.*, préc., note 173, par. 41.

¹¹⁰⁸ *R. c. Boudreault*, préc., note 173, par. 39. *R. c. K.R.J.*, préc., note 173, par. 41. L'analyse a été effectuée dans le cadre de l'article 12 de la Charte canadienne dans l'affaire *Boudreault* et dans le cadre de l'article 11 de la Charte dans l'affaire *K.R.J.* mais la notion de peine doit « recevoir la même acception aux articles 11 et 12 de la Charte » : *R. c. Boudreault*, préc., note 173, par. 38.

véritable conséquence pénale octroyée sur la base des autres critères, soit de l'attribuer à des mesures qui ne remplissent pas le critère relatif à l'objectif et aux principes de détermination de la peine. Par exemple, l'ordonnance d'interdiction de se livrer à différentes activités quotidiennes après un retour en liberté à la suite d'une condamnation pour une infraction sexuelle énumérée dans le *Code criminel*, perpétrée à l'égard de mineurs de 16 ans, est une peine¹¹⁰⁹. En effet, il s'agit d'une sanction dont est passible le contrevenant pour une infraction donnée après avoir été déclarée coupable¹¹¹⁰. Elle est conforme aux objectifs de la peine : protéger les enfants, isoler le contrevenant du reste de la société et faciliter sa réinsertion¹¹¹¹. Le pouvoir discrétionnaire du juge dans le choix d'imposer la mesure et des modalités d'exécution permet la conformité de la sanction aux principes de détermination de la peine¹¹¹². Enfin, elle entraîne une grande incidence sur les droits constitutionnels du contrevenant en raison de la stigmatisation sociale, du contrôle de ses allées et venues, de la limitation de ses interactions sociales dans les lieux privés et publics, de la limitation de ses possibilités d'emploi et de l'interdiction d'utiliser internet, dont l'importance quotidienne est aujourd'hui très grande¹¹¹³. En revanche, l'ordonnance de prélèvement d'ADN n'est pas une peine car elle est exclusivement non punitive : elle permet seulement de faciliter les éventuelles futures enquêtes criminelles, ne poursuit aucun des objectifs de la peine et n'a pas d'incidence sur les droits à la liberté et à la sécurité du contrevenant¹¹¹⁴. En outre, la suramende compensatoire obligatoire de l'article 737 du *Code criminel* dans sa version en vigueur au moment des faits est également une peine¹¹¹⁵. Elle découle automatiquement d'une déclaration de culpabilité et reçoit la qualification de peine directement du législateur¹¹¹⁶. Elle vise l'éveil de la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants et du tort qu'ils ont causé, participant ainsi à la réalisation de l'objectif du prononcé de la peine¹¹¹⁷. La suramende compensatoire a de plus une grande incidence « sur la liberté, la sécurité, l'égalité et la dignité des personnes assujetties à son application »¹¹¹⁸. La définition ainsi adoptée de la peine permet d'assimiler certains mécanismes pénaux de sanctions non qualifiées de

¹¹⁰⁹ *R. c. K.R.J.*, préc., note 173, par. 49.

¹¹¹⁰ *Id.*, par. 50.

¹¹¹¹ *Id.*, par. 51 et 52.

¹¹¹² *Id.*

¹¹¹³ *Id.*, par. 51 et 54.

¹¹¹⁴ *Id.*, par. 53.

¹¹¹⁵ *R. c. Boudreault*, préc., note 173, par. 36, 37, 44.

¹¹¹⁶ *Id.*, par. 40 et 41.

¹¹¹⁷ *Id.*, par. 42.

¹¹¹⁸ *Id.*, par. 43 et par. 65-79.

peines aux peines, aux fins d'application de l'article 11 de la Charte canadienne. Même si ses critères sont établis pour l'analyse de mesures pénales¹¹¹⁹, ils pourraient à terme entraîner l'adoption d'une conception élargie de la notion de véritable conséquence pénale dans un contexte extra-pénal. L'assimilation des sanctions pénales et extra-pénales se limite pour le moment à l'emprisonnement et l'amende dans des conditions restrictives, mais témoigne déjà de l'émergence d'une notion unifiée de répression.

189. *Bilan sur les critères de la nature pénale d'une procédure et de la nature d'une sanction.* La Cour suprême du Canada recourt donc à plusieurs types de critères pour déterminer la nature pénale de la procédure ou de la conséquence d'un mécanisme pénal ou extra-pénal de sanctions. Pour la procédure, elle s'attache aux objectifs de la loi contenant la disposition contestée et analyse notamment pour cela le champ matériel et personnel d'application de la norme. Plus la norme est générale plus elle tend à être de nature pénale. Elle étudie également le but de la sanction, laquelle doit avoir un objet punitif et non pas uniquement un effet punitif¹¹²⁰. L'objet punitif de la sanction se déduit du respect de l'objectif du prononcé des peines, à savoir protéger la société en infligeant des peines justes visant un ou plusieurs objectifs tels que la dénonciation du comportement, la dissuasion générale et spéciale, l'isolement, la réinsertion sociale, la réparation des torts causés à la société et à la victime et enfin la prise de conscience des responsabilités¹¹²¹. Le seul effet dissuasif de la sanction n'est en revanche pas suffisant. Il se déduit également de l'application des principes de détermination de la peine, dont le principe fondamental de la proportionnalité de la peine à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant¹¹²². Elle cherche enfin à déterminer le degré de stigmatisation provoqué par le processus menant à la sanction. Plus il est proche du processus criminel ou quasi-criminel de poursuites et de sanctions par ses actes plus il peut y être assimilé. Pour la sanction, la Cour suprême prend en compte l'objet de la sanction et sa qualification, particulièrement la privation de liberté par un emprisonnement et la privation pécuniaire par l'imposition d'une amende dans les contextes extra-pénaux. Elle y ajoute une analyse par plusieurs critères de la gravité de la

¹¹¹⁹ La jurisprudence semble préférer limiter l'application des interprétations élargies de la peine aux seules mesures pénales : *R. c. Rodgers*, préc., note 173, par. 61; *R. c. K.R.J.*, préc., note 173, par. 38.

¹¹²⁰ L'effet punitif d'une mesure est en revanche pris en compte pour la qualification de la peine au sens de l'article 11 de la Charte canadienne, laissant penser qu'une assimilation entre objet et effet punitif de la sanction n'est pas impossible : *Canada (Procureur général) c. Whaling*, préc., note 173, par. 61.

¹¹²¹ Art. 718 C.cr.

¹¹²² Art. 718.1 C.cr.

mesure s'agissant de l'amende extra-pénale. Dans le contexte pénal, la Cour suprême utilise également l'objet et la gravité d'une mesure, mais en retient une conception plus large qui permet d'assimiler plus de mesures pénales *lato sensu* à des peines *stricto sensu*. La définition de la peine intègre des objets plus variés que l'emprisonnement et l'amende et la gravité de la mesure est envisagée à travers ses conséquences de façon plus étendue. Dans les deux contextes, la Cour se réfère également aux objectifs de la mesure, à savoir son adéquation à l'objectif et aux principes de détermination de la peine. Plusieurs de ces critères étaient également utilisés par le Conseil constitutionnel et la CEDH pour décider de l'assimilation de certains mécanismes pénaux et extra-pénaux par leurs notions propres.

190. Conclusion du Chapitre 2. L'assimilation de certains mécanismes extra-pénaux et pénaux de sanctions est concrétisée en droit positif par des notions jurisprudentielles, qui soulignent leurs ressemblances. Ces notions relèvent du champ lexical relatif aux trois étapes classiquement identifiées du processus répressif pénal : « l'incrimination des faits délictueux, la poursuite de leurs auteurs et l'infliction des peines »¹¹²³. Il est ainsi question du comportement sanctionné avec la notion européenne d'infraction, de la procédure employée avec la notion de procédure de nature criminelle et de la sanction encourue et infligée avec les notions de sanction ayant le caractère d'une punition, de peine et de véritable conséquence pénale. Malgré des approches partiellement différentes, la Cour suprême, le Conseil constitutionnel et la CEDH recourent à des critères semblables dans un sens parfois très similaire pour caractériser ces différentes notions. La finalité punitive ou répressive d'un mécanisme, que ce soit par sa norme de comportement, sa sanction ou sa procédure, est toujours recherchée aux fins de son assimilation à une norme, une sanction ou une procédure pénale. À ce titre, la généralité matérielle et personnelle d'une disposition est un argument en faveur de sa nature pénale. Les caractéristiques organiques et procédurales, l'objet et la gravité des mesures, sont également analysés par les trois juridictions. Plus ils sont semblables à ceux d'un mécanisme d'imposition de peines plus ils pourront y être assimilés. De manière générale, c'est le constat de la forte proximité entre un mécanisme de sanction autre qu'une peine et un mécanisme de peine qui engendre leur assimilation.

¹¹²³ G. CORNU (dir.), préc., note 38, v° « Répression » p. 907.

191. Conclusion du Titre 1. L'émergence d'une notion unifiée de répression se manifeste dans l'ordre juridique français et canadien autant par les textes que par la jurisprudence. Les textes permettent de faire le constat de la convergence de plusieurs mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanction, au regard de plusieurs éléments qui tiennent tant aux comportements qui font l'objet de réactions juridiques que des caractéristiques de ces réactions. La jurisprudence, quant à elle, confirme ce constat en procédant à l'assimilation d'un certain nombre de ces mécanismes au processus d'infliction des peines, notamment au moyen de l'identification du caractère punitif, répressif ou stigmatisant de certaines composantes des mécanismes. Il en est ainsi de la notion d'infraction en droit européen, de la notion de procédure de nature criminelle en droit canadien et des notions de sanction ayant le caractère d'une punition, de peine et de véritable conséquence pénale, respectivement en droit français, droit européen et droit canadien. Pour ce qui est de la jurisprudence applicable dans l'ordre juridique français, l'absence d'assimilation notionnelle ne coïncide pas toujours à l'absence d'assimilation du régime puisque dans plusieurs cas, il a été jugé qu'une mesure qui n'est pas une peine ou une punition devait toutefois être appliquée de manière non-rétroactive. Ce fut le cas de la rétention de sûreté en droit français et d'une mesure de modification du calcul des remises de peine en droit espagnol, qualifié de mesure ayant un impact sur la portée de la peine par la CEDH. La convergence des incriminations et des sanctions de différents mécanismes pénaux et extra-pénaux qui a pu être constatée dans les législations française et canadienne, associée à une convergence procédurale de ces mêmes mécanismes, est donc à l'origine de l'assimilation jurisprudentielle de certains d'entre eux. La convergence textuelle des mécanismes et leur assimilation jurisprudentielle caractérisent les deux premiers éléments de validité de la notion de répression, son existence matérielle et sa validité subjective¹¹²⁴. Pour autant, aucune notion de répression n'est formellement consacrée. Il existe dans les deux ordres juridiques étudiés plusieurs notions qui cohabitent, liées par l'idée de punition. Cela pourrait être satisfaisant si la prise en compte des manifestations de l'émergence était suffisante en droit positif. Or, en l'état, ni les textes ni la jurisprudence ne prennent la réelle mesure du phénomène. L'absence de texte posant de façon générale des critères d'identification, un régime particulier et organisant

¹¹²⁴ Pour rappel, l'existence matérielle de la notion est comprise, à partir de la théorie de la validité de la conception du droit en réseau, comme la possibilité d'identifier une forme quelconque de signifiant empirique qui puisse faire l'objet d'une qualification par le droit : F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 48, p. 311. *Supra*, par. 26.

de façon prévisible la coexistence des mécanismes, n'est pas suffisamment palliée par une jurisprudence qui se révèle finalement complexe et casuistique et dont il est aisé de remarquer les insuffisances et incohérences. La validité objective de la notion de répression, entendue comme sa conformité aux exigences substantielles et axiologiques des ordres juridiques français et canadien¹¹²⁵, semble dès lors compromise par une validité subjective relative. L'émergence d'une notion unifiée de répression apparaît ainsi inachevée.

¹¹²⁵ La validité subjective correspond au caractère juridique de la notion qui découle de la volonté de ses auteurs d'en faire une norme s'obligeant juridiquement ou obligeant juridiquement quelqu'un : *Id.*, p. 312-313. *Supra*, par. 26.

TITRE 2. L'ÉMERGENCE INACHEVÉE D'UNE NOTION UNIFIÉE DE RÉPRESSION

192. *L'absence de notion unifiée de répression en droit positif.* L'émergence d'une notion unifiée de répression propre à chaque ordre juridique est inachevée. Aucune notion de répression n'est consacrée en droit positif malgré une émergence manifeste par les convergences textuelles des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions, et par les assimilations notionnelles jurisprudentielles d'un certain nombre de ces mécanismes. De plus, il semble que les organes contrôlant le respect des normes supra-législatives ne souhaitent pas donner un plein effet aux notions qu'ils ont consacrées. De ce point de vue, la validité subjective de la notion unifiée de répression apparaît relative. En conséquence, cela compromet la validité objective de la notion unifiée de répression.

193. *La prise en compte doublement limitée de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions.* L'émergence d'une notion unifiée de répression ne peut être achevée car certaines de ses manifestations sont ignorées. Les législateurs¹¹²⁶ ont posé peu de règles pour prendre en compte la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions, qu'ils ont eux-mêmes créée ou favorisée¹¹²⁷. Ils se reposent largement sur les juridictions pour appréhender et encadrer les manifestations textuelles de l'émergence de la répression. Or, la jurisprudence, pourtant riche, se révèle insuffisante. Ainsi, tant les méthodes textuelles que jurisprudentielles de prise en compte de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions sont limitées.

En effet, cette convergence est plus large et diffuse que ce que leurs méthodes permettent de considérer. La méthode des pouvoirs normatifs ne convient pas en ce qu'elle n'est pas globale. Les pouvoirs normatifs limitent leur prise en compte du phénomène d'émergence de notions unifiées de répression à ses conséquences, c'est-à-dire à des règles de mise en œuvre. Délaissant la conceptualisation de la répression, ils ne se concentrent que sur quelques aspects du régime des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions. La charge de la conceptualisation revient donc aux juridictions qui contrôlent le respect des normes supra-législatives. Or, les méthodes jurisprudentielles de qualification comportent plusieurs incohérences qui remettent en cause la force des notions construites. Les assimilations notionnelles sont limitées et la prise en compte de

¹¹²⁶ Le terme législateur est ici employé dans un sens large comprenant les pouvoirs législatifs et réglementaires, à l'instar de la loi qui peut se définir de façon plus large que son sens organique : G. CORNU (dir.), préc., note 38, v° « Loi », sens I, 4 et 5, p. 625. Il est utilisé au pluriel car il renvoie aux pouvoirs législatifs et réglementaires français et canadiens.

¹¹²⁷ *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions demeure incomplète. L'émergence d'une notion unifiée de répression est donc inachevée car la prise en compte de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions n'est que partielle dans les textes (Chapitre 1) et aléatoire dans la jurisprudence (Chapitre 2).

Chapitre 1. La prise en compte partielle de la convergence des mécanismes de sanctions pénaux et extra-pénaux dans les textes

194. *Le rejet d'une prise en compte générale et conceptuelle.* L'émergence d'une notion unifiée de répression se manifeste dans les textes de chaque ordre juridique par la convergence de certains mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions¹¹²⁸. Or, les législateurs ne prennent en compte cette convergence que de manière partielle. Refusant une approche générale et conceptuelle, ils se contentent d'approcher le phénomène par des éléments de régime, et cela dans un nombre de cas limités. Leur prise en compte est ainsi indirecte (Section 1) et ponctuelle (Section 2).

Section 1. Une prise en compte indirecte de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions

195. *La prise en compte de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions par des règles de régime.* L'émergence d'une notion unifiée de répression n'est pas achevée car les législateurs ont une approche partielle de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions. En effet, ils ne prennent en compte la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions que de façon indirecte. Leur attention est dirigée vers le régime des mécanismes et non sur leur identité notionnelle. En raison de leur proximité aux processus d'imposition des peines, certains dispositifs font l'objet de règles particulières, proches d'un régime pénal. Ces règles établissent un encadrement spécifique des mécanismes extra-pénaux (I) et organisent leur coexistence avec les mécanismes pénaux convergents (II).

I. L'encadrement pénal de certains mécanismes extra-pénaux

196. *Des règles spécifiques d'encadrement de mécanismes extra-pénaux en raison de leur caractère répressif.* Eu égard aux atteintes graves qui pouvaient être portées à certains droits et libertés, il est apparu nécessaire que l'État, par l'intermédiaire des pouvoirs législatifs et réglementaires, dote les régimes de quelques mécanismes de sanctions non pénales de règles protectrices pour le justiciable. Cette protection s'est construite progressivement sous l'influence de la jurisprudence. Dans certains cas, la jurisprudence a reconnu le caractère répressif d'un mécanisme par la qualification adéquate, propre à la juridiction, et a analysé sa conformité aux dispositions supra-

¹¹²⁸ *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

législatives associées aux garanties pénales ou à des principes proches. Dans d'autres cas, la jurisprudence n'opère pas d'assimilation notionnelle du mécanisme à un processus pénal, mais impose certaines garanties eu égard à des éléments proches des critères de qualification des notions de punition. Elle a ainsi fortement incité les pouvoirs normatifs français et canadiens à accroître la protection des justiciables. Sans reprendre à leur compte les notions jurisprudentielles de punition, ils ont inscrit dans des textes législatifs et réglementaires les droits affirmés par les juridictions. Le droit disciplinaire pénitentiaire (A) et le droit des sanctions administratives (B) sont en ce sens deux exemples de la prise en compte indirecte de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions par un encadrement spécifique des mécanismes.

A. L'encadrement pénal du droit disciplinaire carcéral

197. *L'exemple du droit disciplinaire pénitentiaire en droit français.* Le droit disciplinaire pénitentiaire français s'est vu récemment et progressivement doté de quelques garanties issues du droit pénal de forme et de fond. Notamment sous l'influence des jurisprudences de la CEDH¹¹²⁹ et du Conseil d'État¹¹³⁰, les pouvoirs normatifs français ont fait entrer le droit dans la discipline pénitentiaire¹¹³¹. Le décret du 2 avril 1996¹¹³², accompagné d'une circulaire¹¹³³, constitue la première norme d'encadrement du

¹¹²⁹ L'article 6 de la Conv. EDH n'est pas en principe applicable au contentieux disciplinaire pénitentiaire : CEDH, *Boulois c. Luxembourg* [GC], n° 37575/04, 3 avr. 2004, par. 85. Mais la nature des accusations, et la nature et la gravité des peines, peuvent conduire la CEDH à faire relever la discipline pénitentiaire des garanties applicables aux accusations en « matière pénale » : *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, préc., note 993, par. 69; *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, préc., note 973, par. 82 et suiv.

¹¹³⁰ Part. Cons. d'Ét., 27 avr. 1995, *Marie*, n° 97754; *RFDA* 1995.353, concl. FRYDMAN; P. COUV RAT, « Le contrôle du juge sur les sanctions disciplinaires du milieu pénitentiaire », *RSC* 1995.chron.62; M. HERZOG-EVANS, « Droit commun pour les détenus », *RSC* 1995.chr.621; F. MODERNE, « À propos du contrôle des punitions en milieu carcéral. Le point de vue du publiciste », *RFDA* 1995.822; J.-P. CERE, « À propos du contrôle des punitions en milieu carcéral. Le point de vue du pénaliste », *RFDA* 1995.826; *JCP* 1995.19.II.22426, note LACOMBE et BERNARD; Martine HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, 3^e éd., coll. Dalloz action, Paris, Dalloz, 2019, par. 3211.72, p. 753.

¹¹³¹ Nathalie DESCOT, « La "juridictionnalisation" des institutions », dans Pascal ANCEL et Joël MORET-BAILLY (dir.), *Vers un droit commun disciplinaire*, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2007, p. 299, à la p. 314; Joana FALXA, *Le droit disciplinaire pénitentiaire: une approche européenne. Analyse des systèmes anglo-gallois, espagnol et français à la lumière du droit européen des droits de l'homme*, coll. Bibliothèque des thèses. Droit privé et sciences criminelles, Paris, mare & martin, 2016, par. 92, p. 101; M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, préc., note 1130, par. 3211.72, p. 753.

¹¹³² Décret n°96-287 du 2 avr. 1996 relatif au régime disciplinaire des détenus et modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale, J.O. 5 avr. 1996, p. 5260. Ce décret, préparé depuis plusieurs années, a notamment été pris à la suite de la décision du Conseil d'État de reconnaître qu'« eu égard à la nature et à la gravité de cette mesure, la punition de cellule constitue une décision faisant grief susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir » (Cons. d'Ét., 17 fév. 1995, *Marie*, n° 97754, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 85, *RFDA* 1995.353, concl. FRYDMAN) mettant en lumière certaines lacunes de la procédure disciplinaire carcérale : M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, préc., note 1130, par. 3212.71, p. 753.

¹¹³³ Circulaire du 2 avr. 1996 du 2 avril 1996 relative au régime disciplinaire des détenus, NOR : JUSE9640025C, *Bulletin officiel du ministère de la Justice*, n° 62, 1996.

régime disciplinaire carcéral¹¹³⁴. Pour la première fois, toutes les fautes disciplinaires et leurs sanctions sont précisées dans un texte, qui prévoit également la procédure applicable. C'est le principe de la légalité criminelle, dans son sens large de principe de textualité¹¹³⁵, qui est alors appliqué sans être expressément énoncé. C'est ensuite la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations¹¹³⁶ qui a fait évoluer les droits de la défense en permettant l'intervention de l'avocat dans le procès disciplinaire d'un détenu¹¹³⁷. Il faut encore citer la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009¹¹³⁸, qui, accompagnée entre autres du décret d'application du 23 décembre 2010¹¹³⁹, a renforcé plusieurs principes de droit pénal de fond et de forme en matière de discipline pénitentiaire, dont le principe de légalité. En effet, elle est la première loi qui encadre le pouvoir de l'administration en matière de discipline pénitentiaire, bien que ce soit toujours un décret d'application qui définit les fautes disciplinaires, leurs sanctions et la procédure disciplinaire¹¹⁴⁰. Les droits de la défense ont été améliorés par la confirmation du droit à l'assistance d'un avocat et l'allongement du délai de comparution devant la commission disciplinaire¹¹⁴¹. Enfin, le chemin vers l'impartialité de la commission disciplinaire a été ouvert par l'impossibilité pour les personnels rédacteurs d'un compte rendu d'incident ou d'un rapport d'incident de participer à la commission de discipline, et la présence obligatoire d'une personne extérieure à l'administration pénitentiaire comme membre assesseur de cette commission¹¹⁴². Ces différentes améliorations résultent du constat de la forte

¹¹³⁴ J. FALXA, préc., note 1131, par. 92-93, p. 101; M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, préc., note 1130, par. 3211.13, 3212.71-3212.77, p. 747, 760-761.

¹¹³⁵ J. FALXA, préc., note 1131, par. 110-111 et 136, p. 108-109 et 119-120; M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, préc., note 1130, par. 3212.31-3212.32 et p. 757.

¹¹³⁶ *Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*, J.O. 13 av. 2000, texte n° 1.

¹¹³⁷ J. FALXA, préc., note 1131, par. 129-130, p. 117-118; L'application de ce droit au contexte de la discipline pénitentiaire a été confirmé et précisé, non sans difficultés, par différentes normes réglementaires : M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, préc., note 1130, par. 3212.81-3212.86, p. 761-762.

¹¹³⁸ *Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire*, J.O. 25. nov. 2009, p. 20192.

¹¹³⁹ *Décret n° 2010-1634 du 23 décembre 2010 portant application de la loi pénitentiaire et modifiant le code de procédure pénale (deuxième partie : Décrets en Conseil d'État)*, J.O. 28 déc. 2010, p. 22783.

¹¹⁴⁰ J. FALXA, préc., note 1131, par. 98, 101 et 136, p. 103-105 et 119-120; M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, préc., note 1130, par. 3221.21-3221.22, p. 768-769. Le principe de légalité est ainsi consolidé par le recours à une loi et à un décret en Conseil d'État, mais selon une conception toujours large, en raison de l'intervention du décret pour la définition des éléments du processus de répression disciplinaire.

¹¹⁴¹ Jean-Paul CERE, « La procédure disciplinaire pénitentiaire à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ Pénal* 2012.533.

¹¹⁴² Resp., anc. art. R. 57-7-8 al. 3 C. proc. pén., créé par le décret n° 2010-1634, préc., note 1139, art. 1 et modifié par le décret n° 2019-966 du 18 septembre 2019 portant substitution du tribunal judiciaire au

ressemblance entre la discipline pénitentiaire et le droit pénal qui nourrissent à leur tour cette proximité¹¹⁴³. C'est enfin l'adoption et l'entrée en vigueur récente du Code pénitentiaire qu'il faut remarquer. S'il s'agit d'une codification à droit constant qui n'apporte aucune modification substantielle, elle a pour mérite d'ordonnancer la matière d'une façon plus accessible et intelligible, afin de « mieux faire connaître l'importance, la diversité et la spécificité des missions du service public pénitentiaire, tout en affirmant les droits des personnes qui lui sont confiées dans un document aisément accessible »¹¹⁴⁴. Il existe un parallèle frappant entre le rôle de la jurisprudence dans les transformations du droit carcéral français vers une protection accrue des détenus et celui de la jurisprudence canadienne dans les évolutions du droit canadien en la matière¹¹⁴⁵. Droit français et droit canadien démontrent ici de la même façon la prise en compte indirecte de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions.

198. *L'exemple du droit disciplinaire pénitentiaire en droit canadien.* Dans une institution carcérale fermée, opaque et imperméable au droit pris dans sa dimension protectrice¹¹⁴⁶, l'« activisme judiciaire »¹¹⁴⁷ a permis aux détenus canadiens d'obtenir la

tribunal de grande instance et au tribunal d'instance en application de l'article 95 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et diverses dispositions relatives à l'organisation judiciaire et modifiant l'annexe du décret n° 2019-913 du 30 août 2019 pris en application de l'article 95 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation (2018-2022) et de réforme pour la justice, J.O. 19 sept. 2019, texte n° 7, art. 8; anc. art. R. 57-7-13 et R. 57-7-14 al.1 C. proc. pén. créés par le décret n° 2010-1634, préc., note 1139, art. 1. Ces dispositions ont été abrogées par le *Décret n° 2022-479 du 30 mars 2022 portant partie réglementaire du code pénitentiaire*, J.O. 5 avril 2022, texte n° 9. Le Code pénitentiaire est une codification à droit constant des dispositions régissant la matière pénitentiaire, précédemment principalement contenues dans le Code pénal et le Code de procédure pénale. Le contenu des dispositions n'a pas été modifié. Les articles cités sont désormais, respectivement, les articles R. 234-6, R. 234-12 et R. 234-13 du Code pénitentiaire.

¹¹⁴³ J. FALXA, préc., note 1131, par. 106-108, p. 107-108. Aux paragraphes 106 et 107, l'auteure évoque une « normativisation sous influence » et le « rôle inspirateur du droit pénal ». M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, préc., note 1130, par. 0003.123, p. 91-92.

¹¹⁴⁴ *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2022-478 du 30 mars 2022 portant partie législative du code pénitentiaire*, J.O. 5 avril 2022, texte n° 7. Evelyne BONIS, « Le Code pénitentiaire est entré en vigueur », *JCP* 2022.19.614.

¹¹⁴⁵ Lucie LEMONDE, « L'évolution des normes dans l'institution carcérale », (1995) 10-1 *RCDS* 125 à la p. 147.

¹¹⁴⁶ *Id.*, aux pp. 136-138 et 140.

¹¹⁴⁷ Lucie LEMONDE, « Landreville et les détenu(e)s de par ici », (2007) 40-2 *Criminologie* 107-125, à la p. 110. L'activisme judiciaire a pris un certain temps à se mettre en mouvement et a été le résultat d'un combat judiciaire mené par les détenus pendant plusieurs années, notamment appuyé par des universitaires dont les études faisaient état des conditions de vie dans les prisons et de la nécessité d'améliorer le sort des détenus, notamment en leur octroyant des droits : L. LEMONDE, préc., note 1063, aux pp. 152, 156-158; L. LEMONDE, préc., cette note, aux pp. 108-112. C'est ainsi que la Cour suprême a finalement affirmé la prévalence de la règle de droit au sein des établissements pénitentiaires, la soumission des tribunaux disciplinaires à l'équité procédurale et la reconnaissance du principe selon lequel les personnes incarcérées conservent tous leurs droits à l'exception de ceux qui leur sont expressément retiré par la loi : respectivement, *Martineau c.*

reconnaissance de certains droits, trouvant leur origine dans les principes d'équité procédurale et les valeurs « du code juridique culturel en vigueur dans la société »¹¹⁴⁸. Ainsi, à la suite de nombreuses décisions¹¹⁴⁹, les règlements et directives ont intégré plusieurs des avancées en matière de droits des détenus¹¹⁵⁰. Par exemple, ce sont désormais des présidents indépendants qui sont nommés pour diriger les tribunaux disciplinaires, le détenu a le droit d'être présent à l'audience et peut interroger et contre-interroger des témoins¹¹⁵¹. C'est finalement en 1992 que le législateur est intervenu en créant la première loi relative au système carcéral¹¹⁵². Elle confirme, avec son règlement d'application¹¹⁵³, les droits que les détenus ont acquis devant les tribunaux¹¹⁵⁴. Elle entérine notamment le principe préalablement proclamé par la Cour suprême selon lequel « une personne emprisonnée conserve tous ses droits civils autres que ceux dont elle a été expressément ou implicitement privée par la loi »¹¹⁵⁵ en affirmant que « le délinquant continue à jouir des droits reconnus à tout citoyen, sauf de ceux dont la suppression ou la restriction légitime est une conséquence nécessaire de la peine qui lui est infligée »¹¹⁵⁶.

Comité de discipline de l'Institution de Matsqui, [1980] 1 R.C.S. 602 (Cour suprême), à la p. 622; *Id.*, aux pp. 629-630; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821 (CSC), 839; L. LEMONDE, préc., note 1145, à la p. 160; L. LEMONDE, préc., cette note, à la p. 113. Plus concrètement, l'obligation d'agir équitablement permet d'imposer à l'administration pénitentiaire lors d'une procédure disciplinaire que le détenu puisse prendre connaissance des éléments de preuve qui existent contre lui et de les discuter, avoir accès au dossier, être présent aux auditions, que la décision soit motivée et qu'il puisse être assisté d'un avocat dans certaines circonstances : *Id.*, 114. Le droit à l'avocat est ainsi fonction de la gravité de l'accusation et de la peine encourue, la probabilité que soit discuté des points de droit, de la capacité du détenu d'exposer lui-même sa cause et les difficultés en matière de procédure : *Howard c. Président du tribunal disciplinaire des détenus de l'établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642 (C.A.), infirmé par [1987] 2 R.C.S. 687 : le détenu ayant été libéré, l'appel a été rejeté car jugé théorique.

¹¹⁴⁸ L. LEMONDE, préc., note 1147, à la p. 113. Il est moins fait référence à la proximité entre les processus pénaux et disciplinaires de sanctions pour promouvoir les droits des détenus qu'aux développements des principes plus généraux de justice et d'équité dans les sociétés libérales et démocratiques : L. LEMONDE, préc., note 1145, aux pp. 129 et 146. La caractère punitif des mécanismes de la discipline carcérale n'en est pas moins mis en avant : *Id.*, aux pp. 135-136. La gravité de la sanction encourue, notamment son objet privatif de liberté, est de plus l'un des arguments avancés par la Cour suprême pour identifier les situations dans lesquelles un détenu peut faire valoir un droit à la présence de son avocat lors de l'audience disciplinaire : *Howard c. Président du tribunal disciplinaire des détenus de l'établissement de Stony Mountain*, préc., note 1065.

¹¹⁴⁹ Not. *Solosky c. La Reine*, préc., note 1065; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, préc., note 1147.

¹¹⁵⁰ L. LEMONDE, préc., note 1145, 126; L. LEMONDE, préc., note 1147, à la p. 114.

¹¹⁵¹ *Règlement sur les pénitenciers*, respectivement, DORS/79-625, art. 38, DORS/85-640 et DORS/90-57, cités par L. LEMONDE, préc., note 1145, respectivement aux pp. 161, 163 et 164.

¹¹⁵² *Loi régissant le système correctionnel, la mise en liberté sous condition et le maintien en incarcération, et portant création du bureau de l'enquêteur correctionnel*, L.C. 1992, c. 20 [*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*].

¹¹⁵³ *Règlement concernant le système correctionnel, la mise en liberté sous condition et le maintien en incarcération*, DORS/92-620 [*Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*].

¹¹⁵⁴ L. LEMONDE, préc., note 1147, aux pp. 114-115.

¹¹⁵⁵ *Solosky c. La Reine*, préc., note 1065, à la p. 839.

¹¹⁵⁶ *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, préc., note 1070, art. 4 d).

Les droits procéduraux des détenus sont confortés, dont la possibilité de se faire assister par un avocat et qu'il soit présent à l'audition¹¹⁵⁷. Le critère permettant de recourir à l'assistance d'un avocat est, d'après le texte réglementaire, la gravité de l'infraction reprochée¹¹⁵⁸. Également, la loi prévoit que l'audition relative à une infraction disciplinaire grave doit être tenue, en principe, par un président indépendant¹¹⁵⁹. Or, plus l'infraction est grave plus la peine imposée peut être sévère¹¹⁶⁰. L'assistance de l'avocat et l'impartialité objective de l'audience disciplinaire se justifient donc notamment au regard des enjeux de la procédure disciplinaire sur la situation du détenu, bien que la loi ne l'exprime pas ainsi. Les motifs justifiant ces garanties sont proches de certains critères que l'on retrouve en jurisprudence pour caractériser une peine ou une véritable conséquence pénale¹¹⁶¹. Le législateur emploie en outre un vocabulaire pénal en ayant défini dans la loi les infractions disciplinaires et les peines encourues¹¹⁶² pour leur réalisation. Il eût été difficile dans ce contexte que la discipline carcérale ne soit pas encadrée de quelques garanties rapprochant son régime de celui du droit pénal. La proximité entre le droit disciplinaire carcéral et le droit pénal est ainsi indirectement prise en compte par l'affirmation d'une équité procédurale minimale dans la loi. C'est également la proximité entre les sanctions administratives et les peines qui justifient en droit français leur encadrement spécifique.

B. L'encadrement pénal du droit français des sanctions administratives

199. *L'impartialité objective comme principe d'encadrement pénal des sanctions administratives en droit français.* Le principe d'impartialité objective s'est imposé petit à petit dans les procédures de sanctions administratives au sein des autorités administratives indépendantes. Les pouvoirs normatifs modifient en effet progressivement les processus de sanctions pour que soient respectée la séparation des fonctions de poursuites, d'instruction et de jugement et abandonnée la présence du

¹¹⁵⁷ *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, préc., note 1071, art. 31 (2).

¹¹⁵⁸ Il est toutefois notable que le texte réglementaire ne se réfère qu'à la gravité de l'infraction, les critères de la jurisprudence étant plus diversifiés : L. LEMONDE, préc., note 1145., 163.

¹¹⁵⁹ *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, préc., note 1071, art. 27 (2).

¹¹⁶⁰ *Id.*, art. 34 a).

¹¹⁶¹ *Supra*, par. 122 et suiv.

¹¹⁶² *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, préc., note 1070, respectivement, art. 40 et 44 (1).

rapporteur au délibéré¹¹⁶³. Par exemple, après que la Cour d'appel de Paris¹¹⁶⁴ a considéré que les modalités concrètes de mise en œuvre des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement au sein de la Commission des opérations de bourse étaient contraires à l'exigence d'impartialité objective¹¹⁶⁵, ce dont il résultait une violation du droit au procès équitable au regard de l'article 6 de la Conv. EDH, l'autorité réglementaire compétente a modifié la procédure applicable¹¹⁶⁶. Plus récemment, ce sont les modalités de la procédure des sanctions devant l'agence française de lutte contre le dopage qui ont été revues¹¹⁶⁷, en raison de plusieurs incompatibilités avec le principe d'impartialité¹¹⁶⁸. Le caractère punitif des sanctions administratives justifie pour la jurisprudence l'application du principe d'impartialité et de ses corollaires pour les procédures ayant cours dans les autorités administratives indépendantes¹¹⁶⁹. Ainsi, l'intégration de règles visant à respecter l'impartialité objective de la procédure administrative de sanctions illustre la

¹¹⁶³ Du moins lorsque le rapporteur avait également eu des fonctions de poursuite ou d'instruction dans l'affaire : Arnaud DE CHAISEMARTIN, « Les enseignements du contrôle juridictionnel sur les procédures de sanction des autorités de marché », *Justice & cassation. Les sanctions* 2005.30-36, par. 14-20.

¹¹⁶⁴ CA Paris, 7 mars 2000, n°s 1999/15862, *Bull. Joly Bourse* 2000.3.244, note N. RONTCHEVSKY.

¹¹⁶⁵ Le fait que le collège de la Commission a successivement décidé la mise en accusation de la société sur des faits qu'il a lui-même constatés, formulé les griefs visant la personne poursuivie, et enfin statué sur sa culpabilité et sanctionné cette dernière était contraire au principe d'impartialité objective car six de ses membres étaient présents à différentes étapes du processus. En revanche, le cumul des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement au sein de la COB n'a pas été considéré en soi par elle-même, contraire à l'exigence d'impartialité : CA Paris, 7 mars 2000, préc., note 1164.

¹¹⁶⁶ Décret n°2000-721, du 1^{er} août 2000, modifiant les dispositions du décret n° 90-263 du 23 mars 1990 relatives à la procédure de sanctions administratives prononcées par la Commission des opérations de bourse, J.O. 2 août 2000, texte n° 11.

¹¹⁶⁷ Ordonnance n° 2018-603 du 11 juillet 2018 relative à la procédure disciplinaire devant l'Agence française de lutte contre le dopage, J.O. 12 juill. 2018, texte n° 32.

¹¹⁶⁸ Le Conseil constitutionnel avait jugé la mise en œuvre de la faculté d'auto-saisine de l'agence française de lutte contre le dopage, en vue de réformer les décisions de sanctions rendues par les fédérations sportives, contraire au principe d'impartialité : Cons. const. 2 fév. 2018, n° 2017-688 QPC, *M. Axel N.*, par. 8-9. Dernièrement, la procédure de sanction à l'encontre des personnes non licenciées d'une fédération sportive, telle que prévu dans la version du texte applicable au litige, contrevenait au principe d'impartialité en l'absence de dispositions prévoyant une séparation entre les fonctions de poursuite et les fonctions de jugement : Cons. const. 26 juill. 2019, n° 2019-798 QPC, *M. Windy B.*, par. 10.

¹¹⁶⁹ Le parallèle entre la procédure pénale et la procédure administrative devant une autorité administrative indépendante a été expressément établie par le Commissaire du Gouvernement, M. Jean-Denis COMBEXELLE : conclusions sous Cons., d'Ét., ass., 3 déc. 1999, n°s 197060/197061; *RFDA* 2000, p.574, ccl. COMBEXELLE, partie XIII; CA Paris, 7 mars 2000, préc. note 1164; Cons. const. 26 juill. 2019, préc., note 1168, par. 5.; A. DE CHAISEMARTIN, préc., note 1081, par. 21; Hélène SURREL, « Chronique Conseil constitutionnel et jurisprudence de la CEDH (juillet 2019 à fin décembre 2019) », (2020) Titre VII-4 *Le principe d'égalité*, en ligne : <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/chronique-conseil-constitutionnel-et-jurisprudence-de-la-cedh-juillet-2019-a-fin-decembre-2019>> (consulté le 12 mars 2021). Voir égal. la jurisprudence de la CEDH en la matière : CEDH, *Dubus S.A. c. France*, n° 5242/04, 11 juin 2009, par. 55-62.

prise en compte indirecte de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions au niveau des textes législatifs et réglementaires¹¹⁷⁰.

200. *L'absence d'encadrement pénal textuel des sanctions administratives pécuniaires en droit canadien.* Le droit canadien est très différent du droit français quant à la reconnaissance du caractère pénal de certains processus administratifs de sanctions. La convergence des mécanismes pénaux et administratifs n'est généralement pas prise en compte par les législateurs, y compris du point de vue de leurs règles d'encadrement. Elle est même niée. La possibilité de différencier un régime administratif de sanctions d'un régime pénal est la raison d'être de la mise en place et de la multiplication de ces mécanismes¹¹⁷¹. Le caractère punitif des processus administratifs de sanctions, particulièrement des sanctions administratives pécuniaires, est largement rejeté par les juridictions¹¹⁷². Ces dernières nient en conséquence toute application des garanties pénales, notamment celles de l'article 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ainsi, le législateur, fédéral ou provincial, n'est pas incité à prévoir de telles garanties en faveur du justiciable poursuivi en vertu d'un régime administratif de sanctions¹¹⁷³. Sans

¹¹⁷⁰ L'existence de règles de régime identique entre le droit pénal et certains mécanismes administratifs est un indice de la nature juridique de ces mécanismes, telle que considérée par le législateur. Les motifs jurisprudentiels d'application des principes pénaux confirment la nature apparente des mécanismes au regard de leur régime. Sur le principe selon lequel toute identité de nature implique une identité de régime et que toute différence de nature engendre une différence de régime, et sur l'idée selon laquelle la nature précède le régime : Jean-Louis BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984.255-272, par. 3 et 10.

¹¹⁷¹ *Loi établissant un régime de sanctions administratives pécuniaires pour l'application de la Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole, de la Loi relative aux aliments du bétail, de la Loi sur les engrais, de la Loi sur la santé des animaux, de la Loi sur les produits antiparasitaires, de la Loi sur la protection des végétaux, de la Loi sur la salubrité des aliments au Canada et de la Loi sur les semences*, L.C. 1995, c. 40 [*Loi sur les sanctions administratives pécuniaires en matière d'agriculture et d'agroalimentaire*], art. 3; *Loi sur les pénalités administratives en matière d'environnement*, L.C. 2009, c. 14, preprint 126, art.3. Voir égal. la *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin d'en renforcer le respect*, projet de loi n° 89, Sanctionné – 5 oct. 2011, 2^e sess., 39^e légis. (Qc), (ci-après projet de loi 89), notes explicatives.

¹¹⁷² *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, aux pp. 564 et 560; *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 151, par. 19 et 21-22; *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 73, 82, et 89-90; *R. v. Samji*, préc., note 151, par. 170.

¹¹⁷³ Jean PIETTE et Olivier DULUDE, « L'équité procédurale lors de l'imposition d'une sanction administrative pécuniaire en vertu de la Loi sur la qualité de l'environnement », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents en droit de l'environnement (2017)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, EYB2017DEV2512, p. 9 (PDF) (La référence). Cela ne signifie pas qu'il n'existe aucune garantie au bénéfice du justiciable. Particulièrement au Québec, la *Loi sur la justice administrative* (R.L.R.Q. c. J-3, ci-après L.j.a.) dispose que les procédures qui mènent à une décision individuelle prise à l'égard d'un administré par l'Administration gouvernementale doivent être conduites dans le respect du devoir d'agir équitablement (art. 2 L.j.a.). L'origine du principe d'équité procédurale se trouve dans la jurisprudence administrative (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (CSC), par. 20, 22; *Société de l'assurance automobile du Québec c. Cyr*, 2008] 1 R.C.S. 338 (CSC), par. 30. Il s'applique aux procédures de sanctions administratives pécuniaires (*Énergie Valero Inc. c Québec*

prendre en compte la convergence des mécanismes administratifs et pénaux de sanctions par un encadrement semblable au moyen de règles issues du droit pénal, le législateur, fédéral ou provincial, semble toutefois considérer dans une faible mesure leur proximité en organisant dans certains cas une coexistence limitée.

Cette prise en compte indirecte de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions par l'organisation d'une coexistence limitée des mécanismes se retrouve tant en droit canadien qu'en droit français.

II. La coexistence limitée de certains mécanismes pénaux et extra-pénaux

201. *La coexistence limitée de certains mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions par l'existence de règles de non-cumul et de cumul modéré.* Les règles de limitation de la coexistence de certains mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions sont un second élément illustrant la prise en compte indirecte de leur convergence. Celles-ci s'expliquent par la prise en compte de la proximité substantielle des mécanismes. Des règles de non-cumul et de cumul modéré des poursuites et des sanctions organisent cette limitation. Certains mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions sont ainsi abstraitement prévus pour des comportements semblables, mais, soit les poursuites dans un premier temps, soit les sanctions dans un second, ne peuvent pas être mises en œuvre concrètement à l'encontre d'une même personne pour les mêmes faits. Dans les cas où le cumul de poursuites et de sanctions est autorisé, l'identité punitive des sanctions concurrentes ou complémentaires, justifie qu'il soit au moins modéré. La limitation des

(*Développement durable, Environnement, Faune et PaR.C.S.*), 2016 QCTAQ 01130, par. 157.). De la même façon, le moyen de défense de la diligence raisonnable trouve aussi sa source dans les règles de droit civil applicables au contexte administratif, bien que le concept de diligence raisonnable ait été développé en jurisprudence pour des infractions pénales de responsabilité stricte (Jean PIETTE, « La contestation des sanctions administratives pécuniaires en vertu de la Loi sur qualité de l'environnement », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents en droit de l'environnement (2019)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, EYB2019DEV2800, p. 9 (PDF) (La référence)). Ainsi, certaines règles d'encadrement sont inspirées de principes communs à la justice pénale, civile et administrative et ne s'expliquent pas manifestement par une prise en compte par le législateur du caractère pénal des mécanismes administratifs de sanctions. Quand elle est envisagée par la loi, la défense de diligence raisonnable est plutôt exclue que rendue possible : *Loi sur les sanctions administratives pécuniaires en matière d'agriculture et d'agroalimentaire*, préc., note 1089, art. 18 (1); *Loi sur les pénalités administratives en matière d'environnement*, préc., note 1089, art. 11 (1). Ces lois concèdent toutefois de manière prudente que les règles et principes de la *common law* qui font d'une circonstance une justification ou une excuse dans le cadre d'une poursuite pour infraction à une loi environnementale ou agroalimentaire s'appliquent à l'égard d'une violation dans la mesure de leur compatibilité avec elles : *Loi sur les sanctions administratives pécuniaires en matière d'agriculture et d'agroalimentaire*, préc., note 1089, art. 18 (2); *Loi sur les pénalités administratives en matière d'environnement*, préc., note 1089, art. 11 (2). Le refus de reconnaître le caractère punitif de ces mécanismes témoigne en revanche de la prise en compte très ponctuelle de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions en droit canadien puisque tout un champ de cette convergence est laissé de côté : *infra*, par. 184.

cumuls de poursuites et de sanctions dans l'ordre juridique français (A) et dans l'ordre juridique canadien (B) trouve ainsi une justification dans la proximité punitive des mécanismes de sanctions.

A. La limitation des cumuls justifiée par la proximité punitive des mécanismes de sanctions dans l'ordre juridique français

202. *Des règles de non-cumul et de cumul modéré justifiées par la proximité punitive des mécanismes de sanctions dans l'ordre juridique français.* Les règles de non-cumul s'expliquent particulièrement par la proximité punitive des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions, comme en témoignent les jurisprudences française et européenne ayant conduit le législateur français à prévoir dans certaines matières des règles de non-cumul de poursuites ou de sanctions. Par exemple, le Conseil constitutionnel français a jugé que la coexistence de dispositions punitives définissant et qualifiant de la même façon les manquements d'initié et les délits d'initié¹¹⁷⁴, protégeant des intérêts sociaux identiques¹¹⁷⁵, et étant susceptibles de faire l'objet de sanctions de même nature¹¹⁷⁶, emportait violation du principe de nécessité des délits et des peines en ce qu'aucune règle n'empêchait un cumul de poursuites, l'une devant l'autorité administrative et l'autre devant l'autorité judiciaire¹¹⁷⁷. En cas de défaut d'identité de l'un de ces critères, par exemple lorsque les sanctions administratives et pénales ne sont pas considérées comme de même nature, le cumul des poursuites est possible. Cependant, les sanctions ne peuvent se cumuler qu'en respectant le principe de proportionnalité des peines¹¹⁷⁸. En effet, dans cette hypothèse, le caractère punitif commun des sanctions justifie la modération du cumul¹¹⁷⁹. Le dispositif de poursuites alternatives entre les manquements boursiers

¹¹⁷⁴ Cons. const. 18 mars 2015, n^{os} 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, préc., note 595, par. 24.

¹¹⁷⁵ *Id.*, par. 25.

¹¹⁷⁶ *Id.*, par. 26. La nature des sanctions ne renvoie pas ici à leur caractère punitif commun, déjà affirmé, mais à leur sévérité globalement semblable et leur méthode de détermination proche.

¹¹⁷⁷ *Id.*, par. 28.

¹¹⁷⁸ Cons. const. 14 janv. 2016, n^{os} 2015-513/514/526 QPC, *M. Alain D. et autres*, par. 11 et 12. Sur la question du cumul des poursuites pénales pour banqueroute et des procédures de redressement ou de liquidation judiciaire et du cumul des mesures de faillite ou d'interdiction prononcées dans ces cadres : Cons. const. 29 sept. 2016, n^o 2016-573 QPC, *M. Lakhdar Y.*, par. 8 à 14.

¹¹⁷⁹ Cons. const. 28 juill. 1989, n^o 89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, J.O. 1er août 1989, p. 9676, par. 22. Le Conseil constitutionnel expliquait déjà que :

« Considérant que la possibilité n'en est pas moins reconnue à la Commission des opérations de bourse de prononcer une sanction pécuniaire pouvant aller jusqu'au décuple du montant des profits réalisés par l'auteur de l'infraction et qui est susceptible de se cumuler avec des sanctions pénales prononcées à raison des mêmes faits et pouvant elles-mêmes atteindre un

administratifs et les délits boursiers pénaux mis en place par le législateur à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015¹¹⁸⁰ témoigne donc de la prise en compte indirecte de leur très grande proximité répressive¹¹⁸¹. Les règles de cumul modéré de sanctions démontrent quant à elle une prise en compte indirecte d'une nature répressive commune moins marquée¹¹⁸² ou d'une nature répressive complémentaire des procédures¹¹⁸³. Dans les deux cas, le fondement de l'application du principe de nécessité

montant identique ; que, si l'éventualité d'une double procédure peut ainsi conduire à un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique, qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues ; qu'il appartiendra donc aux autorités administratives et judiciaires compétentes de veiller au respect de cette exigence dans l'application des dispositions de l'ordonnance du 28 septembre 1967 modifiée ».

Plus récemment en ce sens : Cons. const. 14 janv. 2016, préc., note 1178, par. 11.

¹¹⁸⁰ *Loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché*, J.O. 22 juin 2016, texte n°1, art. 2, créant l'article 465-3-6 C. monét. et fin.

¹¹⁸¹ La proposition de loi faisait justement état de la nécessité d'organiser l'articulation des deux voies répressives, soulignant à la fois ce caractère commun et leur différence de « nature » :

« La décision du Conseil constitutionnel impose de créer un mécanisme d'aiguillage entre ces deux systèmes répressifs pour l'ensemble des abus de marché. Ce mécanisme doit tenir compte de la nature différente des deux systèmes de répression. La répression pénale trouve son fondement dans la Constitution et a une vocation générale de protection des intérêts de la société qui peut conduire jusqu'à des peines privatives de liberté. La répression par l'Autorité des marchés financiers trouve son fondement dans la loi et a pour finalité la répression particulière de manquements à des règles régissant un secteur d'activités donné. » (*Proposition de loi réformant le système de répression des abus de marché*, n° 3601, Enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 mars 2016, 14^e légis., exposé des motifs par MM. Dominique BAERT et Dominique LEFEBVRE)

¹¹⁸² Art. 621-16 anc. C. monét. et fin., prévoyant un système d'imputation de la sanction administrative sur la sanction pénale. En matière de cumul des poursuites pénales pour banqueroute et des procédures de redressement ou de liquidation judiciaire et de cumul des mesures de faillite ou d'interdiction prononcées dans ces cadres, le législateur prévoyait antérieurement, en raison de l'identité de ces sanctions, l'impossibilité pour le juge pénal de prononcer les peines complémentaires de faillite personnelle et d'interdiction de gérer si le tribunal de la procédure collective avait déjà prononcé une telle mesure pour les mêmes faits (art. L. 654-6 C. com., dans sa rédaction résultant de l'*Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté*, abrogé par Cons. const. 29 sept. 2016, préc. note 1178). En l'absence de réaction du législateur à la suite de cette abrogation, le juge pénal ne peut plus prononcer les peines complémentaires de faillite personnelle et d'interdiction de gérer. Ces sanctions ayant le caractère de punition (Cons. const. 29 sept. 2016, préc. note 1178, par. 10) ne peuvent ainsi être prononcées que par les juges civil et commercial. Sur l'ensemble de cette question voir : Haritini MATSOPOULOU, « La fin du cumul des mesures de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer », *Revue des sociétés* 2016.12.755-761; Marie-Christine SORDINO, *La règle de ne bis in idem en droit des procédures collectives*, Haritini MATSOPOULOU (dir.), *La règle ne bis in idem. Concordances et Discordances entre les jurisprudences Européenne et Constitutionnelle*, mare et martin, 2019, p. 63-89. Voir égal. en matière de discipline budgétaire et financière : Cons. const. 24 oct. 2014, n° 2014-423, *M. Stéphane R. et autres*, par. 37.

¹¹⁸³ En matière fiscale, la complémentarité des procédures administrative et pénale pour des faits matériels identiques justifie leur cumul pour garantir une répression effective des infractions dans les cas les plus graves : Cons. const. 24 juin 2016, n° 2016-545, préc., note 852, par. 20 et 21; Cons. const. 24 juin 2016, n° 2016-546, préc., note 852, par. 20 et 21. Dans le même temps, le principe de proportionnalité des peines limite l'application cumulée des sanctions : Cons. const. 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC, préc., par. 22 et

des délits et des peines et du principe de proportionnalité des peines conduisant à limiter les cumuls de poursuites et de sanctions est le caractère punitif commun des sanctions¹¹⁸⁴. La prévision textuelle d'un mécanisme de non-cumul, ou de cumul modéré, entre différents mécanismes de sanctions, signifie donc que les pouvoirs normatifs prennent en compte de manière indirecte leur convergence.

B. La limitation des cumuls justifiée par la proximité punitive des mécanismes de sanctions dans l'ordre juridique canadien

203. *La prise en compte implicite de la convergence de certains mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions par l'interdiction ou la limitation des cumuls en droit canadien.* Dans un contexte de refus des législateurs canadiens, fédéral ou provinciaux, d'admettre la proximité de certains mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions, l'existence de règles de non-cumul dans plusieurs lois apparaît comme un aveu implicite de leur convergence. En effet, par une lecture de droit comparé, les affirmations législatives et jurisprudentielles des différences radicales de nature et d'objectifs des sanctions administratives pécuniaires et des sanctions pénales, ne résistent que partiellement à l'existence concomitante de règles de non-cumul des poursuites. Il apparaîtrait en effet peu cohérent de concevoir que des mécanismes de sanctions sont fondamentalement distincts, tout en s'assurant qu'ils ne se cumulent pas ou se cumulent de façon mesurée. Le droit français permet en effet de mettre en lumière qu'une certaine identité punitive de mécanismes sanctionneurs justifie leur exclusion mutuelle ou limite leur cumul lorsqu'ils pourraient tous deux être mis en œuvre. Ainsi, au contraire, tant en droit français qu'en droit canadien, l'action en réparation civile et l'action pénale ne s'excluent pas et les mesures qui en résultent se cumulent à l'encontre de l'auteur des faits¹¹⁸⁵. À l'inverse, au sein du droit pénal, différentes règles interdisent ou limitent en

24; Cons. const. 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC, préc., note 852, par. 22 et 24. Voir égal. le raisonnement de la CEDH : *A. et B. c. Norvège* [GC], n°s 24130/11 et 29758/11, 15 nov. 2016, par. 130.

¹¹⁸⁴ Dans la jurisprudence européenne, c'est le principe *ne bis in idem* qui fonde les solutions relatives à ces questions. Lorsque le caractère pénal d'une infraction ou d'une sanction n'est pas reconnu, le principe *ne bis in idem* ne s'applique pas aux poursuites pénales et extra-pénales en cause. Par ex. en matière de cumul de poursuites et de sanctions pénales et disciplinaires : CEDH, *Durand c. France*, n° 10212/07, 31 janv. 2012; *Faller et Steinmetz c. France*, n°s 59389/16 et 59392/16, 29 sept. 2020, par. 49. Les règles de non-cumul de poursuites et de sanctions apparaissent donc aussi justifiées par le caractère pénal des poursuites et sanctions en cause.

¹¹⁸⁵ Dr. fr. : G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, 4^e éd., coll. Traité de droit civil, Paris, LGDJ, Lextenso, 2019, par. 102 et 106, p.178 et 183-185; Bernard BOULOC, *Procédure pénale*, 28^e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2022, par. 179-185, p. 159-163. Dr. can. : Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, préc., note 799, par. 76-77.

principe qu'une personne puisse être poursuivie, jugée ou punie plusieurs fois pour les mêmes faits matériels qualifiés de façon identique, proche, voire différemment¹¹⁸⁶. Or, si elles se justifient en partie par des considérations de sécurité juridique¹¹⁸⁷, ces règles résultent également d'une certaine idée de justice, d'équité et d'humanité qui imposent des limites à la possibilité d'être condamné plusieurs fois pour les mêmes faits¹¹⁸⁸. Aussi, l'existence de dispositions interdisant totalement ou limitant partiellement le cumul de certains mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions apparaît comme une prise en compte indirecte et parfois inavouée de leur convergence. Plusieurs lois fédérales¹¹⁸⁹ et provinciales¹¹⁹⁰ prévoient de tels mécanismes en droit canadien pour l'imposition de sanctions administratives pécuniaires et de sanctions pénales. Un exemple illustrant parfaitement l'ambiguïté du législateur québécois à cet égard se trouve dans la *Loi sur la qualité de l'environnement*¹¹⁹¹.

204. L'interdiction circonscrite du cumul des sanctions administratives pécuniaires et des poursuites pénales dans la Loi sur la qualité de l'environnement au Québec. Les choix du législateur en matière de sanctions dans la *Loi sur la qualité de l'environnement* démontrent un certain inconfort à faire cohabiter les sanctions pénales et administratives pécuniaires pour réagir aux violations de la loi. Tout en souhaitant leur complémentarité

¹¹⁸⁶ Dr. fr. : Pierre BELIVEAU et Jean PRADEL, *La justice pénale dans les droits canadien et français: étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, par. 1235, p. 435; E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 592 et suiv., p. 284 et suiv.; B. BOULOC, préc., note 1185, par. 1258 et suiv., p. 1189 et suiv.; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 58, par. 232 et suiv., p. 128 et suiv.; O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 233, par. 293-294, p. 163-165; Jean PRADEL, *Procédure pénale*, 19^e éd., Cujas, 2017, par. 1146, p. 1053 et suiv. Sur les dernières évolutions en matière de cumul de qualifications pénales : Crim. 15 déc. 2021, n° 20-85.924, *Dr. pén.* 2022.2.comm.24, note Philippe CONTE et 15 déc. 2021, n° 21-81.864, *Dr. pén.* 2022.2.comm.23, note Philippe CONTE; *Dr. pén.* 2022.3, dossier par Philippe. CONTE; Maud FOUQUET; Pascale LABROUSSE et O. DECIMA. Dr. can. : P. BELIVEAU et J. PRADEL, préc., cette note, par. 2210-2218, p. 741-745; T. DOURGES, préc., note 167, aux p. 38-40 et 47-50; MINISTÈRE DE LA JUSTICE, SECTION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Chartepédia*, art. 11h) – Protection contre le « double péril », en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/>> (consulté le 22 mars 2021); Francis PILOTTE, « Resquêtes préliminaires de type procédurale », dans *JurisClasseur Québec*, coll. Droit pénal *Preuve et procédure pénales*, Fasc. 8, Montréal, LexisNexis Canada, par. 12 et suiv.

¹¹⁸⁷ Frédéric DESPORTES et Laurence LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 4^e éd., coll. Corpus de droit privé, Paris, Economica, 2015, par. 434, p. 314; J. PRADEL, préc., note 1186, par. 1147, p. 1055. La volonté de limiter les difficultés pratiques et techniques résultant de la conduite de procédures parallèles ou successives peut aussi motiver les interdictions ou la limitation des cumuls : M. PATRICK, préc., note 149, aux p. 561-563.

¹¹⁸⁸ Dr. fr. : F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, préc., note 1187, par. 434, p. 314; Michèle-Laure RASSAT, *Procédure pénale*, 3^e éd., Paris, Ellipses, 2017, par. 733, p. 761-763. Dr. can. : T. DOURGES, préc., note 167, aux p. 47 et suiv.

¹¹⁸⁹ Par ex. : *Loi sur les pénalités administratives en matière d'environnement*, préc., note 1089, art. 13 (1).

¹¹⁹⁰ Par ex. : *Loi sur les services de garde éducatifs à l'enfance*, RLRQ, c. S-4.1.1, art. 101.6.

¹¹⁹¹ *Loi sur la qualité de l'environnement*, préc., note 549.

en raison de leurs différences d'objectifs, le législateur a prévu que les poursuites ne peuvent pas se cumuler dans un sens et a organisé le choix de la sanction de la manière la plus alternative possible. Le projet de loi 89¹¹⁹², visant à réformer la *Loi sur la qualité de l'environnement* pour en renforcer l'efficacité, prévoyait explicitement la possibilité de cumuler l'imposition d'une sanction administrative pécuniaire avec une poursuite pénale, sauf si la personne avait déjà été reconnue coupable d'une infraction à la même disposition, pour les mêmes faits, avant la notification de la sanction administrative¹¹⁹³. Or cette mention expresse a finalement disparu, au profit d'une seule règle d'exclusion du cumul¹¹⁹⁴. Cette dernière y est plus large car il n'est finalement pas nécessaire que la personne ait déjà été reconnue coupable d'une infraction pénale, mais simplement qu'un constat ait été dressé à son encontre. L'interdiction de cumul entre une sanction administrative et une poursuite pénale vaut pour une contravention à la même disposition, survenue le même jour et fondée sur les mêmes faits, dont il a d'abord été choisi qu'elle soit traitée par la voie pénale. Le cumul est donc *a contrario* autorisé si la voie administrative est utilisée en premier. Une poursuite pénale peut donc suivre l'imposition d'une sanction administrative pour une même contravention fondée sur les mêmes faits, le même jour. La rédaction initiale de la règle du cumul fut très controversée¹¹⁹⁵. La doctrine soulignait la très grande proximité des sanctions administratives pécuniaires et des amendes pénales dans ce texte, soulevant ainsi la question de l'application de l'interdiction de la double sanction pour une même contravention¹¹⁹⁶. Or, cette règle n'est finalement pas applicable dans la mesure où la jurisprudence a rejeté l'application de

¹¹⁹² Projet de loi 89, préc. note 1171.

¹¹⁹³ Selon la première rédaction de l'article 115. 13, *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin d'en renforcer le respect*, projet de loi n° 89, Présentation – 15 avr. 2010, 1^{re} sess. 39^e lég., art. 21 :

« L'imposition d'une pénalité administrative à une personne ou à une municipalité peut se cumuler avec toute poursuite pénale intentée contre elle en raison d'une contravention à la même disposition et en raison des mêmes faits, sauf si cette personne ou municipalité a été déclarée coupable de cette infraction avant la notification de la pénalité administrative ».

¹¹⁹⁴ Art. 115.14 L.q.e.: « Aucune décision d'imposer une sanction administrative pécuniaire ne peut être notifiée à une personne ou à une municipalité en raison d'un manquement à une disposition de la présente loi ou de ses règlements lorsqu'un constat d'infraction lui a été antérieurement signifié en raison d'une contravention à la même disposition, survenue le même jour et fondée sur les mêmes faits ».

¹¹⁹⁵ Robert DAIGNEAULT, « Réforme des sanctions environnementales au Québec : droit pénal dérivé ou une dérive du droit pénal? », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents en droit de l'environnement* (2010), Cowansville, Éditions Yvon Blais, EYB2010DEV1731, p. 35 (PDF) (La référence); J. PIETTE, préc., note 149, p. 22; Christine DUCHAINE et Nicolas DUBE, « Sanctions pénales, administratives ou ordonnances : en environnement, la diligence a bien meilleur goût ! », *Développements récents en droit de l'environnement* (2013), EYB2013DEV2008, p. 30 (PDF) (La référence).

¹¹⁹⁶ R. DAIGNEAULT, préc., note 1195, p. 35 (PDF) (La référence); C. DUCHAINE et N. DUBE, préc., note 1195, p. 31 (PDF) (La référence); J. PIETTE, préc., note 149, p. 22.

l'article 11 de la Charte canadienne des droits et libertés aux sanctions administratives pécuniaires de la *Loi sur la qualité de l'environnement* au motif que les dispositions administratives relatives à la procédure et aux sanctions n'étaient pas de nature criminelle ou pénale¹¹⁹⁷. Le législateur a pourtant lui-même prévu l'interdiction d'imposer une sanction administrative pécuniaire après la délivrance d'un constat d'infraction pénale, mais pas l'inverse. Cette situation pourrait éventuellement s'expliquer car les sanctions pénales et administratives pécuniaires visent toutes deux un objectif de dissuasion¹¹⁹⁸. La sanction pénale, si elle est imposée en premier, remplirait alors à elle seule l'objectif de dissuasion laissant la sanction administrative sans intérêt¹¹⁹⁹. Dans l'autre sens, la sanction pénale viendrait compléter la sanction administrative pécuniaire apportant ce que la seconde n'est pas censée offrir : la punition. Ce n'est donc pas l'identité punitive, comme en droit français, qui viendrait justifier ici l'interdiction du cumul, mais l'identité dissuasive des sanctions. Or une telle justification ne tient que si la dissuasion peut être suffisamment distinguée de la punition. Cette affirmation est contestable, particulièrement dans le contexte de la *Loi sur la qualité de l'environnement*¹²⁰⁰. Lors des travaux parlementaires, tout en insistant sur la distinction entre les voies administrative et pénale de sanctions¹²⁰¹, le ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs, énonçait que la règle d'interdiction du cumul avait pour but « d'éviter, évidemment, la double pénalité »¹²⁰². Par ces mots, le ministre démontre que ni le

¹¹⁹⁷ Louis Brais c. Québec (Développement durable, Environnement et Lutte contre les changements climatiques), 2018 QCTAQ 07480, par. 71.

¹¹⁹⁸ J. PIETTE, préc., note 149, p. 23.

¹¹⁹⁹ M. PATRICK, préc., note 149, aux p. 559 et 563.

¹²⁰⁰ R. DAIGNEAULT, préc., note 1195, p. 23 (PDF) (La référence). *Infra*, par. 229.

¹²⁰¹ QUEBEC, ASSEMBLEE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des transports et de l'environnement*, 2^e sess., 39^e légis., 10 mai 2011, « Étude détaillée du projet de loi n°89 – Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin d'en renforcer le respect », 17 h 22 (M. Arcand) :

« [...] les sanctions administratives, c'est un complément, c'est quelque chose qui nous permet d'être plus efficaces, et ce sont des sanctions qui sont, d'une part, complémentaires et qui ne prennent pas la place du système pénal ».

¹²⁰² QUEBEC, ASSEMBLEE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des transports et de l'environnement*, 2^e sess., 39^e légis., 17 mai 2011, « Étude détaillée du projet de loi n°89 – Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin d'en renforcer le respect », 15h50 (M. Arcand) :

« [...] c'est d'éviter, évidemment, la double pénalité. Cet amendement concerne donc une restriction à l'imposition d'une sanction administrative pécuniaire lorsqu'évidemment la même personne ou municipalité fait, par ailleurs, l'objet d'une poursuite pénale en raison des mêmes faits ».

changement de nom de la sanction administrative¹²⁰³, ni le discours sur sa nature et ses objectifs distincts de ceux de la sanction pénale, ne suffisent à exclure l'inclination naturelle à les assimiler les unes aux autres en raison de leur identité de pénalité ou tout simplement de punition¹²⁰⁴. Enfin, la nécessité de prévoir un cadre général d'application faisant état des éléments à prendre en compte pour choisir entre la réaction administrative et la réaction pénale à la suite d'une même contravention à la loi, ne démontre pas tant leurs différences d'objectifs que leur grande proximité qui conduit à les faire appliquer de manière alternative dans le plus de cas possibles¹²⁰⁵ et donc à éviter de les cumuler. Il y a une certaine contradiction à considérer que deux types de sanctions qui ont un champ d'application très similaire en ce qu'elles visent la sanction de comportements largement identiques, ne servent pas les mêmes objectifs, mais ne peuvent pas se cumuler dans certaines circonstances et doivent s'appliquer de manière majoritairement alternative. Ainsi, il y a une prise en compte implicite et indirecte de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions qui dépasse leur seule identité dissuasive. Cette approche indirecte de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions par l'instauration de règles concernant leur régime ne peut être qu'incomplète.

205. De l'approche indirecte à l'approche ponctuelle. L'approche législative du phénomène de convergence des mécanismes de sanctions pénales et extra-pénales est

¹²⁰³ La dénomination de la sanction administrative a été modifiée entre la rédaction initiale de l'article 115.13 dans le projet de loi 89 et dans sa version finale. Les pénalités administratives (*Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin d'en renforcer le respect*, projet de loi n°89, Présentation – 15 avr. 2010, 1^{re} sess., 39^e légis. Qc, art. 21) sont devenues des sanctions administratives pécuniaires (*Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin d'en renforcer le respect*, projet de loi n°89, Étude détaillée – 10 mai 2011, 2^e sess., 39^e légis. Qc, art. 21), afin d'atténuer l'idée de punition plus facilement attachée au terme pénalité qu'à celui de sanction administrative pécuniaire, sans que le dispositif n'ait été substantiellement modifié sur le fond.

¹²⁰⁴ C. DUCHAINE et N. DUBE, préc., note 1195, p. 27 (PDF) (La référence). Les auteurs sont d'avis que :

« [...] l'analyse du nouveau régime des SAP permet de conclure que l'objectif réel de celles-ci demeure très similaire à celui des sanctions pénales et vise essentiellement à punir, dans un contexte de réprobation sociale, la personne responsable du non-respect, le tout en la dépouillant des protections dont elle bénéficierait si un constat d'infraction était émis pour le même manquement ».

¹²⁰⁵ C. DUCHAINE et N. DUBE, préc., note 1195, p. 33 (PDF) (La référence). Les auteurs affirment que :

« Bien que le Cadre général d'application des SAP qualifie les principaux objectifs des SAP comme étant dissuasifs pour nous faire croire qu'il s'agit d'un régime distinct de celui des sanctions pénales à caractère punitif, la procédure pour déterminer le meilleur traitement à appliquer entre le recours à une SAP ou une sanction pénale, est unique. La procédure est la même, prise par la même personne, selon les mêmes règles et critères et pour des manquements aux mêmes articles de la L.Q.E. Dans cette situation, il est selon nous difficile de justifier que ces deux régimes ne sont pas de même nature ».

indirecte en ce qu'elle ne porte pas sur les qualifications révélant la nature punitive ou répressive de ces mécanismes, mais sur leur régime. Certains mécanismes extra-pénaux sont ainsi encadrés par des règles qui relèvent habituellement du droit pénal et le législateur organise leur articulation de façon à limiter leur cumul avec les mécanismes pénaux de sanctions. En droit français, lorsque le caractère punitif de certains mécanismes extra-pénaux de sanctions est affirmé par la jurisprudence, le législateur ne s'en saisit que pour modifier, le cas échéant, les règles de régime censurées par les juridictions en raison de leur inadéquation aux garanties d'un régime pénal de sanctions. Il ne mobilise pas directement la qualification juridique donnée, ni pour le mécanisme en cause ni pour les mécanismes pour lesquels la même catégorie juridique pourrait s'appliquer. Seules les dispositions qui ont fait l'objet de la censure jurisprudentielle sont modifiées et d'autres pans du régime qui pourraient mériter des améliorations sont laissés de côté. De plus, en abandonnant la conceptualisation aux organes de contrôle du respect des normes supra-législatives, tous les mécanismes qui n'ont pas reçu la qualification jurisprudentielle adéquate peuvent échapper aux garanties pénales jusqu'à contestation devant les tribunaux. Seule une partie des mécanismes extra-pénaux de sanctions est donc concernée par la prise en compte législative de leur convergence avec les dispositifs pénaux, qui s'avère ainsi incomplète. Ce raisonnement vaut également pour le droit canadien. La considération de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions par les législateurs fédéral et provinciaux est encore plus limitée en raison du refus habituel de la jurisprudence de reconnaître le caractère punitif de certains mécanismes. En ne liant pas directement le régime des mécanismes de sanctions extra-pénaux à la proximité qu'ils ont avec les mécanismes pénaux sur le plan notionnel, c'est-à-dire en ne faisant pas résulter leur régime de leur caractère punitif, les législateurs peuvent choisir d'exclure totalement ou partiellement les principes protecteurs qui s'appliquent classiquement aux justiciables en droit pénal. Ainsi, la prise en compte indirecte de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions facilite les possibilités pour les législateurs français et canadien d'avoir une approche ponctuelle de cette même convergence.

Section 2. La prise en compte ponctuelle de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux

206. *La prise en compte incomplète à deux niveaux de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions par les législateurs.* La prise en compte partielle de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions par les pouvoirs normatifs résulte également du fait qu'elle est ponctuelle. D'un point de vue global, ce ne sont pas tous les mécanismes sanctionneurs proches des processus de peine qui ont un régime de type pénal. De plus, parmi les mécanismes qui en ont un, celui-ci n'est pas forcément complet. Ainsi, le phénomène est abordé de façon incomplète à deux échelles. La première échelle est celle de l'ordre juridique (I) et la seconde est celle du régime associé à chaque mécanisme sanctionneur extra-pénal (II).

I. La prise en compte ponctuelle de la convergence au niveau de l'ordre juridique

207. *La convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions ponctuellement envisagée à l'échelle de l'ordre juridique.* La prise en compte de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions est ponctuelle à l'échelle des ordres juridiques français et canadien car le phénomène n'est pas totalement embrassé. Le caractère punitif de certains processus est indirectement, mais évidemment admis alors qu'il ne l'est pas pour d'autres. Ainsi les mécanismes extra-pénaux dont le législateur reconnaît le caractère punitif, en raison d'incitations jurisprudentielles¹²⁰⁶, ont un régime qui obéit globalement aux garanties pénales supra-législatives¹²⁰⁷. D'autres mécanismes sont explicitement conçus comme non punitifs. Deux situations se présentent. Parfois les pouvoirs normatifs intègrent à leur régime quelques règles qui permettent de penser qu'ils prennent en compte de manière inavouée la proximité que ces mécanismes ont avec le droit pénal. Parfois l'application des garanties du droit pénal est encore plus largement niée dans le processus d'imposition de toutes les sanctions ou de quelques mesures en particulier excluant toute ressemblance avec le droit pénal. Cette situation pourrait être perçue comme la prise en compte exacte et parfaitement mesurée de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux punitifs. Les législateurs

¹²⁰⁶ Voir par ex. : *Proposition de loi réformant le système de répression des abus de marché*, préc. note 1181.

¹²⁰⁷ Des garanties parfois intégrées en plusieurs fois, au gré des questions posées devant les tribunaux et des solutions apportées par les différentes juridictions.

auraient une compréhension justement délimitée de la convergence des mécanismes au regard de leur caractère punitif. Mais cet argument ne fonctionne pas dès lors qu'il existe une très grande proximité entre certains mécanismes dont le caractère punitif a été reconnu et d'autres pour lesquels ce caractère est rejeté. S'ensuit une incompréhension de l'hétérogénéité des régimes qui régissent ces mécanismes. Les pouvoirs normatifs ne considèrent ainsi que certains cas de convergence. La matière disciplinaire illustre bien cette situation en droit français. D'une part, la nature pénale de certaines sanctions disciplinaires est acquise¹²⁰⁸. D'autre part, elle est rejetée pour les sanctions disciplinaires carcérales, ce qui n'empêche pas d'avoir inclus certaines garanties pénales dans leur régime¹²⁰⁹. En revanche, les mesures carcérales quasi-disciplinaires ne sont pas des sanctions¹²¹⁰ et continuent d'avoir un régime juridique très particulier, en dépit de leurs ressemblances avec les sanctions disciplinaires¹²¹¹. De plus, l'étendue de la prise en compte du phénomène d'émergence de la répression par les pouvoirs normatifs varie et augmente dans le temps sous l'influence de la jurisprudence. Le caractère punitif d'un mécanisme extra-pénal de sanctions peut être ignoré par les textes jusqu'à ce que les pouvoirs normatifs soient forcés de le considérer¹²¹². Il reste donc, à n'en pas douter, des mécanismes dont le caractère punitif n'est pas encore intégré par les textes, ce qui ne signifie pas qu'il n'existe pas. En droit canadien, le cas des sanctions administratives pécuniaires permet de montrer que les pouvoirs normatifs ne tiennent compte que de façon très ponctuelle de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions. Elle est en effet par exemple presque totalement¹²¹³ exclue entre les sanctions administratives pécuniaires et les amendes pénales sur le plan notionnel. Ainsi, les

¹²⁰⁸ Par ex. : les peines disciplinaires applicables aux officiers publics ou ministériels, art. 3 de l'*Ordonnance n° 45-1418 du 28 juin 1945 relative à la discipline des notaires et de certains officiers ministériels*, J.O. 29 juin 1945, p. 3926 (Cons. const. 28 mars 2014, n°2014-385 QPC, *M. Joël M.*, par. 6 et 7); les peines disciplinaires applicables aux experts-comptables, art. 53 de l'*Ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable*, J.O. 21 sept. 1945, p. 5938 (Cons. const. 29 nov. 2019, n°2019-815 QPC, *Mme Carole L.*, par. 7, 8 et 9).

¹²⁰⁹ *Supra*, par. 197.

¹²¹⁰ Pour la mise à l'isolement par ex. art. R. 213-18 C. pénit.

¹²¹¹ Quelques avancées en faveur des droits ont eu lieu mais la protection est globalement plus restreinte qu'en matière de sanctions disciplinaires : M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, préc., note 1130, par. 344.00, p. 1014. Particulièrement pour la mise à l'isolement : *Id.*, par. 3441.15, 3441.28 et 3441.111, p. 1017, 1020 et 1028.

¹²¹² Récemment, concernant la procédure de sanctions prises par l'Agence française de lutte contre le dopage : *Ordonnance n° 2018-603 du 11 juillet 2018 relative à la procédure disciplinaire devant l'Agence française de lutte contre le dopage*, préc. note 1167.

¹²¹³ Elle est, comme précédemment exposé, parfois prise en compte de manière indirecte et implicite dans certains mécanismes qui prévoient quelques règles d'encadrement ou d'articulation semblables au droit pénal.

sanctions pécuniaires administratives sont généralement considérées comme non pénales et non punitives et leur régime n'inclut pas, ou que de façon très limitée, les garanties attachées à l'infliction des peines. Par exemple, en Ontario, la *Loi sur la protection de l'environnement*¹²¹⁴, ne permet pas les défenses de diligence raisonnable et d'erreur de fait raisonnable¹²¹⁵ et admet encore le cumul de poursuites pénales et administratives¹²¹⁶. Pourtant, de nombreuses sanctions administratives pécuniaires peuvent être perçues comme des sanctions pénales déguisées¹²¹⁷. Elles ont pour fondement matériel des comportements parfois très proches ou identiques, protègent des valeurs semblables et peuvent se révéler de montants très sévères.

208. Une prise en compte arbitraire de la convergence en l'absence d'incitation jurisprudentielle. En l'absence de conceptualisation de la punition ou de la répression, et *a fortiori* lorsqu'aucune juridiction ne les oblige à prendre en compte le caractère pénal d'un processus de sanctions, les législateurs peuvent tout simplement choisir ceux auxquels ils veulent appliquer des garanties pénales et les exclure pour les autres. Il en résulte donc une prise en compte incomplète du phénomène de convergence dans les ordres juridiques français et canadien. Cette situation engendre des risques d'atteinte à la prévisibilité du droit et à sa cohérence. La différence entre la situation française et la situation canadienne sur la question de la nature punitive des sanctions administratives est intéressante. Elle ne révèle pas tant une différence sur la prise en compte de la convergence des mécanismes punitifs pénaux et extra-pénaux par les législateurs, que l'importance de la position jurisprudentielle quant à ce phénomène. Le législateur adapte le régime des mesures si l'organe de contrôle du respect des normes supra-législatives lui

¹²¹⁴ *Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1990, c. E.19. Le législateur précise que les pénalités administratives ont pour objet d'assurer le respect de la loi et « d'empêcher qu'une personne ou une entité tire, directement ou indirectement, des avantages économiques du non-respect de la présente loi » : *Loi visant à alléger le fardeau administratif qui pèse sur la population et les entreprises en édictant, modifiant ou abrogeant diverses lois et en abrogeant divers règlements*, L.O. 2019, c. 14 [*Loi de 2019 pour mieux servir la population et faciliter les affaires*], Annexe 8, art. 16, modification de *Loi sur la qualité de l'environnement*, art. 182.1 (1).

¹²¹⁵ *Loi sur la protection de l'environnement*, préc., note 1132, art. 182.1 (6).

¹²¹⁶ *Id.*, art. 181.1 (11). Cette disposition a cependant été en partie modifiée : *Loi de 2019 pour mieux servir la population et faciliter les affaires*, préc., note 1132, Annexe 8, art. 16. Les modifications de cette disposition ne sont pas encore entrées en vigueur.

¹²¹⁷ Sur ce questionnement, de manière générale : A.-M. BOISVERT, préc., note 2; P. ISSALYS, préc., note 2, part. aux p. 827-829; D. MCLEOD, « *Facing the Consequences: Should the Charter Apply to Administrative Proceedings Involving Monetary Penalties?* », préc., note 75; D. MCLEOD, « *An Unacceptable Standard: Administrative Monetary Penalties and the Erosion of Section 11 Protections in the Wake of Guindon* », préc., note 75. Concernant les sanctions administratives en matière d'assurance-emploi : P. ISSALYS, préc., note 2, part. à la p. 885. Pour les sanctions administratives pécuniaires en matière d'environnement au Québec : C. DUCHAINE et N. DUBE, préc., note 1195, pp. 27 et 33 (PDF) (La référence).

enjoint de le faire, au regard des notions constitutionnelles définies par cet organe. Ce report du rôle de définition de la punition, la transformant en une question d'interprétation de la norme supra-constitutionnelle, rend particulièrement nécessaire la construction d'une jurisprudence fiable et protectrice. Cette nécessité se confirme en raison de la prise en compte incomplète de la convergence également au niveau du régime de chaque mécanisme extra-pénal de sanctions révélé par le nombre limité de règles pénales incluses dans les régimes de ces mécanismes.

II. La prise en compte ponctuelle de la convergence dans le régime des mécanismes extra-pénaux de sanctions

209. *Le caractère ponctuel de la prise en compte de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions à l'échelle de chaque mécanisme sanctionnateur.*

La proximité entre le droit pénal et certains mécanismes sanctionnateurs extra-pénaux est parfois prise en compte, mais ne justifie pas l'application générale du régime des peines aux autres mesures : les législateurs opèrent des choix parmi les garanties qu'ils veulent faire appliquer. L'absence d'assimilation notionnelle directe permet d'éviter d'importer totalement les garanties pénales dans le régime du mécanisme extra-pénal. La prise en compte de sa convergence avec le droit pénal demeure donc ponctuelle. Il peut en résulter un manque de cohérence et de lisibilité du régime de ces mécanismes. Le droit disciplinaire carcéral (A) et les sanctions administratives (B) sont deux exemples de cette situation.

A. La prise en compte ponctuelle de la proximité entre le droit pénal et le droit disciplinaire carcéral

210. *Le régime pénal minimaliste du droit disciplinaire carcéral.* Tant en droit français que canadien, la ressemblance entre les processus de sanctions de la discipline carcérale et du droit pénal a incité les pouvoirs publics, généralement par l'intermédiaire des tribunaux, à améliorer le régime juridique des sanctions disciplinaires en octroyant davantage de garanties aux détenus. Pour autant, en l'absence d'une assimilation notionnelle, voire dans un contexte de refus constant d'affirmer la réalité de cette assimilation¹²¹⁸, les pouvoirs normatifs peuvent limiter l'importation des garanties pénales au sein des dispositifs disciplinaires carcéraux. Par exemple, en droit français,

¹²¹⁸ *Supra*, note 1171.

malgré la présence obligatoire d'une personne extérieure à l'administration pénitentiaire comme membre assesseur de la commission disciplinaire, l'impartialité objective n'est pas totalement acquise dès lors que sa composition fait toujours une large place au chef d'établissement¹²¹⁹. En droit canadien, les audiences disciplinaires pour infractions graves sont tenues par un président indépendant,¹²²⁰ mais pour les infractions disciplinaires mineures, la présidence revient au directeur du pénitencier ou l'agent qu'il a désigné¹²²¹. Le droit à l'assistance d'un avocat incluant sa présence à l'audience n'est également prévu par la loi que pour les infractions disciplinaires graves¹²²². De même, en droit français comme en droit canadien¹²²³, il n'existe pas de règles de non-cumul de poursuites ou de sanctions entre le droit disciplinaire et le droit pénal lorsqu'un fait est susceptible de déclencher les deux types de poursuites. L'évolution des règles encadrant les mécanismes administratifs de sanctions et leur coexistence avec le droit pénal démontre également cette prise en compte très ponctuelle du phénomène de convergence.

B. La prise en compte ponctuelle de la proximité entre les sanctions administratives et les peines

211. *L'intégration disparate des garanties pénales dans les mécanismes administratifs de sanctions en droit français.* En droit français, les principes de droit pénal encadrant l'incrimination, la poursuite et la sanction des manquements administratifs sont intégrés petit à petit et par touches, dans les dispositions législatives et réglementaires. Par exemple, l'évolution des règles relatives au processus de sanctions en matière de marchés financiers s'est réalisée en plusieurs étapes malgré la qualification de sanction ayant le caractère de punition de tout un ensemble de mesures dès 1989¹²²⁴. L'intégration du principe d'impartialité objective s'est faite en 2000¹²²⁵ alors qu'il a fallu

¹²¹⁹ Le chef d'établissement, ou son délégataire, préside la commission de discipline (art. R. 234-2 C. pénit.), il désigne ses membres assesseurs (art. R. 234-6 C. pénit.) et il prononce les sanctions disciplinaires, ses assesseurs n'ayant qu'une voix consultative (art. R. 234-3 C. pénit.).

¹²²⁰ *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, préc., note 1071, art. 27(2).

¹²²¹ *Id.*, art. 27(1).

¹²²² *Id.*, art. 31(2).

¹²²³ En dr. fr. : Jean-Paul CÉRÉ, *Droit disciplinaire pénitentiaire*, 2^e éd., coll. Bibliothèques de droit, Paris, L'Harmattan, 2020, p. 90-93; M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, préc., note 1130, par. 3222.11, p. 771. En dr. can. : aucune règle n'empêche ce cumul dans la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* ni dans le *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. Les sanctions disciplinaires, à l'exception de l'emprisonnement, n'ont pas été qualifiées de véritables conséquences pénales, ce qui empêche l'application du principe de l'interdiction des doubles poursuites ou sanctions sur le fondement de l'article 11 h) de la Charte canadienne.

¹²²⁴ Cons. const. 28 juill. 1989, préc., note 1179.

¹²²⁵ Décret n° 2000-721, préc. note 1166.

attendre 2016 pour que la coexistence des processus répressifs pénal et administratif respecte pleinement le principe de nécessité des délits et des peines¹²²⁶. Ensuite, la question de l'impartialité objective des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes est régulièrement posée. Elle pourrait être anticipée par les pouvoirs normatifs au regard des qualifications de sanctions ayant le caractère de punition qui existent déjà pour savoir à quelles autorités appliquées les règles dégagées en jurisprudence. Elle ne l'est pas car ils se contentent de réagir aux décisions du Conseil constitutionnel¹²²⁷. Enfin, il est loisible au législateur d'organiser, dans la plupart des cas¹²²⁸, un cumul de poursuites et de sanctions entre différentes voies répressives dès lors qu'il est, *in fine*, limité par le respect du principe de proportionnalité des peines. Le principe de nécessité des délits et des peines est donc appliqué par le législateur de manière fluctuante en l'absence d'une réflexion plus conceptuelle et générale sur le problème de la coexistence des voies répressives multiples. Seules les dispositions relatives à la poursuite des manquements et infractions relatives aux marchés en font une application plus stricte¹²²⁹. En droit canadien, la situation relative aux sanctions administratives pécuniaires démontre également cette prise en compte ponctuelle de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanction dans leur régime.

212. La prise en compte exceptionnelle de la proximité entre les sanctions administratives pécuniaires et les peines en droit canadien. La prise en compte de la convergence des sanctions administratives pécuniaires et des peines en droit canadien est ponctuelle car elle relève plus de l'exception que du principe; seules quelques règles issues du régime pénal sont mises en place, comme les règles de non-cumul entre ces différents processus de sanctions. D'autres garanties, qui devraient s'ensuivre du caractère punitif de certains processus, n'existent pas. Le principe d'impartialité est par

¹²²⁶ Cette différence temporelle peut s'expliquer par différents facteurs : l'influence de la jurisprudence européenne qui a elle-même beaucoup évolué sur la question de l'application du principe *ne bis in idem* et l'évolution des dispositions en cause, notamment quant aux montants des amendes administratives, devenus de plus en plus élevés jusqu'à dépasser les amendes pénales. Néanmoins, il apparaît que la qualification de sanction ayant le caractère de punition, si elle avait été directement appréhendée par le législateur ou traduite par lui dans les textes, l'aurait amené à réfléchir aux évolutions choisies afin de vérifier leur compatibilité aux garanties pénales.

¹²²⁷ Par exemple, le processus de sanctions de l'agence française de lutte contre le dopage (ci-après AFLD) a été modifié à la suite d'une QPC (Cons. const. 2 fév. 2018, préc. note 1168) : Ordonnance n° 2018-603, préc. note 1167, art. 1 (instauration d'une commission des sanctions au sein de l'AFLD).

¹²²⁸ L'identité de nature n'ayant été admise que dans le cadre des sanctions pénales et administratives des abus de marchés lorsque les amendes administratives étaient devenues largement supérieures aux amendes pénales : Cons. const. 18 mars 2015, préc., note 1174, par. 26.

¹²²⁹ Cons. const. 18 mars 2015, préc. note 1174.

exemple largement remisé¹²³⁰. Cela n'est pas satisfaisant car le principe administratif d'équité procédurale¹²³¹, qui lui est proche sans lui être toujours assimilé¹²³², n'apporte pas une protection réelle et immédiate¹²³³. Trouvant sa source dans les principes classiques du droit administratif, il fait l'objet d'une mise en œuvre très souple pour les autorités, qui en amoindrissent largement l'intérêt¹²³⁴.

213. Conclusion du Chapitre 1. Que ce soit dans l'ordre juridique français ou canadien, les législateurs opèrent un report de la conceptualisation de la répression sur la jurisprudence. Ils se contentent de manifester un intérêt indirect et ponctuel envers la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions, en construisant pour quelques mécanismes uniquement un régime se rapprochant de celui des peines. Le choix de ces mécanismes est souvent contraint par la jurisprudence, le législateur modifiant les textes surtout en réaction à ses décisions. Il en résulte des régimes juridiques hétérogènes pour des mécanismes de sanction proches les uns des autres au regard des comportements sanctionnés et des sanctions elles-mêmes. La cohérence du droit est ainsi malmenée en raison d'un manque d'harmonie, de concordance, entre les règles qui régissent des situations juridiques semblables. Des mécanismes extra-pénaux de sanction dont la nature

¹²³⁰ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art 23; *Loi sur la justice administrative*, RLRQ, c. J-3, (ci-après L.j.a.), art. 9. Il ne s'applique que devant un tribunal, ce qui signifie en contexte de sanctions administratives dans le cadre de la L.q.e., qu'il n'apparaît dans la procédure qu'après les deux premières étapes de sanctions administratives dont la première qui impose la sanction et la seconde qui permet une demande de révision administrative.

¹²³¹ Le principe d'équité procédurale s'applique en principe à l'entier processus d'imposition d'une sanction administrative pécuniaire : *Succession Paul-Euclide Miron c. Québec (Développement durable, Environnement, Faune et Parcs)*, 2016 QCTAQ 0454, par. 200; *Énergie Valero Inc. c Québec (Développement durable, Environnement, Faune et Parcs)*, préc., note 1091, par. 157.

¹²³² La *Loi sur la justice administrative*, préc., note 1230, distingue en effet entre le devoir d'agir équitablement dans le contexte d'une décision individuelle prise à l'égard d'un administré en vertu de l'exercice d'une fonction administrative (art. 2 L.q.e.) et le devoir d'agir de façon impartiale dans les procédures menant à une décision prise par le Tribunal administratif du Québec ou par un autre organisme de l'ordre administratif chargé de trancher des litiges opposant un administré à une autorité administrative (art. 9 L.q.e.). L'impartialité est pourtant un élément de l'équité procédurale selon la définition jurisprudentielle : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, préc., note 1091, par. 28; *Succession Paul-Euclide Miron c. Québec (Développement durable, Environnement, Faune et Parcs)*, préc., note 1149, par. 199; *Énergie Valero Inc. c Québec (Développement durable, Environnement, Faune et Parcs)*, préc., note 1091, par. 156.

¹²³³ La jurisprudence affirme la violation systématique du principe d'équité procédurale relativement à l'application de la *Loi sur la qualité de l'environnement* mais n'en tire aucune conséquence en considérant qu'elle peut être couverte par le respect du principe ultérieurement à sa violation initiale : *Succession Paul-Euclide Miron c. Québec (Développement durable, Environnement, Faune et Parcs)*, préc., note 1149, par. 229-230; *Louis Brais c. Québec (Développement durable, Environnement et Lutte contre les changements climatiques)*, préc., note 1115, par. 71.

¹²³⁴ J. PIETTE et O. DULUDE, « L'équité procédurale lors de l'imposition d'une sanction administrative pécuniaire en vertu de la Loi sur la qualité de l'environnement », préc., note 1173, part. pp. 7 à 9; J. PIETTE, « La contestation des sanctions administratives pécuniaires en vertu de la Loi sur qualité de l'environnement », préc., note 1173, p. 12-14.

apparaît très proche ne sont pas dotés de règles très uniformes, ni entre eux ni par rapport aux peines. Il semble y avoir ainsi une rupture avec la logique juridique selon laquelle une identité de nature entraîne une identité de régime¹²³⁵. Au regard de cette situation, le rôle de la jurisprudence est grand. Elle doit assumer la charge de la définition de la nature juridique des mécanismes et assurer la cohérence et la prévisibilité des règles qui leur sont applicables. Malheureusement, eu égard à différentes incohérences dans les constructions théoriques jurisprudentielles de la nature pénale ou punitive d'un mécanisme de sanction, les propositions normatives du Conseil constitutionnel, de la CEDH et de la Cour suprême sont décevantes. Les critères de qualification des notions permettant les assimilations des mécanismes de sanctions pénales et extra-pénales en convergence sont discutables. Certains mécanismes sont ainsi écartés de toute assimilation pour des raisons dont la logique peut être mise en doute. L'émergence de la répression est ainsi inachevée parce que la jurisprudence prend en compte de manière aléatoire la convergence des mécanismes de sanctions pénales et extra-pénales.

¹²³⁵ J.-L. BERGEL, préc., note 1170, par. 3. Le droit n'ignore pas les situations juridiques qui peuvent se rattacher à plusieurs catégories. Néanmoins, les catégories de rattachement sont alors des catégories cumulatives parce qu'elles opèrent des classifications selon différents points de vue : *Id.*, par. 11. En revanche, lorsqu'il est question d'une classification fondée sur l'opposition de deux caractères antinomiques, une même chose ne peut pas être rattachée à la fois à une catégorie et son opposée : *Id.*, par. 15. Ainsi, les mesures ne peuvent pas être à la fois punitives et non punitives et avoir certaines règles de régime non contraintes par les garanties pénales et d'autres dictées par elles.

Chapitre 2. La prise en compte aléatoire de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions dans la jurisprudence

214. *L'émergence inachevée de la répression.* L'émergence d'une notion unifiée de répression est inachevée en jurisprudence, car aucune des qualifications développées par les organes de contrôle du respect des normes supra-législatives françaises ou canadiennes n'est suffisante. D'une part, aucune ne consacre de notion de répression. Il est plutôt question des notions d'infraction ou de matière pénale, de procédure de nature criminelle, de peine, de véritable conséquence pénale ou de sanction ayant le caractère d'une punition. D'autre part, aucune n'est susceptible de prendre en compte le phénomène de convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions répressives dans son entier. En raison de différentes incohérences, chacune laisse, d'une façon ou d'une autre, certains mécanismes en dehors de son cadre notionnel, et par conséquent, en dehors du cadre des garanties pénales associées. Les différentes catégories de peine ou de punition, apparues en jurisprudence avec un potentiel d'attraction des mécanismes sanctionneurs très ouvert, se sont ainsi révélées limitées. L'application restrictive des notions jurisprudentielles entraîne l'exclusion du champ pénal de sanctions différentes dans chaque ordre juridique.

215. *Un champ punitif aux contours différents en droit français et canadien.* Pour comprendre les critiques relatives aux définitions des différentes notions de peine et punition, et en conséquence aux méthodes de qualification des mécanismes au regard de ces notions, il faut préalablement distinguer les situations française et canadienne. Le champ de mesures couvert par ces notions est différent dans chaque ordre juridique. En droit français, tant des mesures administratives, civiles que disciplinaires ont pu être qualifiées de sanctions ayant le caractère de punition¹²³⁶. Cela démontre une application large de la notion, fondée sur une définition ouverte. Au contraire, en droit canadien, malgré des notions – la procédure de nature criminelle et la véritable conséquence pénale – *a priori* établies pour s'appliquer au-delà du droit pénal¹²³⁷, la jurisprudence en fait une

¹²³⁶ *Supra*, par. 123 et suiv.

¹²³⁷ *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, par. 24; *R. c. Shubley*, préc., note 150, 18. La juge McLachlin précise que « la logique de l'arrêt *R. c. Wigglesworth* consiste à procéder, non pas à une analyse fondée sur la catégorie, mais à l'application des principes généraux qui y sont énoncés », conduisant à mener une appréciation des procédures en cause au regard des critères établis.

application qui tend à exclure en pratique quasi-systématiquement¹²³⁸ ces qualifications pour toutes les mesures extra-pénales¹²³⁹. En revanche, les réflexions internes à la matière pénale conduisent les juges de la Cour suprême à adopter une définition large de la peine dans le cadre de l'article 11 de la Charte canadienne. Par exemple, les changements rétroactifs aux conditions de la sanction originale ayant pour effet d'aggraver la peine du délinquant en prolongeant automatiquement sa privation de liberté sont une peine¹²⁴⁰, de même que, l'ordonnance d'interdiction de se livrer à différentes activités quotidiennes après un retour en liberté à la suite d'une condamnation pour une infraction sexuelle énumérée dans le *Code criminel*¹²⁴¹, perpétrée à l'égard de mineurs de 16 ans¹²⁴². Ainsi, l'assimilation par la Cour suprême de certaines mesures¹²⁴³ à des peines est plus souple que dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ce dernier considère en effet notamment que la surveillance judiciaire imposée à un condamné libéré, composé d'un certain nombre de contraintes, dont la possibilité d'un placement sous surveillance électronique mobile, en raison du risque élevé de récidive qu'il présente¹²⁴⁴ n'est ni une peine ni une sanction¹²⁴⁵. Or, que ce soit lorsque la Cour suprême exclut les qualifications

¹²³⁸ Pour deux exceptions en matière de discipline, voir la qualification de véritable conséquence pénale de l'emprisonnement dans les affaires *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, par. 26; et *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259 (CSC), 282. Voir égal. l'affirmation du rôle de nature publique du *Code de discipline militaire* des Forces armées canadiennes : *R. c. Généreux*, préc., cette note, à la p. 281.

¹²³⁹ *R. c. Shubley*, préc., note 150 (isolement cellulaire de 5 jours et régime alimentaire réduit); *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 151 (confiscation compensatoire de 315 458 \$); *Guindon c. Canada*, préc., note 151 (546 747 \$ de pénalités pour de faux énoncés sur des reçus officiels de dons); *R. v. Samji*, préc., note 151 (sanction administrative pécuniaire de 33 millions de dollars).

¹²⁴⁰ *Canada (Procureur général) c. Whaling*, préc., note 173, par. 60. Cette solution se rapproche de celle de la CEDH concernant les mesures ayant un impact sur la portée de la peine : *supra*, par. 187.

¹²⁴¹ Art. 161 (1) C.cr.

¹²⁴² *R. c. K.R.J.*, préc., note 173, par. 49.

¹²⁴³ L'ordonnance d'interdiction de se livrer à différentes activités quotidiennes après un retour en liberté s'apparente à une mesure de sûreté dans la mesure où elle a une fonction protectrice prépondérante : *Id.*, par. 44.

¹²⁴⁴ Art. 723-29 à 723-39 C. proc. pén. Les critères pris en compte ne sont pas tout à fait les mêmes et les modalités des mesures diffèrent également en partie. Ces différences sont intéressantes pour comprendre au moins en partie la divergence de solutions. Ainsi, à la différence de la surveillance judiciaire, l'ordonnance d'interdiction de l'art. 161 (1) C.cr. est prise par le Tribunal qui inflige la peine ou ordonne l'absolution, ce qui a fait pencher la balance en faveur de la qualification de peine : *Id.*, par. 50. Elle doit être prononcée sur le fondement d'une preuve établissant que le contrevenant représente un risque pour les enfants et avec la conviction que les conditions dont elle est assortie visent raisonnablement à réduire ce risque. La prépondérance de la fonction de protection de la mesure ne suffit en revanche pas à l'exclure de la qualification pénale dans la mesure où cette fonction est une fonction de la peine : *Id.*, par. 33 et 52. Elle se rattache également à d'autres objectifs de la peine car elle vise à protéger les enfants en isolant le contrevenant du reste de la société et à favoriser sa réinsertion sociale en décourageant la violence sexuelle, de plus elle n'est pas automatique et doit être adaptée à la situation du délinquant. *Id.*, par. 47, 48 et 52. L'interdiction peut être perpétuelle ou temporaire et prend effet à la date de l'ordonnance ou, à la remise en liberté de la personne condamnée à de l'emprisonnement pour l'infraction qui donne lieu à l'ordonnance, y compris en libération conditionnelle ou d'office, ou sous surveillance obligatoire : art. 161 (2) C.cr.

¹²⁴⁵ Cons. const., 8 déc. 2005, n° 2005-527 DC, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, par. 14.

de punition pour les mesures extra-pénales ou quand le Conseil constitutionnel les rejette pour certaines mesures pénales ou extra-pénales, les justifications théoriques sont souvent très discutables en raison d'erreurs de logique. Les raisonnements de la CEDH ne sont pas non plus exempts de critiques quand elle écarte certaines mesures du champ de la matière pénale ou de la peine. Ainsi, les différences de champ d'application des notions de peine et punition font apparaître, au-delà des divergences de solutions résultant de critères distincts ou de mécanismes aux caractéristiques diverses, des arguments contestables très semblables.

216. *Des méthodes de qualification contestables.* Tant en droit français que canadien, les méthodes jurisprudentielles d'assimilation des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions sont discutables. En raison de raisonnements incohérents, la prise en compte de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions est aléatoire et incomplète. Ce constat vaut également lorsqu'il s'agit d'analyser, au sein des mécanismes pénaux, ceux qui sont strictement des peines et ceux qui ne le sont pas, avec des questions identiques quant à leur caractère punitif et des conséquences similaires quant à leur encadrement par les garanties constitutionnelles pénales. Ainsi, certains mécanismes, pénaux ou extra-pénaux, sont qualifiés de mécanismes punitifs, quand d'autres, pourtant similaires ne le sont pas. Plus encore, dans certaines situations, les critères jurisprudentiels de la peine ou de la punition permettraient la qualification pénale du mécanisme étudié, mais l'organe de contrôle les interprète de façon à pouvoir la rejeter. Dans chaque ordre juridique, les notions de peine ou de punition, au potentiel pourtant attractif, sont artificiellement limitées. Cela rend leur application aléatoire et leur utilisation insuffisante pour prendre en compte l'ensemble des manifestations de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions. La définition d'une catégorie juridique repose sur l'existence ou l'absence d'un ou plusieurs éléments qui sont unis entre eux par une structure particulière¹²⁴⁶. Or, dans le cas des notions étudiées, des critiques peuvent être formulées à la fois à l'encontre des critères et de leurs liens. Ainsi, tant le choix des critères d'assimilation de ces mécanismes (Section 1) que celui de leur articulation (Section 2) sont discutables¹²⁴⁷.

¹²⁴⁶ J.-L. BERGEL, préc., note 1170, par. 3 et 7.

¹²⁴⁷ Il n'est pas ici question de remettre en cause chaque élément de réflexion permettant de déterminer la nature pénale ou non pénale d'un dispositif de sanction mais de mettre en avant les critiques communes

Section 1. Des critères discutables d'assimilation des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions

217. Critiques méthodologiques et substantielles du choix des critères d'assimilation.

L'émergence d'une notion unifiée de répression est inachevée car les théories jurisprudentielles ne permettent pas une assimilation cohérente et prévisible des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanction. Premièrement, des faiblesses apparaissent dans la définition de certains critères des notions employées pour réaliser l'assimilation. Le contenu de ces critères est en effet inconsistant (I). Deuxièmement, les raisonnements sur lesquels reposent la qualification des différentes notions sont illogiques. Certains critères sont ainsi méthodologiquement inadaptés (II).

I. Des critères inconsistants

218. Des catégories juridiques incertaines résultant de critères inconsistants.

Certains critères de qualification des notions construites par la CEDH, le Conseil constitutionnel ou la Cour suprême, pour opérer une assimilation entre les mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanction, sont discutables, car leur contenu est inconsistant. Une classification qui se fonde sur une distinction bipartite, punition et absence de punition, repose sur l'opposition entre deux caractères antinomiques ou sur l'existence d'un élément déterminé¹²⁴⁸. L'antinomie doit donc être réelle ou l'élément suffisamment bien défini. À défaut, la catégorie juridique est incertaine. Or, les critères choisis pour déterminer les notions d'infraction, de procédure ou de sanction pénales ont, pour plusieurs d'entre eux, un contenu incertain en raison du recours à des distinctions fragiles (A) ou à une définition imprécise (B).

A. Les critères fondés sur des distinctions fragiles

219. Des oppositions discutables au fondement des critères des objectifs de la loi et du but de la mesure. Les distinctions utilisées pour l'étude de certains critères sont fragiles. Par conséquent, les résultats de la qualification réalisée sur le fondement de ces

aux différentes théories jurisprudentielles. La mise en avant de problématiques semblables de détermination de la punition apparaît comme un bon moyen de détecter ce qui doit être modifié dans la prise en compte jurisprudentielle de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions. En éliminant ces difficultés, l'assimilation qui pourra résulter d'une construction théorique ne devrait plus être artificiellement limitée et l'émergence de la répression pourra être achevée.

¹²⁴⁸ J.-L. BERGEL, préc., note 1170, par. 15.

critères sont incertains et permettent de remettre en cause le bien-fondé des solutions jurisprudentielles qui excluent certains mécanismes pénaux ou extra-pénaux des catégories assimilées aux peines *stricto sensu*. Deux critères ont des contenus établis sur des distinctions fragiles : les objectifs de la loi pour qualifier la nature procédurale d'une affaire dans la jurisprudence de la Cour suprême (1) et le but ou la finalité de la sanction, que l'on retrouve dans les trois théories jurisprudentielles de la peine ou de la punition (2).

1. Les distinctions fragiles du critère des objectifs de la loi dans la jurisprudence de la Cour suprême

220. Deux distinctions fragiles au fondement du critère des objectifs de la loi dans la jurisprudence de la Cour suprême¹²⁴⁹. La définition des objectifs de la loi, comme critère de qualification de la nature procédurale d'une affaire dans la jurisprudence de la Cour suprême, est fondée sur une double distinction, dont les deux propositions peuvent être discutées. Ainsi, les différenciations entre l'objectif de punition d'un individu amené à rendre compte à la société d'un comportement contraire à l'intérêt public et l'objectif de prévention des comportements pour la protection du public (a) et entre le but général de protéger la société et le but de réglementer et contrôler certaines activités dans une sphère limitée (b) sont fragiles car elles ne sont pas suffisamment antinomiques.

a. L'opposition fragile entre l'objectif de punition d'un individu amené à rendre compte à la société d'un comportement contraire à l'intérêt public et l'objectif de prévention des comportements pour la protection du public

221. Rappel de la distinction entre le droit criminel et le droit pénal réglementaire. Selon une première distinction, les lois criminelles ont pour objectif la punition de la personne, amenée à rendre compte à la société d'un comportement contraire à l'intérêt public. À l'inverse, les lois qui visent la prévention des comportements pour la protection du public ne sont pas criminelles. Cette dichotomie fait apparaître une incohérence flagrante dans les conceptions théoriques jurisprudentielles des distinctions entre droit criminel, droit pénal réglementaire et droit administratif. Pour rappel, la distinction entre droit criminel et droit pénal réglementaire est principalement fondée sur le partage

¹²⁴⁹ Pour la définition du critère voir *supra*, par. 176.

constitutionnel des compétences, mais elle est justifiée sur un plan substantiel au regard de leurs objectifs respectifs distincts¹²⁵⁰. De manière générale, les infractions pénales réglementaires sont dites contre « le bien-être public »¹²⁵¹ car elles visent « la protection du public contre certaines activités et comportements jugés dangereux ou nocifs et est édictée pour le bien-être collectif »¹²⁵². La jurisprudence elle-même considère les infractions pénales réglementaires comme des « mesures réglementaires [qui] visent généralement à prévenir un préjudice futur par l'application de normes minimales de conduite et de prudence »¹²⁵³. Par exemple, au Québec, les infractions pénales réglementaires qui sanctionnent les manquements à la Loi sur les valeurs mobilières ont un objectif avant tout préventif en ce qu'elles visent à garantir le respect des normes qu'elle prescrit¹²⁵⁴. Son aspect punitif ressort des peines encourues qui peuvent apparaître sévères, mais ne contribue que « de façon accessoire à la raison d'être de cette loi d'encadrement du secteur financier »¹²⁵⁵. Le droit pénal réglementaire aurait ainsi un effet et non un objet punitif¹²⁵⁶ alors que la finalité du droit criminel est de châtier ou punir le contrevenant qui enfreint une valeur fondamentale de la société¹²⁵⁷. Du point de vue de l'article 11 de la Charte canadienne, malgré une telle différence notionnelle entre les infractions criminelles et les infractions pénales, les garanties judiciaires sont applicables aux deux catégories d'infractions d'après la décision *Wigglesworth* car elles s'appliquent aux personnes que l'État « poursuit pour des infractions publiques comportant des sanctions punitives »¹²⁵⁸. En excluant certaines procédures du champ de l'article 11, parce qu'elles sont des « procédures de nature administrative engagées pour protéger le public conformément à la politique générale d'une loi », la Cour suprême semble oublier sa propre jurisprudence.

¹²⁵⁰ Égal. en ce sens : A.-M. BOISVERT, préc., note 2, 206.

¹²⁵¹ *R. c. Pierce Fisheries Ltd*, [1971] R.C.S. 5 (CSC), 13; *Renvoi sur la Motor Vehicule Act (C.-B.)*, préc., note 395, par. 102.

¹²⁵² Jean TURGEON, préc., note 238.

¹²⁵³ *R. Wholesale Travel Group Inc.*, préc., note 395, 219.

¹²⁵⁴ A. LETOURNEAU, préc., note 881.

¹²⁵⁵ *Id.*, par. 6.

¹²⁵⁶ Cette distinction est elle-même sujette à débat. Voir : A.-M. BOISVERT, H. DUMONT et A. STYLIOU, préc., note 167, aux pp. 475 et suiv., spéc. pp. 480 et 481. Selon les auteurs, « la mise en œuvre des sanctions pénales dans le domaine réglementaire marque toutefois l'échec de la prévention générale et a pour objet de punir la violation d'un interdit ».

¹²⁵⁷ G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, préc., note 307, p. 61; A. LÉTOURNEAU, préc., note 881, par. 6. Pour la place du châtement dans la détermination de la peine voir : *R. c. M (C.A.)*, préc., note 228, par. 76-82.

¹²⁵⁸ *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, par. 16 et en d'autres termes, par. 23.

222. *La proximité des objets du droit du droit pénal réglementaire et du droit administratif.* L'objet des procédures administratives apparaît très similaire à celui des infractions pénales réglementaires. La décision *Sault Ste Marie* avait déjà dit à propos de ces dernières qu'elles étaient « essentiellement de nature civile et pourraient fort bien être considérées comme une branche du droit administratif »¹²⁵⁹. Ainsi, concernant les lois qui prévoient pour les mêmes comportements à la fois des sanctions administratives et pénales, il est difficile d'envisager que leurs objectifs varient selon la voie de poursuites choisie. Selon ces conceptions, les sanctions administratives et les peines du droit pénal réglementaire sont bien plus proches dans leur nature et leur objet que ne le sont le droit criminel et le droit pénal réglementaire¹²⁶⁰. En ce sens, il apparaît moins logique que le droit criminel forme avec le droit pénal réglementaire un bloc duquel est exclu le droit administratif sanctionnateur.

223. *L'incohérence d'une exclusion généralisée du droit administratif sanctionnateur des matières pénales lato sensu.* La distinction entre le droit criminel et le droit pénal réglementaire d'un côté et la distinction entre le droit pénal et le droit administratif de l'autre ne répondent pas à la même question. La première permet d'organiser la répartition constitutionnelle des compétences en matière de droit pénal alors que la seconde se préoccupe de l'applicabilité de l'article 11 de la Charte canadienne. Cela ne fait pourtant pas disparaître les incohérences qui résultent de la confrontation de ces questions¹²⁶¹. Les objectifs du droit pénal réglementaire et ceux du droit administratif sanctionnateur sont similaires et aucune conséquence n'en est tirée sur le régime des sanctions administratives. Si l'on considère la nécessité d'appliquer certaines garanties aux infractions pénales réglementaires, il faut se demander si elles ne devraient pas aussi s'appliquer aux manquements administratifs qui leur ressemblent et qui font encourir des sanctions que l'on retrouve également en droit pénal réglementaire¹²⁶². À tout le moins, la distinction sur laquelle est fondé le critère des objectifs de la loi qui permet de qualifier la nature procédurale d'une affaire n'est pas rationnellement justifiée puisqu'il ne permet pas de distinguer réellement le droit pénal du droit administratif et ne devrait donc pas entraîner l'inapplicabilité de la Charte

¹²⁵⁹ *R. c. Sault Ste. Marie*, préc., note 808, aux pp. 1302-1303.

¹²⁶⁰ Sur les difficultés de distinguer la réglementation administrative de la réglementation pénale, notamment en matière de valeurs mobilières, voir M. PATRICK, préc., note 149.

¹²⁶¹ Dans le même sens, A.-M. BOISVERT, préc., note 2, à la p. 206.

¹²⁶² Dans le même sens, *Id.* à la p. 207.

canadienne aux manquements administratifs sanctionnés de façon semblable aux infractions pénales. Elle est d'autant plus fragile qu'il n'est pas possible de se fonder sur l'objectif de protection du public pour marquer la différence entre les mécanismes administratifs et criminels de sanction car la peine a pour objectif essentiel la protection de la société¹²⁶³. Comme le souligne le juge Karakatsani dans l'affaire *K.R.J.* :

« Suivant le sens ordinaire des termes employés à l'art. 718, la protection du public relève nettement de l'essence même de l'objectif et des principes qui régissent le processus de détermination de la peine, ce que souligne la Cour dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, le juge La Forest, p. 329 : « . . . l'objet fondamental du droit criminel en général et de l'imposition des peines en particulier [est] la protection de la société ». Il est par conséquent difficile de distinguer la sanction qui vise à protéger le public de celle dont le but est de punir le contrevenant. »¹²⁶⁴

Une seconde distinction relative au critère des objectifs de la loi peut être discutée en raison de sa fragilité.

b. L'opposition fragile entre le but général de protéger la société dans une sphère d'activité publique et le but de réglementer et contrôler certaines activités particulières

224. *La délimitation délicate de l'étendue de la sphère d'activités encadrées dans certaines lois.* Selon une deuxième distinction, seraient de nature criminelle les procédures prises en vertu de lois dont le but général est de protéger la société dans une sphère d'activité publique contrairement aux lois de réglementation et de contrôle de certaines activités particulières¹²⁶⁵. La dichotomie entre les activités appartenant à une sphère publique et les activités appartenant à une sphère privée ou limitée est de plus en plus floue. Différentes lois qui prévoient des sanctions administratives pécuniaires ont un champ d'application large ou qui recoupe certaines préoccupations du droit criminel¹²⁶⁶.

¹²⁶³ Art. 718 C.cr. Le droit criminel permet également le recours à des mesures coercitives non punitives comme la saisie d'une arme appartenant à une personne atteinte d'un trouble mental et assure en ce sens la protection du public : G. COTE-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, préc., note 307, part. 1, Titre II, Chapitre 2, Sect. 2.1.1.1.1, p. 3 (PDF) (La référence).

¹²⁶⁴ *R. c. K.R.J.*, préc., note 173, par. 33.

¹²⁶⁵ *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, à la p. 560; *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 151, par. 21-22; *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 45.

¹²⁶⁶ C'est le cas par exemple du droit des valeurs mobilière et du droit de l'environnement au Québec : *Supra*, par. 117, ou de la réglementation de l'usage du cannabis par la *Loi sur le cannabis*, préc., note 678. Voir A.-M. BOISVERT, préc., note 2, aux p. 209-210.

225. *L'utilité discutable du critère des objectifs de la loi.* Finalement, le critère des objectifs de la loi est peu utile. La jurisprudence montre que lorsque le texte qui fonde la poursuite n'est pas directement inclus dans les dispositions pénales par le législateur, il n'est pas qualifié de pénal par les juges, peu importe que le même comportement ait pu faire l'objet d'une voie de poursuite différent. La Cour suprême souhaite appliquer des principes généraux et voir au-delà des catégories législatives mais ne fait qu'appliquer ces catégories. Des critiques similaires peuvent être formulées à l'encontre du critère du but de la sanction comme élément de définition de la nature d'une procédure dans la jurisprudence de la Cour suprême. L'utilisation d'un critère semblable dans les jurisprudences de la CEDH et du Conseil constitutionnel montre également ses limites.

2. La fragilité des distinctions relatives au but de la sanction

226. *Deux distinctions fragiles au fondement du but de la sanction dans les jurisprudences de la CEDH, de la Cour suprême et du Conseil constitutionnel.* Le critère du but ou de la finalité de la sanction est utilisé en jurisprudence soit pour déterminer la nature de l'infraction¹²⁶⁷ ou de la procédure¹²⁶⁸, soit la nature de la sanction¹²⁶⁹. Il est parfois utilisé pour caractériser deux critères distincts¹²⁷⁰. Ce critère pose quelques difficultés car il est également fondé sur des distinctions fragiles. Sont ainsi notamment opposés les buts de moralisation et de punition (a) et les buts de dissuasion et de punition (b).

a. L'opposition fragile entre la sauvegarde de la moralité d'une profession et la punition

227. *L'opposition entre moralité et punition comme contenu du critère du but de la mesure.* En droit français, le Conseil constitutionnel distingue parmi les mesures disciplinaires d'un côté, celles qui ont pour finalité la garantie de « la moralité et de l'intégrité » des professionnels, et de l'autre, les sanctions disciplinaires punitives. Cette distinction justifie la différence de traitement entre une mesure d'inéligibilité dans les organes représentatifs de la profession et une mesure d'interdiction définitive d'inscription

¹²⁶⁷ Dans la jurisprudence de la CEDH : *supra*, par. 152.

¹²⁶⁸ Dans la jurisprudence de la Cour suprême : *supra*, par. 176-177.

¹²⁶⁹ Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : *supra*, par.132 et suiv.; dans la jurisprudence de la CEDH : *supra*, par. 167; dans la jurisprudence de la Cour suprême : *supra*, par. 184.

¹²⁷⁰ C'est-à-dire pour caractériser à la fois la nature de l'infraction et de la sanction dans la jurisprudence de la CEDH et pour caractériser la nature de la procédure et la nature de la sanction dans la jurisprudence de la Cour suprême.

sur les listes électorales. La première est une mesure non punitive, tandis que la seconde est une sanction ayant le caractère d'une punition¹²⁷¹. Ce raisonnement apparaît fragile : la garantie de la moralité des individus n'est pas moins une préoccupation du droit pénal vis-à-vis des membres de la société que ne l'est une mesure d'inéligibilité vis-à-vis des professionnels¹²⁷². Le droit pénal est une matière qui détermine ce qui est bien et mal dans la société, non en des termes religieux, mais en des termes juridiques. C'est la fonction expressive du droit pénal¹²⁷³. Les sanctions pénales expriment, par leur existence, l'attachement à certaines valeurs¹²⁷⁴ à protéger (vie, intégrité physique, propriété...). Le crime est ainsi une atteinte aux « valeurs » socio-culturelles essentielles¹²⁷⁵. Le droit pénal fait le partage entre le bien et le mal au regard de ces valeurs. La sanction pénale a en conséquence une fonction rétributive, qui « correspond à une fonction morale »¹²⁷⁶. Or, la moralité renvoie au « caractère d'un acte considéré en fonction de la morale, de principes moraux »¹²⁷⁷, c'est-à-dire « [q]ui a rapport au bien et au mal » et « aux principes qui gouvernent nos actes »¹²⁷⁸. Le droit pénal poursuit une vocation morale¹²⁷⁹ qui s'exprime à la fois dans la rétribution de l'infraction par la peine et par l'amendement du condamné. La rétribution correspond à la punition de son choix d'avoir fait ce qui est considéré comme mal par le droit pénal¹²⁸⁰ et l'amendement tend à son amélioration, morale dans une certaine mesure, et sociale¹²⁸¹. L'opposition entre moralité et punition serait en outre un oubli des origines du droit pénal, centré sur la punition de la faute, faute qui trouve son origine dans la morale¹²⁸². L'antagonisme exposé par le Conseil entre

¹²⁷¹ Cons. const. 27 janv. 2012, n° 2011-211 QPC, préc., note 909, par. 4 et 5.

¹²⁷² Dans le même sens, P. DEUMIER, préc., note 452, à la p. 248.

¹²⁷³ Ou encore fonction symbolique, déclarative ou communicative : M. LACAZE, préc., note 805, par. 374-378, p. 227-230.

¹²⁷⁴ Cette valeur est aussi celle qui, une fois atteinte, constitue le résultat sociologique de l'infraction. Voir par exemple P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 58, par. 315, p. 168. Plusieurs expressions sont utilisées, qui sont, selon les auteurs, plus ou moins équivalentes. Il est parfois question de « valeur sociale » : *Id.*, p. 168; J.-H. ROBERT, préc., note 725, p. 225. Se trouve aussi la « valeur essentielle à la société » : C. COURTAIGNE-DESLANDES, préc., note 805, par. 909. L'expression « intérêt protégé » est également présente : *Id.*, par. 910; J.-H. ROBERT, préc., note 725, p. 225. Il y a enfin le « bien juridico-pénal » : M. LACAZE, préc., note 805, spéc., p. 306 et suiv.

¹²⁷⁵ R. MERLE et A. VITU, préc., note 48, par. 6, p. 29-31.

¹²⁷⁶ Valérie MALABAT, « Morale et droit pénal », dans Dominique FENOUILLET, Dominique BUREAU et France DRUMMOND (dir.), *Droit et morale*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, p. 219-236, à la p. 229; V. MALABAT, préc., note 289, par. 3.

¹²⁷⁷ ACADEMIE FRANÇAISE, préc., note 4, « moralité », 1.

¹²⁷⁸ ACADEMIE FRANÇAISE, préc., note 4, « moral, morale », 3.

¹²⁷⁹ E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, p. 207-223.

¹²⁸⁰ *Id.*, par. 415, p. 207.

¹²⁸¹ *Id.*, par. 436-447, p. 216-220.

¹²⁸² V. MALABAT, préc., note 1276, à la p. 229; Christophe RADE, « Faute », dans *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. Quadrige, 1^{re} éd., Paris, Lamy-PUF, 706-711, aux p. 707-709.

moralité professionnelle et punition paraît exagéré. Il ne peut ainsi rationnellement fonder la différence entre les mesures au regard du critère de leur finalité. Cette réflexion s'applique également à la distinction opérée par la Cour suprême dans l'arrêt *Guindon* entre la procédure qui vise « à amener la personne en cause « à rendre compte à la société » d'une conduite « contraire à l'intérêt public » » et celle dont l'objectif « est de promouvoir l'honnêteté des spécialistes en déclarations et de les dissuader de commettre une faute lourde ou un acte encore plus grave »¹²⁸³. Ces propos mettent également en valeur une seconde distinction sur laquelle se fonde le critère de la finalité de la mesure : la dissuasion opposée à la punition.

b. L'opposition fragile entre dissuasion et punition

228. *L'opposition entre dissuasion et punition comme contenu du critère du but de la mesure.* C'est ensuite le recours à la distinction entre dissuasion et punition qui est parfois problématique. Elle est particulièrement utilisée par la Cour suprême pour exclure le caractère pénal des procédures administratives de sanctions, et la nature pénale de ces sanctions, en droit canadien. Parce qu'elles poursuivent un but dissuasif, elles ne sont pas pénales. Par conséquent, elles ne rentrent pas dans le champ d'application de l'article 11 de la Charte canadienne. Un raisonnement proche est utilisé par le Conseil constitutionnel et la CEDH, sur le fondement de la distinction entre buts préventif et punitif, pour exclure les mesures de sûreté pénales de la catégorie des peines, avec une conséquence identique : les garanties pénales supra-législatives ne s'y appliquent pas. La dissuasion et la prévention ne sont pas tout à fait identiques. La dissuasion désigne le fait de détourner quelqu'un d'une résolution prise ou de l'exécution d'un dessein par des conseils ou par des menaces¹²⁸⁴ alors la prévention correspond aux mesures destinées à empêcher la survenance d'un événement fâcheux ou d'un mal prévisible, ou à en réduire par avance les effets¹²⁸⁵. La prévention se situe dans l'action, la dissuasion davantage dans l'incitation¹²⁸⁶. Mais les deux notions sont souvent utilisées ensemble pour expliquer la même fonction des peines. Ainsi, le droit pénal poursuit un objectif préventif : par la menace de ses sanctions, il tente de dissuader les individus de passer outre les interdits

¹²⁸³ *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 45 et 62.

¹²⁸⁴ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., v^o « Dissuader », en ligne : <<https://www.dictionnaire-academie.fr>>.

¹²⁸⁵ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., v^o « Prévention », 2, et v^o « Préventif-ive », en ligne : <<https://www.dictionnaire-academie.fr>>.

¹²⁸⁶ Cyril BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n^o 71, Paris, Dalloz, 2008, note 8, p. 2.

pénaux¹²⁸⁷. C'est donc leur temporalité commune qui différencie la prévention et la dissuasion de la punition. La première intervient avant la réalisation d'une situation alors que la dernière intervient après. En effet, la punition correspond au fait d'infliger à une personne une peine, un châtiment pour l'infraction ou la faute qu'elle a commise¹²⁸⁸. Autrement dit, la punition est une réaction. Or, la mise en œuvre des distinctions est délicate dans les contextes étudiés, autant dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la CEDH concernant les mesures de sûreté pénales, distinguées des peines, que dans la jurisprudence de la Cour suprême concernant la différenciation entre les mécanismes administratifs et pénaux de sanctions. Dans les deux cas, l'application de ces distinctions tend à effacer de façon artificielle les caractéristiques communes des mesures qu'elles différencient : elles sont prises en réaction à un état ou un comportement et sont substantiellement proches. En effet, il est troublant de constater que les décisions du Conseil constitutionnel, de la CEDH ou de la Cour suprême, ignorent largement la dimension réactive de certaines mesures qu'elles contrôlent et pour lesquelles elles excluent la qualification de peine ou de punition en se fondant sur leur finalité préventive ou dissuasive.

229. *L'opposition entre dissuasion et punition dans la jurisprudence de la Cour suprême.* Dans la jurisprudence de la Cour suprême, la distinction entre punition et dissuasion pour qualifier la nature d'une sanction est redondante par rapport à la distinction entre l'objectif essentiel de protection de la société par le prononcé d'une peine et l'objectif de protection du public par le prononcé d'une sanction administrative, utilisée pour qualifier la nature d'une procédure¹²⁸⁹. En ce sens, la peine, ou la véritable conséquence pénale, punit et la sanction administrative dissuade. Or, dans le contexte des sanctions administratives, cette dissociation ne peut pas être mise en pratique de manière convaincante¹²⁹⁰. La difficulté de cette distinction est relevée par la Cour suprême elle-même¹²⁹¹. Il faut en premier lieu souligner qu'au début des années 2000, la poursuite d'un objectif de dissuasion par une sanction administrative faisait l'objet d'un questionnement

¹²⁸⁷ Dr. fr. : E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 6, p. 2; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 58, par. 447, p. 241; O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 233, par. 560, p. 312. Dr. can. : *Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 R.C.S. 672 (CSC), par. 52 et 61.

¹²⁸⁸ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., v^o « Punir », en ligne : <<https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9P5077>>

¹²⁸⁹ En ce sens, égal. A.-M. BOISVERT, préc., note 2, à la p. 211. Il y a donc redondance entre les critères de la nature procédurale d'une affaire et la nature d'une « conséquence » : *infra*, par. 247 et suiv.

¹²⁹⁰ A.-M. BOISVERT, préc., note 2, à la p. 208.

¹²⁹¹ *R. c. K.R.J.*, préc., note 173, par. 33.

quant à son bien-fondé¹²⁹². Il est ainsi étonnant qu'il puisse aujourd'hui fonder, sans contestation, l'exclusion de la dimension punitive de ces mêmes sanctions¹²⁹³. Ensuite, les décisions qui font état de cette différence fondamentale entre sanction pénale punitive et sanction administrative dissuasive mettent totalement de côté l'existence de la fonction dissuasive de la peine¹²⁹⁴. Il est alors plus aisé, mais totalement artificiel, de considérer que la sanction administrative n'est pas de nature pénale parce qu'elle est dissuasive au contraire de la peine¹²⁹⁵. Une peine est à la fois dissuasive et punitive. La dimension dissuasive naît de la seule existence de la peine parce qu'elle est une menace. Sa dimension punitive est potentielle en raison de son existence, et devient effective par sa mise en œuvre. Autrement dit, cette distinction ne permet pas de définir la nature pénale ou non pénale d'une mesure de réaction, parce qu'elle relève de sa temporalité. Une mesure de réaction ne peut pas être purement dissuasive¹²⁹⁶. Elle peut ne pas être punitive, mais elle est alors, par exemple, réparatrice¹²⁹⁷. Ainsi, la dimension dissuasive ne peut pas à elle seule disqualifier la punition comme elle ne peut pas être seule à qualifier la peine ou la punition. Il faut d'autres éléments qui caractérisent la mesure pour connaître sa nature. Ainsi, il est surprenant que la Cour suprême considère d'un côté que l'aspect dissuasif d'une sanction permet de lui reconnaître un caractère pénal¹²⁹⁸, parce que toute sanction est dissuasive, mais affirme d'un autre côté que la dissuasion peut à elle seule fonder le rejet de la punition. Il serait plus logique de considérer que lorsqu'elle est une réaction substantiellement proche d'une sanction pénale, à un comportement semblable d'une infraction, la sanction administrative porte nécessairement en elle une double dimension, dissuasion et punition. Enfin, la vocation purement dissuasive des systèmes de pénalités ou de sanctions administratives pécuniaires, exclusive d'une proximité suffisante avec les sanctions pénales, n'est pas compatible avec l'existence de facteurs

¹²⁹² *Cartaway Resources Corp. (Re)*, préc., note 1287, par. 52 à 62.

¹²⁹³ La Professeure Anne-Marie BOISVERT soulève ainsi « l'ironie » d'une situation dans laquelle : « En un peu plus d'une décennie, la dissuasion générale est passée comme par magie d'objectif acceptable parmi tant d'autres pouvant être poursuivis par la sanction administrative à facteur définitionnel essentiel de cette même sanction » : A.-M. BOISVERT, préc., note 2, à la p. 211. Voir égal. M. PATRICK, préc., note 149, à la p. 539.

¹²⁹⁴ Objectif pourtant prévu par le législateur : art. 718 b) C.cr.

¹²⁹⁵ En ce sens, voir égal. : A.-M. BOISVERT, préc., note 2, à la p. 212.

¹²⁹⁶ Ce qui n'empêche pas de considérer que d'un point de vue théorique, la dissuasion générale n'est pas en elle-même punitive ou réparatrice : *Cartaway Resources Corp. (Re)*, préc., note 1287, par. 60.

¹²⁹⁷ Plusieurs auteurs affirment même que la dissuasion est une fonction de la punition et qu'elle ne peut ainsi pas être différenciée. C'est le caractère punitif d'une sanction qui lui permet en même temps d'être dissuasive. Si elle n'est pas punitive, elle n'intimidera pas et ne sera donc pas dissuasive : A.-M. BOISVERT, préc., note 2, à la p. 212; D. MCLEOD, « *An Unacceptable Standard: Administrative Monetary Penalties and the Erosion of Section 11 Protections in the Wake of Guindon* », préc., note 75, à la p. 246.

¹²⁹⁸ *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 151, par. 38.

majorants ou minorants qui permettent de faire varier la réponse administrative¹²⁹⁹, tels que la nature de l'intention ou de la négligence du contrevenant¹³⁰⁰, la gravité du tort causé par la violation¹³⁰¹ et les antécédents¹³⁰², les efforts du contrevenant pour remédier aux effets de la violation¹³⁰³, les avantages retirés de l'infraction¹³⁰⁴. En effet, ce sont là autant de facteurs pertinents en matière de détermination de la peine en droit criminel¹³⁰⁵, dont l'existence est en principe un critère d'identification du but punitif d'une sanction selon la jurisprudence de la Cour suprême¹³⁰⁶. L'utilisation de la distinction entre dissuasion et punition comme critère de la détermination du but de la sanction est donc contestable. Plusieurs de ces réflexions peuvent également être menées concernant la distinction entre prévention et punition appliquée aux mesures de sûreté pénales et aux peines.

230. *L'opposition entre prévention et répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.* La décision du Conseil constitutionnel relative à la rétention de sûreté permet d'illustrer la difficulté de se fonder sur la distinction entre dissuasion et punition pour exclure la qualification de sanction ayant le caractère d'une punition. En effet, après avoir rejeté la qualification de peine et de sanction de la mesure de rétention de sûreté aux motifs qu'elle n'est pas décidée par une juridiction de jugement sur le fondement de la culpabilité de la personne, mais en fonction de sa dangerosité, et qu'elle s'exécute sur un temps distinct et ultérieur à celui de la peine prononcée par la juridiction de jugement¹³⁰⁷, le Conseil constitutionnel décide que le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère doit toutefois lui être appliqué¹³⁰⁸. Une liste de quatre arguments est donnée par le Conseil constitutionnel pour justifier cette solution : la nature privative de liberté de la mesure, sa durée, son caractère renouvelable sans limite et le fait qu'elle est prononcée

¹²⁹⁹ A.-M. BOISVERT, préc., note 2, aux pp. 213-214.

¹³⁰⁰ *Loi sur les sanctions administratives pécuniaires en matière d'agriculture et d'agroalimentaire*, préc., note 1089, art. 4 (3) a).

¹³⁰¹ *Id.*, art. 4 (3) b); *Loi sur le cannabis*, préc., note 1184, art. 112 (3) b) : « la nature et la portée de la violation ».

¹³⁰² *Loi sur les sanctions administratives pécuniaires en matière d'agriculture et d'agroalimentaire*, préc., note 1089, art. 4 (3) c); *Loi sur le cannabis*, préc., note 1184, art. 112 (3) a).

¹³⁰³ *Loi sur le cannabis*, préc., note 1184, art. 112 (3) c).

¹³⁰⁴ *Id.*, art. 112 (3) d).

¹³⁰⁵ Art. 718.1 et 718.2 C.cr.

¹³⁰⁶ *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 151, par. 39; *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 76. *Supra*, par. 184 et suiv.

¹³⁰⁷ *Supra*, par. 138.

¹³⁰⁸ Cons. const. 21 fév. 2008, préc., note 907, par. 10.

après une condamnation par une juridiction¹³⁰⁹. Ce sont donc l'objet de la mesure, sa gravité quantitative, et le fait qu'elle succède à une déclaration de culpabilité qui rendent nécessaire l'application du principe de non-rétroactivité. Autrement dit, il est difficile de cacher que sa nature¹³¹⁰ est identique à celle d'une peine et qu'elle intervient, comme une peine, autant en réaction à une infraction que pour en prévenir la répétition. Sa fonction préventive n'apparaît pas ainsi parfaitement exclusive de toute fonction punitive¹³¹¹. Cette décision laisse à tout le moins penser qu'il existe un espace entre la mesure pénale strictement préventive et la mesure pénale strictement punitive; un espace qui accueille des mesures dont on ne peut raisonnablement pas prétendre qu'elles visent pleinement et uniquement l'une ou l'autre des fonctions en raison de caractéristiques communes aux deux catégories : leur gravité de nature, au regard de leur objet et *quantum*, et leur caractère réactif¹³¹². Et, dans cet espace, les principes de droit pénal ne peuvent pas être totalement exclus.

231. *L'opposition entre prévention et punition dans la jurisprudence de la CEDH.*

La série de décisions de la CEDH concernant la détention de sûreté allemande éclaire également la fragilité de la distinction entre prévention et répression. En effet, au fil de ses décisions, la CEDH a modifié sa position quant au caractère punitif de la détention de sûreté allemande, mesure « d'amendement et de prévention », en raison de l'évolution de ses modalités, après sa réforme par les autorités allemandes. Les premières décisions ont reconnu que la mesure, et ses prolongations, contrairement aux affirmations du Gouvernement allemand, n'étaient pas purement préventives et qu'elles constituaient bien des peines, auxquelles s'appliquait l'article 7 de la Conv. EDH¹³¹³. En effet, elle est une mesure imposée à la suite de la commission d'une infraction¹³¹⁴, et consiste en une

¹³⁰⁹ Cons. const. 21 fév. 2008, préc., note 907, par. 10.

¹³¹⁰ Dans son objet et sa gravité quantitative.

¹³¹¹ Bien que son objectif ne soit pas rétributif : E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 421, p. 209-210, part., note 15, p. 209. La doctrine est ainsi partagée entre les tenants de la qualification de peine (par ex. : B. LAVIELLE, « Une peine infinie (libre propos sur la rétention de sûreté) », préc., note 62; M. HERZOG-EVANS, préc., note 62), de mesure de sûreté (par ex. : J. DANET, préc., note 62; L. GREGOIRE, préc., note 58, par. 228, p. 262-263; Y. MAYAUD, préc., note 62; J. PRADEL, préc., note 62) ou de mesure *sui generis* ou ambiguë (par ex. : Christine LAZERGES, préc., note 62; Bertrand DE LAMY, préc., note 62).

¹³¹² Démontrant, de manière plus générale, la proximité des peines et des mesures de sûreté, et, dans le même temps la délicate distinction entre répression et prévention : C. MANDON, préc., note 59, par. 378 et suiv., p. 480 et suiv.

¹³¹³ CEDH, *M. c. Allemagne*, préc., note 1003; *Jendrowiak v. Germany*, préc., note 1003; *Glien v. Germany*, préc., note 1003.

¹³¹⁴ CEDH, *M. c. Allemagne*, préc., note 1003, par. 124; *Jendrowiak v. Allemagne*, préc., note 1003, par. 47; *Glien v. Germany*, préc., note 1003, par. 121.

privation de liberté¹³¹⁵, exercée à l'encontre de personnes condamnées à plusieurs reprises pour des infractions pénales d'une certaine gravité¹³¹⁶. Elle était exécutée dans un lieu et selon des conditions similaires à une peine privative de liberté¹³¹⁷, sans que soient aménagées de mesures particulières visant à réduire la dangerosité de ces personnes¹³¹⁸. Elle est, en plus, d'une grande sévérité, au regard de son caractère potentiellement illimité¹³¹⁹ et est ordonnée et mise à exécution par des juridictions faisant partie du système de justice pénale¹³²⁰. La Cour européenne des droits de l'homme soulignait de surcroît que les objectifs des peines et des mesures d'amendement et de prévention se recoupaient en partie car elles avaient chacune pour but de protéger la collectivité et d'aider le détenu à devenir capable de mener une vie en société à sa sortie de prison¹³²¹. Qu'en outre, les objectifs de prévention et de répression sont des éléments constitutifs d'une même notion de peine¹³²². La distinction entre les deux apparaît donc ténue. Finalement, après modifications des modalités de la prolongation de la détention de sûreté, la CEDH a reconnu que la nature et le but de la mesure avaient « considérablement » évolué. Ainsi, s'agissant d'une prolongation de détention de sûreté en vue de traiter un trouble mental, le but punitif de la mesure et son lien avec l'infraction ont été « éclipsé » au point de ne plus pouvoir qualifier la mesure de peine au sens de l'article 7 §1 de la Conv. EDH¹³²³. La CEDH fonde donc principalement sa solution sur les modalités d'exécution de la mesure prolongée. Elles sont substantiellement différentes des conditions de la mesure initiales¹³²⁴, puisqu'elle s'exécute dans un bâtiment séparé de la prison dans des conditions matérielles meilleures que celles d'un détenu purgeant une peine d'emprisonnement¹³²⁵, et permet de proposer au condamné un traitement

¹³¹⁵ CEDH, *M. c. Allemagne*, préc. note 1003, par. 127; *Jendrowiak v. Allemagne*, préc., note 1003, par. 47; *Glien v. Germany*, préc., note 1003, par. 125.

¹³¹⁶ CEDH, *M. c. Allemagne*, préc. note 1003, par. 128; *Glien v. Germany*, préc., note 1003, par. 121.

¹³¹⁷ La CEDH note que l'exécution de la mesure se fait dans une prison ordinaire. L'existence d'ailes séparées au sein de la prison et d'aménagements minimes n'engendrent pas de différence fondamentale entre l'exécution d'une peine d'emprisonnement et une ordonnance de placement en détention de sûreté : CEDH, *M. c. Allemagne*, préc. note 1003, par. 127; *Glien v. Germany*, préc., note 1003, par. 125.

¹³¹⁸ CEDH, *M. c. Allemagne*, préc. note 1003, par. 129; *Glien v. Germany*, préc., note 1003, par. 127 (en l'espèce, la CEDH n'est pas certaine que les changements engagés pour proposer des mesures adaptées ont été appliqués au détenu).

¹³¹⁹ CEDH, *M. c. Allemagne*, préc. note 1003, par. 124; *Jendrowiak v. Allemagne*, préc., note 1003, par. 47; *Glien v. Germany*, préc., note 1003, par. 121.

¹³²⁰ CEDH, *M. c. Allemagne*, préc. note 1003, par. 130 et 132; *Jendrowiak v. Allemagne*, préc., note 1003, par. 47; *Glien v. Germany*, préc., note 1003, par. 129.

¹³²¹ CEDH, *M. c. Allemagne*, préc. note 1003, par. 130.

¹³²² *Id.*

¹³²³ CEDH, *Bergmann v. Germany*, préc., note 1010, par. 182.

¹³²⁴ *Id.*, par. 164-166.

¹³²⁵ *Id.*, par. 166.

personnalisé en vue de remédier à son état mental¹³²⁶, lequel est nouvellement une condition de prolongation de la mesure initiale¹³²⁷. La CEDH établit donc ici une différenciation subtile entre la mesure initiale de détention de sûreté et sa prolongation, la première conservant sa qualification de peine et la seconde excluant cette même qualification, notamment en raison de la différence entre punition et prévention. En effet, la Cour conclut que la détention de sûreté, dans sa forme révisée, est une peine malgré ses caractères et son objet plus préventifs, car elle demeure une privation de liberté potentiellement illimitée, faisant suite à une déclaration de culpabilité pour une infraction, prononcée par une juridiction pénale et est exécutée après une peine¹³²⁸. Elle précise même qu'il s'agit de l'une des mesures les plus sévères du Code criminel allemand¹³²⁹. La complexité de cette solution illustre parfaitement la difficulté d'appliquer la distinction entre prévention et punition aux mesures de sûreté pénales¹³³⁰. La barrière entre une mesure principalement préventive ou principalement punitive est difficile à placer et la pondération des éléments qui y contribue, subjective et imprévisible.

232. Une classification des mesures fragilisée par le recours à des distinctions incertaines. Le Conseil constitutionnel, la CEDH et la Cour suprême ont recours à des distinctions critiquables. Les oppositions entre le but de rendre compte à la société d'un tort causé à l'intérêt public et l'objectif de prévention du public en premier lieu, et entre la protection de la société dans une sphère d'activité publique et la réglementation et le contrôle d'activités particulières en second lieu, relatives au critère des objectifs de la loi dans la détermination de la nature procédurale d'une affaire en droit canadien, sont fragiles. Les distinctions entre la défense de la moralité d'une profession et la punition et entre la prévention et la punition pour déterminer le but d'une mesure, sont incertaines. Il est méthodologiquement peu approprié d'asseoir une classification sur un critère bipartite fondé sur l'opposition entre deux caractères dont l'antinomie n'est pas fermement établie. C'est en effet toute la classification qui s'en trouve fragilisée. Ainsi, le recours à ces critères d'application malaisée conduit à différencier sur le plan notionnel des

¹³²⁶ *Id.*

¹³²⁷ *Id.*, par. 167.

¹³²⁸ *Id.*, par. 181.

¹³²⁹ *Id.*, par. 180 : « Preventive detention, however, still remains among the most severe measures which may be imposed under the Criminal Code ».

¹³³⁰ Dans l'affaire *Bergmann*, la CEDH rappelait ainsi que les objectifs des peines et des mesures de correction et de prévention se recoupent encore partiellement : CEDH, *Bergmann v. Germany*, préc., note 1010, par. 173.

mécanismes de sanctions qui sont proches au regard de leur caractère réactif et de leur substance. En conséquence, certaines des situations de convergence des mécanismes de sanctions, à l'intérieur du droit pénal ou entre le droit pénal et d'autres branches du droit sont ignorées. Les théories jurisprudentielles de l'infraction, de la procédure ou de la sanction pénale ou punitive ne sont pas totalement adaptées à prendre en compte l'émergence de la répression. Les critères des objectifs de la loi et du but de la mesure ne sont pas les seuls à être peu consistants. Le critère de la gravité de la mesure est lui aussi décevant car il est imprécis, ce qui appuie l'idée selon laquelle les théories jurisprudentielles sont insuffisantes pour appréhender l'émergence de la répression.

B. L'imprécision du critère de gravité de la mesure

233. *L'imprécision du critère de la gravité de la mesure.* Les différentes théories jurisprudentielles de la peine ou de la punition ne proposent pas de définition et présentent peu d'éléments d'appréciation suffisamment clairs et précis de la gravité d'une mesure. La mise en œuvre du critère n'est pas toujours utile. Aucun seuil abstrait d'assimilation au regard de la gravité de la mesure n'est fixé, ni quant à l'objet de la sanction ni quant à son *quantum*. Quelques décisions sur la privation de liberté permettent toutefois de déterminer certains cas d'une gravité suffisamment élevée de la mesure pour qu'elle soit assimilée à une peine. Pour les situations différentes de ces quelques cas, il n'existe pas de mesure précise de la gravité suffisante d'une mesure privative de liberté. Le plus souvent, notamment dans le cas des mesures pécuniaires, le critère de gravité donne lieu à des évaluations comparatives compliquées dont résultent des appréciations subjectives et aléatoires qui le rendent peu intéressant. Le critère de gravité de la mesure est ainsi d'une précision limitée dans le cas des privations de liberté (1) et d'une précision difficile pour les mesures non privatives de liberté (2).

1. La précision limitée du critère de gravité de la sanction pour les privations de liberté

234. *L'intérêt limité du critère de gravité de la sanction en raison de son contenu vague.* Dans quelques cas, la jurisprudence semble donner au critère de gravité un contenu fixe et certain. Dans quelques situations, différentes d'un ordre juridique à l'autre, la privation de liberté non qualifiée de peine par le législateur, associée à d'autres conditions que son objet, est considérée comme une mesure d'un niveau de gravité équivalent à celui d'une peine. Néanmoins, le seuil de gravité requis donne au critère un intérêt limité. De

plus, lorsque ce niveau n'est pas atteint, la définition de la gravité est plus malléable et aléatoire.

235. *La précision limitée de la gravité d'une mesure privative de liberté dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.* En droit français, la gravité est un critère de l'assimilation entre la peine et la rétention de sûreté, non pas au regard des notions mais de leur régime. C'est un critère implicite, parce que le Conseil constitutionnel ne le nomme pas ainsi. Il désigne néanmoins « la nature privative de liberté de la mesure, sa durée, son caractère renouvelable sans limite » comme éléments justifiant l'application du principe de non-rétroactivité¹³³¹. La nature privative de liberté exprime la gravité qualitative de la mesure, et, sa durée ainsi que son caractère renouvelable sans limite, renvoient à sa gravité quantitative. La gravité suffisante de la privation de liberté pour l'application du principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère est ici atteinte par association de deux modalités de la mesure, son objet et sa durée : une privation de liberté potentiellement infinie. Il est intéressant de constater que ces mêmes éléments sont pris en compte par la Cour européenne des droits de l'homme pour qualifier une mesure pénale de peine au sens de l'article 7 de la Conv. EDH et donc opérer une assimilation notionnelle¹³³².

236. *La gravité d'une mesure privative de liberté dans la jurisprudence de la CEDH.* La détention de sûreté allemande est une peine au sens de l'article 7 de la Conv. EDH, notamment du fait qu'elle est une privation de liberté sans durée maximale¹³³³. Ces deux éléments, objet de la mesure et durée, sont analysés séparément par la Cour européenne des droits de l'homme, au titre de la nature de la mesure¹³³⁴ et de sa sévérité¹³³⁵. Il est néanmoins concevable de considérer qu'ils sont deux facettes de la gravité de la mesure, l'une liée à son objet et l'autre à son *quantum*¹³³⁶. Il faut toutefois noter que cette analyse ne vaut pas de manière absolue car d'autres éléments peuvent contrebalancer la gravité

¹³³¹ Cons. const. 21 fév. 2008, préc., note 907, par. 10.

¹³³² Cette assimilation est opérée pour la mesure de détention de sûreté prononcée initialement avant renouvellement sur le fondement de l'existence d'un trouble mental. Le fait qu'elle ne soit pas réalisée pour le renouvellement de la mesure, ne relève pas de la question de la détermination du critère de gravité mais plutôt de la question de son poids parmi l'ensemble des critères.

¹³³³ CEDH, *Bergmann v. Germany*, préc., note 1010, par. 181.

¹³³⁴ *Id.*, par. 164.

¹³³⁵ *Id.*, par. 179.

¹³³⁶ C'est l'analyse qu'effectue habituellement la CEDH concernant les sanctions privatives de liberté extra-pénales : *Supra*, par. 162-163 et 167.

de la mesure privative de liberté potentiellement infinie¹³³⁷, ce qui rend aléatoire la portée de ce critère et donc sa pertinence. Lorsqu'il n'est pas question d'une privation de liberté d'une durée possiblement illimitée, le seuil de gravité nécessaire à une assimilation notionnelle de la mesure à une peine, au regard de la durée de cette mesure, n'est pas fixé. Il faut se contenter d'exemples d'application qui donnent des indices sur ce que la Cour européenne conçoit comme une privation de liberté suffisamment grave. Par exemple, deux jours de privation de liberté sont insuffisants pour qu'une privation de liberté disciplinaire fasse partie de la matière pénale car elle est « de trop courte durée »¹³³⁸. En revanche, une sanction disciplinaire carcérale encourue de perte complète de remise de peine à espérer, équivalent à un peu moins de trois ans, peut intégrer la matière pénale européenne en ce qu'elle prolonge la détention « bien au-delà de ce qui eût été le cas sans elle »¹³³⁹. Ces deux cas montrent bien l'imprécision du critère de gravité puisqu'il n'est pas possible de savoir exactement à partir de combien de jours de privation de liberté, il y a peine, ou matière pénale. Il faut se contenter d'une appréciation vague de la durée, située entre « trop courte » et « bien au-delà ». En droit canadien, le critère de gravité de la sanction appliqué à la privation de liberté permettant l'assimilation à la peine fait aussi l'objet d'une appréciation, mais selon une condition différente.

237. La gravité de la mesure privative de liberté dans la jurisprudence de la Cour suprême. La privation de liberté fait l'objet d'un traitement particulier de la Cour suprême dans la détermination de la nature pénale d'une « conséquence ». En revanche, ce n'est pas cette fois-ci le *quantum* de la mesure qui en détermine le seuil de gravité suffisant, mais sa qualification d'emprisonnement. La Cour suprême du Canada ne se réfère pas explicitement à la gravité de la mesure. Elle désigne en revanche l'emprisonnement comme étant toujours une « véritable conséquence pénale » alors que l'amende peut l'être, entre autres, en raison notamment de son « importance »¹³⁴⁰. On peut en déduire que c'est bien un critère de gravité qui est ici utilisé par la Cour suprême et que ce sont l'objet et la qualification de la mesure qui en détermine le seuil de gravité suffisant. Les privations de liberté non qualifiées d'emprisonnements semblent en revanche totalement

¹³³⁷ *Supra*, par. 151-153 et 167.

¹³³⁸ CEDH, *Engel et a. c. Pays-Bas*, préc., note 973, par. 85.

¹³³⁹ CEDH, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, 993, par. 72-73.

¹³⁴⁰ *Supra*, par. 182-184.

exclues de la qualification de véritable conséquence pénale et cela, peu importe leur durée.

238. *L'intérêt limité du critère de gravité appliqué aux privations de liberté.* Il y a donc quelques cas restreints dans lesquels la gravité de la mesure est précisément évaluée pour déterminer le seuil d'assimilation à une peine, que ce soit sur le plan notionnel ou du régime. Mais le critère de la gravité de la sanction est alors d'un intérêt limité car il concerne finalement très peu de cas. Ses éléments d'appréciation sont cumulatifs : l'objet de la sanction – la privation de liberté – doit être associé soit à un *quantum* particulier – une durée potentiellement illimitée –, ou à qualification spécifique – un emprisonnement. En dehors de ces hypothèses, l'appréciation de la gravité devient plus floue. L'intérêt du critère est alors limité par l'imprécision de l'appréciation de la gravité et l'absence de détermination d'un seuil suffisant de gravité. Il est alors plus difficile de s'assurer que les théories jurisprudentielles de la punition ou de la peine permettent une assimilation des notions aussi large que ce que les convergences existantes amènent à envisager. L'imprécision du critère de gravité est encore plus grande lorsqu'on envisage son évaluation pour les mesures non privatives de liberté.

2. La difficile précision du critère de gravité de la sanction pour les mesures non-privatives de liberté

239. *La précision limitée de l'évaluation de la gravité des sanctions pécuniaires.* Lorsqu'il est question de déterminer la gravité de mesures non privatives de liberté, la jurisprudence a généralement recours à une méthode comparative. L'objet de la mesure, son *quantum* et ses effets sont comparés à différents éléments qui permettent d'en apprécier la gravité. Souvent, cette méthode se révèle d'une précision limitée et ne permet qu'une évaluation approximative car aucun seuil de gravité suffisante d'assimilation n'est proposé. Cela pose des difficultés quant à la prévisibilité des solutions. Elle est pourtant largement utilisée en matière de sanctions pécuniaires¹³⁴¹, tant par le Conseil constitutionnel que par la CEDH et la Cour suprême. Parfois, la CEDH se contente de prendre en compte le montant des sanctions pécuniaires extra-pénales sans préciser les

¹³⁴¹ Les exemples étant plus nombreux en matière de sanctions pécuniaires, les propos s'y limiteront. Les mêmes observations peuvent être transposées pour des mesures ayant des objets différents car les méthodes possibles pour évaluer la gravité d'une mesure sont limitées.

facteurs d'évaluation de la gravité. L'évaluation comparative (a) et l'évaluation sans facteurs d'appréciation (b) de la gravité d'une mesure pécuniaire sont ainsi peu précises.

a. La précision limitée de l'évaluation comparative de la gravité

240. *La précision limitée de l'évaluation comparative de la gravité des sanctions pécuniaires par rapport à un dommage dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.* La gravité de la sanction apparaît dans le raisonnement du Conseil constitutionnel à différentes reprises lorsqu'il s'agit d'analyser le caractère punitif d'une mesure pécuniaire extra-pénale. La gravité comme critère n'est cependant pas expressément mentionnée. Le Conseil constitutionnel semble pourtant y recourir lorsqu'il apprécie la finalité d'une mesure et exclut les mesures réparatrices des sanctions ayant le caractère d'une punition. En effet, lorsque des sanctions pécuniaires civiles¹³⁴² ou administratives sont principalement déterminées dans leur *quantum* en fonction d'éléments relatifs à un dommage, elles ne sont pas punitives. En revanche, lorsqu'elles sont fixées relativement à des facteurs indifférents à un quelconque dommage, elles sont punitives. Par exemple, les majorations d'impôts de 10% pour retard dans le paiement de l'impôt ne sont pas punitives car elles visent « la compensation du préjudice subi par l'État du fait du paiement tardif des impôts »¹³⁴³. En revanche, des majorations fiscales de 40%, 80% ou 100% « tendent à réprimer le comportement des personnes qui ont méconnu leurs obligations fiscales [...] »¹³⁴⁴. La finalité de la mesure apparaît donc, au moins en partie, déterminée par le taux de la majoration, qui, lorsqu'il atteint un certain seuil, ne peut plus être justifié par la compensation d'un préjudice. Plus le taux de majoration est

¹³⁴² *Supra*, par. 141. En outre, une amende civile d'un montant maximal de dix millions d'euros a été qualifiée de sanction ayant le caractère de punition mais le Conseil constitutionnel n'explique pas du tout son raisonnement sur ce point : Cons. const. 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, par. 4 et 7. Le montant de cette amende étant toutefois particulièrement élevé, il est probable qu'il ait pesé sur le choix de la qualification. Précédemment, une autre amende civile, de 2 millions d'euros, pouvant être portée jusqu'au triple du montant des sommes indûment versées dans le cadre de pratiques restrictives de concurrence, avait déjà été qualifiée de sanction ayant le caractère d'une punition : Cons. const. 18 mai 2016, n° 2016-542 QPC, *Société ITM Alimentaire Internationale SAS*, par. 7. La question qui se pose est toujours la même : à partir de quel montant une amende civile peut-elle être considérée comme ayant le caractère de punition ?

¹³⁴³ Respectivement, Cons. const. 29 avril 2011, n° 2011-124 QPC, préc., note 942, par. 3; Cons. const. 30 mars 2012, n° 2012-225 QPC, préc., note 942, par. 6; Cons. const. 4 mai 2012, n° 2012-239, préc., note 942, par. 4 et Cons. const. 29 décembre 2016, n° 2016-744 DC, *Loi de finances pour 2017*, par. 34.

¹³⁴⁴ Cons. const. 4 mai 2012, n° 2012-239 QPC, préc., note 942, par. 5. C'est pourquoi sont aussi des sanctions ayant le caractère d'une punition les majorations d'imposition pour méconnaissance d'une obligation déclarative, comme le retard dans la production d'un document, le défaut de déclaration d'un compte (Cons. const. 27 octobre 2017, n° 2017-667 QPC, préc., note 946, par. 4 et 5), ou le défaut de réponse à une demande de renseignements et de documents pour l'établissement de la contribution sociale de solidarité à la charge des sociétés (Cons. const. 5 octobre 2018, n° 2018-736 QPC, préc., note 946 par. 6).

élevé, plus la gravité de la mesure est grande et plus la mesure est susceptible d'être punitive. Dans ce cas, le seuil de gravité nécessaire pour qualifier une mesure pécuniaire de punition est donc relatif au mode de détermination de son *quantum*, à savoir l'indifférence à la valeur supposée d'un dommage ou au-delà de cette valeur. Il est donc question d'une gravité comparative, la comparaison se faisant au regard de la place du dommage dans la détermination du *quantum* de la sanction. Cette méthode comporte plusieurs possibilités d'imprécision. Tout d'abord, lorsque le *quantum* de la sanction n'est pas exactement fixé au regard du dommage réalisé, mais par des éléments qui sont en rapport avec lui ou sur la base d'une évaluation forfaitaire, la sanction prononcée peut tout à fait dépasser le montant réel du dommage. Dans ce cas, il est légitime de se demander si la sanction ne devient pas punitive, sans que cela ne soit pris en considération. L'imprécision naît aussi de ce qu'aucun seuil n'a été prédéterminé, à partir duquel une sanction ne serait plus réparatrice. Par exemple, dans le cas des majorations fiscales, qu'en serait-il d'un taux de 20% ou de 30% ? Qu'en aurait-il été d'une majoration de 20% pour défaut de restitution par le bailleur, dans les délais prévus, du dépôt de garantie restant dû au locataire¹³⁴⁵ ? En outre, il est intéressant de constater que l'appréciation du caractère indemnitaire ou punitif d'un taux est affaire de subjectivité. En effet, dans la jurisprudence de la CEDH, une majoration fiscale de 10% a pu être considérée comme punitive, indépendamment de son faible taux, car elle ne visait pas la réparation du préjudice¹³⁴⁶. La CEDH fait ainsi parfois référence au fait que la sanction n'est pas établie pour compenser un dommage. Cependant, elle raisonne plus par affirmation que par explication sur ce point et ne l'intègre pas directement au critère de la sévérité de la sanction, mais plutôt au but de la sanction¹³⁴⁷, au titre du critère de la nature de l'infraction¹³⁴⁸. Une autre façon d'évaluer la gravité d'une mesure pécuniaire est de la comparer avec les amendes pénales encourues pour des faits identiques. Cette méthode est utilisée par le Conseil constitutionnel.

¹³⁴⁵ La majoration prévue dans cette situation est de 10% et a été considérée comme ayant un caractère indemnitaire car le taux correspond à un élément lié à l'ampleur du préjudice : Cons. const. 22 février 2019, n° 2018-766 QPC, préc., note 919, par. 7-8.

¹³⁴⁶ CEDH, *Jussila c. Finlande*, préc., note 973, par. 38.

¹³⁴⁷ CEDH, *Bendenoun c. France*, préc., note 980, par. 47; CEDH, *Produkcija Plus storitveno podjetje D.O.O. v. Slovenija*, préc., note 984, par. 45.

¹³⁴⁸ CEDH, *Jussila c. Finlande*, préc., note 973, par. 38; CEDH, *Grande Stevens et a. c. Italie*, n°s 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, 4 mars 2014, par. 96 (qui précise que la sanction était infligée en fonction de la conduite reprochée et non pas du préjudice causé).

241. *La précision limitée de l'évaluation comparative de la gravité des sanctions pécuniaires par rapport aux amendes pénales correspondantes dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.* La détermination d'un seuil de gravité suffisant pour assimiler une sanction extra-pénale à une peine peut aussi se faire par référence à une sanction pénale prévue dans un cas similaire. C'est ainsi que dans le contexte de l'application du principe de nécessité des délits et des peines au cumul de poursuites pénale pour délit d'initié et administrative pour manquement d'initié, le Conseil constitutionnel a comparé les sanctions encourues pour décider de leur identité ou de leur disparité de nature. Il a ainsi conclu que la peine de deux ans d'emprisonnement et l'amende pénale de 1 500 000 euros qui peut être portée au décuple du montant du profit éventuellement réalisé dans le cas d'une personne physique coupable de délit d'initié et, la peine de dissolution ainsi que l'amende de 7 500 000 euros lorsque c'est une personne morale, sont de même nature que la sanction administrative pécuniaire de 10 millions d'euros encourue pour un manquement d'initié¹³⁴⁹. En revanche, la peine de deux ans d'emprisonnement et l'amende de 1 500 000 euros qui peut être portée au décuple du montant du profit éventuellement réalisé, encourue par une personne physique coupable de délit d'initié et, dans le cas d'une personne morale, la peine de dissolution et l'amende de 7 500 000 euros, ne sont pas de même nature que la sanction pécuniaire de 1 500 000 euros, qui peut être portée au décuple du montant des profits éventuellement réalisés applicables aux personnes physiques et morales pour un manquement d'initié. En effet, pour le Conseil Constitutionnel, la peine privative de liberté que peut prononcer le juge pénal, au contraire de l'AMF, et la peine de dissolution ainsi que l'amende pénale plus élevée que la sanction administrative, encourues par une personne morale, permettent de différencier cette fois-ci la nature des deux groupes de sanctions¹³⁵⁰. La gravité des sanctions administratives, mesurée à l'aune de l'objet et du *quantum* des sanctions pénales correspondantes au même comportement sanctionné, a explicitement été prise en compte pour déterminer l'application du principe de nécessité des délits et des peines. Néanmoins, la lecture combinée de ces deux décisions met en évidence la délicate opération à laquelle s'est livré le Conseil constitutionnel en comparant des sanctions aux objets distincts. Selon la seconde solution, la sanction administrative pécuniaire n'est pas considérée de même nature que l'ensemble des sanctions pénales, indifféremment à l'identité de *quantum* de la sanction pénale applicable aux personnes physiques dans ses

¹³⁴⁹ Cons. const. 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, préc., note 595, par. 26.

¹³⁵⁰ Const. const. 14 janv. 2016, n° 2015-513/514/526 QPC, *M. Alain D. et autres*, par. 12.

deux modalités et de l'identité de *quantum* de la sanction pénale calculée en fonction du profit réalisé applicable aux personnes morales. Dès lors se posent les questions suivantes : quel montant d'amende administrative équivaut à une peine privative de liberté de deux ans ou à la dissolution d'une personne morale; faut-il qu'une sanction pécuniaire administrative soit supérieure ou égale à une amende pénale pour être de même nature ou une amende administrative d'un montant inférieur, mais proche suffit-elle ? La détermination comparative de la gravité de la sanction pécuniaire administrative réalisée par le Conseil constitutionnel souffre donc de plusieurs imprécisions qui rendent difficile son utilisation. Ce type d'évaluation comparative de la gravité des mesures pécuniaires par rapport aux amendes pénales est également utilisé par la Cour suprême du Canada. Sa méthode est en apparence plus pointilleuse, mais révèle des limites.

242. *La précision limitée de l'évaluation de la gravité des sanctions pécuniaires par rapport aux amendes pénales dans la jurisprudence de la Cour suprême.* Depuis la décision *Wigglesworth* de la Cour suprême du Canada, peut être considérée comme une véritable conséquence pénale « une amende qui par son importance semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que pour maintenir la discipline à l'intérieur d'une sphère d'activité limitée »¹³⁵¹. Cette recherche du but de la mesure peut être perçue comme une analyse comparative de la gravité de l'amende extra-pénale par rapport à la gravité d'une amende pénale. Il faut en effet, plus précisément, « tenir compte de choses comme le montant de l'amende, son destinataire, le fait que son importance tient à des considérations réglementaires plutôt qu'à des principes de détermination de la peine en matière criminelle, et le fait que la sanction stigmatise ou non »¹³⁵². Parmi ces éléments que la Cour suprême propose d'analyser, plusieurs permettent d'en évaluer la gravité quantitative. Premièrement, la prise en compte de son montant peut renvoyer au quantum de l'amende encourue ou imposée. Aucun montant abstrait en lui-même punitif n'est indiqué. Toutefois, la Cour suprême admet l'évaluation comparative entre le montant de la sanction pécuniaire extra-pénale et celui de l'amende pénale encourue pour les mêmes faits pour déterminer le caractère pénal de la première. Cependant, elle considère que la comparaison n'est valable que lorsque le montant de la sanction extra-pénale est supérieur ou égal à celui de l'amende pénale encourue pour une

¹³⁵¹ *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, par. 24.

¹³⁵² *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 76.

poursuite par voie de mise en accusation et non seulement par voie sommaire¹³⁵³. Il n'est cependant pas certain que l'égalité de l'amende extra-pénale, par rapport à l'amende pénale pour des faits identiques et poursuivis par voie de mise en accusation, suffit pour la qualification de véritable conséquence pénale si le montant de la sanction pécuniaire extra-pénale est déterminé indifféremment aux principes de détermination de la peine¹³⁵⁴. En effet, deuxièmement, l'évaluation de la gravité de l'amende se fait au regard des facteurs qui en ont déterminé l'importance. L'amende peut être une véritable conséquence pénale si elle est déterminée en fonction des mêmes principes que ceux tenant à la détermination de la peine en matière criminelle; c'est-à-dire que son montant est choisi par application du principe de proportionnalité au regard de la gravité des faits et du degré de responsabilité de leur auteur, ainsi qu'à un certain nombre de facteurs aggravants ou atténuants¹³⁵⁵. Cette évaluation comparative est également d'une précision limitée car une partie de la jurisprudence considère qu'un certain nombre de principes de détermination d'une sanction sont communs aux sanctions à but dissuasif et à but punitif¹³⁵⁶. Il faudrait donc que la Cour suprême établisse clairement les principes de détermination de la peine en droit criminel qui marquent spécifiquement la sanction d'un caractère pénal¹³⁵⁷. Enfin,

¹³⁵³ *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 151, par. 62.

¹³⁵⁴ La gravité de la sanction pécuniaire extra-pénale, exprimée par son *quantum*, ne semble jamais pouvoir être l'expression de son caractère pénal. Et de manière plus générale, la véritable conséquence pénale ne semble jamais pouvoir être qualifiée pour des sanctions administratives pécuniaires au regard des critères choisis et de la façon dont ils sont appliqués : *R. v. Samji*, préc., note 151, par. 109; A.-M. BOISVERT, préc., note 2, aux p. 218-220; D. McLEOD, « *An Unacceptable Standard: Administrative Monetary Penalties and the Erosion of Section 11 Protections in the Wake of Guindon* », préc., note 75, aux p. 238-240.

¹³⁵⁵ Art. 718.1 et 718.2 C.cr.

¹³⁵⁶ *R. v. Samji*, préc., note 151, par. 93-97. Dans cette décision, le montant de 33 millions de dollars de la sanction pécuniaire a été imposé pour refléter la gravité de la conduite de la personne et en fonction d'autres facteurs pertinents : *Id.*, par. 24. La Cour considère que l'examen des facteurs tels que la gravité de la conduite de l'appelant et les dommages causés aux marchés financiers sont des questions que la Commission est en droit d'évaluer pour déterminer la sanction dont l'effet sur autrui sera dissuasif : *Id.*, par. 93. Leur correspondance avec certains principes de détermination de la peine en droit criminel n'est pas pertinente pour conclure au caractère pénal de la sanction car ils permettent d'imposer une sanction appropriée contre l'intimé sans prise en compte de sa culpabilité morale : *Id.*, par. 98 et 101.

¹³⁵⁷ La position de certaines juridictions sur la nature des éléments pris en compte dans la détermination de la sanction pécuniaire administrative montre bien que les limites des critères proposés par la Cour suprême. Que les critères de la nature pénale de la sanction administrative pécuniaire soient ou non réunis, il est toujours possible de conclure à sa nature non pénale parce que, selon ces juridictions, aucune des critères de la véritable conséquence pénale ne lui est finalement propre. Plusieurs solutions sont alors possibles. Les critères ne sont pas bons et il faut en poser d'autres, les critères sont bons mais doivent être précisés car ils ne sont pas correctement interprétés et donc mal appliqués, aucune sanction administrative pécuniaire n'est pénale, ou alors, enfin, la question est mal posée et ne devrait pas être celle de savoir si la mesure extra-pénale est criminelle ou pénale dans un sens aussi strict que ce qui est envisagé. Relativement au critère des facteurs de détermination de la sanction, il est possible de conclure, au-delà de son imprécision, qu'il fait partie des éléments qui sont de toute façon méthodologiquement inadaptés pour répondre à la question posée. C'est la qualification de peine qui permet de déduire la nécessité d'appliquer les principes de détermination de la peine. C'est un élément du régime et non de définition de la notion. Il peut

l'analyse du but de la sanction conduit à en apprécier le caractère stigmatisant, à savoir si elle a pour conséquence de marquer le condamné aux yeux de la société. Les stigmates sont les effets sociaux de la mesure. Les juges se demandent si ces effets sont d'un niveau égal à ceux d'une condamnation au criminel et envisagent notamment l'existence ou l'absence d'un casier judiciaire. Ils ne sont néanmoins pas plus précis que cela dans leurs analyses et ne disent rien de l'existence éventuelle d'un équivalent administratif du casier judiciaire¹³⁵⁸. Finalement, l'évaluation comparative de la gravité de l'amende extra-pénale, au regard de son montant, des facteurs qui guident la détermination de son importance, et de ses effets, par rapport à une condamnation au criminel, est théoriquement intéressante, mais vague en pratique. Les éléments d'appréciation se révèlent particulièrement inutiles au regard de l'application qui en est faite par les tribunaux dans différentes affaires concernant des sanctions pécuniaires extra-pénales. De manière générale, ils ne tiennent pas compte du *quantum* des amendes encourues ou prononcées. Ils se fondent principalement sur le fait que leur importance tient à des considérations réglementaires et non pas aux principes de détermination de la peine en droit criminel¹³⁵⁹, notamment lorsque le calcul est mathématique¹³⁶⁰, et qu'elles ne stigmatisent pas parce qu'elles ne procèdent pas d'une condamnation criminelle dont il s'ensuit une inscription au casier judiciaire¹³⁶¹, pour en déduire qu'elles ne sont pas de véritables conséquences pénales. Ne sont donc pas de véritables conséquences pénales ni l'avis de confiscation compensatoire de 315 458 \$ exigé en vertu de l'art. 124 de la Loi sur les douanes¹³⁶², ni la pénalité maximale encourue par l'auteur d'un faux énoncé sur le fondement de la Loi de l'impôt sur le revenu de 100 000 \$ plus sa rétribution brute par énoncé, ni celle prononcée de 546 747 \$ pour plusieurs faux énoncés¹³⁶³, ni l'amende administrative de 33 millions de dollars prononcée pour fraude sur le fondement du

éventuellement être un indice de reconnaissance de la peine par un raisonnement qui remonte des conséquences aux causes mais il ne peut pas définir la cause, seulement poser une hypothèse.

¹³⁵⁸ Cette absence de référence aux registres et publications des condamnations à des sanctions administratives pécuniaires démontre également la différence d'importance accordée aux critères en fonction de leur analyse dans un cadre pénal ou extra-pénal : *infra*, par. 272-273.

¹³⁵⁹ *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 84.

¹³⁶⁰ *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 151, par. 63 et 65. En l'espèce, le calcul était mathématique, fondé sur la valeur des biens à confisquer que remplaçait l'amende (par. 63).

¹³⁶¹ *Id.*, par. 64-65; *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 84. Même lorsqu'il est reconnu que la sanction entraîne des stigmates, cela semble n'avoir que peu de conséquences sur la solution finale, car la Cour s'attache alors davantage à l'absence d'effet punitif de la sanction : *R. v. Samji*, préc., note 151, par. 103-106.

¹³⁶² *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 151, par. 66.

¹³⁶³ *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 82.

Securities Act de la Colombie-Britannique¹³⁶⁴, en plus de l'obligation de rembourser les profits. Autrement dit, les critères développés par la Cour suprême ne permettent pas de connaître ce que serait une amende extra-pénale qualifiable de véritable conséquence pénale. Ils ont une apparence de précision, mais leur interprétation les rend confus et malléables. L'appréciation de la gravité de la mesure apparaît arbitraire. L'appréciation de la gravité d'une mesure pécuniaire est également sans fondement lorsqu'aucun facteur d'appréciation n'est expliqué.

b. L'imprécision de l'évaluation de la gravité sans facteur d'appréciation

243. *La gravité des sanctions pécuniaires dans la jurisprudence de la CEDH.* Les décisions de la CEDH concernant l'application des articles 6 et 7 de la Conv. EDH se réfèrent toujours à la nature (l'objet) et la sévérité (le *quantum*) des sanctions pour affirmer leur appartenance à la matière pénale ou leur qualification de peine. Le critère de gravité ne fait pas l'objet d'une définition abstraite et son appréciation s'adapte aux cas d'espèce. Il est difficile de savoir ce qu'est, en elle-même, une sanction grave. Les décisions de la CEDH donnent de nombreux exemples, dont il est possible de retenir qu'une sanction pécuniaire élevée intègre facilement la matière pénale. Il n'y a cependant pas de seuil; les indications données par la Cour européenne sont très vagues et générales. Par exemple, les montants d'une majoration fiscale de 422 534 FRF (64 415 EUR) pour un individu et de 570 398 FRF (86 957 EUR) pour sa société sont d'une « ampleur considérable » et favorisent l'appartenance de l'infraction sanctionnée à la matière pénale¹³⁶⁵; la radiation et la sanction pécuniaire « au plus égale au capital minimum

¹³⁶⁴ *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418. *R. v. Samji*, préc., note 151, par. 107. Les juges Rothstein et Cromwell rappelaient déjà, dans la décision *Guindon*, que le montant de l'amende administrative pouvait être très élevé sans entraîner la qualification de véritable conséquence pénale, comme cela l'avait déjà été jugé à plusieurs reprises

« Par exemple, une sanction administrative d'un million de dollars par infraction prévue par la *Securities Act* de l'Alberta, R.S.A. 2000, c. S-4, est confirmée dans l'arrêt *Lavallee c. Alberta Securities Commission*, 2010 ABCA 48, 474 A.R. 295. Dans *United States Steel Corp.*, la Cour d'appel fédérale confirme une disposition de la *Loi sur l'investissement Canada*, L.R.C. 1985, c. 28 (1^{er} suppl.), qui prévoit des pénalités allant jusqu'à 10 000 \$ par jour en cas d'omission de se conformer à une directive ministérielle. Dans *Canada (Commissioner of Competition) c. Chatr Wireless Inc.*, 2013 ONSC 5315, la Cour supérieure de justice de l'Ontario conclut que la sanction pécuniaire administrative de 10 millions de dollars prévue par la *Loi sur la concurrence* pour pratiques commerciales trompeuses n'emporte pas l'application de l'art. 11 de la *Charte*. » : *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 80.

¹³⁶⁵ CEDH, *Bendenoun c. France*, préc., note 980, par. 47.

auquel est astreint la personne morale sanctionnée » encourues par une personne morale devant la Commission bancaire en France sont qualifiées de « sanctions pénales » au regard des conséquences financières importantes qu'elles entraînent¹³⁶⁶; les amendes infligées (comprises entre 500 000 et 3 000 000 EUR) et celles encourues (5 000 000 EUR ou le triple ou un montant porté à dix fois le produit ou le profit obtenu grâce au comportement illicite) par des requérants, relèvent de la matière pénale en raison de leur sévérité¹³⁶⁷. Il est néanmoins difficile de savoir à partir de quel montant une sanction est suffisamment grave pour influencer ou déterminer son appartenance à la matière pénale ou sa qualification de peine. Une majoration fiscale de 10% des droits dont est jugé redevable un requérant peut également intégrer la matière pénale eu égard à d'autres considérations que sa sévérité, non établie en l'espèce¹³⁶⁸. La seule certitude relative à l'étude de la gravité de la mesure est qu'elle s'attache à la sanction encourue et non seulement à celle effectivement prononcée à l'encontre du requérant¹³⁶⁹.

244. Bilan sur la précision très limitée de l'évaluation de la gravité de la mesure.

L'évaluation de la gravité des mesures pécuniaires se révèle donc difficile, chaque méthode ayant ses propres limites. L'évaluation forfaitaire des préjudices consécutifs à un comportement constitue une limite à la précision de l'évaluation comparative à un dommage, la possibilité de voies diverses de poursuites pénales pour une même infraction limite l'appréciation de l'amende extra-pénale par rapport à une amende pénale encourue pour des faits identiques, et l'absence de facteurs d'analyse rend tout simplement impossible la détermination d'un niveau pénal de gravité. Il est donc souvent difficile de savoir ce qu'est une sanction pécuniaire d'une gravité équivalente à une peine. Quant à

¹³⁶⁶ CEDH, *Dubus S.A. c. France*, préc., note 1169 par. 37. À ce titre, il est également souligné par la Cour européenne que le blâme prononcé à l'encontre de la requérante est de nature à porter atteinte au crédit de la société sanctionnée, ce qui entraîne pour elle des conséquences patrimoniales incontestables (même paragraphe). Il semble donc qu'elle lui attache une certaine gravité.

¹³⁶⁷ CEDH, *Grande Stevens et autres c. Italie*, préc., note 1348, par. 97-99.

¹³⁶⁸ La CEDH souligne en effet dans cet espèce que la « modicité de la somme exigée » n'a pas pour effet d'exclure la majoration fiscale exigée du requérant du champ d'application de l'article 6 de la Conv. EDH car d'autres considérations permettent de l'y inclure comme le fait qu'elle est fondée sur des dispositions juridiques applicables à l'ensemble des contribuables, qu'elle ne vise pas la réparation pécuniaire d'un préjudice mais pour l'essentiel à punir le comportement et empêcher sa réitération, ce dont on peut déduire que la norme poursuit un but à la fois préventif et répressif : CEDH, *Jussila c. Finlande*, préc., note 973 par. 38. Cette décision considère que l'arrêt *Morel c. France*, n° 54559/00, 3 juin 2003 est une exception parmi les affaires publiées, pour n'avoir pas retenu le caractère pénal d'une majoration fiscale de 10% eu égard à son taux et à son montant en valeur absolue alors que d'autres considérations, équivalentes à celle de l'affaire *Jussila* permettaient de le faire : CEDH, *Jussila c. Finlande*, préc., note 973, par. 34.

¹³⁶⁹ CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, préc. note 973, par. 82; CEDH, *Dubus S.A. c. France*, préc., note 1169, par. 37; CEDH, *Grande Stevens et autres c. Italie*, préc., note 1348, par. 98; CEDH, *Produkcija Plus storitveno podjetje D.O.O. v. Slovenia*, préc., note 984, par. 45.

l'évaluation de la gravité d'une sanction privative de liberté, sa précision est limitée aux cas de privation les plus graves, relativement à leur durée, dans l'ordre juridique français ou aux mesures qualifiées d'emprisonnement dans l'ordre juridique canadien. Pour les privations de liberté ayant d'autres modalités, leur gravité est appréciée au cas par cas sans facteurs précis. Le contenu du critère de gravité de la mesure apparaît donc inconsistant à plusieurs égards. Tout comme les critères relatifs au but de la mesure et aux objectifs d'une loi, il fragilise la classification des mécanismes de sanctions relativement à leur nature punitive ou non punitive.

245. *Défauts substantiels et méthodologiques de qualification.* Le critère de la gravité de la mesure souffre d'imprécisions dans les trois théories jurisprudentielles de la répression. En l'absence de seuils définissant la gravité pénale, il est d'une aide très limitée pour déterminer la nature pénale d'une mesure. Les critères des objectifs de la loi dans la jurisprudence canadienne et du but de la mesure dans les jurisprudences française, européenne et canadienne reposent sur des distinctions fragiles qui font davantage ressortir les points communs des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions convergents que leur différence de nature. La classification des mécanismes pénaux et non pénaux qui en résulte est ainsi très contestable. La critique de la solidité des catégories jurisprudentielles au regard des critères de qualification choisis peut être poussée plus loin. Outre le contenu insatisfaisant de certains critères, le choix de quelques autres constitue une erreur méthodologique ayant pour effet de réduire artificiellement les possibilités d'assimilation des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions en convergence.

II. Des critères méthodologiquement inadaptés

246. *Les critères conduisant à des impasses méthodologiques.* Les théories jurisprudentielles de la répression empêchent artificiellement l'achèvement de l'émergence de la répression car certains critères de qualification sont méthodologiquement inadaptés pour tenir compte de la convergence de certains mécanismes pénaux et extra-pénaux. Deux des critères utilisés par le Conseil constitutionnel, la CEDH ou encore la Cour suprême, ne peuvent pas résoudre la question de la nature d'un mécanisme de sanction en vue d'y appliquer le bon régime car ils inversent le raisonnement. Ils font en effet du point d'arrivée du problème – le régime – un point de départ, c'est-à-dire un élément qualifiant la nature du mécanisme, nature dont

résulte le régime¹³⁷⁰. L'argumentation est circulaire¹³⁷¹. Un autre critère est inadapté car il est vain. Constitué d'une fausse alternative, il ne permet en aucun cas la reconnaissance du caractère pénal d'une sanction. Le choix de ces critères est donc une erreur méthodologique susceptible de constituer une impasse pour la qualification de la nature d'un mécanisme de sanction, pour les deux premiers parce qu'ils engendrent un raisonnement circulaire (A) et pour le troisième parce qu'il est illusoire (B).

A. L'impasse méthodologique résultant d'un raisonnement circulaire

247. *L'impasse méthodologique de la référence à l'intention du législateur.* La référence à l'intention du législateur est utilisée en droit français¹³⁷² et en droit canadien¹³⁷³ pour déterminer le caractère pénal d'un mécanisme de sanctions. Que ce soit dans sa composante procédurale dans le raisonnement de la Cour suprême ou dans sa composante de sanction, pour la Cour suprême¹³⁷⁴ et le Conseil constitutionnel, l'intention du législateur révèle la finalité du mécanisme, dont ils peuvent déduire ou exclure plus ou moins directement le caractère punitif. Or, ce critère peut permettre un contournement du problème. En recherchant directement ce qu'a souhaité le législateur et non pas ce qu'il a effectivement mis en place, l'interrogation sur la substance du mécanisme et sur sa proximité à la répression pénale est aisément écartée. En conséquence, la qualification de la mesure est déduite du discours formel du législateur. Ainsi, toutes les fois où le législateur affiche une volonté directement ou indirectement non punitive, en octroyant au mécanisme une finalité autre, il se libère de toute contrainte liée à la mise en place d'un dispositif punitif de sanctions. Le recours au critère de l'intention du législateur par les organes de contrôle du respect des normes supra-législatives permet à celui-ci de contourner les garanties applicables à la matière pénale par sa seule volonté¹³⁷⁵. C'est ce que font, le législateur québécois lorsqu'il introduit les sanctions administratives pécuniaires dans la *Loi sur la qualité de l'environnement* par le projet de loi n° 89, *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin d'en*

¹³⁷⁰ J.-L. BERGEL, préc., note 1170, par. 10.

¹³⁷¹ Stefan GOLTZBERG, *L'argumentation juridique*, 4^e éd., coll. Connaissance du droit, Paris, Dalloz, 2019, p. 69.

¹³⁷² *Supra*, par. 131-133.

¹³⁷³ La recherche de l'intention du législateur n'est pas expressément visée mais c'est bien de cela dont il est question lorsque les juges cherchent à déterminer l'objet ou l'objectif de la loi et le but de la sanction, à savoir si le législateur avait l'intention de punir ou de protéger le public : A.-M. BOISVERT, préc., note 2, aux p. 215-218 et 223. Sur ces critères, *supra*, par. 176-178.

¹³⁷⁴ *Id.*, aux p. 215-218.

¹³⁷⁵ Sur les dangers attachés aux critères subjectifs de qualification de la sanction pénale : C. MANDON, préc., note 59, par. 460, p. 541.

renforcer le respect,¹³⁷⁶ et le législateur fédéral canadien lorsqu'il précise par exemple que l'infliction des sanctions administratives dans le cadre de la *Loi sur le cannabis* vise à favoriser le respect de la loi¹³⁷⁷, car c'est justement au but de « promouvoir l'observation du régime »¹³⁷⁸ ou à « l'objectif de décourager l'inobservation » de la loi¹³⁷⁹ que se réfère la Cour suprême pour écarter la nature pénale de sanctions administratives aux montants élevés. Le raisonnement jurisprudentiel est circulaire¹³⁸⁰. Il est en effet impossible de dépasser les catégories formelles instaurées par le législateur pour découvrir la véritable nature d'un mécanisme lorsque le moyen employé revient à s'interroger sur la volonté de celui-ci¹³⁸¹, sans la corroborer par des éléments plus substantiels. C'est ce que mettait en lumière la CEDH en décidant que la qualification formelle du droit interne d'une infraction ou d'une sanction ne devait servir qu'à titre indicatif pour décider de leur appartenance à la matière pénale, ou de la qualification de peine¹³⁸² au sens de la Conv. EDH, et qu'il était nécessaire de recourir à d'autres types de critères¹³⁸³. Encore faut-il que ceux-ci ne conduisent pas eux-mêmes à une impasse, comme peuvent le faire les critères relatifs à des éléments de procédure.

¹³⁷⁶ *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin d'en renforcer le respect*, projet de loi n° 89, préc., note 1171, art. 26. Les échanges lors des travaux parlementaires à propos de la mise en place des sanctions administratives pécuniaires sont très parlants : QUEBEC, ASSEMBLEE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des transports et de l'environnement*, 2^e sess., 39^e légis., 10 mai 2011, « Étude détaillée du projet de loi n°89 – *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin d'en renforcer le respect* », 17 h 10, spéc. les propos de Mme Gauvin et de M. Arcand.

¹³⁷⁷ *Loi sur le cannabis*, préc., note 678, art. 111 (2).

¹³⁷⁸ *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 83.

¹³⁷⁹ *Id.*, par. 84.

¹³⁸⁰ A.-M. BOISVERT, préc., note 2, à la p. 224. De surcroît, un auteur note que cette référence à l'intention du législateur pour déterminer l'applicabilité de l'article 11 de la Charte canadienne est particulière car il n'est pas habituel qu'une personne qui revendique l'application de la Charte ait besoin de démontrer que l'État avait l'intention de prendre des mesures ayant pour objet de porter atteinte ou de limiter les droits qu'elle protège. Il suffit en principe que les dispositions y portent effectivement atteinte indépendamment des objectifs poursuivis : Hamish STEWART, « Punitive in effect: Reflections on Canada v. Whaling », (2015) 71-2 *S.C.L.R.* 263-275, par. 24.

¹³⁸¹ Égal. en ce sens, A.-M. BOISVERT, préc., note 2, à la p. 220; D. MCLEOD, « *An Unacceptable Standard: Administrative Monetary Penalties and the Erosion of Section 11 Protections in the Wake of Guindon* », préc., note 75, à la p. 235.

¹³⁸² *Supra*, par. 149. La CEDH affirme en effet, dans la décision *Engel et autres c. Pays-Bas*, préc., note 973, par. 81, que :

« Si les États contractants pouvaient à leur guise qualifier une infraction de disciplinaire plutôt que de pénale, ou poursuivre l'auteur d'une infraction "mixte" sur le plan disciplinaire de préférence à la voie pénale, le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 (art. 6, art. 7) se trouverait subordonné à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec le but et l'objet de la Convention. »

¹³⁸³ CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, préc., note 973, par. 82.

248. *L'impasse méthodologique de la référence à des éléments de procédure.* La référence à des éléments de procédure pour qualifier la nature d'un mécanisme de sanctions est présente dans les trois constructions jurisprudentielles de la peine et de la punition¹³⁸⁴. Un critère de type procédural présente cependant le défaut méthodologique de permettre la confusion entre les causes et les conséquences dans l'opération de qualification juridique. Pour le comprendre, il faut revenir au problème initialement posé, qui est de savoir si un mécanisme de sanctions en particulier doit être soumis aux garanties pénales supra-législatives. Pour répondre à cette question, le Conseil constitutionnel, la CEDH et la Cour suprême, chacun au regard des normes dont ils contrôlent le respect, ont construit des notions permettant de caractériser la nature pénale d'un mécanisme que le législateur n'aurait pas directement désigné comme pénal ou punitif. Si un mécanisme se révèle être de nature pénale au regard de la notion jurisprudentielle pertinente, alors le régime pénal doit lui être appliqué. La détermination du régime adéquat suppose donc au préalable la qualification juridique du mécanisme, au regard de cette notion. Utiliser les éléments de régime, comme l'existence d'une procédure simplifiée de sanctions, pour déterminer la notion, revient donc à utiliser les conséquences pour qualifier les causes au lieu de déduire les conséquences de leurs causes¹³⁸⁵. L'absence d'éléments propres au droit pénal dans un processus de sanctions ne signifie pas nécessairement que le mécanisme n'est pas pénal ou punitif¹³⁸⁶. Cela peut justement montrer que la procédure mise en place n'est pas conforme à la nature du mécanisme. La jurisprudence canadienne n'en est pas moins en ce sens lorsqu'elle considère que l'absence de certaines règles dans la mise en œuvre procédurale ou substantielle d'une mesure à l'encontre d'une personne pose problème et permet d'établir l'existence d'une peine pour laquelle la Charte

¹³⁸⁴ Pour la Cour suprême, la nature procédurale d'une affaire est l'un des deux volets de détermination du caractère pénal d'un mécanisme de sanctions : *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, par. 21 et 23. *Supra*, par. 175-185. Pour le Conseil constitutionnel, ce type d'élément est utile pour l'étude des mesures pénales : *supra*, par. 169 et suiv. Pour la CEDH, des éléments de nature procédurale sont pris en compte parmi les éléments d'analyse de la nature de l'infraction, notamment le fait que l'instance pour l'infraction en cause a été engagée par une autorité publique : *supra*, par. 151. La procédure d'adoption et d'exécution de la mesure est également un critère de qualification de la peine au sens de l'article 7 de la Conv. EDH : *supra*, par. 158.

¹³⁸⁵ A.-M. BOISVERT, préc., note 2, aux pp. 204-205. Cela vaut pour l'ensemble du volet procédural du test établi dans la décision *Wigglesworth*.

¹³⁸⁶ De la même façon, si la procédure de sanction utilise les codes habituels d'un régime pénal de sanctions, cela peut être parce que l'infraction poursuivie et sa sanction sont de nature punitive même si elles n'ont pas été prévues par le droit pénal *stricto sensu* ou tout simplement parce que le législateur a voulu octroyer plus de garanties que nécessaire aux justiciables.

canadienne n'a pas été correctement appliquée¹³⁸⁷. Ainsi, au contraire, lorsque la Cour suprême recourt au critère de la nature procédurale d'une affaire, et attache de l'importance aux éléments formels du processus de sanctions¹³⁸⁸, elle confond les causes et les conséquences : parce que le processus de sanctions n'est pas conduit selon les formes pénales, la procédure n'est pas pénale et ne doit pas être contrainte par les garanties pénales. Cela montre bien comment les critères de nature procédurale laissent la possibilité au législateur de faire poursuivre, selon une procédure très sommaire et avec des garanties moindres, des comportements parfois aussi graves¹³⁸⁹ que des infractions criminelles ou pénales sanctionnées de façon aussi sévère¹³⁹⁰. De surcroît, le raisonnement est tout à fait circulaire. Moins le processus offre de garanties, moins il ne peut finalement être sujet au contrôle constitutionnel, vidant ainsi la Charte canadienne de toute portée normative¹³⁹¹. Les mêmes critiques peuvent être faites à l'égard des

¹³⁸⁷ *Canada (Procureur général) c. Whaling*, préc., note 173, par. 38; H. STEWART, préc., note 1380, par. 10. Dans l'affaire *Whaling*, le juge Wagner, pour rejeter l'argument du Gouvernement excluant l'application de la Charte au motif que la suppression de la procédure accélérée de demande de libération conditionnelle n'était pas une mesure infligée à la suite d'une procédure, explique que :

« Cette interprétation de la disposition suivant son sens ordinaire repose sur le gros bon sens. Une peine infligée sans procès serait nettement plus discutable qu'une peine infligée à l'issue d'un procès. L'alinéa 11*h*) ne saurait avoir pour objet la protection contre une peine infligée à l'issue d'un procès tenu en bonne et due forme, mais pas contre d'autres types de « peine » infligée sans les garanties qu'offre un procès régulier. » (*Canada (Procureur général) c. Whaling*, préc., note 173, par. 38.)

L'automatisme de la prolongation de la détention en raison de la suppression de la procédure accélérée de la demande de libération conditionnelle est également un facteur de ce que cette prolongation constitue une peine : *Id.*, par. 60. Enfin, dans la décision *Boudreault*, la suramende compensatoire est considérée comme une peine notamment en ce qu'elle s'applique aux personnes indigentes, en contrariété avec certains objectifs et principes de détermination de la peine : *R. c. Boudreault*, préc., note 173, par. 80, spéc. 81-82.

¹³⁸⁸ Une procédure criminelle recourt à des actes juridiques spécifiques comme l'arrestation, l'inculpation, la détention, la comparution devant une cour de juridiction pénale et entraîne des conséquences comme l'existence d'un casier judiciaire. Dans ce cadre, elle utilise des termes comme « culpabilité », « acquittement », « acte d'accusation », « déclaration de culpabilité par procédure sommaire », « poursuivant » et « accusé ». En l'absence de ces actes ou de ces éléments de langage dans le processus qui mène à la sanction, la procédure n'est pas criminelle par nature : *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 151, par. 45; *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 63.

¹³⁸⁹ Un même comportement peut, sur le fondement de certaines lois qui recourent au système des sanctions administratives pécuniaires en plus du droit pénal classique, faire l'objet de deux poursuites de nature différente, administrative et pénale. Il est alors difficile d'admettre, que ce même comportement puisse être à ce point différent dans l'un et l'autre des cas, que la disposition vise d'un côté à la punition du coupable et de l'autre uniquement la protection du public par la réglementation et le contrôle de certaines activités particulières. Il apparaît peu cohérent que choix du mode de poursuite puisse modifier la nature même de l'infraction. A.-M. BOISVERT, préc., note 2, à la p. 209.

¹³⁹⁰ La Professeure Anne-Marie BOISVERT souligne ainsi les « exercices sémantiques du législateur », qui n'hésite plus à employer certains termes particulièrement neutres pour réduire, par les mots, l'effet punitif des sanctions administratives pécuniaires, ayant pour conséquence un « formalisme législatif déplorable » : *Id.*, à la p. 223. Ce type de critère introduit de surcroît une circularité dans le raisonnement. *Infra*, par. 247-248.

¹³⁹¹ *Id.*, aux p. 203-205.

éléments procéduraux auxquels se réfèrent le Conseil constitutionnel¹³⁹² et la CEDH¹³⁹³. Néanmoins, le défaut est peut être moins flagrant dans le cadre du raisonnement de la Cour européenne car les critères de nature procédurale dans la qualification de la matière pénale ou de la peine, peuvent être contrebalancés par plusieurs autres critères d'autres natures dont l'importance est équivalente¹³⁹⁴. Quant au Conseil constitutionnel, le recourt au critère procédural est d'autant plus gênant, lorsqu'il l'associe dans son raisonnement à un critère illusoire pour exclure l'assimilation d'une mesure pénale à une peine sur le plan notionnel.

B. L'impasse méthodologique résultant d'un critère illusoire

249. *L'impasse méthodologique de l'argument du moment de l'exécution de la mesure en droit français.* Pour déterminer le caractère préventif ou punitif d'une mesure pénale non qualifiée de peine, le Conseil constitutionnel fait référence au moment d'exécution de la mesure par rapport à celui de la peine¹³⁹⁵. Cet argument du moment d'exécution de la mesure apparaît totalement illusoire. En effet, la comparaison des situations dans lesquelles il est évoqué montre qu'il ne peut jamais aboutir à caractériser la nature pénale de la mesure. S'agissant du retrait de crédits de réduction de peine en cas de mauvais comportement d'un détenu, il est précisé que cela conduit seulement le détenu à exécuter totalement ou partiellement son temps normal de peine, celui initialement prévu¹³⁹⁶. Ainsi, le retrait de crédits de réduction de peine ne peut pas être considéré comme une peine ou une sanction ayant un caractère de punition. Pour la surveillance judiciaire, il est précisé que ce n'est pas une peine ou une sanction, notamment parce qu'elle ne peut s'exécuter que dans le temps initial et normal de la peine prononcée et non au-delà¹³⁹⁷. Au contraire, pour la rétention de sûreté, ce n'est pas une peine, entre

¹³⁹² Par exemple, lorsque le Conseil constitutionnel se réfère au fait qu'une mesure est prononcée par une juridiction qui n'est pas une juridiction de jugement, comme la juridiction d'application des peines (pour la surveillance judiciaire, *supra*, par. 137) ou la juridiction régionale de la rétention de sûreté (pour la rétention de sûreté, *supra*, par. 138).

¹³⁹³ *Supra*, note 1384.

¹³⁹⁴ De plus, la CEDH semble recourir aux éléments procéduraux dans un raisonnement à sens unique, selon lequel si une mesure est conduite de façon semblable à un processus d'imposition d'une peine, alors c'est un indice en faveur de son caractère pénal mais si ce n'est pas le cas, cela ne signifie pas qu'elle n'est pas une peine.

¹³⁹⁵ *Supra*, par. 139.

¹³⁹⁶ Cons. const. 11 juill. 2014, n° 2014-408 QPC, préc., note 911, par. 7.

¹³⁹⁷ Cons. const. 8 déc. 2005, n° 2005-527 DC, préc., note 907, par. 13: « la surveillance judiciaire est limitée à la durée des réductions de peine dont bénéficie le condamné; qu'elle constitue ainsi une modalité d'exécution de la peine qui a été prononcée par la juridiction de jugement ».

autres, parce qu'elle s'exécute après le temps de la peine¹³⁹⁸. Ainsi, que la mesure s'exécute sur le temps de la peine initialement prononcée (parce qu'elle rallonge le temps de la peine préalablement raccourcie ou en constitue une modalité d'exécution après la fin de la privation de liberté) ou après le temps de cette peine semble finalement parfaitement indifférent à sa qualification. Il est difficile d'imaginer un autre temps d'exécution de la mesure que celui de la peine initialement prononcée ou de l'après peine, qui pourrait conduire à qualifier la mesure de peine ou de sanction ayant le caractère d'une punition¹³⁹⁹. Cet argument est donc vain car il aboutit au même résultat dans trois situations différentes, sans qu'on ne puisse entrevoir une possibilité permettant une conclusion distincte¹⁴⁰⁰.

250. *Bilan critique des critères jurisprudentiels.* Parmi les différents critères qui permettent de décider la question de l'assimilation des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions, plusieurs sont discutables. Soit que leur contenu ne convainc pas, soit qu'ils entraînent une impasse méthodologique dans le raisonnement. Pour la première catégorie, il en est ainsi du critère des objectifs de la loi dans la jurisprudence de la Cour suprême, dont la distinction entre les objectifs de punition d'une personne qui rend compte à la société d'une conduite contraire à l'intérêt public et de protection du public

¹³⁹⁸ Cons. const. 21 fév. 2008, préc., note 907, par. 9 : « qu'elle n'est mise en œuvre qu'après l'accomplissement de la peine par le condamné ». L'utilisation de ce critère par le Conseil constitutionnel se révèle encore plus incohérente lorsqu'il s'y réfère en faveur de l'instauration d'un régime protecteur minimaliste. Après avoir considéré que la rétention de sûreté n'est ni une peine ni une sanction ayant le caractère d'une punition, le Conseil constate, en outre, qu'elle est « prononcée après une condamnation par une juridiction », justifiant sa soumission au principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère » (par. 10). Mais il est possible que le Conseil constitutionnel ne se réfère pas ici au temps de la mesure. En effet, le Conseil constitutionnel souligne d'abord que la rétention de sûreté est assise sur la dangerosité du délinquant, ce qui justifie d'exclure la dénomination de punition. Il précise pourtant qu'elle est toutefois « prononcée après une condamnation par une juridiction », expliquant en outre la nécessité qu'elle ne soit pas rétroactive. Cette justification pourrait être interprétée comme le constat, à demi-mots, que la rétention de sûreté est également fondée, d'une certaine façon, sur une condamnation à une infraction ou autrement dit sur la reconnaissance d'une culpabilité. En ce sens, elle ne serait pas uniquement tournée vers le futur, pour prévenir la récidive, mais également tournée vers le passé, tirant les conséquences de la commission d'infractions particulières. Le terme de culpabilité n'aurait cependant pas pu être employé sans engendrer la contradiction. Ainsi, cet argument interroge quant à son sens réel.

¹³⁹⁹ Il ne reste que le temps de l'avant peine, c'est-à-dire un temps antérieur à la décision sur la culpabilité, qui correspond finalement à celui de la garde à vue et de la détention provisoire. Il n'est vraiment pas certain que le Conseil constitutionnel serait prêt à en déduire que la garde à vue et la détention provisoire sont des peines parce qu'elles s'exécutent sur un temps antérieur à la peine.

¹⁴⁰⁰ Les critères de qualification de la peine ou de la punition sont généralement définis par un contenu alternatif. Le critère se présente sous la forme d'une proposition alternative, énonçant plusieurs assertions qui s'excluent mutuellement : *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., v^o « Alternative », sens 3, en ligne : <<https://www.dictionnaire-academie.fr>>. Si les assertions ne s'excluent pas et conduisent, au contraire à des conclusions identiques, c'est que l'alternative n'existe pas. Il est ainsi méthodologiquement impossible que le critère soit apte à résoudre le problème posé.

doit être largement nuancée. Ensuite, le critère du but de la sanction se retrouve sous différentes formes dans les trois constructions jurisprudentielles de la punition. Il repose sur des distinctions dont la mise en œuvre est difficile dans le contexte : sauvegarde de la moralité d'une profession et punition, dissuasion et punition et enfin prévention et punition. Est également employé un critère relatif à la gravité de la sanction, dont il faudrait préciser le sens et le contenu dans chacune des trois théories jurisprudentielles, tant les cas dans lesquels il pourrait permettre la qualification d'une sanction en peine ou punition apparaissent réduits ou incertains. Dans la seconde catégorie de critère, la recherche de l'intention du législateur et la référence à des éléments procéduraux du mécanisme de sanctions conduisent à inverser les termes du raisonnement. Cela a pour conséquence de limiter artificiellement les possibilités de qualifier le caractère punitif d'un mécanisme de sanctions. Enfin, le recours au critère du moment d'exécution de la mesure dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel rend même impossible toute qualification de peine, tant il est illusoire. Ces différentes failles dans le choix des critères d'assimilation des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions entraînent une impossibilité pour les constructions jurisprudentielles de la peine et de la punition de prendre en compte toutes les manifestations de la convergence de ces mécanismes. Elles font apparaître en même temps l'inachèvement de l'émergence de la répression dans la jurisprudence et les obstacles à l'achèvement. Le Conseil constitutionnel, la CEDH et la Cour suprême semblent s'être arrêtés au milieu du chemin qu'ils avaient entrepris et rendent l'application des garanties pénales établies par les normes supra-législatives limitée.

251. *L'articulation aléatoire des critères choisis.* L'insuffisance des théories jurisprudentielles de la peine et de la punition à prendre en compte de manière complète la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions en raison de leur choix des critères de qualification se confirme lorsque l'analyse se porte à l'échelle du raisonnement sur l'ensemble des critères. En effet, l'organisation des rapports entre les différents critères souffre également d'un manque de clarté et de cohérence. Il en résulte une articulation discutable des critères.

Section 2. Une articulation discutable des critères d'assimilation des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanction

252. *Les difficultés de l'articulation des critères.* Les critères utilisés pour décider l'assimilation des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions ne permettent pas de prendre en compte toutes les manifestations de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions. Cette limitation est problématique parce qu'elle résulte de défaillances méthodologiques dans l'articulation des critères. Certains éléments de réflexion sont utilisés à plusieurs reprises et l'importance des critères les uns par rapport aux autres est largement indéterminée. L'articulation des critères est donc discutable parce que le raisonnement est redondant (I) et aléatoire (II).

I. Un raisonnement redondant

253. *La redondance de l'étude de la sanction dans les jurisprudences de la CEDH et de la Cour suprême.* La définition d'une notion ou d'une catégorie juridique suppose d'établir des critères et les liens qu'ils entretiennent¹⁴⁰¹. Si la structure des critères n'est pas rigoureuse, la définition en pâtit. La redondance d'éléments de réflexion d'un critère à un autre pose un problème de structure. En effet, elle rend l'existence des différents critères peu susceptibles de conduire à une assimilation des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanction. Les constructions jurisprudentielles de la CEDH et la Cour suprême ont pour point commun de proposer deux critères de qualification de la nature pénale ou punitive d'un mécanisme de sanctions. Pour la CEDH une peine peut se qualifier par son fondement matériel et juridique, une infraction (laquelle définit également la matière pénale), ou par ses caractéristiques intrinsèques. Pour la Cour suprême, c'est la nature procédurale d'une affaire qui peut être criminelle, ou la sanction qui peut être une conséquence de nature pénale. Ces critères sont présentés comme n'étant pas cumulatifs. La caractérisation de l'un ou de l'autre permet en principe de qualifier la nature pénale d'un mécanisme¹⁴⁰². Pourtant, ces critères sont composés de sous-critères ou d'éléments de réflexion, dont certains sont redondants de l'un à l'autre. Dès lors qu'ils ne sont pas

¹⁴⁰¹ J.-L. BERGEL, préc., note 1170, par. 3.

¹⁴⁰² *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, par. 24. La juge Wilson exprime toutefois son scepticisme quant à la possibilité que le critère de la véritable conséquence pénale puisse être caractérisé sans que ne le soit celui de la nature criminelle de l'affaire. C'est pourtant une possibilité que la juge Wilson admet et qu'elle applique dans cette même décision : *Id.*, par. 26. Ce doute devrait amener à s'interroger sur le contenu de chacun des critères et sur leur intérêt car il ne semblerait aucunement pertinent d'ériger deux critères non cumulatifs si l'un ne peut pas être caractérisé sans l'autre. C'est cependant le résultat auquel abouti l'application de ces critères dans le contexte des sanctions administratives pécuniaires.

indépendants, en raison de leur contenu partiellement similaire, l'existence de critères non cumulatifs de qualification est un leurre qui engendre un raisonnement redondant. Cela limite automatiquement les possibilités de qualification de la nature pénale d'un mécanisme et peut exclure en conséquence la prise en compte de certaines manifestations de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux. Ce défaut méthodologique s'observe particulièrement à propos des réflexions sur la sévérité de la sanction dans la jurisprudence de la CEDH (A) et sur le but de la sanction dans la jurisprudence de la Cour suprême (B).

A. L'étude redondante de la sévérité de la sanction dans la jurisprudence de la CEDH.

254. La fausse option de critères pour la qualification de la peine dans la jurisprudence de la CEDH. Dans la jurisprudence de la CEDH, la notion autonome de peine peut être qualifiée au titre de la notion d'infraction, en tant que support de la sanction, ou de façon intrinsèque, par les caractéristiques de la peine elle-même¹⁴⁰³. D'une part, la sévérité de la sanction est étudiée au titre de la notion autonome d'infraction, critère extrinsèque de la peine¹⁴⁰⁴ et d'autre part, la nature de la mesure (son objet) et sa gravité sont analysées au titre des caractéristiques intrinsèques de la peine¹⁴⁰⁵. Or, les éléments de réflexion propres à chacune des deux notions étant partiellement redondants, l'option entre les deux n'est pas réelle. En effet, si la sévérité de la sanction est insuffisante au titre de l'étude de la notion d'infraction pour la qualifier, il y a peu de chance qu'elle le devienne au titre des caractéristiques intrinsèques de la peine. Dès lors, l'étude de l'objet et de la gravité de la peine comme critères intrinsèques est peu utile. Il y a d'autres éléments de réflexion parmi les critères intrinsèques de la peine qui peuvent permettre une qualification de la notion, mais cela ne change rien à l'incohérence de la redondance. Soit les éléments relatifs à la sévérité de la peine n'ont pas leur place dans l'une ou l'autre des notions d'infraction et de peine, soit ces notions ne sont pas véritablement indépendantes pour qualifier la peine. La même difficulté se retrouve dans le raisonnement de la Cour suprême quant à l'étude du but de la sanction.

¹⁴⁰³ CEDH, *Welch c. Royaume-Uni*, préc., note 970, par. 28; *Jamil c. France*, préc., note 1002, par. 31; *Kafkaris c. Chypre*, préc., note 1025, par. 142; *M. c. Allemagne*, préc., note 1003, par. 120; *Del Río Prada c. Espagne*, préc., note 1029, par. 82; *Société Oxygène Plus c. France*, préc., note 969, par. 47; *G.I.E.M. S.R.L. et autres c. Italie*, préc., note 999, par. 210.

¹⁴⁰⁴ *Supra*, par. 152.

¹⁴⁰⁵ *Supra*, par. 162-163 et 167.

B. L'étude redondante du but de la sanction dans la jurisprudence de la Cour suprême.

255. *La fausse option de critères pour la qualification de la nature procédurale d'une affaire.* Dans la jurisprudence de la Cour suprême, le but de la sanction est étudié au titre de la nature de la procédure¹⁴⁰⁶ et se retrouve également au titre de la nature de la sanction¹⁴⁰⁷. Le critère du but de la sanction est déjà très fortement ressemblant à celui de l'objectif de la loi. En effet, l'opposition entre le but punitif d'une sanction établi par l'application des principes de détermination de la peine au criminel et le but d'assurer l'efficacité d'une loi en imposant une sanction qui n'est pas déterminée par des considérations propres à la détermination de la peine au criminel est peu différente de l'opposition entre l'objectif général de protection de la société contre les comportements contraires à l'intérêt public et les objectifs de réglementation et de contrôle d'activités particulières. Il y a ainsi une première forme de redondance, interne au volet procédural de l'étude de la nature d'une affaire. Son effet est amplifié par une seconde redondance avec l'analyse d'éléments semblables au titre du deuxième volet de l'étude, à savoir la nature de la sanction. En effet, la détermination de la nature d'une amende se fait en fonction de savoir si elle est infligée dans le but de réparer le tort causé à la société ou dans le but d'assurer l'observation de la loi¹⁴⁰⁸. Il faut notamment vérifier si son importance tient à des considérations réglementaires plutôt qu'à des principes de détermination de la peine en matière criminelle¹⁴⁰⁹. Avec une telle répétition entre le but de la sanction comme élément d'analyse de la nature procédurale d'une affaire et le but de la sanction comme élément d'analyse de la nature de la sanction, l'indépendance du critère de la véritable conséquence pénale par rapport au critère de la nature procédurale de l'affaire ne peut pas être assurée¹⁴¹⁰. La question de l'utilité du critère de véritable conséquence pénale, particulièrement dans le cas des sanctions pécuniaires extra-pénales, se pose alors. En dehors du cas où une sanction d'emprisonnement serait imposée, aucune autre sanction extra-pénale ne semble pouvoir remplir le second volet du test

¹⁴⁰⁶ *Supra*, par. 177.

¹⁴⁰⁷ *Supra*, par. 183-184.

¹⁴⁰⁸ *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, par. 24; *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 76. *Supra*, par. 184.

¹⁴⁰⁹ *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 76-77 et 84.

¹⁴¹⁰ D. McLEOD, « *Facing the Consequences: Should the Charter Apply to Administrative Proceedings Involving Monetary Penalties?* », préc., note 75, aux p. 74-76; D. McLEOD, « *An Unacceptable Standard: Administrative Monetary Penalties and the Erosion of Section 11 Protections in the Wake of Guindon* », préc., note 75, p. 239.

*Wigglesworth*¹⁴¹¹. Encore une fois, soit ces éléments de réflexion n'ont pas leur place dans l'un ou l'autre des critères, soit ces deux critères ne peuvent pas être indépendants. Dans tous les cas, le raisonnement connaît des faiblesses et ne peut conduire qu'à une prise en compte limitée de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanction. L'émergence de la répression s'en trouve inachevée. Ce résultat trouve également sa cause dans un problème méthodologique lié à l'articulation aléatoire des critères de qualification de la nature d'un mécanisme de sanction.

II. Un raisonnement aléatoire

256. *Une variabilité inexpliquée dans l'articulation des critères.* Les critères de qualification d'une notion peuvent être alternatifs ou cumulatifs. Aucune théorie jurisprudentielle ne semble mettre en place de critères cumulatifs. Ils n'ont donc pas besoin d'être tous étudiés ou de tous aboutir à la même conclusion pour qualifier la nature d'un mécanisme de sanction. Dans ce cas, la question de leur importance respective se pose nécessairement car il faut pouvoir privilégier un critère par rapport à un autre, s'ils ne permettent pas de conclure dans le même sens. Or l'articulation actuelle des critères de qualification de la nature d'un mécanisme limite la prise en compte de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions parce qu'elle est variable et soumise aux aléas de la casuistique. Les variations, d'une décision à une autre, dans le choix des critères utilisés et leur poids respectif, ne sont pas toujours justifiées et semblent parfois relever du seul opportunisme. Dans plusieurs décisions, elles conduisent à éviter la qualification pénale d'un mécanisme de sanctions. L'articulation des critères est donc critiquable en ce que la présence de certains critères dans le raisonnement est aléatoire (A) et que l'importance des critères présents est elle-même sujette à des variations injustifiées (B).

A. La présence aléatoire de certains critères dans le raisonnement

257. *L'étude aléatoire des critères.* L'application des constructions jurisprudentielles de la peine et de la punition à différents cas montre une utilisation variable des critères de qualification. Ce ne sont pas toujours les mêmes éléments qui sont étudiés. Cette variabilité étant généralement inexpliquée, elle rend le raisonnement aléatoire et donc potentiellement incohérent et imprévisible. Ce phénomène se trouve notamment dans les

¹⁴¹¹ *R. v. Samji*, préc., note 151, par. 109.

jurisprudences du Conseil constitutionnel, relativement au critère du fondement de la mesure, ou encore de la Cour suprême¹⁴¹², lorsqu'elle semble limiter les nouveaux critères de qualification de la notion de peine aux seules mesures pénales. Par ailleurs, les tribunaux n'appliquent pas toujours avec la plus grande rigueur les critères de la Cour suprême, en omettant certains éléments dans leur raisonnement et écartant de ce fait la possibilité d'assimilations nouvelles. La recherche aléatoire du fondement de la mesure dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel (1) et la recherche aléatoire de plusieurs critères de qualification dans la jurisprudence canadienne (2) sont ainsi des obstacles à une prise en compte cohérente de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanction.

1. La recherche aléatoire du fondement de la mesure dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

258. *Réflexions sur la recherche aléatoire de la culpabilité.* Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la résolution du problème de l'assimilation des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanction en convergence passe par la recherche de la finalité de la mesure contestée. Mais le critère de la finalité de la mesure ne peut pas se suffire, car une fois identifiées différentes finalités possibles, chacune d'elle doit être à son tour précisée. Plusieurs sous-critères ou éléments de réflexion permettent de déterminer la finalité de la mesure étudiée. Le critère organique différencie les mesures en fonction de l'organe qui les prononcent. La distinction entre culpabilité et dangerosité sert à différencier les mesures pénales au regard de leur fondement tandis que pour les mesures extra-pénales¹⁴¹³, la discrimination s'opère selon qu'elles sont ou non la conséquence d'un manquement¹⁴¹⁴. Le moment d'exécution de la mesure, ou encore, la gravité de la mesure, sont aussi des critères pour déterminer la finalité de la mesure. En l'absence d'une présentation théorique de ces critères et de leurs liens, leur application concrète dans les décisions paraît parfois arbitraire. Par exemple, la recherche du fondement de la mesure apparaît aléatoire. Il n'est tout d'abord pas certain que le Conseil constitutionnel vérifie toujours le fondement de la mesure. Ensuite, lorsqu'il le fait ou qu'il est possible de

¹⁴¹² Relativement à la qualification de la peine dans le cadre de l'article 11 de la Charte canadienne, la Cour suprême a, dans plusieurs décisions, proposé de nouveaux critères par rapport à ceux de la véritable conséquence pénale. Ces évolutions sont cependant moins discutables en ce qu'elles sont justifiées par la Cour suprême et qu'elles sont favorables aux justiciables car elles offrent une conception ouverte de la notion de peine, permettant une meilleure protection des justiciables.

¹⁴¹³ *Supra*, par. 136-139.

¹⁴¹⁴ *Supra*, par. 140-144.

supposer qu'il effectue cette recherche, ce n'est pas toujours avec des termes identiques. Notamment, est-ce que la recherche de la culpabilité comme fondement des mesures pénales correspond à la recherche d'un manquement au fondement des mesures extra-pénales ? Il n'est donc pas possible de comprendre avec certitude le raisonnement du Conseil constitutionnel quant aux critères employés. Enfin, le choix de ce qui peut apparaître comme le fondement de la mesure semble décidé de façon arbitraire dans certaines décisions où des fondements concurrents apparaissent. Ainsi, l'existence ou l'absence d'une culpabilité, qui apparaît comme un élément fondamental de la qualification de la peine, n'est pas toujours recherchée ni en droit pénal (a) ni en matière extra-pénale (b).

a. La recherche imparfaite de la culpabilité dans la punition pénale

259. *La culpabilité comme fondement aléatoire de la punition pénale.* Le Conseil constitutionnel différencie la rétention de sûreté d'une peine notamment en ce que la première résulte de la dangerosité de l'individu et non de sa culpabilité¹⁴¹⁵. C'est une mesure qui prévient la réalisation d'une infraction et non une mesure qui punit la faute passée. C'est ce qui différencie classiquement les mesures de sûreté et les peines. En ce sens, la culpabilité est au cœur de la punition. Le coupable est puni parce qu'il a commis une faute : la *culpa*. En droit pénal la culpabilité est le fait d'être coupable¹⁴¹⁶, c'est-à-dire d'être en faute au regard de la loi pénale, d'avoir commis une infraction dont il faut répondre par l'engagement de sa responsabilité pénale¹⁴¹⁷. Celle-ci fait encourir l'infliction d'une peine, donc finalement d'une punition¹⁴¹⁸. Punition et culpabilité sont consubstantielles. Ainsi, la recherche de la punition passe par la recherche d'une culpabilité. S'agissant de qualifier une mesure de sanction punitive, le fondement de cette mesure semble donc primordial. Pourtant, la position du Conseil constitutionnel n'est pas si claire. Il s'est déjà abstenu de rechercher le fondement d'une mesure pénale et d'écarter sa qualification de peine pour des motifs tenant à d'autres critères¹⁴¹⁹. Ce raisonnement n'est pas rigoureux et le recours à la culpabilité comme fondement de la mesure punitive est aléatoire. La recherche du fondement de la mesure est également variable quand le

¹⁴¹⁵ *Supra*, par. 138.

¹⁴¹⁶ G. CORNU (dir.), préc., note 38, v° « Culpabilité », p. 291.

¹⁴¹⁷ *Id.*, v° « Coupable », p. 280.

¹⁴¹⁸ La punition s'entend de « l'action de punir, d'infliger une peine, de réprimer » : *Id.*, v° « Punition », p. 834.

¹⁴¹⁹ Le retrait de crédit de réduction de peine en cas de mauvaise conduite du condamné n'a pas fait l'objet d'une recherche de son fondement : Cons. const. 11 juill. 2014, préc., par. 7.

Conseil constitutionnel raisonne sur des mesures extra-pénales puisqu'il ne recherche plus la culpabilité et qu'il n'est pas même certain qu'il vérifie l'existence d'un fondement équivalent.

b. L'absence de recherche de la culpabilité en matière de punition extra-pénale

260. *L'absence discutable de référence à la culpabilité dans la recherche du fondement de la mesure en matière extra-pénale.* L'assimilation notionnelle de certaines mesures extra-pénales aux peines est fondée sur leur caractère punitif, comme l'indique la notion de sanction ayant le caractère d'une punition¹⁴²⁰. Les peines et les sanctions ayant le caractère d'une punition extra-pénales ont donc pour point commun d'être des punitions. Aussi, les critères utilisés pour déterminer le caractère punitif des mesures, qu'elles soient pénales ou extra-pénales, devraient être semblables et relatifs à cet élément commun. La punition extra-pénale est qualifiée comme telle au regard de son modèle originel, la peine. La référence au fondement de la mesure étudiée, à savoir la culpabilité de la personne sanctionnée dans le cas de la peine, devrait ainsi être un élément de réflexion tant pour qualifier une peine qu'une sanction ayant un caractère de punition. En effet, si cet argument est utilisé pour distinguer les mesures pénales qui ne sont ni des peines ni des sanctions, parce qu'elles sont fondées sur la dangerosité de l'individu, et les mesures pénales qui sont des peines, car fondées sur la culpabilité de la personne, il serait logique de le retrouver dans l'étude des mesures punitives extra-pénales. Or, le Conseil constitutionnel ne se pose jamais la question de la culpabilité lorsqu'il étudie les mesures extra-pénales¹⁴²¹. Cependant, cela ne signifie pas nécessairement que le critère du fondement de la mesure devient indifférent. Plusieurs interprétations de l'absence de référence à la culpabilité en matière extra-pénale sont possibles. Il se peut d'abord que le Conseil constitutionnel ne renvoie pas à cette notion s'agissant de l'étude des mesures extra-pénales car il la considère comme spécifiquement pénale et ne désire pas l'exporter en dehors de son champ naturel. Cependant si tel était le cas, cette posture ne serait pas parfaitement cohérente avec l'utilisation de la notion de punition en dehors du droit pénal, champ qui lui était plutôt réservé. La réflexion sur la culpabilité n'est que le prolongement naturel de l'utilisation de la notion de punition. Il est également possible que le critère du fondement soit indirectement ou implicitement utilisé, notamment en montrant que

¹⁴²⁰ *Supra*, par. 124 et suiv.

¹⁴²¹ *Supra*, par. 140-144.

certaines mesures s'appuient sur des éléments qui s'opposent naturellement à la culpabilité ou à un équivalent, la faute.

261. *La recherche implicite de la faute en matière extra-pénale ?* Avant de conclure à l'absence de recours au critère de la culpabilité pour la qualification punitive des mesures extra-pénales, et, en conséquence, au raisonnement aléatoire du Conseil constitutionnel, il convient de se demander s'il ne procède pas à la recherche d'une culpabilité autrement dénommée. La culpabilité relevant plutôt de la terminologie du droit pénal, il se pourrait en effet que le Conseil constitutionnel se réfère à un autre élément, perçu comme équivalent de la culpabilité en dehors du droit pénal, pour qualifier la nature punitive ou non punitive des mesures extra-pénales. Or, il semble que l'analyse des décisions constitutionnelles permet d'observer d'éventuelles références implicites à la faute comme critère de distinction des mesures extra-pénales punitives et non punitives.

En se référant aux objectifs de certaines de ces mesures pour en écarter la qualification punitive, considérant que ces objectifs s'opposent à la punition, le Conseil constitutionnel écarte l'existence d'une faute au fondement de la mesure étudiée. C'est le cas de la réparation¹⁴²², de l'indemnisation¹⁴²³ ou encore de la compensation¹⁴²⁴ d'un dommage ou préjudice. On retrouve ici la distinction fondamentale entre responsabilité civile et responsabilité pénale, la première n'étant plus nécessairement fondée sur l'existence d'une faute, mais conserve pour condition intangible l'existence d'un dommage. Ainsi, toutes les fois où le Conseil constitutionnel met l'accent sur les liens forts unissant un dommage et la mesure contrôlée, il exclut implicitement que cette mesure puisse être fondée sur la faute (la culpabilité en droit pénal) de la personne, sa raison d'être demeurant dans l'existence d'un dommage causé à une victime¹⁴²⁵. Dans les

¹⁴²² Par ex., Cons. const. 30 déc. 1982, n° 82-155 DC, préc., note 895, par. 34, visant les « majorations de droits et aux intérêts de retard ayant le caractère d'une réparation pécuniaire » ; Cons. const. 7 sept. 2018, n° 2018-729 QPC, préc., note 908, par. 17, qualifiant l'indemnité, versée au salarié à la suite de la nullité de son licenciement économique, de « réparation par équivalent lorsqu'une réparation en nature n'est pas possible ou qu'elle n'est pas demandée par le salarié » ; Cons. const. 25 mars 2011, n° 2011-111 QPC, préc., note 949, par. 4, décision qui conclut que l'indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire, versée en cas de licenciement d'un salarié dont le travail a été dissimulé « a pour objet d'assurer une réparation minimale du préjudice subi par le salarié du fait de la dissimulation du travail ».

¹⁴²³ Not., Cons. const. 22 fév. 2019, n° 2018-766 QPC, préc., note 919, par. 8, expliquant que la majoration forfaitaire de 10 % en cas de défaut de restitution du dépôt de garantie dans les délais requis « présente un caractère indemnitaire ».

¹⁴²⁴ Cons. const. 30 mars 2012, n° 2012-225 QPC, préc., note 942, par. 6, précisant que « qu'en cas de retard de paiement, la majoration de la redevance pour création de locaux à usage de bureaux dans la région Île-de-France a pour objet la compensation du préjudice subi par l'État du fait du paiement tardif ».

¹⁴²⁵ *Supra*, par. 141.

cas de refus d'autorisation ou retrait d'autorisation administrative, la décision est simplement la conséquence d'un constat objectif relatif à une situation et non l'appréciation d'un comportement personnalisé ou individualisé. Elle n'est pas une réaction à une faute. Autrement dit, que la condition ne soit pas ou plus remplie en raison d'une faute ou pour toute autre raison importe peu. Seul compte le fait que la condition ne soit pas remplie. Le refus ou le retrait ne résulte pas nécessairement d'un manquement fautif. Il est encore possible de percevoir une référence implicite à la faute lorsque le Conseil constitutionnel considère que la mesure est prise en réaction à un manquement et qu'elle doit à ce titre être qualifiée de sanction ayant le caractère d'une punition. Par exemple, la majoration fiscale de 80 % en cas d'activité occulte est une sanction ayant le caractère d'une punition car elle est fondée sur le comportement du contribuable qui n'a pas déposé dans le délai légal les déclarations qu'il était tenu de souscrire¹⁴²⁶. Cette majoration vient donc bien sanctionner un comportement fautif¹⁴²⁷. Au contraire, la liquidation judiciaire ou la cessation partielle de l'activité prononcée d'office par le juge pendant la période d'observation du redressement judiciaire n'a pas le caractère d'une punition. Le Conseil constitutionnel décrit notamment le redressement judiciaire en ces termes :

« [...] la procédure de redressement judiciaire est ouverte à toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale [...] qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements ; que cette procédure est destinée à permettre la poursuite de l'activité du débiteur, le maintien de l'emploi dans l'entreprise et l'apurement du passif »¹⁴²⁸.

Cela semble mettre en avant l'idée que la procédure tient à la situation objective relative à l'activité et non au comportement de la personne, qui, fautive ou non, bénéficiera de cette procédure dont l'objectif est par ailleurs positif. Finalement, ce qui s'apparente le

¹⁴²⁶ Cons. const., 17 mars 2011, n° 2010-105/106 QPC, par. 6.

¹⁴²⁷ Également, la décision de suspension des prestations familiales par le président du conseil général était prévue dans le cadre du contrat de responsabilité parentale, « lorsqu'il constate que les obligations incombant aux parents ou au représentant légal du mineur n'ont pas été respectées ou lorsque, sans motif légitime, le contrat n'a pu être signé de leur fait » (Art. L. 222-4-1 du Code de l'action sociale et des familles, créé par la *Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances*, J.O. 2 avr. 2006, texte n° 1, art. 48, abrogé par la *Loi n° 2013-108 du 31 janvier 2013 tendant à abroger la loi n° 2010-1127 du 28 septembre 2010 visant à lutter contre l'absentéisme scolaire*, J.O. 1^{er} fév. 2013, texte n° 1, art. unique, II 1°), a été qualifiée implicitement par le Conseil constitutionnel de sanction ayant un caractère d'une punition. Il s'agissait d'une réaction à un manquement aux obligations parentales, qui pourrait donc caractériser une faute.

¹⁴²⁸ Cons. const. 6 juin 2014, n° 2014-399 QPC, *Société Beverage and Restauration Organisation SA*, par. 5.

plus à la recherche d'une faute, dans le cadre de l'analyse de la nature des mécanismes de sanction, est l'indication de l'existence d'un manquement. Dans certaines décisions, le Conseil constitutionnel fait ainsi référence à la répression ou à la punition d'un « manquement » pour justifier la qualification de sanction ayant le caractère de punition. Si le pendant extra-pénal de la culpabilité s'avérait être le manquement, il ne fait pas, lui non plus, l'objet d'une recherche systématique.

262. *La recherche aléatoire d'un manquement au titre du fondement de la mesure dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.* Selon les décisions, le Conseil constitutionnel ne prend pas toujours soin de relever l'existence d'un manquement comme fait générateur de la sanction alors que cet élément semble parfois justifier la qualification de sanction ayant le caractère de punition. Par exemple¹⁴²⁹, le Conseil constitutionnel décide, en matière fiscale, que la majoration de 10 % pour retard de paiement de l'impôt a le caractère d'une réparation pécuniaire car elle a pour objet « la compensation du préjudice subi par l'État du fait du paiement tardif des impôts »¹⁴³⁰ alors que la majoration fiscale de 40 % après mise en demeure, lorsqu'un document requis n'a pas été déposé, et la majoration fiscale de 80 % pour activité occulte de l'article 1728 du Code général des impôts sont des sanctions ayant le caractère d'une punition¹⁴³¹ parce qu'elles tendent à réprimer le comportement des personnes qui ont méconnu leurs obligations fiscales¹⁴³². Dans le premier cas, il n'y en a pas moins un manquement à une obligation fiscale, peu importe que la majoration soit d'un faible montant. Or, le Conseil constitutionnel ne fait pas mention de cet élément. Il ne le prend tout simplement pas en compte. Il pourrait pourtant expliquer qu'il y a bien un manquement, mais que la

¹⁴²⁹ La même remarque est valable pour différentes mesures civiles dont certaines n'ont pas été qualifiées de sanctions ayant le caractère de punition parce qu'elles avaient un caractère indemnitaire au regard de leur mode de fixation (*supra*, par. 141) alors que le Conseil constitutionnel a dans d'autres cas reconnu le caractère punitif d'amendes civiles aux montants très élevés, sans s'en expliquer : Cons. const. 18 mai 2016, préc., note 1429, par. 7 (amende de 2 millions d'euros, pouvant être portée jusqu'au triple du montant des sommes indûment versées dans le cadre de pratiques restrictives de concurrence); Cons. const. 23 mars 2017, préc., note 1429, par. 4 et 7 (amende civile d'un montant maximal de dix millions d'euros).

¹⁴³⁰ Cons. const. 29 avril 2011, n° 2011-124 QPC, préc., note 942, par. 3.

¹⁴³¹ Respectivement, Cons. const. 17 mars 2011, n° 2010-105/106 QPC, préc., note 908, par. 6 et Cons. const. 29 décembre 1999, n° 99-424 DC, préc., note 945, par. 53.

¹⁴³² Cons. const. 4 mai 2012, n° 2012-239 QPC, préc., note 942, par. 5. C'est pourquoi sont aussi des sanctions ayant le caractère d'une punition les majorations d'imposition pour méconnaissance d'une obligation déclarative, comme le retard dans la production d'un document, le défaut de déclaration d'un compte (Cons. const. 27 octobre 2017, n° 2017-667 QPC, préc., note 946, par. 4 et 5), ou le défaut de réponse à une demande de renseignements et de documents pour l'établissement de la contribution sociale de solidarité à la charge des sociétés (Cons. const. 5 octobre 2018, n° 2018-736 QPC, préc., note 946, par. 6).

majoration, au regard de son montant, est corrélée au dommage subi par l'État du fait du retard de paiement et qu'en cette circonstance, le critère du montant de la majoration est plus important que celui de l'existence d'un manquement. De la même façon, dans les seconds cas, le Conseil constitutionnel pourrait détailler son raisonnement en précisant que la finalité répressive des majorations ressort à la fois de l'existence d'un manquement à une obligation fiscale à l'origine de la sanction et du montant de la sanction, qui est fixé sans corrélation avec l'existence d'un dommage.

263. *Un raisonnement aléatoire source de difficultés.* La jurisprudence du Conseil constitutionnel manque globalement de clarté quant à son raisonnement sur la recherche de la finalité de la mesure au regard de son fondement. Tout d'abord, il n'est pas certain que cet élément fait l'objet d'une analyse systématique, ce qui serait en contradiction avec l'évaluation de la finalité punitive d'une mesure (la culpabilité et la punition étant consubstantielles). Ainsi, si cet examen du fondement est réalisé, il demeure très implicite et indirect pour les mesures extra-pénales. Plusieurs notions se rattachent plus ou moins à la recherche d'une faute comme fondement de la mesure, mais le Conseil constitutionnel ne le précise pas expressément. Seule la recherche de la culpabilité dans le cas de certaines mesures pénales est explicite. L'aléa dans le raisonnement du Conseil constitutionnel quant au fondement de la mesure comme critère de qualification de sa nature est au minimum une difficulté pédagogique. La variabilité dans la recherche et l'analyse du critère du fondement de la mesure n'est pas expliquée. Le recours à ce critère est donc aléatoire. La cohérence et la prévisibilité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relativement à l'assimilation des mesures pénales et extra-pénales de sanction sont ainsi ébranlées. La jurisprudence canadienne est également aléatoire quant au choix des critères recherchés pour déterminer la nature d'un mécanisme de sanction.

2. La recherche aléatoire de plusieurs critères de qualification dans la jurisprudence canadienne

264. *Le cantonnement de l'élargissement des critères de la véritable conséquence pénale aux seules mesures pénales.* Les critères de la définition élargie de la peine, pour l'application de l'article 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ont été limités aux seules sanctions prises dans un contexte pénal, excluant l'élargissement de la notion

de la véritable conséquence pénale dans le contexte extra-pénal¹⁴³³. Se faisant, la Cour suprême distingue clairement les deux contextes aux fins de l'application de l'article 11 de la Charte canadienne et certaines hypothèses de convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions pourraient en être ignorées. Le choix de la Cour suprême de ne pas utiliser les mêmes critères de qualification de la véritable conséquence pénale pour une peine ou pour une sanction extra-pénale est expliqué. En cela, les critères utilisés pourraient simplement être variables sans être aléatoires. Néanmoins, les justifications avancées ne sont pas convaincantes, notamment parce qu'elles vont à l'encontre de l'interprétation large et libérale de la Charte canadienne. Ainsi, le choix des critères employés apparaît aléatoire et arbitraire. Il serait en effet logique que toute sanction prononcée en raison d'un manquement aux obligations d'une loi dans un contexte extra-pénal, conçue et appliquée selon l'objectif et les principes de détermination de la peine ou ayant une grande incidence sur les droits constitutionnels à la liberté et à la sécurité du contrevenant, soit une véritable conséquence pénale. Cela serait d'autant plus légitime si elle avait un objet identique à une sanction considérée comme une peine, outre un emprisonnement ou une amende. Une telle solution serait justifiée dans le cadre de l'interprétation large et libérale de la Charte canadienne¹⁴³⁴. L'interprétation large et libérale de la Charte canadienne doit se faire dans le respect des objectifs des droits accordés par les dispositions en jeu. Or, dès lors que ces droits sont accordés en raison de la nature pénale réelle de la sanction encourue, il n'y a pas lieu de rejeter l'applicabilité de l'article 11 pour une sanction qui ressemblerait en tout point à une peine, au motif qu'elle n'est pas prise dans un contexte pénal. Cela reviendrait à confondre le critère de la nature de la procédure avec celui de la nature de la sanction et aurait pour conséquence de donner à la notion de véritable conséquence pénale un sens très formel. La distinction

¹⁴³³ Dans la décision *Rodgers*, l'étude de l'applicabilité de l'article 11 de la Charte canadienne est explicitement réalisée pour la notion de peine *stricto sensu*, dans le contexte d'une instance criminelle, sans mention de l'impact de cette analyse dans le contexte d'une affaire extra-pénale : *R. c. Rodgers*, préc., note 173, par. 61-62. Dans la décision *K.R.J.*, la Cour suprême circonscrit son interprétation de la peine au contexte pénal : *R. c. K.R.J.*, préc., note 173, par. 38. *Supra*, par. 184-188.

¹⁴³⁴ Méthode d'interprétation à laquelle recourt régulièrement la Cour suprême dans le cadre de l'application de l'article 11 de la Charte canadienne : *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, par. 12; *R. c. Rodgers*, préc., note 173, par. 61; *R. c. K.R.J.*, préc., note 173, par. 37-38. Dans l'arrêt *K.R.J.*, la Cour suprême semble justifier le recours à l'interprétation large et libérale de la Charte canadienne eu égard à la délimitation déjà circonscrite de l'application de l'article 11 et qu'en l'espèce il était question d'étudier une mesure pénale. Néanmoins, cette explication n'a pas de sens dès lors que cette méthode d'interprétation vise justement à permettre, quand cela est justifié, d'aller au-delà du sens formel de la Charte. L'interprétation du terme « peine » dans l'article 11 de la Charte canadienne peut être réalisé sans recourir à cette méthode car c'est un terme connu du *Code criminel* lui-même. L'interprétation large et libérale de la Charte est au contraire utile pour servir de guide à la qualification de mesures qui ne sont pas qualifiées de peines dans le *Code criminel* ou en dehors du *Code criminel*.

entre la peine et les sanctions extra-pénales ne se justifient pas dès lors que les sanctions extra-pénales en cause sont identiques à des peines, peu importe qu'elles ne soient pas un emprisonnement ou une amende. En outre, les critères utilisés pour qualifier une peine sont proches de ceux utilisés pour déterminer la véritable conséquence pénale dans un contexte extra-pénal. Il s'agit seulement de les adapter au contexte des sanctions extra-pénales. En effet, dans les deux cas il faut s'interroger principalement sur l'objet et la sévérité de la mesure, ses objectifs, ses principes de détermination, et sur ses conséquences pour le contrevenant, dont les stigmates provoqués par la mesure. Il serait ainsi tout à fait concevable de proposer une grille d'analyse commune. Outre l'absence d'adéquation entre les critères de la peine et ceux de la véritable conséquence pénale extra-pénale, il semble que certains critères ne fassent pas toujours l'objet d'une analyse réelle de la part des juridictions.

265. *L'étude oubliée des objectifs de la loi dans la jurisprudence sur la Loi sur la qualité de l'environnement.* Pour déterminer la nature procédurale d'une affaire, il faut analyser les objectifs de la loi qui la fonde. Ainsi, les objectifs de réglementation et de contrôle de certaines activités particulières sont généralement opposés au but plus général de protéger la société contre un comportement qui est contraire à l'intérêt public¹⁴³⁵. La recherche des objectifs de la loi n'est pourtant pas toujours réellement menée par les tribunaux lorsqu'ils déterminent la nature procédurale d'une affaire. Par exemple, dans le cadre de l'étude de l'applicabilité de l'article 11 de la Charte canadienne aux sanctions administratives pécuniaires prises sur le fondement de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, le critère le plus étayé est celui du processus menant à la sanction. Il n'est pas de nature criminelle parce qu'aucune inculpation n'est faite, aucune dénonciation n'est déposée, que personne n'est arrêté ni sommé de comparaître devant une cour de juridiction pénale et qu'aucun casier judiciaire n'en résulte¹⁴³⁶. Pour le reste des critères, le Tribunal se contente d'observer que le « régime des SAP créé par la LQE, considérant ses objectifs et ses modalités, est purement administratif »¹⁴³⁷. L'analyse de la loi aurait pu mettre en avant le fait que les sanctions administratives pécuniaires ont un

¹⁴³⁵ *Supra*, par. 176.

¹⁴³⁶ *Louis Brais c. Québec (Développement durable, Environnement et Lutte contre les changements climatiques)*, préc., note 1115, par. 68.

¹⁴³⁷ *Id.*, par. 69; *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Charles Morissette inc.*, 2020 QCCQ 6313, par. 16 : « À la lecture de ce qui précède, force est d'admettre que le processus des SAP est purement administratif et n'emporte aucune conséquence pénale ».

champ d'application matériel et personnel très large, puisque les mesures sont susceptibles de s'appliquer à tous les citoyens, indépendamment du cadre d'une activité particulière¹⁴³⁸ et que la loi concerne un sujet d'intérêt général, tel que décrit dans sa disposition préliminaire¹⁴³⁹. Cette loi, y compris par le recours aux sanctions administratives pécuniaires, ne défend pas simplement des « objectifs de réglementation et de contrôle de certaines activités particulières ». L'absence d'analyse systématique de tous les critères de la nature procédurale d'une affaire et de la nature d'une sanction est ainsi dommageable parce qu'elle prive le raisonnement d'éléments pertinents pour qualifier la nature de la procédure de sanctions. La nette convergence des mécanismes de sanctions pénales et administratives dans cette loi est ainsi complètement ignorée.

Le choix des critères utilisés pour déterminer la nature d'un mécanisme pénal ou extra-pénal de sanctions est donc aléatoire. Les raisonnements ne se fondent pas toujours sur les mêmes critères d'une décision à une autre. Cela entraîne une prise en compte jurisprudentielle hasardeuse de l'émergence d'une notion unifiée de répression. Un second facteur favorise cet aléa. Il s'agit de la variabilité de l'importance donnée à chaque élément de réflexion.

B. L'importance aléatoire des critères

266. *Présentation de la méthode de qualification de la nature d'un mécanisme de sanctions par la CEDH et la Cour suprême.* Le schéma structurel du raisonnement de la CEDH et de la Cour suprême est semblable. Deux critères supposément indépendants de qualification sont proposés. La caractérisation de l'un ou de l'autre permet de qualifier le caractère pénal de la mesure étudiée. Au sein de chacun de ces critères se trouvent plusieurs sous-critères ou éléments de réflexion, dont les relations ne sont pas toujours préétablies ou hiérarchisées. Ainsi, d'une décision à une autre, un sous-critère peut suffire pour décider de la qualification ou, au contraire, il est parfois nécessaire de recourir à plusieurs sous-critères retenir cette qualification. Il y a ainsi une variation inexploquée de l'importance de chaque critère dans le raisonnement. Cela rend les résultats du raisonnement eux-mêmes aléatoires et donc imprévisibles. Ce constat peut être établi à l'égard des jurisprudences de la CEDH (1) et de la Cour suprême (2).

¹⁴³⁸ R. DAIGNEAULT, préc., note 1195, p. 28-30 (PDF) (La référence); C. DUCHAINE et N. DUBE, préc., note 1195, p. 11 (PDF) (La référence); J. PIETTE, préc., note 149, p. 3.

¹⁴³⁹ *Loi sur la qualité de l'environnement*, préc., note 549, disposition préliminaire.

1. L'importance aléatoire des critères de qualification dans la jurisprudence de la CEDH

267. *L'importance déterminée du critère de la qualification interne dans la jurisprudence de la CEDH.* La CEDH propose quelques règles de pondération et d'articulation de ses critères. Mais ce raisonnement cache une variation imprévisible de l'articulation des critères. La règle selon laquelle les qualifications du comportement sanctionné et de la sanction par le droit interne ne sont qu'indicatives¹⁴⁴⁰ est la seule qui est intangible et justifiée par l'objet de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁴⁴¹. L'importance du critère de gravité de la sanction est en revanche aléatoire.

268. *L'importance aléatoire du critère de gravité de la mesure dans la jurisprudence de la CEDH.* Seul le critère de gravité de la mesure est aussi déterminé dans son importance. Cependant, les directives sont très vagues et permettent finalement de lui accorder un poids qui varie au gré des décisions. La CEDH prévoit que la gravité n'est pas un élément décisif, parce que certaines mesures sont qualifiées de peines alors qu'elles sont légères alors que certaines autres mesures, qui ne sont pas punitives, ont un impact substantiel sur la situation de la personne¹⁴⁴². Ainsi, le critère de gravité de la mesure n'est pas plus important que les autres et son poids varie au gré des circonstances. La gravité de la mesure pourrait, selon les cas, permettre de qualifier une sanction de peine comme n'être qu'un indice parmi d'autres¹⁴⁴³, ou ne pas être pris en compte face à d'autres éléments considérés comme plus déterminants. En l'absence de hiérarchisation ou de pondération prédéterminée des critères, les décisions sont parfois surprenantes. Par

¹⁴⁴⁰ Lorsque le législateur interne n'avait pas qualifié le comportement d'infraction et la sanction de peine, la CEDH considère qu'elle peut leur donner ses propres qualifications d'infraction et de peine : CEDH, *Engel et a. c. Pays-Bas*, préc., note 973, par. 82; *Welch. C. Royaume-Uni*, préc., note 970, par. 27-28, 31 et 34; *Jamil c. France*, préc. note 1001, par. 30-32; *M. c. Allemagne*, préc. note 1003, par. 120 et 126.

¹⁴⁴¹ Il s'agit d'empêcher les États de contourner l'application des dispositions de la Conv. EDH en recourant à des qualifications qui permettent de l'exclure sur le plan formel, parce que les termes employés ne correspondraient pas à ceux de la Conv. EDH, tout en prévoyant des sanctions semblables aux peines sur le plan substantiel : CEDH, *Engel et a. c. Pays-Bas*, préc., note 973, par. 81.

¹⁴⁴² CEDH, *Welch. C. Royaume-Uni*, préc., note 970, par. 32; *M. c. Allemagne*, préc. note 1003, par. 120; *Del Río Prada c. Espagne*, préc., note 1029 par. 82.

¹⁴⁴³ CEDH, *Bendenoun c. France*, préc., note 980, par. 47. La Cour, ayant relevé, parmi les autres critères que les majorations « revêtaient en l'occurrence une ampleur considérable », conclut que :

« Ayant évalué le poids respectif des divers aspects de l'affaire, la Cour note la prédominance de ceux qui présentent une coloration pénale. Aucun d'eux n'apparaît décisif à lui seul, mais additionnés et combinés ils conféraient à l'"accusation" litigieuse un "caractère pénal" au sens de l'article 6 par. 1 (art. 6-1), lequel trouvait donc à s'appliquer. »

exemple, dans sa décision *Bergmann c. Allemagne*, la CEDH explique que la détention de sûreté allemande doit être qualifiée de peine parce qu'elle est une privation de liberté, sans limite maximale de durée, imposée à la suite d'une condamnation pour une infraction pénale, et que ces éléments ne peuvent pas être éclipsés par la forme révisée, et plus préventive, de cette mesure¹⁴⁴⁴. Elle ajoute pourtant dans cette même décision que la prolongation de cette mesure ne peut pas être une peine parce qu'elle est fondée sur l'existence d'un trouble mental et qu'elle a pour but de soigner le condamné¹⁴⁴⁵. Ces deux éléments suffisent à éclipser la nature punitive de la mesure pour mettre en avant sa nature préventive, justifiant que la qualification de peine ne soit pas retenue. Autrement dit, la gravité de la mesure, au regard de sa nature et de son *quantum*, devient un argument sans poids, alors qu'il était important quelques lignes avant. La gravité de la sanction fait également l'objet d'une importance aléatoire dans la jurisprudence de la Cour suprême.

2. L'importance aléatoire du critère de gravité de la mesure dans la jurisprudence de la Cour suprême

269. *L'importance aléatoire des éléments de définition de la gravité de la sanction dans la jurisprudence de la Cour suprême.* La gravité de la mesure revêt une importance moindre dans les décisions relatives aux mesures extra-pénales que dans les décisions portant sur les mesures pénales, particulièrement pour les sanctions administratives pécuniaires. Il en résulte une assimilation impossible de celles-ci aux peines, car elles n'atteignent jamais un niveau de gravité suffisant. Selon la jurisprudence de la Cour suprême, une sanction pécuniaire n'est une véritable conséquence pénale que si différents éléments permettent d'affirmer qu'elle est infligée dans le but de réparer un tort causé à la société en général plutôt que d'assurer l'observation de la loi¹⁴⁴⁶. Ces éléments sont son montant, son destinataire, le fait que son importance tient à des considérations réglementaires plutôt qu'à des principes de détermination de la peine en matière criminelle, et le fait qu'elle stigmatise ou non¹⁴⁴⁷. Or, le montant d'une sanction administrative pécuniaire ou ses effets, quels qu'ils soient, ne permettent jamais de caractériser la punition, au contraire de l'analyse qui est faite d'éléments similaires dans un contexte pénal. Cette importance différente de la gravité de la mesure, entre les

¹⁴⁴⁴ CEDH, *Bergmann v. Germany*, préc., note 1010, par. 181.

¹⁴⁴⁵ *Id.*, par. 182.

¹⁴⁴⁶ *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, par. 24.

¹⁴⁴⁷ *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 76.

contextes pénal et extra-pénal, est particulièrement flagrante concernant le *quantum* de la sanction dans le cas des sanctions pécuniaires (a) et les effets de la sanction (b).

- a. L'importance aléatoire du *quantum* de la mesure entre les sanctions pécuniaires pénales et extra-pénales

270. *L'importance minimisée du montant de la sanction pécuniaire en matière administrative.* Malgré l'introduction du montant de l'amende comme élément d'analyse de son but punitif, le *quantum* d'une sanction administrative pécuniaire encourue ou prononcée se révèle très indifférent à la qualification de sa nature, tant il n'est jamais considéré comme disproportionné par rapport à celui qui permet d'atteindre les objectifs de la réglementation¹⁴⁴⁸. C'est ainsi que des sanctions pécuniaires aux montants très élevés ne sont pas de véritables conséquences pénales¹⁴⁴⁹, si elles sont justifiées par la nécessité de garantir l'efficacité du système réglementaire et de dissuader les manquements à la réglementation¹⁴⁵⁰. Le montant de la sanction pécuniaire administrative est finalement ignoré par la Cour suprême au profit du constat de l'absence de référence aux principes de détermination de la peine en droit criminel dans le choix de celui-ci¹⁴⁵¹. La Cour suprême n'octroie aucune portée à un élément de réflexion qu'elle a elle-même introduit alors qu'en matière pénale, le montant de la sanction fait l'objet d'une analyse circonstanciée minutieuse pour des montants en comparaison particulièrement peu élevés.

271. *L'importance maximisée du montant de l'amende dans le contexte pénal.* L'affaire *Boudreault*¹⁴⁵² permet de démontrer la disproportion entre la considération de la gravité d'une amende, au regard de son montant, entre les contextes pénal et extra-pénal. La décision établit que la suramende compensatoire est une peine au regard des critères développés par la Cour suprême parce qu'elle est une conséquence directe et automatique d'une déclaration de culpabilité et qu'elle est une forme d'amende¹⁴⁵³. De plus, elle a été mise en place pour réaliser certains des objectifs de la peine, particulièrement celui d'améliorer la responsabilisation des contrevenants à l'égard des victimes et de susciter chez eux une prise de conscience de leurs responsabilités¹⁴⁵⁴. Ces

¹⁴⁴⁸ *Id.*, par. 77; *R. v. Samji*, préc., note 151, par. 86-87.

¹⁴⁴⁹ *Supra*, par. 184 et note 1364.

¹⁴⁵⁰ *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 151, par. 60; *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 77.

¹⁴⁵¹ *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 84.

¹⁴⁵² *R. c. Boudreault*, préc., note 173.

¹⁴⁵³ *Id.*, par. 40-41.

¹⁴⁵⁴ *Id.*, par. 42.

éléments suffisent à caractériser la peine, mais la juge Martin ajoute que « la suramende compensatoire a également une incidence importante sur la liberté, la sécurité, l'égalité et la dignité des personnes assujetties à son application »¹⁴⁵⁵. Le montant des suramendes, étudié au sein des conséquences sur les personnes assujetties à leur application, est donc élément additionnel à la caractérisation de leur nature pénale. De ce point de vue, l'importance octroyée à cet élément d'analyse de la gravité n'apparaît pas plus grande dans le contexte pénal que dans un contexte extra-pénal. Toutefois, il est notable que la juge Martin insiste sur les effets de la sanction lorsqu'elle résume les motifs conduisant à la qualification de peine de la suramende compensatoire¹⁴⁵⁶. Ce qui est, en outre, particulièrement intéressant, est la façon dont ce montant devient un élément important de la caractérisation d'une peine cruelle et inusitée, en ce qu'il entraîne des conséquences financières disproportionnées¹⁴⁵⁷. Les juges majoritaires¹⁴⁵⁸ reconnaissent tout d'abord que la suramende compensatoire, sanction pécuniaire additionnelle de quelques centaines de dollars par infraction, ne serait pas exagérément disproportionnée pour des personnes ayant une capacité financière adéquate¹⁴⁵⁹. Pourtant, ils concluent en l'espèce qu'elle est une peine cruelle et inusitée au titre de l'article 12 de la Charte canadienne¹⁴⁶⁰ car, « bien qu'il vise la réalisation d'un objectif pénal régulier, le régime de la suramende compensatoire obligatoire entraîne des conséquences inacceptables et ignore complètement le principe de la proportionnalité de la peine »¹⁴⁶¹; les juges qui infligent la peine ne peuvent en effet pas prendre en compte l'incapacité de payer des contrevenants les plus marginalisés¹⁴⁶². Les montants en cause s'élevaient à 700 \$, 900 \$ et 1400 \$¹⁴⁶³ et ont été considérés comme sommes exagérément disproportionnées en ce qu'elles privent des personnes aux revenus très faibles de leurs moyens de subsistance. Il devient difficile de justifier qu'une sanction administrative pécuniaire de plusieurs centaines de milliers de dollars, voire de plusieurs millions, ne puisse pas même être une peine, quand une amende pénale additionnelle de quelques centaines de dollars peut être qualifiée de

¹⁴⁵⁵ *Id.*, par. 43.

¹⁴⁵⁶ *Id.*, par. 44.

¹⁴⁵⁷ *Id.*, par. 66-68.

¹⁴⁵⁸ Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown et Martin rendu par la juge Martin.

¹⁴⁵⁹ *R. c. Boudreault*, préc., note 173, par. 60.

¹⁴⁶⁰ *Id.*, par. 94.

¹⁴⁶¹ *Id.*, par. 61.

¹⁴⁶² *Id.*, par. 94.

¹⁴⁶³ *R. c. Boudreault*, préc., note 173, resp. par. 51, 52 et 50.

peine cruelle et inusitée¹⁴⁶⁴. Ce traitement différencié du montant de la sanction pécuniaire entre les contextes pénal et extra-pénal ne peut pas être justifié par les effets plus larges de la sanction puisqu'ils sont semblables. Mais là encore, les effets de la mesure, autres que ceux directement liés à son montant, sont minimisés pour les sanctions administratives pécuniaires alors qu'ils sont mieux pris en compte pour les mesures pénales.

b. L'importance aléatoire des effets de la mesure entre les sanctions pécuniaires pénales et extra-pénales

272. *L'importance minimisée des stigmates attachés à une sanction administrative pécuniaire dans la jurisprudence de la Cour suprême.* En principe, une sanction pécuniaire peut être punitive « par son objet ou son effet »¹⁴⁶⁵. Néanmoins, l'analyse des effets de la sanction est en pratique d'aucune portée en dehors du contexte pénal. La Cour suprême affirme en effet qu'aucune stigmatisation comparable à celle découlant d'une déclaration de culpabilité au pénal n'est attachée au prononcé de la sanction pécuniaire administrative¹⁴⁶⁶. Même lorsque certains stigmates sont constatés, ils n'influencent pas la qualification car les juges les minimisent : il n'est par exemple pas suffisant de constater que la personne sanctionnée a été stigmatisée en raison de la qualification et de la gravité du manquement commis¹⁴⁶⁷. En outre, l'affirmation de l'absence de casier judiciaire après l'imposition d'une sanction administrative pécuniaire occulte l'existence, pour certaines lois, de publications ou de registres publics des sanctions administratives pécuniaires. Ils peuvent donner accès à la liste des personnes sanctionnées avec indication des noms et

¹⁴⁶⁴ Il pourrait être avancé que ce n'est pas le montant de la sanction pénale en tant que tel qui a été étudié mais ses conséquences sur le contrevenant. Cependant l'effet est bien étudié au regard du montant lui-même puisqu'il est question des conséquences financières de la suramende compensatoire sur la situation du contrevenant.

¹⁴⁶⁵ *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 76.

¹⁴⁶⁶ *Id.*, par. 84; *R. v. Samji*, préc., note 151, par. 103.

¹⁴⁶⁷ *R. v. Samji*, préc., note 151, par. 103-106. Spéc., au par. 103, il est dit que :

« There is no dispute that the appellant has been stigmatized. Fraud is a serious allegation that carries a stigma. However, the trial judge considered that the stigma arose largely from the Commission's findings and reflected only the social repugnance of the appellant's misconduct. He also considered that the significant media attention to this case was not exceptional given the scrutiny one should expect would be given to those who commit securities fraud. I find no error in the judge's conclusion that the stigma suffered by the appellant did not reflect the degree of fault for her perpetration of the scheme and was not comparable to that attached to a criminal conviction. »

prénoms, du montant de la sanction et de la nature du manquement¹⁴⁶⁸. Plus largement accessible qu'un casier judiciaire, ce type de publication ou de registre est à la fois infamant et dénonciateur. En écartant le pouvoir stigmatisant des sanctions pécuniaires administratives, ces décisions ne donnent que peu de valeur aux effets sociaux de ce type de sanction. Les effets d'une telle sanction sur la situation personnelle des contrevenants sont également minimisés dans le contexte administratif alors qu'ils sont pris en compte avec plus de sérieux dans le cadre d'une mesure pénale.

273. *L'importance minimisée des effets personnels de la sanction administrative pécuniaire dans la jurisprudence de la Cour suprême.* Dans le cadre de l'analyse de mesures pénales, la question de l'effet des mesures a un poids plus important que dans un contexte extra-pénal. Par exemple, la Cour suprême se fonde sur l'effet punitif des règles de modifications de la libération conditionnelle pour qualifier de peine « l'effet rétrospectif de l'atteinte aux attentes légitimes de liberté »¹⁴⁶⁹. Ensuite, le critère de l'incidence de la mesure sur les droits constitutionnels du détenu, utilisé pour la qualification de la peine¹⁴⁷⁰ est bien une analyse des conséquences de la mesure sur la

¹⁴⁶⁸ Par exemple, les sanctions administratives pécuniaires imposées dans le cadre de l'art. 274.1 L.v.m. et en application des articles 271.13, 271.14 et 271.15 du *Règlement sur les valeurs mobilières* (RLRQ, c. V-1.1, r. 50), sont publiées au Bulletin de l'Autorité des marchés financiers, disponible sur le site internet de l'Autorité des marchés financiers : <<https://lautorite.qc.ca/grand-public/publications/pour-les-professionnels/le-bulletin-de-lautorite>>; les sanctions administratives pécuniaires imposées dans le cadre du *Securities Act* (préc., note 1364) de la Colombie-Britannique sont rendues publiques sur le site internet de la Commission : <<https://www.bccsc.bc.ca/enforcement/administrative-enforcement/administrative-sanctions>>; les sanctions administratives pécuniaires imposées dans le cadre de la *Loi sur la qualité de l'environnement* (préc., note 549) sont enregistrées dans un registre public disponible sur le site internet du ministère de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques, en application des articles 118.5.1 et 118.5.3 de la même loi : <<https://www.registres.environnement.gouv.qc.ca>>.

¹⁴⁶⁹ *Canada (Procureur général) c. Whaling*, préc., note 173, par. 60. *Supra*, par. 188.

¹⁴⁷⁰ Le critère de l'atteinte aux droits constitutionnels à la liberté et la sécurité semble interprété de façon large. L'expression est parfois remplacée par celle « grande incidence sur les droits constitutionnels du contrevenant » : *R. c. K.R.J.*, préc., note 173, par. 51. Cette incidence peut ainsi être caractérisée par des éléments qui ne ressortent pas strictement de la liberté et de la sécurité physiques, mais également de la liberté de communiquer avec autrui, de l'accès à l'emploi, de la construction de la citoyenneté et de l'identité individuelle :

« La Cour reconnaît que le fait de vivre dans la collectivité en étant soumis à des conditions strictes peut engendrer une stigmatisation non négligeable (*R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61 (CSC), par. 105). En outre, l'interdiction fondée sur l'al. 161(1) c) d'avoir des contacts avec une personne âgée de moins de 16 ans est susceptible de réduire les domaines d'emploi qui s'offrent au contrevenant et la possibilité qu'il a d'interagir avec autrui (y compris les adultes accompagnés d'enfants) dans les lieux publics et privés. Empêcher le contrevenant d'avoir accès à Internet sur le fondement de l'al. 161(1) d) équivaut à le tenir à l'écart d'un élément de plus en plus essentiel à la vie quotidienne [...] Pour de nombreux Canadiens, l'appartenance à des communautés en ligne fait partie intégrante de la citoyenneté et de l'identité individuelle. À mon avis, l'exclusion d'un contrevenant de tels espaces communs

personne, autrement dit une considération des effets de la mesure. Il est ainsi explicitement prévu que l'existence de telles conséquences permet de caractériser une véritable conséquence pénale lorsque la mesure étudiée n'est pas fixée en fonction des principes de détermination de la peine en matière criminelle¹⁴⁷¹. Mais au regard de la jurisprudence en matière administrative, il n'apparaît pas actuellement possible que l'analyse des effets de la sanction puisse jouer un tel rôle pour qualifier une mesure extra-pénale de véritable conséquence pénale¹⁴⁷². Les effets de la sanction cèdent devant l'inutilisation des principes de détermination de la peine, qui reflète l'objectif d'application efficace de la loi. La comparaison entre les décisions *Samji* de la Cour d'appel de Colombie-Britannique et *Boudreault* de la Cour suprême est très parlante. Dans la décision *Samji*, la Cour d'appel a reconnu que la sanction administrative pécuniaire de 33 millions de dollars est une dette écrasante, dont la débitrice sera probablement toujours redevable quand elle aura été libérée de sa faillite personnelle. Elle a néanmoins considéré qu'en l'absence de risque d'emprisonnement pour non-paiement de l'amende et parce que la débitrice n'est de toute façon pas en capacité de payer et ne le sera potentiellement jamais, il est peu probable qu'elle fasse l'objet d'une mesure d'exécution de la décision ayant imposée la sanction¹⁴⁷³. Au contraire, les suramendes compensatoires prononcées à l'encontre des contrevenants ont été considérées comme des peines cruelles et inusitées notamment parce qu'ils pourraient ne jamais en être libérés et qu'ils subiraient *de facto* une peine d'une durée indéfinie¹⁴⁷⁴. Ainsi, dans le premier

virtuels par l'application rétrospective de la nouvelle disposition constitue une conséquence importante qui met en cause l'équité des procédures criminelles et la primauté du droit, deux notions qui sous-tendent l'al. 11i). » (*Id.*, par. 54)

Dans la décision *Boudreault*, la Cour suprême élargie la formule, puisqu'elle conclut que la suramende compensatoire a une « incidence importante sur la liberté, la sécurité, l'égalité et la dignité des personnes assujetties à son application » : *R. c. Boudreault*, préc., note 173, par. 43.

¹⁴⁷¹ *R. c. K.R.J.*, préc., note 173, par. 41 et 51.

¹⁴⁷² Dans la décision *K.R.J.*, la Cour suprême argumente longuement sur rôle que joue l'incidence de la sanction sur le contrevenant pour expliquer en quoi elle devait particulièrement être prise en compte dans le contexte d'une mesure pénale analysée dans le cadre de l'article 11i) de la Charte canadienne : *Id.*, par. 35-43. Rien n'exclut que certains de ces arguments, ou d'autres justifications, ne puissent être favorables à l'application de l'article 11 de la Charte canadienne aux sanctions administratives pécuniaires au regard de leurs conséquences sur le contrevenant.

¹⁴⁷³ *R. v. Samji*, préc., note 151, par. 104-106.

¹⁴⁷⁴ *R. c. Boudreault*, préc., note 173, par. 74-79. Il n'est pas ici question d'ignorer que le risque d'emprisonnement lié au non-paiement de la suramende compensatoire a contribué à la qualifier de peine cruelle et inusitée, risque d'emprisonnement qui n'existe pas en cas de non-paiement de la sanction administrative pécuniaire dans le cadre du *Securities Act* de la Colombie-Britannique (préc., note 1364). Néanmoins, ce risque fait l'objet d'une analyse très concrète et minutieuse, presque pessimiste, de toutes les raisons pour lesquelles une personne indigente pourrait être amenée à être privée de sa liberté, y compris

cas l'impossibilité de payer pour la contrevenante administrative apparaît comme un argument tendant à exclure la sanction de la catégorie des peines car elle ne sera hypothétiquement jamais mise à exécution alors que dans le second cas, c'est parce qu'il existe un risque pour les contrevenants de ne jamais pouvoir payer et d'être toujours redevable que les suramendes compensatoires sont pour eux des peines cruelles et inusitées.

274. Conclusion du Chapitre 2. Plusieurs difficultés et incohérences existent dans les raisonnements du Conseil constitutionnel, de la CEDH et de la Cour suprême pour qualifier la nature pénale ou non pénale des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions. Ces problèmes relèvent soit du choix des critères soit de leur articulation. Quant aux critères choisis, leur contenu est parfois peu consistant, soit parce qu'il est vague comme pour le critère de gravité de la sanction, soit parce qu'il repose sur des distinctions qui ne sont pas suffisamment établies, comme pour les critères des objectifs de la loi dans la jurisprudence canadienne ou du but de la mesure dans les décisions du Conseil constitutionnel, de la CEDH et de la Cour suprême. Certains critères sont par ailleurs inadaptes à la résolution du problème posé parce qu'ils sont méthodologiquement contestables, tels que la référence à l'intention du législateur et les critères procéduraux dans les trois jurisprudences ou le critère du moment d'exécution de la mesure dans les décisions du Conseil constitutionnel. Quant à la structure des liens entre les critères, elle se révèle problématique à différents égards. Tout d'abord, certains éléments d'analyse sont répétés d'un critère à un autre alors que les critères ne sont pas cumulatifs. Leur indépendance en est altérée et l'efficacité des qualifications amoindrie. Ainsi, la réflexion sur le but de la mesure infligée est redondante dans la jurisprudence canadienne puisqu'elle apparaît dans les deux volets non cumulatifs du test *Wigglesworth*¹⁴⁷⁵. Il en est de même pour l'analyse de la gravité de la mesure imposée, redondante dans les trois théories jurisprudentielles de la peine ou de la punition. Ensuite, les liens précis entre les critères ne sont pas prédéfinis et varient au fil des décisions. Ainsi, certains éléments ne

temporairement, de sa dignité et de sa tranquillité d'esprit, malgré la règle selon laquelle les personnes impécunieuses ne peuvent en principe pas être incarcérées pour défaut de paiement car l'impécuniosité constitue une excuse raisonnable : *Id.*, par. 69-73. Ce type d'analyse n'existe pas dans la décision *R. v. Samji*, qui se contente d'affirmer, sans élément pour étayer son propos, qu'une sanction administrative pécuniaire de 33 millions de dollars n'a pas un effet qui permet de la qualifier de punition parce qu'elle ne fera probablement pas l'objet d'une demande d'exécution étant donné que la débitrice de cette somme ne sera probablement jamais dans la capacité de payer.

¹⁴⁷⁵ *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150.

sont pas systématiquement analysés ou le sont sous des formes variées, comme le fondement de la mesure dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ou les conséquences d'une mesure sur les droits constitutionnels à la liberté et à la sécurité du contrevenant dans la jurisprudence de la Cour suprême. Enfin, le poids respectif des critères est variable au gré des décisions, engendrant une grande incertitude quant à la qualification des mesures étudiées. Particulièrement, le critère de la gravité de la mesure prend plus ou moins d'importance dans le raisonnement, sans que cela ne soit toujours justifié de manière convaincante. Ces différentes faiblesses dans la structure et les termes du raisonnement rendent la compréhension des décisions jurisprudentielles ardue et font naître un sentiment d'arbitraire quant aux qualifications retenues pour les mesures étudiées. L'illogisme de certaines argumentations fragilise les constructions théoriques jurisprudentielles et permet de remettre en cause les résultats auxquels aboutit leur application. Ainsi, l'exclusion de certains mécanismes de sanction des catégories pénales *lato sensu* n'apparaît pas toujours justifiée. Cela démontre que les théories jurisprudentielles de la peine ou de la punition procèdent à une assimilation artificiellement limitée des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions convergeant et ne sont pas adaptées pour prendre en compte toutes les manifestations de la répression. L'émergence de la notion de répression est ainsi inachevée. Les constructions jurisprudentielles ne permettent pas de proposer une notion unifiée de répression. Le bilan de la prise en compte législative de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanction ne permet pas de conduire à une solution différente.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

275. *Rappel des manifestations de l'émergence de la répression.* La convergence d'un certain nombre de mécanismes pénaux ou extra-pénaux de sanctions dans les textes normatifs français et canadien (existence matérielle de la notion unifiée de répression) a entraîné un mouvement de reconnaissance de l'existence de peines ou de punitions en dehors du droit pénal en jurisprudence (validité subjective de la notion unifiée de répression). Différentes notions ont ainsi été consacrées par les organes de contrôle du respect des normes supra-législatives en France comme au Canada. En droit français, le Conseil constitutionnel qualifie différentes mesures non pénales de sanctions ayant le caractère de punition, dont la finalité, à l'instar d'une peine, est punitive ou répressive. Il est également arrivé qu'une mesure pourtant non qualifiée de peine ou de sanction ayant le caractère d'une punition ait été soumise au respect du principe de la non-rétroactivité de la loi plus sévère. Quant à la CEDH, elle veille au respect des articles 6 et 7 de la Conv. EDH en considérant qu'ils s'appliquent, pour le premier, à la matière pénale, et pour le second, à la peine. Ces deux notions reçoivent des sens autonomes qui permettent d'y inclure des mesures non qualifiées de peine dans le droit interne des États membres de la Conv. EDH, mais dont la finalité et les caractéristiques sont au moins partiellement punitives. La CEDH a également appliqué l'article 7 de la Conv. EDH à un revirement de jurisprudence concernant la règle de calcul des réductions de peine en Espagne, car, sans être strictement une peine, cette mesure a eu un impact sur la portée de la peine. Enfin, en droit canadien, la Cour suprême considère qu'il existe des procédures criminelles par nature, incluant le droit criminel et le droit pénal réglementaire, et desquelles sont en principe exclues les procédures administratives, civiles ou disciplinaires. Ces dernières ne sont donc pas encadrées par les principaux procéduraux pénaux consacrés à l'article 11 de la Charte canadienne, sauf si elles s'apparentent finalement à des procédures criminelles ou si elles peuvent conduire à l'imposition de véritables conséquences pénales, selon les termes de la Cour suprême. C'est ainsi par l'assimilation jurisprudentielle d'un certain nombre de mécanismes pénaux et extra-pénaux convergeant que s'est manifestée l'émergence d'une répression extra-pénale aux côtés de la répression pénale. Ces deux formes de répression constituent un ensemble plus ou moins unifié, en fonction de l'ordre normatif étudié. Par exemple, le Conseil constitutionnel et la Cour suprême continuent de distinguer les peines *stricto sensu* des sanctions extra-pénales punitives en recourant aux notions de sanction ayant le caractère d'une punition et aux véritables conséquences pénales. Cependant, c'est bien parce

qu'elles possèdent des caractéristiques communes avec les peines que certaines mesures extra-pénales sont qualifiées de sanctions ayant le caractère d'une punition ou de véritables conséquences pénales et empruntent le régime pénal constitutionnel de la peine. Les peines et les punitions extra-pénales n'en sont donc pas moins les expressions d'une catégorie juridique plus large, qui transparaît à travers la diversité de ses manifestations. En recourant aux notions de matière pénale et de peine, à la fois pour les mesures pénales et extra-pénales, pour l'application des articles 6 et 7 de la Conv. EDH, le droit européen des droits de l'homme permet de percevoir plus directement la construction progressive d'une catégorie juridique, englobante et unifiée.

276. Une atteinte à la sécurité juridique par la prise en compte aléatoire de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanction. Les législateurs français et canadiens ne définissent pas le cadre dans lequel les règles pénales supra-législatives doivent s'appliquer. Ils délèguent ce travail aux organes de contrôle du respect des normes supra-législatives. La détermination de la nature d'un mécanisme de sanction est donc une question d'interprétation des normes supra-législatives. De ce fait, la répression est très disparate dans les textes, dont il ressort des incohérences et des lacunes. La mise en conformité de certains mécanismes de sanction avec leur nature pénale est souvent le résultat d'une incitation jurisprudentielle. Les droits constitutionnels et conventionnels des justiciables étant en jeu, la détermination des mesures qui impliquent ces droits devrait être claire, cohérente et prévisible. Cohérence¹⁴⁷⁶, clarté¹⁴⁷⁷ et prévisibilité¹⁴⁷⁸ du droit sont des propriétés classiques des systèmes juridiques, lesquels

¹⁴⁷⁶ Christophe GRZEGORCZYK, « Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit », dans « Le système juridique », *Arch. phil. droit.*, t. 31, 1986, p. 281-301, à la p. 284; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 48, p. 327; Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, 1^{re} éd, coll. Les Voies du droit, Paris, PUF, 1988, p. 83 et suiv.; René SEVE, « Introduction », dans « Le système juridique », *Arch. phil. droit.*, t. 31, 1986, p. 1-10, à la p. 7.

¹⁴⁷⁷ C. GRZEGORCZYK, préc., note 1476, à la p. 284 (relève l'exigence de « concepts bien définis »); M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, préc., note 1476, à la p. 327.

¹⁴⁷⁸ C. GRZEGORCZYK, préc., note 1476, à la p. 283; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 48, à la p. 327 (les auteurs évoquent l'absence de rétroactivité et la stabilité comme des éléments d'une « moralité interne du droit »).

en font des attentes, tant en droit français¹⁴⁷⁹ que canadien¹⁴⁸⁰. Pourtant, les jurisprudences françaises et canadiennes s'avèrent peu cohérentes et prévisibles, atténuant ainsi la portée des différentes notions utilisées par la jurisprudence pour qualifier les mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanction (validité subjective relative de la notion unifiée de répression) et compromettant de ce fait la validité objective, dans ses composantes formelle et axiologique, de la notion de répression¹⁴⁸¹. Ce sont les justiciables qui en subissent les conséquences en n'étant pas protégés par les normes constitutionnelles et conventionnelles dans des situations où ils auraient potentiellement dû l'être si ces situations avaient été analysées avec une logique plus rigoureuse.

L'argument de la Cour suprême qui consiste à proposer une interprétation restreinte du champ d'application de l'article 11 de la Charte canadienne pour en conserver la cohérence et offrir une compréhension claire et prévisible des droits qu'il contient¹⁴⁸² ne tient pas pour deux raisons. Premièrement, les classifications adoptées en application de ces considérations amènent au contraire à des raisonnements illogiques, confus et disharmonieux. De surcroît, elles conduisent à exclure les garanties de l'article 11 de la Charte canadienne pour les personnes sanctionnées par des sanctions extra-pénales autres que l'emprisonnement. Ainsi, à la place d'un risque de confusion et d'imprévisibilité sur les droits accordés en raison d'une application large de l'article 11 de la Charte canadienne, la Cour suprême a finalement opté pour une conception étroite et amphigourique excluant ces droits au-delà de ce que le texte prévoyait déjà avec

¹⁴⁷⁹ Tel que le précise le rapporteur public dans ses conclusions sur l'arrêt d'assemblée du Conseil d'État du 3 décembre 1999, n° 197060/197061, *RFDA* 2000.574, concl. COMBEXELLE :

« [...] les soucis de cohérence de notre système juridique, de clarté de la règle de droit, et de respect du principe d'impartialité doivent nous conduire à dire qu'au nom du principe d'impartialité s'applique la règle selon laquelle le rapporteur qui, pour le compte d'une autorité administrative indépendante, a instruit le dossier d'une sanction et a été amené à prendre le « parti de l'accusation » ne peut participer à la séance au cours de laquelle est prise la sanction ».

¹⁴⁸⁰ Ce sont des considérations de cohérence, de clarté et de prévisibilité qui conduisent la Cour suprême, dans la décision *Wigglesworth*, à adopter une conception restreinte de l'applicabilité de l'article 11 de la Charte canadienne : *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, par. 20; *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 44.

¹⁴⁸¹ *Supra*. par. 26.

¹⁴⁸² *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, par. 20. Selon la juge Wilson :

« Le contenu de ces droits ne devrait pas connaître un manque de prévisibilité ou de clarté en raison d'une application universelle de l'article. Il ressort clairement d'une étude des divers droits énumérés à l'article, qu'il s'agit de droits fondamentaux très importants dont le sens doit être clair comme de l'eau de roche pour ceux qui engagent des poursuites relatives aux infractions qui relèvent de cet article. »

évidence. La construction jurisprudentielle du champ d'application de l'article 11 de la Charte canadienne apparaît tout simplement vaine. Il n'est pas sûr que les justiciables en sont gagnants. En lieu et place d'une notion recouvrant tout le champ d'application de l'article 11 de la Charte, la Cour suprême a de surcroît fini par distinguer la véritable conséquence pénale d'origine extra-pénale qui ne semble pouvoir être caractérisée que par un emprisonnement et la véritable conséquence pénale, d'origine pénale, autrement dit la peine, qui peut être caractérisée de façon beaucoup plus large et diversifiée. De plus, le refus d'envisager une application modulée des droits issus de l'article 11 de la Charte canadienne en raison de l'imprévisibilité et de la confusion que cela pourrait engendrer est difficilement compréhensible quand, dans le même temps, il est de jurisprudence constante que les droits procéduraux découlant de l'équité procédurale en matière administrative sont variables au regard des circonstances propres à chaque affaire et dépendent du contexte particulier de la loi en cause et des droits visés¹⁴⁸³. Autrement dit, l'application modulée de l'équité procédurale est acceptable, mais pas celle de l'article 11 de la Charte canadienne¹⁴⁸⁴. Ainsi, à la place d'une notion unique et certaine, sur le fondement de laquelle s'appliquerait l'article 11 de la Charte canadienne, de façon éventuellement modulée, il y a deux notions aux contours différents et incertains. Le résultat de la prise en compte législative et judiciaire de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanction dans l'ordre juridique français n'est pas plus satisfaisant.

Dans l'ordre juridique français, plusieurs notions de peine et de punition cohabitent avec des mécanismes non punitifs dont certains empruntent toutefois au régime des peines. Il existe ainsi dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel les notions de peine, punition, sanction, sanction ayant le caractère d'une punition et répression, qu'il semble tenir pour des synonymes sans l'affirmer expressément. L'utilisation indistincte de ces termes empêche de refléter la richesse des nuances du droit positif en matière de sanction¹⁴⁸⁵. En outre, le vocabulaire employé par le Conseil ne sied pas toujours avec celui utilisé pour désigner les mêmes objets par les spécialistes du droit pénal. Par exemple, pour ces derniers, les mesures de sûreté et les peines constituent les

¹⁴⁸³ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, préc., note 1091, par. 21-22.

¹⁴⁸⁴ En outre, de nombreux droits de la Charte canadienne font l'objet d'une application modulée en fonction de leurs contextes d'application : A.-M. BOISVERT, préc., note 2, aux p. 222-223.

¹⁴⁸⁵ Voir D. LASZLO-FENOUILLET et C. CHAINAIS, préc., note 51, spéc. par. 9 à 14.

sanctions pénales¹⁴⁸⁶, alors que pour le Conseil constitutionnel seules les peines sont des sanctions¹⁴⁸⁷. Appliquer au droit pénal un langage qui n'est pas le sien est porteur de confusion. Le raisonnement du Conseil constitutionnel « paraît étranger, sinon étrange » aux pénalistes¹⁴⁸⁸. En définitive, il semble qu'il existe pour le Conseil constitutionnel une catégorie de mesures, appelées sanctions ou sanctions ayant le caractère d'une punition ou encore punitions, au sein desquelles se trouvent les peines, et les sanctions ayant le caractère d'une punition qui ne sont pas formellement des peines. La distinction initiale entre peine et sanction ayant un caractère de punition apparaît finalement peu convaincante¹⁴⁸⁹. Enfin, la jurisprudence de la CEDH n'est pas moins complexe puisqu'elle a établi une distinction entre les mesures qui sont « en substance » des peines et les mesure relatives à l'« exécution » ou à l'« application » de la peine, tout en reconnaissant que la différence entre les deux n'est pas toujours « nette »¹⁴⁹⁰. Elle a ainsi dû imaginer une troisième catégorie : les mesures ayant un impact sur la portée de la peine. Sans être en substance des peines, les mesures ayant un impact sur la portée de la peine emportent application de l'article 7 de la Conv. EDH, au contraire des mesures d'exécution ou d'application de la peine. La complexité de ces différentes présentations des manifestations de la peine et de la punition, les incohérences et les lacunes des raisonnements qui les fondent, amènent à envisager la question de la convergence des

¹⁴⁸⁶ Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 58, par. 444, p. 257; Evelyne BONIS-GARÇON, « L'identification de la sanction pénale. Le point de vue du pénaliste », dans *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal*, Actes du colloque des 8 et 9 nov. 2012, coll. Actes et études, Paris, Cujas, 2013, p. 145, par. 2, à la p. 145.

¹⁴⁸⁷ E. BONIS-GARÇON, « L'identification de la sanction pénale. Le point de vue du pénaliste », préc., note 1486, par. 4, soulignant « une évidente distorsion terminologique entre la notion de sanction pénale telle qu'elle est appréhendée par le pénaliste et celle du constitutionnaliste »; Philippe CONTE, « La matière pénale revue par le Conseil constitutionnel (Hommage tout en nuances à la science infuse des omniscients) », dans *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit : regards critiques*, Actes du colloque des 11 et 12 mai 2017, Paris, Dalloz, 2019, p. 113, affirmant que les décisions du Conseil sont « du point de vue de la technique juridique », « régulièrement comme en « décalage » avec le droit privé » (à la p. 113) et soulignant le risque de dénaturation des catégories du droit privé face à un Conseil constitutionnel peu aguerri à leur maniement (à la p. 114).

¹⁴⁸⁸ J.-F. DE MONTGOLFIER, préc., note 904, à la p. 231. L'auteur introduit notamment son propos en rappelant que le doyen FAVOREU indiquait dans un article consacré à la constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale, que la doctrine pénale se sentait « dérangée » par l'intrusion des normes constitutionnelles dans l'ordonnancement juridique » : L. FAVOREU, préc., note 254, à la p. 194.

¹⁴⁸⁹ Voir notamment Claire MANDON, « La notion de peine », dans Evelyne BONIS-GARÇON (dir.), *Pour une refonte du droit des peines. Quels changements si les préconisations de la commission Cotte étaient suivies ?*, LexisNexis, 2016, p. 71, par. 5, à la p. 75, qui souligne les difficultés à distinguer la peine de la sanction ayant le caractère d'une punition et se demandent si la peine n'est pas finalement une sanction ayant le caractère de punition particulière tout comme le sont les sanctions administratives, fiscales ou disciplinaires.

¹⁴⁹⁰ Voir les jurisprudences citées : Guide sur l'article 7 de la Convention – Pas de peine sans loi : principe de légalité des délits et des peines, préc. note 964, par. 18-19, p. 11-12.

mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanction d'une façon différente. Il s'agit finalement d'améliorer de la sécurité juridique.

La sécurité juridique n'est pas un principe reconnu en droit positif français¹⁴⁹¹ ou canadien¹⁴⁹². Elle apparaît pourtant comme une valeur sous-jacente ou une finalité de l'ordre juridique¹⁴⁹³, qui peut être reliée à certaines dispositions constitutionnelles fondatrices comme la garantie des droits de l'article 16 de la DDHC en droit français¹⁴⁹⁴ ou la primauté du droit du préambule des *Lois constitutionnelles* de 1867 et de 1982 en droit canadien¹⁴⁹⁵. Son développement est concomitant à l'avènement de la tradition systémique rationaliste du XIX^e siècle, l'essor d'un ordre juridique pensé comme un « système-calcul »¹⁴⁹⁶ ayant favorisé l'apparition dans le droit des exigences de cohérence¹⁴⁹⁷, de non-contradiction, et de précision dans la définition des concepts¹⁴⁹⁸. La sécurité juridique se définit finalement comme la possibilité de connaître et de prévoir le droit¹⁴⁹⁹. La connaissance et la prévisibilité du droit supposent notamment

¹⁴⁹¹ Ce n'est pas un principe de droit français dans l'ordre juridique interne et les différentes chambres de la Cour de cassation ne lui attribuent par la même portée. La 2^e chambre civile de la Cour de cassation a reconnu le principe (Civ. 2^e, 30 janv. 2003; *D.* 2003.2722, note Emma BEN MERZOUK) tandis que la 1^{re} chambre civile a affirmé que la sécurité juridique « ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit » (Civ. 1^{re}, 21 mars 2000, *Bull. civ.* I 2000; *D.* 2000.593, note Christian ATIAS; *RTD civ.* 2000.666, obs. Nicolas MOLFESSIS). Récemment, la chambre criminelle de la Cour de cassation a fait référence « au principe de prévisibilité juridique découlant de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme » pour justifier l'application non rétroactive du revirement de jurisprudence effectué en l'espèce : Crim. 25 nov. 2020, n° 18-86.955, par. 38-39; *D.* 2020.2346; *JA* 2020.630.3, édito. Brigitte CLAVAGNIER; *AJ pénal* 2020.576, note David APELBAUM et Alice BATTAGLIA; *RTD com.* 2020.961, obs. Laurent SAENKO; *Dr. pén.* 2021.comm. 2, note Philippe CONTE; *JCP* 2021.17, note Didier REBUT; *JCP* 2021.17, note Jean-Christophe SAINT-PAU; *Dr. soc.* 2021.comm.13, obs. Renaud SALOMON; *JCP E* 2021.1006, note Frédéric STASIAK. En revanche, c'est un principe général du droit en droit de l'Union européenne : Dans la jurisprudence de la CJUE (anciennement CJCE) : CJCE 28 avr. 1993, aff. C-306/91, *Commission c. Italie*, *Rec. p.* I-2151 (par. 14); CJCE 21 juin 1988, aff. 257/86, *Commission c. Italie*, *Rec. p.* 3249 (par.12); CJCE 7 juin 1991 add. T-19/91, *Weyrich*, *Rec. p.* 235.

¹⁴⁹² Pierre LAROCHE, « Table ronde : Constitution et sécurité juridique - Canada », (2000) 15-1999-*Constitution et sécurité juridique – Droit constitutionnel, droit communautaire et droit européen A.I.J.C.* 131-141, aux p. 131-133; Martin NADEAU, « Perspectives pour un principe de sécurité juridique en droit canadien : les pistes du droit européen », (2009-10) 40 *R.D.U.S.* 512-550, spéc. aux p. 541 et suiv.

¹⁴⁹³ *Dr. fr.* : J.-L. BERGEL, préc., note 1170, par. 23, p. 31. En dr. can. : M. NADEAU, préc., note 1402, aux p. 544-546.

¹⁴⁹⁴ Frédéric POLLAUD-DULIAN, « À propos de la sécurité juridique », *RTD Civ.* 2001.487.

¹⁴⁹⁵ P. LAROCHE, préc., note 1495, aux p. 137-138.

¹⁴⁹⁶ C. GRZEGORCZYK, préc., note 1476, p. 283.

¹⁴⁹⁷ F. POLLAUD-DULIAN, préc., note 1494.

¹⁴⁹⁸ C. GRZEGORCZYK, préc., note 1476, 284.

¹⁴⁹⁹ Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 2012, par. 29-1, p. 42-43, en ligne : <<http://www.dalloz-bibliotheque.fr>> (consulté le 1 mai 2021); Philippe MALINVAUD, Nicolas BALAT, *Introduction à l'étude du droit*, 21^e éd., coll. Manuels, Paris, LexisNexis, 2021, par. 116, p. 114-115; Bernard PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA* 1995.HS.151; F. POLLAUD-DULIAN, préc., note 1494. Un auteur qualifie la prévisibilité de « noyau dur de la sécurité juridique » : C. GRZEGORCZYK, préc., note 1476, 283.

l'accessibilité aux règles de droit¹⁵⁰⁰, leur publication¹⁵⁰¹, une certaine stabilité¹⁵⁰², leur clarté et leur précision¹⁵⁰³ et enfin l'absence d'arbitraire¹⁵⁰⁴. Certaines de ces exigences se traduisent expressément dans les ordres juridiques français et canadien par des principes ou des règles plus techniques à valeur constitutionnelle, particulièrement dans le domaine du droit pénal. Le principe de légalité criminelle, dans ses composantes formelle et matérielle¹⁵⁰⁵, est une expression du besoin spécifique de sécurité juridique en droit pénal¹⁵⁰⁶, matière par nature attentatoire aux droits et libertés. L'application de ce principe et de ses corollaires à des mesures autres que des peines, est un enjeu majeur de l'appréhension du phénomène de convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanction¹⁵⁰⁷. Or, les nombreuses incohérences et questionnements que soulève le droit positif en la matière rendent sa compréhension délicate et sa prévision parfois très difficile¹⁵⁰⁸. Cette situation n'est pas acceptable au regard des enjeux concernant les droits et libertés des justiciables, auxquels certaines mesures pénales et extra-pénales sont susceptibles de porter atteinte de façon aussi grave que des peines *stricto sensu*¹⁵⁰⁹. La définition d'une notion unifiée et englobante de répression, évitant les incohérences des notions jurisprudentielles jusqu'alors développées, apparaît comme une solution pour améliorer la sécurité juridique des individus. Se faisant, cette étude permet de formuler une proposition non pas descriptive, mais prescriptive.

¹⁵⁰⁰ Dr. fr. : J.-L. BERGEL, préc., note 1499, par. 29-1, p. 43; P. MALINVAUD et N. BALAT, préc., note 1499, par. 116, p. 114-115; François TERRE et Nicolas MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, 12^e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2020, par. 462, p. 523 et par. 467, p. 528. Dr. can. : M. NADEAU, préc., note 1402, p. 542 et notes afférentes.

¹⁵⁰¹ Dr. fr. : F. POLLAUD-DULIAN, préc., note 1494. Dr. can. : M. NADEAU, préc., note 1402, p. 542 et notes afférentes.

¹⁵⁰² Dr. fr. : J.-L. BERGEL, préc., note 1499, par. 29-1, p. 43; P. MALINVAUD et N. BALAT, préc., note 1499, par. 116, p. 114-115; F. POLLAUD-DULIAN, préc., note 1494; Dr. can. : M. NADEAU, préc., note 1402, p. 542.

¹⁵⁰³ Dr. fr. : J.-L. BERGEL, préc., note 1499, par. 29-1, p. 43; F. POLLAUD-DULIAN, préc., note 1494. Dans la jurisprudence de la CJUE (anciennement CJCE) : CJCE 28 avr. 1993, aff. C-306/91, *Commission c. Italie*, Rec. p. I-2151 (par. 14); CJCE 21 juin 1988, aff. 257/86, *Commission c. Italie*, Rec. p. 3249 (par. 12); CJCE 7 juin 1991 add. T-19/91, *Weyrich*, Rec. p. 235. Dr. can. : M. NADEAU, préc., note 1402, p. 542.

¹⁵⁰⁴ F. POLLAUD-DULIAN, préc., note 1494.

¹⁵⁰⁵ C'est-à-dire l'exigence d'un texte suffisamment clair et précis.

¹⁵⁰⁶ P. LAROUCHE, préc., note 1495, aux p. 133-137.

¹⁵⁰⁷ La règle *ne bis in idem* a également pu être conçue comme ayant pour fonction la préservation de la sécurité juridique individuelle des individus ayant répondu définitivement de leurs actes devant la justice répressive : J. LELIEUR-FISCHER, préc., note 183, par. 177, p. 147.

¹⁵⁰⁸ Soulignant la perte de lisibilité et de clarté du droit en droit pénal français résultant de la dualité des notions désignant la punition en droit français et de leur absence de définition singulière : C. MANDON, préc., note 59, par. 77, p. 83-85.

¹⁵⁰⁹ Bertrand DE LAMY, « Mesures ayant le caractère d'une punition, mesure préventive et... peine perdue, » RSC 2013.2.433.

277. *La consécration d'une notion unifiée de répression comme solution aux incohérences du droit positif.* La consécration d'une notion unifiée de la répression, définie de manière originale, semble être la solution aux problèmes posés par les incohérences du droit positif. L'un des rôles de la doctrine est justement d'établir ou rétablir, la cohérence lorsqu'elle n'est pas visible¹⁵¹⁰ et de contribuer ainsi à la sécurité juridique¹⁵¹¹. Cette recherche de la cohérence participe à la fonction doctrinale de systématisation du droit, favorisée par le postulat du législateur rationnel¹⁵¹² dont découlent les critères de la validité formelle substantielle des normes juridiques¹⁵¹³.

La prise en compte de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanction en droit positif n'est pas satisfaisante, que ce soit en droits français et canadien. Ni les textes ni la jurisprudence ne permettent une compréhension et une appréhension complètes et cohérentes du phénomène. L'émergence de la répression est par conséquent inachevée et ne peut pas l'être en l'état du droit positif. Cette situation ne peut être satisfaisante au regard des conséquences qu'elle produit sur les droits des justiciables. Elle peut être dépassée par la proposition d'une définition unifiée de la répression qui ne reproduirait pas les problèmes substantiels et méthodologiques identifiés pour les catégories juridiques existantes. Ainsi, elle s'inscrit dans la continuité du droit positif¹⁵¹⁴,

¹⁵¹⁰ Frédéric ROUVIERE, « Le revers du principe “Différence de nature (égale) différence de régime” », dans *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Penser le droit, Bruylant, 2013, p. 415-448, par. 1 et 6. L'auteur distingue le rôle descriptif d'explication du droit positif par la recherche de sa cohérence, du rôle prescriptif du chercheur qui transformerait son objet d'étude en formulant des propositions visant à rétablir une cohérence introuvable. Il met en garde sur cette seconde attitude, porteuse d'un risque de description d'un droit désiré différent de ce qu'il est et qui pourrait dissimuler des opinions personnelles de nature extra-juridique (par. 6). La question est donc finalement celle du rôle de la doctrine. Doit-elle se contenter de décrire le droit en recherchant la lecture la plus cohérente possible de celui-ci ou peut-elle faire des propositions de modification ? La réponse ici apportée se situe au croisement de ces deux propositions : proposer un nouvel outil, la notion de répression, ayant pour vocation la mise en cohérence en droit sans avoir la prétention de décrire le droit positif mais simplement de tirer des enseignements du mouvement initié par celui-ci et d'en dépasser les limites actuelles pour en réaliser les finalités. Cette position s'inscrit dans l'admission d'un rôle créateur encadré de la doctrine, c'est-à-dire d'une « création qui n'est pas entièrement « libre », dans la mesure où elle suppose normalement une adhésion aux finalités inhérentes à l'ordre juridique étudié et s'apparente davantage à la poursuite de l'exigence de systématisme inscrite au cœur même du phénomène juridique » : M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, préc., note 1387, p. 129. De surcroît, il ne faudrait pas négliger que la recherche de la cohérence pour la description du droit n'en est pas moins liée aux présupposés de rationalité du législateur et de conception du droit en système. De ce fait, l'analyse de droit positif qui tend à présenter le droit de façon cohérente est déjà dans une certaine mesure performative et modifie, au minimum, la représentation de ce qui est décrit si ce n'est pas déjà l'objet lui-même : *Id.*, p. 128.

¹⁵¹¹ Michelle CUMYN, « La classification des catégories juridiques en droit comparé - Métaphores taxonomiques », (2008) 110 *La Revue du Notariat* 1-35, p. 4.

¹⁵¹² M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, préc., note 1387, p. 119.

¹⁵¹³ *Supra*, par. 26.

¹⁵¹⁴ Souvent, le travail doctrinal possède une double facette : il s'ancre dans le droit positif pour mieux en sortir. C'est alors un travail créatif qui n'est pas totalement libre : F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 48, p. 128-130.

mais le dépasse pour en atténuer les défauts¹⁵¹⁵. La question initiale est également peut-être mal posée. Il ne faudrait pas se demander si une mesure ressemble à une peine au regard de son objectif punitif, mais plutôt identifier les caractéristiques les plus objectives de la mesure, les caractéristiques qui la rendent semblable à une peine indifféremment de sa finalité, de sa fonction, de son but législatif. Une solution au problème du cadre d'application des garanties pénales pourrait donc être d'achever l'émergence de la notion unifiée de répression par la proposition d'une définition unifiée de cette notion, susceptible de prendre toute la mesure de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions.

¹⁵¹⁵ De ce point de vue, la notion de répression naît d'une démarche proche de l'élaboration des concepts induits tout en relevant de la catégorie des concepts de classification. Un concept induit est un vocable conceptuel qui se trouve dans un ou plusieurs textes et dont les juridictions font application en qualifiant certaines situations qui leur sont soumises au moyen de ce vocable, mais dont ni les textes ni la jurisprudence ne donne de définition. Le juriste cherche alors à définir le concept en analysant l'ensemble des situations ainsi qualifiées : Charles EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », dans « La logique du droit », *Arch. phil. droit.*, t. 9, 1966, p. 25-43, par. 5, aux p. 27-28. À la différence d'un concept induit, la répression n'est pas le terme qui se retrouve dans les textes et dont il est fait application en tant que tel par la jurisprudence. Néanmoins, son utilisation doctrinale procède d'un réflexe de pensée identique : rechercher la définition d'un concept derrière des situations qui, certes ne sont pas toujours qualifiées au moyen du même vocable, mais qui sont, d'une façon ou d'une autre, assimilées. En raison de sa présence irrégulière et indéfinie dans les textes et la jurisprudence, la proposition d'une définition de celui-ci s'apparente alors à un concept de classification. Il s'agit d'un concept qui n'est pas présent dans les sources du droit positif et que le juriste crée en conséquence comme outil de connaissance du droit et d'analyse systématique : *Id.*, par. 6, à la p. 29. Finalement, la répression est un concept de classification dont la genèse, dans la pensée doctrinale, fournit quelques clés de détermination à l'instar d'un concept induit. Le Professeur EISENMANN admettait ainsi différents degrés de liberté dans la construction des concepts de classification en fonction du problème que le chercheur souhaitait résoudre : *Id.*, par. 18, aux p. 38-40. La définition de la notion de répression est donc en définitive développée à partir des conceptions jurisprudentielles de la peine et de la punition et de l'emploi variable du nom répression, du verbe réprimer ou de l'adjectif répressif ou répressive. Sur les procédés de systématisation ayant pour outil la définition : M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, préc., note 1387, p. 120-121. La définition est un outil privilégié du processus de systématisation doctrinal, directement lié à l'activité de conceptualisation, qui permet de décrire ou de modifier l'état du droit, dans une perspective de clarification et de mise en cohérence.

PARTIE 2. LA DÉFINITION DE LA NOTION UNIFIÉE DE RÉPRESSION

278. *La nécessité d'une définition pour la notion unifiée de répression.* L'émergence manifeste de la notion unifiée de répression a été établie au regard de deux éléments. Premièrement, la convergence textuelle d'un certain nombre de mécanismes pénaux et extra-pénaux imposant des mesures restrictives et privatives de droits et libertés dans les droits positifs français et canadien a permis de conclure à l'existence matérielle de la notion de répression. Deuxièmement, la normativité juridique de la notion unifiée de répression a été découverte sous les processus d'assimilation jurisprudentielle de diverses mesures pénales et extra-pénales. Il a cependant été démontré que la validité de la notion unifiée de répression était faible, en l'absence de définition de cette notion et de son assimilation à des notions jurisprudentielles aux contours flous. C'est pourquoi il a finalement été conclu que la sécurité juridique des justiciables ne pouvait être améliorée que par la proposition d'une définition de la notion de répression. La définition d'une notion unifiée de répression suppose de choisir des critères et d'expliquer ces critères.

279. *Choix des critères et critères choisis.* La définition est une « [o]pération de l'esprit par laquelle on détermine l'ensemble des caractères constituant l'essence, la nature d'une chose », ainsi que le « résultat de cette opération », qui permet l'« énonciation de ces caractères dans une proposition »¹⁵¹⁶. Proposer une définition de la notion unifiée de répression suppose donc dans un premier temps de déterminer ses caractères, c'est-à-dire, ses critères, et dans un second temps, de les énoncer. La détermination des critères résulte d'un processus (l'opération de l'esprit) qu'il convient d'exposer pour justifier le choix des critères retenus¹⁵¹⁷. Ainsi, après avoir exposé la méthode de détermination des critères (Chapitre préliminaire), la définition de la notion unifiée de répression, comme une réponse à une illicéité (Titre 1) dont le contenu est d'une gravité particulière (Titre 2), pourra être développée.

¹⁵¹⁶ ACADEMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'Académie française*, préc., note 1, v° « Définition », 1.

¹⁵¹⁷ Cet exposé est d'autant plus important que la qualité de la comparaison juridique est tributaire d'une explicitation des choix de sa recherche : *supra*, par. 19.

Chapitre préliminaire. La méthode de détermination des critères de définition

280. Énoncé des étapes de détermination des critères. La définition de notion unifiée de répression est issue d'une réflexion en plusieurs étapes, expliquées ci-après. La première étape est une comparaison, au sein de chaque ordre normatif, des motifs ayant conduit les juridictions supra-législatives à attacher à certaines mesures le régime de la peine (ou l'un de ses éléments) alors qu'elles n'étaient pourtant pas qualifiées comme telle par le législateur. Cette comparaison avait pour objectif de comprendre les points communs entre, d'une part, les motifs de rattachement de ces mesures aux catégories supra-législatives de peine ou de punition¹⁵¹⁸ et, d'autre part, les motifs justifiant l'adjonction du régime de la peine à certaines mesures en dépit du rejet de la qualification de peine ou punition. Cette première étape constitue une forme de synthèse des constats relevés en première partie de cette recherche. La deuxième étape est une opération de tri des motifs relevés. L'objectif est d'exclure les motifs qui sont incompatibles avec les exigences de la sécurité juridique, telle que précédemment exposée¹⁵¹⁹. La dernière étape porte sur la détermination des conditions de compatibilité des motifs restants avec les objectifs de la définition d'une notion unifiée de répression. Il s'agit donc d'envisager les ajustements nécessaires pour que les motifs deviennent des critères, ou d'envisager d'autres critères, pour que la notion unifiée de répression soit susceptible de qualifier rationnellement les mesures rendant nécessaire une protection particulière des justiciables¹⁵²⁰. Les deuxième et troisième étapes marquent l'émancipation de la notion unifiée de répression proposée par rapport aux notions jurisprudentielles précédemment étudiées. Cette émancipation permet de répondre aux enjeux de la matière : l'amélioration

¹⁵¹⁸ Sur le rôle de la sanction pénale dans la construction d'une identité collective à certaines sanctions, v. égal. : C. MANDON, préc., note 59, par. 658-659, p. 700-701.

¹⁵¹⁹ *Supra*, par. 276.

¹⁵²⁰ Il n'y a pas ici de contradiction avec la méthode qui veut que le régime suive la notion et qui réfute l'idée selon laquelle le régime permet de déduire avec certitude la nature de la notion appliquée (*supra*, par. 248). En effet, le régime visé ne sert pas à qualifier la notion mais à identifier les besoins liés à sa construction, sa raison d'être, qui, nécessairement, façonne sa physionomie. C'est en ce sens que l'identité de régime peut être un indice, mais seulement un indice, d'une identité de nature. L'identité de régime suggère une piste de réflexion quant à la nature des mécanismes juridiques qui y sont soumis et à leur possible identité : F. ROUVIERE, préc., note 1510, par. 10, 14, 18, aux p. 428-431, 437-438, 443-444. Par exemple, s'agissant de la rétention de sûreté, la décision du Conseil constitutionnel suggère que la nécessité d'appliquer le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère est liée à la gravité d'objet et de durée de la mesure, une privation de liberté potentiellement illimitée. Il est ainsi possible de rechercher du côté de la gravité qualitative et quantitative des mesures étudiées l'unité conceptuelle attachée aux notions et mécanismes soumis aux garanties constitutionnelles pénales. Sur la nécessité de construire une notion globale de sanction répressive qui s'appuierait sur la notion de sanction pénale : C. MANDON, préc., note 59, par. 658-659, p. 700-701.

de la clarté et de la prévisibilité du droit et la protection des droits et libertés fondamentales des justiciables.

Les conceptions jurisprudentielles de la peine et des notions assimilées sont cependant un point de départ essentiel pour définir la notion unifiée de répression.

281. *Les critères jurisprudentiels de la peine et de la punition comme bases de la définition de la notion unifiée de répression.* Les critères choisis pour définir la notion unifiée de répression trouvent leur origine dans les motifs jurisprudentiels de qualification des peines et de toutes autres mesures qui leur sont assimilées, d'un point de vue notionnel ou du point de vue de leur régime. La définition unifiée de la notion de répression suppose donc en premier lieu une double comparaison. Premièrement, il faut effectuer une comparaison interne à chaque ordre normatif. Deuxièmement, il est utile de comparer les résultats obtenus entre les trois ordres normatifs.

D'un point de vue interne, la comparaison est menée entre les trois formes possibles d'assimilation, selon les constructions propres à chaque ordre normatif. L'assimilation aux peines des mesures non qualifiées de peines par le législateur peut être réalisée par l'octroi de ce qualificatif à l'endroit de mesures qui en sont initialement dépourvues. Le processus employé est alors celui de l'assimilation notionnelle directe, par l'utilisation du terme de peine. Par exemple, la CEDH et la Cour suprême ont développé des définitions extensives de la peine¹⁵²¹, leur permettant par exemple d'inclure dans cette catégorie la détention de sûreté prononcée par une juridiction de jugement à la suite d'une condamnation pour des infractions pénales graves¹⁵²² et l'ordonnance judiciaire interdisant d'avoir des contacts avec un mineur de seize ans ou d'utiliser internet ou tout autre réseau numérique pour la seconde¹⁵²³. L'assimilation aux peines des mesures non qualifiées de peines par le législateur peut être réalisée par le recours à une notion considérée comme équivalente d'un point de vue fonctionnel. L'équivalence est établie par la communauté de fonction punitive. Il s'agit toujours d'une assimilation notionnelle à la peine, mais elle est cette fois-ci indirecte. C'est ce qui peut être observé lorsque le Conseil constitutionnel a utilisé la notion de sanction ayant le

¹⁵²¹ *Supra*, par. 155 et suiv. (dr. euro.) et par. 186-188 (dr. can.).

¹⁵²² CEDH, *M. c. Allemagne*, préc., note 1003, par. 127; *Glien v. Germany*, préc., note 1003, par. 125; *Bergmann v. Germany*, préc. note 1012, par. 164. Ou des mesures extra-pénales telles qu'une amende administrative en matière d'urbanisme s'élevant à 100% de la valeur de l'ouvrage abusivement édifié pour la première CEDH, *Valico SLR c. Italie* (déc.), n° 70074/01, 21 mars 2006.

¹⁵²³ *R. c. K.R.J.*, préc., note 173, par. 49 et suiv.

caractère d'une punition pour appliquer le régime de la peine à de nombreuses sanctions extra-pénales, notamment pour une amende civile d'un montant maximal de dix millions d'euros¹⁵²⁴. La Cour suprême a, quant à elle, qualifié l'emprisonnement d'un an encouru par un agent de la Gendarmerie royale du Canada au titre du Code de discipline de véritable conséquence pénale, octroyant ainsi à cet agent les garanties pénales consacrées par l'article 11 de la Charte canadienne¹⁵²⁵. Enfin, l'assimilation aux peines des mesures non qualifiées de peines par le législateur peut être réalisée uniquement par l'application d'un ou plusieurs éléments du régime des peines. L'assimilation n'est alors ni notionnelle ni directe. Cette logique a été suivie le Conseil constitutionnel lorsqu'il a appliqué le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère à la rétention de sûreté, tout en ayant exclu préalablement la possibilité de la qualifier de peine ou de sanction ayant le caractère d'une punition¹⁵²⁶. Ce raisonnement a aussi été employé par la CEDH qui a appliqué le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère pour une mesure qu'elle n'a pas qualifiée de peine¹⁵²⁷. La CEDH a justifié sa solution en considérant que la mesure avait conduit à la redéfinition de la portée de la peine, par l'augmentation de la durée de la privation de liberté¹⁵²⁸. Dans ces derniers cas, ce sont le contexte pénal des mesures, l'atteinte portée à la liberté individuelle et la durée de cette atteinte qui ont été pris en compte pour justifier l'application du principe¹⁵²⁹. Les listes des motifs¹⁵³⁰ ayant justifié les assimilations dans chaque ordre juridique ont ensuite été comparées entre-elles, afin d'en faire ressortir les similitudes.

Le droit comparé est ici un outil précieux¹⁵³¹ pour identifier les motifs utiles à la définition de la notion unifiée de répression. Le droit comparé est utilisé comme outil

¹⁵²⁴ Cons. const. 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, par. 4 et 7.

¹⁵²⁵ *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, par. 24.

¹⁵²⁶ Cons. const. 21 fév. 2008, préc., note 907, par. 9-10.

¹⁵²⁷ CEDH, *Del Río Prada c. Espagne* [GC], préc., note 1029, par. 89.

¹⁵²⁸ *Id.*

¹⁵²⁹ Cons. const. 21 fév. 2008, note 907, par. 10; CEDH, *Del Río Prada c. Espagne* [GC], préc., note 1029, par. 89.

¹⁵³⁰ Il ne s'agit pas ici de reprendre l'ensemble des motifs utilisés par le Conseil constitutionnel, la CEDH et la Cour suprême, ceux-ci ayant été longuement exposé auparavant : *supra*, par. 122 et suiv. L'objectif est de mettre en relief les motifs récurrents d'assimilation pour en faire ressortir des critères susceptibles de définir la notion unifiée de répression.

¹⁵³¹ C'est ici la mise en œuvre d'une définition simple et ancienne du droit comparé, entendue comme l'« étude comparative de deux ou plusieurs Droits émanant de souverainetés différentes » dont le but est d'établir les points communs et les différences entre ces droits : M. ANCEL, préc., note 190, p. 31; G. CORNU (dir.), préc., note 38, v° « Droit comparé », 2, a, p. 377. Le recours à cette conception se double ici de l'utilisation de la méthode fonctionnelle puisque les notions sont comparées en raison de leur fonction commune, à savoir leur fonction punitive ou répressive qui permet de les assimiler à des peines et emporte

d'observation. Par la distance qu'il permet de prendre avec son propre droit, il permet finalement de mettre en exergue tant les spécificités que les banalités de celui-ci¹⁵³². Les récurrences des motifs d'assimilation observées dans les décisions jurisprudentielles des ordres normatifs permettent d'identifier des caractéristiques susceptibles d'être pertinentes pour la définition de la notion de répression. En effets, témoignant de la proximité des mécanismes pénaux et extra-pénaux, ces caractéristiques justifient leur assimilation¹⁵³³.

À l'issue de cette double comparaison, il a pu être constaté plusieurs éléments. Les trois types d'assimilation ont une utilité commune pour les trois ordres normatifs : ils justifient l'application des garanties pénales supra-législatives à des mesures non qualifiées de peines pour protéger les justiciables des effets particulièrement néfastes des mesures. L'analyse comparée des motifs d'assimilation a notamment mis en avant que cette protection doit s'appliquer lorsque les mesures en cause sont attentatoires à certains droits et libertés. En droit français, ce sont notamment l'existence d'une violation de la loi – pénale ou extra-pénale, indifféremment de la teneur du comportement – comme cause de la mesure, la proximité du processus avec la procédure d'infliction d'une peine, la nature de la mesure – son objet et sa gravité quantitative particulière – et l'objectif punitif de la mesure – subjectivement ou objectivement déterminé, au regard des autres motifs – qui entraînent la qualification punitive du mécanisme étudié. Les catégories de motifs sont à peu près similaires pour les assimilations effectuées par la CEDH ou la Cour suprême. Le contenu de chacune diffère parfois, avec une insistance plus ou moins forte sur les éléments procéduraux des mesures imposées. Les critères de définition de la notion unifiée de répression se trouveraient donc logiquement dans un ou plusieurs de ces motifs.

Il est ensuite nécessaire de trier les motifs pour ne retenir que ceux qui sont susceptibles de définir la notion unifiée de répression sans reproduire les défauts des conceptions jurisprudentielles de la peine et de la punition¹⁵³⁴.

en conséquence la nécessité d'encadrer les mécanismes ainsi qualifiés par les garanties applicables aux peines. Sur la méthode fonctionnelle, voir notamment : M. GRAZIADEI, préc., note 198; B. JALUZOT, préc., note 193, aux p. 39-41; K. ZWIEGERT et H. KÖTZ, préc., note 196, p. 32 et suiv. K. ZWIEGERT, préc., note 187. Sur les conceptions, méthodes et objectifs du droit comparé : *supra*, par. 18 et suiv.

¹⁵³² *Supra*, par. 18; T. DOURGES, préc., note 194, par. 5-6. Cet emploi au service de la méthode de détermination se rapproche également du droit comparé comme outil de découverte d'une forme de droit universel, ici réduit à la seule recherche de l'essence de la répression : *supra*, par. 18. La force créatrice du droit comparé (*supra*, par. 18) transparaît aussi de la méthode de détermination des critères de la notion unifiée de répression.

¹⁵³³ *Supra*, par. 190.

¹⁵³⁴ *Supra*, par. 214 et suiv.

282. *Le dépassement des constructions jurisprudentielles par l'exclusion de certains critères.* Plusieurs des critères permettant de définir la peine ou la punition en jurisprudence ne peuvent pas être retenus pour déterminer la notion unifiée de répression. En effet, les critères qui génèrent des erreurs méthodologiques doivent être exclus afin de ne pas reproduire les impasses auxquelles ils conduisent. Ainsi, les critères relatifs à la procédure¹⁵³⁵ et, plus généralement, les éléments de régime qui ont trait aux garanties applicables¹⁵³⁶ et qui sont la conséquence de la nature d'un mécanisme, ne peuvent pas être utilisés pour définir utilement la notion de répression. Le rejet de ces critères permet d'éviter la circularité des raisonnements qualificatifs. Par exemple, l'application des principes de détermination de la peine en droit canadien, dont la proportionnalité de la peine à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant¹⁵³⁷, est une conséquence de l'identification de la sanction infligée comme peine. L'inexistence de ces principes dans le processus de détermination d'une mesure imposée à un individu ne permet pas en soi de caractériser la nature de la mesure. Elle peut en revanche mettre en évidence que la mise en œuvre du mécanisme envisagé est contraire aux principes imposés par des normes supra-législatives¹⁵³⁸. Le critère temporel prenant en compte le moment au cours duquel la mesure est prononcée ou exécutée, apprécié par rapport au

¹⁵³⁵ Il s'agit, dans la jurisprudence de la Cour suprême des éléments relatifs au critère de la nature procédurale de l'affaire et particulièrement des éléments définissant le processus permettant d'aboutir au prononcé des mesures (*supra*, par. 175 à 180). Dans la jurisprudence de la CEDH, les éléments procéduraux sont étudiés au titre de la recherche de la nature de l'infraction pour la notion de matière pénale (*supra*, par. 151) et des critères formels de la qualification de la peine (*supra*, par. 158).

¹⁵³⁶ Il n'est cependant pas toujours évident de savoir si un élément relève de la définition ou du régime d'une notion. Par exemple, l'existence d'une faute est un élément classique composant l'infraction pénale. La faute, au sens d'élément moral, est, avec l'élément matériel, l'une des deux composantes du comportement incriminé; l'incrimination étant, dans la définition classique de la répression, l'une de ses trois étapes : G. CORNU (dir.), préc., note 38, v° « Répression », 2, p. 907. Il faut donc d'abord décider de son appartenance à la catégorie juridique de la répression et ensuite se demander si elle est un élément de définition de la répression ou si elle est un élément de son régime, faisant partie des garanties constitutionnelles pénales. En effet, la faute est également un élément constitutionnellement exigé dans la composition des infractions pénales. Dr. can. : R. c. Hess; R. c. Nguyen, [1978] 2 R.C.S. 1299 (CSC); *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, préc., note 395; R. c. Vaillancourt, [1987] 2 R.C.S. 636 (CSC); R. c. Martineau, [1990] 2 R.C.S. 633 (CSC). Dr. fr. : Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*. Cette situation rend la nature et le rôle de la faute ambigus, à savoir si elle est un élément qui détermine la nature de l'infraction pénale ou si elle est un élément de son régime qui légitime l'infliction des punitions. La même problématique se retrouve pour la détermination de la répression. Si la faute est un élément de définition de la répression, une mesure qui ne comprend pas de faute comme élément de sa composition n'est pas répressive. Si elle est un élément de régime, une mesure peut être répressive sans qu'aucune faute ne soit exigée au titre de son infliction, laquelle faute peut en revanche être une condition de mise en œuvre de la répression. Sur le rôle de la faute dans la définition de la répression : *infra*, par. 305.

¹⁵³⁷ Art. 718 C.cr.

¹⁵³⁸ Par exemple, l'imposition d'une mesure en dehors d'un processus pénal classique ne disqualifie pas nécessairement l'existence d'une peine et peut au contraire souligner l'existence d'une peine infligée à défaut d'un processus régulier : *Canada (Procureur général) c. Whaling*, préc., note 173, par. 38.

temps de l'exécution de la peine, doit également être exclu. Son ineffectivité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français a été précédemment démontrée¹⁵³⁹. Une deuxième série de critères doit être écartée. Il s'agit de la caractérisation de la répression par le but punitif ou répressif de la mesure, qui ne peut être retenue, ni comme critère principal¹⁵⁴⁰ ni comme critère secondaire¹⁵⁴¹. Ce critère, en raison de la subjectivité sur laquelle il repose¹⁵⁴², peut entraver l'objectif de la proposition d'une notion unifiée de répression en permettant au législateur d'écarter la qualification de la nature répressive d'une mesure par simple affichage du but non punitif de la mesure qu'il souhaite imposer. Bien souvent, la détermination du but de la mesure consiste à rechercher l'intention du législateur dans son choix de recourir à tel ou tel autre mécanisme. Pourtant, l'objet même des normes supra-nationales de garantie des droits suppose de pouvoir dépasser cette intention afin que les législateurs ne puissent pas éluder l'application des droits protégés¹⁵⁴³. Le critère de l'intention n'est donc utile que s'il est corroboré par des caractéristiques objectives, liées à la nature des mesures contrôlées. Ainsi, que l'intention du législateur soit étudiée pour déterminer le but d'une mesure ou que celui-ci soit déterminé plus directement par l'adhésion à l'énoncé des motifs de la loi ou encore par simple affirmation, seuls les éléments objectifs qui permettent d'identifier le but, l'objet ou l'objectif d'une mesure sont pertinents. Il n'est dès lors pas opportun de recourir aux éléments de nature subjective, comme l'intention du législateur. De tels critères peuvent conduire à l'ineffectivité voire à l'inefficacité des normes constitutionnelles¹⁵⁴⁴.

Si certains motifs jurisprudentiels d'assimilation de mesures pénales ou extra-pénales aux peines ne peuvent pas servir de critères à la définition de la notion unifiée de répression, au risque de mettre à mal l'utilité de la notion, d'autres motifs préalablement énoncés se révèlent opérants.

283. La détermination de critères en adéquation avec les objectifs de la notion. Pour déterminer les critères pertinents parmi ceux qu'il est encore possible d'utiliser, il est nécessaire de rappeler que la définition unifiée de la notion de répression doit permettre

¹⁵³⁹ *Supra*, par. 249.

¹⁵⁴⁰ Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : *supra*, par. 127 et 129 et suiv.

¹⁵⁴¹ Dans la jurisprudence de la CEDH : *supra*, par. 163, et de la Cour suprême, *supra*, par. 177.

¹⁵⁴² Soulignant la difficulté de recourir à un critère finaliste sur la base d'éléments de nature subjective pour déterminer la nature d'un acte au regard de son but : G. DELLIS, préc., note 32, par. 53 et 188-190, spéc. 189, p. 35-36, 135-138, spéc. 137-138.

¹⁵⁴³ Tel que la CEDH le préconise déjà : *Öztürk c. Allemagne*, préc., note 965, par. 49.

¹⁵⁴⁴ En ce sens : A.-M. BOISVERT, préc., note 2, aux p. 223-224.

l'amélioration de la sécurité juridique des justiciables. Le choix de ces critères est ainsi guidé par la possibilité qu'ils offrent d'être précisément et préalablement définis, dans le but que la qualification des mesures répressives soit prévisible et cohérente¹⁵⁴⁵.

Certaines des distinctions utilisées en jurisprudence pour déterminer le but des mesures sont en ce sens utiles pour définir la notion unifiée de répression. Par exemple, la distinction entre les fonctions de réparation et de répression¹⁵⁴⁶ peut être objectivement établie eu égard à la cause, à l'objet et au *quantum* de la mesure utilisée. Bien que la réparation d'un dommage puisse imposer à son responsable de verser un montant élevé de dommages-intérêts, ce montant est objectivement borné par le dommage subi par la victime. Le juge ne peut alors pas moduler le montant de l'indemnisation pour des raisons extérieures à la qualification de ce dommage et à ses conséquences. L'objectivité du critère permet son application certaine et cohérente.

Ensuite, la distinction entre prévention et répression¹⁵⁴⁷ peut être utilement redéfinie pour garantir une protection accrue des justiciables, sans que la répression absorbe pour autant toute mesure juridique qui a pour effet de restreindre les droits et libertés d'une personne. Notamment, plusieurs auteurs français constatent que le droit pénal se fait toujours plus préventif¹⁵⁴⁸, quand, dans le même temps, le droit administratif devient davantage répressif. Par exemple, l'existence de mesures individuelles de contrôle administratif¹⁵⁴⁹ met en avant la difficulté de cerner le point de bascule entre prévention et répression¹⁵⁵⁰. Ces mesures sont en effet prises au regard de comportements ou états individuels que le droit cherche à contenir, à contrôler, voire à modifier, sans

¹⁵⁴⁵ Au contraire, l'exclusion de la qualification de peine pour certaines mesures semble être opérée pour écarter l'application des principes pénaux constitutionnels et conventionnels : E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 13, p. 6-7; M. BRENAUT, préc., note 63, par. 13, p. 21-22; S. DELATTRE, préc., note 63, par. 372, p. 271-272, par. 378, p. 227-228, par. 449, p. 313-315; E. DREYER, préc., note 58; C. MANDON, préc. note 59, par. 505, p. 577-578 et 549, p. 617-618.

¹⁵⁴⁶ *Supra*, par. 131 et 141.

¹⁵⁴⁷ *Supra*, par. 131 et 138 (dr. fr.), 151 et 164 (dr. euro.), 178 et 184 (dr. can.).

¹⁵⁴⁸ Particulièrement en matière de terrorisme : Philippe KELLERSON et Marion LACAZE, « Le « droit pénal de l'ennemi » : du dédoublement du droit pénal à la négation de la qualité de personne », dans Alexandre ZABALZA et Carole GRARD (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Marc Trigeaud : les personnes et les choses du droit civil à la philosophie du droit et de l'État*, Bordeaux, Éditions Bière, 2020, p. 535-562, aux p. 539-543; M. LACAZE, préc., note 805, par. 398, p. 240-243. Sur l'expansion de la prévention pénale de manière plus générale : C. MANDON, préc., note 59, par. 121, p. 150-154.

¹⁵⁴⁹ *Infra*, par. 351.

¹⁵⁵⁰ Maxence CHAMBON, « Une redéfinition de la police administrative », dans Julie ALIX et Olivier CAHN (dir.), *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme : implications juridiques. Actes du colloque, 9-10 février 2017, Université de Lille 2, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales*, coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2017, p. 133-149; Thomas HERRAN, « L'impact de la loi relative à la sécurité publique sur la distinction entre la police judiciaire et la police administrative », *AJ Pénal* 2017.472; Thomas HERRAN, « L'oxymore de la prévention réactive à la commission d'une infraction », *Gaz. Pal.* 2018.3.66.

qu'il soit pour autant illicite¹⁵⁵¹. Ils sont donc techniquement préventifs, tout en ressemblant à des peines sanctionnant une forme de dangerosité. La rétention de sûreté du droit français et la détention de sûreté du droit allemand démontrent bien également la délicate différenciation de la prévention et de la répression¹⁵⁵². Certaines caractéristiques de ces mesures pénales, liées notamment à leur gravité et à leur lien avec l'établissement préalable d'une infraction pénale, ont ainsi pu justifier l'application du principe de non-rétroactivité en droit français et en droit européen¹⁵⁵³. En droit canadien, ce sont les sanctions administratives pécuniaires qui conduisent à reconsidérer la frontière entre prévention et répression¹⁵⁵⁴, tout comme les engagements de ne pas troubler l'ordre public prévus par le *Code criminel*¹⁵⁵⁵. Certaines mesures semblent ainsi devoir quitter le champ de la prévention pour gagner celui de la répression, dans l'objectif de mieux protéger les droits des justiciables contre l'emploi parfois utilitariste de la distinction entre prévention et répression¹⁵⁵⁶.

La distinction entre répression et prévention est également en lien avec l'identification de la cause de la répression. En effet, la prévention désigne une mesure qui empêche la survenance d'un événement fâcheux ou un mal prévisible tandis que la répression empêche l'accomplissement ou le développement d'un tel événement¹⁵⁵⁷. Ainsi, la répression doit être considérée comme étant une réaction, contrairement, en principe, à la prévention. Il faut donc, pour utilement mettre en œuvre la distinction dans le contexte de cette étude, déterminer l'évènement qui déclenche la réaction répressive et se situer dans le temps par rapport à lui.

¹⁵⁵¹ Art. 228-1 du Code de la sécurité intérieure.

¹⁵⁵² *Supra*, par. 230-231.

¹⁵⁵³ *Supra*, par. 163.

¹⁵⁵⁴ Les sanctions administratives pécuniaires sanctionnent des manquements aux lois et règlements administratifs par des mesures substantiellement mais aussi quantitativement semblables à des amendes. Leur mécanisme est donc très proche de celui de l'imposition de peines pécuniaires.

¹⁵⁵⁵ Art. 810 et suiv. C.cr. Les engagements de ne pas troubler l'ordre public sont des mesures pénales consécutives à des comportements non incriminés en tant que tels mais qui font craindre la commission d'une infraction et sont donc imposés à des individus pour prévenir le risque infractionnel. Leur nature préventive est affirmée et assumée par la Cour suprême : *R. c. Penunsi*, [2019] 3 R.C.S. 91, par. 12-14. Pour autant, il est difficile d'adhérer à cette position pour différentes raisons : *infra*, par. 350, 403-404, 409, 478, 502.

¹⁵⁵⁶ Dans le même sens, l'autonomisation de l'appréhension juridique de la dangerosité par rapport à la culpabilité a pour objectif « s'affranchir de la manière dont est structuré le droit pénal classique afin notamment d'en contourner les principes directeurs » : S. DELATTRE, préc., note 63, par. 24, p. 39-40.

¹⁵⁵⁷ ACADEMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'Académie française*, préc., note 1, v° « Prévention », 2, et « Répression », 1; G. CORNU (dir.), préc., note 38, v° « Préventif », 1, p. 802 et « Prévention », p. 803.

Ces éléments de réflexion permettent finalement de choisir trois critères pour la définition de la notion unifiée de répression : sa nature réactionnelle, sa cause et sa gravité.

284. *Les trois critères de la notion unifiée de répression.* La comparaison des motifs des différentes assimilations jurisprudentielles permet de constater l'exigence récurrente d'une violation de la loi comme cause, plus ou moins directe, de la mesure. La répression semble alors se caractériser par une réaction juridique (nature réactionnelle) à un comportement ou un état illicite (cause de la réaction). Peu importe que l'illicéité soit pénale, civile, administrative ou disciplinaire. La violation de la loi correspond à l'évènement qui départage la prévention de la répression. Dans certains des cas d'assimilation (la rétention de sûreté en droit français, la qualification européenne de peine pour la détention de sûreté allemande), la réaction du droit trouvait sa cause dans un comportement illicite, mais aussi dans l'existence d'un état de dangerosité. Il apparaîtra donc nécessaire d'élargir la définition de la cause des mesures répressives aux comportements ou états dangereux, que le droit cherche à maîtriser par le recours à ces mesures¹⁵⁵⁸. Cette extension de la cause de la répression est justifiée par rapport à l'objectif de protection des droits et libertés des justiciables.

C'est enfin le critère de la gravité de la mesure, qui, malgré son imprécision actuelle, doit être utilisé pour définir la notion unifiée de répression. La gravité est un élément essentiel de détermination de la ressemblance entre les peines et d'autres mesures pénales ou extra-pénales¹⁵⁵⁹. Malgré l'importance variable que lui octroient les trois conceptions jurisprudentielles de la peine et de la punition, elles y font toutes référence, que ce soit pour étudier l'objet ou le *quantum* de la mesure¹⁵⁶⁰. L'inconvénient que présente ce critère, son imprécision, n'est pas un obstacle indépassable. Une analyse des

¹⁵⁵⁸ Il a en outre pu être démontré que l'existence d'une condamnation pour une infraction ne pouvait pas constituer le critère d'identification de la sanction pénale car différentes mesures pénales ne trouvent pas leur cause dans une condamnation pénale et parce que différentes sanctions extra-pénales s'appliquent à des comportements en raison d'une violation de la loi selon un schéma très proche d'une condamnation pénale : C. MANDON, préc., note 59, par. 480, p. 555-557 et par. 516, p. 593-597. Il est donc logique d'envisager d'élargir le critère de la condamnation pénale. Cette auteure conclut également que toute sanction, « qu'elle soit pénale ou extra-pénale, répond à des considérations tenant à la fois à la culpabilité » et à la « dangerosité » : C. MANDON, préc., note 59, par. 481, p. 557-558. La définition de la cause de la répression comme comportement ou état dangereux, qu'il soit formellement ou non formellement appréhendé comme une illicéité, réunit ainsi au sein d'un même critère les exigences de condamnation à une infraction, de culpabilité ou de dangerosité : *supra*, par. 304 et suiv. et par. 335 et suiv.

¹⁵⁵⁹ *Supra*, par. 66. Voir égal. : C. MANDON, préc., note 59, par. 12, p. 20-22, par. 483, p. 559-560, par. 485, p. 464-465 et par. 521, p. 600-601.

¹⁵⁶⁰ *Supra*, par. 141 (dr. fr.), 152 et 167 (dr. euro.) et 183 et suiv. (dr. can.).

différentes conceptions et applications jurisprudentielles du critère de gravité offre des pistes pour en améliorer la précision. Enfin, il arrive parfois que la mesure ne soit pas directement une réaction à un comportement ou à un état mais qu'elle en ait les effets. Son contexte particulier et sa gravité en marquent alors le caractère répressif : l'application rétroactive automatique d'une disposition modifiant les conditions d'accès à la liberté conditionnelle et augmentant de ce fait le temps d'emprisonnement initialement annoncé aux détenus au moment où ils ont commencé à purger leur peine, est bien une peine, indifféremment de l'absence d'une procédure criminelle pour imposer la disposition¹⁵⁶¹. La mesure ainsi imposée, si elle n'est pas une peine au sens classique du terme est néanmoins indirectement une mesure de réaction à un comportement. Elle se rattache en effet à la sanction initialement infligée qui était une réaction à la commission d'une infraction. L'application de la disposition n'est donc que la modification de la substance de la réaction, plus précisément, de sa substance quantitative.

Les critères finalement retenus sont ceux qui sont communs aux peines, aux punitions extra-pénales et aux mesures non qualifiées de peine ou de punition pour lesquelles le régime pénal supra-législatif doit trouver application. Une définition unifiée de la notion de répression, qui rassemble sous cette même acception l'ensemble des mesures qui justifient l'application des garanties pénales supra-législatives, permet d'assurer avec plus de cohérence la protection des droits et libertés des justiciables. La répression apparaît ainsi essentiellement comme une réaction juridique (la nature de la répression) d'une gravité particulière (le contenu de la répression) à une illicéité (la cause de la répression). L'existence de ces trois critères, dont les contours exacts seront étudiés par la suite, impose de réfléchir à leur articulation.

285. *Le cumul des critères de définition.* La proposition d'une définition composée de plusieurs critères conduit à s'interroger sur leur articulation. Une articulation aléatoire des critères, sans liens préétablis, sans lignes directrices constantes, ne pourrait apporter qu'une qualification incertaine, voire arbitraire, de la répression. Il faut donc déterminer

¹⁵⁶¹ *Supra*, par. 167 (dr. euro.) et 187 (dr. can.).

précisément les liens entre les critères. La sécurité juridique impose de choisir le cumul des critères proposés¹⁵⁶².

La notion unifiée de répression se définit donc finalement comme une réponse à une illicéité (Titre 1), réponse qui revêt une gravité particulière (Titre 2).

¹⁵⁶² Le cumul des critères proposés permet de contourner les effets négatifs d'une articulation de type alternatif, tels que précédemment exposés : *infra*, par. 252 et suiv. Dans le même sens : C. MANDON, préc., note 59, par. 551 et suiv., p. 618 et suiv. L'auteure met également en avant les risques liés à une articulation cumulative des critères de qualification : C. MANDON, préc., note 59, par. 541, p. 612-613. La mise en garde ne trouve pas à s'appliquer ici puisque qu'elle visait plus particulièrement les situations dans lesquelles le nombre de critères envisagés est élevé. Or, seuls trois critères sont finalement retenus pour la définition de la notion unifiée de répression.

TITRE 1. LA REPRESSION, UNE REPONSE A UNE ILLICEITE

286. La répression constitue par nature une réponse à un événement. Il faut ainsi expliquer les implications liées à la nature réactionnelle de la répression et définir l'évènement à l'origine de la réaction. Seront ainsi développés les deux premiers critères de définition de la notion unifiée de répression, la nature réactionnelle de la répression (Chapitre 1) et la cause de la réaction, qui consiste en une illicéité individuelle (Chapitre 2).

Chapitre 1. La nature de la répression, une réaction individuelle

287. *La répression comme réaction juridique individuelle.* La répression doit être premièrement définie comme une réaction juridique¹⁵⁶³. La répression désigne en ce sens un processus singulier d'imposition d'une mesure, non seulement parce qu'elle est une réaction, mais aussi parce qu'elle est une réaction qui s'adresse en particulier à certains individus. Il faut ainsi exposer la singularité réactionnelle de la répression (Section 1) et le caractère individuel de la réaction répressive (Section 2).

Section 1. La singularité réactionnelle de la répression

288. La nature réactionnelle de la répression doit être en premier lieu définie. Il faut en second lieu appliquer cette définition pour comprendre l'influence de ce critère de définition de la notion unifiée de répression. Seront ainsi successivement exposées la signification de la nature réactionnelle de la répression (I) et les conséquences de la nature réactionnelle de la répression (II).

I. La signification de la nature réactionnelle de la répression

289. *La définition d'une réaction.* Une réaction est un « phénomène qui se produit en réponse à un autre phénomène »¹⁵⁶⁴. Les différentes approches de la répression, dans le langage courant¹⁵⁶⁵ ou dans le langage juridique¹⁵⁶⁶ sous-tendent toutes cette caractéristique. La répression suppose le commencement d'un événement sur lequel elle intervient, soit au cours de sa réalisation, soit une fois qu'il est achevé. Indépendamment

¹⁵⁶³ Le caractère juridique de la réaction répressive n'est pas expliqué en lui-même car la délimitation du sujet a conduit à faire le choix d'étudier uniquement la répression comme mesure organisée par le droit. La répression, dans un sens politique ou social, n'est donc incluse dans le raisonnement que si elle est intégrée à l'ordre juridique.

¹⁵⁶⁴ *Dictionnaire de l'Académie française*, préc., ACADEMIE FRANÇAISE, préc., note 1, v° « Réaction », I.

¹⁵⁶⁵ *Supra*, par. 3.

¹⁵⁶⁶ *Supra*, par. 5.

de la détermination de cet événement¹⁵⁶⁷, la nature réactionnelle de la répression la singularise par rapport à d'autres types de mesures. Parce qu'elle intervient après, la répression se distingue des mesures juridiques qui interviennent avant la survenance de tout événement.

290. *La distinction entre répression et prévention.* La nature réactionnelle de la répression permet de la distinguer d'autres sortes de mécanismes juridiques. La définition de la répression comme une réaction est ce qui la différencie de la prévention. La répression et la prévention sont très souvent mises en opposition¹⁵⁶⁸ et présentées comme deux actions complémentaires¹⁵⁶⁹. En effet, alors que la prévention tend à empêcher la survenance d'un événement fâcheux ou un mal prévisible, la répression tend à intervenir au cours ou après l'événement¹⁵⁷⁰. Sans encore avoir besoin de qualifier l'événement qui constitue le point de bascule entre la prévention et la répression¹⁵⁷¹, il est déjà possible de percevoir les conséquences de la nature réactionnelle de la répression sur la délimitation des contours de la notion unifiée de répression.

II. Les conséquences de la nature réactionnelle de la répression

291. *Dualité de conséquences.* La distinction ainsi présentée entre répression et prévention permet en premier lieu de rappeler la différence classique des régimes préventif et répressif dans l'organisation de l'exercice des droits et libertés. Elle permet en second lieu de remettre en cause le caractère préventif de certaines mesures administratives ou pénales dont la nature réactionnelle est évidente, bien qu'elle soit souvent passée sous silence.

292. *La différence classique des régimes préventif et répressif dans l'organisation de l'exercice des droits et libertés.* Le droit français distingue classiquement le régime préventif du régime répressif pour l'organisation de l'exercice des droits et libertés¹⁵⁷². Le régime préventif est le moins permissif car il soumet l'exercice d'un droit ou d'une liberté à une ou plusieurs formalités administratives plus ou moins contraignantes.

¹⁵⁶⁷ *Infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁵⁶⁸ G. CORNU (dir.), préc., note 38, v° « Préventif », 1, p. 802.

¹⁵⁶⁹ En matière de criminalité, il est souvent question de la prévention et de la répression des infractions.

¹⁵⁷⁰ *Supra*, note 1557.

¹⁵⁷¹ *Infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁵⁷² Jacques PETIT et Pierre-Laurent FRIER, *Droit administratif*, 15^e éd., coll. Précis Domat Droit public, Paris La Défense, LGDJ, Lextenso, 2021, par. 517, p. 356-357.

L'encadrement de l'exercice des droits et libertés par un régime préventif constitue ainsi une restriction préalable des droits et libertés. Il prend place en amont de toute activité qui tendrait à les mettre en œuvre. Ces mesures restrictives ne constituent donc pas des réactions et ne sont ainsi pas répressives. Il en existe deux catégories, la déclaration et l'autorisation.

Dans le cadre d'un régime de déclaration, une personne est simplement tenue de déclarer à l'administration l'activité qu'elle a décidé d'entreprendre¹⁵⁷³. L'administration ne peut pas, en principe, interdire à l'administré l'exercice de l'activité déclarée¹⁵⁷⁴. Ce procédé oblige simplement l'administré à faire connaître son intention à l'administration. Une telle mesure n'est pas répressive malgré son caractère intrusif¹⁵⁷⁵. En revanche, l'omission d'une telle déclaration peut faire encourir à l'administré une sanction, mesure qui sera, quant à elle, une réaction¹⁵⁷⁶. Dans le cadre d'un régime d'autorisation, des mesures privatives ou restrictives de droits et libertés sont instituées par une loi dans le cadre d'une police spéciale¹⁵⁷⁷. Dans cette hypothèse, le conditionnement préalable et abstrait de l'exercice d'un droit ou d'une liberté ne constitue pas une réaction puisque la mesure n'est prise à la suite d'aucun événement. La réglementation peut avoir pour objectif la prévention d'un trouble à l'ordre, à la santé ou la sécurité publics¹⁵⁷⁸ mais le

¹⁵⁷³ Par ex. : « [u]ne personne qui veut ouvrir un café, un cabaret, un débit de boissons à consommer sur place et y vendre de l'alcool est tenue de faire, quinze jours au moins à l'avance et par écrit, une déclaration [...] » (art. L. 3332-3 CSP); « [s]ont soumises à déclaration les installations qui, ne présentant pas de graves dangers ou inconvénients pour les intérêts visés à l'article L. 511-1, doivent néanmoins respecter les prescriptions générales édictées par le préfet en vue d'assurer dans le département la protection des intérêts visés à l'article L. 511-1 » (art. 512-8 al. 1 C. env.); « [s]ont soumis à l'obligation d'une déclaration préalable tous cortèges, défilés et rassemblements de personnes, et, d'une façon générale, toutes manifestations sur la voie publique » (art. L. 211-1 al. 1 C. séc. int.).

¹⁵⁷⁴ Il existe des exceptions à ce principe. Par ex., pour une manifestation : « [s]i l'autorité investie des pouvoirs de police estime que la manifestation projetée est de nature à troubler l'ordre public, elle l'interdit par un arrêté qu'elle notifie immédiatement aux signataires de la déclaration au domicile élu » (art. L. 211-4 al. 1 C. séc. int.). Pour quelques explications sur ces exceptions : Thomas M'SAÏDIE, « La déclaration administrative préalable à l'exercice d'une activité », *AJDA* 2013.514.

¹⁵⁷⁵ Thomas M'SAÏDIE, préc., note 1574. L'auteur remarque que « la déclaration administrative préalable s'apparente sous un angle rigoureux comme antagoniste à la notion même de liberté ».

¹⁵⁷⁶ Par ex., pour une manifestation : « Est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende le fait : 1° D'avoir organisé une manifestation sur la voie publique n'ayant pas fait l'objet d'une déclaration préalable dans les conditions fixées par la loi » (art. 431-9 C. pén.).

¹⁵⁷⁷ J. PETIT et P.-L. FRIER, préc., note 1572, par. 517, p. 356-357. La soumission d'une activité à une autorisation préalable doit obligatoirement faire l'objet d'une prévision législative. Les pouvoirs de police générale ne permettent pas la mise en place d'une telle procédure de restriction des libertés : Cons. d'Ét., ass. 22 juin 1951, *Daudignac*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 362, *D.* 1951.589, concl. GAZIER; Cons. d'Ét., 22 janv. 1982, ass., *Foyer du ski de fond de Crevoux*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 30. Par ex., en matière de police des installations classées « [s]ont soumises à autorisation les installations qui présentent de graves dangers ou inconvénients pour les intérêts mentionnés à l'article L. 511-1 » (art. L512-1 C. env.).

¹⁵⁷⁸ Par exemple, en matière de police des installations classées, art. L. 511-1 C. env. :

trouble est envisagé de manière totalement abstraite et n'existe pas encore, de sorte que la réglementation n'est pas une réaction. Les mesures qui restreignent l'exercice de certains droits et libertés en soumettant certaines activités à une autorisation ne sont donc pas répressives. Il faut néanmoins les distinguer des refus d'autorisation et des retraits d'autorisation. Les refus d'autorisation pourraient s'analyser en une réaction de l'administration relativement au constat du défaut de conformité de la situation aux exigences légales pour l'octroi de l'autorisation¹⁵⁷⁹. Également, les mesures qui, dans le cadre d'un régime d'autorisation préalable, sanctionnent la disparition ou le défaut de respect de l'une des conditions de l'autorisation octroyée, pourraient être répressives. En effet, prenant acte de la nouvelle situation, par rapport à celle qui existait au moment de l'octroi de l'autorisation, le retrait d'autorisation constitue bien une réaction au sens de la définition de la notion unifiée de répression¹⁵⁸⁰. De façon certaine, les sanctions pénales pour conduite d'une activité sans autorisation obligatoire sont également des réactions¹⁵⁸¹.

Dans le cadre d'un régime répressif, l'exercice du droit ou de la liberté n'est pas, en principe, préalablement encadré. En revanche, son mauvais usage peut constituer une infraction qui donnera lieu à des mesures pénales¹⁵⁸². Ces dernières, dont la nature

« Sont soumis aux dispositions du présent titre les usines, ateliers, dépôts, chantiers et, d'une manière générale, les installations exploitées ou détenues par toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature, de l'environnement et des paysages, soit pour l'utilisation économe des sols naturels, agricoles ou forestiers, soit pour l'utilisation rationnelle de l'énergie, soit pour la conservation des sites et des monuments ainsi que des éléments du patrimoine archéologique. »

¹⁵⁷⁹ T. M'SAÏDIE, préc., note 1574. L'auteur affirme ainsi que :

« *A contrario*, dans le régime d'autorisation préalable, le pouvoir discrétionnaire de l'administration lui permet d'adopter un comportement plus répressif. Son pouvoir est considérable et lui permet de s'écarter du rôle d'« intervention permissive », pour reprendre l'expression de Pierre Livet (préc., p. 13), pour celui d'« intervention répressive ». Concrètement, l'exercice d'une activité demeure soumis à des conditions à défaut desquelles son auteur s'expose à des sanctions. Le refus d'autorisation peut apparaître comme la sanction d'une situation jugée irrégulière en l'état. »

¹⁵⁸⁰ Il faut toutefois noter que la qualification répressive des mesures de retrait ne peut être affirmée que si l'ensemble des critères de la définition de la notion unifiée de répression sont réunis. La nature réactionnelle de la mesure étudiée ne suffit pas à déterminer sa qualification répressive.

¹⁵⁸¹ Par ex., en matière d'installations classées, art. L. 173-1 C. env.

¹⁵⁸² Par exemple, en France, la *Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*, J.O. 30 juill. 1882, p. 1 et suiv., dispose que l'« imprimerie et la librairie sont libres » (art. 1) et que « tout journal ou écrit périodique peut être publié sans déclaration ni autorisation préalable, ni dépôt de cautionnement » (art. 5) et organise la poursuite et la répression des crimes et délits commis par voie de presse et tout autre moyen de publication (art. 23 à 65-3).

réactionnelle serait alors caractérisée, pourraient être répressives¹⁵⁸³ au sens de la notion unifiée de répression.

De manière générale, une restriction à l'exercice d'un droit ou d'une liberté qui encadre préalablement la mise en œuvre du droit dans une activité, en y posant des conditions, ne constitue pas une réaction et n'est donc pas répressive. Ce raisonnement peut également s'appliquer en droit canadien.

En effet, l'État canadien participe à la régulation de la vie économique et sociale. Son intervention se manifeste par la réglementation de « l'activité privée par des dispositions impératives et supplétives, par des moyens préventifs et répressifs »¹⁵⁸⁴. Cette réglementation a pour conséquence de restreindre, dans l'intérêt général¹⁵⁸⁵, le libre exercice des droits et libertés par les citoyens¹⁵⁸⁶. De plus, l'article 1^{er} de *la Charte canadienne des droits et libertés* énonce qu'elle « garantit les droits et libertés qui y sont énoncés » et que ceux-ci « ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». À cet égard, la Cour suprême précise :

« Même si aucun droit ne saurait être considéré comme absolu, une conséquence naturelle de la reconnaissance d'un droit doit être l'acceptation sociale de l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger. Dans toute société, les droits d'une personne entreront inévitablement en conflit avec les droits d'autrui. Il est alors évident que tous les droits doivent être limités afin de préserver la structure sociale dans laquelle chaque droit peut être protégé sans porter atteinte indûment aux autres. »¹⁵⁸⁷

¹⁵⁸³ Dans le cadre d'un régime de libre exercice l'autorité de police générale peut néanmoins intervenir en réglementant de manière nécessaire, adaptée et proportionnée certaines activités dans l'objectif de maintenir le bon ordre et la sécurité publiques lorsqu'existe un risque de trouble : J. PETIT et P.-L. FRIER, préc., note 1572, par. 520-521, p. 358-360. Dans cette circonstance, les mesures de police générale qui atteignent les droits et libertés fondamentaux constituent bien une réaction à un événement, la menace, qui doit être réelle au moment de leur adoption : *Id.*, par. 514, p. 348-349. Si ces mesures ne sont pas répressives, c'est en raison de leur cause et non pas du procédé administratif lui-même. La mesure de police administrative est de nature réactionnelle puisqu'elle intervient à la suite d'un événement, le risque de trouble. En revanche, la teneur de cet événement ne correspond pas à la définition de la cause de la répression : *infra*, par. 357.

¹⁵⁸⁴ Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, « Les bases historiques du droit administratif », *L'action gouvernementale – Précis de droit des institutions administratives*, 4^e éd., Éditions Yvons Blais, 2020, p. 5 (PDF), EYB2020PIA6 (La référence).

¹⁵⁸⁵ P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 98, p. 2 (PDF).

¹⁵⁸⁶ Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, « Les organismes de régulation », *L'action gouvernementale – Précis de droit des institutions administratives*, 4^e éd., Éditions Yvons Blais, 2020, p. 1-6 et 8-9 (PDF), EYB2020PIA42 (La référence).

¹⁵⁸⁷ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536 (CSC), par. 22.

Dès lors il ne saurait être considéré que toute atteinte préalable à un droit ou d'une liberté constitue une mesure répressive. Il faut que cette atteinte soit une réponse à un événement, la répression étant par nature réactionnelle. À ce titre, certaines mesures administratives ou pénales dites « préventives » pourraient finalement être classées parmi les mesures répressives.

293. *La remise en cause du caractère préventif de certaines mesures administratives et pénales.* Certaines mesures administratives ou pénales sont considérées comme des mesures préventives parce qu'elles interviennent antérieurement à la réalisation d'une infraction. Ainsi, en droit français, « aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme, toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics [...] » peut se voir imposer des mesures de contrôle administratif et de surveillance¹⁵⁸⁸. En droit canadien, une personne contre qui il existe des motifs raisonnables de croire qu'elle peut commettre certaines infractions énumérées par le *Code criminel*, peut être contrainte à signer un engagement de ne pas troubler l'ordre public¹⁵⁸⁹. Pour autant, il ne faut pas s'y tromper. Ces mesures constituent bien des réactions en ce qu'elles interviennent après un ou plusieurs événements permettant de caractériser, en droit français « les raisons sérieuses » et en droit canadien, « les motifs raisonnables ». En l'absence d'événement préalable aux mesures, aucune des deux mesures présentées ne pourrait être prononcée. Ce n'est pas parce qu'elles ne réagissent pas à une infraction qu'elles ne réagissent à rien. Il faut donc pour le moment les considérer comme des mesures susceptibles d'une qualification répressive en ce qu'elles ont une nature réactive.

Il existe enfin certaines restrictions de droits et libertés pour lesquelles il est difficile de conclure à leur nature réactive ou non réactive. Certaines limites à la liberté d'entreprendre sont fixées *a priori* par le législateur et restreignent la liberté d'accès ou d'exercice de certaines professions ou activités économiques pour différents motifs¹⁵⁹⁰.

¹⁵⁸⁸ Art. 228-1 C. séc. int.

¹⁵⁸⁹ Art. 810 et suiv. C.cr.

¹⁵⁹⁰ Le Conseil constitutionnel précise ainsi dans ses décisions relatives à la liberté d'entreprendre qu'elle n'est ni générale ni absolue (Cons. const. 27 juill. 1982, n°82-141 DC, *Loi sur la communication audiovisuelle*, par. 13) et que le législateur peut y apporter « des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi » (par ex., Cons. const. 24 juin 2011, n° 2011-139 QPC, *Association pour le droit à l'initiative économique*, par. 3). En ce sens, le Conseil constitutionnel a validé l'exigence législative de qualification pour certaines professions eu égard à leur complexité et aux risques

En droit français, selon la jurisprudence, certaines de ces mesures ne sont pas des sanctions ayant le caractère d'une punition, parce qu'elles ont pour objet d'écarter de l'exercice d'une profession les personnes qui ne présentent pas « les garanties de moralité suffisantes requises » ou qu'elles visent « à garantir l'intégrité et la moralité indissociables de l'exercice » de certaines fonctions. Le Conseil constitutionnel en a décidé ainsi pour les mesures d'incapacité et d'interdiction professionnelles prévues aux articles L. 3336-2 et L. 3336-3 du Code de la santé publique, « applicables à toute personne condamnée pour un crime ou pour le délit de proxénétisme ou un délit assimilé, ainsi qu'à toute personne condamnée à une peine d'au moins un mois d'emprisonnement pour certains délits » énumérés par le texte¹⁵⁹¹. L'incapacité n'est pas une mesure prononcée contre une personne, elle est plutôt présentée comme une mesure de réglementation des conditions d'accès à la profession. En ce sens, elle pourrait ne pas apparaître comme une réaction, mais comme une condition d'exercice de la liberté d'entreprendre, au même titre par exemple que l'exigence d'un diplôme. Pour autant, l'incapacité existe parce qu'une condamnation à une infraction a été prononcée, de sorte qu'il n'apparaît pas inenvisageable de la considérer comme une réaction. Elle ne se différencie de l'interdiction professionnelle que parce que cette dernière intervient alors que la personne exerce effectivement la profession. Dans le cas de l'incapacité, la personne antérieurement condamnée n'exerçait pas la profession et perd le droit de l'exercer. Dans les deux cas, la mesure s'applique en réaction à un événement.

L'exemple des mesures de sûreté en droit français est également révélateur de cette difficulté à qualifier ou rejeter la nature réactive d'une mesure. En effet, les mesures de sûreté sont habituellement présentées comme étant préventives et non répressives parce qu'elles préviennent la commission ou le renouvellement d'une infraction¹⁵⁹².

qu'elles peuvent présenter pour la sécurité ou la santé des personnes : Cons. const. 24 juin 2011, préc., cette note, par. 6-7. Également, le Conseil constitutionnel a affirmé qu'en « en prévoyant que les véhicules motorisés à deux ou trois roues affectés à l'activité de transport de personnes « doivent disposer, dans des conditions fixées par voie réglementaire, de chauffeurs qualifiés et de véhicules adaptés », le législateur a entendu qu'une réglementation assure en particulier la sécurité des passagers de ces véhicules » : Cons. const. 7 juin 2013, n° 2013-318 QPC, *M. Mohamed T.*, par. 13. Elles atteignent ainsi la liberté d'entreprendre mais dans des conditions qui ne correspondent pas à la définition de la répression comme réaction juridique à un comportement dangereux et ne sont donc pas l'objet de l'étude.

¹⁵⁹¹ Cons. const. 20 mai 2011, n° 2011-132 QPC, *M. Ion C.*, par. 6.

¹⁵⁹² Julie ALIX, « Chapitre premier. Une liaison dangereuse. Dangersité et droit pénal en France », dans Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES (dir.), *La dangersité saisie par le droit pénal*, coll. Les voies du droit, Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 47-78, aux p. 67-68; E. DREYER, préc., note 58, par. 1360, p. 1070; L. GREGOIRE, préc., note 58, par. 166, p. 195-196; S. DELATTRE, préc., note 63, par. 12, p. 33.

Pourtant, elles interviennent très souvent après la commission d'une infraction¹⁵⁹³. En dépit de l'affirmation de leur fonction préventive, parce qu'elles constituent bien des réactions à une infraction, elles pourraient être qualifiées de mesures répressives.

Après avoir exposé quelques cas d'application du critère de la nature réactionnelle de la notion unifiée de répression, il faut encore préciser que la réaction répressive est caractérisée par son individualité.

Section 2. Le caractère individuel de la réaction répressive

294. *Signification du caractère individuel de la réaction répressive.* Par définition, une mesure individuelle concerne un seul individu, elle est relative ou destinée à une seule personne¹⁵⁹⁴. Une réaction est donc individuelle si elle s'adresse à une seule personne. Au titre de la notion unifiée de répression, le caractère individuel d'une réaction sera plus précisément compris comme le fait, pour la réaction, d'être destiné à une ou plusieurs personnes individuellement identifiées ou identifiables. Une mesure prise en réponse à un événement ne sera au contraire pas considérée comme individuelle si elle s'adresse à un groupe d'individus indépendamment de leurs caractéristiques personnelles. Au regard de cette précision sur le caractère individuel de la réaction répressive, il est possible d'écarter de la qualification de répression certaines mesures prises en réaction à un événement.

295. *Exemples de conséquence du caractère individuel de la réaction répressive.* En droit français, le procureur de la République peut décider de la possibilité de contrôler l'identité de toute personne dans les lieux et pour une période qu'il détermine, aux fins de recherche et de poursuite d'infractions qu'il précise¹⁵⁹⁵. Cette mesure de contrôle d'identité localisés peut être mise en place par le procureur de la République lorsqu'il a connaissance de la perpétration d'un ou plusieurs types d'infractions dans une zone géographique particulière, infractions généralement restées sans suite judiciaire à défaut d'avoir pu en identifier les auteurs. Toutes les personnes se situant au temps et au lieu

¹⁵⁹³ Par ex. : art. 706-53-16 C. proc. pén. (rétention de sûreté), art. 706-53-19 C. proc. pén. (surveillance de sûreté), art. 706-135 et 706-136 C. proc. pén. (pour les mesures prononcées à l'encontre des personnes jugées pénalement irresponsables pour cause de trouble mental) et art. 706-25-16 al. 1 (mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion). Dénonçant le « leurre » de la déconnexion des mesures de sûreté avec la culpabilité : C. MANDON, préc., note 59, par. 333, p. 440-441.

¹⁵⁹⁴ ACADEMIE FRANÇAISE, préc., note 1, v° « Individuel », 3, en ligne : <<https://www.dictionnaire-academie.fr>>.

¹⁵⁹⁵ Art. 78-2 al. 7 C. proc. pén.

déterminés par le magistrat doivent se soumettre à un contrôle de leur identité, indépendamment de leur comportement ou de leur personnalité. Seule leur situation géographique dans un temps déterminé justifie le contrôle. La mesure apparaît bien de nature réactive puisqu'elle est prise en réponse à un événement, la réalisation d'infractions. En revanche, cette réaction n'est pas individuelle car elle ne vise pas une ou plusieurs personnes prises dans leur individualité, mais n'importe qui se trouvant dans la zone délimitée. Ces mesures ne sont donc pas répressives, à défaut du caractère individuel de la réaction. En revanche, si une personne se situant dans cette zone venait à être contrôlée non en raison de sa seule présence, mais en raison de son comportement, alors la mesure de réaction deviendrait bien individuelle et serait susceptible d'être répressive¹⁵⁹⁶.

Le critère de la nature réactionnelle restreint donc quelque peu le champ d'application de la notion unifiée de répression. Certaines mesures dont il a pu être constaté qu'elles étaient de nature réactionnelle, malgré l'objectif préventif qui leur est assigné, demeurent cependant bien susceptibles d'une qualification répressive. Elles sont en effet individuelles. Particulièrement, les mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance en droit français et l'engagement de ne pas troubler l'ordre public en droit canadien¹⁵⁹⁷ visent des personnes en particulier. En droit français, le caractère individuel des interdictions professionnelles ne fait également aucun doute en ce qu'elles visent individuellement chaque personne condamnée pour certaines infractions, à la suite de leur condamnation. Le texte explique en effet que les condamnations listées « [l]es mêmes condamnations, lorsqu'elles sont prononcées contre un débitant de boissons à consommer sur place, entraînent de plein droit contre lui et pendant le même délai, l'interdiction d'exploiter un débit »¹⁵⁹⁸. En revanche, le caractère individuel des incapacités professionnelles est moins évident car le texte vise de manière indifférenciée « les personnes condamnées ».

¹⁵⁹⁶ Le caractère individualisé de la réaction juridique à une éventuelle illicéité est également un critère d'analyse de la nature d'un acte policier en droit canadien. En effet, la Cour suprême prévoit qu'en l'absence de détention physique ou d'arrestation légale, une détention peut notamment être qualifiée en fonction des circonstances à l'origine du contact avec un policier. Il faut alors se demander si la personne en cause a dû raisonnablement percevoir que le policier fournissait une aide générale, assurait simplement le maintien de l'ordre, s'il menait une enquête générale sur un incident particulier, ou s'il visait précisément la personne en cause dans le cadre d'une enquête ciblée : *R. c. Grant*, préc., par. 392, par. 44. La détention, en raison de la contrainte qu'elle impose est considérée comme une mesure répressive : *R. c. Grant*, préc., par. 392, par. 36 (motifs de la j. en chef McLachlin et des j. LeBel, Fish, Abella et Charron) et par. 191 (motifs de la juge Deschamps).

¹⁵⁹⁷ Dr. fr. : art. L. 228-1 C. séc. int. Dr. can. : art. 810 C.cr.

¹⁵⁹⁸ Art. L. 3336-3 CSP.

296. *La répression, une réaction juridique à une illicéité.* Définir la répression comme une réaction signifie que la répression est un mécanisme qui intervient en réponse à un évènement. Cette réponse est adressée à un ou plusieurs individus en particulier. Ce critère rend nécessaire la définition d'un second critère pour la notion unifiée de répression. En effet, si la répression est une réponse à un évènement, il faut déterminer cet évènement.

Chapitre 2. La cause de la réaction, une illicéité individuelle

297. *La cause de la réaction comme critère de la notion unifiée de répression.* La répression a été précédemment définie comme une réaction juridique. Il convient de définir la cause de cette réaction, qui constitue le second critère de définition de la notion unifiée de répression. Deux éléments singularisent la cause de la répression. La répression trouve sa cause dans une illicéité (Section 1), qui est individuelle (Section 2).

Section 1. L'illicéité comme cause de la réaction

298. *Unité et diversité de l'illicéité cause de la réaction répressive.* La cause de la réaction répressive est définie, au titre de la notion unifiée de répression, comme une illicéité. Il faut donc définir l'illicéité (§ 1) avant d'en exposer les différentes formes susceptibles de constituer la cause d'une réaction répressive (§ 2).

§1. La définition de l'illicéité cause de la réaction répressive

299. Le choix de l'illicéité comme cause de la réaction répressive engendre deux conséquences. Premièrement, il conduit à proposer une définition substantielle de l'illicéité, fondée sur une identification au contenu des illicéités pénales. La définition de l'illicéité s'en trouve élargie par rapport à sa conception classique. Deuxièmement, ce choix conduit à distinguer l'illicéité de la notion de faute. Ainsi, après avoir proposé une définition élargie de l'illicéité (I), il faudra expliquer le rejet de la faute comme cause de réaction répressive (II).

I- La définition élargie de l'illicéité cause de la réaction répressive

300. La proposition d'une définition élargie de l'illicéité résulte d'une association entre sa définition classique, généralement formelle, et de la définition substantielle qu'il est possible d'en déduire. Il faut ainsi en premier lieu rappeler la définition classique de l'illicéité (A) et en second lieu en établir la définition substantielle (B).

A. La définition classique de l'illicéité

301. Définition générale de l'illicéité¹⁵⁹⁹. L'illicéité est définie de manière générale comme la contrariété au droit¹⁶⁰⁰, à l'ordre juridique ou à une norme juridique¹⁶⁰¹, ou plus précisément, comme la violation de la règle de droit conçue comme règle de conduite impérative adressée aux sujets de droit¹⁶⁰². Cette règle de conduite peut être expressément

¹⁵⁹⁹ Les termes illicéité et antijuridicité sont présentés par la doctrine pénaliste française comme des synonymes : Gaëlle RABUT-BONALDI, *Le préjudice en droit pénal*, 159, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2016, par. 171, p. 194-195; Julien WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand. Contribution à une théorie générale de l'illicéité*, Nancy, Université de Nancy II-Université de la Sarre, 2003, p. 12. Le terme d'illicéité semble en revanche plus utilisé par la doctrine civiliste française : C. BLOCH, préc., note 1286; René CAPITANT, *Introduction à l'étude de l'illicite. L'impératif juridique.*, Thèse, Paris, Dalloz, 1928; Marc PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, Tome 129, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ; Marie-Eve ROUJOU DE BOUBÉE, préc., note 780, not. p. 60, 66, 209, 211 et suiv. Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN et Suzanne CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4. éd, coll. Traité de droit civil, Paris, LGDJ, Lextenso, 2013, par. 442 et 443, p. 442-445. Il est également connu en droit civil québécois : Mariève LACROIX, « La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile — analyse comparée des systèmes germanique, canadien et québécois », (2013) 59-2 *Revue de droit de McGill* 425-474, part. aux p. 463 et suiv. Mariève LACROIX, « Le fait générateur de responsabilité civile extracontractuelle personnelle : continuum de l'illicéité à la faute simple, au regard de l'article 1457 C.c.Q. », (2012) 46-1 *R.J.T* 25-54; Manon MONTPETIT, « Le concept de faute dans son rapport avec l'illicite », dans *L'atteinte illicite : repenser le droit de la responsabilité en fonction de ses sources*, Éditions Yvon Blais, 2015. Apparaissant d'un usage plus répandu en France et au Québec, il sera privilégié pour cette étude.

Par ailleurs, le terme « illicite » existe également et apparaît comme un synonyme d'illicéité : ACADEMIE FRANÇAISE, préc., note 4, v° « Illicite ».

¹⁶⁰⁰ M. LACAZE, préc., note 805, par. 76, p. 61-62; G. RABUT-BONALDI, préc., note 1599, par. 269, p. 191-192; J. WALTHER, préc., note 1599, p. 10. Sont également utilisées les expressions suivantes : « contradiction entre l'acte ou l'omission et le droit », « contrariété au droit dans son intégralité » et « constatation objective de l'incompatibilité d'un comportement avec les normes » : respectivement, *Id.*, p. 45, 50 et 52.

¹⁶⁰¹ J. WALTHER, préc., note 1599, p. 13. On trouve également la définition suivante : « la violation d'un devoir ou la transgression d'une norme imposée par le droit » : G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, préc., note 1599, par. 442-443, p. 442-445.

¹⁶⁰² Dr. fr. : C. BLOCH, préc., note 1286, par. 251, 252 et 254-1, p. 268-271, 271-274 et 277-278; R. CAPITANT, préc., note 1599, p. 55, 97 et 102-103; M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, préc., note 780, p. 239. Pour certains auteurs, il s'agit encore plus précisément de règles de conduites impératives et catégoriques : R. CAPITANT, préc., note 1599, p. 89 et 97-98. L'impératif catégorique prescrit le moyen de parvenir à un but mais également le but à atteindre alors que l'impératif conditionnel prescrit le moyen mais non le but à atteindre (*Id.*, p. 14). Il ne s'agit pas ici de nier l'existence de règles de droit qui ne soient pas impératives mais simplement de considérer que la violation d'une règle de droit n'est possible que si la conduite à tenir était impérative pour le sujet à qui elle s'adresse : C. BLOCH, préc., note 1286, par. 254-2, p. 278-279. Pour d'autres, l'illicéité peut également s'étudier dans le cadre d'impératifs conditionnels : M. PUECH, préc., note 1599, p. 22-23. Dr. québ. : M. LACROIX, préc., note 1599, aux p. 458-459; M. LACROIX, préc., note 1599, aux p. 32-34, 41, 43; M. MONTPETIT, préc., note 1599. En ce sens, la sanction et l'illicéité sont deux éléments juridiques distincts. La sanction n'est pas le critère du caractère impératif de la norme de comportement ni la condition de son existence mais sa conséquence, contra : Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., traduit par Henri THEVENAZ, coll. Etre et penser, Cahiers de philosophie, Boudry-Neuchâtel (Suisse), Editions de la Baconnière, 1988, p. 71-73 et 83. René Capitant définit la sanction d'un impératif comme « un événement déterminé par la violation de cet impératif » et cite en exemple « l'intervention des organes publics en vue de l'application d'une peine au cas de violation de la règle » : R. CAPITANT, préc., note 1599, p. 50-51. Le rôle de la sanction est de renforcer l'efficacité de la règle en provoquant son obéissance et peut avoir pour but de punir l'auteur de l'acte illicite ou de réparer les conséquences de l'illicéité : *Id.*, p. 51-53. La sanction apparaît donc comme un impératif conditionnel (*Id.*, p. 51). Ainsi, la

fixée dans un texte de toute nature – distinguant alors l’illicéité de l’illégalité¹⁶⁰³ – ou déterminée et appréciée par le juge selon des standards¹⁶⁰⁴ comme ceux de la personne raisonnable placée dans des circonstances semblables¹⁶⁰⁵, l’ordre public, ou les bonnes mœurs¹⁶⁰⁶. À partir de sa définition générale, l’illicéité peut être scindée en deux éléments.

302. *Distinction entre illicéité formelle et illicéité matérielle.* La notion d’illicéité peut être décomposée en deux éléments : l’un formel et l’autre matériel. L’illicéité formelle correspond à la violation de la norme de comportement (la contrariété formelle au droit), tandis que l’illicéité matérielle est l’atteinte à un bien juridique, c’est-à-dire la lésion ou la mise en péril de ce bien (contrariété matérielle au droit)¹⁶⁰⁷. Plus spécifiquement en droit pénal, cela se traduit d’un point de vue technique par le constat de l’absence de faits justificatifs, quant à l’illicéité formelle¹⁶⁰⁸, et par la vérification de la réalité de l’atteinte

sanction et l’acte illicite sont distincts, l’existence d’une sanction n’est ni critère de juridicité de la règle, ni celui de l’illicéité de sa violation : *Id.*, p. 92-93. C. BLOCH, préc., note 1286, par. 252 et 254-1, p. 271-274 et 277-278. Cette conception distincte de l’illicéité et de la sanction correspond davantage au droit positif et sera donc privilégiée. Il existe en effet des règles de droit impératives sans sanction et des sanctions (au sens de mesure juridique défavorable mise à la charge d’une personne en réponse à un événement) sans illicéité (par ex., les régimes de responsabilité civile « objective » qui impose la réparation d’un dommage sans qu’il ne soit nécessaire de constater la violation, même objective, d’une norme de comportement) : *Id.*, par. 254-1 et 276 et suiv., p. 277-278 et 316 et suiv. Cette distinction de l’illicéité et de la sanction permet, selon une idée identique, de concevoir séparément le fondement de la répression – l’illicéité – de sa conséquence – la mesure privative ou restrictive de droit, dont l’existence n’est pas le critère de qualification de l’illicéité, pas plus que ne l’est la sanction.

¹⁶⁰³ À ce titre, il convient de préciser que l’illicéité et l’illégalité doivent être distinguées. L’illégalité désigne dans un sens générique et strict, ce qui est contraire à la loi, au sens formel : G. CORNU (dir.), préc., note 38, v° « Illégalité », 1, p. 518. Dans un sens plus large l’illégalité est parfois aussi comprise comme une contrariété au droit objectif : *Id.*, 1, p. 518. Afin d’éviter toute confusion possible avec les différentes conceptions de l’illégalité, le terme d’illicéité est préféré dans cette étude parce qu’il désigne plus généralement la violation de la règle de droit établissant une norme de comportement, qu’elle soit formulée dans un texte – loi, décret ou arrêté par exemple – ou qu’elle soit relative à des standards.

¹⁶⁰⁴ La notion d’illicéité ne doit pas non plus être confondue avec l’exigence constitutionnelle de légalité des incriminations et des peines. Le principe de légalité est une garantie au profit du justiciable, lequel ne peut être poursuivi et puni pour un comportement dont la réprobation pénale n’avait pas déjà été formulée dans un texte (en principe une loi) en des termes suffisamment clairs et précis. Or, la définition même de l’illicéité indique que la violation d’une norme comportementale ne nécessite pas la formulation de la norme dans un texte pour être caractérisée.

¹⁶⁰⁵ C. BLOCH, préc., note 1286, par. 262-23, p. 286-289.

¹⁶⁰⁶ G. CORNU (dir.), préc., note 38, v° « Illicéité », sens général, 2 et 3, p. 519.

¹⁶⁰⁷ Selon la théorie développée par l’auteur allemand Franz von Liszt : M. LACAZE, préc., note 805, par. 76, p. 191-192; G. RABUT-BONALDI, préc., note 1599, par. 271, p. 193-194; J. WALTHER, préc., note 1599, p. 44-45 et 76-78.

¹⁶⁰⁸ Plus précisément, l’illicéité négative formelle renvoie à l’absence de fait justificatif légal alors que l’illicéité négative matérielle considère l’absence de fait justificatif en dehors des hypothèses légales : M. LACAZE, préc., note 805, par. 552, 553 et 579, p. 352-353 et 365-366.

au bien juridique, par une lésion ou une mise en danger, quant à l'illicéité matérielle¹⁶⁰⁹. Les déclinaisons techniques pénales de l'illicéité sont encore peu connues et adoptées en France. Elles concernent principalement l'aspect formel négatif de l'illicéité, par la proposition de l'ajout d'un élément injuste à l'infraction consistant en l'absence de fait justificatif,¹⁶¹⁰ mais également plus ponctuellement l'aspect matériel positif de l'illicéité par l'exigence d'une atteinte à un intérêt protégé par l'infraction¹⁶¹¹. En droit civil, la nécessité d'une atteinte à un bien juridique protégé par une norme ne trouve pas sa place, en raison de la conception absolue de la faute civile française qui s'oppose à la relativité aquilienne de la faute civile allemande¹⁶¹². En revanche, les faits justificatifs trouvent à s'appliquer et ôtent à la violation de la norme comportementale son caractère illicite¹⁶¹³.

Droit pénal et droit civil français ont ainsi une définition générale et formelle commune de l'illicéité, comprise comme violation non justifiée d'une norme comportementale. Cela fait de l'illicéité formelle un élément intéressant pour établir le fondement de la répression. Quant à l'illicéité matérielle, sa traduction pénale singulière conduit à en faire un élément de légitimité de la répression pénale¹⁶¹⁴. Cette exigence

¹⁶⁰⁹ La réalité de cette atteinte peut être analysée à deux niveaux : d'un point de vue législatif abstrait et d'un point de vue judiciaire concret. Dans le premier cas, le Conseil constitutionnel contrôle la nécessité de l'incrimination pénale en vérifiant que le comportement sanctionné est susceptible de porter atteinte à un bien juridique. Dans le second cas, le juge vérifie dans une situation concrète si le comportement formellement illicite a effectivement bien mis en danger ou lésé le bien juridique protégé (des circonstances particulières peuvent montrer que malgré un comportement illicite, le bien juridique n'a jamais été mis en péril) : *Id.*, par. 589, p. 371-372.

¹⁶¹⁰ René GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3^e éd., t. 1^{er}, Paris, Sirey, 1913, p. 214; Yves MAYAUD, « Ratio legis et incrimination », *RSC* 1983.1.597-621, par. 29 et suiv., aux p. 613 et suiv.; X. PIN, préc., note 58, par. 232, p. 240; Xavier PIN, « L'infraction juste », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, Paris, LexisNexis, 2012, aux p. 585 et suiv.; M.-L. RASSAT, préc., note 58, par. 358, p. 384; J.-H. ROBERT, préc., note 725, p. 250-251; Georges VIDAL et Joseph MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 9^e éd., t. 1, Paris, Rousseau & cie, 1947, par. 63.

¹⁶¹¹ M. LACAZE, préc., note 805, par. 589 et suiv., p. 371 et suiv. X. PIN, préc., note 58, par. 232, p. 240; G. RABUT-BONALDI, préc., note 1599, par. 271 et suiv. p. 193 et suiv. J.-H. ROBERT, préc., note 725, p. 224 et suiv.; J. WALTHER, préc., note 1599, p. 76 et suiv.

¹⁶¹² Dr. fr. : G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, préc., note 1599, par. 441, p. 438-442; G. RABUT-BONALDI, préc., note 1599, par. 400, p. 288-290. Dr. québ. : M. LACROIX, préc., note 1599.

¹⁶¹³ Dr. fr. : G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, préc., note 1599, par. 556, p. 644. Dr. québ. : J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 799, par. 1-201 et suiv.

¹⁶¹⁴ Dans une conception axiologique du droit pénal, l'atteinte à un bien juridique est une condition de légitimité de l'incrimination pénale d'un comportement et de sa sanction : M. LACAZE, préc., note 805, par. 589, p. 371-372. Cette légitimation de l'incrimination par la protection d'un bien juridique relève d'une conception de l'infraction tournée vers la préservation des biens juridiques, en opposition à une conception normativiste ou autopoïétique du droit pénal qui voit en l'infraction la violation de la règle pénale formelle indépendamment de la norme matérielle qu'elle contient : *Id.*, par. 551 et 589, p. 351 et 371-372. La présente étude propose de distinguer entre l'existence (formelle) de la condition d'illicéité matérielle et sa consistance (matérielle). La présence d'un bien protégé, même simplement, largement et abstraitement défini, qui justifie aux yeux du législateur la prise en charge juridique d'un comportement ou d'un état,

d'illicéité matérielle comme atteinte au bien juridique, par lésion ou mise en danger, n'est pas inconnue du droit positif,¹⁶¹⁵ mais fait l'objet d'une traduction et d'une application souple, puisque sont incriminés et sanctionnés des comportements dont l'illicéité matérielle n'est pas évidente¹⁶¹⁶. En effet, il faut observer que le droit positif n'est pas construit sur une adhésion parfaite à cette idée et les incriminations pénales protègent parfois les intérêts de façon si précoce que le danger identifié par le législateur est conçu de façon abstraite et lointaine. De plus, cette étude ne propose pas d'analyser la légitimité du recours à la répression. En conséquence, seule la conception formelle de l'illicéité peut servir à définir la cause de la répression, c'est-à-dire l'évènement qui engendre la réaction répressive.

303. *Le comportement ou l'état illicite comme fondement classique de la répression.*

La violation de la règle de droit est une condition qui n'est ni singulière ni suffisante à la qualification de la répression, mais elle en est une condition nécessaire¹⁶¹⁷. La répression est classiquement une réaction juridique punitive à un comportement ou à un état illicite. Le droit pénal étant le modèle originel de la répression, cette dernière désigne en premier lieu la réaction juridique à la réalisation d'une infraction, c'est-à-dire à un comportement ou un état pénalement incriminé et sanctionné au moyen d'une peine. L'utilisation du terme répression pour désigner les formes administratives de sanction puis certaines formes civiles et disciplinaires, en a élargi le sens¹⁶¹⁸. Il désigne alors plus largement une

satisfait à l'exigence d'illicéité matérielle sur le plan de la définition de la répression. La question de sa consistance, à savoir si la protection se réalise de manière trop abstraite et lointaine qu'il en devient difficile de considérer que le comportement ou l'état juridiquement pris en charge menace réellement le bien juridique, concerne plutôt la question de la légitimité de la répression et ne peut être examiné que dans un second temps relativement aux éléments de régime de la répression en se demandant à quelles conditions la répression peut être mise en œuvre. La question de la légitimité de la répression n'est pas abordée dans cette étude.

¹⁶¹⁵ En France, l'atteinte à un bien juridique protégé pourrait constituer une exigence constitutionnelle pour la définition des incriminations pénales en vertu des articles 5 et 8 de la DDHC, lesquels disposent respectivement que la « Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société [...] » et qu'elle « ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires [...] » : M. LACAZE, préc., note 805, par. 219, p. 127. En droit canadien, la nécessité d'un objet de droit criminel pour l'exercice de la compétence fédérale criminelle pourrait permettre d'imposer la vérification de l'atteinte au bien juridique. Sur la définition de l'objet de droit criminel comme condition à l'exercice de la compétence fédérale en matière pénale, voir entre autres : *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, [2010] 3 R.C.S. 457 (CSC), par. 41.

¹⁶¹⁶ *Infra*, par. 338 et suiv.

¹⁶¹⁷ *Supra*, par. 284.

¹⁶¹⁸ Cet élargissement est plus évident et prégnant en droit français où la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la CEDH y a contribué activement : *supra*, par. 123 et suiv. En droit canadien, le droit positif est moins révélateur en raison du refus de la Cour suprême de reconnaître la qualification de véritable

réaction juridique punitive aux infractions pénales ou aux manquements administratifs, civils ou disciplinaires. La cause de la réaction est ainsi la violation de la règle administrative, civile ou disciplinaire. Il est question, dans tous les cas, de punir la violation d'une norme comportementale, indépendamment de la matière qui dicte la règle et en assure la sanction. La cause de la répression, entendue comme synonyme de punition, consiste alors habituellement en un comportement ou un état illicite.

En partant de l'identification initiale de la répression au processus pénal d'infliction des peines, il est possible de proposer une définition substantielle de l'illicéité, qui conduit finalement à en élargir le sens classique.

B. La proposition d'une définition substantielle de l'illicéité

304. *L'illicéité comme comportement ou état dangereux.* La répression peut être définie de manière uniforme comme une réaction juridique à un comportement ou à un état dangereux ou socialement nuisible, c'est-à-dire un comportement ou un état qui met en danger, qui menace, qui peut causer du tort ou nuire à la société¹⁶¹⁹. Communément, la réaction répressive est conçue comme une réaction punitive, l'infliction d'une sanction, prise en conséquence de la violation d'une règle de droit déterminant un comportement¹⁶²⁰. La répression est donc classiquement fondée sur un manquement, parfois considéré de façon purement objective et matérielle. La dangerosité de l'état ou du comportement, est alors juridiquement saisie dans les termes de l'incrimination pénale ou extra-pénale parce que le comportement est supposé constituer une atteinte ou un risque d'atteinte à un bien juridique protégé, plus ou moins défini (vie et intégrité des

conséquence pénale à certains mesures extra-pénales. Néanmoins, plusieurs facteurs confirment la possibilité d'une conception large de la répression en droit canadien, englobant alors certaines mesures extra-pénales. Premièrement la Cour suprême a bien admis la possibilité théorique que soient reconnues des procédures criminelles par nature et de véritables conséquences pénales en dehors du seul droit pénal : *supra*, par. 169 et suiv. Deuxièmement, la fonction punitive des dommages-intérêts exemplaires ou dommages-intérêts punitifs a été affirmée par la Cour suprême : *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, préc., note 686, par. 63; *de Montigny c. Brossard (Succession)*, préc., note 757, par. 51-53.

¹⁶¹⁹ Afin de ne pas alourdir le texte, et sauf précision contraire, le mot dangereux sera par la suite utilisé dans un sens large incluant les deux idées qu'il sous-tend, de danger d'une part et de nuisance d'autre part : CENTRE NATIONAL DE RESSOURCES TEXTUELLES ET LEXICALES, préc., note 5, v° « Dangereux », B, 1 et 2.

¹⁶²⁰ À cet élément s'ajoute généralement en droit français un élément relatif au quantum de la mesure : *Supra*, par. 132, 139, 141 et 144. La violation de la règle de droit comportementale apparaît donc comme un fondement nécessaire pour caractériser une sanction punitive mais elle est insuffisante. En effet, il s'agit du fondement des sanctions en général : D. LASZLO-FENOUILLET et C. CHAINAIS, préc., note 51, par. 11 et 13, aux p. XXI et XXII-XXIII. D'autres auteurs relèvent cette conception possible de la sanction : F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 48, p. 225. En droit canadien, la jurisprudence ne se contente pas non plus de constater de la violation d'une norme juridique comportementale comme fondement d'une mesure juridique attentatoire aux droits et libertés pour qualifier cette mesure de véritable conséquence pénale puisqu'elle a déjà manifesté son refus de qualifier ainsi une sanction administrative pécuniaires prise en conséquence d'un manquements aux lois et règlements : *Guindon c. Canada*, préc., note 151.

personnes, intégrité des biens, intérêts financiers de l'État...) ou qu'il est considéré, plus largement, comme socialement nuisible. La dangerosité est depuis longtemps une composante de la répression pénale classique¹⁶²¹. Elle est appréhendée par des comportements directement attentatoires aux valeurs pénales, mais également par des comportements qui ne constituent en eux-mêmes que des menaces, parfois lointaines, à leur rencontre¹⁶²². La dangerosité peut ainsi caractériser l'illicéité et l'illicéité peut révéler la dangerosité¹⁶²³. Cette définition substantielle de l'illicéité convient également aux formes extra-pénales de punition telles qu'elles sont identifiées en jurisprudence. Les illicéités civiles, administratives ou disciplinaires définissent des comportements ou états dangereux ou plus généralement nuisibles¹⁶²⁴. De manière générale, un comportement ou un état ne fait l'objet d'une interdiction que parce qu'il est susceptible de causer du tort aux individus ou au bon fonctionnement d'une société¹⁶²⁵.

Est habituellement appelé illicite ce que le législateur désigne formellement comme étant interdit (implicitement ou explicitement). À côté des hypothèses d'illicéité

¹⁶²¹ « Dès lors, et parce qu'il est ainsi, préventif par nature, le droit pénal ne sanctionne des comportements que dans la mesure où ils sont dangereux. [...] ouvrez le Code pénal, à n'importe quel endroit vous y rencontrerez toujours un cas de dangerosité... » : Philippe CONTE, « Dangerosité et droit pénal », dans Christiane DE BEAUREPAIRE, Michel BENEZECH et Christian KOTTLER (dir.), *Les dangerosités, de la criminologie à la psychopathologie, entre justice et psychiatrie*, Paris, John Libbey Eurotext, 2004, p. 71-75, aux p. 72-73.

¹⁶²² Dr. fr. : la mise en danger délibérée d'autrui (art. 223-1 C. pén.), la participation à un groupe de combat (art. 431-14 C. pén.), la participation à une association de malfaiteurs (art. 421-2-1 C. pén. en matière de terrorisme et art. 450-1 C. pén. pour l'infraction générale). Selon les professeurs Roger MERLE et André VITU, les comportements érigés en infractions pénales parce qu'ils constituent « l'une des premières manifestations d'un projet criminel plus étendu » ou parce qu'ils sont considérés comme des « modes de vie » ou des « pratiques criminogènes ou dangereuses », sont appelés « *délits obstacles* pour bien marquer que la répression intervient ici à titre préventif » : R. MERLE et A. VITU, préc., note 48, par. 480, p. 606-607. Voir égal. : E. DREYER, préc., note 58, par. 1365, p. 1073-1074. Dr. can. : diverses infractions relatives à la possession d'arme comme la possession dans un dessein dangereux pour la paix publique (art. 88 C.cr.), la possession dans une assemblée publique (art. 89 C.cr.) et le port d'arme dissimulé (art. 90 C.cr.).

¹⁶²³ En ce sens : J. ALIX, préc., note 1592, à la p. 50 : « La dangerosité est au cœur du droit pénal. Elle l'a toujours été. Le droit pénal a, par définition, vocation à réagir aux comportements dangereux et à répondre aux individus dont la dangerosité s'est révélée par la commission d'une infraction. » ; S. DELATTRE, préc., note 63, par. 11, p. 32-33, à propos du glissement de la fonction préventive des peines à la rationalité préventive de certaines peines : « L'infraction commise devient un indice, parmi d'autres, de la dangerosité du délinquant [...] » (la même idée est aussi exprimée au par. 25, p. 40) et par. 22, p. 38-39, expliquant que le droit pénal classique appréhende la question de la dangerosité « dans celle de culpabilité » ; C. MANDON, préc., note 59, par. 481, p. 557-558 :

« [...] toute sanction, qu'elle soit pénale ou extra-pénale, répond à des considérations tenant [...] à la dangerosité, en ce que la commission d'un acte a révélé le « *potentiel de nuisance* » de l'individu, autrement dit son inclination et sa propension à s'écarter sensiblement de la norme et en cela, à porter atteinte à une forme d'organisation, que celle-ci soit sociétale ou autre ».

¹⁶²⁴ *Supra*, par. 111 et suiv.

¹⁶²⁵ Art. 5 DDHC : « La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. »

formelle décrivant un comportement ou l'état dangereux interdit, les législateurs français et canadien prévoient aussi des possibilités d'encadrer des comportements ou des états dangereux, sans recourir à la méthode de l'incrimination pénale ou extra-pénale. En ce sens, l'illicéité peut non seulement être formelle, mais aussi non-formelle. L'illicéité non-formelle est une illicéité en ce que le législateur désigne un comportement ou un état comme étant dangereux ou nuisible, mais ne le qualifie pas (ni implicitement ni explicitement) formellement d'illicéité. Le comportement ou l'état a ainsi la substance de l'illicéité, caractérisée par sa dangerosité ou son caractère nuisible, mais n'en a pas la forme, l'étiquette légale de comportement interdit. L'illicéité, définie comme un comportement ou un état dangereux ou socialement nuisible est ainsi formelle ou non-formelle.

L'illicéité, formelle ou non-formelle, est distincte de la notion de faute.

II. Le rejet de la faute comme cause de réaction répressive

305. *Distinction entre l'illicéité et la faute.* L'illicéité et la faute sont deux notions qu'il faut distinguer. En droit français comme en droit canadien (plus précisément en droit québécois s'agissant du droit civil), l'établissement de la responsabilité pénale ou civile fait le plus souvent appelle à la notion de faute, qu'elle soit prise dans une acception objective ou subjective, qu'elle soit intentionnelle ou de négligence¹⁶²⁶. La faute objective désigne la faute de la responsabilité civile française, dénuée de son élément subjectif d'imputabilité, constituée de la seule violation de la norme comportementale. Ainsi, la faute civile contient en elle l'illicéité¹⁶²⁷. Il serait donc possible de ne pas distinguer faute et illicéité et d'utiliser la notion peut être plus connue de faute objective pour désigner la contrariété d'un comportement à la norme de conduite préexistante, sans avoir besoin de recourir à la notion d'illicéité. Cependant, il y a un risque de confusion dès lors qu'existe une grande diversité des acceptions de la notion de faute dans le champ de la répression telle qu'appréhendée par le droit positif processus d'infliction d'une punition. La faute est dite objective en droit civil français et est comprise comme la contrariété à une norme de comportement, indifféremment intentionnelle ou de négligence et sans condition d'imputabilité. À la fois objective et subjective en droit civil québécois, elle est la

¹⁶²⁶ C. DUBOIS, préc., note 707, p. 250 et suiv.

¹⁶²⁷ Dr. fr. : C. BLOCH, préc., note 1286, par. 259 et suiv., p. 282 et suiv.; Gabriel MARTY, « Illicéité et responsabilité », dans *Études offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Librairie Dalloz, 1964, à la p. 344; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, préc., note 1599, par. 443, p. 443-445; J. WALTHER, préc., note 1599, p. 14. Dr. québ. : M. LACROIX, préc., note 1599, aux p. 451 et suiv.

violation de la norme de comportement imputable à son auteur discernant¹⁶²⁸. En droit pénal, français¹⁶²⁹ et canadien¹⁶³⁰, la faute correspond à l'élément moral du comportement infractionnel, exigeant une intention ou constatant une négligence¹⁶³¹ dans la réalisation des éléments matériels de l'incrimination¹⁶³². La doctrine française y ajoute parfois l'imputabilité de l'agent¹⁶³³. L'illicéité entretient donc des rapports très proches avec la faute, jusqu'à l'incorporation de l'une dans l'autre en droit civil français, où la faute est dite objective (même si elle comprend une dimension subjective toutes les fois où la norme de comportement violée suppose au moins un état d'esprit négligent)¹⁶³⁴. L'illicéité est un élément de la faute en droit civil québécois et la faute est subjective eu égard à sa composante d'imputabilité. En droit pénal, les rapports sont autres; la faute est un élément subjectif qui relève de la description de l'aspect mental du comportement prohibé, sur lequel porte l'appréciation de la licéité¹⁶³⁵. Le « manquement » administratif qui est la cause de la sanction administrative qualifiée de sanction ayant le caractère de

¹⁶²⁸ Art. 1457 C.c.Q.; M. LACROIX, préc., note 1599, aux p. 451 et suiv.

¹⁶²⁹ B. BOULOC, préc., note 35, par. 274 et suiv., p. 261 et suiv. (réservant toutefois plus spécialement l'expression « faute pénale » à l'élément moral des seules infractions non-intentionnelles : p. 272 et suiv.); P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 58, par. 376 et suiv., p. 203 et suiv.; O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 233, par. 383 et suiv., p. 208 et suiv.; X. PIN, préc., note 58, par. 203 et suiv., p. 210 et suiv.

¹⁶³⁰ Également appelée *mens rea* en droit canadien : Hugues PARENT, *Traité de droit criminel*, t. 2 « La culpabilité », 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018, par. 3, p. 5-6. De manière générale, voir : G. COTE-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, préc., note 307, part. II, titre II - L'élément mental; H. PARENT, préc., cette note, ch. 4 à 7; Marie-Pierre ROBERT, « Élément mental de l'infraction : mens rea subjective », dans JurisClasseur Québec, coll. Droit pénal, *Droit pénal général*, fasc. 3, Montréal, LexisNexis Canada; Marie-Eve SYLVESTRE et Manon LAPOINTE, « Élément mental de l'infraction : mens rea objective », dans JurisClasseur Québec, coll. Droit pénal, *Droit pénal général*, fasc. 4, Montréal, LexisNexis Canada.

¹⁶³¹ En droit canadien, la négligence est alors appelée *mens rea* objective ou faute objective, en opposition aux formes subjectives d'élément moral : G. COTE-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, préc., note 307, part. II, titre II, sous-titre II : La faute objective; H. PARENT, préc., note 1630, part. 2 : La faute objective; M.-E. SYLVESTRE et M. LAPOINTE, préc., note 1630. Il est alors important de ne pas faire la confusion avec la faute objective du droit civil français qui ne renvoie pas à la même idée.

¹⁶³² Il existe plus précisément divers degrés et formes de fautes allant de l'intention, pour la plus grave, à la négligence, pour la plus légère. Pour une présentation de diverses formes que peut prendre l'élément moral, voir les références citées note 1629 pour le droit français, et note 1630 pour le droit canadien. Voir égal. en dr. can. : Anne-Marie BOISVERT et André JODOUIN, « De l'intention à l'incurie : le déclin de la culpabilité morale en droit pénal canadien », (2015) 32-3 *R.G.D.* 759-795.

¹⁶³³ Par ex. : P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 58, par. 349 et 351, p. 186-187 et 188; O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 233, par. 369, p. 200.

¹⁶³⁴ Plus précisément, la faute civile pourrait être perçue comme étant l'équivalent de « l'injuste » pénal de la théorie allemande de l'infraction, c'est-à-dire la réunion de la typicité (la correspondance entre les agissements de l'agent et les éléments du texte d'incrimination) et de l'illicéité (la contrariété au droit) alors que la faute pénale, au sens d'élément moral de l'infraction, se trouve au sein de la typicité dans la théorie de l'infraction pénale allemande : J. WALTHER, préc., note 1599, p. 8-11.

¹⁶³⁵ Ainsi, la faute fait partie de l'élément moral de l'infraction en droit pénal français, ce qui correspond peu ou prou à l'aspect subjectif de la typicité en droit pénal allemand. L'analyse de la contrariété au droit s'opère dans un second temps comme un regard normatif sur le comportement, après la vérification de la correspondance du comportement dans ses aspects objectifs et subjectifs aux éléments constitutifs de l'infraction : *Id.*

punition renvoie également à l'idée de contrariété du comportement de l'administré avec la règle de droit administrative. Néanmoins, à la différence du droit pénal où la notion de faute est très prégnante, le manquement administratif apparaît plus neutre sur le plan moral. En effet, les incriminations administratives ne comportent pas nécessairement d'élément de culpabilité et peuvent ainsi être sanctionnées au regard de la simple survenance matérielle des faits, à l'instar des anciens délits matériels du droit pénal¹⁶³⁶. Pour autant, les processus d'infliction des sanctions administratives n'en sont pas moins considérés comme répressifs. Recouvrant des significations diverses et entretenant des rapports variables avec l'illicéité selon les branches du droit envisagées dans cette étude, la faute doit être distinguée de l'illicéité aux fins d'établissement d'une notion unifiée de répression. Dans sa dimension morale pénale classique, la faute est de surcroît inadaptée pour établir le fondement d'une notion unifiée de répression. Ainsi, la conception unifiée de la répression conduit aussi à écarter la faute comme cause de la répression.

306. *Rejet de la faute comme cause de la répression.* La faute, comprise en sa dimension morale de culpabilité ou d'imputabilité doit être rejetée comme fondement de la répression. Pour commencer, la culpabilité n'est pas une condition générale de la répression comprise comme peine ou punition¹⁶³⁷. Le droit pénal connaît lui-même, dans une proportion variable dans le temps, des infractions sans élément moral, c'est-à-dire sans exigence d'une intention ou d'une négligence, pour lesquelles seule compte la matérialité du comportement. Bien que les délits matériels aient été supprimés en droit français¹⁶³⁸, l'élément moral de la majorité des contraventions est, selon les auteurs, inexistant, indifférent à la qualification de l'infraction¹⁶³⁹, ou encore présumé¹⁶⁴⁰. En droit canadien, il existe des infractions pénales de responsabilité absolue, pour lesquelles il

¹⁶³⁶ L'absence de discernement permet en revanche d'écarter la responsabilité : Cons. d'Ét., 2 juill. 1980, *Pruvot*, Rec. Cons. d'Ét., p. 297 (procédure disciplinaire de licenciement contre un employé d'hôpital atteint d'une maladie mentale); G. DELLIS, préc., note 36, par. 384, p. 274-275.

¹⁶³⁷ Pour rappel, la culpabilité connaît une double signification en droit pénal français. Elle peut être synonyme de responsabilité pénale. En ce sens, une personne est déclarée coupable lorsqu'elle est condamnée pour la commission d'une infraction. Elle est aussi synonyme de faute, comme composante de l'élément moral de l'infraction : O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 233, par. 383, p. 208.

¹⁶³⁸ Les délits étaient constitués par la seule constatation de la réalisation matérielle des faits incriminés. Ils ont été supprimés par la *Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur*, J.O. 23 déc. 1992, p. 17568, art. 339. Cet article prévoit que les délits non-intentionnels dont l'élément moral n'est pas explicitement prévu par le texte d'incrimination sont établis en cas d'imprudence, négligence ou mise en danger délibérée d'autrui.

¹⁶³⁹ B. BOULOC, préc., note 35, par. 304, p. 283-284.

¹⁶⁴⁰ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 58, par. 387, p. 209-210; X. PIN, préc., note 58, par. 224, p. 232-233.

n'est pas possible de faire la preuve d'une diligence raisonnable. L'infraction est constituée bien que le défendeur puisse faire la preuve d'un comportement parfaitement diligent¹⁶⁴¹, et donc non fautif. De plus, en droit français, l'élément moral exprimé comme intention ou négligence ne fait pas toujours partie des éléments constitutifs des manquements administratifs qui ont pour conséquence des sanctions administratives qualifiées de sanctions punitives¹⁶⁴². Désigner la faute morale coupable comme fondement de la répression aurait pour conséquence d'exclure certaines infractions pénales et certains manquements administratifs ainsi que les sanctions qui les accompagnent de la notion de répression en dépit de leur nature punitive reconnue sans difficulté par le droit positif, à contre-courant des objectifs de la définition d'une notion unifiée de répression¹⁶⁴³. Ensuite, la dimension d'imputabilité de la faute doit également être écartée comme fondement de la répression. Bien que l'imputabilité demeure une condition de la punition dans les hypothèses pour lesquelles la faute n'est pas requise¹⁶⁴⁴, elle n'est pas non plus universelle. Par exemple, elle ne peut pas être une condition de la responsabilité pénale des personnes morales qui ne sont pas, par nature, imputables¹⁶⁴⁵. Enfin, l'admission de l'imputabilité comme fondement juridique de la réaction répressive enlèverait à la définition unifiée de la répression une partie de l'intérêt qui la porte quant à la protection des droits et libertés des justiciables contre la contrainte étatique. Cela aurait en effet pour conséquence de rejeter en dehors du champ de la répression les mesures pénales ou extra-pénales de contrainte prises contre les personnes non-discernantes malgré la proximité matérielle de leurs comportements et des conséquences juridiques qu'ils entraînent par rapport aux infractions et de laisser les personnes dénuées

¹⁶⁴¹ La faute n'est donc pas un élément constitutif de l'infraction : *R. c. Sault Ste. Marie*, préc., note 808, 1310; Rachel GRONDIN, « Classification des infractions », dans *JurisClasseur Québec*, coll. Droit pénal, Droit pénal général, fasc. 5, Montréal, LexisNexis Canada, par. 30 (La référence).

¹⁶⁴² Par exemple, une contravention de grande voirie peut être constituée indépendamment de tout élément moral, la démonstration de l'absence de faute ou de la bonne foi étant sans effet : *Cons. d'Ét.*, 20 juin 1962, *Houillères du bassin de la Loire*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 407. M. DEGOFFE, préc., note 56, par. 301, p. 177, qui explique que de façon générale, en droit répressif non-pénal, l'intention « importe peu » et que la non-intention « incline le juge à la clémence »; G. DELLIS, préc., note 36, par. 372-376, p. 268-271; M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, préc., note 1, p. 57.

¹⁶⁴³ La faute, dans sa double dimension de culpabilité et d'imputabilité est un fondement philosophique indéniable de la répression pénale. Elle fait à ce titre l'objet d'une reconnaissance constitutionnelle tant en droit français qu'en droit canadien. Néanmoins, son exigence n'est pas absolue. L'étude de ces exigences trouve sa place dans les questions relative à la légitimité des mécanismes répressifs. Sans être écartées de la réflexion quant au régime de la répression, elles sont mises de côté pour sa définition.

¹⁶⁴⁴ L'exigence de discernement pour l'établissement d'une responsabilité pénale est générale en France et au Canada, et les infractions constituées indépendamment d'un élément moral n'y font pas exception : art. 122-1 C. pén. et art. 16 C.cr.

¹⁶⁴⁵ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 58, par. 369, p. 197-198; M. LACAZE, préc., note 805, par. 673, p. 423-424.

de discernement, au moment des faits, dans une situation de protection constitutionnelle moindre de celle d'une personne discernante alors que les conséquences de leurs faits pourraient justifier une protection équivalente. Ainsi, la faute subjective, comprise comme élément moral accompagnant la réalisation matérielle du comportement contraire au droit, ou comme élément d'imputabilité, ne peut pas être retenue comme fondement de la répression¹⁶⁴⁶. Finalement, l'illicéité apparaît comme le seul dénominateur commun des répressions, admises comme telles en jurisprudence par le biais des notions de peine et de punition. Il est également, au-delà des apparences, le fondement de certaines mesures attentatoires aux droits et libertés des justiciables non conditionnées par une faute ou l'imputabilité de leur sujet, dont certaines ont pu être assimilées aux peines et punitions par le biais de leur régime. L'illicéité peut donc, à double titre, fonder la répression. Il faut en revanche préciser, au regard du développement de ses liens avec la faute, que c'est une illicéité dénuée d'exigence de culpabilité qu'il faut retenir comme fondement de la répression. Cela ne signifie pas que le comportement contraire au droit qui intègre un élément moral dans sa définition ne puisse pas être qualifié de cause de la réaction répressive, mais seulement qu'il n'est pas nécessaire qu'un tel élément soit prévu dans la définition du comportement. L'illicéité comme cause de la réaction répressive est donc objective et matérielle, elle ne suppose ni faute (culpabilité) ni imputabilité (responsabilité). En ce sens, l'illicéité, formelle ou non-formelle, définie comme cause de la réaction répressive est un élément de distinction entre la notion unifiée de répression et la punition.

La définition élargie de l'illicéité comme comportement ou état dangereux permet d'envisager différentes formes d'illicéités comme causes d'une réaction répressive.

§2. Les formes d'illicéité causes d'une réaction répressive

307. Une réaction à un comportement ou état dangereux. Dans certaines hypothèses de droit positif, dangerosité et illicéité semblent se dissocier, en écartant de ce fait la reconnaissance de la nature répressive des mesures attentatoires aux droits et libertés. Allant contre de ce phénomène de dissociation, la notion unifiée de répression proposée élargit la cause de la répression à tous les comportements ou aux états dangereux, considérant qu'ils sont formellement (le législateur érige un interdit ou une obligation)

¹⁶⁴⁶ *Contra* : A. CHOUVET-LEFRANÇOIS, préc., note 183, par. 6, 441 et 443, p. 4-5 et 386-387. L'auteure n'explique néanmoins pas ce qu'elle entend par « fait fautif » ou « comportement fautif ». Il est donc difficile de conclure à une contrariété réelle ou apparente.

ou substantiellement illicites (le comportement ou l'état n'est pas interdit, mais il est désigné par le législateur et juridiquement encadré). Cette appréhension juridique du danger comme cause de la répression ne résulte pas seulement de l'apparition d'un encadrement particulier de la dangerosité indifférent à la caractérisation d'une illicéité¹⁶⁴⁷. Il est plutôt question de reconnaître le caractère répressif d'un tel contrôle, indépendamment des considérations punitives ou non punitives qui le motivent, eu égard au fait que ce contrôle soit juridiquement appuyé sur des comportements ou états que le droit ne tolère pas en raison du danger ou de la nuisance qu'ils représentent. La notion unifiée de répression permet de dépasser la dualité de prise en charge juridique de la dangerosité fondée sur une dichotomie formelle, en proposant de reconnaître comme cause de la répression toutes les modalités d'illicéité formelle (I) et les modalités d'illicéité non-formelle (II).

I. Les différentes modalités d'illicéité formelle

308. *Illicéité avérée et illicéité supposée.* L'illicéité est un critère très peu discriminant pour déterminer la notion de répression. Il apparaît même particulièrement accueillant en permettant d'envisager la nature répressive de certains mécanismes qui ne sont souvent pas envisagés comme des mécanismes sanctionnateurs. Notamment, dans certaines situations le comportement ou l'état illicite n'est pas encore avéré, mais il est soupçonné et les mesures prises sont une réponse à l'illicéité supposée. La condition d'illicéité conduit donc à envisager tant les situations dans lesquelles l'illicéité est avérée (A) que celles dans lesquelles l'illicéité n'est que supposée (B), pour s'apercevoir qu'il n'y a pas de raison d'exclure cette seconde hypothèse de la définition de la répression.

¹⁶⁴⁷ Plus précisément, les méthodes extra-pénales de contrôle de la dangerosité ont toujours existé. Elles visaient des catégories de population diverses comme les pauvres, les personnes atteintes de troubles mentaux ou encore les étrangers. Cependant, dans ces hypothèses comme dans les cas plus contemporains de personnes administrativement ou pénalement entravées dans leur liberté d'aller et venir en raison de leurs liens plus ou moins ténus avec le terrorisme, la dangerosité ainsi saisie par le droit n'est pas considérée comme répressive en l'absence de la punition de ces personnes pour des faits incriminés : J. G. V. VELLOSO, préc., note 2, aux p. 171-174. La proposition faite au sein de cette étude est de renverser cette idée en considérant ces mécanismes comme des réactions juridiques de nature répressive.

A. La répression fondée sur une illicéité avérée

309. *Illicéité reprochée et illicéité assumée*¹⁶⁴⁸. Selon sa définition unifiée, la répression trouve sa cause dans un comportement ou état dangereux qui s'exprime par la violation d'une norme comportementale. Lorsque cette illicéité est tenue pour acquise par les autorités compétentes et donne lieu à une réaction juridique, diverses voies procédurales ont pu permettre de la traiter¹⁶⁴⁹. En droit français ou en droit canadien, la procédure choisie permet soit de formuler un reproche à l'égard de l'auteur de l'illicéité soit, plus simplement, de lui faire assumer son acte sans assortir la réaction ni d'un jugement moral réprobateur ni d'un jugement juridique. Ainsi, premièrement, les réactions juridiques dont le fondement se trouve dans la violation injustifiée et coupable ou imputable de normes pénales ou extra-pénales, classiquement considérées comme punitives, sont répressives. Un véritable reproche est adressé à l'auteur des faits, par l'entremise d'un processus d'appréciation de ces faits et d'un jugement reconnaissant leur réalité, dont il en est tiré une forme de responsabilité de leur auteur. Deuxièmement et de manière plus originale, les hypothèses de réactions juridiques à des comportements réalisés en violation des normes par des processus n'incluant pas la réprobation juridique et morale des faits, notamment relativement aux éléments traditionnellement associés à la punition, peuvent également être qualifiées de mécanismes répressifs. L'illicéité est alors seulement assumée par l'auteur des faits (certaines mesures alternatives à des poursuites judiciaires par exemple). Dans ces deux cas – répression fondée sur une illicéité reprochée et répression fondée sur une illicéité assumée – c'est la violation de la règle de la norme comportementale qui justifie la réaction juridique. La définition d'une notion unifiée de répression conduit donc à inclure les réactions juridiques fondées tant

¹⁶⁴⁸ La classification des différentes formes possibles de répression n'a pas pour objet de les répartir de manière imperméable et indiscutable. Elle a avant tout une vocation pédagogique, proposer une description ordonnée de l'ensemble des mécanismes qui sont susceptibles d'intégrer la catégorie juridique de répression en raison de leur fondement. Aussi, contrairement aux apparences, elle n'a pas pour but de distinguer les répressions selon des critères formels mais plutôt de montrer qu'au-delà de leur diversité formelle, ces mécanismes sont unis par leur fondement : la violation d'une norme comportementale. Le recours à des éléments procéduraux pour opérer cette classification n'est donc pas le signe de la réintroduction de critères formels dans la définition de la répression mais bien la démonstration de l'unité de la notion proposée, par-delà la diversité des traitements de l'illicéité. Au regard de la diversité, de la complexité et de la subtilité créative des pouvoirs normatifs en matière de traitement juridique de l'illicéité, certains mécanismes sont difficiles à classer parce qu'ils révèlent des hypothèses hybrides, inédites, ou malaisées à résumer en quelques mots. Les choix de classification pourraient donc apparaître parfois discutables, sans que cela ne n'obère la démonstration puisque l'idée principale demeure l'existence d'une illicéité formelle doublement objective.

¹⁶⁴⁹ Le choix de la voie procédurale de traitement de l'illicéité est plus ou moins contrainte selon différents facteurs : la source de l'illicéité (pénale, administrative, civile ou disciplinaire, de l'illicéité); la gravité des faits; la posture de la personne auteure des faits, etc.

sur une illicéité reprochée à l'auteur des faits (1) que sur une illicéité simplement assumée par celui-ci (2).

1. La répression fondée sur une illicéité reprochée

310. *Les réactions fondées sur une illicéité reprochée.* Plusieurs réactions juridiques peuvent être qualifiées de mécanismes répressifs parce qu'elles sont fondées sur une illicéité reprochée à leur auteur. Une première catégorie regroupe les réactions juridiques fondées sur une illicéité faisant l'objet d'un reproche formalisé à la suite d'une procédure de poursuites (pénale ou d'un équivalent extra-pénale, même sommaire) associée à un processus de jugement sur les faits et à la responsabilité de leur auteur. Elle correspond à celle des processus punitifs au sens jurisprudentiel et se réfère souvent à des éléments de nature morale. Pour ces hypothèses, la réaction est donc fondée sur une illicéité-responsabilité. Dans une seconde catégorie, la situation qui emporte la réaction juridique est hybride. Son lien avec l'établissement d'une illicéité reprochée est ténu, mais elle est également constituée d'un élément nouveau, extérieur à l'illicéité et aux éléments habituellement attachés à la punition : la dangerosité. Elle doit donc être traitée dans une catégorie à part de l'illicéité-responsabilité, tout en pouvant être considérée comme une illicéité reprochée. Ainsi, après avoir répertorié les hypothèses de réactions répressives fondées sur l'illicéité-responsabilité (a), il faut envisager le cas de l'illicéité-dangerosité (b).

a. L'illicéité-responsabilité

311. *L'illicéité-culpabilité.* Définie comme une réaction juridique grave fondée sur un comportement ou état dangereux, la notion unifiée de répression permet d'inclure dans la catégorie des mécanismes répressifs les mesures prises à l'issue de n'importe quelle forme de poursuites pénales et fondées sur la culpabilité¹⁶⁵⁰ de la personne poursuivie, soit la reconnaissance judiciaire de la réalisation injustifiée d'une infraction qui lui est imputable. Un jugement¹⁶⁵¹ est porté par une juridiction pénale sur les faits qui sont reprochés à la personne poursuivie en raison de sa faute morale imputable (ou de la seule

¹⁶⁵⁰ Le terme de culpabilité est ici utilisé dans son sens large synonyme de responsabilité pénale : O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 233, par. 383, p. 208.

¹⁶⁵¹ Le terme jugement est à la fois pris dans un sens moral et un sens institutionnel. Celui-ci est susceptible de degrés tant du point de vue moral, en fonction des éléments constitutifs de l'infraction, que d'un point de vue institutionnel, en fonction des modalités de la procédure de jugement (notamment avec le développement de processus accélérés ou simplifiés de jugement qui donnent au juge pénal une place moindre et qui rend l'acte de juger moins présent).

violation matérielle de la loi pénale dans certains cas, laquelle violation est toujours imputable) qui y est attachée. Il s'agit de répression au sens le plus classique du terme : la répression pénale. Cette hypothèse inclut les réactions juridiques issues de n'importe quel processus de poursuites pénales dont peuvent s'ensuivre différentes modalités de jugement¹⁶⁵². Il est toutefois possible de mettre à part l'exercice des poursuites selon un processus auquel le juge ne prend pas part et qui ne se solde pas par une condamnation, comme la procédure d'amende forfaitaire contraventionnelle ou délictuelle en droit français¹⁶⁵³. En l'absence de saisine d'une juridiction de jugement et d'une condamnation, il est probablement plus juste d'envisager cette procédure au titre de la répression fondée sur une illicéité-punition.

312. *L'illicéité-punition.* Les hypothèses de répression fondée sur une illicéité-punition sont celles qui relèvent notamment en droit français de la notion constitutionnelle de sanction ayant le caractère de punition et des notions conventionnelles de peine et de matière pénale¹⁶⁵⁴. En se référant plus précisément au critère du fondement de la réaction juridique, sont susceptibles d'être considérées comme répressives toutes les réactions juridiques ayant pour objet d'apprécier la responsabilité d'une personne sur le fondement de faits illicites, indépendamment des modalités de traitement de cette illicéité : non-

¹⁶⁵² Dr. fr. : la saisine d'une juridiction d'instruction et renvoi devant la cour d'assises (par décision de mise en accusation pour les crimes : art. 181 al. 1^{er} C. proc. pén.; par ordonnance de renvoi pour les contraventions : art. 178, al. 1^{er}, et les délits : art. 179 C. proc. pén.), la comparution volontaire et la citation (art. 389 à 392-1 C. proc. pén.), la citation par procès-verbal, la comparution immédiate et la comparution différée (art. 393 à 397-7 C. proc. pén.), la comparution par procédure simplifiée (art. 495 à 495-6 C. proc. pén. pour les délits et art. 524 à 528-2 C. proc. pén. pour les contraventions), la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (art. 495-7 à 495-16 C. proc. pén.). En dr. criminel can. : la promesse ou la citation à comparaître (not. art. 497, 500 et 501 C.cr.), la sommation ou le mandat d'arrestation (délivré par un juge de paix après avoir reçu une dénonciation : art. 504 à 514 C.cr.) et l'engagement (art. 515(2) C.cr.), la mise en accusation (avec jugement par un juge et un jury : partie XX C.cr.; ou par un juge seul : partie XIX C.cr.) ou la procédure sommaire (partie XXVII C.cr.), avec dans les deux cas l'enregistrement d'un plaidoyer de culpabilité ou d'un plaidoyer de non-culpabilité (art. 606 C.cr.). Dr. pén. québ. : pour les infractions pénales réglementaires québécoises (art. 1 C.p.p.) et les infractions fédérales qualifiées de contraventions (*Loi sur les contraventions* L.C. 1992, c. 47, *Règlement sur l'application de certaines lois provinciales* DORS/96-312, Partie VII Province de Québec, et *Règlement sur les contraventions* DORS/96-313), selon les modalités de jugement prévues au *Code de procédure pénale*.

¹⁶⁵³ Art. 495-17 à 495-25 C. proc. pén. pour certains délits et art. 524 à 528-2 C. proc. pén. pour les contraventions. En revanche, lorsque l'amende forfaitaire est contestée et qu'elle donne lieu à une décision judiciaire suivie d'une condamnation, la qualification d'une illicéité-culpabilité redevient justifiée.

¹⁶⁵⁴ Mais également la procédure d'amende forfaitaire qui ressemble à une procédure administrative de sanction en raison de ses modalités (absence de saisine de juridiction et de décision de condamnation) : B. BOULOC, préc., note 1185, par. 1088-1089, p. 1008-1010; Jean LARGUIER et Philippe CONTE, *Procédure pénale*, 25^e éd., coll. Les mémentos Série droit privé, Paris, Dalloz, 2019, p. 310.

judiciaires¹⁶⁵⁵, juridictionnelles ou non-juridictionnelles¹⁶⁵⁶. Les sanctions administratives, les amendes civiles¹⁶⁵⁷ et les sanctions disciplinaires¹⁶⁵⁸ sont des mesures répressives, notamment parce qu'elles sont fondées sur l'appréciation de la violation d'une norme comportementale. Selon la définition de la norme comportementale, la violation peut être établie à partir du constat de la matérialité des faits, auquel s'ajoute dans certains cas un élément moral exprimé en termes d'intention ou de négligence. La présence de cet élément moral peut éventuellement renforcer la conviction sur la nature punitive de ces mesures, mais l'existence d'un manquement simplement matériel suffit lorsqu'aucun élément moral n'est exigé¹⁶⁵⁹. Le manquement matériel, qui correspond à une illicéité matérielle telle qu'elle a été précédemment définie¹⁶⁶⁰, suffit donc également à caractériser le fondement de la répression en tant que seuil minimum d'intervention de la réaction juridique. Le processus de traitement juridique de l'illicéité est alors également indifférent et peut dès lors se présenter sous de multiples formes. En droit administratif par exemple, la mise en œuvre de la réaction peut être réalisée au moyen d'une procédure non juridictionnelle et aboutir à une mesure prise par une autorité administrative unique comme un ministre, par une autorité administrative collégiale ou une autorité administrative indépendante. Elle peut encore dans certains cas prendre forme dans un processus juridictionnel donnant à un juge administratif la compétence pour prononcer une sanction¹⁶⁶¹. Parmi ces processus, les procédures juridictionnelles et quasi-juridictionnelles des autorités administratives indépendantes ressemblent beaucoup aux

¹⁶⁵⁵ Par ex., Cons. const. 30 déc. 1982, n° 82-155 DC, *Loi de finances rectificative pour 1982*, par. 33; Cons. const. 30 déc. 1987, n° 87-237 DC, *Loi de finances pour 1988*, par. 15; Cons. const. 17 janv. 1989, n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, par. 36.

¹⁶⁵⁶ Cons. const. 28 juill. 1989, n° 89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, par. 18.

¹⁶⁵⁷ *Supra*, par. 80. Pour un panorama rapide des différentes formes de mesures civiles répressives et de leurs modalités processuelles d'imposition : J. PROROK, préc., note 37, par. 6 à 26.

¹⁶⁵⁸ *Supra*, par. 53 et 142. Pour un panorama des différentes modalités de mise en œuvre processuelles des sanctions disciplinaires : Joël MORET-BAILLY, « Les institutions disciplinaires, un état des lieux », dans Pascal ANCEL et Joël MORET-BAILLY (dir.), *Vers un droit commun disciplinaire ?*, coll. Droit, Saint-Étienne, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2007, p. 77-101.

¹⁶⁵⁹ Mattias GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, coll. Systèmes, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso, 2014, p. 172-173.

¹⁶⁶⁰ *Supra*, par. 302.

¹⁶⁶¹ M. GUYOMAR, préc., note 1661, p. 37-38. Sont juridictionnelles les procédures des juridictions disciplinaires des ordres professionnels, celles qui conduisent au prononcé d'amendes devant la Cour des comptes ou la Cour de discipline budgétaire et financière et celles suivies pour la sanction des contraventions de grande voirie devant le juge administratif de droit commun : *Id.*, p. 139-140. Certaines procédures, particulièrement celles qui mettent en œuvre un processus de sanction devant les autorités administratives indépendantes, ne sont pas conduites par des juridictions mais sont fortement juridictionnalisées : G. DELLIS, préc., note 36, par. 309, p. 219; M. GUYOMAR, préc., note 1661, p. 179-183.

procédures pénales d'exercice des poursuites fondées sur le constat d'une infraction et donnent lieu à une forme de responsabilité juridique. En revanche, certaines mesures prises par une autorité administrative unique à la suite d'un processus non-juridictionnel, comme le retrait de permis de conduite ou la fermeture d'un débit de boisson par un préfet, trouveraient leur place au sein des mesures répressives fondées sur une illicéité supportée, plus que reprochée¹⁶⁶². Elles n'ont en effet pas vocation à déterminer la responsabilité juridique de la personne sur les faits. Pour autant, il découle de l'illicéité préalablement constatée une conséquence qui montre que son auteur doit en supporter la charge. Ainsi, peu importe que ces réactions juridiques administratives ne soient pas classiquement punitives, elles peuvent être répressives¹⁶⁶³.

Les sanctions administratives pécuniaires du droit canadien posent quelques difficultés de classification dès lors qu'elles ne sont pas reconnues comme de véritables conséquences pénales par la jurisprudence et qu'elles ne sont pas prises à la suite d'une procédure de nature criminelle¹⁶⁶⁴. Un regard français sur la question permettrait dans

¹⁶⁶² Dans cette hypothèse, le caractère répressif de la mesure est par ailleurs généralement nié par la jurisprudence : Cons. d'Ét., 18 juin 1975, *Dame Canu, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 362 (fermeture de débits de boissons); Cons. d'Ét., ch. réunies, 18 déc. 2017, n° 409694, par. 6 (suspension du permis de conduire).

¹⁶⁶³ La classification proposée montre quelques limites face à la diversité des mécanismes pénaux et administratifs de traitement des illicéités. La distinction entre l'illicéité-responsabilité (illicéité-culpabilité et illicéité-punition) et l'illicéité-assumée, fondée sur un critère substantiel (l'appréciation d'un manquement objectif, ou d'une faute, en fonction des caractéristiques de la norme comportementale violée comme fondement reconnu de la sanction) et un critère procédural (l'établissement d'une responsabilité sur la base de ce manquement ou de cette faute par un processus juridictionnel ou quasi-juridictionnel, qui formalise le reproche substantiel) ne permet pas toujours de répartir aisément les formes de répression qui n'expriment pas pleinement les deux critères. L'existence de seulement l'un ou l'autre des critères permet, selon les cas, de préférer l'une ou l'autre des catégories de répression, sans que cela n'emporte toujours pleinement conviction. Par exemple, en droit pénal, la procédure de l'amende forfaitaire, en ce qu'elle exclut la saisine d'une juridiction et l'existence d'une condamnation, pourrait être classée dans les répressions fondées sur une illicéité assumée plus que dans les répressions fondées sur une illicéité reprochée. Néanmoins, au contraire des alternatives aux poursuites, qui excluent donc poursuites et jugement de responsabilité, cette procédure constitue bien un mode de poursuites, exprimant ainsi une réprobation à l'égard des faits sanctionnés. En droit administratif, les processus administratifs juridictionnels ou quasi-juridictionnels de sanction, fondés sur l'appréciation d'un manquement matériel ou d'une faute ayant pour conséquence l'établissement d'une forme de responsabilité, peuvent être classés parmi les répressions construites sur une illicéité-punition. Cela est moins évident pour les processus non juridictionnalisés. Pour certains d'entre eux en effet, la décision ne vise pas à apprécier les faits passés pour établir le manquement et en tirer des conséquences en matière de responsabilité. L'établissement du manquement sert d'élément déclencheur au processus et d'indice pour établir le fondement officiel de la mesure, une situation dangereuse par exemple. Dans ce cas, l'absence d'appréciation juridique et morale du manquement et l'absence de caractère juridictionnalisé du processus décisionnel incitent à classer ces processus dans la catégorie des répressions fondées sur une illicéité assumée et non pas reprochée. En revanche, une mesure prise sur le fondement d'un manquement qui a fait l'objet d'une appréciation par une autorité administrative non juridictionnalisée, comme un ministre, peut s'analyser en une répression fondée sur une illicéité-punition, malgré l'absence d'un jugement ou quasi-jugement. Dans ces différents cas, l'idée principale reste que la mesure prise par l'autorité administrative est fondée sur le constat d'une illicéité, que celle-ci soit appréciée en tant que telle ou qu'elle serve d'élément déclencheur au processus, sans pour autant constituer la seule raison d'être de la mesure prise.

¹⁶⁶⁴ Voir par ex., *Guindon c. Canada*, préc., note 151.

certain cas de conclure aisément à la nature punitive de celles-ci tant certaines ressemblent à des sanctions administratives ayant le caractère d'une punition, malgré une procédure parfois non-juridictionnelle¹⁶⁶⁵ au regard de l'existence du manquement au fondement de la décision de sanction¹⁶⁶⁶. Cependant, et là est tout l'intérêt de la notion unifiée de répression, la considération des visées législatives de la mesure sont indifférentes à la caractérisation de la notion. Dès lors, il importe peu que les sanctions administratives pécuniaires puissent difficilement ou ne puissent pas être qualifiées de mesures répressives fondées sur une illicéité-punition, elles pourront intégrer celles qui sont fondées sur l'illicéité-assumée¹⁶⁶⁷.

313. *L'illicéité contrebalancée par la gravité de la mesure de réaction comme critères de la répression.* Le critère de l'illicéité comme fondement de la répression est très accueillant. Ainsi, utilisé indépendamment du critère du contenu de la mesure, il pourrait permettre d'inclure dans la répression le mécanisme classique de la responsabilité civile fondée sur la faute (telle que définie dans cette matière dans chacun des deux ordres juridiques français et québécois). Le caractère punitif de la responsabilité civile classique, envisagée comme institution juridique normative, est parfois affirmé¹⁶⁶⁸.

¹⁶⁶⁵ Voir, par ex., la circulaire d'information en matière d'impôt sur le revenu, IC01-1 du 18 septembre 2001, *Pénalités administratives imposées à des tiers*, qui décrit le processus » aux articles 79 à 91, appliquée exposé dans : *Id.*, par. 66.

¹⁶⁶⁶ Différents processus de sanctions administratives pécuniaires sont fondés sur la seule constatation matérielle des faits de manquement et ne permettent pas de faire la démonstration d'une absence de négligence, de la bonne foi ou d'un cas de force majeure. Dans ces hypothèses, le constat de la seule matérialité des faits suffit à établir la violation et à déclencher la sanction. De surcroît, l'existence d'un élément moral connu du droit criminel dans la définition d'un manquement administratif ne confère pas non plus une nature pénale à un dispositif de sanction administratif pécuniaire : Or, en droit français, la caractérisation de la matérialité des faits comme un manquement favorise la reconnaissance de la nature punitive de la mesure quand ces faits sont le fondement de la sanction pécuniaire et si le montant de cette dernière révèle qu'elle n'est pas réparatrice. Il faut noter que le montant des sanctions administratives pécuniaires serait un argument indéniable de qualification de leur nature punitive au regard des conceptions constitutionnelle française et conventionnelle européenne, en plus du constat de l'existence d'un manquement au fondement de la sanction. Mais ce sont là deux critères différents – fondement de la mesure et contenu de la mesure – qu'il ne faut pas confondre : dans un premier temps, l'existence d'une illicéité comme fondement et justification de la sanction administrative pourrait suffire à postuler la nature punitive de la mesure, confirmée par la suite par sa gravité quantitative. Aucun de ces arguments ne suffit en revanche à la Cour suprême, en l'état de sa jurisprudence, pour considérer ces mesures comme de véritables sanctions pénales : *Guindon c. Canada*, préc., note 151.

¹⁶⁶⁷ *Infra*, par. 320 et suiv., part. par. 327.

¹⁶⁶⁸ Dr. fr. : M. CREMIEUX, préc., note 700, par. 53 à 63, aux p. 298-308. D'autres auteurs soulignent l'utilisation punitive de la responsabilité civile fondée sur une faute dans l'hypothèse de la réparation des préjudices moraux : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, préc., note 526, par. 140-141, p. 171-173; S. CARVAL, préc., note 160, par. 21 et suiv., p. 23 et suiv. Certains aspects de la contribution à la dette sont également analysés comme des manifestations de la fonction punitive de la responsabilité civile : *Id.*, par. 8-10. Dr. québ. : P. ROY, préc., note 157, aux p. 295-298. Ce qui exclut la responsabilité civile fondée

314. Le droit pénal français prévoit également une mesure pénale qui brouille particulièrement les réflexions en matière de peine et de punition : la rétention de sûreté. Mesure post-peine fondée sur la dangerosité d'un délinquant, elle n'est pourtant pas indifférente à la caractérisation préalable d'une illicéité-responsabilité. Traitée à part en raison de l'ajout d'un fondement à son déclenchement, elle demeure un cas de répression fondée sur une illicéité préalablement reprochée au délinquant.

b. L'illicéité-dangerosité

315. *La rétention de sûreté comme mesure répressive. Réflexions sur le droit français.* La rétention de sûreté est une mesure pénale qui associe de manière inédite une illicéité et un état dangereux pour justifier la privation de liberté d'une personne après la fin de l'exécution de sa peine, elle-même privative de liberté¹⁶⁶⁹. L'existence d'une illicéité comme condition de la rétention de sûreté justifie sa qualification de mesure répressive, relativement au critère de la cause de la réaction¹⁶⁷⁰. La reconnaissance de la nature répressive de cette mesure de sûreté est à contre-courant de la position du Conseil constitutionnel, ce dernier ayant refusé de la qualifier de peine ou de sanction ayant le caractère d'une punition¹⁶⁷¹. Pourtant, l'affirmation de la nature répressive de la rétention de sûreté permet une lecture plus cohérente de la décision du Conseil constitutionnel, dépassant l'ambiguïté de ce dispositif législatif.

316. *L'ambiguïté créée par l'association de la dangerosité et de l'illicéité comme cause de la rétention de sûreté.* La rétention de sûreté a deux causes : la réalisation d'une infraction d'une particulière gravité d'une part, et la dangerosité persistante de l'individu après l'exécution de sa peine, d'autre part. La mesure ne peut en effet être prise que contre

sur la faute de la catégorie juridique de répression n'est pas sa cause mais sa conséquence, la mesure de réparation en nature ou en équivalent, évaluée uniquement à l'aune du dommage subi par la victime. Cela signifie également qu'un mécanisme de responsabilité civile qui fonderait l'octroi de dommages et intérêts sur une faute mais dont le montant serait différent de l'évaluation monétaire des préjudices subis pourrait être qualifié de mécanisme répressif. Sur ces éléments : *infra*, par. 542 et suiv.

¹⁶⁶⁹ La rétention de sûreté est une mesure pénale de placement d'une personne en centre médico-judiciaire de sûreté dans lequel lui est proposé une prise en charge médicale, sociale et psychologique, dans le but de mettre fin à la mesure : art. 706-53-13 C. proc. pén.

¹⁶⁷⁰ La notion unifiée de répression étant définie au moyen de trois critères cumulatifs, il faudrait par rigueur affirmer la qualification de la mesure de rétention de sûreté uniquement après étude du critère du contenu de la mesure. Néanmoins, par soucis de clarté, cette qualification est tenue pour acquise, eu égard à la nature privative de liberté à durée indéterminée de la mesure, qui permet de caractériser le critère de gravité de la notion de répression : *infra*, par. 383 et 397 et suiv.

¹⁶⁷¹ Cons. const. 21 fév. 2008, préc., note 61, par. 9.

de personnes qui ont été condamnées, entre autres, « à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour les crimes, commis sur une victime mineure, d'assassinat ou de meurtre, de torture ou actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration » et qui, après l'exécution de leur peine, « présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité »¹⁶⁷². Ce sont donc une condamnation passée et une dangerosité présente qui justifient, de façon antinomique, mais complémentaire, la privation de liberté subséquente à la peine. Cette dualité de causes se retrouve dans les motifs du Conseil constitutionnel. Premièrement, il exclut les qualifications de peine et de sanction ayant le caractère de punition pour la rétention de sûreté eu égard à sa raison d'être au moment de sa mise en place, la dangerosité. Deuxièmement, il explique qu'elle ne peut cependant pas être appliquée aux faits ayant eu lieu avant l'entrée en vigueur de la loi, eu égard notamment à l'existence d'une condamnation prononcée par une juridiction comme condition de sa mise en place. Il assimile le régime de la rétention de sûreté à celui d'une peine ou d'une punition extra-pénale quant à l'application non-rétroactive de la mesure¹⁶⁷³. Indépendamment de la notion même de dangerosité qui comporte de nombreuses interrogations pour le juriste quant à sa signification exacte et sa place en droit¹⁶⁷⁴, le second fondement de la rétention de sûreté laisse le pénaliste perplexe¹⁶⁷⁵. La référence textuelle à une condamnation, dont se sert le Conseil constitutionnel pour justifier l'application non-rétroactive de la mesure de rétention de sûreté, pourrait renvoyer à l'idée de l'établissement préalable de la culpabilité de l'individu¹⁶⁷⁶. Il faudrait alors analyser la rétention de sûreté comme une peine après la peine¹⁶⁷⁷. Mais le Conseil constitutionnel rejette expressément la culpabilité comme fondement de la rétention de sûreté lorsqu'il exclut les qualifications de sanction ayant le caractère d'une punition et de peine¹⁶⁷⁸. Il faut donc comprendre la référence à « la

¹⁶⁷² Art. 706-53-13 C. proc. pén.

¹⁶⁷³ Plus précisément, le Conseil constitutionnel explique que la rétention de sûreté « ne saurait être appliquée à des personnes condamnées avant la publication de la loi ou faisant l'objet d'une condamnation postérieure à cette date pour des faits commis antérieurement » : Cons. const. 21 fév. 2008, préc., note 907, par. 10.

¹⁶⁷⁴ M. BRENAUT, préc., note 63, p. 33 et suiv.; L. GREGOIRE, préc., note 58, par. 115, p. 145; J. LAGOUTTE, préc., note 96, par. 558 et suiv., p. 631 et suiv. C. MANDON, préc., note 59, par. 272 et suiv.

¹⁶⁷⁵ M. LACAZE, préc., note 805, par. 424, p. 267-268.

¹⁶⁷⁶ Les liens entre culpabilité et rétention de sûreté sont relevés par plusieurs auteurs : M. MANDON, préc., note 59, par. 333, p. 440-441; François ROUSSEAU, « Dangerosité et sanctions pénales », dans *Peine. Dangerosité. Quelles certitudes ?*, 9, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, Paris, Dalloz, 2010, p. 265-280, à la p. 274.

¹⁶⁷⁷ Fr. ROUSSEAU, préc., note 1676, p. 274.

¹⁶⁷⁸ Cons. const. n° 2008-562 DC, préc. note 907; M. LACAZE, préc., note 805, par. 424, p. 267-268.

condamnation par une juridiction » autrement que comme l'exigence d'une culpabilité¹⁶⁷⁹. La rétention de sûreté apparaît alors justifiée, en plus de la dangerosité, sur la reconnaissance judiciaire de la commission d'une infraction dénuée de sa dimension morale réprobatrice. En ce sens, c'est la reconnaissance objective de la violation injustifiée de la loi pénale qui semble au fondement de la mesure de rétention de sûreté en complément de la dangerosité, soit une illicéité. Le seul constat judiciaire de l'illicéité pénale objective entraînant une mesure grave de privation de liberté suffit pour imposer que la mesure ne soit pas rétroactive. Il n'y a besoin de caractériser ni culpabilité ni punition. Cette décision met en avant des éléments majeurs permettant de réfléchir à l'élargissement de la cause de la répression à toute réaction juridique grave fondée sur un comportement ou un état dangereux¹⁶⁸⁰.

317. *De l'illicéité reprochée à l'illicéité assumée.* En affirmant la nécessité d'appliquer une garantie constitutionnelle pénale en dehors d'une hypothèse classique de culpabilité et punition, la décision du Conseil constitutionnel en matière de rétention de sûreté permet de considérer la possibilité de concevoir la notion de répression indépendamment de la notion de punition. Ainsi, la protection des droits et libertés des justiciables peut trouver sa raison d'être plus largement dans l'existence d'une réaction juridique grave fondée sur une illicéité, indépendamment d'un blâme moral. Si la décision du Conseil constitutionnel mettait en avant l'existence d'une condamnation pour justifier l'application de la garantie pénale à la mesure de sûreté, la notion unifiée de répression s'en détache pour ne retenir que l'élément déclencheur de la réaction juridique comme fondement, indifféremment de sa mise en forme par les autorités compétentes : l'illicéité. En ce sens, le constat de la violation de la norme de comportement n'a pas à être formalisé dans un processus juridictionnel ou quasi-juridictionnel, ni à traduire la reconnaissance de la culpabilité de l'auteur ou la réprobation de ses actes. Dans certaines hypothèses en effet, l'illicéité doit être considérée comme le fondement d'une mesure répressive, sans que le processus de réaction exprime lui-même une quelconque volonté punitive car elle est l'élément déclencheur d'une réaction juridique qui en tire des conséquences particulières pour son

¹⁶⁷⁹ *Id.*, p. 267-268. La seule possibilité qu'aurait eu le Conseil constitutionnel de reconnaître un rôle à la culpabilité dans la mise en place d'une mesure de rétention de sûreté aurait été de justifier une distinction entre fondement et condition de la mesure, en expliquant que la culpabilité n'était pas un fondement mais bien une condition; entreprise compliquée dans laquelle il ne s'est pas lancé.

¹⁶⁸⁰ *Supra*, par. 304 et *infra*, par. 300 et suiv.

auteur. Ainsi, si l'illicéité n'apparaît plus formellement reprochée, elle demeure toujours assumée.

2. La répression fondée sur une illicéité assumée

318. *Une répression sans reproche.* La définition de la répression comme réaction juridique grave à tout comportement ou état dangereux permet d'inclure dans la catégorie les réactions non-punitives à l'illicéité. Dans certains cas, les autorités recourent en effet à un traitement de l'illicéité qui ne prend pas la voie du reproche, mais qui impose toutefois à l'auteur des faits d'assumer les conséquences de ses actes¹⁶⁸¹. L'illicéité doit être assumée. Ces hypothèses s'identifient particulièrement en droit pénal. En effet, l'idée de la responsabilité pénale s'étend au-delà de sa manifestation juridique classique, la déclaration de culpabilité prononcée par une juridiction de jugement.

319. *L'illicéité assumée : une responsabilité juridique au sens large.* Dans un sens général, la responsabilité signifie l'« obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences civiles, pénales, disciplinaires, etc. (soit envers la victime, soit envers la société) »¹⁶⁸². Dans son sens plus spécifiquement pénal, elle est l'« obligation de répondre des infractions commises et de subir la peine prévue par le texte qui les réprime »¹⁶⁸³. Ces deux définitions, qui envisagent chacune la responsabilité pénale, en proposent deux conceptions différentes. La première apparaît plus large que la seconde car l'obligation de répondre se traduit par le fait d'assumer des conséquences pénales, ce qui recouvre plus d'hypothèses de réponses pénales à l'infraction que la seule imposition d'une peine. En effet, les conséquences pénales que peut devoir supporter une personne pour la commission d'une infraction ne se limitent pas aux mesures qualifiées de peines par le législateur. D'une part, il existe des mesures de sûreté, que les auteurs rangent en général au sein de la catégorie des sanctions pénales aux côtés des peines¹⁶⁸⁴.

¹⁶⁸¹ L'absence de reproche moral associé à l'imposition de mesures pénales distinctes des peines formelles est particulièrement souligné pour les mesures de sûreté : B. BOULOC, préc., note 35, par. 539-540, p. 474-475; O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 233, par. 559, p. 312; X. PIN, préc., note 58, par. 363, p. 390-392.

¹⁶⁸² G. CORNU (dir.), préc., note 38, v° « Responsabilité », I, p. 919.

¹⁶⁸³ *Id.*, I, B, p. 919.

¹⁶⁸⁴ E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 15-16, p. 7-8; B. BOULOC, préc., note 35, par. 515 et suiv., p. 453 et suiv. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 58, par. 444-450, p. 240-243; X. PIN, préc., note 58, par. 360, p. 388. Pour d'autres, les mesures de sûreté appliquées aux personnes atteintes de troubles mentaux, bien qu'attachées à la qualification pénale des faits, ne sont pas formellement des sanctions pénales, au même titre que certaines mesures civiles ou administratives : O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 233, par. 553 p. 309 et suiv.

D'autre part, le Code de procédure pénale prévoit des mesures prises dans le cadre des alternatives aux poursuites¹⁶⁸⁵ en tant qu'attributions du procureur de la République¹⁶⁸⁶ pour la mise en œuvre du principe de l'opportunité des poursuites. Alors qu'elles constituent également des réponses pénales à la commission des infractions, elles ne sont généralement pas étudiées avec les sanctions pénales en raison de leur source¹⁶⁸⁷. Que ce soient certaines mesures de sûreté ou les mesures alternatives aux poursuites, elles sont les produits d'une responsabilité juridique au sens large – l'obligation d'assumer l'illicéité pénale – et cela indifféremment du processus formel mis en œuvre¹⁶⁸⁸. Peu importe l'absence de poursuites, de jugement et de déclaration de culpabilité, les autorités se saisissent de l'illicéité et lui font produire des conséquences pénales. Il y a alors répression fondée sur une illicéité assumée par l'auteur des faits, indépendamment de l'idée de punition telle qu'elle est classiquement conçue. Le droit pénal n'est pas la seule branche du droit dont les réponses pénales sont diversifiées et qui propose un traitement de l'illicéité qui s'éloigne du schéma classique de la punition. Parmi toutes ces hypothèses d'illicéité assumée, deux cas se présentent.

320. *Les modalités des illicéités assumées.* Le droit organise la réaction juridique à des illicéités dans une perspective de responsabilité au sens large selon deux modalités. Premièrement, le législateur ne rend possible le recours à certaines conséquences qu'avec des aveux. Deuxièmement, certaines mesures consécutives à la violation d'une norme comportementale sont rendues possibles indépendamment d'aveux. Ainsi, dans ces hypothèses, que la répression repose sur une illicéité avouée (a) ou une illicéité supportée (b), le déclenchement de la mesure est conditionné par l'existence de faits illicites.

a. L'illicéité avouée

321. *La répression fondée sur une illicéité avouée en droit pénal français.* En droit français, lorsque des faits sont portés à la connaissance du procureur de la République, ce dernier peut soit déclencher les poursuites, soit classer sans suite lorsque les circonstances

¹⁶⁸⁵ Art. 41-1, 41-1-2 ou 41-2 C. proc. pén.

¹⁶⁸⁶ Art. 39 à 44-1 C. proc. pén.

¹⁶⁸⁷ Un auteur les envisage comme des « sanctions de nature pénale », à défaut de jugement sur la culpabilité de l'auteur des faits ou d'une assimilation légale à un tel jugement : X. PIN, préc., note 58, par. 366, p. 399-401.

¹⁶⁸⁸ Par ailleurs, certaines mesures alternatives aux poursuites sont des mesures de sûreté, comme l'orientation vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle comme condition d'un classement sans suite (art. 41-1 C. proc. pén.) : *Id.*, par. 360, p. 382-384.

le justifient, soit mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites, parmi lesquelles se trouve la composition pénale¹⁶⁸⁹. La mesure de composition pénale est une forme de transaction pénale¹⁶⁹⁰ qui peut être proposée par le procureur de la République aux personnes physiques¹⁶⁹¹ ou morales¹⁶⁹², avant le déclenchement des poursuites et pour des infractions de moyenne¹⁶⁹³ et de faible gravité¹⁶⁹⁴. Elle suppose que la personne reconnaisse qu'elle a commis les faits¹⁶⁹⁵. Malgré l'aveu, la mesure n'est pas une condamnation pénale et ne peut pas constituer le premier terme d'une récidive¹⁶⁹⁶. Elle n'est pas une peine, et cela malgré le processus judiciaire de validation de la composition par un juge¹⁶⁹⁷ et l'inscription au bulletin n°1 du casier judiciaire¹⁶⁹⁸. Conditionnée à l'aveu d'une ou plusieurs infractions (« délits » ou « contraventions ») par leur auteur, la mesure de composition pénale est fondée sur une illicéité et pourrait donc tout à fait intégrer la catégorie juridique de la répression¹⁶⁹⁹.

322. *Le potentiel répressif des mesures de rechange en droit criminel canadien.* Les mesures de rechange prévues aux articles 717 à 717.4 C.cr. sont des outils de déjudiciarisation¹⁷⁰⁰ qui peuvent être utilisés lorsqu'une infraction est imputée¹⁷⁰¹ à une personne qui se reconnaît responsable des faits¹⁷⁰². Le choix d'une mesure de rechange

¹⁶⁸⁹ Art. 41-2, 41-3 et 41-3-1-A C. proc. pén.

¹⁶⁹⁰ X. PIN, préc., note 58, par. 366, p. 399-401.

¹⁶⁹¹ Art. 41-2 C. proc. pén.

¹⁶⁹² Art. 41-3-1 A C. proc. pén.

¹⁶⁹³ La composition pénale peut être mise en œuvre pour « un ou plusieurs délits punis à titre de peine principale d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, ainsi que, le cas échéant, une ou plusieurs contraventions connexes » (art. 41-2, al. 1 C. proc. pén.) mais n'est pas applicable « en matière de délits de presse, de délits d'homicides involontaires ou de délits politiques » (art. 41-2, antépénultième al. C. proc. pén.).

¹⁶⁹⁴ Art. 41-3 C. proc. pén.

¹⁶⁹⁵ Art. 41-2 al. 1^{er} C. proc. pén.

¹⁶⁹⁶ Cass. avis, 18 janv. 2010, *AJ pénal* 2010.4.187, obs. Jean DANET; *RPDP* 2010.2.421, obs. Xavier PIN.

¹⁶⁹⁷ Le processus de validation judiciaire n'est pas requis quand : « pour une contravention ou pour un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à trois ans, elle porte sur une amende de composition n'excédant pas le montant prévu au premier alinéa de l'article 131-13 du code pénal ou sur la mesure prévue au 2° du présent article, à la condition que la valeur de la chose remise n'excède pas ce montant » : art. 41-2 al. 28 C. proc. pén. (selon un décompte des alinéas à chaque retour à la ligne).

¹⁶⁹⁸ Art. 41-2 al. 32 C. proc. pén.

¹⁶⁹⁹ Sous réserve de la vérification du contenu des mesures de la composition pénale, dont il est notable qu'elles ont ses « caractéristiques » et des « conséquences analogues » aux peines : X. PIN, préc., note 58, par. 366, p. 399-401.

¹⁷⁰⁰ P. BELIVEAU et J. PRADEL, préc., note 1186, par. 1375, p. 474.

¹⁷⁰¹ L'imputation n'est pas ici à prendre au sens moral mais dans un sens matériel signifiant que l'infraction n'a pas encore fait l'objet d'une dénonciation lorsqu'elle est proposée à l'auteur des faits : *Id.*, par. 1377, p. 475.

¹⁷⁰² Art. 717(1) *in limine* et 717(1)e) C.cr. Ces « aveux de culpabilité » ou les « déclarations par lesquels le suspect se reconnaît responsable d'un acte ou d'une omission déterminés » ne peuvent pas être admissibles en preuve dans les actions civiles ou les poursuites pénales dirigées contre lui lorsqu'ils ont été faits « pour pouvoir bénéficier de mesures de rechange » : art. 717(3) C.cr.

est subordonné à l'existence d'une preuve suffisante pour déclencher des poursuites judiciaires et à l'absence d'obstacle de droit pour la mise en œuvre de poursuites relatives à l'infraction¹⁷⁰³. Ces mesures visent donc des hypothèses dans lesquelles les poursuites criminelles sont possibles. Ce processus permet bien de mettre en œuvre une mesure pénale de réponse à une infraction. L'illicéité pénale est assumée par son auteur qui doit en répondre, mais selon des modalités juridiques différentes. Ce fondement, sous réverse du contenu des mesures, pourrait permettre de les qualifier de mesures répressives. Parfois l'aveu n'est pas nécessaire pour qu'une personne se voie imposer d'assumer les conséquences de son illicéité.

b. L'illicéité supportée

323. *La grande variété des hypothèses d'illicéités supportées.* La répression fondée sur une illicéité supportée regroupe des hypothèses variées de processus de réactions juridiques, pénaux et extra-pénaux. Au sein du droit pénal, elles ont pour point commun de proposer une réponse partiellement ou complètement déjudiciarisée à la réalisation avérée d'une infraction. L'auteur des faits n'est pas reconnu coupable de l'infraction, sa responsabilité pénale *stricto sensu* n'est pas engagée et aucune condamnation n'est prononcée. La mesure prise en réponse à l'infraction n'est ainsi pas considérée comme une peine ou comme une punition. Pour autant, elle est indéniablement une réaction pénale à la commission d'une infraction. Parmi ces hypothèses pénales de répression non punitives, se trouvent deux cas de figure distincts. Dans un premier cas, l'infraction est imputée à son l'auteur, mais différentes considérations permettent de conclure à la nécessité de privilégier une voie alternative aux poursuites. En revanche, dans le second cas, l'absence de punition est liée à l'impossibilité morale de reprocher l'infraction à son auteur en raison de troubles mentaux ayant aboli son discernement au moment des faits; une réponse pénale est toutefois apportée pour des motifs sécuritaires. Dans les deux cas, l'auteur des faits doit supporter les conséquences pénales liées à ses actes. En droit administratif ensuite, les hypothèses envisagées sont relatives à un ensemble de mesures qui visent de manière générale à réagir à la violation de lois ou règlements administratifs, soit pour y apporter directement une réponse moralement neutre (procédures alternatives à des poursuites administratives en droit français ou procédures non-pénales et moralement neutre sur le plan de la constitution du manquement en droit canadien), soit

¹⁷⁰³ Art. 717(1) respectivement f) et g) C.cr.

pour contrôler le comportement ou l'état d'individus en contradiction avec les lois dans le but de les mettre en conformité avec celles-ci. Les différentes mesures sont prises sur le fondement d'un comportement ou d'un état illicite de la personne qui la subit, peu importe qu'elles ne soient pas formellement punitives et qu'elles aient pu emprunter des formes procédurales variées, avec une intervention secondaire ou marginale d'une autorité judiciaire ou juridictionnelle. Il existe donc tant des hypothèses pénales d'illicéités supportées (α) que des hypothèses extra-pénales (β).

α . La dualité d'hypothèses d'illicéité supportée en droit pénal

324. *Le potentiel répressif des mesures alternatives aux poursuites pénales en droit français.* Toutes les réponses pénales données à la suite de la réalisation d'une infraction sont des réactions à des comportements ou états illicites, sans que soit nécessaire l'établissement d'une responsabilité pénale de leur auteur. Peuvent ainsi être répressives les mesures résultant des mécanismes alternatifs aux poursuites et des transactions, malgré l'absence de toute décision judiciaire sur la culpabilité ou de reconnaissance des faits par leur auteur, car elles sont consécutives à l'existence d'une infraction et se fondent sur celle-ci. Les mesures de rappel à la loi¹⁷⁰⁴, la réparation du dommage¹⁷⁰⁵, la médiation pénale¹⁷⁰⁶, l'interdiction de paraître dans certains lieux¹⁷⁰⁷, qui peuvent être proposées par le procureur de la République, préalablement à sa décision sur l'action publique, sur le fondement de l'article 41-1 du Code de procédure pénale, sont des réponses à une « infraction » et sont dirigées à l'encontre de « l'auteur des faits ». Il est alors indifférent que ces mesures ne soient pas qualifiées de peines par le législateur ou le Conseil constitutionnel, elles ont le même fondement que les peines. Il existe également, mais uniquement pour les personnes morales, la procédure de convention judiciaire d'intérêt public¹⁷⁰⁸. Le procureur de la République peut la proposer aux personnes morales mises en cause pour certaines infractions, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement¹⁷⁰⁹. La convention doit être soumise à validation judiciaire¹⁷¹⁰. Pour autant, selon le texte, « l'ordonnance de validation n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a

¹⁷⁰⁴ Art. 41-1 al. 2 C. proc. pén.

¹⁷⁰⁵ Art. 41-1 al. 5 C. proc. pén.

¹⁷⁰⁶ Art. 41-1 al. 6 C. proc. pén.

¹⁷⁰⁷ Art. 41-1 al. 8 C. proc. pén.

¹⁷⁰⁸ Art. 41-1-2 (pour certaines infractions limitativement énumérées, notamment les corruption et trafic d'influence et leur blanchiment) et art. 41-1-3 C. proc. pén. (pour les délits prévus par le code de l'environnement ainsi que pour des infractions connexes).

¹⁷⁰⁹ Art. 41-1-2 I C. proc. pén. et art. 41-1-3 al. 1 C. proc. pén.

¹⁷¹⁰ Art. 41-1-2 II C. proc. pén.

ni la nature ni les effets d'un jugement de condamnation »¹⁷¹¹. Enfin, il faut envisager le cas de la transaction sur l'action publique, qui peut être considérée comme une alternative aux poursuites¹⁷¹². Il est ainsi possible de transiger sur l'action publique relativement à certaines infractions, dont les contraventions « que les agents de la police municipale sont habilités à constater par procès-verbal conformément aux dispositions des articles L. 511-1 et L. 512-2 du code de la sécurité intérieure et qui sont commises au préjudice de la commune au titre de l'un de ses biens »¹⁷¹³. Le maire propose au contrevenant une transaction consistant soit en la réparation du préjudice ou en un travail non rémunéré pendant une durée maximale de trente heures¹⁷¹⁴. Dans la première hypothèse, le procureur de la République doit homologuer la transaction tandis que dans la seconde, l'homologation doit être judiciaire¹⁷¹⁵. En matière environnementale, l'administration peut aussi proposer aux administrés de transiger sur l'action publique pour les contraventions et délits prévus et réprimés par le Code de l'environnement¹⁷¹⁶, elle doit être homologuée par le procureur de la République. La transaction est donc une réaction juridique à la commission d'une infraction pénale par l'auteur des faits¹⁷¹⁷ et constitue une réponse à l'illicéité pénale. Elle est ainsi potentiellement un mécanisme répressif en raison de son fondement¹⁷¹⁸. L'existence d'une illicéité au fondement de certaines mesures pénales de sûreté permettrait également d'affirmer leur nature répressive.

¹⁷¹¹ Art. 41-1-2 al. 11 C. proc. pén. La convention judiciaire d'intérêt public n'est pas inscrite au bulletin n° 1 du casier judiciaire mais elle fait l'objet d'un communiqué de presse du procureur de la République (art. 41-1-2 al. 12 C. proc. pén.) et le montant de l'amende d'intérêt public et la convention sont publiés sur les sites internet des ministères de la justice et du budget (art. 41-1-2 al. 13 C. proc. pén.). La bonne exécution de la convention par la personne morale éteint l'action publique (art. 41-1-3 antépénultième al. C. proc. pén.).

¹⁷¹² J. LARGUIER et P. CONTE, préc., note 1654, p. 131. Elle n'est pas formellement classée parmi les alternatives aux poursuites par l'article 40-1 du Code de procédure pénale.

¹⁷¹³ Art. 44-1 al. 1 C. proc. pén.

¹⁷¹⁴ Art. 44-1 al. 1 et 5 C. proc. pén. Cette transaction doit être acceptée par le contrevenant et homologuée par le procureur de la République : art. 44-1 al. 2 C. proc. pén.

¹⁷¹⁵ Art. 41-1 al. 5 C. proc. pén.

¹⁷¹⁶ Art. L. 173-12 C. env.

¹⁷¹⁷ L'article 44-1 al. 4 C. proc. pén. et l'article L. 173-12 al. 2 C. env., dans sa rédaction résultant de l'ordonnance du 11 janvier 2012, évoquent « l'auteur de l'infraction ».

¹⁷¹⁸ Le Conseil constitutionnel a jugé que les mesures fixées dans la transaction n'étaient pas des sanctions ayant le caractère d'une punition : Cons. const. 26 sept. 2014, n° 2014-416 QPC, *Association France Nature Environnement*, par. 8 :

« [...] les dispositions contestées organisent une procédure de transaction qui suppose l'accord libre et non équivoque, avec l'assistance éventuelle de son avocat, de l'auteur des faits ; qu'en outre la transaction homologuée ne présente, en elle-même, aucun caractère exécutoire et n'entraîne aucune privation ou restriction des droits de l'intéressé ; qu'elle doit être exécutée volontairement par ce dernier ; que, par suite, les mesures fixées dans la transaction ne revêtent pas le caractère de sanctions ayant le caractère d'une punition [...] »

325. *Le potentiel répressif des mesures pénales prononcées à la suite d'une déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental et de verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux.* Que ce soit en droit français ou en droit canadien, l'infraction accomplie par une personne qui n'était pas discernante au moment des faits ne peut pas lui être reprochée¹⁷¹⁹. Cette personne ne peut pas être déclarée coupable de l'infraction et ne peut pas être punie par l'infliction d'une peine¹⁷²⁰. Toutefois, les deux législations prévoient que la personne peut être soumise à des mesures restrictives ou privatives de droits et libertés en raison de la dangerosité qu'elle représente toujours au moment où il est statué¹⁷²¹. Si les mesures ainsi prises ne sont pas justifiées directement par la réalisation de l'infraction, qui ne peut pas être moralement imputée, cette infraction en est bien le premier fondement à partir duquel il est possible d'envisager le prononcé des mesures¹⁷²². Ainsi, de telles mesures pourraient être qualifiées de mesures répressives eu égard à leur fondement. Outre les hypothèses pénales d'illicéités supportées, il en existe dans les matières extra-pénales.

β. La variété d'hypothèses d'illicéité supportée dans les matières extra-pénales

326. *Le potentiel répressif des mesures transactionnelles et de composition en matière administrative.* Des alternatives aux sanctions punitives existent également en matière administrative pour saisir certains comportements contraires aux lois ou aux règlements¹⁷²³. En matière douanière, « l'administration des douanes est autorisée à transiger avec les personnes poursuivies pour infraction douanière ou pour infraction à la législation et à la réglementation relatives aux relations financières avec l'étranger »¹⁷²⁴.

(à propos de l'art. 173-12 C. env. dans sa rédaction issue de l'*Ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012 portant simplification, réforme et harmonisation des dispositions de police administrative et de police judiciaire du code de l'environnement*).

L'exécution complète des mesures transactionnelles éteint l'action publique (art. 173-12 al. 7 C. env.) et empêche les poursuites administratives (Cons. const. 26 sept. 2014, préc., note 1718, par. 11). La nature répressive de la mesure est, outre son fondement, tributaire de son contenu.

¹⁷¹⁹ Dr. fr. : art. 122-1 al. 1 C. pén. Dr. can. : art. 16(1) C.cr.

¹⁷²⁰ Dr. fr. : art. 706-135 à 706-140 C. proc. pén. Dr. can. : 672-34 et 672-35 C.cr.

¹⁷²¹ Art. 672.54, 672.5401 et 651.542 C.cr.

¹⁷²² Le Code de procédure pénale exige que le juge d'instruction et la chambre de l'instruction précisent dans leur décision « qu'il existe des charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés » : art. 706-120 al. 2 et 706-125 1° C. proc. pén. La cour d'assises et le tribunal correctionnel doivent mentionner que les faits ont bien été commis par la personne non-discernante : resp. art. 706-129 et 706-133 1° C. proc. pén.

¹⁷²³ Gilles LE CHATELIER, « Transaction », dans *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, par. 8, en ligne : <<https://www.dalloz-fr>>.

¹⁷²⁴ Art. 350 al.1 C. douanes.

En matière fiscale, l'administration peut accorder, sur demande du contribuable, par « voie de transaction, une atténuation d'amendes fiscales ou de majorations d'impôts lorsque ces pénalités et, le cas échéant, les impositions auxquelles elles s'ajoutent ne sont pas définitives »¹⁷²⁵. En matière de marchés financiers, l'Autorité des marchés financiers française, pour certains manquements¹⁷²⁶, peut proposer d'entrer en voie de composition administrative à un administré qui a commis les faits établis par un rapport d'enquête ou de contrôle. Dans toutes ces hypothèses, la procédure administrative de transaction ou de composition saisit les faits illicites par une mesure qui n'est pas *stricto sensu* une sanction, mais qui constitue bien une réaction juridique aux illicéités administratives, parfaitement caractérisées, puisque sont visés, selon les cas, les « infractions », des hypothèses où s'appliquent des « amendes fiscales » et « majorations d'impôts » ou des « manquements »¹⁷²⁷. À ce titre, elles peuvent parfaitement intégrer la catégorie juridique de la répression¹⁷²⁸.

En droit québécois des valeurs mobilières, les pénalités administratives¹⁷²⁹ et les sanctions administratives¹⁷³⁰ peuvent faire l'objet d'une entente entre les parties (contrevenants et commissions des valeurs mobilières)¹⁷³¹. L'approbation de l'entente par l'autorité compétente ne modifie la nature de la sanction imposée qui demeure, selon le cas, une pénalité administrative ou une sanction administrative. Bien que les sanctions

¹⁷²⁵ Art. 247 al. 1 3° LPF. Les infractions peuvent aussi « faire l'objet de transactions avant mise en mouvement d'une action judiciaire ou, dans les conditions fixées à l'article L. 249, avant jugement définitif » : art. 248 LPF. En matière de contributions indirectes, une transaction ne peut être conclue après la mise en mouvement par l'administration ou le ministère public d'une action judiciaire « que si l'autorité judiciaire admet le principe d'une transaction » : art. 249 al. 1 LPF. Pour l'ensemble des conditions : art. L. 247 à L. 251 A LPF.

¹⁷²⁶ Art. L. 621-14-1 C. monét. et fin.

¹⁷²⁷ Par ailleurs, la substance des mesures issues des transactions et compositions n'est pas très différente de celle des sanctions.

¹⁷²⁸ Il est reconnu que la composition administrative, « véritable alternative à la commission des sanctions » est « un outil précieux dans l'arsenal répressif de l'Autorité » : Anne MARECHAL et Bertrand LEGRIS, « La composition administrative de l'AMF : un premier bilan très positif », *Bull. Joly Bourse* 2016.539-542, 539. Dans le sens de la reconnaissance de la nature répressive des transactions pénales et administratives proposées par l'administration et présentant les différents points de vue sur la question : G. DELLIS, préc., note 36, par. 549 à 554, p. 549 à 410. L'auteur insiste sur le déséquilibre des forces entre l'administration et l'administré dans le processus transactionnel, au profit évident de l'administration, remettant en cause la nature contractuelle de la transaction (par. 550 et 553, p. 406-409); il souligne également le fait que la transaction « intervient à la suite d'une infraction » et considère en conséquence qu'elle est une forme d'exécution de la peine prononcée ou annoncée (par. 550, p. 407-408).

¹⁷²⁹ Art. 273. 1 L.v.m.

¹⁷³⁰ Art. 274.1 L.v.m.

¹⁷³¹ Raymonde CRETE et Jérôme PARADIS, « Délits d'initié », dans *JurisClasseur Québec*, coll. Droit des affaires, *Valeurs mobilières*, fasc. 7, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 5 juin 2016, par. 125 (LAd/QL); Louis-Martin O'NEILL et Jessica MAJOR, « Application de la loi », dans *JurisClasseur Québec*, coll. Droits des affaires, *Valeurs mobilières*, fasc. 14, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1er juin 2019, par. 99.1 (LAd/QL).

administratives pécuniaires et autres mesures administratives de réaction juridique aux contraventions à la loi et aux règlements ne soient pas qualifiées de mesures punitives par le droit positif, elles peuvent être qualifiées de mesures répressives au titre de leur fondement : une illicéité supportée.

327. *Le potentiel répressif des mesures administratives de réaction aux contraventions aux lois et règlements en droit québécois.* En matière mobilière, la jurisprudence considère que les sanctions administratives pécuniaires, mais également d'autres mesures administratives de réaction juridique à la violation des lois et règlements, sont de nature préventive. Ces sanctions visent à imposer le respect des dispositions administratives et à dissuader les contrevenants de réitérer leurs faits ainsi qu'à dissuader autrui d'agir de la même façon que le contrevenant¹⁷³². Leur nature n'est pas punitive. Outre le fait que cette posture jurisprudentielle est en elle-même contestable¹⁷³³, il n'est pas nécessaire de reconnaître la nature punitive de ces mesures pour leur faire intégrer la catégorie juridique de la répression au regard du premier critère de la notion proposée, dès lors qu'elles sont une réaction à l'illicéité administrative. En effet, les pénalités administratives prononcées par le Tribunal administratif des marchés financiers et les sanctions administratives prononcées par l'Autorité des marchés financiers sont fondées sur des contraventions à la loi ou à ses règlements d'application, tout comme les mesures de l'article 262.1¹⁷³⁴ et 273. 3¹⁷³⁵ de la *Loi sur les valeurs mobilières*. La situation est tout à fait semblable en matière environnementale. En droit québécois, les sanctions administratives pécuniaires prises par un fonctionnaire désigné

¹⁷³² *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, [2001] 2 R.C.S. 132 (CSC), par. 43-44; *Cartaway Resources Corp. (Re)*, préc., note 1287, par. 58; *Autorité des marchés financiers c. Demers*, 2006 LNCBDRVM 2, par. 21-22, confirmé par 2007 QCCQ 6870; *Autorité des marchés financiers c. Gestion de capital Triglobal inc.*, 2010, par. 64; L.-M. O'NEILL et J. MAJOR, préc., note 1731, par. 81. Les dispositions du texte distinguent elles-mêmes entre les mesures pénales de répression des infractions et les mesures d'application de la loi en réaction aux contraventions à la loi et à ses règlements d'application : art. 239 1°, 2° et 3° L.v.m.

¹⁷³³ *Supra*, par. 229.

¹⁷³⁴ Le texte prévoit que par :

« [...] suite d'un manquement à une obligation prévue par la législation en valeurs mobilières, l'Autorité peut demander au Tribunal administratif des marchés financiers de rendre, à l'égard de quiconque afin de corriger la situation ou de priver une personne des gains réalisés à l'occasion de ce manquement, une ou plusieurs des ordonnances [...] ».

¹⁷³⁵ Le Tribunal administratif des marchés financiers peut « interdire à une personne d'agir comme administrateur ou dirigeant d'un émetteur, d'un courtier, d'un conseiller et d'un gestionnaire de fonds d'investissement pour les motifs prévus à l'article 329 du Code civil ou lorsqu'elle fait l'objet d'une sanction en vertu de la présente loi, de la Loi sur la distribution de produits et services financiers (chapitre D-9.2) ou de la Loi sur les instruments dérivés (chapitre I-14.01) ».

sur le fondement des manquements à la loi et à ses règlements ne sont pas, d'après le texte, punitives. Elles visent en effet à « inciter la personne ou la municipalité à prendre rapidement les mesures requises pour remédier au manquement et dissuader la répétition de tels manquements »¹⁷³⁶. Dans le cadre de la définition unifiée de la notion de répression, de telles sanctions, eu égard à leur fondement, pourraient intégrer la catégorie des mesures répressives¹⁷³⁷. Le même schéma réactionnel se retrouve quant à certaines mesures administratives relatives au droit des étrangers.

328. *Le potentiel répressif des mesures administratives en droit des étrangers français et canadien.* En droit français des étrangers, différentes mesures, notamment privatives ou restrictives de libertés¹⁷³⁸, peuvent être prises à l'encontre des personnes qui se trouvent sur le territoire français de façon irrégulière. Ces mesures administratives de surveillance et de rétention visent à l'exécution de différentes décisions, administratives ou judiciaires, qui ont majoritairement¹⁷³⁹ pour origine l'existence d'un comportement ou d'un état illicite, notamment la présence irrégulière de la personne étrangère sur le sol français¹⁷⁴⁰ ou la commission d'une infraction pénale¹⁷⁴¹. En droit canadien, les mesures administratives prises à l'encontre des étrangers en situation irrégulière sur le territoire canadien, notamment la détention et les mesures conditionnant la remise en liberté dans l'attente de l'exécution d'une mesure de contrôle, d'enquête ou de renvoi, selon les cas, sont fondées sur des faits établis ou sur des faits que les autorités soupçonnent. En laissant de côté les hypothèses de détention et de mesures de contrôle fondées sur la nécessité de

¹⁷³⁶ Art. 115.13 1° L.q.e.

¹⁷³⁷ En outre, plusieurs auteurs sont convaincus de leur nature punitive : not, R. DAIGNEAULT, préc., note 1195; J. PIETTE, préc., note 149; J. PIETTE, « La contestation des sanctions administratives pécuniaires en vertu de la Loi sur qualité de l'environnement », préc., note 1173.

¹⁷³⁸ Une personne peut par exemple être placée en rétention administrative dans l'attente de son expulsion (art. L. 741-1 à 741-5 CESEDA) ou être assignée à domicile (art. L. 731-1 à L. 731-5 CESEDA). Les étrangers qui ne sont pas autorisés à entrer sur le territoire français peuvent être placés et maintenus en zone d'attente à leur arrivée sur le territoire : L. 340-1 à L. 343-11 CESEDA).

¹⁷³⁹ La menace pour l'ordre public peut aussi constituer un motif pour fonder une obligation de quitter le territoire français en raison de laquelle une personne étrangère peut être assignée à résidence ou placée dans un centre de rétention administrative : art. L. 731-1 1° et L. 611-1 5° CESEDA. Néanmoins, dans cette hypothèse, en l'absence d'une illicéité formelle, il serait possible de considérer l'existence d'une illicéité non-formelle : *infra*, par. 335 et suiv.

¹⁷⁴⁰ Pour la mesure d'assignation à résidence fondée sur une obligation de quitter le territoire français en raison d'un séjour irrégulier : art. L. 731-1 1° et L. 611-1 1°, 2°, 3°, 4° CESEDA. Pour le placement en rétention administrative : art. L. 741-1 CESEDA.

¹⁷⁴¹ Pour la mesure d'assignation à résidence fondée sur une obligation de quitter le territoire français pour mettre à exécution la peine d'interdiction du territoire français : art. L. 731-1 7° et L. 641-1 CESEDA. Pour le placement en rétention administrative : art. L. 741-2 CESEDA.

vérifier une identité ou sur des soupçons d'illicéité¹⁷⁴², l'irrégularité de la situation de la personne sur le territoire canadien semble fonder sa détention ou le conditionnement de sa mise en liberté¹⁷⁴³. Ainsi, bien que les mesures ne sont pas directement une réponse à la commission d'une infraction criminelle, elles trouvent un fondement dans la situation illicite de la personne étrangère. En outre, l'illicéité de la présence de la personne étrangère sur le sol canadien peut résulter de ce qu'elle est interdite de territoire; certains motifs d'interdiction de territoire sont directement liés à des faits infractionnels imputés à la personne, y compris pour le motif sécuritaire¹⁷⁴⁴. Ainsi, que les mesures prises pour contrôler la présence des étrangers en situation irrégulière sur le territoire canadien soient analysées sous l'angle de la criminalisation¹⁷⁴⁵ ou de la plus neutre gestion administrative aux accents punitifs de la situation de ces personnes¹⁷⁴⁶, elles peuvent être considérées comme répressives au regard de leur fondement, c'est-à-dire l'illicéité de la situation de la personne étrangère.

329. *Bilan de la répression fondée sur l'illicéité avérée.* Les réactions juridiques à l'existence avérée d'une illicéité conduisent à envisager la nature répressive de deux types de mesures, celles qui sont effectivement déjà qualifiées de peines ou de punitions et celles qui constituent tout autant des réactions juridiques aux illicéités, et dont le contenu est similaire à certaines peines et punitions qui ne sont pourtant pas qualifiées comme telles. Elles ont toutes pour point commun d'être les conséquences de l'illicéité et d'en proposer une issue. Celle-ci permet généralement soit à l'auteur des faits qui exécute

¹⁷⁴² Ces hypothèses justifiant les mesures d'arrestation et de détention, puis des mesures de surveillance ou de contrôle en cas de remise en liberté, seront précisées au titre de la répression fondée sur une illicéité soupçonnée : *infra*, par. 330-333. Notamment, la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* prévoit la possibilité de la détention aux fins d'immigration des résidents permanents et des étrangers pour différents motifs. Elle peut notamment résulter du fait que la personne est interdite de territoire (art. 55(1) à (3)) ou qu'elle est un étranger désigné (art. 55(3.1)) et 20.1(1)).

¹⁷⁴³ Art. 54 à 61 LIPR. Les textes ne sont pas particulièrement clairs quant aux hypothèses dans lesquelles une personne dont il est effectivement établi qu'elle demeure irrégulièrement sur le territoire canadien peut ou doit être détenue ou mise en liberté sous conditions. Les dispositions ne les prévoient pas expressément et distinctement mais il semblerait que cela soit possible par exemple si la personne est en plus considérée comme un danger pour la sécurité publique (art. 58(1) a) LIPR), si « le résident permanent ou l'étranger se soustraira vraisemblablement au contrôle, à l'enquête ou au renvoi, ou à la procédure pouvant mener à la prise par le ministre d'une mesure de renvoi » (art. 58(1)b) LIPR) ou si l'identité d'un étranger désigné n'a pas été prouvée (art. 58(1)e) LIPR). Voir égal. art. 58(1.1) et 58(2) LIPR.

¹⁷⁴⁴ Art. 34(1) a), b), b.1), c), e) (motif sécuritaire), art. 35(1) (atteinte aux droits humains ou internationaux), art. 36(1) (grande criminalité) et 36(2) (criminalité) et 37(1) (activités de criminalité organisée) LIPR.

¹⁷⁴⁵ D. NAKACHE, *préc.*, note 401.

¹⁷⁴⁶ J. VELLOSO, *préc.*, note 614.

pleinement la mesure d'être quitte envers la société et la victime¹⁷⁴⁷, soit de le maîtriser pour mettre fin à l'illicéité ou l'empêcher de se reproduire. Des mesures semblables existent également dans des hypothèses pour lesquelles leur rôle n'est pas de mettre un terme à l'illicéité, mais de permettre sa démonstration ou d'éviter sa persistance, son recommencement, pour qu'elle soit, ou avant qu'elle soit, effectivement établie. Ainsi, avant d'être avérée ou le temps qu'elle le devienne, une illicéité est souvent supposée et permet la mise en œuvre de mesures restreignant les droits et libertés de la personne soupçonnée.

B. La répression fondée sur une illicéité supposée

330. *L'illicéité supposée comme fondement de la réaction répressive.* Certaines mesures prises au cours d'une procédure dans le but d'obtenir des éléments de preuve, comme les perquisitions, fouilles et saisies, sont attentatoires à la vie privée et au droit de propriété. La conservation des preuves, la cessation d'une infraction et la sécurité des personnes justifient également que soient prises des mesures de contrôle, de surveillance et de détention, qui restreignent ou privent les justiciables de leur liberté d'aller et venir ou de leur liberté individuelle. Ainsi, une question se pose : les mesures prises dans le but d'établir la véracité d'une illicéité ou d'y mettre fin, de façon temporaire, dans l'attente de son établissement complet et du règlement juridique définitif de la situation, sont-elles être répressives ? Faut-il réserver la qualification de répression aux mesures qui ont vocation à définitivement mettre un terme à la situation et en établir ses conséquences finales pour son auteur ? La conception d'une définition unifiée de la répression permet et incite à l'intégration des mesures de réaction aux illicéités supposées à la catégorie juridique de la répression, aux côtés des mesures qui répondent aux illicéités avérées. Il est en effet logique et utile d'intégrer les illicéités soupçonnées à la notion d'illicéité comme fondement de la réaction répressive. La raison d'être de la notion unifiée de répression et l'amélioration contemporaine de certaines garanties en faveur des justiciables en procédure pénale favorisent cette conception large de l'illicéité comme source de la répression.

¹⁷⁴⁷ Dans le cas des mesures de l'article 41-1 du Code de procédure pénale, le succès d'une mesure de réparation du dommage subi par la victime, par exemple, ne prémunit pas l'auteur des faits contre une poursuite car l'exécution de la mesure n'éteint pas l'action publique. Pour la possibilité de déclencher les poursuites pénales après une mesure de rappel à la loi : Crim. 21 juin 2011, n° 11-80.003, *D.* 2011.2379, note François DESPREZ, *Id.*, 2349, point de vue Jean-Baptiste PERRIER; *AJ pénal* 2011.12.584, note Ludovic BELFANTI; *RSC* 2011.3.660, obs. Jean DANET; *JCP* 2011.52.1453, note Franck LUDWICZAK; Crim. 17 janv. 2012, n° 10-88.226, *D.* 2012.pan.2118, obs. Jean PRADEL.

331. *L'adéquation entre l'acception large de l'illicéité et les objectifs de la proposition d'une définition unifiée de répression.* L'acception large de l'illicéité comme fondement de la réaction répressive favorise la protection des justiciables contre les atteintes portées à leurs droits et libertés lors des phases procédurales d'enquête et du procès. Elle participe de manière générale à la clarté, la prévisibilité et l'harmonisation du droit quant à l'encadrement de ces atteintes dans le cadre d'un État de droit. En droit canadien et français, la notion doctrinale de répression permet d'appréhender l'existence et le développement de mesures attentatoires aux droits et libertés des justiciables en dehors des voies pénales classiques, comme réponses à des manquements divers et variés dans les matières extra-pénales. Elle permet de porter attention à ces atteintes, pour certaines très peu encadrées, et fonde la proposition d'un cadre plus strict pour que les autorités publiques puissent recourir à ces mesures. En parallèle, en droit pénal français, les évolutions du droit positif ont conduit à renforcer les garanties protégeant les droits et libertés des justiciables au cours de la procédure, notamment pour les mesures attentatoires à la liberté individuelle. Ainsi, en matière de garde à vue¹⁷⁴⁸ et de détention provisoire¹⁷⁴⁹, les motifs de placement et le contrôle des mesures ont été précisés et renforcés pour limiter leur utilisation et améliorer les garanties pour les justiciables¹⁷⁵⁰. De manière plus générale, la réalité et la durée des atteintes aux droits et libertés des

¹⁷⁴⁸ Art. 62-2 et suiv. C. proc. pén. Les motifs du placement en garde à vue ont été précisés, la place et le rôle de l'avocat renforcés, l'intervention du procureur de la République pour l'examen du bien-fondé de la mesure et d'un juge pour sa prolongation avancée à la suite de plusieurs décisions affirmant l'inconstitutionnalité et l'inconventionnalité de plusieurs dispositions relatives à la garde à vue. Voir not. à ce propos : *Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue*, J.O. 15 avril 2011; Cons. const. 30 juill. 2010 n° 2010-14/22 QPC, *M. Daniel W. et autres*, par. 29; CEDH, *Brusco c. France*, n° 1466/07, 14 oct. 2010, par. 44 à 55; Crim. 19 oct. 2010 n° 10-82.902 et 10-85.051; Dossier : « Quelle réforme pour la garde à vue ? », *AJ Pénal* 2010 n° 11; Gabriel ROUJOU DE BOUBÉE, « La réforme de la garde à vue : commentaire de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 », *D.* 2011.1570.

¹⁷⁴⁹ Art. 137 al. 3, 137-1 et 143-1 à 148-8 C. proc. pén. et art. 80-1 (conditions de la mise en examen permettant la détention provisoire). Les lois ayant réformé la détention provisoire sont notamment la *Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens*, J.O. 19 juillet 1970, p. 6751; la *Loi n° 75-701 du 6 août 1975 modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale*, J.O. 7 août 1975, p. 8035; la *Loi n° 84-576 du 9 juillet 1984 tendant à renforcer le droit des personnes en matière de placement en détention provisoire et d'exécution d'un mandat de justice*, J.O. 10 juillet 1984; La *loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le code de procédure pénale et relatif à la détention provisoire*, J.O. 8 juill. 1989, p. 8538; la *Loi 96-1235 du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme*, J.O. 1^{er} janv. 1997, p. 9; et la *Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, J.O. 16 juin 2000.

Pour les motifs de la détention présentencielle au Canada : art. 515(10) C.cr. Pour l'ensemble des conditions de la remise en liberté ou de la détention d'un prévenu inculpé d'une infraction : art. 515 à 523 C.cr. Les motifs précis justifiant la détention de la personne avant sa condamnation sont assez similaires en droit français et canadien.

¹⁷⁵⁰ Art. 62-2 al. 2 C. proc. pén. (GAV) et art. 137 et 144 (détention provisoire).

mesures procédurales conduisent à les encadrer strictement afin de protéger les justiciables.

La proposition de définition unifiée de la notion de répression s'inscrit donc dans un objectif semblable, ce qui incite à retenir une acception large de celle-ci. Cela incite à retenir une acception étendue de l'illicéité pour mieux servir l'objectif de protection des justiciables, en s'attachant à l'essence de la mesure, à sa nature réactive, au-delà de l'objectif poursuivi par le législateur et du processus utilisé pour l'imposer. Il permet de favoriser la protection accordée aux justiciables en écartant les étiquettes formelles attribuées aux mesures qui peuvent permettre de contourner l'application des garanties. Ainsi, peu importe la nature punitive ou non punitive de la mesure et la procédure empruntée, dès lors qu'elle est consécutive à une illicéité, elle est susceptible d'intégrer la catégorie juridique de la répression. Par la définition large de la cause de la réaction répressive, l'évitement de l'application des garanties devient moins aisé. Dès lors que les enjeux auxquels cherche à répondre la notion unifiée de répression sont présents pour les mesures fondées sur une illicéité supposée, il n'y a pas lieu d'écarter cette hypothèse. En ce sens, la distinction entre les buts et les effets de la mesure de détention provisoire ou détention présentencielle est largement relativisée en droit positif et montre que les motifs justifiant ce type de mesures, qui doivent généralement être trouvés au-delà de l'illicéité elle-même, n'en font pas oublier leur effet réel.

332. *La reconnaissance de la proximité substantielle de la peine privative de liberté et de la détention provisoire favorisant la définition large de l'illicéité au fondement de la répression.* Que ce soit en droit français ou en droit canadien, la durée de la détention dans l'attente d'un procès est imputée sur la durée de la peine privative de liberté prononcée à l'issue du procès¹⁷⁵¹. Les pouvoirs publics considèrent ainsi que cette privation de liberté avant la reconnaissance de culpabilité et la condamnation a un effet équivalent sur le plan substantiel à celle qui peut être endurée en raison d'une condamnation¹⁷⁵². Ainsi, il est indifférent que les motifs qui ont justifié précisément la

¹⁷⁵¹ Dr. fr. : art. 716-4 al. 1 C. proc. pén. Dr. can. : art. 719(3) et 719(3.1) C.cr. En droit français, il n'existe pas d'imputation de la durée de la garde à vue sur la peine prononcée. Pourtant, les motifs de garde à vue et les motifs de détention provisoire sont très proches. Seule la plus courte durée de la mesure de garde à vue pourrait expliquer et, éventuellement le degré inférieur de certitude de l'implication de la personne dans la réalisation de l'infraction.

¹⁷⁵² La Cour suprême a reconnu qu'en raison de sa nature privative de liberté et de ses conditions d'exécution, la détention provisoire pouvait être réputée constituer une peine après le verdict de culpabilité :

mesure privative de liberté aient été de rechercher ou conserver l'intégrité des preuves, d'assurer la présence de l'auteur soupçonné à son procès ou de protéger des personnes. Les effets sont reconnus identiques à ceux d'une peine¹⁷⁵³. De plus, certaines mesures fondées sur des illicéités avérées n'ont pas pour but de punir, ni même de saisir l'illicéité elle-même, mais par exemple de prévenir son renouvellement. Cela n'a pas justifié leur exclusion de la notion unifiée de répression. En raison de la diversification des réponses aux infractions, il n'y a pas fondamentalement de différence entre les réactions juridiques aux illicéités avérées et celles qui ne se saisissent que des illicéités supposées. Si différence il y a, elle est de degré et non de nature. Ainsi, les mesures procédurales qui n'ont pas pour objectif de répondre directement à la situation illicite et d'en tirer les conséquences pour son auteur ou d'y répondre définitivement peuvent être répressives lorsqu'elles sont déclenchées par une illicéité, même si celle-ci n'est que soupçonnée.

333. *Les mesures fondées sur une illicéité supposée.* L'objectif de la démonstration n'est pas d'affirmer que toutes les mesures procédurales de recherche de la vérité ou de

« Prétendre que la détention présentencielle ne peut jamais être réputée constituer une peine après la déclaration de culpabilité — parce que le système judiciaire ne punit pas des personnes innocentes — est un exercice de sémantique qui ne tient pas compte de la réalité de cette détention, si soigneusement décrite par le juge Laskin dans l'arrêt Rezaie, précité, et par Gary Trotter, dans son ouvrage intitulé *The Law of Bail in Canada* (2e éd. 1999), à la p. 37:

[TRADUCTION] Souvent, les prévenus en détention provisoire, comme on les appelle parfois, attendent leur procès dans des centres de détention ou des prisons locales qui ne conviennent pas à de longs séjours. Comme on l'a souligné dans le rapport Ouimet, il arrive que dans de tels établissements la liberté des prévenus soit davantage restreinte que dans bon nombre d'établissements où sont incarcérées les personnes qui ont été déclarées coupables. L'entassement des prévenus, le renouvellement constant de la population carcérale et la difficulté de mettre efficacement en œuvre des programmes et des activités récréatives font qu'il peut s'avérer très pénible d'être détenu dans de tels établissements.

En conséquence, bien que la détention avant le procès ne se veuille pas une sanction lorsqu'elle est infligée, elle est, de fait, réputée faire partie de la peine après la déclaration de culpabilité du délinquant, par l'application du par. 719(3). Le fait d'assimiler ce type de détention à une peine n'est pas sans rappeler l'observation, analysée plus tôt dans les présents motifs, que le délinquant qui bénéficie d'une libération conditionnelle continue, tant qu'il a le droit d'être en liberté, de purger sa peine d'emprisonnement. » (*R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455 (CSC), par. 41, voir égal. les par. 28 et 30.)

La détention provisoire n'est cependant pas qualifiée de peine aux fins d'application des dispositions en cause et la Cour suprême affirme le caractère préventif et non punitif de la mesure : *R. c. Mathieu*, [2008] 1 R.C.S. 723 (CSC), par. 18.

¹⁷⁵³ S. DELATTRE, préc., note 63, par. 718-719, p. 476-478 et Arnaud DERBEY et Sacha RAOULT, « Est-il possible de réformer la détention provisoire ? Deux exemples d'application de la loi du 15 juin 2000 », *AJ Pénal* 2019.11.568; Faustin HELIE, *Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du Code d'instruction criminelle*, t. 5 « De la mise en prévention. De la mise en accusation et du règlement de la compétence », 2^e éd., Paris, Henri Plon, 1867, p. 110.

sauvegarde de la sécurité des personnes doivent être qualifiées de mesures répressives. En revanche, doivent l'être celles qui sont fondées sur le soupçon d'une illicéité. Les arrestations, fondées sur la commission d'une infraction, constituent ainsi les premiers actes répressifs. Sont donc concernées, comme il l'a été précédemment observé, les mesures de garde à vue et de détention provisoire en droit pénal français et la détention présentencielle en droit pénal canadien, qui trouvent leur origine dans les soupçons portés à l'endroit de l'individu gardé ou détenu¹⁷⁵⁴. Le fait que la mesure de contrainte ne puisse être justifiée que sur la base de différents motifs liés aux craintes de fuite de l'individu soupçonné, à la recherche de la vérité, ou à la sûreté des personnes¹⁷⁵⁵ ne doit pas masquer la condition première de ces mesures : des soupçons suffisamment fondés et nourris à l'égard de la personne retenue. La détention provisoire a ainsi pu être qualifiée de « pré-jugement »¹⁷⁵⁶. Dans les droits des deux ordres juridiques, ce sont en premier lieu les soupçons concernant la réalisation d'une infraction qui rend possible la mesure¹⁷⁵⁷. Si les soupçons ne suffisent pas, à eux seuls, à justifier la privation de liberté¹⁷⁵⁸, les motifs de la manifestation de la vérité ou de la protection des personnes ne permettent pas seuls non plus, en principe, de retenir un individu. Les critères sont généralement cumulatifs : un soupçon d'illicéité et une raison plus spécifique justifiant particulièrement la détention. Le soupçon d'illicéité n'en est pas moins nécessaire. D'autres mesures sont concernées par la réflexion.

¹⁷⁵⁴ En droit français, la garde à vue n'est possible qu'à l'endroit de la personne contre qui il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement (art. 62-2 al. 1 C. proc. pén.) et seule la personne contre laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi (art. 80-1 al.1 C. proc. pén.) peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire, d'une assignation à résidence avec surveillance électronique ou d'une détention provisoire (art. 137 C. proc. pén.). En droit canadien, la détention présentencielle ne semble possible que si la personne est soupçonnée d'avoir commis l'infraction puisque l'article 515(1) C.cr. fait mention du « prévenu inculqué d'une infraction ».

¹⁷⁵⁵ Dr. fr. : art. 144 C. proc. pén. Dr. can. : art. 515(10) C.cr.

¹⁷⁵⁶ Robert BADINTER, « Un pré-jugement : la détention préventive », *Le Monde*, 13 avr. 1970; S. DELATTRE, préc., note 63, par. 719, p. 477-478 et par. 739 et suiv., p. 490 et suiv.

¹⁷⁵⁷ Une auteure a ainsi parlé de « présomption de culpabilité » comme justification de l'atteinte à la liberté avant jugement : S. DELATTRE, préc., note 63, par. 750, p. 496-497. La CEDH exige, pour l'application de l'article 5 §1 c), la démonstration de « raisons plausibles de soupçonner » que la personne détenue a commis une infraction : CEDH, *Kurt c. Autriche*, n° 62903/15, 15 juin 2021, par. 187. Pour autant, la décision de placement en détention provisoire ne doit pas refléter le sentiment que la personne est coupable : CEDH, *Minelli c. Suisse*, n° 8660/79, 25 mars 1983, par. 37.

¹⁷⁵⁸ Certains motifs révèlent toutefois que les mesures privatives de liberté procédurales peuvent être uniquement tournées vers la cessation de l'infraction et la prévention de son renouvellement et constituent alors une réponse directe à l'infraction : art. 62-2 6° C. proc. pén. (garde à vue), art. 144 6° et 7° C. proc. pén. (détention provisoire) et 515(10) c) C.cr. (détention présentencielle). En outre, les motifs liés à la préservation de la sécurité des personnes sont tout à fait communs à l'objectif pénal d'élimination ou d'isolement du délinquant du reste de la société pour en préserver les membres.

En droit français, l'arrestation est possible en cas de flagrance pour les crimes et délits punis d'une peine d'emprisonnement selon la définition de la flagrance de l'article 53 alinéa premier du Code de procédure pénale¹⁷⁵⁹. Elle est alors possiblement un mécanisme répressif puisqu'elle se fonde sur une illicéité supposée (illicéité qui a été constatée ou très fortement soupçonnée, mais qui n'a pas encore été officiellement reconnue par les autorités)¹⁷⁶⁰. En droit canadien, l'arrestation sans mandat par un agent de la paix est possible lorsqu'il y a des motifs raisonnables ou probables de croire¹⁷⁶¹ qu'une personne a commis un acte criminel ou est sur le point de le commettre¹⁷⁶² ou lorsqu'une personne est trouvée en train de commettre un acte criminel ou une infraction punissable par voie de poursuite sommaire¹⁷⁶³. Elle est donc une réaction à une illicéité, tout comme la période de garde¹⁷⁶⁴ nécessaire à la comparution devant un juge de paix lorsque la personne arrêtée n'est pas remise en liberté¹⁷⁶⁵.

En droit civil français, l'ordonnance de protection délivrée par le juge aux affaires familiales destinée à prévenir le renouvellement ou la survenance de violence notamment envers le membre d'un couple ou d'enfants, est fondée sur « des raisons sérieuses de considérer comme vraisemblables la commission des faits de violence allégués et le danger » auquel les personnes sont exposées¹⁷⁶⁶. Pour cette raison, elle pourrait intégrer la catégorie des mesures répressives.

En droit administratif canadien, les mesures administratives de restriction ou de privation de liberté fondées sur des soupçons d'illicéité quant au droit d'un étranger d'être

¹⁷⁵⁹ Art. 73 C. proc. pén.

¹⁷⁶⁰ Le contrôle judiciaire d'identité fondé sur l'existence d'une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'une personne a commis ou tenté de commettre une infraction ou qu'elle se prépare à commettre un crime ou un délit pourrait également relever de la notion de répression, en ce qu'elle se fonde sur une illicéité supposée et qu'elle prive l'individu de la liberté de façon momentanée. Il peut en effet dans ce cas être demandé à la personne de justifier de son identité par tout moyen : art. 78-2 al. 2 et 3 C. proc. pén. Elle est donc retenue le temps de fournir les éléments nécessaires.

¹⁷⁶¹ Selon un test à la fois objectif et subjectif : la situation doit révéler que l'arrestation est raisonnablement justifiée et l'agent de la paix doit le croire lui-même : *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13 (CSC), par. 24; *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217 (CSC), par. 26; *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241 (CSC), 251.

¹⁷⁶² Art. 495(1) a) C.cr.

¹⁷⁶³ Art. 495(1) b) C.cr. L'interception policière aux fins d'enquête dans le cadre de la conduite automobile, fondée sur des motifs précis est également possible (*R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291) tout comme l'interception d'un individu correspondant à la description d'un suspect d'effraction, lorsqu'elle est fondée sur des motifs raisonnables de détention, c'est-à-dire qu'il existe un lien clair entre l'individu et l'infraction criminelle récente ou en cours (*R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59 (CSC), par. 33-35 et 45) : P. BELIVEAU et J. PRADEL, préc., note 1186, par. 1295-1302, p. 451-453.

¹⁷⁶⁴ Art. 503(1) C.cr. La garde à vue n'existe pas en droit canadien : *Id.*, par. 1295, p. 451.

¹⁷⁶⁵ En vertu des pouvoirs conférés par les articles 496 et suiv. C.cr. et 454(1.1) et 503(2) C.cr.

¹⁷⁶⁶ Art. 515-11 al. 1 C.civ.

sur le sol canadien sont également de celles qui pourraient être qualifiées de mesures répressives¹⁷⁶⁷.

Les fouilles, saisies, perquisitions et autres mesures attentatoires à la vie privée et au droit de propriété pourraient également intégrer la catégorie juridique de la répression dès lors qu'elles sont déclenchées par des soupçons d'illicéité, que leur origine soit pénale¹⁷⁶⁸, administrative¹⁷⁶⁹, civile ou disciplinaire.

334. *L'indifférence du caractère temporaire de la mesure pour la qualification de l'illicéité.* À ce stade de la réflexion, la durée, possiblement courte de la mesure et son caractère nécessairement temporaire (puisque'elle n'a vocation à durer, au maximum, que le temps nécessaire à l'établissement définitif de l'illicéité) n'ont pas d'incidence sur la caractérisation du soupçon d'illicéité. Il suffit de constater que la mesure trouve bien son origine dans la violation soupçonnée d'une norme comportementale. La durée de la mesure est revanche une donnée qui intéresse le contenu de la réaction, sa gravité¹⁷⁷⁰.

Le critère de la cause de la réaction répressive a été défini comme étant une illicéité. Cette illicéité, comprise comme un comportement ou un état dangereux, peut être formelle ou non-formelle. Ainsi, après avoir étudié les différentes modalités de l'illicéité formelle, il convient d'étudier les modalités de l'illicéité non-formelle.

II. Les modalités de l'illicéité non-formelle

335. *La dangerosité de l'individu comme illicéité non-formelle (rappel)*¹⁷⁷¹. La cause de la répression se trouve dans l'existence d'une illicéité, comprise substantiellement comme un comportement ou un état dangereux¹⁷⁷². La dangerosité d'un comportement

¹⁷⁶⁷ Art. 55(1), 55(2) a) et 55(3) b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27.

¹⁷⁶⁸ Art. 56 à 79 C. proc. pén. (dans le cadre de l'enquête de flagrance), art. 76 C. proc. pén. (dans le cadre de l'enquête préliminaire) et art. 94 à 98 C. proc. pén. (dans le cadre de l'instruction).

¹⁷⁶⁹ Voir les « Visites et saisies », art. L. 229-1 à L. 229-6 C. séc. int.

¹⁷⁷⁰ Sur la quantitative de la réaction répressive : *Infra*, par. 364 et suiv. Sur la gravité des atteintes à la liberté individuelle : *infra*, par. 385 et 397 et suiv.

¹⁷⁷¹ *Supra*, par. 300 et suiv., spéc. par. 304.

¹⁷⁷² Les notions d'état dangereux et de dangerosité sont parfois distinguées, l'état dangereux désignant une situation avérée, parfois conçue comme permanente, et la dangerosité renvoyant plutôt à une potentialité future : L. GREGOIRE, préc., note 58, par. 120, p. 148-150. Néanmoins, plusieurs auteurs mettent en avant les limites de cette distinction et proposent de considérer les deux notions comme synonymes : M. BRENAUT, préc., note 63, par. 25 et 26, p. 36 et 39; C. MANDON, préc., note 59, par. 278, p. 383-384. La seule différence ici établie relève du rapport entre le général et le spécial : la notion de dangerosité est utilisée comme la catégorie générale dont l'état dangereux est une catégorie particulière aux côtés du comportement dangereux. Cette distinction se fonde sur la commodité rédactionnelle et la nécessité, afin

ou d'un état est juridiquement appréhendée de deux façons. Elle peut être saisie dans un comportement que le droit proscriit¹⁷⁷³ et équivaut alors à une violation de la loi au sens formel. Elle peut aussi être un état ou un comportement qui n'est pas formellement illicite, c'est-à-dire interdit, mais un comportement suffisamment inquiétant en lui-même pour qu'il fasse craindre la survenance future d'une violation formelle de la loi¹⁷⁷⁴. Dans le second cas, la dangerosité est saisie par le droit, parfois à titre parfaitement autonome, parce qu'elle fait craindre la commission future d'une illicéité formelle, particulièrement d'une infraction pénale¹⁷⁷⁵. Le comportement ou l'état saisi est en revanche déjà substantiellement illicite puisque désigné par le droit comme dangereux ou nuisible. Le mécanisme juridique à l'œuvre est semblable, lorsque, par des moyens identiques, le droit cherche à saisir un comportement ou un état dangereux, qu'il soit illicite formellement ou substantiellement¹⁷⁷⁶.

d'éviter de trop longues répétitions, de recourir à un mot pour englober tant les états que les comportements dangereux. Ainsi, sans qu'il soit nécessaire de tenter une distinction précise entre état dangereux et comportement dangereux, il apparaît que toute forme de dangerosité ne réside pas nécessairement dans un état dangereux mais que tout état dangereux révèle la dangerosité de l'agent. Suggérant cette possibilité d'envisager un rapport du général au particulier entre les deux notions : Christian DEBUYST, « Notion et définition d'état dangereux », dans Jean PINATEL (dir.), *Le problème de l'état dangereux. Deuxième cours international de criminologie*, Paris, Ministère de la Justice, 1954, p. 599-608, à la p. 601. Cette conception duale de la dangerosité se retrouve tant en droit canadien qu'en droit français, même si elle peut s'exprimer par des voies parfois différentes. Concernant la responsabilité pénale, des catégories identiques de personnes sont associées à la dangerosité. En sont ainsi particulièrement les figures, les personnes malades mentales, les personnes récidivistes, les criminels violents, les auteurs d'infractions sexuelles : Julie ALIX, « Chapitre premier. Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France », dans Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, coll. Les voies du droit, Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 47-78, à la p. 59; Cristina APETROAIE et Clémence DJUISSI SIGHA, « Chapitre IV. Homo homini res est ? Dangerosité et droit au Canada », dans Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, coll. Les voies du droit, Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 249-280, aux p. 253 et 259; C. MANDON, préc., note 59, par. 283, p. 392. Dans les deux ensembles législatifs, le constat est fait d'une augmentation du champ couvert par la notion de dangerosité et de la désignation particulière de catégories toujours plus larges de personnes avec une diversité ou une diversification des mesures privatives ou restrictives de libertés mises en place dans le champ pénal ou en dehors de celui-ci pour contrôler maîtriser ces personnes : C. APETROAIE et C. DJUISSI SIGHA, préc., cette note; C. MANDON, préc., note 59, par. 280 et suiv., p. 386 et suiv.

¹⁷⁷³ Affirmant par exemple la place prégnante de la dangerosité dans les incriminations pénales, y compris au-delà des seules infractions obstacles et formelles : J. ALIX, préc., note 1772, à la p. 50; M. BRENAUT, préc., note 63, par. 32, p. 44; P. CONTE, préc., note 1621, aux p. 72-73; C. MANDON, préc., note 59, par. 282, p. 389-392.

¹⁷⁷⁴ Pour une distinction entre « dangerosité envers les personnes » et « dangerosité de certaines personnes » et une distinction entre « dangerosité objective » et « dangerosité subjective », voir respectivement : M. BRENAUT, préc., note 63, par. 32, p. 44; P. CONTE, préc., note 1621, à la p. 71.

¹⁷⁷⁵ Cette hypothèse renvoie particulièrement aux mesures de sûreté pénales : B. BOULOC, préc., note 35, par. 35, p. 470; M. BRENAUT, préc., note 63, p. 29 et suiv.; L. GREGOIRE, préc., note 58, par. 131, p. 160-162, par. 136, p. 165-166 et par. 141, p. 1169-171; C. MANDON, préc., note 59, par. 272 et suiv., p. 378 et suiv.; Fr. ROUSSEAU, préc., note 1676, p. 265-280, spéc. aux p. 271 et suiv.

¹⁷⁷⁶ Cette idée correspond aux définitions de la répression et de la dangerosité dans la langue française. Est en effet dangereux ce qui met en danger, c'est-à-dire menace la vie, la sécurité, les intérêts, ou l'existence

Cette acception nouvelle permet d'intégrer à la répression différents mécanismes juridiques dont le schéma réactionnel est identique aux mécanismes répressifs classiquement conçus. Ainsi, après avoir exposé les caractéristiques de l'illicéité non-formelle (A), quelques-unes des applications de l'illicéité non-formelle comme cause de la réaction répressive seront présentées (B).

A. Caractéristiques de l'illicéité non-formelle comme cause de la répression

336. *L'illicéité non-formelle pour appréhender la diversification de la répression.*

Dans certaines circonstances, la dangerosité d'un individu constitue la seule condition à une réaction juridique. Or, cette dangerosité est saisie par le droit parce qu'elle est perçue comme une menace, même si cette menace est parfois très soupagement conçue, et détachée de toute correspondance à un comportement interdit. L'illicéité non-formelle a ainsi pour caractéristique d'identifier un comportement ou un état à une menace (1) et d'être autonome par rapport aux conceptions classiques de la punition (2).

1. L'identification d'un comportement ou d'un état à une menace

337. *L'illicéité non-formelle en opposition avec l'illicéité matérielle.* Classiquement, l'illicéité matérielle est une exigence de contrariété d'un comportement à l'ordre juridique caractérisé par l'atteinte effective à un bien juridique, strictement conçue comme lésion ou mise en danger réelles du bien¹⁷⁷⁷. Elle assure la légitimité de la répression¹⁷⁷⁸. En droit positif, l'illicéité matérielle n'apparaît pas comme une exigence particulièrement

de quelqu'un : ACADEMIE FRANÇAISE, préc., note 1, v° « Dangereux ». Quant à la répression elle signifie autant l'action qui vise à réprimer un acte prohibé qu'un acte jugé néfaste d'une part, et l'ensemble des mesures prises à cette fin, d'autre part : *Id.*, v° « Répression ». Ces définitions mettent en évidence les deux composantes proposées pour définir une notion unifiée de répression que sont son fondement – le comportement ou état dangereux –, et son contenu – une mesure grave –.

¹⁷⁷⁷ M. LACAZE, préc., note 805, par. 76, p. 191-192. *Supra*, par. 302. Il est intéressant de remarquer que le droit canadien exprime une exigence semblable par le critère matériel de la compétence fédérale en droit criminel. En effet, pour être rattachée au chef de compétence fédérale, une loi ou une disposition doit, en plus de poser une interdiction et de prévoir une sanction (éléments qualifiés de formels par la jurisprudence), « réprimer un mal ». Plus précisément, cet élément matériel est « l'objet justifiant le recours au droit criminel : la répression d'un mal réel ou appréhendé et la protection concomitante d'intérêts sociaux légitimes » : *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, préc., note 1615, par. 234-235. La Cour suprême précise que le mal à réprimer ou les intérêts menacés à protéger « doivent nécessairement être réels », ce dont il faut comprendre que « la crainte raisonnée de préjudice », critère retenu dans *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452 (CSC); et repris dans *R. c. Malmö-Levine*; *R. c. Caine*, préc., note 807, par. 78., « doit être réelle et correspondre à des conduites ou à des faits qui peuvent être identifiés et établis » : *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, préc., note 1615, par. 235.

¹⁷⁷⁸ M. LACAZE, préc., note 805, par. 462 et 589, p. 303-304 et 371-372. La Cour suprême du Canada précise que l'élément matériel identifié comme le mal à réprimer justifie le recours au droit criminel : *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, préc., note 1615, par. 236.

stricte, le droit faisant état de différents niveaux de mise en danger d'un bien juridique, y compris les plus faibles et les plus hypothétiques. L'illicéité non-formelle se caractérise par son absence d'exigence d'atteinte effective ou de mise en danger réelle d'un bien juridique. Elle peut ainsi recouvrir tous les degrés d'atteinte réelle ou potentielle au bien juridique incluant classiquement la lésion ou la mise en danger réelles du bien, mais également la lésion ou la mise en danger seulement possibles, incertaines et indirectes. En effet, dans plusieurs hypothèses, le comportement ou l'état n'est pas au fondement d'une réaction juridique parce qu'il atteint effectivement un bien, mais parce qu'il révèle le potentiel de l'individu à concrétiser ultérieurement sa dangerosité dans un comportement interdit de nature à léser ou mettre en danger réellement un bien juridique. De la même façon, le bien juridique en danger objet de la protection, qui devrait être précisément déterminable pour assurer la légitimité de la répression¹⁷⁷⁹, doit être envisagé plus largement dans le cadre de la définition unifiée de la répression. Ainsi, l'illicéité non-formelle comme cause de la réaction pour la définition de la notion unifiée de répression se caractérise par un danger peu consistant pour le bien juridique protégé (a)¹⁷⁸⁰, lequel peut être appréhendé de façon globale (b)¹⁷⁸¹.

a. La répression d'un danger peu consistant pour le bien juridique

338. *Un danger peu consistant.* L'illicéité non-formelle envisagée dans le cadre de la notion unifiée de répression, fondée sur la dangerosité d'un individu, ne consiste pas nécessairement en une atteinte, comprise comme lésion ou risque de lésion, à un bien juridique¹⁷⁸². Elle peut aussi être la probabilité, établie de façon plus ou moins précise, d'une atteinte ou d'une mise en danger future des biens juridiques, de l'ordre ou la sécurité publique. La menace au bien juridique, même lointaine, est alors caractérisée par

¹⁷⁷⁹ Pour une catégorisation des biens juridico-pénaux, voir : M. LACAZE, préc., note 805, par. 473 et 476, p. 309-311. La Cour suprême exige quant à elle pour déterminer l'élément matériel de la compétence fédérale en matière criminelle que le « risque de préjudice doit pouvoir être formulé de manière suffisamment précise pour permettre l'établissement d'un lien entre le préjudice appréhendé et le mal visé » : *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, préc., note 1615, par. 237. Est ainsi insuffisant « l'existence d'un objectif de préservation de la morale publique » eu égard à « des motifs raisonnables de croire que sa loi s'attaquera à une question d'une importance fondamentale » : *Id.*, par. 238. Une telle posture évincerait l'utilité du critère matériel de la compétence fédérale en matière criminelle en ouvrant trop largement son contenu : *Id.*, par. 238-239.

¹⁷⁸⁰ La diversification des degrés d'atteinte requis envers le bien juridique avait déjà pu être constaté au sein du droit pénal : M. LACAZE, préc., note 805, par. 486 et suiv., p. 315 et suiv. C. MANDON, préc., note 59, par. 282, p. 389-392.

¹⁷⁸¹ Des évolutions quant à la consistance du bien juridique en droit pénal sont également apparues au fil du temps : M. LACAZE, préc., note 805, par. 339 et suiv., p. 208 et suiv.

¹⁷⁸² *Id.*, par. 589, p. 371.

la dangerosité de l'individu. Cet élément est ainsi subjectivement saisi par la caractérisation d'un état dangereux médicalement constaté ou par un ou plusieurs comportements non illicites qui rendent plus objectifs la menace au bien juridique¹⁷⁸³. L'illicéité doit ainsi être plus généralement conçue comme l'ensemble des possibilités de mise en danger d'un bien juridique, allant de la lésion effective ou la mise en danger réelle et directe qui constituent généralement des violations réelles de règles de droit pénales ou extra-pénales, jusqu'à la lésion ou la mise en danger potentielle et indirecte qui établissent des violations non-formelles de normes juridiques pénales ou extra-pénales. Dans cette seconde hypothèse, tant l'identification du danger, que son pouvoir causal se conçoit souplement.

339. *L'identification souple du danger.* Le danger que représente l'état ou le comportement d'une personne à l'égard d'un bien juridique est malaisé à identifier en raison de la variété des conceptions de la dangerosité¹⁷⁸⁴. Il en résulte un champ d'application potentiel très large pour la répression fondée sur l'illicéité non-formelle. Plus la dangerosité a de formes, plus leurs définitions sont floues, plus son identification comme source de la réaction juridique doit être largement conçue. Ainsi, la dangerosité qui peut être définie, selon une première approche, comme un « phénomène psycho-social caractérisé par des indices révélateurs de la grande probabilité pour un individu de commettre une infraction contre les personnes ou contre les biens »¹⁷⁸⁵, voire une infraction de toute nature, aurait finalement trois formes : psychiatrique, criminologique et pénitentiaire¹⁷⁸⁶.

¹⁷⁸³ Sur les différentes modalités de la dangerosité en droit canadien, de la personne à l'acte comme mesure du risque : C. APETROAIE et C. DJUISSI SIGHA, préc., note 1772, aux p. 253-266. En France, différentes catégories sont proposées par la doctrine. Par exemple, un auteur distingue entre la « dangerosité envers les personnes » et la « dangerosité de certaines personnes », la première étant objective et appréhendée juridiquement par le législateur au moyen des incriminations tandis que la seconde est subjective et intégrée au droit par l'instauration des mesures de sûreté : M. BRENAUT, préc., note 63, par. 32, p. 44. Un autre auteur propose de différencier la dangerosité objective, reposant sur des éléments objectifs comme des situations, des actes ou des comportements, en particulier infractionnels, et la dangerosité subjective, inhérente à un individu en particulier ou à certaines catégories d'individus : P. CONTE, préc., note 1621, aux p. 71-72. La dangerosité envisagée dans le cadre de la violation non-formelle peut tout autant être subjective et relative à un individu ou une catégorie d'individus désignés qu'objectivée par l'instauration de critères comportementaux révélateurs de la dangerosité au-delà de la seule personnalité de l'agent.

¹⁷⁸⁴ M. BRENAUT, préc., note 63, par. 33, p. 45-46; S. DELATTRE, préc., note 63, par. 26, p. 41; C. MANDON, préc., note 59, par. 285, p. 395-396. L'autonomie juridique ainsi que le bien-fondé d'une telle autonomie de la notion demeurent en outre débattue : S. DELATTRE, préc., note 63, par. 298-299, p. 230-232.

¹⁷⁸⁵ C. DEBUYST, préc., note 1772, à la p. 608; C. MANDON, préc., note 59, p. 286, p. 396-397.

¹⁷⁸⁶ M. BRENAUT, préc., note 63, par. 34, p. 46; L. GREGOIRE, préc., note 58, par. 444 et suiv., p. 481 et suiv.; C. MANDON, préc., note 59, par. 286 p. 396-397; Paul MBANZOULOU, « La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté », *AJ Pénal* 2008.4.171.

Premièrement, la dangerosité psychiatrique concentre l'attention sur l'état mental de la personne, particulièrement l'existence de troubles mentaux, lesquels engendreraient un risque particulier de réalisation d'un dommage aux personnes ou aux biens¹⁷⁸⁷.

Deuxièmement, la dangerosité criminologique, qui apparaît plus large que la première, englobe toutes les hypothèses permettant d'établir la grande probabilité pour un individu de commettre une infraction¹⁷⁸⁸, indépendamment de l'existence de troubles mentaux cette fois¹⁷⁸⁹. Elle concerne, selon les auteurs, plus particulièrement les délinquants qui montrent un risque élevé de récidive ou de réitération¹⁷⁹⁰ ou les délinquants dangereux, par exemple¹⁷⁹¹.

Troisièmement, la dangerosité pénitentiaire vise, quant à elle, soit directement le comportement d'un individu incarcéré et se focalise alors moins sur la probabilité de passage à l'acte que l'acte lui-même¹⁷⁹², soit la menace que représente, pour diverses raisons, un individu incarcéré pour la sécurité des biens et des personnes au sein des établissements pénitentiaires ou le risque d'évasion de certaines personnes incarcérées¹⁷⁹³. Elle peut alors se superposer, dans l'un et l'autre des cas, à la dangerosité psychiatrique et à la dangerosité criminologique : l'existence de troubles mentaux peut être, pour différentes raisons, une cause de la réalisation d'une infraction en prison, tout comme l'atteinte ou le risque d'atteinte à la sécurité des personnes et des biens manifestent l'existence d'une dangerosité criminologique¹⁷⁹⁴. La dangerosité pénitentiaire peut également prendre une forme autonome dans la violation du règlement de l'établissement pénitentiaire, sans qu'elle caractérise une infraction pénale et sans que son auteur soit atteint d'un trouble mental¹⁷⁹⁵. Chacune de ces trois conceptions de la

¹⁷⁸⁷ Sur la question de la définition de la dangerosité psychiatrique et pour de nombreuses références, voir : M. BRENAUT, préc., note 63, par. 35, p. 46-48; C. MANDON, préc., note 59, par. 287-288, p. 397-399.

¹⁷⁸⁸ M. BRENAUT, préc., note 63, par. 36, p. 48; C. MANDON, préc., note 59, par. 290, p. 401-403; F. ROUSSEAU, préc., note 1676, à la p. 265. Sabrina DELATTRE, dans sa thèse sur les « peines préventives », identifie la probabilité de récidive comme « point de départ de l'appréhension et de l'évaluation de la dangerosité », qui, associé à la probabilité de réaliser une infraction en dehors de l'hypothèse de la récidive, « donne une forme de consistance à la notion » de dangerosité : S. DELATTRE, préc., note 63, par. 27, p. 41-42.

¹⁷⁸⁹ L. GREGOIRE, préc., note 58, par. 141-142, p. 169-171 et par. 141-142, p. 169-171.

¹⁷⁹⁰ L. GREGOIRE, préc., note 58, par. 141-142, p. 169-171.

¹⁷⁹¹ Sur les différents sujets envisagés de la dangerosité criminologique : M. BRENAUT, préc., note 63, par. 38-39, p. 49-52.

¹⁷⁹² *Id.*, par. 40, p. 52.

¹⁷⁹³ Jean-Marc CHAUVET, « Une approche pénitentiaire des dangerosités », dans Christiane DE BEAUREPAIRE, Michel BENEZECH et Christian KOTTLER (dir.), *Les dangerosités, de la criminologie à la psychopathologie, entre justice et psychiatrie*, Paris, John Libbey Eurotext, 2004, p. 415-417, aux p. 415-417; C. MANDON, préc., note 59, par. 295, p. 407-408; P. MBANZOULOU, préc., note 1786.

¹⁷⁹⁴ M. BRENAUT, préc., note 63, par. 40, p. 52; L. GREGOIRE, préc., note 58, par. 449-450, p. 486-490; C. MANDON, préc., note 59, par. 295, p. 407-408.

¹⁷⁹⁵ M. BRENAUT, préc., note 63, par. 40, p. 52; L. GREGOIRE, préc., note 58, par. 449-450, p. 486-490.

dangerosité trouve une ou plusieurs traductions dans les systèmes normatifs français et canadien¹⁷⁹⁶.

Par exemple, en France les mesures de surveillance judiciaire et de rétention de sûreté en droit français allient dangerosité psychiatrique et dangerosité criminologique, l'existence de troubles mentaux apparaissant comme un facteur de risque de renouvellement de l'infraction¹⁷⁹⁷. En droit canadien, la déclaration de délinquant dangereux¹⁷⁹⁸ semble également fondée sur une dangerosité à la fois psychiatrique et criminologique¹⁷⁹⁹. Le délinquant doit en effet constituer « un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit », ce qui peut être établi par son incapacité à contrôler ses actes, à manifester de l'empathie envers ses victimes ou à contrôler son comportement particulièrement violent¹⁸⁰⁰. La dangerosité criminologique est notamment appréhendée en droit français en matière de terrorisme par l'existence de mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance. En effet, ces mesures peuvent être imposées à des personnes, « [a]ux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme » lorsqu' « il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics »¹⁸⁰¹. En droit canadien, les engagements de ne pas troubler l'ordre public illustrent aussi l'appréhension de la dangerosité criminologique, en ce que des individus se voient imposer des restrictions à leurs droits et libertés en raison de la crainte, fondée sur des motifs raisonnables, qu'ils commettent diverses infractions¹⁸⁰².

Cette dangerosité est d'autant plus souple qu'elle est approximativement identifiée dans ses trois formes. En effet, les incertitudes tant dans la définition que dans

¹⁷⁹⁶ Sur les traductions légales des différentes conceptions de la dangerosité : M. BENAUT, préc., note 63, par. 42 et suiv., p. 53 et suiv.; C. MANDON, préc., note 59, par. 289, 294 et 297, p. 400-401, 406-407 et 410-411.

¹⁷⁹⁷ Art. 723-31 C. proc. pén. (surveillance judiciaire) et art. 706-53-13 C. proc. pén. (rétention de sûreté). Concernant la surveillance judiciaire, l'existence de troubles mentaux n'est pas mentionnée comme condition de la mesure mais l'évaluation médico-légale du risque de récidive apparaît en pratique orientée sur les traits de personnalité du délinquant : S. DELATTRE, préc., note 63, par. 394, p. 287-288.

¹⁷⁹⁸ Art. 753(1) C.cr.

¹⁷⁹⁹ En revanche, contrairement à la surveillance judiciaire ou à la rétention de sûreté, la déclaration de délinquant à contrôler n'est pas une privation de liberté après l'exécution de la peine mais permet spécifiquement de prononcer une peine d'emprisonnement à durée indéterminée : art. 753(1) a) C.cr.

¹⁸⁰⁰ R. c. Boutilier, [2017] 2 R.C.S. 936 (CSC), par. 33 et suiv.

Dans ces exemples (surveillance de sûreté, rétention de sûreté et déclaration de délinquant dangereux) la dangerosité demeure mise en lien avec une infraction préalablement commise et constituent à ce titre davantage des illicéités formelles catégorisées comme illicéités-dangerosités (*supra*, par. 315) que des illicéités non-formelles pures. Toutefois, ils illustrent parfaitement la prise en compte contemporaine de la dangerosité dans le processus pénal et le glissement vers l'appréhension de la dangerosité dans des processus para-pénaux, indépendamment de la commission préalable de toute infraction.

¹⁸⁰¹ Art. L. 228-1 C. séc. int. *Infra*, par. 351.

¹⁸⁰² Art. 810 C.cr. *Infra*, par. 350.

l'évaluation de ces dangers sont régulièrement mises en avant¹⁸⁰³. La souplesse et l'approximation de la dangerosité se retrouvent alors nécessairement quant à son pouvoir causal dans l'atteinte aux biens juridiques protégés.

340. *Le pouvoir causal éventuel du danger.* La dangerosité constitutive de l'illicéité non-formelle est, à l'opposé de la notion doctrinale d'illicéité matérielle et à l'inverse des exigences de la Cour suprême en matière de compétence fédérale en droit criminel, également souple dans son lien de cause à effet avec la réalisation d'une lésion ou d'une mise en danger d'un bien juridique. En effet, malgré l'exigence d'un pouvoir causal de nuisance entre l'état ou le comportement réprimé et le bien juridique, différentes hypothèses montrent que cette exigence doit être comprise de façon souple. La certitude causale de la répression pénale classique entre un fait et un résultat redouté déterminé fait place à une probabilité de réalisation d'un risque¹⁸⁰⁴ dans l'hypothèse de l'illicéité non-formelle comme cause de la répression. En droit civil québécois, la garde préventive ou la garde provisoire forcée d'une personne est conditionnée à un avis¹⁸⁰⁵, à une estimation¹⁸⁰⁶ ou à des motifs sérieux de croire¹⁸⁰⁷ que son état mental représente un danger grave et immédiat pour autrui ou elle-même. En revanche, l'immédiateté n'est pas requise pour la mise sous garde forcée prononcée par un tribunal sur le fondement des

¹⁸⁰³ Pour la dangerosité psychiatrique, voir entre autres : C. MANDON, préc., note 59, par. 288, p. 399-400. L'expression utilisée par l'auteure, « tentative de définition de la dangerosité psychiatrique », est révélatrice des difficultés que posent la notion. En droit canadien, la Cour suprême a dû poser une limite claire à l'assimilation automatique entre troubles mentaux et dangerosité en considérant que le paragraphe 542(2) C.cr. viole les articles 7 et 9 de la Charte canadienne et n'est pas justifiée par l'article 1^{er} de la Charte en ce qu'il prévoyait à cette époque une détention automatique pour une durée indéterminée des personnes déclarées non coupables en raison de leur aliénation mentale : *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933 (CSC), 942 et suiv. Pour la dangerosité criminologique, voir not. M. BRENAUT, préc., note 63, par. 38-39, p. 49-52; C. MANDON, préc., note 59, par. 290 et 293, p. 401-403 et 404-406. Pour la dangerosité pénitentiaire : P. MBANZOULOU, préc., note 1786. De manière générale, le professeur Maxime BRENAUT a souligné, dans sa thèse relative au renouveau des mesures de sûreté, que la dangerosité est un « fondement scientifique décrié » (selon les termes du titre 1 de la première partie de sa thèse) des mesures de sûreté en raison de « l'instabilité notionnelle de la dangerosité » (chapitre 1) et de son « évaluation douteuse » (chapitre 2) : M. BRENAUT, préc., note 63. Voir égal. S. DELATTRE, préc., note 63, par. 26, p. 41. En droit canadien, la faible fiabilité des évaluations cliniques de prédiction des comportements dangereux a engendré une évolution quant au contenu des expertises demandées par les juges. Les expertises psychiatriques ont ainsi progressivement fait place à des évolutions pluridisciplinaires : C. APETROAIE et C. DJUISSI SIGHA, préc., note 1772, aux p. 256-258.

¹⁸⁰⁴ S'agissant du droit canadien en matière d'évaluation de la dangerosité, quand la personne est prise comme mesure du risque, des auteurs soulignent que « la dangerosité comme risque correspondrait alors à une preuve en termes de probabilité; intensité du risque et degré probatoire semblant alors se confondre » : C. APETROAIE et C. DJUISSI SIGHA, préc., note 1772, à la p. 255-256.

¹⁸⁰⁵ Art. 7 al. 1 de la *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui*, RLRQ, c. P-38.001.

¹⁸⁰⁶ *Id.*, art. 8 al. 1 1^o.

¹⁸⁰⁷ *Id.*, art. 8 al. 1 2^o.

articles 30 C.c.Q. et 9 de la *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui*. La loi précise que « le tribunal ne peut autoriser la garde que s'il a lui-même des motifs sérieux de croire que la personne est dangereuse et que sa garde est nécessaire »¹⁸⁰⁸. D'après la jurisprudence ce texte pose une exigence de précision et d'explicitation de la nature du danger, mais ne requiert pas son imminence. Elle précise que ce danger « doit certainement être sinon probable du moins clairement envisageable dans le présent ou dans un avenir relativement rapproché, ce qui justifie une mise sous garde immédiate »¹⁸⁰⁹. En matière pénale, les personnes déclarées irresponsables en raison d'un trouble mental ou les personnes qui ne sont pas aptes à subir un procès peuvent faire l'objet d'une garde forcée en hôpital lorsqu'elles représentent un risque important pour la sécurité du public¹⁸¹⁰. En droit français, le passage de la certitude de l'exigence de causalité et la suffisance d'une probabilité ou d'une possibilité qu'un individu, par son état ou son comportement, puisse porter atteinte à des biens juridiques protégés par l'ordre juridique est également particulièrement bien illustré dans l'hypothèse des mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance. En effet, l'une des deux conditions de la mise en place de ces mesures réside dans l'existence de « raisons sérieuses de penser » que le comportement de l'individu constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics¹⁸¹¹. De manière plus générale, comme cela a déjà pu être souligné pour le droit canadien, « la dangerosité comme risque correspondrait alors à une preuve en termes de probabilité ; intensité du

¹⁸⁰⁸ Art. 30 al. 2 C.c.Q.

¹⁸⁰⁹ *A c. Centre hospitalier de St. Mary*, 2007 QCCA 358, par. 17.

¹⁸¹⁰ La Cour suprême a précisé que ce risque « signifie un risque véritable qu'un préjudice physique ou psychologique soit infligé aux membres de la collectivité, risque qui est grave dans le sens où le préjudice potentiel est plus qu'ennuyeux ou insignifiant. La conduite préjudiciable doit être de nature criminelle ». Elle ajoute qu'il « n'y a pas de présomption que l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public ». Ce dont elle conclut que si le tribunal ou la commission d'examen doit trancher avec certitude la question, sur la base de la preuve dont elle dispose, du niveau de risque que l'accusé non responsable criminellement représente pour la sécurité du public :

« Le tribunal ou la commission d'examen ne peut éviter de trancher cette question en disant, par exemple, qu'il est incertain ou qu'il ne peut déterminer si l'accusé représente un risque important pour la sécurité du public. S'il ne peut trancher cette question avec certitude, il n'a pas conclu que l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public. » (Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute), par. 62 2 et 3).

¹⁸¹¹ Art. L. 228-1 C. séc. int. Sur l'assouplissement de l'exigence classique de menaces réelles à l'ordre public pour déclencher des mesures de police administrative dans cette disposition, voir : M. CHAMBON, préc., note 1550, aux p. 137-139.

risque et degré probatoire semblant alors se confondre »¹⁸¹². Le constat peut en effet être fait d'une certaine assimilation tenant à la notion même de danger, c'est-à-dire « ce qui constitue une menace pour la santé, la sécurité, les intérêts, l'existence de quelqu'un »¹⁸¹³, la menace pouvant être, par nature, plus ou moins consistante et plus ou moins proche en ce qu'elle est un « ensemble de faits ou de signes qui font craindre un événement néfaste, qui présagent un malheur, souvent imminent »¹⁸¹⁴.

341. *L'adéquation de la conception élargie du danger aux évolutions du droit pénal.*

Modifier la notion d'illicéité pour construire un concept de répression, élargi par rapport à celui du droit positif, pourrait apparaître méthodologiquement inadapté. Pourtant, la conception élargie de l'illicéité permet d'appréhender l'unité de certaines des évolutions des droits positifs français et canadien quant à la diversification des réactions juridiques à un état ou un comportement, et de catégoriser celles-ci comme mécanismes répressifs. En effet, en établissant que la répression la plus classique – la répression pénale – n'est pas toujours fondée sur une illicéité matérielle strictement conçue, il est plus facile de percevoir qu'il n'est ni inédit ni absurde de considérer qu'un simple comportement dangereux saisi de manière non-formelle par le droit, peut constituer la cause de la répression, envisagée au-delà du droit pénal classique. L'existence d'une illicéité matérielle conçue comme une atteinte réelle est un idéal¹⁸¹⁵ qui n'est pas toujours constaté en droit positif; certains comportements érigés en interdits ne semblent pas toujours pouvoir engendrer des risques réels pour l'intégrité des biens juridiques¹⁸¹⁶. Dès lors que

¹⁸¹² Finalement, selon l'hypothèse de répression fondée sur l'illicéité non-formelle envisagée dans un cas précis, la dangerosité de l'individu et par conséquent, la certitude et la proximité de la menace qu'il représente aux biens juridiques, varient. Dans certains cas, la certitude et la proximité exigées se rapprochent des exigences classiques de la répression pénale en matière de lien de causalité entre le comportement réprimé et les intérêts protégés tandis que dans d'autres cas ces exigences sont largement assouplies. C'est pourquoi, la notion d'illicéité non-formelle est constituée par une dangerosité dont la consistance varie de la plus certaine et directement menaçante à la plus lointaine et indirectement menaçante.

¹⁸¹³ ACADEMIE FRANÇAISE, préc., note 1, v° « Danger » 1.

¹⁸¹⁴ *Id.*, v° « Menace » 2.

¹⁸¹⁵ La légitimité de la répression repose sur une illicéité matérielle strictement définie : M. LACAZE, préc., note 805, par. 462 et 589, p. 303-304 et 371-372. En revanche, dans le cadre de la présente étude, la définition d'une notion unifiée de répression rend nécessaire l'adoption d'une définition souple pour appréhender le droit positif et ses évolutions quant à la diversification des réactions juridiques.

¹⁸¹⁶ Parfois, la rédaction du texte ne permet pas de percevoir la réalité du risque : *Id.*, par. 419, p. 259-261. Particulièrement en matière de terrorisme : P. KELLERSON et M. LACAZE, préc., note 1548, aux p. 540-543. L'ensemble des infractions obstacles en droit pénal illustrent cette distanciation entre les comportements pénalement sanctionnés et les atteintes effectives aux biens juridiques protégés. Dans ces hypothèses, l'illicéité formelle est cependant respectée puisqu'il y a un texte d'incrimination. Voir par ex., l'incrimination de l'association de malfaiteur : art. 450-1 C. pén.

certaines hypothèses de responsabilité pénale sont fondées sur la prise en compte de la dangerosité d'individus, manifestant un risque plus ou moins certain de violation future de règles de droit et emportant un risque plus ou moins certain d'atteinte aux biens juridico-pénaux protégés, il n'y a pas de raison substantielle d'exclure la nature répressive des mesures fondées sur une dangerosité semblable qui n'est pas formellement traduite en une illicéité, mais qui est saisie par le droit, parce qu'elle porte en elle une menace suffisante pour s'en préoccuper. Selon les cas envisagés, l'illicéité non-formelle est constituée soit d'une menace à l'encontre d'un bien juridique précis ou individualisé, soit d'une menace à l'encontre d'un bien juridique non circonscrit à un bien juridique individuel, c'est-à-dire un bien juridique global.

b. La conception élargie des biens juridiques protégés

342. *La protection de biens juridiques globaux par l'illicéité non-formelle.* La protection de biens juridiques collectifs s'est multipliée en droit pénal contemporain. Certains protègent un ensemble identifié de membres de la société, comme les usagers de la route, et peuvent ainsi être rattachés à un bien juridique individuel, comme la vie ou l'intégrité physique. C'est le cas du bien juridique « sécurité routière » ou « santé publique », qui sont dotés de « référents individuels ». D'autres protègent des biens qui n'ont pas de titulaire déterminé et qui ne peuvent être rattachés à un individu que de manière très indirecte. Ce sont des « biens juridiques diffus », comme « l'environnement » ou « l'ordre économique »¹⁸¹⁷. En réaction à certaines menaces ont été érigées des infractions ayant pour objet de protection des biens juridiques globaux, c'est-à-dire le système social dans son ensemble, l'ordre public ou encore l'État¹⁸¹⁸. Ainsi, en matière de terrorisme, la conception large de la menace au bien juridique protégé s'accompagne généralement d'une appréhension également large de ce bien juridique. En

Il y a toujours eu, dans l'histoire, des réactions juridiques à des comportements ou états perçus comme dangereux pour la société par le législateur. Cependant, ces mesures ne faisaient pas nécessairement parties du droit pénal ou n'ont pas toujours été considérées comme punitives ou répressives. Cela ne veut pas dire que la situation était meilleure pour les personnes concernées ni que ces réactions n'étaient pas effectivement punitives ou répressives : J. G. V. VELLOSO, préc., note 2, aux p. 171-174. L'effacement contemporain des lignes de démarcation entre différentes matières, notamment les matières pénales et administratives, conduit à repenser la perception de l'essence de nombreuses mesures, pénales et non-pénales et d'en percevoir la communauté.

¹⁸¹⁷ La présentation de la caractéristique individuelle, collective ou globale des biens juridiques et les exemples de biens juridiques sont extraits de la thèse de doctorat de Madame Marion Lacaze : M. LACAZE, préc., note 805, par. 341, p. 209-210.

¹⁸¹⁸ P. KELLERSON et M. LACAZE, préc., note 1548, aux p. 540-543. Voir égal. les notions de bien juridique comme valeur objective et d'injuste total : M. LACAZE, préc., note 805, par. 84-94, p. 65-70.

protégeant l'ordre public ou l'État, le législateur cherche à assurer l'intégrité d'un bien juridique qui peut être qualifié de « *global* » et facilite la répression en rendant une large gamme de comportements susceptibles de constituer une menace à son égard¹⁸¹⁹.

Le législateur détermine les infractions en recourant à des biens juridiques globaux et en visant des comportements peu précisément définis censés les atteindre. Cette méthode – définition plus ou moins précise de comportements qui constituent des menaces plus ou moins certaines et directes envers des biens juridiques plus ou moins circonscrits – est utilisée de façon identique pour saisir des comportements non incriminés¹⁸²⁰. Se retrouve la protection de biens juridiques globaux comme l'ordre public dans différentes méthodes d'appréhension des états ou comportements dangereux non illicites, pénaux ou non-pénaux. Dès lors, cette illicéité matérielle largement conçue peut rationnellement être considérée comme source d'une répression pénale ou non-pénale, dans le cadre des comportements ou états dangereux non illicites puisqu'elle l'est pour les comportements ou états dangereux pénalement incriminés. Finalement, ce qui distingue l'illicéité non-formelle comme cause de la répression, de l'illicéité formelle classique – la violation de la règle de droit – n'est pas tant, du point de vue du droit positif, son contenu, mais plutôt son autonomie totale.

2. L'autonomie de l'illicéité non-formelle

343. Une double autonomie. La répression trouve classiquement son fondement dans l'illicéité formelle, souvent doublée d'une illicéité matérielle, particulièrement en droit répressif pénal. De façon plus originale¹⁸²¹, la définition unifiée de la répression conduit à considérer qu'elle peut également être une réaction à une illicéité non-formelle, c'est-à-dire une illicéité qui n'est pas formellement identifiée comme telle par le droit. Au-delà des apparences, l'absence d'une norme posant un interdit explicite ne s'oppose pas fondamentalement à l'idée d'illicéité du comportement ou de l'état dangereux que le droit cherche à saisir. Cette illicéité non-formelle est en revanche autonome relativement à deux éléments. D'une part, comme il l'a été précisé, elle n'est pas attachée à une illicéité

¹⁸¹⁹ P. KELLERSON et M. LACAZE, préc., note 1548, aux p. 540-541.

¹⁸²⁰ *Id.*, à la p. 542.

¹⁸²¹ Les engagements de ne pas troubler l'ordre public des articles 810(1) et suivant du *Code criminel* constituent un exemple déjà ancien d'illicéité non-formelle puisque les premières dispositions qui y sont relatives ont été codifiées en 1892 : *Code criminel*, S.C. 1892, c. 29, art. 959(2), cité dans : *R. c. Penunsi*, préc., note 1464, par. 16.

formelle (a). D'autre part, cette illicéité non-formelle rompt en conséquence avec la notion de culpabilité (b).

- a. L'autonomie de l'illicéité non-formelle par rapport à l'illicéité formelle

344. *L'indifférence à l'absence l'illicéité formelle.* L'originalité principale de l'illicéité appelée non-formelle, et ce qui fait habituellement qu'elle est exclue de la qualification de répression ou de punition, est son autonomie quant à l'illicéité formelle. En principe, sans illicéité formelle, aucune mesure n'est qualifiée de punition ou de répression¹⁸²². Pourtant, le recours à la notion d'illicéité non-formelle, telle que précisée, permet de démontrer que le motif sur lequel se fondent les pouvoirs publics pour se saisir de certains comportements non incriminés est le même que celui qui justifie à leurs yeux l'incrimination d'autres comportements. L'absence de désignation formelle comme incrimination pénale ou extra-pénale sur les états et comportements visés n'écarter pas leur nature répressive essentielle. La proposition d'une définition unifiée de la répression permet ainsi de soutenir l'idée que les mécanismes juridiques fondés sur une illicéité non-formelle et qui donnent lieu à des mesures semblables aux peines sont répressifs au même titre que ceux fondés sur une illicéité formelle, accompagnée ou non d'une illicéité matérielle classiquement définie. Quelques évolutions du droit pénal montrent bien que seule la qualification formelle d'infraction différencie maintenant certains mécanismes répressifs pénaux de mécanismes considérés comme non répressifs, tant les comportements et états incriminés sont proches des comportements et états dangereux non incriminés, mais tout de même saisis par le droit. Ces derniers ne sont pas moins réprimés que les infractions classiques, peu importe qu'ils ne soient pas formellement incriminés. Les théories du « droit pénal de l'ennemi » et du « droit pénal d'auteur » montrent en effet les évolutions du droit pénal quant à la substance des faits incriminés en certaines matières et aux objectifs poursuivis par les nouvelles infractions.

¹⁸²² Dans l'hypothèse de changements apportés rétrospectivement aux conditions de la peine qui emportent l'application d'une double peine à l'endroit des individus qui ne peuvent plus être admis à la libération conditionnelle (comme cela eût été le cas en l'absence desdits changements), l'illicéité formelle n'est cependant pas en lien directe avec la mesure qualifiée de peine. En effet, l'impossibilité de la libération conditionnelle n'était pas une mesure prononcée à la suite d'une infraction ou d'un manquement à un règlement pénitentiaire. Elle résultait d'une modification de la législation en matière d'octroi de la libération conditionnelle. Ainsi, ces changements n'ont pas été considérés comme une peine de manière autonome mais comme une seconde peine attribuée pour les faits à l'origine de l'emprisonnement des détenus : *Canada (Procureur général) c. Whaling*, préc., note 173, par. 57-63.

345. La proximité substantielle de l'illicéité non-formelle et des théories du « droit pénal de l'ennemi » et du « droit pénal d'auteur »¹⁸²³. L'idée d'une illicéité non-formelle comme cause de certains mécanismes répressifs apparaît originale au premier abord parce que le droit positif rejette l'idée d'une répression en dehors d'un état ou d'un comportement formellement reconnu comme illicite et de l'existence d'une mesure punitive comme réaction à celui-ci. Pourtant, elle n'est que l'aboutissement d'évolutions convergentes quant à la prise en compte de la dangerosité par le droit. L'une de ces évolutions concerne particulièrement le droit pénal et le développement d'un « *droit pénal de l'ennemi* » ou d'un « *droit pénal d'auteur* »¹⁸²⁴. Dans l'une et l'autre de ces théories, le droit pénal est notamment caractérisé par une anticipation de la répression et par l'incrimination de comportements vagues et généraux, afin de protéger de manière très anticipée un bien juridique diffus ou global, y compris donc en l'absence de réel danger pour celui-ci¹⁸²⁵. La dangerosité est alors le fondement de la réaction juridique et de ses conséquences¹⁸²⁶. Le droit pénal de l'ennemi se développe en matière de terrorisme où des comportements qui ne pourraient pas être punis, car ne constituant pas des commencements d'exécution ou des tentatives de complicité punissables, deviennent des infractions autonomes¹⁸²⁷. La protection anticipée de biens juridiques, parfois diffus ou globaux, par la neutralisation de certains états ou comportements dangereux sont également l'objectif et la méthode employés par les pouvoirs publics lorsqu'ils recourent à certaines mesures pénales ou extra-pénales non punitives. Dès lors, l'illicéité non-formelle comme cause de la répression est substantiellement proche des formes d'illicéités formelles considérées comme répressives (car qualifiées d'infractions par l'ordre juridique). L'autonomie de l'illicéité matérielle n'est donc pas un obstacle à la reconnaissance de la nature répressive des mécanismes fondés sur celle-ci. Cela met de

¹⁸²³ Ces théories, parfois distinguées, sont également reconnues comme semblables par certains auteurs : P. KELLERSON et M. LACAZE, préc., note 1548, aux p. 545 et suiv. Elles sont ici prises comme des équivalentes.

¹⁸²⁴ Mireille DELMAS-MARTY, « Violence et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *RSC* 2009.1.59; Mireille DELMAS-MARTY, « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? », *RSC* 2007.3.461; Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal de la dangerosité, droit pénal de l'ennemi*, coll. Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale des XIX^e et XXI^e siècles, Collège de France, juin 2009, en ligne : <<https://www.college-de-france.fr/site/mireille-delmarmarty/seminar-2009-06-08-14h00.htm>>; Günther JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2009.1.7; P. KELLERSON et M. LACAZE, préc., note 1548, aux p. 545 à 527; M. LACAZE, préc., note 805, p. 239 et suiv.

¹⁸²⁵ P. KELLERSON et M. LACAZE, préc., note 1548, à la p. 544; M. LACAZE, préc., note 805, par. 398, p. 240-243 et note 873.

¹⁸²⁶ P. KELLERSON et M. LACAZE, préc., note 1548, à la p. 545; M. LACAZE, préc., note 805, p. 241.

¹⁸²⁷ Des actes de terrorisme : art. 421-1 à 421-8 C. pén.

surcroît l'accent sur la nécessité de prêter davantage attention à ces mécanismes. En effet, les mécanismes de répression pénale et répression extra-pénale qualifiés comme tels par le droit positif couvrent déjà un large champ de comportements et états interdits. Dans ce contexte, les droits et libertés demeurent toutefois, dans une certaine mesure, protégés. En revanche, dans le cas des dispositions pénales et extra-pénales permettant de contrôler et maîtriser d'autres états et comportements et à défaut de la reconnaissance par le droit positif de leur caractère punitif ou répressif, les garanties supra-légales sont moindres. Le champ de l'emprise juridique sur les libertés est alors élargi, sans toutefois accorder toujours suffisamment de protection aux justiciables. La consécration d'une définition unifiée de la répression comme réaction juridique individuelle grave à un état ou comportement individuel dangereux est ainsi un moyen de prévoir et d'harmoniser de façon plus rationnelle et adéquate les droits et garanties pour les justiciables sans pour autant emporter une confusion totale entre des mécanismes juridiques non punitifs et des mécanismes punitifs. En effet, lorsque l'illicéité non-formelle prend une autonomie totale par rapport à l'illicéité formelle, elle rompt également avec la punition en excluant la culpabilité du fondement de la répression.

b. L'autonomie de l'illicéité non-formelle par rapport à la culpabilité

346. *L'autonomie de l'illicéité non-formelle par rapport à la culpabilité.* La dangerosité de l'individu qui définit l'illicéité non-formelle amène à rompre avec l'idée d'un lien consubstantiel entre répression et culpabilité. En effet, dans l'hypothèse d'une illicéité non-formelle, la culpabilité ne peut pas exister en l'absence de la violation de la règle de droit. Cette situation n'est cependant pas un obstacle à la reconnaissance de la nature répressive d'une telle mesure. Les théories du « droit pénal de l'ennemi » et du « droit pénal d'auteur » marquent en effet déjà une prise de distance du droit pénal avec l'exigence de culpabilité. Ces théories montrent comment les législateurs arrivent à faire dévier les traits caractéristiques du droit pénal pour mieux les dédoubler. À l'opposé du droit pénal classique, ils sont caractérisés par une anticipation de la répression et une neutralisation du risque incarné par certaines personnes en raison de leurs comportements ou de leur état qualifiés de dangereux¹⁸²⁸. Dès lors, la dangerosité de l'individu apparaît comme le fondement de la réaction juridique, au détriment de son acte et donc de sa culpabilité¹⁸²⁹. C'est le principe même du « droit pénal d'auteur », qui n'est plus « fondé

¹⁸²⁸ M. LACAZE, préc., note 805, par. 397 et suiv., p. 240 et suiv.

¹⁸²⁹ G. GIUDICELLI-DELAGE, préc., note 1718; M. LACAZE, préc., note 805, par. 398, p. 240-243.

sur la réponse à un acte socialement nuisible précisément prédéterminé par la loi, mais sur l'appartenance de l'individu à une catégorie identifiée comme « dangereuse »¹⁸³⁰. Au regard de la culpabilité, la seule différence entre le « droit pénal de l'ennemi » et les hypothèses étudiées précédemment dans lesquelles le droit se saisit de comportements dangereux par des mesures semblables aux peines, tient à l'absence de qualification d'infraction ou plus généralement d'illicéité. L'illicéité non-formelle consomme une rupture totale avec la culpabilité, là où le « droit pénal d'auteur » conserve un lien formel pour justifier la neutralisation. Cette analyse peut être poursuivie quant à l'objectif des mesures utilisées, qui dans l'un et l'autre des cas, est la recherche de la neutralisation de la personne, excluant ainsi la rétribution habituellement associée à la culpabilité.

347. *L'utilitarisme exclusif de la rétribution.* Par la rupture qu'elle opère avec toute forme de culpabilité (pénale ou extra-pénale), l'illicéité non-formelle s'écarte également de toute idée de rétribution. Sur ce point encore, les théories du « droit pénal d'auteur » et du « droit pénal de l'ennemi » enseignent que la répression peut se concevoir sans rétribution. En effet, pour les raisons précédemment évoquées¹⁸³¹, les mesures pénales prises dans le domaine de la lutte contre le terrorisme notamment visent la neutralisation de l'individu, relativement à des comportements vagues dans l'objectif de protéger des biens juridiques de façon préventive. Ce faisant, ces mesures pénales excluent la rétribution de l'acte coupable dans le schéma sanctionnateur. Malgré sa désaffection pour la réprobation, ce droit pénal parallèle demeure un droit répressif. La forte dimension préventive d'un mécanisme d'imposition de mesures liberticides et sa fonction neutralisatrice des comportements dangereux, au détriment de la rétribution des actes coupables, n'excluent donc pas son essence répressive. Il peut ainsi en être de même lorsque ces mécanismes sont fondés sur des comportements ou états dangereux non incriminés. Dans l'hypothèse d'une illicéité non-formelle comme cause d'une réaction juridique attentatoire aux droits et libertés, la rupture avec les notions de culpabilité, punition et rétribution est totalement consommée¹⁸³². Dans cette perspective, la répression

¹⁸³⁰ P. KELLERSON et M. LACAZE, préc., note 1548, à la p. 545.

¹⁸³¹ *Supra*, par. 345.

¹⁸³² Cette rupture avait déjà été amorcée en droit pénal français par l'adoption du mécanisme de rétention de sûreté (art. 706-53-13 à 706-53-22 C. proc. pén.) et les mesures de sûreté (706-135 à 706-140 C. proc. pén.) pouvant être imposées aux personnes déclarées pénalement irresponsables pour cause de trouble mental : E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 421, aux p. 209-210. Dans ce dernier cas, le droit pénal canadien connaît également cette distanciation entre réaction pénale et rétribution puisque des mesures,

est exclusivement utilitariste. Elle perd son lien *a priori* consubstantiel avec la rétribution et, partant, avec la punition. Les comportements observés qui fondent les mesures ne sont pas expressément constitutifs d'infractions, ou de comportements illicites de manière plus générale. Il n'y a donc pas expressément de rétribution¹⁸³³ attachée à la réaction juridique puisqu'il n'y a pas officiellement de reproche. Seul compte le caractère utilitaire de la mesure : il faut protéger la société avant que l'infraction ne soit commise, à l'instar des préconisations de Lombroso et Ferri¹⁸³⁴. La seule différence qui existe entre ce droit pénal de l'ennemi ou droit pénal d'auteur et les hypothèses étudiées dans lesquelles le droit se saisit de comportements semblables par des mesures proches, sans pour autant les incriminer, tient justement à cette absence de qualification d'infraction ou de comportement illicite. La différence de nature établie par l'ordre juridique n'est donc pas substantielle, mais formelle : un étiquetage choisi par le législateur. La proposition de définition de la répression permet de dépasser cette différenciation formelle qui ne résiste pas à l'analyse substantielle dans plusieurs cas. La particularité des situations ici envisagées consiste en une avancée très précoce de la répression, en dehors même du champ de l'illicéité formelle, habituellement identifié comme étant de la prévention, là où, au moins en droit français, cette avancée se faisait uniquement par les moyens du droit pénal classique : l'incrimination autonome de faits de préparation à la commission d'infractions.

348. *Bilan sur l'illicéité comme fondement de la répression.* La définition de la répression comme réaction juridique individuelle grave à un comportement ou état dangereux établit le comportement ou l'état dangereux comme fondement de la répression. Le comportement ou l'état dangereux doit être compris comme un

outre la détention de l'accusé dans un hôpital, peuvent également être imposées aux personnes déclarées non-responsables pour cause de troubles mentaux : art. 672.54 b) C.cr. Les hypothèses ici évoquées vont encore plus loin car aucun comportement ou état incriminé ne constitue ne serait-ce qu'un fait formellement illicite, contrairement aux hypothèses précitées des mesures de sûreté.

¹⁸³³ Rétribuer signifie attribuer en retour, « action de vengeance réglée qui vise à restituer l'honneur de l'offensé et de compenser les infractions commises » : G. DELLIS, préc., note 36, note 60.

¹⁸³⁴ G. DELLIS, préc., note 36, note 65; Jacques-Henri ROBERT, « La victoire posthume de Lombroso et de Ferri », *Dr. pén.* 2008.2.repère 2. Au-delà des théories positivistes, l'idée d'une répression sans rétribution n'est pas neuve, elle avait déjà été constatée avec le développement des sanctions administratives. Elle signifiait alors que la répression se désintéressait de la punition du coupable, qu'elle était dénuée de « sentiment vindicatif », de désir de vengeance sociale, notamment lorsque les sanctions pénales et administratives sont utilisées pour imposer le respect de certaines normes d'organisations sociale, de régulation des comportements. Ainsi existait-il un droit administratif punitif (rétributif) et un droit administratif répressif non punitif, un droit pénal répressif rétributif et une répression pénale injonctive moins rétributive, voire non rétributive : G. DELLIS, préc., note 36, p. 65-73, p. 42-48.

comportement ou état illicite, c'est-à-dire comme la violation d'une norme juridique de comportement. Cette violation peut être réelle (avérée ou soupçonnée); l'illicéité est dans ce cas au moins formelle et, particulièrement en droit pénal, également matérielle. Cela signifie que le comportement est contraire à une norme établie par l'ordre juridique, mais également qu'il lèse ou menace un bien juridique. La violation peut également être non-formelle. En ce cas, le comportement ou état à l'origine de la réaction juridique n'est pas nécessairement illicite au sens classique en ce qu'il ne viole pas une norme prévue par l'ordre juridique, mais il constitue une menace pour une norme et par conséquent une menace pour le bien juridique protégé par celle-ci. C'est ainsi le danger que représente ce comportement ou cet état pour la norme formelle et substantielle qui engendre la réaction juridique et non pas l'atteinte à cette norme. La menace au bien juridique peut alors être beaucoup plus lointaine et totalement abstraite. Dès lors que le droit se saisit de la même façon des comportements ou états dans ces deux hypothèses, le schéma réactionnel est plus identique et unitaire qu'il n'apparaît de prime abord, même à défaut d'illicéité formelle dans la seconde hypothèse. Dans les deux hypothèses, le comportement ou l'état est perçu par le droit comme un danger pour l'ordre juridique substantiel (cause de la réaction), contre lequel il réagit par des mesures substantiellement proches (gravité de la réaction). En application de cette définition élargie du fondement de la répression, différentes mesures intègrent la catégorie juridique de la répression.

B. Les applications de l'élargissement de la cause de la répression à l'illicéité non-formelle

349. *Des applications pénale et extra-pénale.* La compréhension large du fondement de la répression – un comportement ou état dangereux – permet de qualifier la nature répressive de différentes mesures pénales ou extra-pénales, fondées sur une illicéité non-formelle. Par exemple, les engagements de ne pas troubler l'ordre public en droit canadien sont une application pénale de cette intégration de l'illicéité non-formelle au fondement de la répression (1). Plusieurs applications extra-pénales peuvent également être présentées (2).

1. Une application pénale

350. *Les engagements de ne pas troubler l'ordre public dans le Code criminel*¹⁸³⁵.

Les engagements de ne pas troubler l'ordre public sont des ordonnances rendues par un juge de paix ou par la cour des poursuites sommaires en vertu desquelles une personne promet de respecter certaines conditions pour préserver la paix et maintenir l'ordre public¹⁸³⁶. Ces ordonnances sont prises sur le fondement d'une dénonciation effectuée par une personne qui a des motifs raisonnables de craindre qu'une autre personne cause certains types de sévices ou de dommages matériels ou commette certains types d'infractions¹⁸³⁷. Le juge vérifie ainsi l'existence d'une crainte subjective, aux moments de la dénonciation et de l'audition, raisonnablement, c'est-à-dire objectivement, fondée¹⁸³⁸. Le juge doit être convaincu, par prépondérance des probabilités, qu'à défaut d'engagement il existe une possibilité réaliste que la personne dénoncée commette les faits craints par le dénonciateur¹⁸³⁹. Cette ordonnance n'est pas une condamnation à une infraction, elle n'impose pas de peine¹⁸⁴⁰. Elle est préventive et vise à éviter la réalisation d'une infraction. Pour autant, l'engagement de ne pas troubler l'ordre public est de nature pénale, la prévention des crimes étant un objectif du droit criminel¹⁸⁴¹. La définition unifiée de la répression, fondée sur l'existence d'un comportement ou état dangereux permet d'affirmer, au-delà de l'objectif préventif de la mesure, sa nature répressive. Le fondement de ces mesures est en effet une illicéité non-formelle. Aucune infraction n'est reprochée, aucune infraction n'a même à être établie. Il n'y a donc pas d'illicéité pénale formelle. Pour autant, c'est bien l'hostilité de la personne aux valeurs sociales défendues par le droit pénal qui fonde la réaction de cette branche du droit. Les comportements visés par les dispositions ne sont pas en eux-mêmes précisés puisqu'il suffit d'établir des motifs raisonnables de croire que la personne va commettre l'infraction redoutée. C'est bien le danger qui motive l'action pénale. De ce point de vue, l'absence d'infraction formelle n'est pas un obstacle à la qualification de la répression. La dangerosité de la personne, qui motive l'intervention pénale et révèle la nature réactive de l'ordonnance, justifie la

¹⁸³⁵ Art. 810 à 810.2 C.cr.

¹⁸³⁶ Yves GRATTON et Hussein HASSAN, « Procès par procédure sommaire », dans JurisClasseur Québec, coll. Droit pénal, *Preuve et procédure pénales*, fasc. 12, Montréal, LexisNexis Canada, par. 36.

¹⁸³⁷ *R. c. Penunsi*, préc., note 1464, par. 22. Dans certains cas, la dénonciation requière le consentement du procureur : art. 810.01 (1) et 810.011 (1) C.cr.

¹⁸³⁸ *Id.*, par. 23; *Stewart c. La Reine*, [1988] 1 R.C.S. 963 (CSC); *Tardif c. Girard*, 2009 QCCQ 4637 (CanLII), par. 14; *R. c. Duchesne*, 2002 CanLII 5786 (QC CQ), par. 76.

¹⁸³⁹ *Tardif c. Girard*, préc., note 1732, par. 14; *R. c. Duchesne*, préc., note 1732, par. 76.

¹⁸⁴⁰ *Tardif c. Girard*, préc., note 1732, par. 14, 17; *R. c. Duchesne*, préc., note 1732.

¹⁸⁴¹ *R. c. Penunsi*, préc., note 1464, par. 12.

qualification de mesure répressive, sous réserve de la gravité de son contenu. L'engagement de ne pas troubler l'ordre public peut par exemple être pris en matière d'infraction de terrorisme. Dans cette hypothèse, la personne qui contracte l'engagement peut être soumise à différentes mesures dont le port d'un dispositif de surveillance à distance, si le procureur général en fait la demande ou l'obligation de regagner sa résidence et d'y rester aux moments précisés dans l'engagement¹⁸⁴². Cela n'est pas sans rappeler les dispositions administratives préventives de lutte contre le terrorisme en droit français qui intègrent également la catégorie des mesures répressives par application de l'intégration de l'illicéité non-formelle au fondement de la répression.

2. Les applications extra-pénales

351. *Les mesures administratives individuelles de lutte contre le terrorisme en droit français.* Les mesures administratives individuelles de lutte contre le terrorisme sont une illustration de l'existence actuelle d'une répression informelle de comportements regardés comme substantiellement illicites. Particulièrement, pour les mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance, la nécessité d'un risque d'atteinte à un bien juridique y est formellement présente même si elle est substantiellement peu consistante et s'accompagne d'une désignation plutôt sommaire des comportements susceptibles de les générer. L'article 228-1 du Code de la sécurité intérieure précise en effet que des obligations peuvent être prescrites par le ministre de l'Intérieur à :

« [...] toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics et qui soit entre en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, soit soutient, diffuse, lorsque cette diffusion s'accompagne d'une manifestation d'adhésion à l'idéologie exprimée, ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes [...] ». (nous soulignons)

¹⁸⁴² Art. 810. 011 (6), resp. b) et c) C.cr.

Quant à l'article 224-1 du Code de la sécurité intérieure, il prévoit que :

« Tout Français peut faire l'objet d'une interdiction de sortie du territoire lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'il projette : 1° Des déplacements à l'étranger ayant pour objet la participation à des activités terroristes ; 2° Ou des déplacements à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes, dans des conditions susceptibles de le conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français »¹⁸⁴³. (nous soulignons)

Ces dispositions désignent des comportements que législateur considère dangereux en ce qu'ils sont d'ores et déjà pour lui une menace pour les biens juridiques ordre et sécurité publiques. Peu importe alors que ces comportements ne puissent pas emporter en eux-mêmes la lésion effective de ces biens ou leur mise en danger plus directe et concrète. L'illicéité matérielle est bien présente. Les biens juridiques menacés sont l'ordre et la sécurité publiques. Ce sont des biens juridiques au contenu imprécis et diffus qui correspondent à ce qui peut être appelé un « *bien juridique global* ». Les comportements saisis par la disposition relative aux mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance se décomposent en deux types d'activités complémentaires dont le premier¹⁸⁴⁴ est uniquement défini par sa conséquence, la possibilité que le comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour l'ordre et la sécurité publiques. À ce titre, un auteur a pu relever une application jurisprudentielle souple des dispositions administratives imposant des mesures individuelles restrictives de la liberté d'aller et venir à des administrés en raison de comportements suspects divers¹⁸⁴⁵, d'une pratique radicale de l'islam¹⁸⁴⁶, de condamnations passées à des infractions terroristes ou de droit commun¹⁸⁴⁷ et de liens plus ou moins proches avec des personnes condamnées pour des infractions terroristes¹⁸⁴⁸. Dans le même sens, différentes mesures ont été justifiées par des comportements dont la signification intrinsèque équivoque n'a pas empêché d'établir l'existence de « raisons sérieuses de penser » que lesdits comportements constituaient une

¹⁸⁴³ Art. 224-1 al 1, 2 et 3 C. séc. int.

¹⁸⁴⁴ Le second type d'activités génératrices des mesures étudiées est plus précisément décrit et vise des comportements qui, pour certains, pourraient correspondre à diverses infractions relatives au terrorisme : T. HERRAN, préc., note 1550; Evan RASCHEL, « La sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme entre cadence et décadence : commentaire de la loi n°2017-1510 du 30 octobre 2017 », *Dr. pén.* 2017.12.ét.23, par. 7. Le texte n'exige pas pour autant que les comportements puissent être pénalement qualifiés pour être applicable.

¹⁸⁴⁵ M. CHAMBON, préc., note 1550 **ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**, aux p. 139-140.

¹⁸⁴⁶ Cons. d'Ét., ord., 29 janv. 2016, n° 396449.

¹⁸⁴⁷ Resp., Cons. d'Ét., ord., 23 nov. 2016, n° 404916 et Cons. d'Ét., ord., 20 mai 2016, n° 399692.

¹⁸⁴⁸ Cons. d'Ét., ord., 29 janv. 2016, préc., note 1846.

grave menace pour l'ordre et la sécurité publiques¹⁸⁴⁹ ou que la personne prévoit de se déplacer à l'étranger dans le but de participer à des activités terroristes ou « sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes, dans des conditions susceptibles de le conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français »¹⁸⁵⁰.

En comparaison, les infractions obstacles et les infractions de prévention sont également des infractions qui incriminent la dangerosité de certains comportements, mais ces derniers créent en principe un risque plus direct et moins hypothétique pour le bien juridico-pénal¹⁸⁵¹. Dans l'hypothèse de la prévention administrative du terrorisme, la dangerosité se manifeste dans des comportements qui révèlent uniquement la possibilité de l'individu de réaliser d'autres comportements qui eux seraient attentatoires aux biens juridico-pénaux. Néanmoins, en matière de terrorisme la réalité de cette différence entre le droit pénal répressif et le droit administratif préventif quant à l'atteinte au bien juridico-pénal est déjà toute relative eu égard à l'incrimination de nombreux actes préparatoires¹⁸⁵². De la même façon qu'en droit criminel canadien, seule l'étiquette formelle de la réaction juridique, quant à son fondement, opère la distinction entre le préventif et le répressif en dépit d'une appréhension identique des comportements d'un point de vue substantiel : le danger qu'ils représentent pour les biens protégés. C'est pourquoi ces mesures, sous réserve de la correspondance de leur contenu avec le degré de gravité que suppose la notion de répression, pourraient être qualifiées de mesures répressives.

352. *Les hospitalisations sous contrainte en droit français.* L'élargissement du fondement de la répression aux illicéités non-formelles fondées sur la dangerosité de l'individu permet de considérer la nature répressive de l'hospitalisation sous contrainte. En effet, dans un cas, l'hospitalisation sous contrainte est rendue possible lorsqu'une personne dont les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public¹⁸⁵³. L'état dangereux de

¹⁸⁴⁹ Dans le cadre de l'état d'urgence.

¹⁸⁵⁰ Art. 224-1 al. 1, 2 et 3 C. séc. int.

¹⁸⁵¹ M. LACAZE, préc., note 805, par. 486-491 et 591-596, p. 315-320 et 373-377; J. LAGOUTTE, préc., note 96, par. 83 et suiv., p. 111 et suiv.

¹⁸⁵² Par exemple, l'incrimination de l'association de malfaiteurs permet de punir des comportements équivalents à des actes préparatoires (art. 450-1 C. pén., art. 421-2-1 C. pén. en matière de terrorisme, art. 323-4 C. pén. en matière d'atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données)

¹⁸⁵³ Art. L. 3213-1 I, al. 1^{er} CSP. Cette décision est prise par le préfet sur la base d'un certificat médical circonstancié émanant d'un psychiatre. Pour les mesures provisoires pouvant être prises par les maires en cas de danger imminent pour la sûreté des personnes : art. L. 3213-2 CSP.

l'individu est ainsi au fondement de la réaction du droit, afin de protéger les personnes et l'ordre public. Les comportements ou états qui justifient l'hospitalisation sous contrainte ne constituent pas des infractions pénales ou extra-pénales. C'est pourquoi ils peuvent être qualifiés d'illicéités non-formelles : ce sont des comportements ou états dangereux qui menacent des biens juridiques, c'est-à-dire la sûreté des personnes et l'ordre public. En revanche, pour les deux autres formes d'hospitalisation sous contrainte, le lien avec la dangerosité de la personne est moins évident. Lorsque la demande émane d'un tiers, un membre de la famille par exemple, l'admission est conditionnée sur le fond par le fait que la personne souffre de troubles mentaux qui empêchent son consentement¹⁸⁵⁴ et que son état mental impose des soins immédiats assortis soit d'une surveillance médicale constante justifiant une hospitalisation complète, soit d'une surveillance médicale régulière justifiant une prise en charge pouvant comporter notamment des soins ambulatoires, des soins à domicile, des séjours à temps partiel ou de courte durée à temps complet¹⁸⁵⁵. La demande peut aussi émaner d'un médecin, lorsqu'elle ne peut pas être faite par un tiers, en cas de péril imminent pour la santé de la personne¹⁸⁵⁶ en plus des deux autres conditions de fond identiques au cas précédent. À la différence du premier cas exposé, ces deux cas d'hospitalisation sous contrainte sont fondés sur l'existence d'un danger pour la personne soignée et non pas pour autrui ou pour l'ordre public. La violation virtuelle de la règle de droit n'est pas présente dans ces deux hypothèses, ce qui peut faire douter de l'existence d'une illicéité non-formelle. En effet, puisque les atteintes à l'intégrité envers soi-même ne sont pas interdites, il n'y a pas d'atteinte à un bien juridique protégé. En l'absence d'un fondement qualifiable d'illicéité formelle ou d'illicéité non-formelle, la qualification de mesure répressive ne semble pas pouvoir être retenue. La définition de la notion unifiée de répression touche ici à l'une de ces limites : elle peut ne pas être applicable à toutes les hypothèses de mesures coercitives.

353. *La garde en établissement et l'évaluation psychiatrique imposées en droit québécois.* Le droit québécois prévoit la possibilité d'imposer une garde en établissement ou une évaluation psychiatrique à une personne dans l'hypothèse où son état mental présente un danger grave et imminent pour elle-même ou pour autrui¹⁸⁵⁷. L'une et l'autre

¹⁸⁵⁴ Art. L. 3212-1 I 1^o CSP.

¹⁸⁵⁵ Art. L. 3211-2-1 CSP.

¹⁸⁵⁶ Art. L. 3212-1 II 2^o CSP.

¹⁸⁵⁷ Art. 26 et suiv., *C.c.Q.*, préc., note 1702; art. 6 à 13, *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui*, préc., note 1699.

de ces mesures intègrent la catégorie juridique des mesures répressives dès lors qu'elle se fonde sur le danger que l'état mental de la personne engendre pour autrui. Leur fondement est en effet une illicéité non-formelle : le danger que représente la personne pour la sécurité d'autrui, résultant de son état mental. La dangerosité est le critère de la garde contrainte¹⁸⁵⁸. L'état mental est la source de cette dangerosité, mais il ne suffit pas seul à justifier la mesure. Une difficulté résulte cependant de la mise en œuvre du critère du fondement élargi de la réaction répressive. En effet, la nature de la garde ou de l'évaluation contraintes se trouve scindée selon que la mesure est fondée sur le danger que représente la personne pour elle-même ou pour autrui. Si le danger n'est présent que pour elle-même, la mesure ne peut pas être répressive, à défaut de risque de violation de la loi, en l'absence d'obligation de préserver sa propre santé. En revanche, une mesure fondée à la fois sur le danger que l'état mental de la personne présente pour elle-même et pour autrui est, tout comme la mesure exclusivement fondée sur le danger pour la sécurité d'autrui, répressive, sous réserve de sa gravité.

354. *Bilan des applications de l'illicéité non-formelle comme fondement de la répression.* Le contrôle et la maîtrise de certaines personnes, par la réduction individuelle de leurs droits et libertés, fondés sur des comportements non illicites mais révélateurs d'un potentiel de nuisance ne sont pas nécessairement nouveaux (on pense ici aux privations de liberté des fous, des marginaux, des femmes rejetées par leurs familles à une certaine époque, etc.). En revanche, considérer que ces comportements dont se saisit le droit constituent des illicéités matérielles autonomes est plus original. Le risque incarné par l'individu, sa dangerosité, est au fondement de ces mesures. La définition unifiée de la répression, distincte des conditions de sa légitimité, conduit à considérer l'illicéité non-formelle comme un fondement de la répression au même titre que l'illicéité formelle, accompagnée ou non accompagnée d'une illicéité matérielle. En définitive, dès lors que la mesure réagit à un état ou un comportement illicite, que l'illicéité soit formelle ou non-formelle, la mesure peut être qualifiée de répressive. Il faut toutefois que cette réaction se fasse à l'endroit d'un comportement ou un état individuel.

¹⁸⁵⁸ Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 6^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019, par. 216, EYB2019DPP36 (La référence).

Section 2. Le caractère individuel de l'illicéité cause de la réaction

355. Le choix du critère. Est individuel ce qui « concerne un seul individu; qui est relatif à, destiné à une seule personne »¹⁸⁵⁹. Le choix du caractère individuel de la réaction répressive comme critère de la notion unifiée est inspiré de la distinction entre la police administrative et la police judiciaire en droit français. Classiquement, il est dit que la première a pour objet le maintien de l'ordre public alors que la police judiciaire réprime les infractions¹⁸⁶⁰. Cette différence d'objet ou de finalité de chacune des polices engendre une différence dans leurs rapports aux personnes atteintes par les mesures privatives ou restrictives de droits et libertés de l'une et de l'autre. Le maintien de l'ordre public ne présuppose pas de rapport individuel. La prévention des troubles et menaces de troubles à l'ordre public passe principalement par des mesures générales et impersonnelles, eu égard à un contexte spatio-temporel objectif, la situation de trouble à l'ordre public, qui s'appliquent indifféremment à un ensemble de personnes indéterminées, eu égard à un contexte spatio-temporel objectif – la situation de troubles à l'ordre public – tandis que les mesures de police judiciaire sont en principe individualisées¹⁸⁶¹. Le caractère

¹⁸⁵⁹ ACADEMIE FRANÇAISE, préc., note 1, v° « Individuel », 3, en ligne : <<https://www.dictionnaire-academie.fr>>.

¹⁸⁶⁰ M. CHAMBON, préc., note 1550, à la p. 136. Le maintien de l'ordre public est généralement assimilé à la fonction préventive de la police administrative, par opposition à la fonction répressive de la police judiciaire : Patrice CHRETIEN, Nicolas CHIFFLOT et Maxime TOURBE, *Droit administratif*, 17^e éd., coll. Université, Paris, Dalloz (Sirey), 2020, par. 673, p. 680-682; Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, 23^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2020, par. 822, p. 388; Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY et Philippe YOLKA, *Traité de droit administratif. Tome 2*, coll. Traité Dalloz, n°12, Paris, Dalloz, 2011, p. 19-20; J. PETIT et P.-L. FRIER, préc., note 1572, par. 489, p. 338; Xavier PRETOT et Clémence ZACHARIE, *La police administrative*, coll. Systèmes. Série Pratique, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso, 2018, p. 35, 39 et 43; Vincent TCHEN, *La notion de police administrative: de l'état du droit aux perspectives d'évolution*, coll. Les travaux du centre d'études et de prospective, Paris, La Documentation française, 2007, p. 58; Jean WALINE, *Droit administratif*, 28^e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2020, par. 376, p. 381-382. Tous les auteurs soulignent néanmoins le caractère relatif de cette distinction et le partage par les deux polices, dans une certaine mesure, des fonctions de prévention et de répression : P. CHRETIEN, N. CHIFFLOT et M. TOURBE, préc., cette note, par. 673, p. 680-682; Y. GAUDEMET, préc., cette note, par. 823, p. 389; P. GONOD, F. MELLERAY et P. YOLKA, préc., cette note, p. 20; J. PETIT et P.-L. FRIER, préc., note 1572, par. 490-491, p. 338-339; X. PRETOT et C. ZACHARIE, préc., cette note, p. 43; V. TCHEN, préc., cette note, p. 58 et suiv.; J. WALINE, préc., cette note, par. 376, p. 381-382.

¹⁸⁶¹ M. CHAMBON, préc., note 1550, aux p. 135-136. Les mesures privatives ou restrictives de droits et libertés prises pour la recherche et la poursuite des infractions devaient initialement être fondées sur la possibilité d'établir un lien entre les personnes qui en étaient l'objet et les infractions visées, comme les contrôles d'identité des personnes soupçonnées de la préparation, de la tentative ou de la commission d'une infraction (art. 78-2 al. 1 et 2 C. proc. pén.). Néanmoins, sur ce point, les réformes successives en matière de pouvoirs de police ont rendu la distinction fondée sur l'individualisation de la mesure plus délicate. Particulièrement, l'introduction des contrôles d'identité de police judiciaire réalisés sur réquisitions écrites du procureur de la République pour la recherche et la poursuite d'infractions dans un cadre spatio-temporel qu'il détermine (créés par l'article 1^{er} de la *Loi n° 93-992 du 10 août 1993 relative aux contrôles et vérifications d'identité*, JO n° 0184 du 11 août 1993, p. 11303, aujourd'hui présent à l'article 78-2 alinéa 7 C. proc. pén.), qui permettent d'imposer une restriction de la liberté d'aller et venir à tout individu présent dans le cadre déterminé indépendamment de son comportement présent ou de son lien passé aux infractions recherchées.

individuel de la mesure apparaît comme une marque distinctive entre la répression des infractions et le maintien de l'ordre public. Cette marque ne permet cependant pas un partage absolu entre les deux polices dès lors que le maintien de l'ordre public peut justifier d'encadrer, contrôler ou maîtriser des comportements individuels dans le cas où ils menaceraient ou troubleraient l'ordre public¹⁸⁶². Plusieurs auteurs admettent en outre le caractère répressif de certaines mesures de prévention des atteintes à l'ordre public, notamment lorsqu'elles visent le comportement d'un individu en particulier¹⁸⁶³. En conséquence, plus qu'un critère de distinction entre mesures de police judiciaire et mesure de police administrative, le caractère individuel du comportement en raison duquel intervient une mesure de police devrait être un critère de distinction entre répression et prévention, indépendamment de la qualification pénale ou administrative de la mesure et de son objectif (la recherche et la poursuite des auteurs d'infractions ou le maintien de l'ordre public). Il conviendrait ainsi de considérer qu'est répressive toute mesure de réaction juridique grave à un comportement individuel dangereux, indépendamment du motif tenant au maintien de l'ordre public.

Le fait de se saisir du comportement dans l'optique de maintenir ou rétablir l'ordre public ne masque pas le fait que le droit produit une réaction à ce comportement. Cette réaction peut avoir un objectif préventif subséquent, mais elle est en premier lieu répressive. Il est ainsi nécessaire de considérer la règle au-delà de la distinction entre police administrative et police judiciaire et de reconnaître l'existence d'une répression administrative de police.

356. *L'individualité de l'illicéité.* La répression est fondée sur un comportement ou un état dangereux attribué à un individu en particulier. C'est le premier des deux expressions du caractère individuel de la réaction juridique répressive. Il faut ainsi préciser la signification du caractère individuel du comportement ou de l'état dangereux (§1) avant d'exposer les applications de ce critère (§2).

¹⁸⁶² *Id.*, à la p. 136; Carole GIRAULT, « Contrôles et vérifications d'identité », dans *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Dalloz, par. 80, actualisation mars 2018; T. HERRAN, préc., note 1550; Étienne PICARD, « Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux : des régimes inutilement hétéroclites », *RFDA* 1994.959.

¹⁸⁶³ P. CHRETIEN, N. CHIFFLOT et M. TOURBE, préc., note 1860, par. 673, p. 680-681; V. TCHEN, préc., note 1754, p. 63-64. Les auteurs considèrent notamment que la mesure administrative de retrait du permis de conduire décidée par le préfet comporte, un aspect répressif pour les premiers, et « sanctionne incontestablement un comportement » pour le second.

§ 1. La signification du caractère individuel du comportement

357. *La signification du critère.* La répression est une réaction juridique grave à un comportement ou un état individuel, qu'il soit formellement ou matériellement illicite. Ainsi, la réaction juridique peut être répressive lorsque son fondement est un comportement ou un état dangereux individuel, c'est-à-dire rattaché à une personne en particulier. Ne sont donc pas répressives les mesures prises en réaction à des faits qui, formellement ou matériellement, constituent un contexte global ou une situation objective. S'ils sont appréhendés comme un tout, qu'ils ne sont pas saisis en tant que faits individualisés, et qu'ils donnent lieu à des mesures privatives ou restrictives de droits ou libertés, la réaction n'est pas répressive. Du point de vue de la personne qui subit l'atteinte à ces droits ou libertés, il n'y a pas réaction ni à son comportement individualisé ni à celui de quelqu'un d'autre. En ce sens, en droit français certains contrôles d'identité, administratifs comme judiciaires, ne sont pas répressifs, contrairement, par exemple, aux mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance. Les recueils d'informations identificatoires en droit canadien sont aussi, selon les certaines circonstances, répressifs ou non répressifs.

§2. Les applications du caractère individuel du comportement ou de l'état dangereux

358. Le critère du caractère individuel du comportement ou de l'état au fondement de la réaction répressive permet d'opérer un tri parmi les différents motifs de contrôle d'identité en droit français et de recueil d'informations identificatoires en droit canadien et d'identifier les mesures de nature répressive. Elle permet également de poursuivre la qualification de la nature répressive des mesures pénales ou administratives motivées par la prévention des infractions, notamment en matière de terrorisme au regard de leur fondement : un comportement ou un état dangereux individuel. Ainsi, l'application du caractère individuel du comportement ou de l'état dangereux comme critère du fondement de la répression s'illustre tant en droit français (I) que canadien (II).

I. Les applications françaises du caractère individuel du comportement ou de l'état dangereux

359. *L'exemple des mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance en matière de terrorisme.* Les mesures individuelles de contrôle et de surveillance en matière de terrorisme¹⁸⁶⁴ illustrent l'orientation de la réponse administrative théoriquement préventive vers les comportements individuels et par conséquent la tendance de la mesure administrative à se diriger vers une réaction de nature finalement répressive. Par l'atténuation des exigences relatives à la condition de menace à l'ordre public¹⁸⁶⁵ résultant du comportement individuel dont la police administrative se saisit, et par une focalisation plus importante sur le comportement individuel lui-même, un glissement s'opère entre maintien de l'ordre public et répression des comportements indésirables susceptibles d'être qualifiés d'infractions¹⁸⁶⁶. La lutte contre le terrorisme est ainsi une matière par laquelle se développe et s'entretient la confusion entre police administrative et judiciaire¹⁸⁶⁷ eu égard notamment au caractère individualisé de la réaction juridique qui se retrouve dans les deux¹⁸⁶⁸. Il faut ainsi considérer la répression au-delà de la distinction entre police administrative et judiciaire et de reconnaître l'existence d'une répression administrative de police¹⁸⁶⁹. Le caractère individuel du comportement à l'origine de la réaction juridique est un élément essentiel de la répression. Ce caractère permet également de distinguer deux catégories de contrôles d'identité qui

¹⁸⁶⁴ Art. L. 228-1 à L. 228-7 C. séc. int.

¹⁸⁶⁵ Ces mesures ne sont en effet pas justifiées par un comportement dont il est établi qu'il est une menace à la sécurité et l'ordre public mais dès lors qu'il existe « des raisons sérieuses de penser » qu'il constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics : art. 228-1 C. séc. int. Cette exigence apparaît très souple : M. CHAMBON, préc., note 1550, à la p. 137-138.

¹⁸⁶⁶ En permettant d'imposer des mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance à « toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics et qui soit entre en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, soit soutient, diffuse, lorsque cette diffusion s'accompagne d'une manifestation d'adhésion à l'idéologie exprimée, ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes », l'article L. 228-1 C. séc. int. organise une réaction juridique administrative proche de la réaction juridique pénale à certains comportements constitutifs d'infractions comme l'association de malfaiteurs terroristes (art. 421-2-1 C. pén.), l'apologie du terrorisme (art. 421-2-5 C. pén.) : T. HERRAN, préc., note 1550; E. RASCHEL, préc., note 1844, par. 7.

¹⁸⁶⁷ M. CHAMBON, préc., note 1550, aux p. 142-143. L'auteur souligne toutefois que le rapprochement n'est que partiel; T. HERRAN, préc., note 1550; T. HERRAN, préc., note 1550.

¹⁸⁶⁸ M. CHAMBON, préc., note 1550, aux p. 139-143; T. HERRAN, préc., note 1550.

¹⁸⁶⁹ Sur le fait que les mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance sont répressives, voir égal. en ce sens : M. CHAMBON, préc., note 1550, aux p. 142-143; T. HERRAN, préc., note 1550. L'idée selon laquelle il existe une répression administrative de police est d'autant plus admissible que la distinction entre police administrative préventive et police judiciaire répressive est souvent nuancée : P. CHRETIEN, N. CHIFFLOT et M. TOURBE, préc., note 1860, par. 673, p. 680-682; P. GONOD, F. MELLERAY et P. YOLKA, préc., note 1860, p. 20; T. HERRAN, préc., note 1550; X. PRETOT et C. ZACHARIE, préc., note 1860, p. 40; J. WALINE, préc., note 1860, par. 376, p. 38-382.

ne se superposent pas à leur qualification administrative ou judiciaire, mais s'effectue en fonction de leur fondement.

360. *L'exemple des contrôles d'identité en droit français.* En définissant la répression comme toute mesure de réaction juridique grave à un comportement ou à un état dangereux individuel, tout contrôle d'identité fondé sur un tel comportement ou état individuel est susceptible d'être répressif, indépendamment de sa nature administrative ou judiciaire. Il existe en effet plusieurs types de contrôle d'identité en droit français, dont certains relèvent de la police judiciaire et d'autres de la police administrative¹⁸⁷⁰. Les premiers étaient initialement considérés comme des contrôles répressifs alors que les seconds étaient préventifs. Cependant, l'évolution des pratiques et de la législation, par une multiplication des motifs de contrôle, a conduit à la mise en place de contrôles de police administratifs plus répressifs¹⁸⁷¹ et de contrôles de police judiciaires plus préventifs. Le critère de distinction finaliste entre les contrôles de police judiciaire et de police administrative a donc laissé place à un critère matériel relatif à l'objet même du contrôle, à savoir la recherche et la poursuite de l'auteur d'une infraction ou le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de l'intégrité des personnes et des biens¹⁸⁷². Par exemple, les contrôles d'identité fondés sur l'article 78-2 alinéas 1 à 6 du Code de procédure pénale sont dirigés à l'encontre de personnes identifiées soupçonnées d'être liées à des faits infractionnels, pour prévenir des infractions en préparation, rechercher et poursuivre des infractions consommées ou tentées, ou pour contrôler l'exécution des peines. Chacun de ces cas constitue une réaction juridique à un comportement ou un état matériellement imputable à une personne à titre individuel; ils sont donc de nature répressive¹⁸⁷³. En revanche, les contrôles organisés sur réquisitions du procureur de la

¹⁸⁷⁰ Voir « Des contrôles, des vérifications et des relevés d'identité », art. 78-1 à 78-7 C. proc. pén., spéc. art. 78-2 C. proc. pén.; C. GIRAULT, préc., note 1862.

¹⁸⁷¹ *Id.*, par. 8 à 20 et 22 à 25; Danièle MAYER, « Prévention et répression en matière de contrôles d'identité : une distinction trompeuse », *D.* 1993.272; É. PICARD, préc., note 1862.

¹⁸⁷² É. PICARD, préc., note 1862, p. 20 (PDF). Sur la base du critère de l'objet de l'acte, les contrôles d'identité en lien avec une infraction, organisés aux articles 78-2, al. 1 à 6 et 78-6 C. proc. pén., ou exécutés « aux fins de recherche et de poursuite d'infractions » aux termes des articles 78-2, al. 7, 78-2-1 et 78-2-2 C. proc. pén. sont des contrôles de police judiciaire. Les contrôles d'identité opérés pour « prévenir une atteinte à l'ordre public », selon l'article 78-2, al. 8 C. proc. pén. ou pour « prévenir une atteinte grave à la sécurité des personnes et des biens », aux termes de l'article 78-2-4 C. proc. pén. sont quant à eux de police administrative : C. GIRAULT, préc., note 1862, par. 25.

¹⁸⁷³ L'article 78-2 al. 4 C. proc. pén. prévoit le contrôle d'identité de « toute personne à l'égard de laquelle existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner » qu'elle est « susceptible de fournir des renseignements utiles à l'enquête en cas de crime ou de délit ». Le caractère répressif de ce contrôle

République, pour la recherche et la poursuite d'infractions précisées par lui, fondés, sur les articles 78-2 alinéa 7 ou 78-2-2 du Code de procédure pénale, peuvent être répressifs uniquement de façon incidente, tout comme les contrôles administratifs de l'article 78-2 alinéa 8 relatifs à la prévention des atteintes à l'ordre public en raison de la généralité et du caractère impersonnel de la réaction juridique initiale.

Sur réquisitions écrites du procureur de la République, pour la recherche et la poursuite d'infractions précisées par lui, certaines autorités de police judiciaire¹⁸⁷⁴ peuvent contrôler l'identité de n'importe quelle personne se trouvant dans les lieux et aux heures déterminés par le procureur¹⁸⁷⁵, indépendamment de son comportement. Malgré l'objectif répressif de ce type de contrôle, déduit de sa finalité – la recherche et la poursuite d'infractions indiquées par le procureur de la République –, la nature de chaque acte de contrôle dépend plus concrètement des circonstances. En effet, si la police contrôle des personnes qui se trouvent dans le périmètre spatio-temporel défini par le procureur de la République uniquement en raison de leur présence, et non eu égard à leur comportement ou état individuel, la réaction juridique n'est pas répressive car elle se fonde sur un contexte infractionnel diffus, objectif et dépersonnalisé¹⁸⁷⁶. En revanche, si, dans le cadre des réquisitions du procureur de la République le contrôle est concrètement justifié non seulement par la présence de la personne sur les lieux, mais par le comportement ou l'état de la personne, il devient un acte répressif par nature. Le même raisonnement factuel doit être appliqué concernant les contrôles d'identité de police administrative réalisés pour la prévention des atteintes à l'ordre public¹⁸⁷⁷. Dans cette hypothèse en effet, le contrôle de l'identité des personnes peut être effectué

pourrait être discuté car la mesure ne vise pas la personne qui est elle-même soupçonnée de l'infraction. La mesure est néanmoins fondée sur l'existence plausible d'une infraction consommée ou tentée, donc un comportement individuel dangereux avéré ou soupçonné et restreint la liberté d'aller et venir d'une personne à titre individuel. Il y a donc une potentielle répression, car la définition de la répression ne suppose pas en elle-même que la personne qui a réalisé le comportement à l'origine de la réaction soit celle qui subisse en retour l'atteinte à ses droits et libertés. La question de l'identité entre l'auteur de l'illicéité et la personne qui subit la réaction serait plutôt relative à la légitimité de la réaction répressive, qui n'est pas ici étudiée.

¹⁸⁷⁴ Art. 78-2 al. 1^{er} : « Les officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, les agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21-1° [du Code de procédure pénale] [...] ».

¹⁸⁷⁵ Art. 78-2, al. 7 C. proc. pén.; Const. const., 5 août 1993, n° 93-323 DC, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, par. 3 à 6; Cons. const., 24 janv. 2017, n° 2016-606/ 607 QPC, *M. Ahmed M. et autre*, par. 15 à 31 (réserve d'interprétation au par. 23). Il en est de même avec des modalités plus précises pour la recherche notamment d'infractions de terrorisme, d'infractions en matière d'armes et explosifs, d'armes de destruction massive, de vol, de recel de choses, de trafic de stupéfiants : art. 78-2-2 C. proc. pén.

¹⁸⁷⁶ C. GIRAULT, préc., note 1862, par. 43-52, spéc. par. 48, p. 22-26, spéc. p. 24; D. MAYER, préc., note 1871, p. 2 (PDF) (Dalloz); É. PICARD, préc., note 1862, p 7-8 et 22 (PDF) (Dalloz).

¹⁸⁷⁷ Art. 78-2 al. 8 C. proc. pén.; Const. const., 5 août 1993, préc., note 1875, par. 7 à 10.

indépendamment de leur comportement, dès lors que les autorités justifient des « circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle »¹⁸⁷⁸, ces circonstances pouvant être uniquement objectives¹⁸⁷⁹. En revanche, les autorités peuvent contrôler un individu eu égard à son comportement attentatoire à l'ordre public¹⁸⁸⁰, auquel cas le contrôle sera répressif. Enfin, pour les cas s'agissant des mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance des personnes soupçonnées d'entretenir des liens avec le terrorisme, il s'agit bien d'une réaction à des comportements individuels qui traduisent pour le législateur un état de dangerosité de la personne, donnant à ces mesures leur nature répressive.

361. *L'exemple des mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance des personnes soupçonnées d'entretenir des liens avec le terrorisme.* Contrairement aux mesures administratives de contrôle d'identité prises dans un contexte objectif de trouble ou de risque de trouble à l'ordre public, les mesures de contrôle administratif des personnes soupçonnées d'entretenir des liens avec le terrorisme sont fondées sur des comportements individuels établissant aux yeux du législateur la dangerosité de l'individu. Le texte exige d'une part qu'il existe « des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics » et d'autre part que cet individu « soit entre en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, soit soutient, diffuse, lorsque cette diffusion s'accompagne d'une manifestation d'adhésion à l'idéologie exprimée, ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes ». Il y a donc une double condition comportementale. La première, plus indéterminée que la seconde, établit seule le lien avec un risque de trouble à l'ordre public. Le lien des comportements saisis avec un trouble à l'ordre public est donc à la fois souple¹⁸⁸¹ et partiel. En effet, d'une part, il n'est pas nécessaire de démontrer que le comportement cause un trouble à l'ordre public, ni même un risque de trouble. Il faut seulement avancer « des raisons sérieuses de penser » qu'il constitue une menace particulièrement grave. D'autre part, la nécessité de préserver l'ordre public n'a pas à être justifiée au regard du second

¹⁸⁷⁸ Selon les termes de la réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel : Const. const., 5 août 1993, préc., note 1875, par. 9.

¹⁸⁷⁹ C. GIRAULT, préc., note 1862., par. 76-77, p. 33; É. PICARD, préc., note 1862, p. 9-10.

¹⁸⁸⁰ C. GIRAULT, préc., note 1862., par. 80-81, p. 34-35; É. PICARD, préc., note 1862, p. 10.

¹⁸⁸¹ M. CHAMBON, préc., note 1550, aux p. 137-138.

comportement exigé et saisi par cette disposition, qui concerne plus directement le lien de l'individu avec une entreprise terroriste, sans pour autant qu'il ne soit imposé que le comportement puisse être pénalement qualifié¹⁸⁸². Le lien entre la situation saisie et l'existence d'une menace pour l'ordre public est donc requis, mais limité. Il n'est plus seulement question de constater un contexte objectif de risque pour l'ordre public et de prévenir de possibles atteintes, mais de réagir à des agissements individuels partiellement déterminés¹⁸⁸³, qui révèlent pour le législateur la dangerosité de l'individu¹⁸⁸⁴. Ainsi, ces mesures administratives privatives et restrictives de droits et libertés se saisissent de comportements individualisés car ils font apparaître un risque infractionnel¹⁸⁸⁵. Elles sont en ce sens répressives. Le caractère individuel comme critère du comportement ou de l'état dangereux au fondement de la répression s'illustre également en droit canadien.

II. Une application canadienne du caractère individuel du comportement ou de l'état dangereux

362. *L'exemple du recueil d'informations identificatoires en droit canadien.* En droit canadien, les recueils d'informations identificatoires par la police dans l'espace public ont des objets similaires à ceux du droit français : la prévention, la recherche et la poursuite des infractions, d'une part; le maintien de la sécurité et de la paix¹⁸⁸⁶, d'autre part. Dans la majorité des hypothèses, les individus ne sont pas obligés de répondre à la demande d'identification de la part de la police. En l'absence de motifs justifiant une détention ou une arrestation, ils peuvent refuser ou cesser l'interaction et reprendre leur

¹⁸⁸² C'est là tout l'intérêt de cette disposition : éviter de devoir attendre que le comportement justifie des mesures pénales : T. HERRAN, préc., note 1550.

¹⁸⁸³ Peut ainsi être observé une modification de l'objet de la police administrative en matière de terrorisme : M. CHAMBON, préc., note 1550, aux p. 137 et 139-142; T. HERRAN, préc., note 1550, p. 2-3.

¹⁸⁸⁴ M. CHAMBON, préc., note 1550, aux p. 142-145.

¹⁸⁸⁵ Un auteur souligne ainsi « L'oxymore de la prévention réactive à la commission d'une infraction » : T. HERRAN, préc., note 1550.

¹⁸⁸⁶ En droit québécois : *Loi sur la police*, RLRQ, c. P-13.1, art. 48 : « Les corps de police, ainsi que chacun de leurs membres, ont pour mission de maintenir la paix, l'ordre et la sécurité publique, de prévenir et de réprimer le crime et, selon leur compétence respective énoncée aux articles 50, 69 et 89.1, les infractions aux lois ou aux règlements pris par les autorités municipales, et d'en rechercher les auteurs ». C'est ainsi une méthode parmi d'autres pour assurer les missions de la police que sont notamment la lutte contre la criminalité, l'exécution de la loi, et le maintien de l'ordre public : *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, c. P.15, art. 4(2) et art. 42(1). Michael H. TULLOCH, *Rapport de L'examen indépendant des contrôles de routine*, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, Ministère de la Sécurité communautaire et des Services correctionnels, 2018, en ligne : <www.ontario.ca/fr/page/ministere-de-la-securite-communautaire-et-des-services-correctionnels>, spéc. par. 13, 25, 30, 32, 34-35.

chemin¹⁸⁸⁷. Par exemple, il existe des contrôles dits « de routine », par lesquels les agents de la paix peuvent demander à des individus, sur la voie publique et de façon aléatoire, de les renseigner notamment sur leur identité. Dans ces circonstances, il n'y a aucune obligation de répondre et l'individu peut mettre fin à sa convenance à l'interaction, et cela sans conséquence¹⁸⁸⁸. Il n'y a donc pas de comportement ou d'état qui provoque l'action policière. En l'absence de réaction à un comportement ou état individuel, il n'y a pas de répression. Il existe cependant trois hypothèses dans lesquelles un individu doit fournir les informations identificatoires demandées. Premièrement, lorsqu'un individu fait l'objet d'une arrestation légale sur le fondement du *Code criminel*¹⁸⁸⁹, deuxièmement lorsqu'un agent de la paix entreprend de dresser un constat d'infraction à l'encontre d'une personne après l'avoir informé de l'infraction reprochée¹⁸⁹⁰ et troisièmement, en cas de contrôles routiers¹⁸⁹¹. Dans les deux premiers cas, les contrôles sont de nature répressive. Ils constituent en effet des atteintes à la liberté de circuler fondées sur les comportements infractionnels. En revanche, pour les contrôles routiers, en l'absence d'un motif propre à l'activité du conducteur contrôlé, la demande d'identification constitue un acte de police préventif, eu égard à l'absence de comportement ou état individuel dangereux fondant la mesure¹⁸⁹².

363. Conclusion du Titre 1. Afin de répondre aux enjeux en matière de sécurité juridique des justiciables, la notion unifiée de répression peut être définie comme une réaction juridique à une illicéité, réaction dont le contenu est d'une gravité particulière. La répression est donc définie par trois critères cumulatifs, sa nature réactionnelle, sa

¹⁸⁸⁷ *Dedman c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 2 (CSC), 13, 16 (j. en chef Dickson, motifs diss.); *R. v. Esposito*, [1985] CanLII 118 (ONCA), en ligne : <<https://canlii.ca>>; *R. v. Grafe*, [1987] CanLII 170 (ONCA), en ligne : <<https://canlii.ca>>; P. BELIVEAU et J. PRADEL, préc., note 1186, par. 810, p. 290; M. H. TULLOCH, préc., note 1886, par. 6 et 94, p. 67 et p. 80-81.

¹⁸⁸⁸ En Ontario : M. H. TULLOCH, préc., note 1886, par. 4 et 6 et 95-96, p. 67 et 81.

¹⁸⁸⁹ *R. c. Moore*, [1979] 1 R.C.S. 195 (CSC), 240-241. Dans ce cas, il n'y a pas expressément d'obligation légale de fournir les renseignements demandés. Cependant, le refus permet à l'agent de la paix de détenir ou arrêter la personne le temps nécessaire à l'établissement de son identité. Cette conséquence peut expliquer que la possibilité de fournir des renseignements identificatoires dans ce contexte soit présentée comme une obligation.

¹⁸⁹⁰ En dr. québ. : art. 72 à 74 C.p.p.

¹⁸⁹¹ En dr. québ. : art. 36, 61 et 102 C.s.r.

¹⁸⁹² La mesure de contrôle n'est pas toujours, par ailleurs, une réaction à un contexte spécifique, si ce n'est celui de la conduite automobile en général. Sauf à considérer que la conduite automobile est par essence dangereuse et que toute intervention policière à l'égard d'un conducteur constitue une réaction à un comportement dangereux, c'est bien le comportement ou l'état individuel d'un conducteur en particulier qui peut justifier un contrôle et modifier la nature de la mesure.

cause et sa gravité. Les deux premiers critères identifient la répression comme une réponse juridique individuelle à une illicéité individuelle.

En tant que réponse, la répression est une mesure dont le mécanisme se déclenche en réaction à un évènement, c'est-à-dire, chronologiquement, après cet évènement. Avant même l'identification de l'évènement, la nature réactionnelle de la répression permet de la différencier des mécanismes juridiques qui interviennent antérieurement à tout évènement. L'organisation administrative de l'exercice des droits et libertés n'est ainsi pas répressive lorsqu'elle conditionne cet exercice à l'existence d'une déclaration préalable ou d'une autorisation. En revanche, le retrait d'une autorisation octroyée par l'administration pour l'exercice d'un droit ou d'une liberté peut être répressif s'il intervient après la survenance d'un évènement. Les mesures administratives ou pénales de contrôle et de surveillance d'une personne en raison de sa dangerosité sont également des réactions juridiques, susceptibles dès lors s'être qualifiées de répression. En outre, la réponse doit être individuelle. Si une mesure juridique restrictive ou privative de droits ou libertés intervient en réaction à un évènement, mais que cette réaction ne vise personne en particulier, qu'elle est appliquée à l'ensemble de la population ou sur un territoire géographique donné, elle ne sera pas qualifiée de répression. Par exemple, les contrôles aléatoires d'identité sur un territoire délimité, autorisés dans ce seul espace et à l'égard de n'importe quelle personne qui s'y trouve, ne sont pas répressifs. Au contraire, les mesures administratives ou pénales de contrôle et de surveillance d'une personne en raison de sa dangerosité sont des réactions juridiques individuelles. La définition unifiée de la notion de répression comme une réponse juridique individuelle suppose ensuite d'identifier l'évènement déclencheur de cette réponse.

La cause de la répression a ainsi été identifiée dans la notion d'illicéité. La répression est ainsi une réponse juridique à une illicéité individuelle. L'illicéité comme cause de la répression se définit substantiellement comme un état ou un comportement dangereux. En ce sens, la cause de la répression peut se trouver dans un état ou un comportement formellement contraire au Droit (illicéité formelle), qualifié d'infraction pénale, de manquement administratif, de faute disciplinaire ou de faute civile. La dangerosité de la personne est en ce sens manifestée par l'adoption du comportement ou de l'état contraire au Droit. L'illicéité formelle peut prendre plusieurs formes : l'illicéité-responsabilité (mesure punitive de réaction fondée sur la reconnaissance de la responsabilité juridique d'une personne sur le fondement de faits établis et contraires au Droit, que ce soit en matière pénale, administrative, civile ou disciplinaire), l'illicéité-

dangerosité (mesure fondée à la fois sur la responsabilité et la dangerosité non formellement illicite d'une personne), l'illicéité assumée (mesure de réaction fondée sur une responsabilité qui doit être assumée sans que celle-ci soit judiciairement établie selon les formes classiques), et l'illicéité supposée (mesure de réaction à un comportement contraire au Droit qui n'a pas encore été établie, mais dont on soupçonne la réalisation et pour laquelle des investigations sont en cours). La cause de la répression peut également être un comportement ou état dangereux qui n'est pas formellement désigné comme contraire au Droit (illicéité non-formelle). La dangerosité existe alors au regard de la potentialité de la personne à réaliser une illicéité formelle, souvent une infraction pénale. L'illicéité non-formelle, au contraire de l'illicéité formelle, est alors exclusive de la culpabilité et de l'imputabilité. L'assimilation de l'illicéité non-formelle à l'illicéité formelle comme cause de la répression a pour conséquence de rendre possible la qualification répressive des mesures pénales et administratives de contrôle et de surveillance d'individus qui peuvent être mises en place indépendamment de la commission d'une infraction. En revanche, les mesures de réaction fondées sur la dangerosité d'une personne uniquement envers elle-même ne semblent pas susceptibles d'une qualification répressive, à défaut de menace envers autrui. En outre, l'illicéité cause de la répression est un état ou un comportement dangereux qu'il est possible de rattacher à une ou plusieurs personnes en particulier. Il ne s'agit pas d'un contexte dangereux global ou d'une menace abstraite.

La définition unifiée de la notion de répression comme réaction juridique individuelle à une illicéité individuelle permet une qualification plus prévisible et cohérente des mécanismes sanctionneurs pénaux et extra-pénaux dans les droits français et canadien. En effet, en recourant à des caractéristiques substantielles uniformisées s'agissant de la nature et de la cause de la répression, il est plus difficile d'attribuer à certaines mesures des qualifications formelles opportunes pour contourner l'application d'un régime juridique protecteur pour les justiciables. Cette détermination des caractéristiques substantielles de la répression doit finalement être complétée par la définition d'un dernier élément s'ajoutant aux précédents. En effet, la répression se singularise d'autres réactions juridiques individuelles à des illicéités individuelles en ce qu'elle est d'une gravité particulière.

TITRE 2. LA REPRESSION, UNE REPOSE D'UNE GRAVITE PARTICULIERE

364. *La gravité de la mesure de réaction comme critère de la notion unifiée de répression.* Contrairement aux choix jurisprudentiels de reléguer la gravité d'une mesure au second plan comme critère de sa nature punitive ou pénale¹⁸⁹³, la notion unifiée de répression permet de la mettre en avant comme critère essentiel, s'ajoutant aux précédents critères exposés¹⁸⁹⁴. Le critère de gravité semble avoir été marginalisé par la jurisprudence en raison notamment de sa difficile application¹⁸⁹⁵. En effet, pour qu'il puisse être mis en œuvre, il faut pouvoir déterminer ce qu'est une mesure grave. Par référence à la peine¹⁸⁹⁶, qui sert de modèle de raisonnement, il est permis de conclure que deux éléments concourent à la détermination de la gravité d'une mesure.

365. *La double mesure de la gravité.* Pour étudier la nature d'une mesure extra-pénale pour déterminer sa qualification, sa comparaison avec les objet et *quantum* de la peine semble aller d'elle-même¹⁸⁹⁷. Ces deux éléments – objet et *quantum* – qui constituent le contenu d'une mesure, sont implicitement ou explicitement utilisés par les jurisprudences supra-législatives pour caractériser les peines et les punitions ou pour assimiler à ces dernières un autre type de mesure, sur le plan de son régime¹⁸⁹⁸. C'est pourquoi la gravité répressive peut également se mesurer grâce à son contenu. La réaction à une illicéité est grave au sens de la notion unifiée de répression lorsque son contenu substantiel est une atteinte à un droit ou une liberté (Chapitre 1), dont le *quantum* n'a pas d'équivalence

¹⁸⁹³ Voir, par ex. pour la CEDH : *supra*, par. 167.

¹⁸⁹⁴ *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1 et 2.

¹⁸⁹⁵ Pour la critique du recours au critère de gravité par les jurisprudences française, européenne et canadienne : *Supra*, par. 233 et suiv.

¹⁸⁹⁶ *Infra*, par. 279 et suiv.

¹⁸⁹⁷ Cette comparaison se retrouve en effet tout au long des raisonnements du Conseil constitutionnel (voir not. *supra*, par. 139 et suiv.), de la Cour européenne des droits de l'homme (voir not. *supra*, par. 151, 158 et 163) et de la Cour suprême du Canada (voir not. *supra*, par. 169).

¹⁸⁹⁸ Relativement aux références implicites et explicites à l'objet ou au *quantum* dans le raisonnement du Conseil constitutionnel, voir : *supra*, par. 230 (relativement à la nature privative de liberté et à la durée de la rétention de sûreté) et 141 (quant au *quantum* des majorations fiscales). Particulièrement quant à la rétention de sûreté : Cons. const. 21 fév. 2008, préc., note 907, par. 10. Le Conseil a en effet précisé que :

« Considérant, toutefois, que la rétention de sûreté, eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limite et au fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction, ne saurait être appliquée à des personnes condamnées avant la publication de la loi ou faisant l'objet d'une condamnation postérieure à cette date pour des faits commis antérieurement » (nous soulignons).

Concernant ces éléments dans le raisonnement de la CEDH voir : *supra*, par. 152, 162-163 et 167 (à propos de la nature et à la durée des privations de liberté). Pour la Cour suprême du Canada, voir : *supra*, par. 182 (quant aux éléments déterminants de la véritable conséquence pénale), et 187-188 (concernant les nouveaux critères de la peine).

objective avec le rétablissement de l'équilibre juridique antérieur à l'illicéité (Chapitre 2). Ces deux composantes de la gravité de la réaction répressive sont en principe cumulatives. Par exception, l'atteinte à certains droits et à une liberté emporte la caractérisation de la gravité indépendamment du *quantum* de l'atteinte.

Chapitre 1. La gravité substantielle de la réaction, une atteinte à un droit ou une liberté

366. *Un critère peu discriminant.* D'un point de vue substantiel, est grave au sens de la notion unifiée de répression, la réaction dont le contenu est une atteinte à un droit ou une liberté. Le critère de gravité de la réaction est en ce sens peu discriminant, puisqu'il ne distingue pas entre les différents droits et libertés qui peuvent être atteints, ni entre les différentes formes d'atteinte qui peuvent leur être portées. Il faut ainsi étudier l'objet de l'atteinte, qui peut indifféremment être un droit ou une liberté (Section 1), et les formes d'atteinte (Section 2).

Section 1. Un droit ou une liberté comme objet de l'atteinte

367. *Un critère utile.* La réaction répressive est grave parce qu'elle est, sur le plan substantiel, une atteinte à un droit ou une liberté. Malgré une conception peu discriminante, cette exigence d'un contenu substantiellement grave permet d'écarter la qualification répressive de plusieurs mesures qui ne portent pas atteinte à un droit ou une liberté. Afin de saisir précisément les conséquences de cette conception pour la qualification des mesures répressives, il faut expliquer le processus de détermination de l'objet de l'atteinte (§ 1) avant d'exposer une liste des droits et libertés atteints par les mesures de réaction aux illicéités (§ 2).

§1. La détermination de l'objet de l'atteinte

368. *La détermination, une action et un résultat.* La détermination d'un objet consiste en la caractérisation et la délimitation¹⁸⁹⁹ de cet objet. Elle désigne tant une action que le résultat de celle-ci. Cette action, s'agissant de la détermination de l'objet de l'atteinte réalisée par la réaction répressive, est engagée grâce à une méthode de détermination qui permet d'expliquer le résultat obtenu. Ainsi, avant d'établir que l'objet de l'atteinte répressive consiste en tout droit ou liberté (II), il faut exposer la méthode de détermination de cet objet (I).

I. La méthode de détermination de l'objet de l'atteinte

369. *Un objet déterminé par référence au modèle de la peine.* La gravité répressive d'une mesure est définie, dans son aspect substantiel, comme atteinte à un droit ou une

¹⁸⁹⁹ ACADEMIE FRANÇAISE, préc., note 1, v° « Détermination », 1.

liberté. Le modèle de la peine sert de référence pour déterminer l'objet de l'atteinte réalisée par la réaction répressive, selon la méthode habituellement suivie tout au long de cette étude¹⁹⁰⁰. Parce que la peine est historiquement afflictive et infamante, son objet est particulier¹⁹⁰¹. La peine est grave en raison de cette souffrance qu'elle doit véhiculer, et qui se matérialise par une atteinte¹⁹⁰² aux droits et libertés¹⁹⁰³ du condamné. La peine est donc un mécanisme qui fait souffrir parce qu'il enlève ou amoindrit quelque chose dont bénéficiait le condamné. Ce quelque chose est un droit ou une liberté. Cette référence au modèle de la peine est d'autant plus pertinente que les mesures de sûreté, théoriquement détachées de la culpabilité et non conçues pour faire souffrir¹⁹⁰⁴, n'en présentent pas moins les caractères afflictifs ou infamants de la peine¹⁹⁰⁵. Ces caractères ne distinguent ainsi pas plus les peines des mesures de sûreté que les sanctions pénales des autres mesures de réaction aux illicéités. Ainsi, toute mesure qui inflige une atteinte à un droit ou à une liberté est substantiellement proche d'une peine et pourrait être qualifiée de mesure répressive¹⁹⁰⁶. Ce raisonnement est utilisé par le Conseil constitutionnel, la CEDH et la Cour suprême.

¹⁹⁰⁰ *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁹⁰¹ Ainsi, l'ancien Code pénal français prévoyait en ces articles 6 et 7 des peines dites « afflictives et infamantes » pour qualifier les sanctions pénales les plus graves : peine de mort, travaux forcés, réclusion et détention criminelle entres autres : B. BOULOC, préc., note 35, par. 528, p. 466; O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 233, par. 558, p. 311-312; X. PIN, préc., note 58, par. 357, p. 384-385. Les peines d'un degré de gravité moindre étaient qualifiées d'« infamantes », sans que cela n'exclut réellement leur caractère afflictif : B. BOULOC, préc., note 35, par. 528, p. 466; O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 233, par. 558, p. 311-312. Parce qu'elles conservent une fonction rétributive, les peines sont toujours considérées comme étant afflictives et infamantes. Le caractère afflictif renvoyant justement au fait que les peines infligent un mal : E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 429, p. 213; E. DREYER, préc., note 58, par. 1344, p. 1056-1057 et par. 1326, p. 1041-1042. Ainsi, pour ressembler à une peine, une mesure doit atteindre un niveau de gravité substantiel qui caractérise ce mal.

¹⁹⁰² Sur les formes de cette atteinte : *infra*, par. 492 et suiv.

¹⁹⁰³ E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 5, p. 1-2 et par. 429, p. 213; B. BOULOC, préc., note 35, par. 528, p. 466; O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 233, par. 558, p. 311-313.

¹⁹⁰⁴ L. GREGOIRE, préc., note 58, par. 93, p. 125; R. MERLE et A. VITU, préc., note 48, par. 656, p. 826-827; M.-L. RASSAT, préc., note 58, par. 489, p. 517.

¹⁹⁰⁵ Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 58, par. 450, p. 259-260; E. DREYER, préc., note 58, par. 1367, p. 1074-1076; L. GREGOIRE, préc., note 58, par. 93, p. 125; R. MERLE et A. VITU, préc., note 48, par. 658, p. 829-830; J. PRADEL, préc. note 58, par. 633, p. 561; M.-L. RASSAT, préc., note 58, par. 492, p. 518-519. Lorsque la catégorie des mesures de sûreté, constituant les sanctions pénales aux côtés des peines, avait été abandonnée au moment d'élaborer le nouveau Code pénal, au profit de la catégorie unique des peines, il avait été souligné que les mesures de sûreté étaient ressenties comme des peines par les condamnés : *Projet de loi portant réforme du code pénal*, Deuxième session extraordinaire de 1985-1986, Sénat, n° 300, p. 7, en ligne : <<http://www.senat.fr/dossier-legislatif>>.

¹⁹⁰⁶ Le contenu matériel ou substantiel a en outre pu être écarté des critères d'identification de la sanction pénale parce que les atteintes portées aux droits et libertés par les sanctions pénales sont semblables aux atteintes réalisées par de nombreuses autres sanctions : C. MANDON, préc., note 59, par. 483, p. 559-560 et par. 518, p. 597-598. Eu égard à la convergence des objets atteints par les sanctions pénales et extra-pénales (*supra*, par. 40 et suiv.), il est logique que l'atteinte à un droit ou à une liberté soit un critère de la notion unifiée de répression.

370. *Conception utilisée en jurisprudence.* Bien que le Conseil constitutionnel et la CEDH¹⁹⁰⁷ n'aient pas systématisé le critère de la gravité substantielle, définie comme une atteinte à un droit ou une liberté, il est utilisé dans leur raisonnement qualificatif des mesures pénales ou punitives. Par exemple, le Conseil constitutionnel a fait référence, entre autres éléments, à la nature privative de liberté de la rétention de sûreté pour justifier d'écarter sa rétroactivité alors qu'il ne l'avait pas qualifié de peine ou de punition¹⁹⁰⁸. Il a également fait référence à « la gravité de la peine de suspension temporaire d'exercice professionnel » pour faire application du principe d'individualisation des peines aux règles de la révocation du sursis dont peut être assortie cette peine¹⁹⁰⁹. La Cour suprême du Canada utilise explicitement l'existence d'une atteinte aux droits constitutionnels du condamné comme critère de qualification de la peine¹⁹¹⁰. Ces références jurisprudentielles aux atteintes portées à des droits et libertés pour la qualification des peines et punitions, ou des mesures qui sont assimilées aux peines et punitions sur le plan de leur régime, confirment l'intérêt de la méthode retenue pour la détermination de l'objet de l'atteinte répressive. Ainsi, une mesure de réaction à une illicéité dont l'objet consiste en une atteinte à un droit ou une liberté pourrait être qualifiée de mesure répressive¹⁹¹¹.

L'application de la méthode de détermination de l'objet de l'atteinte, par référence au modèle de la peine, conduit finalement à admettre qu'il n'y a pas de distinction à opérer parmi les droits et libertés dont l'atteinte est susceptible d'entraîner la qualification répressive d'une mesure de réaction à une illicéité.

II. L'objet déterminé, une atteinte à tout droit ou liberté

371. *La conception large de l'objet de l'atteinte.* La méthode de détermination de l'objet de l'atteinte, par référence au modèle de la peine, permet de conclure que l'atteinte à tout droit ou liberté est susceptible de caractériser le critère de gravité dans son aspect substantiel. Il n'y a ainsi pas lieu de restreindre la conception de l'objet de l'atteinte en

¹⁹⁰⁷ CEDH, *M. c. Allemagne*, préc., note 1003, par. 127 (étude au titre du critère de la nature de la mesure pour la qualification de la peine); *Glien v. Germany*, préc., note 1003, par. 125 (étude au titre du critère de la nature de la mesure pour la qualification de la peine); *Grande Stevens et a. c. Italie*, préc., note 1348, par. 97-99 (évoquant de façon mêlée pour caractériser la sévérité de la sanction pour la qualification de la matière pénale, des éléments substantiels et quantitatifs); *Bergmann v. Germany*, préc., 1010, par. 164 (étude au titre du critère de la nature de la mesure pour la qualification de la peine).

¹⁹⁰⁸ Cons. const. 21 fév. 2008, préc., note 907, par. 10.

¹⁹⁰⁹ Cons. const. 29 nov. 2019, préc. note 1208, par. 9.

¹⁹¹⁰ *R. c. K.R.J.*, préc., note 173, par. 41; *R. c. Boudreault*, préc., note 173, par. 39.

¹⁹¹¹ Le conditionnel est ici employé car est susceptible de s'ajouter à l'aspect substantiel du critère de gravité, un aspect quantitatif : *infra*, par. 504 et suiv.

fonction de la qualification de droit ou de la qualification de liberté (A) ou en fonction de la valeur du droit ou de la liberté atteint (B).

A. L'indifférence à la qualification de droit ou liberté

372. *La distinction conceptuelle du droit et de la liberté.* L'atteinte réalisée par une mesure répressive a pour objet soit un droit soit une liberté. Dans les droits français et canadien, les concepts de droit et liberté sont en principe distincts. En droit français, le droit est entendu comme un droit subjectif, c'est-à-dire « une prérogative individuelle reconnue est sanctionnée par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui »¹⁹¹². Quant aux libertés, elles ont pour origine la liberté, qui désigne la « situation garantie par le Droit dans laquelle chacun est maître de soi-même et exerce comme il le veut toutes ses facultés »¹⁹¹³. Une liberté se conçoit alors comme l'exercice sans entraves garanti par le Droit d'une faculté ou d'une activité¹⁹¹⁴. La liberté est également opposée à l'arrestation ou la détention; elle est alors synonyme de liberté corporelle¹⁹¹⁵. En droit canadien, droits et libertés se distinguent en ce que les premiers « imposent à une autre partie une obligation correspondante de protéger le droit en question » alors que les secondes « comportent simplement une absence d'intervention ou de contrainte »¹⁹¹⁶. Si l'identification des droits et libertés susceptibles d'être atteints par les mesures de réaction aux illicéités est nécessaire à la définition de la répression, la distinction entre les concepts de droit et liberté apparaît indifférente.

373. *L'indifférence de la distinction entre les droits et les libertés pour la définition de la répression.* Les droits et les libertés sont imbriqués¹⁹¹⁷, de sorte que leur distinction n'est pas aisée. Par exemple, en droit public français, les droits civils et politiques sont

¹⁹¹² G. CORNU (dir.), préc., note 38, v° « Droit », 4, p. 377.

¹⁹¹³ *Id.*, v° « Liberté », 1, b/, p. 612.

¹⁹¹⁴ *Id.*, 2, p. 612. Sont en ce sens des libertés, la liberté de la presse, la liberté de circulation et la liberté d'établissement.

¹⁹¹⁵ *Id.*, 3, p. 612.

¹⁹¹⁶ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, préc., note 807 (définition de la liberté); *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (CSC), par. 77 (comparaison des droits et des libertés - motifs du juge en chef Dickson, dissident); Christian BRUNELLE et Mélanie SAMSON, « Les droits et libertés dans le contexte civil », dans *Droit public et administratif*, 8, coll. Collection de Droit 2021-2022, École du barreau du Québec, 2021, EYB2021CDD16 (La référence).

¹⁹¹⁷ Un auteur dit ainsi que « *Droits et libertés fondamentaux* sont dissociables mais interdépendants » : Michel LEVINET, *Droits et libertés fondamentaux*, coll. Que sais-je, n° 3888, Paris, Presses universitaires de France, 2010, p. 5.

une catégorie qui recouvre tant des droits que des libertés : le droit de vote, la liberté de communication des pensées et des opinions, la liberté de la presse, le droit de se réunir et la liberté de la presse¹⁹¹⁸. La catégorie des droits économiques, sociaux et culturels regroupe quant à elle la liberté syndicale, le droit au travail, le droit de grève, le droit à la sécurité sociale¹⁹¹⁹. La distinction entre droits et libertés n'est pas plus simple lorsqu'ils sont classés en fonction de leur objet. C'est ainsi que les libertés physiques, relatives à « la personne humaine en tant qu'être charnel », sont constituées du droit d'aller et venir, du droit à la sûreté, du droit à l'intégrité physique, du droit de disposer de son corps ou encore du droit à la vie privée¹⁹²⁰. Quant aux libertés intellectuelles, elles regroupent la liberté d'expression et d'opinion, la liberté de l'enseignement, la liberté religieuse, la liberté de la presse et la liberté de communication électronique et audiovisuelle, en tant qu'elles sont relatives à la personne humaine comme être pensant¹⁹²¹. En droit canadien, la Cour suprême a souligné la relativité de la distinction conceptuelle entre droit et liberté¹⁹²². Il apparaît ainsi que la mise en œuvre et l'effectivité de certaines libertés se réalisent par l'intermédiaire de droits¹⁹²³, mais que tous les droits ne sont pas issus de libertés. Il apparaît ainsi périlleux de distinguer entre le droit et la liberté, alors que cette démarche n'est pas utile à la définition de la notion unifiée de répression. En effet, la qualification de la gravité substantielle n'est pas guidée par les caractéristiques abstraitement attribuées à un droit par opposition à une liberté ou inversement. C'est le fait que le droit ou la liberté représentent chacun un avantage juridique dont bénéficie une personne, qui permet de qualifier la gravité d'une mesure qui aurait pour objet le retrait ou la diminution de cet avantage. En droit pénal, il existe des peines privatives ou restrictives de liberté comme des peines privatives ou restrictives de droits. Il est donc logique de considérer qu'une mesure de réaction à une illicéité peut être répressive lorsqu'elle porte atteinte indifféremment à un droit ou une liberté.

Ainsi, la conception de l'objet de l'atteinte réalisée par la réaction répressive est large puisqu'il peut s'agir d'un droit ou d'une liberté. Cette conception est également large parce que la valeur du droit ou de la liberté atteint est aussi indifférente pour atteindre le

¹⁹¹⁸ Henri OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 7e éd., coll. manuel, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso, 2019, par. 29, p. 57-58.

¹⁹¹⁹ *Id.*

¹⁹²⁰ *Id.*, par. 32, p. 59-60.

¹⁹²¹ *Id.*

¹⁹²² *Haig c. Canada; Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995 (CSC), 1039; *Procureur général de l'Ontario c. Fraser*, [2011] 2 R.C.S. 3 (CSC), par. 67 et 69.

¹⁹²³ *Procureur général de l'Ontario c. Fraser*, préc., note 1816, par. 67.

niveau minimum de gravité substantielle d'une réaction répressive. Cette indifférence n'est cependant pas totale car la valeur particulière de certains droits et libertés permet une qualification répressive plus directe des réactions aux illicéités attentatoires à ces droits et libertés.

B. L'indifférence relative de la valeur du droit ou de la liberté atteint

374. *L'utilité secondaire de la gradation de valeur des droits et libertés.* Il existe des droits et libertés dits « ordinaires », tandis que d'autres sont dits « fondamentaux »¹⁹²⁴. Parmi les droits fondamentaux, certains apparaissent « absolus »¹⁹²⁵ ou « indérogeables »¹⁹²⁶. Cette gradation de la valeur accordée aux droits et libertés pourrait être utile à la délimitation des droits et libertés objet d'une atteinte de gravité répressive. D'une part, la méthode choisie pour la détermination de l'objet de l'atteinte conduit à ne pas restreindre la catégorie des droits et libertés constitutifs de cet objet aux seuls droits et libertés fondamentaux. D'autre part, la valeur particulière de certains droits et libertés, parmi les droits et libertés fondamentaux, donne à la gravité substantielle des atteintes qui leur sont portées, une dimension particulière. Ainsi, si l'atteinte à tout droit ou liberté constitue la gravité substantielle minimale requise pour la qualification de la nature répressive d'une réaction à une illicéité (1), la gravité substantielle est accrue s'agissant de certains droits et libertés (2).

1. La gravité substantielle de l'atteinte à tout droit ou liberté

375. *La conception large de l'objet de l'atteinte résultant de sa méthode de détermination.* La référence au modèle de la peine pour déterminer l'objet atteint par la réaction répressive conduit à préférer une conception large de cet objet, incluant tout droit ou liberté (b), malgré les arguments existants en faveur d'une conception restreinte aux droits et libertés à valeur particulière (a).

¹⁹²⁴ Judith ROCHFELD, « Les droits subjectifs », dans *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2013, p. 145-208, par. 12 et suiv, aux p. 163 et suiv.

¹⁹²⁵ Selon la terminologie du Conseil constitutionnel, relativement au droit à la sûreté, à la liberté de la presse, la liberté de l'enseignement et la liberté d'association : Michel LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, 4^e éd., coll. Droit et justice, n°102, Bruxelles, Anthemis, 2012, p. 144.

¹⁹²⁶ S'agissant par exemple du droit à la vie (art. 2 Conv. EDH), de la prohibition de la peine de mort (art. 3 Prot. n° 6 et art. 2 Prot. n° 13 Conv. EDH), le droit de ne pas être torturé ni de subir de traitements inhumains ou dégradants (art. 3 Conv. EDH) et l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (art. 4 Conv. EDH), dans la jurisprudence de la CEDH : *Id.*, p. 143.

- a. Les arguments en faveur d'une conception restreinte aux droits et libertés à valeur particulière

376. *Intérêt d'une conception restreinte.* Certains droits et libertés ont, dans un ordre juridique donné, une valeur qui exprime l'importance supplémentaire qui leur est accordée par rapport à d'autres droits ou libertés. Les atteintes qui y sont portées apparaissent plus graves et ils bénéficient en conséquence d'une protection plus forte. La détermination de la gravité substantielle d'une réaction pour qualifier la répression pourrait ainsi dépendre de la valeur du droit ou de la liberté atteint. En ce sens, seules les mesures de réaction aux illicéités ayant pour contenu une atteinte à un droit ou une liberté dont la valeur particulière est établie seraient substantiellement graves au sens de la répression. Ce raisonnement est séduisant parce qu'il permet d'établir objectivement un niveau de gravité en adéquation avec l'objectif poursuivi par la proposition d'une notion unifiée de répression. L'octroi de garanties semblables aux garanties constitutionnelles ou conventionnelles pénales aux justiciables se justifie d'autant que leurs droits ou libertés en danger sont importants. Le critère de la valeur du droit ou de la liberté qualifiant la gravité d'une mesure, emportant en conséquence application d'un régime protecteur pour le justiciable, est de surcroît utilisé les jurisprudences françaises et canadiennes.

377. *Le critère de la mise en cause des droits et libertés fondamentaux des administrés pour la qualification des actes administratifs susceptibles de recours en droit français.* En droit français, la mise en cause d'un droit fondamental ou d'une liberté fondamentale est un critère alternatif utilisé en droit administratif afin de qualifier certaines mesures d'actes administratifs, susceptibles de recours devant un juge. L'attribution de cette qualification écarte celle de mesures d'ordre intérieur, insusceptibles de recours devant un juge. Ce critère a été théorisé par le commissaire du gouvernement Mattias Guyomar dans ses conclusions relativement aux affaires *Boussouar*¹⁹²⁷ et *Plancherault*¹⁹²⁸. La première affaire concernait le transfert d'un détenu d'une maison centrale vers une maison d'arrêt et la seconde se rapportait à une décision de déclassement d'emploi d'un détenu. Le commissaire du gouvernement explique que si la mesure examinée ne satisfait pas aux critères habituels de qualification de l'acte

¹⁹²⁷ Cons. d'Ét., ass., 14 déc. 2007, n° 290730, *Boussouar*, AJDA 2008. 128, *Rec. Cons. d'Ét.*

¹⁹²⁸ Cons. d'Ét., ass., 14 déc. 2007, n° 290420, *Plancherault*, AJDA 2008. 128, *Rec. Cons. d'Ét.*

administratif susceptible de recours¹⁹²⁹, la mise en cause de droits et libertés fondamentaux de l'administré résultant de cette mesure peut néanmoins justifier cette qualification¹⁹³⁰. Le Conseil d'État adopte son raisonnement¹⁹³¹.

La mise en cause d'un droit ou d'une liberté fondamentale peut donc permettre d'octroyer à un administré une garantie juridique nécessaire à la défense de sa situation¹⁹³², alors qu'il ne devrait pas en bénéficier eu égard à la nature de la mesure et à ses effets sur sa situation. Le raisonnement mérite d'être présenté parce qu'il trouve sa justification dans des considérations identiques à celles qui guident la définition d'une notion unifiée de répression : la sauvegarde des droits et libertés d'un justiciable déterminée par des règles justes et cohérentes dans un État de droit¹⁹³³. L'atteinte aux droits et libertés fondamentaux apparaît comme une raison objective d'attribuer aux justiciables des droits dont il ne pourrait peut-être pas jouir autrement. Un critère semblable est utilisé par la jurisprudence canadienne pour qualifier les peines.

¹⁹²⁹ Ces critères avaient préalablement été identifiés par le commissaire au gouvernement Patrick FRYDMAN dans ses conclusions relatives aux affaires *Marie* et *Hardouin* : Patrick FRYDMAN, *Le contrôle juridictionnel des mesures disciplinaires dans les institutions fermées. Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 17 février 1995 (2 espèces). 1) M. Pascal Marie. 2) Philippe Hardouin*, RFDA 1995 p. 353. Il y en a deux. Le premier critère est celui de la nature de la mesure et le second celui de ses effets, ou autrement dit, sa gravité. La nature de la mesure est déterminée par plusieurs éléments : « son objet », « son caractère » – disciplinaire, pénal ou civil au sens de la Conv. EDH, conservatoire –, et son « statut juridique ». Les effets de la mesure sont les « conséquences qu'elle est susceptible d'entraîner », à savoir si elle modifie la situation juridique, administrative, ou matérielle de l'administré. Ces critères sont utilisés de façon alternative ou complémentaire. L'un ou l'autre peut suffire à choisir la qualification d'acte administratif susceptible de recours. Parfois les deux critères sont utilisés ensemble pour aboutir à ce résultat. Sur ces critères et leur articulation, voir : P. FRYDMAN, *Le contrôle juridictionnel des mesures disciplinaires dans les institutions fermées. Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 17 février 1995 (2 espèces). 1) M. Pascal Marie. 2) Philippe Hardouin*, préc., cette note.

¹⁹³⁰ M. GUYOMAR, Conclusions du commissaire du gouvernement, Cons. d'Ét., 14 déc. 2007, n° 290730, *Boussouar*, n° 290420, *Planchenault*.

¹⁹³¹ Le Conseil d'État (Cons. d'Ét., ass. 14 déc. 2007, préc., note 1928) a ainsi affirmé que :

« [...] eu égard à sa nature et à l'importance de ses effets sur la situation des détenus, une décision de déclassement d'emploi constitue un acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ; qu'il en va autrement des refus opposés à une demande d'emploi ainsi que des décisions de classement, sous réserve que ne soient pas en cause des libertés et des droits fondamentaux des détenus [...] ».

¹⁹³² Le commissaire du gouvernement précise toutefois que ce critère « ne devrait jouer que dans des cas relativement exceptionnels » et « qu'il ne suffira pas que soit invoquée une violation de ces libertés et droits pour que la requête soit jugée recevable » : M. GUYOMAR, Conclusions du commissaire du gouvernement, Cons. d'Ét., 14 déc. 2007, préc., note 1928. Cette réserve renvoie toutefois à une autre forme de critère, celui d'une gravité de nature quantitative : *infra*, par. 504 et suiv.

¹⁹³³ *Supra*, par. 283. Cet objectif est mis en avant par les commissaires du gouvernement P. FRYDMAN et M. GUYOMAR dans leurs conclusions sur les affaires *Marie* et *Hardouin* pour le premier, et *Boussouar* et *Planchenault* pour le second : resp., P. FRYDMAN, *Le contrôle juridictionnel des mesures disciplinaires dans les institutions fermées. Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 17 février 1995 (2 espèces). 1) M. Pascal Marie. 2) Philippe Hardouin*, préc., note 1929; M. GUYOMAR, Conclusions du commissaire du gouvernement, Cons. d'Ét., 14 déc. 2007, préc., note 1927 et 1928.

378. *Le recours au critère de la grande incidence d'une mesure sur le droit à la liberté ou à la sécurité d'un contrevenant pour la qualification des peines en droit canadien.* La jurisprudence canadienne a établi qu' « une mesure constitue une peine si (1) elle est une conséquence d'une déclaration de culpabilité qui fait partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et (2) soit elle est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine, (3) soit elle a une grande incidence sur le droit du contrevenant à la liberté ou à la sécurité » (nous soulignons)¹⁹³⁴. La grande incidence d'une mesure sur le droit à la liberté ou à la sécurité d'un contrevenant est un critère récemment ajouté par la Cour suprême à la définition de la peine¹⁹³⁵. Il est cumulatif au premier critère de définition de la peine et alternatif au second critère. Ainsi, si une mesure est une conséquence d'une déclaration de culpabilité qui fait partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée, mais qu'elle n'est pas conforme à l'objectif et aux principes de détermination de la peine, elle peut être qualifiée de peine si elle a une grande incidence sur le droit à la liberté ou à la sécurité du contrevenant. Les droits à la liberté et à la sécurité ont une valeur constitutionnelle, puisqu'il s'agit de droits prévus par l'article 7 de la Charte canadienne. Ils sont particulièrement importants et protégés, puisque, selon ce même article, il n'est possible d'y porter atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. C'est pourquoi la grande incidence que peut avoir une mesure sur le droit à la liberté ou à la sécurité d'un contrevenant révèle une gravité particulière qui justifie la qualification de peine. La Cour suprême ne vise toutefois que deux droits constitutionnels et non l'ensemble des droits et libertés protégés par la Charte canadienne. L'importance de la valeur des droits et libertés atteints par une mesure pour la qualification des peines apparaît donc aujourd'hui liée à ces deux droits en particulier¹⁹³⁶. Ce constat pourrait

¹⁹³⁴ *R. c. K.R.J.*, préc., note 173, par. 41.

¹⁹³⁵ *Id.*; *R. c. Boudreault*, préc., note 173, par. 39.

¹⁹³⁶ Il est possible d'envisager à l'avenir un élargissement de l'application de ce critère à d'autres droits ou libertés constitutionnels. Les droits à la liberté et à la sécurité, en plus d'avoir un contenu propre, sont le support d'autres droits consacrés par la Cour suprême comme le droit à la vie privée : *R. c. Beare*; *R. c. Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387 (CSC), par. 67; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281 (CSC), 292; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411 (CSC), par. 113; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844 (CSC), 892-894. Il serait donc logique que le critère soit également applicable au droit à la vie privée. En outre, la Cour suprême a visé les droits à la liberté et à la sécurité eu égard au contexte de la question qui lui était posée : *R. c. K.R.J.*, préc., note 173, par. 37. La conception du critère pourrait évoluer pour inclure d'autres droits et libertés constitutionnels si le contexte de l'affaire l'y incitait. La Cour suprême a pris en considération les éléments utiles et pertinents à sa démarche dans le cadre de l'affaire qui lui était soumise. Le fait qu'elle ne mentionne que la grande incidence sur les droits à la liberté ou à la sécurité du contrevenant comme critère de la peine ne signifie pas qu'elle exclut pour l'avenir toute référence aux autres droits protégés par

conduire à préférer une conception particulièrement restreinte de l'objet des atteintes réalisées par des mesures répressives, plus en accord avec la jurisprudence.

La valeur octroyée par l'ordre juridique à un droit ou une liberté peut être significative pour la qualification de la gravité substantielle d'une mesure qui y porte atteinte. Cette gravité justifie l'accroissement de la protection offerte au justiciable. La méthode de détermination de l'objet de l'atteinte permet cependant d'écarter les arguments favorables à une conception restreinte pour préférer une conception large, incluant tout droit ou liberté.

b. Le choix d'une conception large, incluant tout droit ou liberté

379. *La difficulté d'établir un seuil de valeur.* Les exemples d'utilisation de la valeur particulière d'un droit ou d'une liberté comme élément de qualification d'une mesure qui y porte atteinte illustrent deux difficultés, relatives à l'établissement du seuil de valeur. La première difficulté tient à l'identification des droits et libertés ayant une valeur supérieure, une valeur fondamentale, selon l'expression utilisée en droit français, « les droits et libertés fondamentaux ». Quels sont les droits et libertés fondamentaux ? La seconde difficulté n'est que la suite de la première. S'il est possible d'identifier les droits et libertés ayant cette valeur supérieure, faut-il tous leur reconnaître une gravité substantielle suffisante ou faut-il opérer un tri parmi eux ?

Il existe principalement deux conceptions de la « fondamentale » attachée à certains droits ou libertés¹⁹³⁷. Selon la conception formelle, elle se déduit de la valeur supra-législative de la norme à laquelle se rattache le droit ou la liberté¹⁹³⁸. D'après la conception substantielle, la « fondamentale » est liée à l'essence même du droit ou de la liberté, indépendamment de sa consécration dans une source supra-législative¹⁹³⁹. Une troisième conception confère une valeur fondamentale aux droits et libertés dits « matriciels », c'est-à-dire à ceux qui expriment « une valeur indiscutable dans une société donnée » et sont la source d'autres droits¹⁹⁴⁰. Malgré ces divergences, les conceptions se

la Charte canadienne pour la définition de ce critère, d'autant plus que la Cour suprême a aussi employé l'expression plus générique de « grande incidence sur les droits constitutionnels du contrevenant » : *Id.*, par. 51.

¹⁹³⁷ M. LEVINET, préc., note 1917, p. 13-16; J. ROCHFELD, préc., note 1924, par. 14, aux p. 167-170.

¹⁹³⁸ M. LEVINET, préc., note 1917, p. 13-14; Henri OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 8^e éd., coll. Manuel, Paris-La Défense, LGDJ, Lextenso, 2021, par. 27, p. 55-56.

¹⁹³⁹ M. LEVINET, préc., note 1917, p. 15; H. OBERDORFF, préc., note 1938, par. 27, p. 55-56.

¹⁹⁴⁰ J. ROCHFELD, préc., note 1924, par. 14, p. 167-170; sur cette conception, voir égal. Philippe BLACHER, « Droits fondamentaux (Classification) », dans *Dictionnaire des droits fondamentaux*, 2^e éd., 275-287, Paris, Dalloz, à la p. 285.

rejoignent quant aux conséquences de la « fondamentalité » d'un droit ou d'une liberté : une importance particulière dans l'ordre juridique dont résulte une protection accrue face aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire¹⁹⁴¹. Dans ses conclusions relatives aux affaires *Boussouar* et *Planchenault*, le commissaire du gouvernement Mattias GUYOMAR avait précisé que les droits et libertés fondamentaux s'entendaient des droits et libertés garantis par la Constitution et les conventions internationales¹⁹⁴². Il adhère donc implicitement à une conception formelle. Il expliquait, s'agissant des libertés et droits fondamentaux des détenus, qu'il retenait « sans difficulté le droit au respect de la vie privée et familiale et le respect de la dignité de la personne humaine »¹⁹⁴³. Ni le droit au respect de la vie privée, ni le respect de la dignité humaine n'apparaissent dans la Constitution française et seul le droit au respect de la vie privée est expressément prévu dans la Conv. EDH¹⁹⁴⁴. Ces deux droits ont pourtant effectivement acquis valeur constitutionnelle et conventionnelle par l'interprétation jurisprudentielle des textes¹⁹⁴⁵. C'est ainsi qu'en droit français, l'expression droits et libertés fondamentaux désigne les droits et libertés consacrés par les textes du bloc de constitutionnalité et les conventions internationales, tels qu'interprétés en jurisprudence. Cette interprétation révélatrice semble indiquer un certain attrait implicite pour une conception substantielle des droits et libertés fondamentaux¹⁹⁴⁶. Le droit au respect de la dignité relèverait de cette catégorie¹⁹⁴⁷. S'il existe donc bien des possibilités d'identifier les droits et libertés fondamentaux au regard des différentes conceptions existantes, aucune méthode d'identification n'emporte la conviction unanime. La doctrine ne manque pas de souligner que les droits et libertés fondamentaux sont une catégorie à la définition et au contenu incertains¹⁹⁴⁸. Il a ainsi été écrit que le terme fondamental était « instrumentalisé en mot-

¹⁹⁴¹ J. ROCHFELD, préc., note 1924, par. 2 et 12, 146-147 et 163-165; H. OBERDORFF, préc., note 1938, par. 27, p. 55-56.

¹⁹⁴² M. GUYOMAR, Conclusions du commissaire au gouvernement, Cons. d'Ét. 14 déc. 2007, préc. note 1930.

¹⁹⁴³ *Id.*

¹⁹⁴⁴ Art. 8 Conv. EDH. La dignité humaine n'apparaît dans le texte de la Convention qu'en introduction du Protocole n° 13 Conv. EDH.

¹⁹⁴⁵ Cons. const. 27 juill. 1994, n° 43-344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, par. 2 (dignité humaine); 18 janv. 1995, n° 94-352 DC, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, par. 3 (vie privée); CEDH, *S.W. c. Royaume-Uni*, n° 20166/92, 22 nov. 1995, par. 44.

¹⁹⁴⁶ En ce sens, la fondamentalité substantielle du droit ou de la liberté lui permettrait d'acquérir une fondamentalité formelle, par la consécration constitutionnelle.

¹⁹⁴⁷ M. LEVINET, préc., note 1917, p. 15.

¹⁹⁴⁸ G. CORNU (dir.), préc., note 38, v° « Fondamental, ale, aux (droits) », p. 467; M. LEVINET, préc., note 1917, p. 12; J. ROCHFELD, préc., note 1924, par. 14, aux p. 167-170.

valise fourre-tout »¹⁹⁴⁹. Cette difficulté de définition des droits et libertés fondamentaux, aussi grande soit-elle, n'apparaît cependant pas dirimante. Il s'agit d'un problème commun à tous processus de qualification. Une autre difficulté s'y ajoute toutefois, rendant la prise en compte de la valeur du droit ou de la liberté atteint pour la qualification répressive d'une mesure de réaction à une illicéité encore plus complexe.

La seconde difficulté d'établissement d'un seuil de valeur pour la qualification des droits et libertés dont l'atteinte est d'une gravité substantielle répressive, est mise en avant par la jurisprudence de la Cour suprême, relativement à la qualification de la peine. Si la Cour suprême a affirmé que l'atteinte aux droits à la liberté et à la sécurité du contrevenant peut servir de critère à la qualification d'une peine qui ne répondrait pas au critère de la conformité à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine. Ainsi, il serait possible de croire que la Cour suprême limite le critère de l'atteinte à des droits et libertés de valeur particulière aux seuls droits à la liberté et à la sécurité, excluant les autres droits et libertés constitutionnels. Que cela soit ou non effectivement l'intention de la Cour suprême¹⁹⁵⁰, la question est posée. Si l'identification des droits et libertés fondamentaux, aux sens français de l'expression¹⁹⁵¹, était possible, faudrait-il limiter le critère de la gravité de la réaction pour la qualification de la répression aux seules mesures attentatoires à certains droits et libertés fondamentaux et non à tous ? Cela supposerait d'identifier certains droits et libertés fondamentaux plus importants, or, la doctrine française est particulièrement réticente à l'idée de hiérarchiser les droits et libertés fondamentaux¹⁹⁵². Toutefois, il est possible d'identifier des droits et libertés fondamentaux dont la valeur est particulièrement forte, qui bénéficient d'une protection plus solide que les autres, tels que les droits à la vie, à l'intégrité physique et à la

¹⁹⁴⁹ G. CORNU (dir.), préc., note 38, v° « Fondamental, ale, aux (droits) », p. 467.

¹⁹⁵⁰ *Supra*, note 1936.

¹⁹⁵¹ *Supra*, par. 379. L'expression « droits et libertés fondamentaux » présentée en droit français ne peut pas être assimilée aux « droits et libertés fondamentaux » des textes supra-législatifs fédéral et québécois. En effet, l'expression « libertés fondamentales » désigne dans le texte de la Charte canadienne, la liberté de conscience et de religion; liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication; la liberté de réunion pacifique et enfin, la liberté d'association (art. 2). Dans la Charte québécoise, l'expression « droits et libertés fondamentaux » désigne notamment le droit à la vie, à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne (art. 1); les libertés fondamentales telles que la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association (art. 3), la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation (art. 4), droit au respect de sa vie privée (art. 5), le droit de propriété (art. 6) et le droit au respect du secret professionnel (art. 9). Ainsi, en l'absence de précision contraire, l'expression « droits et libertés fondamentaux » sera utilisée pour désigner dans les deux ordres juridiques, les droits et libertés supra-législatifs ou essentiels, tels qu'identifiés par les textes et la jurisprudence.

¹⁹⁵² *Infra*, par. 382.

liberté¹⁹⁵³. Si cette valeur fondamentale supérieure permet de conclure que l'atteinte portée à ces droits et libertés est substantiellement plus grave que les atteintes portées à d'autres droits et libertés¹⁹⁵⁴, elle ne signifie pas pour autant que ces dernières ne sont pas, elles aussi, graves. Au contraire, la méthode de détermination de l'objet de l'atteinte permet de conclure que l'atteinte à tout droit ou liberté est substantiellement grave.

Les difficultés d'établissement d'un seuil de valeur pour la qualification de l'objet de l'atteinte répressive pourraient probablement être dépassées. Cependant, l'établissement d'un tel seuil ne semble pas adéquat à l'objectif de la proposition d'une notion unifiée de répression.

380. *La diversité des droits et libertés atteints par les peines en droit positif.* La référence au modèle de la peine est la méthode choisie pour la détermination de l'objet de l'atteinte, par cohérence avec le raisonnement suivi tout au long de cette étude¹⁹⁵⁵. Or, si les droits et libertés atteints par les peines ont souvent la valeur la plus élevée dans la hiérarchie des normes, ce n'est pas toujours le cas. Par exemple, la valeur supra-législative de la liberté individuelle est partagée par les droits canadien et français, de sorte que les privations de liberté sont bien des atteintes à une liberté constitutionnelle¹⁹⁵⁶. En revanche, la Charte canadienne ne protège pas le droit de propriété, au contraire de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en France¹⁹⁵⁷. Le droit de propriété n'a donc pas valeur constitutionnelle¹⁹⁵⁸ en droit canadien, alors qu'il l'a en droit français.

¹⁹⁵³ *Infra*, par. 383-385.

¹⁹⁵⁴ *Id.*

¹⁹⁵⁵ *Supra*, par. 279 et suiv.

¹⁹⁵⁶ *Infra*, par. 385.

¹⁹⁵⁷ Art. 2 et 17 DDHC.

¹⁹⁵⁸ La propriété et les droits civils sont de la compétence exclusive des provinces : *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 92. 13. Au niveau fédéral, *La Déclaration canadienne des droits* (S.C. 1960, ch. 44) protège le droit de propriété en son article 1 a). Toutefois ce texte n'a qu'une valeur quasi-constitutionnelle. Il ne permet de protéger les droits qui y sont consacrés que de la façon dont ils étaient conçus au moment de son adoption. Son intérêt est donc très limité; cette disposition est peu invoquée devant les tribunaux : La valeur particulière du droit de propriété est en revanche clairement établie au niveau provincial. La Cour suprême a en effet admis explicitement l'importance de ce droit en *common law* en expliquant que la « jurisprudence anglo-canadienne reconnaît traditionnellement comme une liberté fondamentale le droit de l'individu à la jouissance de ses biens et le droit de ne s'en voir privé, même partiellement, si ce n'est pas l'application régulière de la loi » : *Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200 (CSC), 219. En revanche, le droit de propriété est implicitement visé par l'article 6 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, qui protège le droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens. Il est en ce sens un droit fondamental au Québec, de valeur quasi-constitutionnelle, comme l'ensemble du texte : *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345 (CSC), par. 116; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S.

Les amendes et confiscations de certains biens sont donc des atteintes à un droit constitutionnel en droit français,¹⁹⁵⁹ mais pas en droit canadien¹⁹⁶⁰. Les droits à l'emploi et la liberté d'entreprise sont également des droits à valeur constitutionnelle en droit français¹⁹⁶¹, ce qui ne paraît pas être aujourd'hui le cas en droit canadien¹⁹⁶². Les peines d'interdiction d'exercer certaines professions sont donc attentatoires à des droits constitutionnels en France, mais pas nécessairement au Canada. À l'inverse, le droit à la réputation semble protégé au niveau constitutionnel en droit canadien¹⁹⁶³ alors qu'il ne l'est pas en droit français¹⁹⁶⁴. Les peines de publication des décisions de justice apparaissent donc en droit canadien comme attentatoires à un droit constitutionnel alors que cela est discutable en droit français interne. Les peines, que ce soit dans l'ordre juridique français ou l'ordre juridique fédéral canadien, sont susceptibles de porter atteinte à différents droits ou libertés dont la valeur supra-législative n'est pas toujours établie. La gravité des atteintes aux droits et libertés dont la valeur n'est pas particulièrement importante doit donc être admise. Cette conception est d'autant plus logique que la répression est conçue comme une catégorie juridique englobante, qui a vocation à réunir les peines, les punitions et les mesures qui leur sont substantiellement proches, dans le but de leur appliquer un régime juridique commun, protecteur des justiciables. Il ne serait pas logique d'exiger que les mesures non qualifiées de peine ou punition soient nécessairement plus graves, par l'atteinte qu'elles porteraient à des droits et libertés de valeur particulière, que les peines et les punitions, pour intégrer la catégorie de la répression¹⁹⁶⁵. Est déjà substantiellement grave le fait d'altérer, réduire ou supprimer « une prérogative individuelle reconnue est sanctionnée par le Droit objectif » ou une

665 (CSC), par. 27; *de Montigny c. Brossard (Succession)*, préc., note 757, par. 45. Il s'applique dans les relations entre l'État et les particuliers mais également dans les relations privées, pour les matières qui relèvent de la compétence législative québécoise : *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 54 et 55. Sa portée est donc d'application limitée au territoire du Québec et pour les matières qui relèvent de la compétence provinciale selon la Constitution : *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 92.

¹⁹⁵⁹ *Infra*, par. 451 et suiv.

¹⁹⁶⁰ *Infra*, par. 459 et suiv.

¹⁹⁶¹ *Infra*, par. 440 (droit à l'emploi) et 470 (liberté d'entreprendre).

¹⁹⁶² *Infra*, par. 444 (droit à l'emploi) et 476 (liberté d'entreprendre).

¹⁹⁶³ *Infra*, par. 436.

¹⁹⁶⁴ *Infra*, par. 432. L'existence d'un droit à la réputation est par ailleurs discutée en droit français, mais il a été reconnu par la CEDH, par l'intermédiaire du droit au respect de sa vie privée : *Infra*, par. 433.

¹⁹⁶⁵ L'idée principale de cette thèse est de proposer que les peines et les mesures qui leur ressemblent suffisamment d'un point de vue substantiel fassent parties d'une même catégorie juridique, la répression, qualifiée au regard de ces ressemblances. De ce point de vue, l'utilisation de critères plus strictes pour l'assimilation des mesures extra-pénales aux peines par l'intermédiaire de la notion de véritable conséquence pénale en jurisprudence canadienne, que les critères employés pour la qualification de peines, apparaît contre-productive. Sur la distinction de ces critères de qualification : *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, 558-562; *R. c. K.R.J.*, préc., note 173, par. 38.

« situation garantie par le Droit »¹⁹⁶⁶, indépendamment de leur valeur dans la hiérarchie des normes. Par exemple, la jurisprudence canadienne reconnaît théoriquement que les atteintes pécuniaires extra-pénales, par l'imposition d'amendes, peuvent relever de la qualification de véritable conséquence pénale¹⁹⁶⁷.

La valeur particulière d'un droit ou d'une liberté n'entre pas en jeu dans la détermination de l'objet de l'atteinte réalisée par une réaction répressive à une illicéité. Est ainsi susceptible d'être qualifiée de mesure répressive une réaction à une illicéité portant atteinte à tout droit ou liberté. En revanche, la valeur particulière d'un droit ou d'une liberté peut accroître la gravité substantielle de la mesure.

2. La gravité substantielle accrue de l'atteinte à certains droits et libertés fondamentaux

381. Il existe un débat sur la hiérarchisation des droits et libertés fondamentaux (a). L'exposé de celui-ci permet de mettre en relief la valeur particulière attachée à certains droits et libertés fondamentaux (b), établissant la gravité substantielle accrue des atteintes qui y sont portées. Les atteintes à ces droits et libertés permettent à elles seules de qualifier la gravité répressive d'une mesure, sans s'intéresser à leur *quantum*.

a. Le débat relatif à la hiérarchisation des droits et libertés fondamentaux

382. *La hiérarchisation des droits et libertés fondamentaux en débat.* Parmi les droits et libertés supra-législatifs (selon la conception formelle) ou fondamentaux par essence (selon une conception matérielle), certains semblent se distinguer par leur valeur plus élevée. Une certaine hiérarchisation des différents droits et libertés fondamentaux¹⁹⁶⁸ est en effet suggérée par les textes supra-législatifs applicables en droit français et la jurisprudence qui les interprète. Par exemple, la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression sont présentées dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen comme les « droits naturels et imprescriptibles de l'Homme »¹⁹⁶⁹. Le Conseil

¹⁹⁶⁶ Voir les définitions de droit et liberté, *supra*, par. 372.

¹⁹⁶⁷ *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150; *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 151; *Guindon c. Canada*, préc., note 151. La Cour suprême subordonne cependant la reconnaissance de la qualification pénale de la mesure à différents facteurs qui ont conduit dans chacune des affaires citées au rejet de la qualification : *supra*, par. 184. Il sera par la suite proposé de soumettre le seuil de gravité des atteintes à la propriété à des facteurs différents : *infra*, par. 527.

¹⁹⁶⁸ M. LEVINET, préc., note 1925, p. 137 et suiv.

¹⁹⁶⁹ Art. 2 DDHC.

constitutionnel a également affirmé que « la sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation est au nombre » des droits « inaliénables et sacrés » de tout être humain¹⁹⁷⁰. Certaines libertés consacrées par le bloc de constitutionnalité apparaissent dans la jurisprudence du Conseil comme étant « générales et absolues » – droit à la sûreté, liberté de la presse, liberté de l'enseignement et liberté d'association – contrairement à d'autres qui ne sont « ni générales ni absolues » – droit de propriété, liberté d'entreprendre, liberté de communication audiovisuelle¹⁹⁷¹. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prévoit quant à elle l'impossibilité de déroger à ses dispositions établissant le droit à la vie (article 2), la prohibition de la peine de mort (article 3 du Protocole n° 6 et article 2 du protocole n° 13), le droit de ne pas être torturé ni soumis à des peines ou traitements inhumains ou dégradants (article 3) et l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (article 4)¹⁹⁷². La Cour européenne des droits de l'homme confirme dans sa jurisprudence l'importance particulière du droit à la vie¹⁹⁷³ et met également en avant le respect de la dignité humaine et de la liberté comme « essence même de la Convention »¹⁹⁷⁴.

De nombreux auteurs rejettent pourtant l'idée de toute hiérarchisation entre les droits et libertés fondamentaux¹⁹⁷⁵. La jurisprudence, dans sa pratique, semble finalement leur donner raison en opérant, dans les affaires qui lui sont soumises, une conciliation des droits opposés plutôt qu'une hiérarchisation, y compris pour ceux dont la valeur plus

¹⁹⁷⁰ Cons. const. 19 nov. 2009, n° 2009-593 DC, *Loi pénitentiaire*, par. 3.

¹⁹⁷¹ M. LEVINET, préc., note 1925, p. 144-145.

¹⁹⁷² *Id.*, p. 143-144.

¹⁹⁷³ « le droit à la vie constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et qu'il forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme » : CEDH, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], n°s 34044/96, 35532/97 et 44801/98, 22 mars 2001, par. 94; « L'article 2 protège le droit à la vie, sans lequel la jouissance de l'un quelconque des autres droits et libertés garantis par la Convention serait illusoire. », « le principe du caractère sacré de la vie protégé par la Convention » : *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, 29 avr. 2002, resp. par. 37 et 65; « valeur supérieure garantie par la Convention » : *Odièvre c. France*, n° 42326/98, 13 fév. 2003, par. 45.

¹⁹⁷⁴ CEDH, *S.W. c. Royaume-Uni*, préc., note 1945, par. 44; *Pretty c. Royaume-Uni*, préc. note 1973, par 65; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, 11 juillet 2002 par. 90; *Jehovah's Witnesses of Moscow v. Russia*, n° 302/02, 10 juin 2010, par. 135.

¹⁹⁷⁵ Pour les droits de l'homme : Jacques MOURGEON, *Les droits de l'homme*, 8^e éd., coll. Que sais-je ?, n°1728, Paris, PUF, 2003, p. 9-10. Pour les droits et libertés à valeur constitutionnelle : Marie-Claire PONTTHOREAU, « La protection des droits fondamentaux par le Conseil constitutionnel », *Administration* 1997.177.37; Dominique ROUSSEAU, Pierre-Yves GAHDOUN et Julien BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, 12^e éd., coll. Précis Domat droit public, Paris-La Défense, LGDJ, Lextenso, 2020, par. 449 et 454, p. 314 et 318-319. Pour une bibliographie indicative sur la question de la hiérarchisation des droits et libertés fondamentaux : M. LEVINET, préc., note 1925, p. 138-139.

particulière aurait été affirmée¹⁹⁷⁶. L'usage du « thème de la hiérarchie des droits et libertés garantis par la CEDH » serait donc « rhétorique »¹⁹⁷⁷. Les auteurs soulignent ainsi les compromis réalisés par la CEDH à l'égard de l'ensemble des droits ou libertés, y compris, la dignité et le droit à la vie¹⁹⁷⁸. Par exemple, dans l'affaire *K. A. et A.D. c. Belgique*, la dignité a cédé le pas à l'autonomie personnelle¹⁹⁷⁹ permettant d'invoquer le droit de disposer de son corps pour affirmer la possibilité d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible¹⁹⁸⁰. Le droit au respect de la vie est également considéré comme relatif dans la mesure où la liberté d'avorter de la femme enceinte est n'est pas jugé contraire aux dispositions de la Conv. EDH¹⁹⁸¹. Il faut ainsi admettre que la hiérarchisation des droits et libertés fondamentaux n'est pas aussi bien établie que certaines dispositions textuelles ou certains discours jurisprudentiels peuvent le laisser penser. Toutefois, ces exemples ne relativisent pas la valeur fondamentale particulière de la dignité humaine et de la vie, pour lesquelles les atteintes demeurent en principe interdites. De plus, les exceptions à cette règle ne concernent pas les atteintes réalisées par des mesures de réaction aux illicéités, mais uniquement de choix personnels résultant de l'idée que chacun a la maîtrise personnelle de son corps.

En droit canadien, l'existence d'une hiérarchie entre les droits et libertés protégés par la Charte canadienne ou la Charte québécoise a été expressément réfutée par la Cour suprême¹⁹⁸². Un auteur démontre que l'analyse des décisions jurisprudentielles permet pourtant d'établir une « *hiérarchie matérielle* » entre les droits et libertés fondamentaux, relativisant la posture de « non-hiérarchie » présentée par la Cour suprême¹⁹⁸³. Il démontre par exemple que cette hiérarchie matérielle place le droit à l'intégrité physique dans une meilleure position que le droit à la liberté d'expression¹⁹⁸⁴.

Sans se prononcer sur l'existence ou l'absence d'une hiérarchisation des droits et libertés fondamentaux, il faut reconnaître que certains d'entre eux bénéficient d'une

¹⁹⁷⁶ M. LEVINET, préc., note 1925, p. 172 et suiv.; D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN et J. BONNET, préc., note 1975, par. 448 et suiv., p. 313 et suiv.

¹⁹⁷⁷ M. LEVINET, préc., note 1925, p. 173.

¹⁹⁷⁸ *Id.*, p. 169 et suiv.

¹⁹⁷⁹ La dignité n'a pas même été évoquée dans le raisonnement de la CEDH, totalement remplacée par l'autonomie personnelle, alors qu'elle avait été mise en avant par les juges internes : CEDH, *K. A. et A.D. c. Belgique*, n^{os} 42758/98 et 45558/99, 17 fév. 2005, par. 23.

¹⁹⁸⁰ *Id.*, par. 83.

¹⁹⁸¹ CEDH, *Boso c. Italie* [déc.], n^o 50490/99, 5 sept. 2002, *RTD civ.* 2003.371, chr. Jean-Pierre MARGENAUD.

¹⁹⁸² *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 839.

¹⁹⁸³ Louis-Philippe LAMPRON, *La hiérarchie des droits : convictions religieuses et autres droits fondamentaux au Canada*, coll. Diversitas, Bruxelles, Peter Lang GmbH, 2012, p. 22-28.

¹⁹⁸⁴ *Id.*, p. 229.

valorisation singulière qui accroît la gravité substantielle des mesures qui y portent atteinte, par rapport aux mesures qui portent atteinte à d'autres droits et libertés.

b. La valeur particulière attachée à certains droits et libertés fondamentaux

383. *La valeur particulière du droit à la vie, du droit à l'intégrité physique et de la liberté individuelle.* La protection des droits à la vie, à l'intégrité physique et de la liberté individuelle¹⁹⁸⁵ démontre leur valeur spécifique. L'atteinte portée à ces droits et liberté est ainsi d'un niveau de gravité substantielle accrue, comparativement aux autres droits et libertés. Pour les droits à la vie et à l'intégrité physique, l'existence de cette valeur est démontrée par leur statut unique, interdisant tout simplement d'y porter atteinte. C'est pourquoi les atteintes au droit à la vie et à l'intégrité physique sont d'une gravité substantielle sans commune mesure. Pour la liberté individuelle, la démonstration de cette valeur est moins évidente. En effet, il est autorisé dans les droits français et canadien, en contexte pénal et extra-pénal, de porter atteinte à la liberté individuelle. Toutefois, les particularités de la protection de la liberté individuelle, par rapport aux autres droits et libertés fondamentaux, permettent de soutenir l'idée d'une valeur singulière qui place à un niveau élevé la gravité substantielle des atteintes qui lui sont portées.

384. *La gravité substantielle particulière des atteintes à la vie et à l'intégrité physique.* Le droit français et le droit canadien consacrent et protègent le droit à la vie et à l'intégrité physique au niveau supra-législatif de la façon la plus forte possible. En effet, les atteintes à ces droits sont en principe interdites et les exceptions à ce principe sont très encadrées. En droit français interne, l'article 66-1 de la Constitution prévoit que « [n]ul ne peut être condamné à la peine de mort ». Le Conseil constitutionnel a consacré le principe constitutionnel de dignité en affirmant que « la sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation est au nombre » des droits « inaliénables et sacrés » de tout être humain¹⁹⁸⁶. Le Conseil constitutionnel en conclut que les peines privatives de liberté doivent être exécutées dans le respect de ce principe¹⁹⁸⁷. La sauvegarde de la dignité emporte le respect de la personne humaine et de

¹⁹⁸⁵ Sur la définition de la liberté individuelle et sa distinction avec la liberté d'aller et venir : *supra*, par. 45.

¹⁹⁸⁶ Cons. const. 19 nov. 2009, préc., note 1970, par. 3; 16 sept. 2010, n° 2010-25 QPC, *M. Jean-Victor C.*, par. 7 et 21 mars 2019, n° 2018-768 QPC, *M. Adama S.*, par. 17.

¹⁹⁸⁷ *Id.*

son intégrité¹⁹⁸⁸. En droit européen, la Convention européenne consacre le droit à la vie (article 2) et l'interdiction de la peine de mort (article 3 du Protocole n° 6 et article 2 du protocole n° 13), l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (article 3), protégeant ainsi la vie et l'intégrité physique. Une peine ne peut donc pas être une atteinte aux droits à la vie et à l'intégrité physique¹⁹⁸⁹. Si de tels traitements ne sont pas admis dans le cadre d'une condamnation pour les comportements considérés comme étant les plus graves dans une société, ils ne devraient pas l'être pour les comportements moins graves qui ne sont pas pénalement qualifiés ou qui ne sont pas considérés comme formellement illicites. L'alinéa 2 de l'article 2 de la Convention européenne, qui prévoit que « La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire : [...] », ne remet pas cause dans son principe l'interdiction des atteintes à la vie dans le cadre des réactions juridiques aux illicéités. En effet, dans les cas prévus¹⁹⁹⁰ par cette disposition, la légitimité des atteintes à la vie n'est admise en France que par la reconnaissance d'un acte de légitime défense¹⁹⁹¹, cause objective d'irresponsabilité aux conditions strictes, justifiant la commission d'une infraction. Quant à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, elle ne souffre d'aucune exception¹⁹⁹² et n'est pas limitée au cadre de la matière pénale¹⁹⁹³. Enfin, l'application de la disposition interdisant l'abus de droit¹⁹⁹⁴ permet également de démontrer l'importance

¹⁹⁸⁸ Cons. const. 16 sept. 2010, préc. note 1986, par. 13-15 et 21 mars 2019, préc. note 1986, par. 18; D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN et J. BONNET, préc., note 1975, par. 1004, p. 717.

¹⁹⁸⁹ La Cour affirme ainsi que :

« [...] pour les Etats liés par ce protocole, le droit de ne pas être soumis à la peine de mort garanti à l'article 1, qui n'admet aucune dérogation et s'applique en toutes circonstances, est, au même titre que les droits garantis par les articles 2 et 3 de la Convention, un droit fondamental, qui consacre l'une des valeurs essentielles des sociétés démocratiques qui composent le Conseil de l'Europe. À ce titre, il doit faire l'objet d'une interprétation stricte (voir, mutatis mutandis, Soering, précité, § 88, et McCann et autres c. Royaume-Uni, 27 septembre 1995, § 147, série A no 324). (CEDH, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, 4 oct. 2010, n° 61498/08, par. 128) ».

L'interdiction de l'atteinte à ces droits est telle qu'elle empêche les États parties à la Convention de remettre des personnes à d'autres États si elles y encourent la peine de mort, des traitements ou peines inhumaines ou dégradantes : *Id.*, par. 138.

¹⁹⁹⁰ Art. 2 Conv. EDH, al. 2, a) « assurer la défense de toute personne contre la violence illégale », b) « pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue » et c) « pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection ».

¹⁹⁹¹ Art. 122-5 C. pén.

¹⁹⁹² L'article n'expose aucune circonstance qui pourrait justifier de recourir à de tels actes : CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, n° 5310/71, 18 janv. 1978, par. 163.

¹⁹⁹³ L. FAVOREU et al., préc., note 352, par. 643, p. 672-673.

¹⁹⁹⁴ Art. 17 Conv. EDH.

particulière de certains droits, dont les droits à la vie et à l'intégrité physique, puisqu'elle ne permet pas de priver les requérants en situation d'abus de droit de la protection offerte par plusieurs articles de la Convention dont les articles 2 et 3¹⁹⁹⁵.

En droit canadien, l'article 7 de la Charte canadienne protège le droit à la vie et à la sécurité de sa personne. La Cour suprême considère que le droit à la vie « entre en jeu lorsqu'une mesure ou une loi prise par l'État a directement ou indirectement pour effet d'imposer la mort à une personne ou de l'exposer à un risque accru de mort »¹⁹⁹⁶. Le droit à la sécurité, sous-tendu par la protection de l'autonomie et de la dignité de la personne, est relatif à « la maîtrise de l'intégrité de sa personne sans aucune intervention de l'État »¹⁹⁹⁷. Elle se trouve ainsi mise en jeu par l'atteinte à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne par l'État, comprenant toute mesure qui cause des souffrances physiques ou de graves souffrances psychologiques¹⁹⁹⁸. Les atteintes à ces droits ne sont pas directement prohibées puisque l'article 7 de la Charte précise lui-même qu'il ne peut être porté atteinte à ces droits qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Toutefois, l'atteinte à la vie et à les atteintes graves à l'intégrité physique ne peuvent pas être l'objet d'une peine, la peine de mort ayant été abolie¹⁹⁹⁹ et l'article 12 de la Charte consacrant le « [...] droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités ». Le *Code criminel* ne connaît pas de peines de châtement corporel et l'expulsion d'une personne vers un pays où il risque d'être torturé porte atteinte à ses droits à la liberté, à la sécurité et possiblement à son droit à la vie²⁰⁰⁰. La situation apparaît donc proche en droit canadien et en droit français.

¹⁹⁹⁵ M. LEVINET, préc., note 1925, p. 154-155. La « clause d'interdiction de l'abus de droit » permet aux États parties à la Convention de priver les requérants de certains de leurs droits protégés par la Convention lorsqu'ils se livrent à des activités qui visent à détruire l'un ou plusieurs des droits protégés par la Convention : CEDH, *Lawless c. Irlande*, préc. note 1024, par. 7; *Roj TV A/S v. Danemark*, n° 24683/14, 24 avril 2018, par. 30; *Ayoub et a. c. France*, n°s 77400/14, 34532/15 et 34550/15, 8 oct. 2020, par. 92. Sur l'article 17 de la Conv. EDH, voir : COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Guide sur l'article 17 de la Convention – Interdiction de l'abus de droit*, 30 avril 2021, en ligne : <<https://www.echr.coe.int>>.

¹⁹⁹⁶ *Carter c. Canada (Procureur général)*, préc., note 803, par. 62.

¹⁹⁹⁷ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 (CSC), par. 20; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519 (CSC), 587-588; *Carter c. Canada (Procureur général)*, préc., note 803, par. 64.

¹⁹⁹⁸ *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, préc., note 356, par. 55-57; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791 (CSC), par. 43 (la juge Deschamps), par. 119 (la juge en chef McLachlin et le juge Major); *Carter c. Canada (Procureur général)*, préc., note 803, par. 64.

¹⁹⁹⁹ Par l'adoption définitive du projet de loi C-84 le 15 juillet 1976.

²⁰⁰⁰ *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3 (CSC), par. 44. Toutefois cette atteinte est constitutionnelle si elle est réalisée en conformité avec les principes de justice fondamentale (*Id.*). À l'inverse, l'atteinte peut encore être constitutionnelle si elle est justifiée par l'article 1^{er} de la Charte (*Id.*).

La prohibition générale des atteintes à la vie et des atteintes les plus graves à l'intégrité physique²⁰⁰¹ constituées par les actes de tortures, les peines ou traitements inhumains, dégradants ou cruels²⁰⁰², incite à attribuer au droit à la vie et à l'intégrité physique une valeur fondamentale singulière. L'existence de cette dernière permet de considérer que la gravité substantielle des atteintes à ces droits est d'un niveau plus élevé que pour d'autres droits et libertés. Un tel niveau de gravité substantielle n'est pas nécessaire pour qualifier la nature répressive d'une mesure de réaction à une illicéité. Il est en revanche utile pour proposer que la caractérisation du critère de gravité nécessaire à la qualification répressive d'une réaction à une illicéité soit réalisée par le seul constat de cette gravité substantielle élevée.

La gravité substantielle particulièrement forte des atteintes à la liberté individuelle peut aussi être établie, malgré une situation un peu différente.

385. *La gravité substantielle particulière des atteintes à la liberté individuelle.* La liberté individuelle, ou liberté physique en droit canadien²⁰⁰³, n'est pas une liberté insusceptible d'atteinte. Bien au contraire, la liberté fait l'objet de nombreuses atteintes pénales, punitives et non-punitives, et extra-pénales, non punitives²⁰⁰⁴. Pourtant, elle fait l'objet d'une protection importante qui témoigne de sa valeur particulière dans les ordres juridiques français et canadiens, de telle façon que les atteintes qui lui sont portées caractérisent aussi un degré de gravité substantielle particulièrement élevé. À l'instar des atteintes à la vie et à l'intégrité physique, les atteintes à la liberté individuelle résultant de réactions à une illicéité devraient également être considérées comme suffisamment graves

²⁰⁰¹ La prohibition des atteintes à l'intégrité physique plus est générale qu'il n'y paraît à la seule lecture des textes applicables en droit français. Aucune disposition en droit interne ou européen n'interdit expressément toute atteinte à l'intégrité physique d'autrui mais le droit français a mis un terme aux châtimens corporels : Il n'existe donc pas de peines ou de punitions extra-pénales attentatoires à l'intégrité physique. Il existe toutefois des mesures de réaction aux illicéités qui sont attentatoires à l'intégrité physique et qui sont plus généralement considérés comme mesures procédurales permettant de relever et enregistrer des données biologiques.

²⁰⁰² Il existe une gradation, des moins graves au plus graves, entre les traitements dégradants, les traitements inhumains et les tortures : CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, préc., note 1992, par. 167; L. FAVOREU et al., préc., note 352, par. 640, p. 670.

La torture correspond aux « traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances », les traitements inhumains provoquent de « vives souffrances physiques et morales » et les traitements dégradants sont de nature à créer « des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité », propres à humilier, à avilir et à briser éventuellement la résistance physique ou morale des personnes : CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, préc., note 1992, par. 167.

²⁰⁰³ *Supra*, par. 45 et 47.

²⁰⁰⁴ *Infra*, par. 397 et suiv.

pour que ces réactions soient qualifiées de mesures répressives, indépendamment de toute appréciation quantitative des atteintes.

Cette proposition ne coïncide pas avec le droit positif en matière de qualification des privations de liberté à l'aune des notions de peine, de punition ou des mesures assimilées. Outre le fait que de nombreuses mesures privatives de liberté ne sont pas qualifiées de peines, de punitions ou assimilées à l'une de ces notions²⁰⁰⁵, le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme ne se contentent pas de constater l'existence d'une privation de liberté pour caractériser la gravité répressive ou punitive d'une mesure de réaction à une illicéité, ou pour lui appliquer le régime de la peine (bien qu'elle n'ait pas été qualifiée comme telle). Ils y ajoutent une appréciation quantitative. Par exemple, le Conseil constitutionnel a souligné la durée de la privation de liberté et son caractère renouvelable sans limite pour justifier l'application du principe de non-rétroactivité à la rétention de sûreté après avoir relevé sa nature privative de liberté²⁰⁰⁶. La Cour européenne en a fait de même s'agissant de la détention de sûreté allemande, qualifiée de peine, dont elle avait relevé la durée illimitée. Elle avait déjà eu l'occasion de distinguer une sanction privative de liberté relevant de la matière pénale eu égard à sa durée de trois ou quatre mois, d'une sanction privative de liberté qui n'en relevait pas en raison de sa « trop courte durée » de deux jours²⁰⁰⁷. Quant à la Cour suprême, sa position est plus ambiguë. Elle a qualifié l'emprisonnement, encouru en matière de discipline pour les infractions majeures ressortissant au service relativement à la *Loi sur le Gendarmerie royale du Canada*²⁰⁰⁸ ou en matière militaire pour une infraction à la discipline militaire²⁰⁰⁹, de véritable conséquence pénale, sans s'intéresser à la durée de la mesure. Toutefois, la portée de ce raisonnement est difficile à évaluer car, dans les deux cas, la sanction était qualifiée de peine d'emprisonnement par les textes applicables. Dans un autre cas, l'isolement cellulaire disciplinaire encouru de 10 jours maximum pour un détenu n'a pas été qualifié de véritable conséquence pénale; les juges majoritaires n'ont pas précisé s'il s'agissait d'une privation de liberté et si la durée de la mesure était à prendre en compte²⁰¹⁰. Enfin, un changement rétrospectif de la législation sur les conditions de la libération conditionnelle, qui avait entraîné directement une

²⁰⁰⁵ *Supra*, par. 46.

²⁰⁰⁶ Cons. const. 28 fév. 2008, préc. note 1308, par. 10.

²⁰⁰⁷ CEDH, *Engel et a. c. Pays-Bas*, préc., note 973, par. 85.

²⁰⁰⁸ *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, par. 24 et 26.

²⁰⁰⁹ *R. c. Généreux*, préc., note 1238, 282.

²⁰¹⁰ *R. c. Shubley*, préc., note 150, 21.

prolongation de l'incarcération de plusieurs détenus sans égard à leur situation, a été qualifié de peine²⁰¹¹. La durée particulière de cette prolongation n'avait pas été expressément mentionnée comme une condition de la qualification. En revanche, la Cour suprême précise clairement qu'une mesure conséquente à une déclaration de culpabilité « doit avoir une *grande* incidence sur le droit constitutionnel du contrevenant à la liberté ou à la sécurité pour constituer une peine »²⁰¹². Cela signifie que la mesure « doit restreindre sensiblement la faculté qu'a une personne de se livrer à une activité par ailleurs licite ou soumettre une personne à des contraintes substantielles auxquelles les autres citoyens ne sont pas soumis »²⁰¹³. L'appréciation quantitative de l'atteinte est donc exigée pour qualifier la peine grâce au critère alternatif à celui de la conformité de la mesure à l'objectif et aux principes de détermination de la peine. En dépit de ces différentes appréciations de la gravité d'une atteinte à la liberté individuelle, la valeur attribuée à celle-ci en France et au Canada justifie de considérer que les atteintes qui y sont portées sont nécessairement et particulièrement graves. Cette démarche permet de se départir de la question du *quantum* de la privation de liberté, pour ne tenir compte que de la gravité substantielle particulière de toute réaction à une illicéité attentatoire à la liberté individuelle²⁰¹⁴.

La liberté individuelle est un marqueur de la démocratie²⁰¹⁵ et de l'État de droit²⁰¹⁶. Tant la consécration que la protection particulière de la liberté individuelle

²⁰¹¹ *Canada (Procureur général) c. Whaling*, préc., note 173, par. 57-63. Toutefois, il n'est pas exclu que la durée de la prolongation puisse être un élément d'appréciation eu égard à l'approche concrète proposée par la Cour suprême : par. 63. En l'espèce, les durées de prolongation considérées d'incarcération allaient de trois à vingt-et-un mois : par. 17.

²⁰¹² *R. c. K.R.J.*, préc., note 173, par. 42.

²⁰¹³ *Id.*

²⁰¹⁴ *Infra*, par. 397 et suiv. De plus, l'utilisation faite du *quantum* de la privation de liberté dans la qualification de la mesure ne correspond pas à l'évaluation quantitative de la gravité de la mesure retenue dans le cadre de cette proposition de définition d'une notion unifiée de répression : *infra*, par. 527 et suiv.

²⁰¹⁵ L. FAVOREU et al., préc., note 352, p. 199 : « la liberté individuelle constitue la clé de voûte des démocraties »; H. OBERDORFF, préc., note 1938, par. 243, p. 321-324 : « On peut aisément reconnaître la qualité des régimes démocratiques à la manière dont ils respectent la sûreté personnelle dans toutes ces facettes. »; Sébastien LE GAL, *Aux origines du droit à la sûreté*, Ludovic GARRIDO (dir.), *Le droit à la sûreté : état des lieux, état du droit. Actes de la journée d'étude organisée le 29 avril 2011 par le Centre d'étude et de recherche sur le droit administratif et la réforme de l'État de l'Université Montesquieu - Bordeaux IV*, coll. Collection Actes & études, Paris, Cujas, 2012, p. 19-42, aux p. 20-21.

²⁰¹⁶ L. FAVOREU et al., préc., note 352, p. 199; Ludovic GARRIDO, *Le droit à la sûreté : un droit en danger ?*, Ludovic GARRIDO (dir.), *Le droit à la sûreté : état des lieux, état du droit. Actes de la journée d'étude organisée le 29 avril 2011 par le Centre d'étude et de recherche sur le droit administratif et la réforme de l'État de l'Université Montesquieu - Bordeaux IV*, coll. Collection Actes & études, Paris, Cujas, 2012, p. 3-16, aux p. 7-8.

manifestent l'importance de ce droit et de son corollaire, la sûreté personnelle²⁰¹⁷, qui interdit toute privation de liberté arbitraire²⁰¹⁸.

En France, la consécration de ce droit est apparue essentielle au moment de la Révolution française, pour mettre fin aux pratiques de l'Ancien Régime telles que celle des « lettres de cachet », par laquelle le Roi pouvait faire incarcérer des personnes sans qu'elles soient jugées²⁰¹⁹. La liberté et la sûreté sont en droit français des « droits naturels et imprescriptibles de l'Homme »²⁰²⁰. Le Conseil constitutionnel avait affirmé la valeur constitutionnelle de la liberté individuelle en la reconnaissant comme principe fondamental reconnu par les Lois de la République²⁰²¹. L'article 7 de la DDHC précise que : « [n]ul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites ». L'article 66 de la Constitution ajoute en son alinéa 1^{er} que : « [n]ul ne peut être arbitrairement détenu ». La liberté individuelle bénéficie d'une protection particulière puisque les atteintes qui lui sont portées doivent être contrôlées par l'autorité judiciaire²⁰²². L'intervention du juge judiciaire est obligatoire²⁰²³, dans le délai le plus bref possible²⁰²⁴. Cette intervention concerne aussi bien les privations de liberté prises au titre des peines, que les privations procédurales²⁰²⁵,

²⁰¹⁷ Sur les liens entre liberté individuelle et droit à la sûreté : L. FAVOREU et al., préc., note 352, par. 165, p. 204-205; L. GARRIDO, préc., note 2016, aux p. 5-6.

²⁰¹⁸ L. FAVOREU et al., préc., note 352, par. 165, p. 204-205; L. GARRIDO, préc., note 2016, aux p. 5-6. Les liens entre la définition du droit à la sûreté et ses dimensions procédurales sont en outre expliquées par l'origine de ce droit, inspiré de l'*habeas corpus* de la *common law* : L. FAVOREU et al., préc., note 352, par. 261, p. 199-200; L. GARRIDO, préc., note 2016, aux p. 6-8; S. LE GAL, préc., note 2015, aux p. 20-21. Cet élément confirme que la démonstration de la valeur particulière de la liberté individuelle et du droit à la sûreté est à puiser dans son régime très protecteur. Pour une discussion sur l'influence de l'*habeas corpus* : S. LE GAL, préc., note 2015, aux p. 31-38.

²⁰¹⁹ L. FAVOREU et al., préc., note 352, par. 161, p. 199-200; L. GARRIDO, préc., note 2016, à la p. 4; S. LE GAL, préc., note 2015, aux p. 22-26; H. OBERDORFF, préc., note 1938, par. 243, p. 321-324.

²⁰²⁰ Art. 2 DDHC.

²⁰²¹ Cons. const. 12 janv. 1977, n° 76-75 DC, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, par. 1.

²⁰²² Art. 66 al. 2 Const.

²⁰²³ Toutefois il n'est pas nécessaire que le juge judiciaire soit saisi préalablement à toute mesure privative de liberté ni qu'il exerce un contrôle à toutes les étapes de la mesure : Cons. const. 29 déc. 1984, n° 84-184 DC, *Loi de finances pour 1985*, par. 33-34; D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN et J. BONNET, préc., note 1975, par. 1024, p. 731-733.

²⁰²⁴ Cons. const. 11 août 1993, n° 93-326, *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale*, par. 3. La brièveté est d'appréciation variable, pouvant être par exemple de deux jours (garde à vue) ou quinze jours (hospitalisation sans consentement), suivant la mesure envisagée : *Id.*, p. 731-733.

²⁰²⁵ Cons. const. 29 août 2002, n° 2002-461 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, not. par. 37 (relativement à la détention provisoire); 30 juill. 2010, n° 2010 14/22 QPC, *M. Daniel W. et autres*, par. 21 et suiv. (pour la garde à vue).

administratives²⁰²⁶ et médicales²⁰²⁷. Le Conseil constitutionnel exerce le contrôle de constitutionnalité le plus intense sur les atteintes portées à la liberté individuelle, en vérifiant qu'elles soient à la fois « adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis »²⁰²⁸. Le principe de légalité qui s'applique à toute privation de liberté qualifiée de peine ou de punition, en vertu de l'article 8 de la DDHC, s'applique de manière plus générale aux arrestations et détentions en vertu de l'article 7 de la DDHC. Le soin apporté à la protection de la liberté individuelle révèle la valeur particulière qui lui est attachée et qui justifierait que les atteintes qui lui sont portées en réaction à une illécitité soient qualifiées de mesures répressives. La protection européenne de la liberté individuelle en droit européen confirme cette idée.

En droit européen, la liberté personnelle et la sûreté sont protégées par l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui pose à la fois le principe du droit à la liberté et à la sûreté, l'interdiction de la privation de celui-ci, les exceptions à cette interdiction et les garanties applicables en cas d'atteinte au droit à la liberté et à la sûreté²⁰²⁹. Les atteintes à la liberté et à la sûreté sont strictement limitées par une énumération des cas pour lesquels elles sont autorisées, démontrant un intérêt particulier à la protection de ce droit²⁰³⁰. La légalité de la détention

²⁰²⁶ Cons. const. 13 août 1993, n° 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* (rétention judiciaire et administrative des étrangers). Pour un constat critique, en 2011, de la protection du droit à la sûreté des étrangers : Christophe POULY, *Le droit à la sûreté à l'épreuve du droit des étrangers*, Ludovic GARRIDO (dir.), *Le droit à la sûreté : état des lieux, état du droit. Actes de la journée d'étude organisée le 29 avril 2011 par le Centre d'étude et de recherche sur le droit administratif et la réforme de l'État de l'Université Montesquieu - Bordeaux IV*, coll. Collection Actes & études, Paris, Cujas, 2012, p. 57-71.

²⁰²⁷ Cons. const. 6 nov. 2010, n° 2010-71 QPC, *Mlle Danielle S.*, par. 16. Pour un état des lieux, en 2011, de la protection du droit à la sûreté des personnes atteintes de troubles mentaux : Cécile CASTAING, *Le droit à la sûreté à l'épreuve du droit des personnes atteintes de troubles mentaux*, Ludovic GARRIDO (dir.), *Le droit à la sûreté : état des lieux, état du droit. Actes de la journée d'étude organisée le 29 avril 2011 par le Centre d'étude et de recherche sur le droit administratif et la réforme de l'État de l'Université Montesquieu - Bordeaux IV*, coll. Collection Actes & études, Paris, Cujas, 2012, p. 73-85.

²⁰²⁸ Cons. const. 21 fév. 2008, préc. note 907, par. 13; Cons. const. 6 nov. 2010, préc. note 2027, par. 16. Ce contrôle est également exercé par le Conseil constitutionnel pour les atteintes à la liberté d'aller et venir et à la vie privée. Cela ne minimise pas l'importance de la liberté individuelle par rapport à ces autres droit et liberté dès lors que ce contrôle de constitutionnalité stricte s'ajoute à d'autres éléments démontrant l'attention particulière portée à cette liberté.

²⁰²⁹ « 1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : [...] » : art. 5 Conv. EDH.

²⁰³⁰ Art. 5 1. A) à f) Conv. EDH; CEDH, *Medvedyev et a. c. France* [GC], n° 3394/03, 29 mars 2010, par. 78; *Khlaifia et a. c. Italie* [GC], n° 16483/12, 15 déc. 2016, par. 88. Cette méthode n'est utilisée que pour définir et délimiter la protection accordée au droit à la vie (article 2 Conv. EDH) et à l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (art. 4 Conv. EDH). Pour les autres droits substantiels protégés par la Convention européenne, les atteintes rendues possibles ne sont pas précisément énumérées. Est seule énoncée une liste d'objectifs pour lesquels les atteintes peuvent être rendues nécessaires et donc être acceptées.

doit pouvoir être contrôlée par un tribunal²⁰³¹. Contrairement au droit français interne, l'intervention de l'autorité judiciaire n'est en revanche exigée qu'en cas d'arrestation ou de détention pour des raisons liées à la réalisation d'une infraction ou au risque de réalisation d'une infraction²⁰³². S'agissant des exigences de légalité et de « régularité »²⁰³³ de la privation de liberté, la Cour européenne précise que « lorsqu'il s'agit d'une privation de liberté, il est particulièrement important de satisfaire au principe général de la sécurité juridique »²⁰³⁴. Tous ces éléments mettent en lumière la « très grande importance dans une « société démocratique » » que revêt le droit à la liberté et à la sûreté²⁰³⁵. L'importance particulière du droit à la liberté et de la sûreté transparaît aussi du fait que l'emploi de l'article 17 de la Convention ne peut pas justifier la déchéance de la protection des droits garantis par l'article 5²⁰³⁶, au même titre que pour le droit à la vie ou pour l'interdiction de la torture, des peines et traitements inhumains et dégradants²⁰³⁷.

Enfin, en droit canadien, la liberté fait l'objet d'une consécration et d'une protection importante au sein de l'article 7 de la Charte canadienne, puisqu'il est prévu au sein de la même disposition que les droits à la vie et à la sécurité. Comme ces derniers, il ne peut lui être porté atteinte qu'en respectant les principes de justice fondamentale. La Charte protège en outre contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires²⁰³⁸. Les garanties prévues ensuite à l'article 10 de la Charte, dont le droit à l'assistance sans délai d'un avocat²⁰³⁹, et le contrôle de la légalité de la détention par *habeas corpus*²⁰⁴⁰, sont applicables à toute privation de liberté (arrestation ou détention) et non pas seulement à une peine d'emprisonnement. La qualification de la mesure privative de liberté n'est donc pas essentielle. Seul compte l'objet de la mesure, la privation de liberté, pour que soient accordées des garanties très protectrices aux justiciables, afin d'éviter toute atteinte arbitraire à la liberté individuelle.

²⁰³¹ Art. 5 4. Conv. EDH.

²⁰³² Art. 5 3. Conv. EDH.

²⁰³³ Art. 5 1. Conv. EDH.

²⁰³⁴ CEDH, *Medvedyev et a. c. France*, préc., note 2030, par. 80; *Creangă c. Roumanie*, préc., note 345, par. 120; *Del Río Prada c. Espagne*, préc., par. 125; *Khlaifia et a. c. Italie*, préc., note 2030, par. 92.

²⁰³⁵ CEDH, *Medvedyev et a. c. France*, préc., note 2030, par. 76.

²⁰³⁶ CEDH, *Lawless c. Irlande*, préc., note 1024, par. 7 de la partie « En droit »; *Ould Dah c. France* [déc.], n° 13113/03, 17 mars 2009; *Varela Geis c. Espagne*, n° 61005/09, 3 mars 2013, par. 40.

²⁰³⁷ *Supra*, par. 384.

²⁰³⁸ Art. 9.

²⁰³⁹ Art. 10 b). Cela est d'autant plus remarquable, que ce droit avait été oublié pour la personne inculpée dans une affaire criminelle ou pénale, personne encourant par hypothèse le risque de subir une peine criminelle.

²⁰⁴⁰ Art. 10 c).

Eu égard à la protection très forte dont bénéficie la liberté individuelle comparativement aux autres droits et libertés auxquels il est possible d'attenter, dans le cadre d'une réaction juridique à une illicéité, la liberté individuelle est un droit de valeur singulière. Les atteintes à la liberté individuelle sont ainsi d'une gravité substantielle élevée et toute atteinte à la liberté individuelle résultant d'une réaction à une illicéité devrait emporter la qualification répressive de celle-ci. Il conviendra donc par la suite de présenter les mesures de réaction aux illicéités attentatoires à la liberté individuelle qui doivent recevoir la qualification de mesures répressives.

Plus largement, il faut tirer les conséquences de l'ensemble des propos précédents, en présentant toutes les mesures susceptibles d'être qualifiées de mesures répressives parce qu'elles réagissent à des illicéités en portant atteinte à des droits et libertés.

§ 2. Les droits et libertés atteints par les mesures de réaction aux illicéités

386. *Deux catégories de droits et libertés atteints.* Parmi les droits et libertés atteints par les réactions aux illicéités, il faut distinguer deux catégories de mesures. Comme cela a été précédemment présenté, certaines mesures portent atteinte à des droits et libertés fondamentaux de valeur particulière²⁰⁴¹. Les atteintes à ces droits et libertés peuvent ainsi être perçues comme étant d'un degré de gravité substantielle plus élevé que pour les atteintes aux autres droits et libertés.

387. *Deux catégories de mesures de réaction aux illicéités.* Ainsi, les réactions aux illicéités attentatoires à la vie, à l'intégrité physique et à la liberté peuvent être qualifiées de mesures répressives eu égard à leur seule gravité substantielle. En revanche, les réactions aux illicéités attentatoires aux autres droits et libertés devront faire l'objet d'une analyse quantitative ultérieure²⁰⁴², s'ajoutant à la présente analyse substantielle. C'est pourquoi seront dans un premier temps exposées les réactions aux illicéités attentatoires à la vie, à l'intégrité physique et à la liberté individuelle (I), et dans un second temps, les réactions aux illicéités attentatoires aux autres droits et libertés (II) pour qualifier leur gravité substantielle.

²⁰⁴¹ *Supra*, par. 383-385.

²⁰⁴² *Infra*, par. 527 et suiv.

I. Les réactions aux illicéités attentatoires à la vie, à l'intégrité physique et à la liberté individuelle

388. *Une gravité substantielle suffisante à la qualification répressive.* Les réactions aux illicéités attentatoires à la vie et à l'intégrité physique (A), tout comme les réactions aux illicéités attentatoires à la liberté individuelle (B), doivent être qualifiées de mesures répressives au regard du critère de gravité substantielle défini comme atteinte à un droit ou une liberté.

A. La qualification répressive des réactions aux illicéités attentatoires à la vie et à l'intégrité physique

389. *La gravité substantielle suffisante des réactions aux illicéités attentatoires à la vie et à l'intégrité physique.* En raison de la valeur particulière accordée par les ordres juridiques français et canadien aux droits à la vie et à l'intégrité physique, les réactions juridiques qui porteraient atteinte à ces droits seraient d'un niveau de gravité substantielle très élevée. C'est pourquoi, s'il devait exister de telles réactions, elles devraient être qualifiées de mesures répressives, indépendamment de toute appréciation quantitative. Doivent ainsi être présentées les mesures de réaction aux illicéités attentatoires à la vie (1) et à l'intégrité physique (2) pouvant recevoir la qualification de mesures répressives.

1. Les mesures attentatoires à la vie²⁰⁴³

390. *La qualification répressive de toute réaction à une illicéité attentatoire à la vie.* La peine de mort a été abolie en France et au Canada²⁰⁴⁴. Une telle interdiction révèle la valeur accordée au droit à la vie dans les ordres juridiques français et canadien et justifie ainsi la qualification répressive de toute mesure de réaction juridique à une illicéité qui porterait atteinte à ce droit. L'interdiction de la peine de mort est explicite et sa gravité ne fait aucun doute. Si la peine de mort était à nouveau utilisée, elle serait une mesure répressive. En revanche, aucune disposition n'interdit expressément toute autre forme de réaction aux illicéités attentatoires à la vie. Serait-il possible de prévoir une mesure procédurale, pénale ou administrative, ou une sanction administrative de mise à mort, fondée sur la particulière dangerosité d'une personne ? Quelle serait alors sa

²⁰⁴³ Les mesures ici étudiées sont uniquement celles qui peuvent être qualifiées de réaction à une illicéité selon les définitions établies au titre 1^{er} de la seconde partie. Afin d'alléger les intitulés, l'expression « mesures attentatoires » sera utilisée pour désigner les « mesures de réaction aux illicéités attentatoires ».

²⁰⁴⁴ Dr. fr. : art. 66-1 Const. Dr. can. : adoption de la Loi C-84 abolissant la peine de mort le 14 juillet 1976.

qualification ? La notion de peine semble devoir être interprétée de manière extensive dans le contexte de l'abolition de la peine de mort. En effet, il serait tout à fait paradoxal de refuser la possibilité d'une telle sanction pour les violations de la loi considérées comme les plus graves dans le cadre d'une procédure pénale protectrice des droits et libertés fondamentaux, mais de l'autoriser en dehors d'un tel cadre, pour les violations de la loi, formelles ou substantielles, ne faisant pas l'objet d'une qualification pénale. Ainsi, toute réaction à une illicéité attentatoire à la vie doit être considérée comme prohibée et devrait recevoir la qualification de répression si elle était autorisée. Les dispositions concernant l'interdiction des atteintes graves à l'intégrité physique confirment cette interprétation puisqu'elles concernent explicitement tant les peines que les « traitements » non qualifiés de peines.

2. Les mesures attentatoires à l'intégrité physique

391. *La distinction des mesures gravement attentatoires et des mesures attentatoires à l'intégrité physique.* Seules sont expressément prohibées les atteintes les plus graves à l'intégrité physique telles que les tortures et autres peines et traitements cruels et inusités, inhumains ou dégradants. Pour autant, toute réaction à une illicéité attentatoire à l'intégrité physique apparaît d'une gravité substantielle suffisante pour caractériser la gravité répressive de cette réaction, indépendamment de son appréciation quantitative. Ainsi, tant les peines et traitements cruels et inusités, inhumains ou dégradants (a) que les autres mesures de réaction aux illicéités attentatoires à l'intégrité physique (b) doivent recevoir la qualification de mesure répressive.

a. Les peines et traitements cruels et inusités, inhumains ou dégradants

392. *La qualification répressive des peines et traitements gravement attentatoires à l'intégrité physique.* Les peines cruelles, inusitées²⁰⁴⁵, inhumaines ou encore dégradantes sont interdites dans les droits français et canadien²⁰⁴⁶. Plus encore, ce sont de manière plus générale la torture²⁰⁴⁷ et les traitements cruels, inusités²⁰⁴⁸, inhumains ou

²⁰⁴⁵ Art. 12 de la *Charte canadienne*.

²⁰⁴⁶ Art. 3 Conv. EDH.

²⁰⁴⁷ Dr. fr. : application de l'art. 3 Conv. EDH. Dr. can. : la torture, au titre de l'article 12 de la *Charte canadienne* : *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, préc., note 2000, par. 51.

²⁰⁴⁸ Art. 12 de la *Charte canadienne*. Sont cruels et inusités, les peines et traitements excessifs « au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » : *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045 (CSC), par. 54.

dégradants²⁰⁴⁹ qui sont interdits. La prohibition des atteintes graves à l'intégrité physique dépasse ainsi le seul cadre de la peine²⁰⁵⁰. Elle est générale et couvre donc nécessairement toute forme de réaction à une illicéité. C'est bien l'atteinte grave à l'intégrité physique qui est interdite de manière générale, et non pas la seule atteinte résultant d'une peine, ni même la seule atteinte réalisée dans un contexte pénal²⁰⁵¹. De telles réactions aux illicéités devraient ainsi toujours être qualifiées de mesures répressives eu égard à leur gravité substantielle élevée.

393. Exemples de peines ou traitements prohibés. Concernant les peines et traitements cruels et inusités, la Cour suprême précise que :

« [...] certaines peines ou certains traitements seront toujours exagérément disproportionnés et incompatibles avec la dignité humaine: par exemple, l'imposition d'un châtement corporel comme la peine du fouet, sans égard au nombre de coups de fouet imposé ou, à titre d'exemple de traitement, la lobotomie de certains criminels dangereux, ou la castration d'auteurs de crimes sexuels »²⁰⁵².

De telles mesures, si elles devaient exister dans l'arsenal juridique français ou canadien et indifféremment de la qualification formelle qui pourrait leur être donnée, seraient répressives parce qu'elles constitueraient chacune une réaction à une illicéité gravement attentatoire à l'intégrité physique d'une personne. De même, la torture comme méthode d'interrogatoire serait nécessairement une réaction répressive à une illicéité²⁰⁵³. Qu'en est-il en revanche des atteintes à l'intégrité physique ne constituant pas des peines ou des traitements cruels et inusités, inhumains ou dégradants ?

²⁰⁴⁹ Art. 3 Conv. EDH.

²⁰⁵⁰ En dr. européen, à l'aune de l'article 3, des méthodes d'interrogatoire d'une extrême violence ont été par exemple considérées comme de la torture (par ex., CEDH, *Aksoy v. Turkey*, n° 21987/93, 18 déc. 1996, par. 64; *Aydın c. Turkey*, n° 23178/94, 25 sept. 1997, par. 83-87; *Bati and Others v. Turkey*, n° 33097/96 et 57834/00, 3 juin 2004, par. 110, 122-124) et des destructions intentionnelles, par les forces de sécurité, de maisons et biens appartenant aux requérants, les privant en conséquence de leurs moyens de subsistance et les obligeant à quitter leur village, de traitements inhumains (CEDH, *Selçuk and Asker c. Turkey*, n°s 23184/94 et 23185/94, 24 avril 1998, par. 77-79; *Hasan İlhan v. Turkey*, n° 22494/93, 9 nov. 2004, par. 108. Dr. can. : *R. c. Rodgers*, préc., note 173, par. 63. Le prélèvement d'un échantillon d'ADN est ainsi un « traitement » au sens de l'article 12 (*Id.*)).

²⁰⁵¹ *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711 (CSC), 735; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 1997, 610-611. La Cour suprême précise que « [p]our qu'elle constitue un « traitement » au sens de l'article 12, l'action de l'État, qu'il s'agisse d'une action positive, d'une inaction ou d'une interdiction, doit faire intervenir la mise en œuvre d'un processus étatique plus actif, comportant l'exercice d'un contrôle de l'État sur l'individu » : *Id.*, 612.

²⁰⁵² *R. c. Smith (Edward Dewey)*, préc., note 1938, par. 57.

²⁰⁵³ Sur la qualification de réaction à une illicéité dans l'hypothèse d'une mesure procédurale d'enquête : *supra*, par. 330 et suiv.

b. Les autres mesures attentatoires à l'intégrité physique

394. *Les atteintes à l'intégrité physique ne constituant pas des peines ou des traitements cruels et inusités, inhumains ou dégradants.* Toute atteinte à l'intégrité physique résultant d'une réaction à une illicéité n'est pas expressément prohibée. En effet, l'interdiction supra-législative, en France, comme au Canada, concerne uniquement les atteintes les plus graves. Pour autant, les châtiments corporels ont disparu du Code pénal en France et du *Code criminel* au Canada. Le droit à l'intégrité physique bénéficie d'une très grande valeur²⁰⁵⁴, au point qu'il ne peut pas être l'objet d'une atteinte par les peines. Il est donc proposé de concevoir toute réaction à une illicéité consistant en une atteinte à l'intégrité physique comme étant une mesure répressive. Cette proposition peut être étayée par la protection du droit à la sécurité en droit canadien.

395. *Les atteintes à la sécurité en droit canadien.* L'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés protège contre les atteintes à la sécurité des personnes. Cette notion est relative à l'« autonomie personnelle protégeant la dignité et la vie privée des individus à l'égard des décisions concernant leur propre corps »²⁰⁵⁵, à l'intégrité corporelle et l'intégrité psychologique des personnes²⁰⁵⁶. L'intégrité physique est protégée tant « contre la menace d'un châtiment corporel ou de souffrances physiques » que « contre le châtiment lui-même »²⁰⁵⁷. Ainsi, l'expulsion d'un étranger vers un pays où il risque la torture met en jeu sa sécurité²⁰⁵⁸. De manière générale, toute mesure qui suppose un contact forcé avec le corps d'une personne engendre une atteinte à sa sécurité physique. Il s'applique donc autant aux mesures graves qu'aux mesures moins graves, démontrant une unité dans la protection de l'intégrité physique. Cette unité constitutionnelle de protection justifie de considérer toute atteinte à l'intégrité physique résultant d'une réaction à une illicéité comme une mesure substantiellement grave dont la qualification répressive ne dépend pas d'une appréciation quantitative.

²⁰⁵⁴ *Supra*, par. 384.

²⁰⁵⁵ *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 1997, 618 (les j. L'Heureux-Dubé et McLachlin, motifs dissidents).

²⁰⁵⁶ *R. c. Morgentaler*, préc., note 1997, par. 16-20.

²⁰⁵⁷ *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, préc., note 357, par. 47.

²⁰⁵⁸ *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, préc., note 2000, par. 44.

Certaines peines dont les conditions imposent au condamné de se soumettre à des prélèvements d'échantillons de substances corporelles²⁰⁵⁹ pourraient ainsi mettre en jeu l'article 7 de la Charte canadienne²⁰⁶⁰. La majorité des décisions concernent néanmoins les mesures pénales d'investigation consistant en la prise de mensurations, le prélèvement de substances corporelles²⁰⁶¹ et les examens et traitements médicaux obligatoires²⁰⁶². La position de la Cour suprême concernant le prélèvement d'échantillons ADN n'est pas très claire quant à savoir s'il porte ou non atteinte à l'intégrité physique²⁰⁶³. Au contraire, elle a pu considérer que des prélèvements effectués de façon envahissante, intrusive et douloureuse, relevaient du droit à la sécurité protégé par l'article 7 de la Charte et violait

²⁰⁵⁹ *Supra*, note 2209. Les textes précisent que le condamné doit fournir les échantillons. Il y est néanmoins contraint dès lors qu'il s'agit d'une condition de son ordonnance de probation ou d'emprisonnement avec sursis et que le non-respect de celle-ci constitue un bris de probation (art. 733.1 (1) C.cr.) ou un manquement à l'ordonnance de sursis (art. 742.6 (1) C.cr.).

²⁰⁶⁰ Avant que le législateur ne prévoie expressément la possibilité d'imposer au probationnaire ou au condamné à un emprisonnement avec sursis de fournir des échantillons de substances corporelles, les juges de la Cour suprême, dans leur majorité, ont rejeté la possibilité d'obliger un probationnaire à fournir de tels échantillons sur le seul fondement de la clause résiduelle (art. 732.1 (3) h) C.cr.) car cette situation soulevait « des questions d'ordre constitutionnel » : *R. c. Shoker*, [2006] 2 R.C.S. 399 (CSC), 417. Ils ont en effet jugé que s'agissant d'une mesure très envahissante, elle ne pouvait pas être imposée en l'absence de « normes et garanties rigoureuses » permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution : *Id.*, aux p. 417-420. Notamment, ils soulignent la nécessité d'un consentement de la personne à subir une telle mesure ou, à défaut, l'existence d'une prévision législative expresse envisageant tant la possibilité d'y recourir que les normes et garanties applicables pour sa mise en œuvre. La Cour se réfère à la notion de vie privée relativement à l'article 8 de la Charte canadienne et non à l'article 7 et à la notion de sécurité pour soutenir sa décision : *Id.*, à la p. 419. Cependant, dès lors qu'il est reconnu que les prélèvements d'échantillon de substances corporelles dans le cas de la probation mettent en jeu l'article 8 de la Charte et imposent d'en respecter les exigences, il est possible de conclure qu'ils font également intervenir l'article 7 par l'intermédiaire de la notion de sécurité. Par exemple, les prélèvements effectués dans le cadre d'une procédure criminelle engagent à la fois les articles 7 et 8 de la Charte canadienne : *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607 (CSC), par. 25-51.

²⁰⁶¹ *R. c. Stillman*, préc., note 2060, par. 51.

²⁰⁶² *Id.*; Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, « La justice fondamentale selon la Charte canadienne », dans *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, par. XII-6. 46, EYB2014DC0117, p. 9-10 (PDF) (La référence).

²⁰⁶³ La Cour suprême conclut dans l'affaire *Rodgers*, sous la plume de la juge Charron, que « [L]e prélèvement d'échantillons d'ADN pour analyse génétique ne fait pas davantage partie des sanctions dont est passible la personne accusée d'une infraction donnée que la prise de photographies ou des empreintes digitales » : *R. c. Rodgers*, préc., note 173, par. 65. Il a été ajouté dans l'affaire *K.R.J.* (par. 55) que le prélèvement non-consenti d'un échantillon d'ADN ne porte pas sensiblement atteinte au droit à la liberté ou à la sécurité d'une personne, suivant les propos du juge Doherty dans la décision *R. c. Hooyer*, 2016 ONCA 44, par. 45 : *R. c. K.R.J.*, préc., note 173, par. 55. Une discussion pourrait toutefois être engagée sur le point de savoir si le prélèvement ADN ne porte pas atteinte ou s'il ne porte pas atteinte de façon suffisante au droit à la liberté ou à la sécurité. En effet, le critère de la Cour suprême est celui de l'atteinte sensible, c'est-à-dire d'un cumul entre une appréciation substantielle, l'existence d'une atteinte, et quantitative, le degré de l'atteinte. Le degré de l'atteinte n'a pas été considéré comme suffisant. Toutefois, il est proposé dans le cadre de cette étude de se départir de toute appréciation quantitative relativement aux atteintes aux droits à la vie, à la liberté physique et à la sécurité. Ainsi, si le prélèvement ADN porte atteinte à la sécurité, même minimalement, il devrait être qualifié de mesure répressive au regard de la définition unifiée de la notion de répression.

l'intégrité corporelle²⁰⁶⁴. La protection contre les atteintes à la sécurité des personnes est par ailleurs applicable aux mesures prises dans des contextes criminels et pénaux, mais également civils²⁰⁶⁵. Des mesures issues de différentes branches du droit sont donc susceptibles de faire intervenir le droit à la sécurité en raison des atteintes qu'elles portent à l'intégrité physique. Indifféremment de leur intervention au stade de l'enquête ou de la peine, elles apparaissent bien comme une réaction à une illicéité attentatoire à l'intégrité physique et doivent donc être qualifiées de mesures répressives. Un exemple peut également être exposé pour le droit français.

396. *Les atteintes à l'intégrité physique résultant des mesures d'enquête en droit français.* Les mesures d'enquête visant à récolter des preuves peuvent être qualifiées de réactions à une illicéité au regard de la définition retenue de ces notions²⁰⁶⁶. Ainsi, celles qui supposent une intrusion corporelle sont des réactions aux illicéités attentatoires à l'intégrité physique. Par exemple, la prise de sang non-consentie sur une personne, contre laquelle il existe des indices graves et concordants d'avoir commis une infraction sexuelle, pour vérifier si elle n'est pas atteinte d'une maladie sexuellement transmissible, met en jeu son intégrité physique²⁰⁶⁷. Elle devrait être qualifiée de mesure répressive en raison de sa gravité substantielle. En revanche, un « prélèvement externe » (recueil de salive ou de cheveux par exemple) n'implique aucune intervention corporelle interne, ne comporte aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité et ne porte donc pas atteinte à l'inviolabilité du corps humain²⁰⁶⁸. En l'absence d'atteinte à l'intégrité

²⁰⁶⁴ R. c. *Stillman*, préc., note 2060, par. 51. En l'espèce des cheveux avaient été prélevés par l'agent de police non seulement en passant sa main gantée dans les cheveux de l'appelant mais aussi en les peignant, les coupant et les arrachant (par. 44). L'appelant avait été forcé à s'arracher des poils pubiens (*Id.*). Une prise d'empreintes dentaires avait eu lieu en plaçant différents instruments et substances dans la bouche de l'appelant (*Id.*).

²⁰⁶⁵ Il a en effet été jugé que la protection de la sécurité au sens de l'article 7 de la Charte canadienne intervient dans les instances concernant la protection des enfants, s'agissant d'une ordonnance de retrait de la garde de son enfant à un parent, en raison des répercussions graves et profondes d'une telle décision sur l'intégrité psychologique du parent : *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46 (CSC), par. 56-67. Il était donc ici question du droit à la sécurité pour la protection qu'il offre à l'intégrité psychologique. Il n'y a toutefois aucune raison que la protection de l'intégrité psychologique soit reconnue en droit civil mais que la protection de l'intégrité physique ne le soit pas.

²⁰⁶⁶ *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1 (la réaction) et Chapitre 2 (l'illicéité).

²⁰⁶⁷ En ce sens, relativement à la décision du Conseil constitutionnel du 13 mars 2003, préc., note 352, par. 49 : L. FAVOREU et al., préc., note 352, par. 152, p. 190-191. Le Conseil constitutionnel ne mentionne pas expressément l'atteinte à l'intégrité physique mais précise que « [...] la contrainte à laquelle est soumise la personne concernée n'entraîne aucune rigueur qui ne serait pas nécessaire au regard des autres exigences constitutionnelles en cause [...] ».

²⁰⁶⁸ Cons. const. 13 mars 2003, préc. note 2067, par. 55.

physique, ce type de mesures pourrait ne pas être qualifié de mesure répressive, sauf à ce qu'un ou plusieurs autres droits ou libertés soient également en jeu.

La liberté individuelle ne bénéficie pas du même niveau de protection que les droits à la vie et à l'intégrité physique, il est en effet possible d'y porter atteinte. Elle est pourtant également une liberté des plus importantes parmi les droits et libertés fondamentaux. C'est pourquoi les réactions aux illicéités attentatoires à la liberté individuelle doivent être qualifiées de mesures répressives.

B. La qualification répressive des réactions aux illicéités attentatoires à la liberté individuelle

397. *Diversité des mesures attentatoires à la liberté.* De nombreuses mesures conçues comme des réactions juridiques à une illicéité ont pour objet une atteinte à la liberté²⁰⁶⁹, entendue comme une privation totale ou quasi-totale de la liberté physique²⁰⁷⁰. Les atteintes à la liberté peuvent ainsi résulter de mesures qualifiées de peines ou de punitions par le droit positif (1) ou de mesures qui ne le sont pas (2). Toutes devraient être qualifiées de mesures répressives.

1. Les peines et punitions attentatoires à la liberté individuelle

398. *Les peines ou punitions attentatoires à la liberté.* Sont attentatoires à la liberté individuelle (ou liberté physique), les peines privatives de liberté (emprisonnement, peine de détention à domicile sous surveillance électronique²⁰⁷¹, réclusion et détention criminelles en droit pénal français et emprisonnement en droit criminel canadien). Elles sont les mesures répressives privatives de liberté les plus évidentes puisqu'elles sont désignées comme des peines par les législations de chacun des deux pays²⁰⁷². Plusieurs autres peines mettent également en jeu la liberté, malgré leur objet premier non privatif de liberté²⁰⁷³. En effet, en cas d'irrespect des conditions de ces peines, la privation de liberté est encourue. En droit criminel canadien, il faut citer l'emprisonnement avec

²⁰⁶⁹ La liberté individuelle en droit français (*supra*, par. 45) et la liberté en droit canadien (*supra*, par. 45).

²⁰⁷⁰ Sur les définitions française, européenne et canadienne de la liberté : *supra*, par. 45.

²⁰⁷¹ Art. 134-4-1 C. pén.; Const. const. 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, par. 325.

²⁰⁷² Art. 131-1 et 131-3 1° C. pén. et art. 743 et suiv. C.cr. En droit canadien, l'emprisonnement, même lorsqu'il n'est pas une peine criminelle, est assimilée à celle-ci par le biais de la qualification jurisprudentielle de véritable conséquence pénale : *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, par. 24 et 26.

²⁰⁷³ *Supra*, par. 47 et *infra*, par. 499 et suiv.

sursis²⁰⁷⁴, l'amende²⁰⁷⁵ et l'ordonnance de probation²⁰⁷⁶. En droit français, c'est le cas de la peine de jour-amende et de la peine de sanction-réparation²⁰⁷⁷. Toutes ces mesures sont répressives au regard de la définition unifiée de la notion de répression.

D'autres mesures, pénales ou extra-pénales, non qualifiées de peine ou de punition en droit positif, sont également des réactions à une illicéité.

2. Les mesures non qualifiées de peines ou de punitions attentatoires à la liberté individuelle

399. *La diversité des atteintes résultant de mesures non qualifiées de peine ou punition.* Plusieurs types de mesures non qualifiées de peines ou de punitions portent atteinte à la liberté. Prises sur le fondement d'illicéités supposées²⁰⁷⁸, certaines sont antérieures aux peines et punitions (a). D'autres sont les conséquences d'illicéités formelles avérées²⁰⁷⁹ ou d'illicéités non-formelles²⁰⁸⁰ et remplacent les peines et les punitions (b). Ces différentes réactions juridiques devraient être qualifiées de mesures répressives au regard de la notion unifiée de répression proposée dans cette étude.

a. Les mesures attentatoires à la liberté individuelle antérieures aux peines et punitions

400. *Les détentions procédurales comme mesures répressives attentatoires à la liberté.* Il existe diverses mesures procédurales utilisées aux fins d'investigation, en vue d'établir la réalité de faits reprochés et l'identité de leurs auteurs ou de conserver des preuves, ou encore prises à titre de mesure de sûreté. Elles ont pour point commun d'être fondées sur une illicéité réelle supposée²⁰⁸¹. Parmi ces mesures procédurales, plusieurs engagent la liberté : les différentes formes de retenues pour vérification d'identité²⁰⁸², la

²⁰⁷⁴ Le manquement aux conditions de l'emprisonnement avec sursis peut justifier de prononcer un emprisonnement : art. 742.6 (9) c) (i) et d) C.cr.

²⁰⁷⁵ Le non-paiement de l'amende fait encourir une période d'emprisonnement : art. 734 (4) C.cr.

²⁰⁷⁶ Le défaut de se conformer à une ordonnance constitue une infraction passible d'une peine d'emprisonnement (dont la durée varie selon la voie procédurale choisie pour la poursuite des faits) : art. 733.1 (1) C.cr.; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, préc., note 395, par. 76.

²⁰⁷⁷ Respectivement art. 131-25 al. 2 et 131-8-1 al. 5 C. pén. Voir *infra*, par. 501.

²⁰⁷⁸ *Supra*, par. 330 et suiv.

²⁰⁷⁹ *Supra*, par. 309 et suiv.

²⁰⁸⁰ *Supra*, par. 335 et suiv.

²⁰⁸¹ *Supra*, par. 330 et suiv.

²⁰⁸² Art. 78-3 C. proc. pén. (retenue pour vérification d'identité); art. 78-3-1 C. proc. pén. (retenue pour vérification de situation administrative) et art. L. 813-1 et suiv. CESEDA (retenue pour vérification de situation d'un étranger contrôlé sans titre de séjour). Cette dernière est comparée à une « garde à vue administrative » pour les étrangers en situation irrégulière : L. FAVOREU et al., préc., note 352, par. 174, p. 213-216.

garde à vue²⁰⁸³ et la retenue douanière²⁰⁸⁴ et la détention provisoire en droit français et la détention présentencielle en droit criminel canadien²⁰⁸⁵. Elles sont donc des mesures répressives au regard de la notion de répression proposée.

D'autres types de mesures portent atteinte à la liberté individuelle postérieurement à l'établissement d'une illicéité formelle ou substantielle et remplacent alors les peines et punitions. Elles sont également des mesures répressives.

b. Les mesures attentatoires à la liberté individuelle remplaçant les peines et punitions

401. *Dualité mesures non qualifiées de peine ou punition attentatoires à la liberté.*

Plusieurs types de mesures non qualifiées de peines ou de punitions sont consécutives à des illicéités, formelles avérées²⁰⁸⁶ ou non-formelles²⁰⁸⁷. Certaines sont des sanctions tandis que d'autres ne sont pas reconnues comme telles.

402. *L'exemple du droit carcéral français.* L'encellulement individuel en droit carcéral disciplinaire français constitue une sanction disciplinaire²⁰⁸⁸. Bien que cela n'ait jamais été expressément affirmé, elle pourrait être considérée comme une mesure privative de liberté, dans la mesure où elle impose un surcroît de privation de liberté au détenu, pour une période pouvant aller jusqu'à 30 jours²⁰⁸⁹. Privative de liberté en

²⁰⁸³ Art. 62-2 C. proc. pén.

²⁰⁸⁴ Art. 323-1 à 323-10 C. douanes.

²⁰⁸⁵ Dr. fr. : art. 143-1 à 148-8. C. proc. pén. Dr. can. : art. 515(5), (6), (9) à (12) C.cr.

²⁰⁸⁶ *Supra*, par. 309.

²⁰⁸⁷ *Supra*, par. 335.

²⁰⁸⁸ Le Conseil constitutionnel, n'ayant pas eu l'occasion d'étudier le caractère punitif de la mesure, il est plus prudent de l'étudier parmi les mesures non qualifiées de peine ou de punition.

²⁰⁸⁹ Art. R. 235-6 à R. 235-12 C. pénit. Une analogie peut ici être établie avec la décision relative aux mesures de contention et d'isolement prises dans le cadre d'une hospitalisation sans consentement. Elles ont été considérées par le Conseil constitutionnel comme privatives de liberté car elles n'étaient pas des conséquences directes de l'hospitalisation sans consentement et qu'elle consistait pour l'une en un enfermement dans une chambre et l'autre en une immobilisation : Cons. const. 19 juin 2020, n° 2020-844 QPC, *M. Éric G*, par. 4. La situation n'est pas tout à fait identique concernant la mise en cellule disciplinaire au sein d'une prison car la liberté de mouvement est préalablement déjà extrêmement réduite, mais elle est comparable dans la mesure où il y a bien un surcroît de privation de liberté. De plus, bien que la CEDH considère généralement que les sanctions disciplinaires formelles ou informelles sont des modifications des conditions de détention légale, elle n'exclut pas qu'elles puissent être qualifiées, selon les circonstances concrètes, notamment la durée et les effets de la mesure, de privations de liberté : CEDH, *Bollen c. Royaume-Uni*, préc., note 377; *Schneinter c. Suisse*, préc., note 377; *Stoyan Krastev v. Bulgarie*, n° 1009/12, 6 oct. 2020, par. 38-39.

conséquence d'une illicéité, la mesure d'encellulement individuel apparaît donc comme une mesure répressive²⁰⁹⁰.

D'autres mesures consécutives à l'établissement d'illicéités sont attentatoires à la liberté. Outre qu'elles ne sont pas des peines ou des punitions, elles ne sont pas non plus considérées comme des sanctions. Elles viennent en effet en réaction à comportements que le Droit ne qualifie pas de comportements illicites.

403. Les mesures attentatoires à la liberté en réaction aux illicéités non-formelles.

Plusieurs mesures des ordres juridiques français et canadien sont indépendantes de l'idée de peine ou de punition parce qu'elles ne sont pas conçues comme des sanctions consécutives à une responsabilité. Elles sont justifiées soit par la dangerosité d'un individu, notion conçue en dehors de toute illicéité formelle, soit par son défaut de présentation d'un titre l'autorisant à demeurer sur le territoire de l'État (motif parfois associé à celui de la dangerosité). Les mesures fondées sur une illicéité non-formelle qui mettent en jeu la liberté sont notamment le placement en cellule de dégrisement en droit français²⁰⁹¹, l'hospitalisation sans consentement pour les personnes atteintes de troubles mentaux en droits français et québécois²⁰⁹², la rétention de sûreté en droit pénal français²⁰⁹³ et l'engagement de ne pas troubler l'ordre public en droit criminel canadien²⁰⁹⁴. Concernant les mesures liées à la situation administrative des étrangers, le

²⁰⁹⁰ Dans un sens identique, le juge Cory, dissident dans la décision rendue pour l'affaire *Shubley*, considère que l'isolement cellulaire est une « forme distincte de punition » qui doit recevoir la qualification de véritable conséquence pénale : *R. c. Shubley*, préc., note 150, 10. Il affirme : « Les prisons à l'intérieur des prisons existent aujourd'hui et l'isolement cellulaire en constitue un exemple. » : *Id.*, 9.

²⁰⁹¹ Art. L. 3341-1 et R. 3353-1 CSP. Alors que cette mesure est qualifiée de mesure de police par l'article L. 3341-1 et qu'elle est distincte d'une mesure de garde à vue, il est intéressant de noter qu'elle se trouve placée dans un chapitre intitulé « Répression de l'ivresse publique ».

²⁰⁹² Dr. fr. : art. 3212-1 II 2° à 3212-12 CSP (hospitalisation en cas de péril imminent) et art. L. 3213-1 à L. 3213-11 CSP. S'ajoutent à ces mesures, les mesures de contention et d'isolement (art. L. 3222-5-1 I CSP), qui constituent des privations de liberté accrues dans la privation de liberté : Cons. const. 19 juin 2020, préc., note 2092, par. 4. En dr. québ. : art. 26 et suiv. C.c.Q. et *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui*, préc., note 1699, art. 6 à 13.

²⁰⁹³ Art. 706-53-13 à 706-53-22 C. proc. pén. S'agissant de cette mesure, tout en rejetant sa qualification de peine ou de sanction ayant le caractère de punition, le Conseil constitutionnel admet sans difficulté « sa nature privative de liberté » et se réfère entre autres à cet élément pour justifier de l'application non-rétroactive de la mesure : Cons. const. 21 fév. 2008, préc. note 907, par. 9 et 10. Cette mesure a la particularité d'être fondée à la fois sur une illicéité formelle (l'infraction commise) et une illicéité non-formelle (la dangerosité qui perdure après la peine) : *supra*, par. 315-316. Elle est ici répertoriée avec les mesures de réaction aux illicéités substantielles parce qu'elle n'est pas qualifiée de peine ou de punition.

²⁰⁹⁴ Pour cette mesure, la liberté est atteinte par l'existence d'un risque de lésion : le refus de s'engager (art. 810 (3.01) C.cr., art. 810. 01 (4) C.cr., art. 810. 011 (5) C.cr., art. 810. 02 (5) C.cr., art. 810.1 (3.1) C.cr., art. 810.2 (4) C.cr.), ou l'irrespect de l'engagement (art. 811 C.cr.), peut entraîner l'incarcération de la personne. *Infra*, par. 502.

maintien administratif en zone d'attente en droit français²⁰⁹⁵ la rétention administrative en droit français, la détention en droit canadien²⁰⁹⁶, constituent des privations de liberté. Au regard de leur contenu et de leur cause, toutes ces réactions peuvent être qualifiées de mesures répressives.

404. *Bilan intermédiaire sur les mesures attentatoires aux droits et libertés.* La définition unifiée de la notion de répression comme réaction grave à une illicéité permet d'affirmer la qualification répressive des mesures qui porteraient atteinte à la vie et à l'intégrité physique en réaction à un comportement ou un état dangereux. Elle permet aussi, sans surprise, de confirmer la qualification répressive des peines privatives de liberté en droit français et canadien. En revanche, de manière plus originale, cette définition entraîne la qualification répressive des mesures procédurales attentatoires à l'intégrité physique, comme les prélèvements qui supposent une atteinte corporelle pour être réalisés ainsi que de nombreuses autres mesures généralement exclues des catégories de peine et de punition. Ainsi, les différentes mesures procédurales ou administratives privatives de liberté prises en réaction à une illicéité formelle ou substantielle sont aussi répressives. L'engagement de ne pas troubler l'ordre public, mesure pénale possiblement privative de liberté, peut aussi être qualifié de mesure répressive. L'intérêt de cette qualification est de justifier l'application du régime juridique protecteur des peines et punitions à l'ensemble des mesures répressives. Par leur proximité substantielle avec les peines et punitions, et donc les dangers aux droits et libertés qu'elles recèlent, elles rendent nécessaire le bénéfice d'une protection juridique particulière pour le justiciable. Outre la prévision textuelle voire légale de toutes ces mesures, elles devraient notamment ne pas être rétroactives. Par exemple, en droit canadien, l'engagement de ne pas troubler l'ordre public n'est pas une mesure générale, mais une mesure qui peut être fondée sur différents motifs de dangerosité. Si le législateur souhaitait rendre possible une telle

²⁰⁹⁵ Art. L. 340-1 à L. 343-11 CESEDA. Cette mesure a bien été reconnue par le Conseil constitutionnel comme étant privative de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution eu égard à « l'effet conjugué du degré de contrainte qu'il revêt et de sa durée » : Cons. const. 25 fév. 1992, n° 92-307 DC, préc., note 914, par. 15.

²⁰⁹⁶ Dr. fr. : art. L. 740-1 à L. 744-17 CESEDA. Elle est une privation de liberté au sens de l'article 5 de la Conv. EDH : CEDH, *A.M. c. France*, n° 56324/13, 12 juill. 2016, par. 42. La rétention administrative n'est toutefois pas considérée en droit positif comme une sanction ayant le caractère de punition mais comme une mesure de police : Cons. const. 6 sept. 2018, n° 2018-770 DC, *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*, par. 69. Dr. can. : Partie 1, Section 6 « détention et mise en liberté » LIPR; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, préc., note 359, par. 13-14.

mesure pour un nouveau motif, celle-ci ne pourrait être appliquée qu'aux faits postérieurs à son entrée en vigueur²⁰⁹⁷.

Outre les droits à la vie et à l'intégrité physique, et la liberté individuelle, d'autres droits et libertés peuvent être atteints par des mesures de réaction aux illicéités. Les atteintes à ces autres droits et libertés permettent de caractériser la gravité substantielle de ces mesures, rendant ainsi possible leur qualification répressive²⁰⁹⁸.

II. Les réactions aux illicéités attentatoires aux autres droits et libertés

405. Présentation énumérative des mesures en fonction des droits et libertés atteints.

La présentation des mesures de réaction à une illicéité attentatoires aux autres droits et libertés sera réalisée de façon simplement énumérative, en fonction des droits et libertés atteints²⁰⁹⁹. Premièrement, le classement par droit et liberté est logique au regard du sujet ici traité. Il s'agit en effet de la qualification répressive des réactions aux illicéités au regard de la gravité de leur contenu, une atteinte à un droit ou une liberté. Deuxièmement,

²⁰⁹⁷ Les principes et les enjeux qui sous-tendent l'application non-rétroactive, ou non-rétrospective, de la loi pénale ont été notamment rappelés par la Cour suprême dans l'affaire *K.R.J.* Plusieurs éléments sont relevés. Premièrement, la primauté du droit exige que les citoyens puissent connaître les conséquences juridiques de leurs actes avant de déterminer la conduite qu'ils souhaitent adopter : *R. c. K.R.J.*, préc., note 173, par. 23, citant lord DIPLOCK, dans la décision *Black-Clawson International Ltd. c. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591 (H.L.), p. 638. Deuxièmement, la rétroactivité, contrairement aux exigences de l'équité, rend injuste le système qui établirait une règle à laquelle les individus devraient de conformer, pour ensuite la modifier, « surtout lorsqu'il en résulte des conséquences négatives » : *Id.*, par. 25, citant R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6e éd. 2014), p. 754. La Cour suprême ajoute qu'« [u]n tel effet rétrospectif pourrait non seulement causer une injustice dans certains cas, mais aussi miner la confiance du public dans le système de justice criminelle. L'équité de la sanction pénale commande plutôt que les règles soient claires et certaines » : *Id.*

L'existence de ces principes et enjeux est, dans ces propos, cantonnée à la sphère pénale, élargie des véritables conséquences pénales. Pour autant, dès lors que les mesures en jeu sont substantiellement proches de peines ou de punitions, il n'y a pas de raison justifiant d'écarter le principe d'application non-rétroactive. Les principes et enjeux qui le sous-tendent sont toujours présents. Un justiciable doit pouvoir ajuster sa conduite et en assumer les conséquences tant au regard de la sanction *stricto sensu* qui pourrait lui être infligée en cas de contravention à la loi, après reconnaissance de sa responsabilité, qu'en connaissance de cause des mesures procédurales qu'il pourrait subir, dès lors que celles-ci sont graves.

²⁰⁹⁸ Celle-ci ne pourra en revanche être définitivement acquise qu'après examen de la gravité quantitative de ces atteintes : *infra*, par. 527 et suiv.

²⁰⁹⁹ Eu égard à la diversité des mesures de réaction à un comportement illicite, tel que précédemment défini, et à leur nombre, l'exhaustivité de la présentation est un but qu'il n'est pas matériellement possible d'atteindre. Aussi, l'objectif est d'exposer un grand nombre de mesures au regard des principaux droits et libertés qu'elles atteignent, en fonction de différentes considérations. Ainsi, l'intérêt comparatif entre le droit français et le droit canadien et la confirmation d'une qualification ou au contraire la proposition d'une évolution de la qualification d'une mesure dans un ordre juridique en particulier, peuvent guider le choix des exemples.

aucune classification chronologique²¹⁰⁰ ou catégorielle²¹⁰¹ des droits et libertés ne sera effectuée. Les classifications existantes en droit français regroupant différents droits et libertés sont doctrinales et aucune ne fait l'unanimité²¹⁰². De plus, proposer ou appliquer l'une des classifications existantes n'aurait que peu d'intérêt dans la mesure où la distinction, chronologique ou catégorielle, n'emporte aucune conséquence sur la possibilité pour le droit ou la liberté atteint d'être l'objet d'une mesure répressive. De ce point de vue, il est plus pertinent de présenter directement les mesures au regard de chaque droit ou liberté susceptible d'être l'objet d'une atteinte. Cela est d'autant plus justifié au regard de la méthode comparative adoptée : les catégories françaises qui permettraient de classer les droits et libertés ne sont pas les mêmes en droit canadien²¹⁰³. Seront ainsi successivement présentées les réactions aux illicéités attentatoires à la liberté d'aller et venir (A), à la vie privée (B), à l'honneur et à la réputation (C), au droit d'avoir un emploi (D), au droit de propriété (E) et à la liberté d'entreprendre (F).

²¹⁰⁰ Les droits et libertés fondamentaux peuvent ainsi être présentés en « génération », en fonction de leur ordre historique de proclamation. Les droits et libertés de première génération sont les droits civils et politiques, ceux de la deuxième génération sont les droits sociaux, économiques et culturels et ceux de la troisième génération sont les droits de solidarité : M. LEVINET, préc., note 1925, p. 120 et suiv.

²¹⁰¹ En fonction, par exemple, d'un critère relatif à l'objet des droits et libertés : *Id.*, p. 117-118.

²¹⁰² Pour ces différentes classifications et leurs critiques voir, entre autres : P. BLACHER, préc., note 1834; L. FAVOREU et al., préc., note 352, par. 24-30; M. LEVINET, préc., note 1917, p. 33-40; H. OBERDORFF, préc., note 1938, par. 28-32.

²¹⁰³ Par exemple, la Charte canadienne distingue les libertés fondamentales (la liberté de conscience et de religion – art. 2 a), liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication – art. 2 b), la liberté de réunion pacifique – art. 2 c) – et la liberté d'association – art. 2 d)), les droits démocratiques (le droit de vote et d'éligibilité – art. 3), les libertés de circulation – art. 6 1) – et d'établissement – art. 6 2), et les garanties juridiques (dont les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne – art. 7, le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives – art. 8, le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires – art. 9, les droits en cas d'arrestation ou de détention – art. 10 – et les droits de tout inculpé dans une affaire criminelle ou pénale – art. 11, le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités – art. 12), les droits à l'égalité – art. 15 (1), les droits linguistiques – art. 16 (1) et suiv. – et les droits à l'instruction dans la langue de minorité – art. 23 (1), (2) et (3). Les ouvrages relatifs aux droits et libertés constitutionnels suivent généralement la présentation proposée par la Charte canadienne, en sélectionnant parfois parmi les droits et libertés ceux qui feront l'objet de l'étude, voir par exemple : Stéphane BEAULAC et Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Droit constitutionnel*, coll. Jurisclasseur Québec Droit public, Montréal, LexisNexis Canada, Fascicule 6 La liberté de conscience et de religion, Fascicule 7 Liberté d'expression, Fascicule 8 Liberté d'association, Fascicule 9 Droit à l'égalité, Fascicule 10 Charte canadienne : droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et justice fondamentale, Fascicule 11 Circulation et établissement, Fascicule 12 Langues et droit constitutionnel, Fascicule 13 Éducation, langues d'instruction et droit constitutionnel; Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, Chapitre XI Les droits linguistiques et Chapitre XII Les droits de la personne, Section 5 Les libertés fondamentales, Section 6 La justice fondamentale et Section 7 L'égalité; Nicole DUPLE, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2018, Chapitre 6 Les droits et libertés de la personne, Section III L'interprétation des droits et libertés, 3.1 Les libertés fondamentales, 3.2 La liberté de circulation et d'établissement, 3.3 Les garanties juridiques, 3.4 Les droits à l'égalité, 3.5 Les droits linguistiques.

A. Les mesures attentatoires à la liberté d'aller et venir²¹⁰⁴

406. Il existe plusieurs mesures pénales ou extra-pénales restrictives de la liberté d'aller et venir²¹⁰⁵ trouvant leur cause dans une illicéité. Elles pourraient donc être qualifiées de mesure répressive, sous réserve de leur gravité quantitative. Parmi ces mesures, plusieurs sont des peines (1), tandis que d'autres ne sont ni des peines ni des punitions (2).

1. Les peines attentatoires à la liberté d'aller et venir

407. *Les peines attentatoires à la liberté d'aller et venir en droit français et canadien.*

En droit français, l'interdiction du territoire français, l'obligation de ne pas quitter le territoire français et de l'interdiction de paraître dans certains lieux²¹⁰⁶ sont des atteintes à la liberté d'aller et venir. En droit canadien, l'emprisonnement avec sursis²¹⁰⁷ et la probation²¹⁰⁸ peuvent constituer des atteintes à la liberté de circulation²¹⁰⁹, en ce que peut être imposé au condamné de rester dans le ressort du tribunal. Ces peines sont considérées par le droit positif, en raison de leur étiquette formelle, comme des mesures répressives. Eu égard à l'atteinte qu'elles portent à la liberté d'aller et venir, elles pourraient également être qualifiées de mesures répressives, au sens de la notion unifiée de répression proposée dans cette étude.

Il existe également des mesures, pénales ou extra-pénales, qui, sans être qualifiées de peine ou punition, n'en sont pas moins restrictives de la liberté d'aller et venir des individus. À cet égard, elles pourraient aussi intégrer la catégorie des mesures répressives.

2. Les mesures non qualifiées de peine ou de punition attentatoires à la liberté d'aller et venir

408. *Les mesures non punitives d'atteinte à la liberté d'aller et venir en droit français.* La liberté d'aller et venir est mise en jeu par différentes mesures procédurales

²¹⁰⁴ *Supra*, par. 45 et suiv., 50 et 51. En droit canadien, il est plutôt question de la liberté de circulation : art. 6 (1) de la Charte canadienne.

²¹⁰⁵ Sur les notions de liberté d'aller et venir et de liberté de circulation, voir *supra*, par. 45, 50 (en droit français) et par. 45, 51 (en droit canadien).

²¹⁰⁶ Art. 131-30 à 131-30-2 (interdiction du territoire français), art. 221-11-1, 222-47 al. 2, 225-20 I 6°, 227-25 4° et 324-7 11° C. pén. (interdiction de se rendre à l'étranger), art. 131-31 et 131-32 C. pén. (interdiction de séjour) et art. 131-6 12° C. pén. (interdiction de se rendre dans certains lieux). Une mesure au contenu similaire existe également dans le cadre de la composition pénale : art. 41-2 al. 11 C. proc. pén.

²¹⁰⁷ Par ex. : art. 742. 3 (1) d) C.cr.

²¹⁰⁸ Par ex. : art. 732.1 (3) b) C.cr. La condition de probation ici visée est une condition facultative, la probation n'est donc pas en elle-même restrictive de la liberté de circulation, contrairement à l'emprisonnement avec sursis.

²¹⁰⁹ *Supra*, par. 51.

pénales d'investigation en droit français, dont le contrôle d'identité²¹¹⁰ et certaines modalités du contrôle judiciaire²¹¹¹. De nombreuses mesures administratives fondées sur la dangerosité d'un individu sont des atteintes à la liberté d'aller et venir. Peuvent par exemple être citées : l'interdiction de sortie du territoire prononcée par le ministre de l'Intérieur contre un Français dans le cadre de l'article 224-1 du Code de la sécurité intérieure²¹¹², l'interdiction administrative du territoire pour les étrangers dont la présence en France constituerait, en raison de leur comportement personnel, du point de vue de l'ordre ou de la sécurité publics, une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société²¹¹³, l'interdiction de se déplacer en dehors d'une zone géographique déterminée décidée dans le cadre des mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance en matière de terrorisme²¹¹⁴, certaines modalités du contrôle administratif des retours sur le territoire national des personnes parties sur le théâtre d'opérations de groupements terroristes²¹¹⁵. L'assignation à résidence des étrangers en instance de départ forcé est également une mesure administrative portant atteinte à la liberté d'aller et venir à l'intérieur des frontières²¹¹⁶. Les suspensions judiciaire et administrative du permis de conduire, considérées comme des mesures de police, mettent également en jeu la liberté d'aller et venir²¹¹⁷. Le droit canadien limite aussi la liberté de circulation de certains individus dans plusieurs hypothèses.

²¹¹⁰ Art. 78-1 al. 1 à 6 C. proc. pén.; Cons. const. 24 janv. 2017, n° 2016-606/607 QPC, préc., note 1875; 1^{er} déc. 2017, n° 2017-677 QPC, *Ligue des droits de l'Homme*. Ces décisions concernent particulièrement les contrôles d'identité sur réquisitions du procureur de la République et les contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules dans le cadre de l'état d'urgence. Mais l'idée selon laquelle ces contrôles d'identité mettent en jeu la liberté d'aller et venir s'applique tout autant aux autres motifs de contrôle dès lors qu'ils ont tous pour point commun d'exiger de la personne contrôlée qu'elle réponde aux demandes de l'agent et soit maintenue à sa disposition le temps nécessaire.

²¹¹¹ Not. art. 138 al. 3 à 6 C. proc. pén. : « 1° Ne pas sortir des limites territoriales déterminées par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention; 2° Ne s'absenter de son domicile ou de la résidence fixée par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention qu'aux conditions et pour les motifs déterminés par ce magistrat; 3° Ne pas se rendre en certains lieux ou ne se rendre que dans les lieux déterminés par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention ».

²¹¹² Cons. const. 14 oct. 2015, n° 2015-490 QPC, *M. Omar K*, par. 4.

²¹¹³ Art. L. 222-1 et L. 222-2 CESEDA. Cette disposition s'applique aux citoyens de l'Union européenne.

²¹¹⁴ Art. L. 228-2 al. 2 et 5 C. séc. int.; Cons. const. 16 fév. 2018, n° 2017-691 QPC, *M. Farouk B*, par. 14; 30 juill. 2021, n° 2021-822 DC, *Loi relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement*, par. 13 et 22.

²¹¹⁵ Art. L. 225-1 et L. 225-2 C. séc. int.

²¹¹⁶ Art. L. 730-1 à L. 733-17 CESEDA. En revanche, l'obligation de quitter le territoire français (art. L. 611-1 à 611-3 CESEDA) n'apparaît pas en elle-même attentatoire à la liberté d'aller et venir (dans le sens de liberté d'entrer et sortir des frontières françaises) de la personne étrangère qui n'est pas entrée régulièrement sur le sol français ou qui ne bénéficie pas d'un titre de séjour. En effet, la personne étrangère qui ne bénéficie pas d'un titre de séjour n'a pas, par définition, le droit d'entrée sur le territoire français.

²¹¹⁷ H. OBERDORFF, préc., note 1938, par. 273-274, p. 373-377.

409. *Les mesures d'atteinte à la liberté de circulation non qualifiées de peine ou punition en droit canadien.* En droit canadien, différentes mesures, pénales ou extra-pénales, qui ne sont pas qualifiées de peines ou de punitions, emportent une restriction à la liberté de circulation. Plusieurs exemples peuvent être relevés. Premièrement, dans le cadre d'un « engagement de ne pas troubler l'ordre public », imposé à un individu dont il est craint qu'il commette une infraction²¹¹⁸, le juge ou la juridiction peut imposer des restrictions à la liberté de circulation²¹¹⁹. Deuxièmement, dans le cadre de la procédure criminelle, la mise en liberté d'une personne après arrestation et avant procès peut être conditionnée à des restrictions à sa liberté de circulation. Par exemple, elle peut être soumise à une obligation de demeurer dans le ressort de la juridiction précisée, de s'abstenir d'aller dans un lieu ou de pénétrer dans tout secteur géographique précisé²¹²⁰. Troisièmement, plusieurs mesures administratives empêchent de disposer d'un passeport en considération d'un passé pénal établissant la dangerosité d'un individu ou pour l'obliger à exécuter une obligation alimentaire²¹²¹. Ces mesures portent atteinte à la liberté de circulation des individus en raison d'un état dangereux et pourraient ainsi être répressives.

410. *La gravité substantielle caractérisée par l'atteinte à la liberté d'aller et venir.* Les mesures présentées, qu'elles soient ou non des peines ou des punitions, réagissent aux illicéités en portant atteinte à la liberté d'aller et venir des individus. La gravité substantielle de ces mesures est ainsi caractérisée.

D'autres mesures pénales et extra-pénales de réaction à des comportements ou états dangereux sont graves au regard de leur substance : elles sont attentatoires à la vie privée des personnes.

B. Les mesures d'atteinte à la vie privée

411. *La distinction des atteintes à la vie privée en droit français et en droit canadien.* La façon d'envisager le droit à la vie privée en droit français et en droit canadien diffère en partie, justifiant l'étude distincte des atteintes qui y sont portées. C'est pourquoi vont

²¹¹⁸ Par ex., art. 810 (1) C.cr. (pour la crainte de blessures, de dommages ou de la réalisation de l'infraction visée à l'article 162.1 C.cr.), art. 810.01 (1) (pour la crainte de la commission d'une infraction prévue à l'article 423.1 C.cr. ou une infraction d'organisation criminelle), art. 810.011 (1) C.cr. (pour la crainte de la commission d'une infraction terroriste).

²¹¹⁹ Par ex. art. 810 (3.2) a), art. 810.01 (4.1) c) et d) et art. 810.011 (6) c) C.cr.

²¹²⁰ Art. 501 (3) resp. b), e), g) C.cr. et art. 515 (4) resp. b) et e) C.cr.

²¹²¹ *Supra*, par. 51.

être en premier lieu exposées les mesures d'atteinte à la vie privée en droit français (1) et en second lieu les mesures d'atteinte à la vie privée en droit canadien (2). L'atteinte à la vie privée caractérise pour l'ensemble de ces mesures la gravité substantielle attachée à la répression.

1. Les mesures d'atteinte à la vie privée en droit français

412. *Notion de vie privée et mesures d'atteinte à la vie privée.* Avant d'exposer la variété des mesures d'atteinte à la vie privée en droit français (b), il convient de préciser la notion de vie privée (a).

a. La notion de vie privée en droit français

413. *Le droit au respect de la vie privée.* En droit français, le droit au respect de la vie privée est consacré expressément par l'article 9 du Code civil, qui en prévoit la protection. Dans ce cadre, ce droit « permet à chacun d'exiger de l'État comme des particuliers, le respect de la liberté d'action et du secret des informations relatives à l'identité et à l'intimité »²¹²². Au niveau supra-législatif, le droit au respect de la vie privée est notamment protégé en droit interne sur le fondement de l'article 2 de la DDHC et en droit européen par l'article 8 de la Conv. EDH. Le Conseil constitutionnel retient une conception classique de la notion de vie privée : il s'agit de « la sphère d'intimité de chacun »²¹²³. Il en assure la protection selon trois axes principaux²¹²⁴ : le secret de la vie privée relativement à l'inviolabilité des lieux privés (domicile et véhicule), au secret des communications²¹²⁵ et à la protection des informations nominatives²¹²⁶. La CEDH a construit une conception très large du droit au respect de la vie privée, dont certaines

²¹²² Jean-Christophe SAINT-PAU, « Le droit au respect de la vie privée », dans Jean-Christophe SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, coll. Traités, Paris, LexisNexis, 2013, p. 675-943, par. 1103, aux p. 688-689.

²¹²³ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Commentaire de la décision n° 2017-646/647 QPC du 21 juillet 2017, *M. Alexis K. et autre* (Droit des enquêteurs de l'AMF d'obtenir la communication des données de connexion), p. 11; Commentaire de la décision n° 2018-764 QPC du 15 février 2019, *M. Paulo M.* (Droit de communication aux agents des douanes des données de connexion), p. 11. Vincent MAZEAUD, « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* 2015.48.7-20, par. 10.

²¹²⁴ Par ex. : Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, par. 4; Cons. const., 29 nov. 2013, n° 2013-357 QPC, *Société Wesgate Charters Ltd*, par. 6; Cons. const., 9 oct. 2014, n° 2014-420/421 QPC, *M. Maurice L. et autre*, par. 9.

²¹²⁵ La protection est davantage orientée vers le secret de la vie privée que vers la liberté de la vie privée : V. MAZEAUD, préc., note 2012, par. 11.

²¹²⁶ Outre sa terminologie variable (« droit au respect de la vie privée », « droit à la vie privée », « droit à l'intimité »), le contenu de ce droit ne fait pas l'objet d'une définition unanime en doctrine : L. FAVOREU et al., préc., note 352, par. 352, p. 362; V. MAZEAUD, préc., note 2012, par. 10.

composantes sont similaires au droit protégé par le Conseil constitutionnel²¹²⁷. La proposition d'une définition unifiée de répression suppose de se référer prioritairement à la protection supra-législative du droit étudié, afin d'en avoir une conception la plus cohérente possible²¹²⁸. C'est donc au regard des conceptions constitutionnelle et européenne que doit être exposée la variété des mesures attentatoires à la vie privée.

b. La variété des mesures attentatoires à la vie privée en droit français

414. Des mesures attentatoires à la vie privée punitives et non punitives. En droit français, au regard des conceptions supra-législatives de la vie privée, les atteintes à la vie privée trouvant leur cause dans une illicéité peuvent résulter tant de mesures qualifiées de peines ou punitions (α) que de mesures non qualifiées de peine ou punition (β). Toutes ces mesures, indépendamment de leur qualification, se révèlent substantiellement graves.

α . Les mesures d'atteinte à la vie privée résultant des peines en droit français

415. Les peines attentatoires à la vie privée. Différentes peines peuvent avoir pour objet ou pour effet de mettre en jeu la vie privée des individus condamnés. Concernant, en premier lieu, la peine privative de liberté, la Cour européenne des droits de l'homme considère que « la détention, comme toute autre mesure privative de liberté, entraîne par nature des restrictions à la vie privée et familiale » du détenu au regard de l'article 8 de la Conv. EDH²¹²⁹. Les peines privatives de liberté sont donc attentatoires à la vie privée. Or, la CEDH considère que, malgré la privation de liberté, les détenus continuent de jouir de leurs droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention²¹³⁰. Ainsi, les restrictions à ces droits et libertés doivent être prévues par la loi, poursuivre un but légitime et être nécessaires dans une société démocratique²¹³¹. Ainsi, la protection de la vie privée permet d'exiger l'encadrement de pratiques comme la vidéosurveillance dans

²¹²⁷ COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Guide sur l'article 8 de la Convention – Droit au respect de la vie privée et familiale*, mis à jour au 31 août 2020. Sur les liens entre les conceptions internes et européenne de la vie privée, voir : Sophie CANAS, « L'influence de la fondamentalisation du droit au respect de la vie privée sur la mise en oeuvre de l'article 9 du code civil », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* 2015.48.47-58.

²¹²⁸ La notion unifiée de répression est en effet construite pour partie sur les conceptions supra-législatives des peines et punitions : *supra*, par. 281.

²¹²⁹ CEDH, *Khoroshenko c. Russie* [GC], n° 41418/04, 30 juin 2015, par. 106.

²¹³⁰ *Id.*, par. 117; CEDH, *Szafrański v. Poland*, n° 17249/12, 15 déc. 2015, par. 35; *Gorlov and Others v. Russia*, nos 27057/06, 56443/09 et 25147/14, 2 juin 2019, par. 81.

²¹³¹ CEDH, *Khoroshenko c. Russie*, préc., note 2129, par. 106-149, spéc. par. 109-110, 113, 116-118.

les cellules²¹³² ou encore de considérer la disposition des toilettes pour les détenus de façon à conserver un minimum de vie privée²¹³³. En droit interne, les mesures dont la constitutionnalité a été étudiée au regard du droit au respect de la vie privée sont plus généralement des mesures non qualifiées de peines ou de punitions. La qualification des atteintes à la vie privée par les peines et punitions suppose donc de raisonner au regard de la jurisprudence de la CEDH quant aux peines privatives de liberté²¹³⁴ et relativement à la jurisprudence du Conseil constitutionnel quant aux mesures non qualifiées de peines ou de punitions²¹³⁵. Ainsi, en considération de la position de la CEDH, l'atteinte au droit au respect de la vie privée résulterait par nature de l'emprisonnement, de la détention ou de la rétention criminelle. De plus, selon le Conseil constitutionnel, l'atteinte à la vie privée peut procéder « de la surveillance par localisation continue et en temps réel d'une personne, le suivi de ses déplacements dans tous lieux publics ou privés ainsi que dans l'enregistrement et le traitement des données ainsi obtenues »²¹³⁶. Toute peine²¹³⁷ ou punition qui aurait pour objet ou pour effet une telle surveillance pourrait donc être considérée comme attentatoire à la vie privée²¹³⁸. De la même façon, le Conseil constitutionnel considère que l'obligation d'établir sa résidence dans un lieu déterminé,

²¹³² CEDH, *Gorlov and Others v. Russia*, préc., note 2130, par. 82.

²¹³³ CEDH, *Szafranski v. Poland*, préc., note 2130, par. 37-41. Ces mesures ne sont pas autonomes de l'emprisonnement car elles sont les conséquences directes de cette peine, résultant de la mise en œuvre de celle-ci. À ce titre, la CEDH parle du droit au respect de la vie privée des détenus : CEDH, *Gorlov and Others v. Russia*, préc., note 2130, par. 82.

²¹³⁴ Bien que les jurisprudences de la CEDH et du Conseil constitutionnel diffèrent en partie sur le contenu du droit au respect de la vie privée, il est indiqué de réfléchir aux solutions applicables à ce problème de qualification en droit constitutionnel interne au regard de la jurisprudence de la CEDH. En effet, la Conv. EDH est directement invocable par les justiciables, les décisions de la CEDH ont force obligatoire dans les États parties et exercent donc une certaine influence sur le droit interne, législatif et jurisprudentiel : H. OBERDORFF, préc., note 1938, par. 234-235, p. 302-306.

²¹³⁵ À ce stade du raisonnement, il faut identifier les situations dans lesquelles le Conseil constitutionnel considère que le droit à la vie privée est atteint par les mesures dont la constitutionnalité est contestée. Or, en l'absence de contestation de la constitutionnalité des peines sur le fondement du droit au respect de la vie privée, il est nécessaire de rechercher l'identification des atteintes à celui-ci résultant d'autres types de mesures. Dans un premier temps, si des peines ont des objets similaires aux mesures non qualifiées de peine ou de punition attentatoires à la vie privée, alors ces peines sont attentatoires à la vie privée. Dans un second temps, si des mesures non qualifiées de peine ou de punition sont identifiées comme étant attentatoires à la vie privée et qu'elles trouvent leur cause dans une illicéité, elles sont par conséquent susceptibles d'être répressives.

²¹³⁶ Concernant le recours à la géolocalisation dans le cadre d'une enquête pénale : Cons. const. 25 mars 2014, n° 2014-693 DC, *Loi relative à la géolocalisation*, par. 13; 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, préc., note 2071, par. 148; 23 sept. 2021, n° 2021-930 QPC, M. Jean B., par. 13; CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Commentaire de la décision n° 2021-930 QPC du 23 septembre 2021, *M. Jean B* (Recours à la géolocalisation sur autorisation du procureur de la République), p. 10.

²¹³⁷ Par exemple, la peine de détention à domicile sous surveillance électronique : art. 131-4-1 C. pén.

²¹³⁸ La question du seuil à partir duquel l'atteinte est constituée peut néanmoins se poser. Tous les éléments énumérés par le Conseil constitutionnel sont-ils cumulatifs ? Ainsi, par exemple, l'atteinte à la vie privée pourrait-elle résulter d'une surveillance qui n'est pas continue ou d'une surveillance qui ne serait pas accompagnée d'un enregistrement et d'un traitement des données ?

l'obligation de se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie²¹³⁹, l'interdiction de se livrer à certaines activités, l'interdiction d'entrer en relation avec certaines personnes²¹⁴⁰ ou de paraître dans certains lieux, catégories de lieux ou zones et l'obligation de respecter les conditions d'une prise en charge sanitaire, sociale, éducative ou psychologique, sont des mesures qui portent atteinte à la liberté d'aller et de venir, au droit au respect de la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale²¹⁴¹. Il est alors logique de considérer que n'importe quelle mesure, y compris une peine ou une punition, qui aurait un objet similaire²¹⁴², devrait être perçue comme attentatoire à ces mêmes droits, caractérisant ainsi leur gravité substantielle. Si la jurisprudence n'est pas fournie quant aux liens entre vie privée et peines²¹⁴³, elle l'est davantage dans l'appréciation de la constitutionnalité de mesures pénales procédurales ou de mesures extra-pénales, non qualifiées de peines ou de punitions. Ainsi, la gravité substantielle de différentes mesures, non qualifiées de peines ou de punitions, prises en réaction à une illicéité, peut être qualifiée en raison de l'atteinte qu'elles portent à la vie privée.

β. Les mesures non qualifiées de peines ou de punitions attentatoires à la vie privée en droit français

416. *La diversité mesures non qualifiées de peine ou punition attentatoires à la vie privée.* Au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, de nombreuses mesures non qualifiées de peines ou de punitions, pénales ou extra-pénales, sont attentatoires au droit au respect de la vie privée. Ce sont tout d'abord des mesures procédurales, dont l'objectif est la recherche et la prévention des infractions ou des manquements aux lois et règlements extra-pénaux. Ce sont ensuite des mesures substantielles, généralement pénales ou administratives, considérées comme des mesures préventives par le législateur, et la jurisprudence constitutionnelle. Ce sont enfin des mesures consécutives

²¹³⁹ Cons. const., 16 fév. 2018, n° 2017-691 QPC, *M. Farouk B.*, par. 14.

²¹⁴⁰ Cons. const. 29 mars 2018, n° 2017-695 QPC, *M. Rouchdi B. et autre*, par. 48.

²¹⁴¹ Sur l'ensemble de ces mesures : Cons. const. 7 août 2020, n° 2020-805 DC, *Loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine*, par. 15.

²¹⁴² Par exemple, certaines modalités du suivi socio-judiciaire : art. 132-36-2 et 132-44 2°, 4°, 5°, et 6° C. pén.

²¹⁴³ Cela peut aisément s'expliquer au regard de la possibilité de contester la constitutionnalité des peines relativement à d'autres dispositions, notamment en ayant directement recours à l'article 8 de la DDHC qui assoit les principes de nécessité et proportionnalité des peines. Il ne semble pas concevable, sauf à ce que le Conseil constitutionnel se positionne totalement à l'encontre de la jurisprudence de la CEDH, de considérer que l'étude de la constitutionnalité des peines n'est pas réalisée au regard de leur conformité au droit au respect de la vie privée parce que les personnes condamnées ne bénéficieraient plus de ce droit.

aux condamnations ou déclarations de responsabilité qui accompagnent certaines sanctions. Toutes ces mesures sont substantiellement graves parce qu'attentatoires à la vie privée des individus.

417. Les mesures procédurales attentatoires à la vie privée. Différentes mesures procédurales pénales sont attentatoires à la vie privée. Il en est ainsi des fouilles de véhicules²¹⁴⁴, des perquisitions domiciliaires²¹⁴⁵, des captations de sons et d'images dans des lieux privés²¹⁴⁶, des interceptions de communications²¹⁴⁷, de l'enregistrement de données informatisées personnelles comme le fichier national automatisé des empreintes génétiques²¹⁴⁸. Le droit administratif français a également développé des mesures procédurales semblables qui sont alors également attentatoires à la vie privée. Parmi celles-ci, il est possible de citer les perquisitions administratives²¹⁴⁹, l'enregistrement et le traitement des empreintes digitales et photographiques des ressortissants étrangers se déclarant mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille²¹⁵⁰ et les diverses dispositions permettant à certaines autorités d'obtenir la communication de données de connexion dans le cadre des enquêtes²¹⁵¹.

²¹⁴⁴ Not. : art. 78-2-3 C. proc. pén.; Cons. const. 12 janv. 1977, n° 76-75 DC, préc., note 2021, par. 5. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel vise la liberté individuelle car la vie privée, comme d'autres droits ou libertés, n'était pas constitutionnalisée à titre autonome mais via la liberté individuelle protégée par l'article 66 de la Constitution; c'est aujourd'hui l'article 2 de la DDHC qui sert de fondement à la protection de la vie privée et de l'inviolabilité du domicile, par ex. : Cons. const. 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, préc., note 352, par. 8 et Cons. const. 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, préc., note 2124, par. 43-47. Sur cette évolution de la délimitation de la liberté au sens de l'article 66 de la Constitution dans la jurisprudence constitutionnelle : L. FAVOREU et al., préc., note 352, par. 163-170, p. 203-209.

²¹⁴⁵ Not. : art. 56 et 59 C. proc. pén. (enquête de flagrance) et art. 76 C. proc. pén. (enquête préliminaire); Cons. const. 29 déc. 1983, no 83-164 DC, *Loi de finances pour 1984*, par. 28; Cons. const. 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, préc., note 352, par. 8; Cons. const. 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, préc., note 2124, par. 43-47; Cons. const. 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, préc., note 2071, par. 192-193.

²¹⁴⁶ Art. 706-96 à 706-98 C. proc. pén. (dans le cadre de la procédure applicable à la criminalité et la délinquance organisées et aux crimes).

²¹⁴⁷ Not. : art. 100 à 100-8 C. proc. pén. (autorisée sur commission rogatoire, dans le cadre d'une instruction) et art. 706-95 à 706-95-3 C. proc. pén. (dans le cadre de la procédure applicable à la criminalité et la délinquance organisées et aux crimes); Cons. const. 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, préc., note 2124, par. 4.

²¹⁴⁸ Art. 706-54 à 706-56-1-1 C. proc. pén.; Cons. const., 16 sept. 2010, n° 2010-25 QPC, *M. Jean-Victor C.*, par. 6.

²¹⁴⁹ Ces perquisitions administratives sont légalement des « visites et de saisies » : L. 229-1 à L. 229-6 C. séc. int. (dans le cadre de la lutte contre le terrorisme); Cons. const. 29 mars 2018, préc., note 2140, par. 57 et 68.

²¹⁵⁰ Art. L. 142-3 CESEDA; Cons. const., 26 juillet 2019, n° 2019-797 QPC, *Unicef France et autres*, par. 4 et 5.

²¹⁵¹ Cons. const. 5 août 2015, n° 2015-715 DC, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, par. 137 (communication des données de connexion à l'Autorité de la concurrence); 21 juill. 2017, n° 2017-646/647 QPC, *M. Alexis K. et autre*, par. 9 (droit des enquêteurs de l'AMF d'obtenir la communication des données de connexion); 15 fév. 2019, n° 2018-764 QPC, *M. Paulo M.*, par. 8 (droit de communications aux agents des douanes des données de connexion).

418. *Les mesures substantielles dites préventives attentatoires à la vie privée.* Les mesures pénales ou administratives, dites préventives, attentatoires à la vie privée se développent particulièrement en matière de terrorisme. En droit pénal, la *Loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine* avait prévu, au sein d'un article 706-25-15 du Code de procédure pénale, la mise en place de diverses obligations et interdictions dont l'obligation d'établir sa résidence dans un lieu déterminé, l'obligation de se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie, jusqu'à trois fois par semaine, l'interdiction de se livrer à certaines activités, l'interdiction d'entrer en relation avec certaines personnes ou de paraître dans certains lieux, catégories de lieux ou zones et l'obligation de respecter les conditions d'une prise en charge sanitaire, sociale, éducative ou psychologique²¹⁵². Le Conseil constitutionnel les a jugés attentatoires à la liberté d'aller et de venir, au droit au respect de la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale²¹⁵³. Des mesures semblables prévues dans un contexte administratif avaient déjà été jugées attentatoires à la vie privée²¹⁵⁴. D'autres mesures attentatoires à la vie privée, dont la gravité substantielle est ainsi caractérisée, existent. Elles sont généralement consécutives à la responsabilité de la personne visée ou à l'établissement judiciaire de sa participation aux faits établis.

419. *Les mesures d'inscription aux fichiers de police et de justice.* Il existe en droit français diverses mesures qui prévoient l'inscription dans des fichiers variés d'informations personnelles relatives aux personnes dont la responsabilité a été établie,

²¹⁵² Cons. const., 7 août 2020, préc., note 2141, par. 15.

²¹⁵³ *Id.*, par. 15. Le Conseil constitutionnel a exclu la qualification de peine ou de sanction ayant le caractère d'une punition pour la mesure de sûreté prévue et n'a donc pas étudiée sa conformité à l'article 8 de la DDHC : par. 9. Les dispositions contestées ont été finalement déclarées inconstitutionnelles : par. 20.

²¹⁵⁴ Par exemple, le Conseil constitutionnel a ainsi considéré que les dispositions de l'article L. 228-5 du Code de la sécurité intérieure qui permet au ministre de l'intérieur d'interdire à toute personne mentionnée à l'article L. 228-1 de se trouver en relation directe ou indirecte avec certaines personnes, nommément désignées, dont il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité publique, portent atteinte au droit de mener une vie familiale normale, au droit au respect de la vie privée et à la liberté d'aller et de venir : Cons. const. 29 mars 2018, préc. note 2149, par. 48. Les obligations de se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie et de déclarer son lieu d'habitation et tout changement de ce lieu, que peut prononcer le ministre de l'intérieur à l'encontre d'une personne dont le comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics en lien avec le risque de commission d'un acte de terrorisme, sur le fondement des articles L. 228-2, L. 228-4 et L. 228-5 du Code de la sécurité intérieure, sont également attentatoires à la vie privée, à la liberté d'aller et de venir et à la vie familiale : Cons. const., 16 fév. 2018, préc., note 2139, par. 14; 29 mars 2018, préc. note 2149, par. 48; 30 juillet 2021, n° 2021-822 DC, préc., note 2114, par. 11-23.

en matière pénale ou extra-pénale, ou dont il est établi qu'elles ont commis des faits constitutifs d'une violation de la loi²¹⁵⁵. Elles ne sont pas considérées en elles-mêmes comme des peines ou des punitions. Pour autant, elles sont une réaction juridique aux comportements et états dangereux individuels et mettent en jeu la vie privée des personnes²¹⁵⁶. C'est le cas des inscriptions au casier judiciaire²¹⁵⁷ et à divers fichiers de police ou de justice, comme le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FIJAIS)²¹⁵⁸ ou le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions terroristes (FIJAIT)²¹⁵⁹.

L'inscription au casier judiciaire ne concerne pas uniquement les condamnations pénales pour crimes, délits et contraventions de la 5^e classe. Sur le plan pénal, sont également inscrites au casier judiciaire des personnes physiques, les déclarations de culpabilité assorties d'une dispense de peine ou d'un ajournement du prononcé de la peine²¹⁶⁰, les condamnations pour les contraventions des quatre premières classes lorsqu'est prise, à titre principal ou complémentaire, une mesure d'interdiction, de déchéance ou d'incapacité²¹⁶¹, les décisions prononçant à l'égard d'un mineur une mesure éducative, une dispense de mesure éducative ou une déclaration de réussite éducative en application du titre Ier du livre Ier du code de la justice pénale des mineurs²¹⁶², les compositions pénales, dont l'exécution a été constatée par le procureur de la République²¹⁶³, les jugements ou arrêts de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause

²¹⁵⁵ Par exemple, sont inscrits au casier judiciaire « [l]es jugements ou arrêts de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, lorsqu'une hospitalisation d'office a été ordonnée en application de l'article 706-135 ou lorsqu'une ou plusieurs des mesures de sûreté prévues par l'article 706-136 ont été prononcées » : art. 768 10° C. proc. pén. De telles inscriptions peuvent aussi être réalisées au stade de l'enquête. Sont par exemple inscrites au Traitement d'antécédents judiciaires (TAJ), les informations relatives aux personnes mises en cause comme auteur ou complice d'un crime, d'un délit ou d'une contravention de 5^e classe : R. 40-23 à R. 40-34 C. proc. pén.

²¹⁵⁶ Cons. const., 12 juin 2018, n° 2018-765 DC, *Loi relative à la protection des données personnelles*, par. 47 :

« [l]a liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration de 1789 implique le droit au respect de la vie privée. Par suite, la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif ».

²¹⁵⁷ Art. 768 à 781 C. proc. pén.

²¹⁵⁸ Art. 706-53-1 à 706-53-12 C. proc. pén.; Crim. 12 mars 2008, n° 07-86.233 : « l'inscription au F. I. J. A. I. S., qui n'est pas une peine mais une simple mesure de sûreté, n'est pas soumise au principe de la non-rétroactivité des lois de fond plus sévères ».

²¹⁵⁹ Art. 706-25-3 à 706-25-14 C. proc. pén.

²¹⁶⁰ Art. 768 al. 2 C. proc. pén.

²¹⁶¹ Art. 768 al. 3 C. proc. pén.

²¹⁶² Art. 768 al. 4 C. proc. pén.

²¹⁶³ Art. 768 al. 10 C. proc. pén.

de trouble mental lorsqu'une hospitalisation d'office a été ordonnée en application de l'article 706-135 ou qu'une ou plusieurs des mesures de sûreté prévues par l'article 706-136 ont été prononcées²¹⁶⁴, et les amendes forfaitaires pour les délits et pour les contraventions de la 5^e classe ayant fait l'objet d'un paiement ou à l'expiration d'un certain délai²¹⁶⁵. Plusieurs autres sortes de sanctions sont également inscrites au casier judiciaire : les décisions disciplinaires prononcées par l'autorité judiciaire ou par une autorité administrative lorsqu'elles entraînent ou édictent des incapacités²¹⁶⁶, les jugements prononçant la faillite personnelle ou l'interdiction prévue par l'article L. 653-8 du Code de commerce²¹⁶⁷, tous les jugements prononçant la déchéance de l'autorité parentale ou le retrait de tout ou partie des droits qui y sont attachés²¹⁶⁸, les arrêtés d'expulsion pris contre les étrangers²¹⁶⁹. Le bulletin n° 1 du casier judiciaire ne peut être délivré qu'aux autorités judiciaires²¹⁷⁰. Le bulletin n° 2, moins fourni quant aux informations qu'il contient²¹⁷¹, peut être délivré à différentes autorités et administrations pour des motifs précis²¹⁷². Dès lors qu'elle porte atteinte à la vie privée et qu'elle est fondée sur une illécitité, l'inscription au casier judiciaire apparaît comme une mesure substantiellement grave. Cela pourrait également être le cas de l'inscription à certains fichiers de police et de justice.

Au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel²¹⁷³, les fichiers de police et de justice sont une source d'atteinte à la vie privée. Certaines de ces mesures, comme

²¹⁶⁴ Art. 768 al. 11 C. proc. pén.

²¹⁶⁵ Art. 768 al. 12 C. proc. pén. À l'expiration des délais mentionnés au second alinéa de l'article 495-19 et au deuxième alinéa de l'article 530.

²¹⁶⁶ Art. 768 al. 5 C. proc. pén.

²¹⁶⁷ Art. 768 al. 6 C. proc. pén.

²¹⁶⁸ Art. 768 al. 7 C. proc. pén.

²¹⁶⁹ Art. 768 al. 8 C. proc. pén.

²¹⁷⁰ Art. 774 al. 2 C. proc. pén.

²¹⁷¹ Art. 775 C. proc. pén.

²¹⁷² Art. 776 C. proc. pén. Le bulletin n° 3, qui ne comporte que les condamnations les plus graves, ne peut être délivré qu'à la personne qu'il concerne : art. 777 al. 7 C. proc. pén.

²¹⁷³ Selon lequel :

« La liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 implique le droit au respect de la vie privée. Par suite, la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif. » (Cons. const. 27 oct. 2017, n° 2017-670 QPC, *M. Mikhail P.*, par. 7, relativement à la question de l'effacement anticipé des données à caractère personnel inscrites dans un fichier de traitement d'antécédents judiciaires).

Le Conseil constitutionnel avait en outre déclaré le premier alinéa de l'article 230-8 du Code de procédure pénale devait être déclaré contraire à la Constitution car les dispositions contestées portaient une atteinte

l'inscription au FIJAIS ou au FIJAIT, sont d'autant plus attentatoires à la vie privée qu'elles emportent des obligations comme celles de justifier son adresse et de déclarer ses changements d'adresse aux autorités compétentes²¹⁷⁴. Sur le plan du droit européen, la CEDH considère que constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée au sens de l'article 8 de la Conv. EDH « le simple fait de mémoriser des données relatives à la vie privée d'un individu »²¹⁷⁵, mais également une condamnation pour refus de se soumettre au prélèvement ADN imposé par la loi à la suite d'une condamnation pour certaines infractions²¹⁷⁶. Les inscriptions sur des fichiers de police et de justice concernent de nombreuses personnes aux qualités variées. Il peut s'agir de personnes condamnées, définitivement ou non, qu'elles aient ou non subies une peine²¹⁷⁷, mais également de personnes ayant réalisé une composition pénale²¹⁷⁸, de personnes déclarées irresponsables pour cause de trouble mental²¹⁷⁹ et de personnes mises en examen²¹⁸⁰. Enfin, les fichiers peuvent être consultés, à certaines conditions et suivant des modalités précises, par différentes autorités, judiciaires, policières, administratives et pénitentiaires²¹⁸¹. C'est également le très grand nombre de fichiers existants²¹⁸² qui accroît l'atteinte portée à la vie privée. Une étude transversale de l'ensemble de ces fichiers permet d'établir l'ampleur des possibilités d'enregistrements de données personnelles et leur accessibilité par un grand nombre d'acteurs du système judiciaire, mais également d'acteurs extérieurs²¹⁸³.

disproportionnée au droit au respect de la vie privée (par. 14). Il s'était appuyé sur la nature sensible de données qu'il était possible d'enregistrer (par. 10), la large portée du fichier (par. 11), sur la détermination réglementaire et non législative de la durée maximum des informations enregistrées, comprise entre cinq ans et quarante ans selon l'âge de l'individu et la nature de l'infraction (par. 12) et enfin sur le fait que les informations pouvaient « être consultées non seulement aux fins de constatation des infractions à la loi pénale, de rassemblement des preuves de ces infractions et de recherche de leurs auteurs, mais également à d'autres fins de police administrative » (par. 13).

²¹⁷⁴ Art. 706-25-7 al. 3 et 4 C. proc. pén. (FIJAIT) et art. 706-53-5 al. 3 et 4 C. proc. pén. (pour le FIJAIS). En ce sens, concernant les articles L. 228-2, L. 228-4 et L. 228-5 du Code de la sécurité intérieure : Cons. const., 16 fév. 2018, préc. note 2123, par. 14; 29 mars 2018, préc. note 2149, par. 48; 30 juillet 2021, préc., note 2154, par. 11-23.

²¹⁷⁵ CEDH, *Leander c. Suède*, n° 9248/81, 26 mars 1987, par. 48; CEDH, *Amann c. Suisse* [GC], n° 27798/95, 16 fév. 2000, par. 69; *Aycaguer c. France*, n° 8806/12, 22 juin 2017, par. 33. Cette seule mémorisation des données est attentatoire à la vie privée, indifféremment de leur utilisation ultérieure : CEDH, *Amann c. Suisse*, préc. cette note, par. 69; *Aycaguer c. France*, préc., cette note, par. 33.

²¹⁷⁶ *Aycaguer c. France*, préc., note 2175.

²¹⁷⁷ Art. 706-25-4 al. 2 et 3 C. proc. pén. (FIJAIT) et art. 706-53-2 al. 2 et 3 C. proc. pén. (FIJAIS).

²¹⁷⁸ Art. 706-53-2 al. 4 C. proc. pén. (FIJAIS).

²¹⁷⁹ Art. 706-25-4 al. 4 C. proc. pén. (FIJAIT) et art. 706-53-2 al. 5 C. proc. pén. (FIJAIS).

²¹⁸⁰ Art. 706-25-4 al. 6 C. proc. pén. (FIJAIT) et art. 706-53-2 al. 6 C. proc. pén. (FIJAIS).

²¹⁸¹ Art. 706-25-9 al. 2 à 5 C. proc. pén. (FIJAIT) et art. 706-53-7 al. 2 à 5 C. proc. pén. (FIJAIS).

²¹⁸² ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information en conclusion des travaux de la mission sur les fichiers mis à la disposition des forces de sécurité*, n° 1335, 15^e législature, 17 oct. 2018, présenté par Messieurs Didier PARIS et Pierre MOREL-À-L'HUISSIER, p. 19-20.

²¹⁸³ *Id.*, p. 21-27. Le phénomène est d'autant plus problématique que la qualité des données recueillies et conservées s'est déjà révélée insuffisante : *Id.*, p. 31, 35 et 57-59.

La possibilité de consultation de ces fichiers peut alors engendrer des conséquences négatives sur la vie des personnes inscrites, notamment en matière d'emploi²¹⁸⁴. En somme, bien que les inscriptions aux fichiers de police et de justice ne soient pas considérées comme des peines ou des punitions, y compris lorsqu'elles sont consécutives à une reconnaissance de responsabilité, elles sont attentatoires à la vie privée. Elles sont donc substantiellement graves et pourraient être qualifiées de mesures répressives²¹⁸⁵.

Des mesures d'atteinte à la vie privée en réaction à des comportements ou états dangereux existent aussi en droit canadien.

2. Les mesures d'atteinte à la vie privée en droit canadien

420. L'exposé de la variété des mesures de réaction aux illicéités attentatoires à la vie privée en droit canadien (b) suppose de présenter la protection de la vie privée en droit canadien (a).

a. La protection de la vie privée en droit canadien

421. *Fondements et définition de la protection constitutionnelle de la vie privée en droit canadien.* Aucune disposition de la Charte canadienne ne vise expressément la vie privée. Elle est néanmoins protégée par l'intermédiaire de ses articles 7 et 8. En premier lieu, l'article 7 de la Charte canadienne offre une protection résiduelle au droit à la vie privée, grâce à l'interprétation jurisprudentielle des notions de liberté et de sécurité. Il a été en effet affirmé que « le respect de la vie privée d'un individu est un élément essentiel de ce que signifie être « libre » »²¹⁸⁶ et que le droit à la liberté « ne se limite pas à la liberté physique mais comprend également les notions fondamentales de dignité humaine, d'autonomie individuelle et de vie privée »²¹⁸⁷. Ainsi, le droit à la liberté garanti par l'article 7 de la Charte canadienne « s'étend au droit à une sphère irréductible d'autonomie

²¹⁸⁴ *Id.*, p. 35, 54-55 et 67. De plus, l'existence de ces fichiers est largement ignorée des justiciables qui ne peuvent alors pas exercer leurs droits de suppression ou de rectification : *Id.*, p. 57-59. De ce point de vue, les possibilités pour des employeurs publics ou privés de consulter ces fichiers dans le cadre d'enquêtes administratives liées à une candidature pour un emploi pourrait également emporter une atteinte au droit à l'emploi : *infra*, par. 442.

²¹⁸⁵ L'atteinte à la vie privée réalisée par les fichiers peut être mise en lien avec la restriction voire la disparition d'un droit à l'oubli qui semblait exister consécutivement à l'exécution de sa peine par un condamné : C. MANDON, préc., note 59, par. 372, p. 473-475.

²¹⁸⁶ *R. c. O'Connor*, préc., note 1936, par. 113; voir égal. *R. c. Beare*; *R. c. Higgins*, préc., note 1936, par. 67. La protection de la vie privée repose elle-même sur la dignité, l'intégrité et l'autonomie : *R. c. Plant*, préc., note 1936, 292.

²¹⁸⁷ *Godbout c. Longueuil (Ville)*, préc., note 1936, 892-893 (les j. La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin).

personnelle où les individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l'État » concernant les sujets qui peuvent être « qualifiés de fondamentalement ou d'essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participants de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles »²¹⁸⁸. L'article 7 de la Charte canadienne permet ainsi notamment la protection de l'intégrité corporelle²¹⁸⁹ et du choix du lieu de résidence²¹⁹⁰ sous le prisme de la vie privée.

En second lieu, l'article 8 de la Charte canadienne fonde plus directement le droit au respect de la vie privée en protégeant les justiciables contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. La Cour suprême a clairement établi que la valeur sous-jacente qu'il protège est le droit au respect de la vie privée²¹⁹¹. La reconnaissance de ce droit est contextuelle et multifactorielle²¹⁹². Elle dépend des lieux, des biens, ou des informations envisagées ainsi que du contexte procédural dans lequel les autorités interviennent. Il y a, par exemple, saisie « chaque fois que l'État prend, sans le consentement d'un citoyen, quelque chose qui lui appartient et au sujet duquel il peut raisonnablement s'attendre à ce qu'on préserve le caractère confidentiel »²¹⁹³.

422. Condition de la protection de la vie privée. Le bénéfice de la protection constitutionnelle des articles 7 et 8 est toutefois conditionné à l'existence d'une attente raisonnable pour un individu que l'État respecte sa vie privée. L'existence d'une expectative de vie privée permet en conséquence d'imposer aux autorités la contrainte d'obtenir une autorisation d'effectuer les actes intrusifs²¹⁹⁴, sauf à ce qu'une telle autorisation aille à l'encontre de l'objet même de la loi dont la disposition est contestée.

²¹⁸⁸ *Id.*, 893-894 (les j. La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin).

²¹⁸⁹ *R. c. Stillman*, préc., note 2060, par. 51. La Cour suprême a considéré que le prélèvement de substances corporelles est un acte « très envahissant » qui constitue une atteinte « la plus grave à la vie privée ».

²¹⁹⁰ *Godbout c. Longueuil (Ville)*, préc., note 1936.

²¹⁹¹ *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627 (CSC), 641.

²¹⁹² Selon la jurisprudence de la Cour suprême, les « facteurs qui peuvent être pris en considération dans l'appréciation de l'ensemble des circonstances incluent notamment: (i) la présence au moment de la perquisition; (ii) la possession ou le contrôle du bien ou du lieu faisant l'objet de la fouille ou de la perquisition; (iii) la propriété du bien ou du lieu; (iv) l'usage historique du bien ou de l'article; (v) l'habilité à régir l'accès au lieu, y compris le droit d'y recevoir ou d'en exclure autrui; (vi) l'existence d'une attente subjective en matière de vie privée; (vii) le caractère raisonnable de l'attente, sur le plan objectif » : *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128 (CSC), par. 45.

²¹⁹³ *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145 (CSC), 160 (les j. La Forest, Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major).

²¹⁹⁴ En vertu de l'article 8 de la Charte canadienne, les fouilles, perquisitions et saisies ne sont valides que si l'État démontre qu'il a dans la situation un droit de s'immiscer dans la vie privée de l'individu faisant céder le droit de ce dernier à la protection de sa vie privée et qu'il obtient une autorisation préalable de

423. Contenu du droit au respect de la vie privée. Trois aspects de la vie privée sont concernés par la protection constitutionnelle²¹⁹⁵. D'abord, l'aspect personnel de la vie privée protège l'intégrité corporelle et fait naître chez l'individu un droit de refuser toute palpation ou exploration corporelle qui dévoileraient des objets ou des matières que la personne veut dissimuler²¹⁹⁶. Ensuite, l'aspect territorial ou spatial²¹⁹⁷ permet la protection du lieu de résidence et, dans une moindre mesure, d'autres lieux comme le périmètre qui entoure la résidence²¹⁹⁸, des locaux commerciaux²¹⁹⁹ ou des véhicules privés²²⁰⁰. Enfin, l'aspect informationnel de la vie privée protège les renseignements biographiques personnels²²⁰¹ ou relatifs à des détails intimes sur le mode de vie ou les choix personnels de l'individu²²⁰². Partant de ces éléments, il est possible de présenter les différentes mesures de réaction aux illicéités portant atteinte à la vie privée en droit canadien.

b. La variété des mesures attentatoires à la vie privée en droit canadien

424. Diversité formelle des mesures attentatoires à la vie privée. Les réactions aux illicéités attentatoires à la vie privée en droit canadien sont nombreuses. Certaines sont prises dans le cadre des peines (α) tandis que d'autres ne le sont pas (β). Relativement à l'atteinte qu'elles portent à la vie privée, elles sont toutes d'une gravité substantielle suffisante pour revêtir, sous réserve de leur gravité quantitative, une qualification répressive.

recourir à ces mesures, lorsque cela est possible : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 160-161. Le droit de l'État est prépondérant sur celui de l'individu lorsqu'il existe des « motifs raisonnables et probables [...] de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se rapportant à l'infraction se trouvent à l'endroit de la perquisition » : *Id.*, 168.

²¹⁹⁵ *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432 (CSC), par. 20.

²¹⁹⁶ *Id.*, par. 21. La Cour suprême précise qu'en conséquence, la fouille à nu sans mandat n'est pas possible, sauf si elle est accessoire à une arrestation légale et est effectuée de façon non abusive. Elle se réfère sur ce point à : *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, par. 90-92). Dans ce cas, la police doit avoir des motifs raisonnables de croire que la fouille à nu est nécessaire dans les circonstances particulières de l'arrestation (*Id.*, par. 98). Elle rappelle également que la police ne peut pas non plus prélever des échantillons de substances corporelles sans autorisation en se référant à la décision *R. c. Stillman*, préc., note 2060.

²¹⁹⁷ *R. c. Tessling*, préc., note 2195, par. 22.

²¹⁹⁸ *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263 (CSC), par. 273.

²¹⁹⁹ *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425 (CSC), 517-519; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, préc., note 2191, 641.

²²⁰⁰ *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527 (CSC), 533.

²²⁰¹ *R. c. Tessling*, préc., note 2195, par. 23.

²²⁰² *R. c. Plant*, préc., note 1936, 293.

α. Les mesures d'atteinte à la vie privée dans le cadre des peines

425. *Les atteintes à la vie privée dans le cadre de l'emprisonnement.* La Cour suprême a jugé que l'intimité dont jouit le détenu dans le contexte d'un emprisonnement « est considérablement réduite »²²⁰³. Elle précise même qu'« il n'y a aucune attente raisonnable à ce que la vie privée soit respectée » et en conclut que les articles 7 et 8 de la Charte ne sont pas mis en jeu²²⁰⁴. Contrairement à la position de la CEDH en la matière²²⁰⁵, la Cour suprême semble déduire la perte du droit au respect de la vie privée de la perte de la liberté. Deux observations peuvent être formulées à cet égard. Premièrement, la peine d'emprisonnement est en elle-même, indépendamment de sa mise en œuvre, attentatoire à la vie privée. En effet, si les condamnés n'ont plus d'attente raisonnable en matière de vie privée lorsqu'ils sont en détention, c'est justement parce que l'atteinte portée à leur vie privée est telle que celle-ci disparaît. Pour le comprendre, il suffit de comparer l'atteinte à la vie privée à l'atteinte à la liberté des condamnés. Les détenus perdent leur liberté par l'emprisonnement. L'emprisonnement est bien une atteinte à la liberté. Emprisonnement et perte de liberté sont consubstantiels. De la même façon, l'emprisonnement engendre bien une perte d'intimité pour le détenu. L'emprisonnement est donc attentatoire à la vie privée. Deuxièmement, il faut déterminer l'ampleur de l'atteinte à la vie privée réalisée par la détention lors de sa mise en œuvre. Autrement dit, il faut se demander si la mise en œuvre de la peine doit permettre au détenu de conserver une sphère suffisante d'intimité, qui serait protégée contre les actions intrusives de l'État, ou si l'atteinte est telle que la vie privée disparaît complètement. Sur ce second élément, la Cour suprême est d'avis que l'atteinte est telle qu'il n'y a plus d'attente raisonnable en matière de vie privée pour les détenus : l'organisation de la détention n'a pas à être respectueuse de la vie privée des détenus. La vie privée est donc bien atteinte par la peine d'emprisonnement mais n'est plus protégée lors de l'exécution de la peine d'emprisonnement²²⁰⁶. La mesure portant atteinte à la vie privée dans le cadre de

²²⁰³ *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872 (CSC), 877.

²²⁰⁴ *Id.*

²²⁰⁵ *Supra*, par. 415.

²²⁰⁶ Cette posture de la Cour suprême est contestable. En effet, cela signifie que la Cour suprême laisse le champ libre aux autorités pour organiser la détention sans aucune contrainte relative au respect de la vie privée (puisque'elle n'existe plus) des détenus. Cela semble être excessif, tant cela permettrait d'imposer aux détenus des conditions de vie les exposant en permanence à la vue d'autrui. Il serait plus indiqué de considérer que l'attente raisonnable de vie privée des détenus demeure mais qu'elle est réduite en raison des circonstances. De la sorte, les mesures étatiques pourraient faire l'objet d'un contrôle constitutionnel.

l'emprisonnement est donc par elle-même substantiellement grave et pourrait être qualifiée de mesure répressive.

426. *Les atteintes à la vie privée dans le cadre des peines de probation et d'emprisonnement avec sursis.* Les peines de probation et d'emprisonnement avec sursis peuvent également porter atteinte à la vie privée dès lors qu'elles permettent d'imposer au détenu de demeurer dans le ressort du tribunal (le condamné n'est dès lors plus libre de son lieu de résidence)²²⁰⁷, de prévenir le tribunal ou son agent de probation de ses changements d'adresse ou de nom et de les aviser de ses changements d'emploi (le condamné fournit ainsi des informations personnelles)²²⁰⁸, et de fournir à des fins d'analyse un échantillon de substance corporelle pour les condamnées dont l'ordonnance intime l'ordre de s'abstenir de consommer des drogues, de l'alcool ou d'autres substances intoxicantes²²⁰⁹. Au regard du raisonnement proposé concernant l'emprisonnement, l'atteinte à la vie privée semble constituée par l'existence même des obligations associées aux peines²²¹⁰. Ces mesures sont donc substantiellement graves. Si les peines n'ont que peu été étudiées sous l'angle des atteintes à la vie privée, différentes mesures pénales ou extra-pénales, ont en revanche été analysées par ce prisme.

C'est en réalité à une sorte de contrôle de nécessité et de proportionnalité de l'atteinte que se livre la Cour suprême lorsqu'elle explique que « [l']emprisonnement implique nécessairement de la surveillance, des fouilles et des vérifications » et qu'elle précise que « [l]e risque que les pratiques aient des effets fâcheux est réduit au minimum grâce à une formation spéciale destinée à assurer que ces pratiques soient mises en œuvre professionnellement et dans le respect de la dignité du détenu », que lors des « rondes éclairs, les occasions où un détenu risque d'être vu dévêtu ou occupé à des activités intimes sont rares et brèves » et qu'elle ajoute que « [c]ertains pavillons cellulaires sont dotés de paravents installés devant les toilettes de la cellule de façon à ce que les gardiens ne puissent voir le détenu qu'à partir de la ceinture lorsque ce dernier utilise les toilettes » : *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, préc., note 2203, 876-877. Ainsi, la conclusion selon laquelle « il n'y a aucune attente raisonnable à ce que la vie privée soit respectée » (*Id.* p. 877) apparaît contradictoire. Il y a bien une attente raisonnable de vie privée mais les atteintes à la vie privée sont nécessaires et adaptées.

²²⁰⁷ Art. 732.1 (3) b) C.cr. (condition facultative de la probation); art. 742.3 (1) d) C.cr. (condition obligatoire de l'emprisonnement avec sursis).

²²⁰⁸ Art. 732.1 (2) c) C.cr. (condition obligatoire de la probation); art. 742.3 (1) e) C.cr. (condition obligatoire de l'emprisonnement avec sursis).

²²⁰⁹ Art. 732.1 (3) c.1) et c.2) C.cr. (condition facultative de la probation); art. 742.3 (2) a.1) et a.2) C.cr. (condition facultative de l'emprisonnement avec sursis).

²²¹⁰ La Cour suprême pourrait en revanche considérer que l'expectative de vie privée des détenus disparaît avec la condamnation et que la mise en œuvre de ces mesures ne serait pas soumise au respect de ce droit.

β. Les mesures d'atteinte à la vie privée en dehors du cadre des peines

427. Mesures pénales et extra-pénales non qualifiées de peines attentatoires à la vie privée. Ce sont principalement des mesures procédurales d'investigation qui ont été étudiées sous l'angle du droit au respect de la vie privée. Ainsi, les perquisitions domiciliaires sont soumises au respect de l'article 8 de la Charte²²¹¹. De même, une personne qui se situe dans une chambre d'hôtel verrouillée a une attente en matière de vie privée, indépendamment de la nature des activités qu'elle y poursuit. Ainsi, une surveillance magnétoscopique non autorisée effectuée par l'État empiète alors sur l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée de cette personne et porte atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l'article 8 de la Charte canadienne²²¹². Les fouilles, saisies ou perquisitions sont également encadrées s'agissant des véhicules, en fonction des liens entre le véhicule et la personne visée par la mesure procédurale. Ainsi, l'installation d'une balise à l'intérieur d'un véhicule et son utilisation aux fins de surveillance des déplacements du véhicule et de l'établissement de sa position constituent des perquisitions, qui, si elles n'ont pas été préalablement autorisées, porte atteinte à la protection contre les fouilles et perquisitions abusives dès lors qu'une certaine attente légitime au respect de sa vie privée existe à l'intérieur d'un véhicule²²¹³. Il a aussi été considéré qu'une fouille de véhicule sans mandat pouvait constituer une atteinte à l'article 8 de la Charte canadienne pour une conductrice à laquelle le véhicule avait été prêté par le propriétaire et qui pouvait en conséquence s'attendre au respect de sa vie privée²²¹⁴. Il existe également au titre de l'article 8 de la Charte un « droit résiduel d'une personne à la protection de sa vie privée concernant son haleine », permettant de conclure que « la demande de souffler dans un alcootest constitue une saisie qui porte atteinte à l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée »²²¹⁵. Il existe, de manière générale, une expectative de vie privée sur les fluides corporels²²¹⁶. En revanche, l'arrestation d'une personne « parce qu'il y a des motifs raisonnables et probables de croire qu'elle a commis un crime grave ou lorsqu'il

²²¹¹ *R. c. Tessling*, préc., note 2195, par. 22.

²²¹² *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36 (CSC), 53-54.

²²¹³ *R. c. Wise*, préc., note 2200, 534-538.

²²¹⁴ En revanche, la passagère du véhicule qui en l'espèce n'avait que peu de lien avec le véhicule, qui ne le contrôlait pas, qui n'en réglait pas l'accès, et dont rien n'établissait qu'elle pouvait subjectivement s'attendre au respect de sa vie privée dans ce véhicule, ne possède pas d'expectative raisonnable de vie privée : *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341 (CSC), par. 19, 22, 25.

²²¹⁵ *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, préc., note 151, par. 51.

²²¹⁶ *R. c. Stillman*, préc., note 2060, par. 89.

a été démontré qu'il y a lieu de délivrer une sommation ou un mandat d'arrestation ou de confirmer une citation à comparaître » réduit son expectative de vie privée et elle doit alors s'attendre « en corollaire à sa mise sous garde », à être mis en observation, à ce que ses mensurations soient prises et ses empreintes digitales relevées²²¹⁷. Le relevé d'empreinte digitale intervient ainsi à un moment de la procédure où la protection de la vie privée est faible, d'autant plus qu'en elle-même, le procédé est considéré comme anodin et non intrusif pour la personne (il n'y a pas de pénétration du corps ni de prélèvement de substance)²²¹⁸. Cette mesure n'emporte donc pas une atteinte à la vie privée semblable à celle que provoque une perquisition²²¹⁹. C'est pourquoi la Cour suprême, sous la plume du juge LA FOREST, semble rejeter l'idée d'accorder « une protection constitutionnelle contre le pouvoir discrétionnaire général de la force policière de prendre les empreintes digitales des personnes sous garde »²²²⁰. En revanche, elle admet que l'arrestation fondée sur des motifs raisonnables et probables constitue en elle-même une violation du droit à la vie privée²²²¹. S'agissant de procédures extra-pénales, les perquisitions, fouilles et saisies sont également soumises aux exigences de l'article 8 de la Charte canadienne²²²². L'attente raisonnable quant au respect de vie privée est néanmoins adaptée au contexte de ces procédures. En conséquence, les normes applicables en matière de perquisitions, fouilles et saisies varient, elles aussi. Ainsi, la demande de production de documents sur le fondement du paragraphe 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, constitue une saisie au sens de l'article 8 de la Charte canadienne, les détenteurs de ces documents ayant à leur égard une expectative de vie privée²²²³. Pour résumer, l'article 8 qui protège les individus contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives repose sur le droit des particuliers au respect de leur vie privée²²²⁴. Toutes ces mesures attentatoires à la vie privée, qui trouvent leur cause dans une illécéité

²²¹⁷ *R. c. Beare*; *R. c. Higgins*, préc., note 1936, par. 68.

²²¹⁸ *Id.*

²²¹⁹ *Id.*, par. 69.

²²²⁰ *Id.*, par. 70.

²²²¹ *Id.*

²²²² *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, préc., note 151, par. 54. Concernant la *Motor Vehicle Act*, la demande d'échantillon d'haleine est considérée comme une saisie fondée sur une réglementation administrative provinciale (sur la nature de cette réglementation : *Id.*, par. 35 à 47).

²²²³ Cette expectative de vie privée existe car la disposition « envisage la production forcée d'un large éventail de documents et non simplement de ceux que le contribuable est tenu, en vertu de la Loi, de tenir et de conserver » : *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, préc., note 2191, 642. Cette demande n'a cependant pas été faite en violation de l'article 8 de la Charte canadienne, les exigences de validité d'une saisie telles qu'habituellement fixées ne trouvant pas application dans le cadre de cette procédure fiscale, eu égard à son objet même : *Id.*, 648-649.

²²²⁴ *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, préc., note 2191, 640.

supposée²²²⁵, sont substantiellement graves et sont ainsi susceptibles d'être qualifiées de mesures répressives.

D'autres mesures pénales et extra-pénales sont substantiellement graves parce qu'elles portent atteinte à l'honneur ou à la réputation des personnes qu'elles visent.

C. Les atteintes à l'honneur ou à la réputation

428. *L'existence variable d'un droit à l'honneur ou à la réputation.* Différentes peines et mesures autrement qualifiées portent atteinte à l'honneur ou à la réputation, en droit français et en droit canadien. Toutefois, l'existence d'un droit à l'honneur ou à la réputation est discutée en droit français. En droit canadien, un tel droit pourrait exister dans l'ordre juridique fédéral au titre de l'article 7 de la Charte canadienne, par l'interprétation des notions de liberté et de sécurité. Dans l'ordre juridique québécois, le droit à l'honneur et le droit à la réputation sont tous deux expressément consacrés par l'article 4 de la Charte québécoise. La différence d'appréhension juridique de l'honneur et de la réputation entre les droits français et canadien rend nécessaire l'étude distincte des mesures attentatoires à l'honneur et à la réputation en droit (1) et en droit canadien (2).

1. Les mesures attentatoires à l'honneur ou à la réputation en droit français

429. Il existe des mesures de réaction aux illicéités attentatoires à l'honneur ou à la réputation en droit français. En revanche, l'existence d'un droit à l'honneur ou à la réputation est débattue en droit interne²²²⁶, de sorte qu'il n'est pas certain que ces mesures sont attentatoires à un droit à l'honneur ou à la réputation. La jurisprudence de la CEDH reconnaît quant à elle l'existence d'un droit à la réputation. Le droit européen pourrait ainsi permettre de qualifier la gravité substantielle des mesures d'atteinte au droit à la réputation, au sens européen. Ainsi, après avoir exposé le débat relatif à l'existence d'un droit à l'honneur et à la réputation en droit français (a), il conviendra de présenter les mesures attentatoires au droit à la réputation en droit français (b).

²²²⁵ *Supra*, par. 330 et suiv.

²²²⁶ *Infra*, par. 432.

a. L'existence débattue du droit à l'honneur ou à la réputation en droit français

430. *L'assimilation de l'honneur et de la réputation en droit interne.* Il est généralement observé que l'« honneur correspond à l'estime que l'on a de soi » tandis que la considération ou la réputation renvoient à « l'estime que nous portent les autres »²²²⁷. Pour autant, il n'y a pas lieu de distinguer les deux notions car les dispositions qui les protègent visent indifféremment l'un et l'autre²²²⁸. Ainsi, les infractions de diffamation²²²⁹ et d'injure²²³⁰ protègent à la fois l'honneur et la considération, ce dernier terme ayant un sens identique à celui de réputation²²³¹. L'honneur et la réputation sont donc assimilés²²³². Au regard de ces définitions, il est possible de constater que différentes mesures de réaction aux illicéités portent atteinte à l'honneur ou à la réputation en droit interne.

431. *Les mesures portant atteinte à l'honneur ou à la réputation.* La jurisprudence considère que « rappeler au public le passé criminel d'une personne » est susceptible d'atteindre son honneur ou sa considération et peut en cela constituer l'infraction de diffamation, y compris si les faits imputés sont vrais²²³³. Par analogie, il est possible de considérer que l'honneur est atteint par diverses mesures pénales et extra-pénales, qu'elles soient ou non qualifiées de peines. Ainsi, les peines de publication²²³⁴, mais aussi les inscriptions sur les fichiers de police²²³⁵ et de justice²²³⁶, et l'inscription au casier

²²²⁷ Murielle BENEJAT, Aurélie BERGEAUD-WATTERWALD, Laurent BLOCH, Audrey DARSONVILLE, Fanny GARCIA, Amané GOGORZA, Françoise GONTHIER, Bérengère MELIN-SOUCRAMANIEN, Romain OLLARD, Virginie PELTIER, Jean-Marie PLAZY, François ROUSSEAU, Jean SAGOT-DUVAUROUX, Jean-Christophe SAINT-PAU et Alexandre ZABALZA, dans Jean-Christophe SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, coll. Traités, Paris, LexisNexis, 2013, par. 1664, p. 954-955.

²²²⁸ *Id.*

²²²⁹ Art. 29 al. 1 de la *Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*, J.O. 30 juill. 1881, p. 4201 (diffamation publique); art. R. 621-1 et R. 625-8 C. pén. (diffamation non publique).

²²³⁰ Art. 29 al. 2 de la *Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*, préc., note 2229 (injure publique); art. R. 622-1 et R. 625-8-1 C. pén. (injure non publique).

²²³¹ ACADEMIE FRANÇAISE, préc., note 1, v° « Réputation ». (dictionnaire de l'Académie française)

²²³² Considérant qu'honneur et réputation peuvent être synonymes : G. CORNU (dir.), préc., note 38, v° « Réputation », 2, p. 909.

²²³³ M. BENEJAT et al., préc., note 2227, par. 1665, p. 955. La Cour de cassation a pu confirmer à cet égard que l'atteinte à l'honneur ou à la considération « ne pouvait résulter que de la réprobation unanime qui s'attache, soit aux agissements constitutifs d'infractions pénales, soit aux comportements considérés comme contraires aux valeurs morales et sociales communément admises au jour où le juge statue » : Civ. 1^{re}, 17 déc. 2015, n° 14-29.549.

²²³⁴ Art. 131-10 et 131-35 C. pén. (personnes physiques) et art. 131-39 al. 10 et 131-48 al. 6 C. pén. (personnes morales); O. DECIMA, S. DETRAZ et E. VERNY, préc., note 233, par. 662, p. 360.

²²³⁵ Par ex., le « traitement d'antécédents judiciaires » (ci-après TAJ), art. 230-6 à 230-11 C. proc. pén.

²²³⁶ Par ex., le « fichier national automatisé des empreintes génétiques » (ci-après FNAEG), art. 706-54 C. proc. pén. ou le FIJAIT et le FIJAIS, précédemment évoqués : *supra*, notes 2159 et 2158.

judiciaire²²³⁷, peuvent être considérées comme des mesures attentatoires à l'honneur ou à la considération. En outre, ne sont pas seules inscrites au casier judiciaire les condamnations pénales, mais également, entre autres, les décisions disciplinaires prononcées par l'autorité judiciaire ou par une autorité administrative lorsqu'elles entraînent ou édictent des incapacités, es jugements prononçant la faillite personnelle ou l'interdiction prévue par l'article L. 653-8 du code de commerce, les arrêtés d'expulsion pris contre les étrangers, les dispositions prononçant la déchéance de l'autorité parentale, les compositions pénales dont l'exécution a été constatée par le procureur de la République, les jugements ou arrêts de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, lorsqu'une hospitalisation d'office a été ordonnée en application de l'article 706-135 ou lorsqu'une ou plusieurs des mesures de sûreté prévues par l'article 706-136 ont été prononcées et les amendes forfaitaires pour les délits et pour les contraventions de la 5^e classe ayant fait l'objet d'un paiement ou à l'expiration de certains délais²²³⁸. Les mesures extra-pénales de publicité des sanctions²²³⁹, de la même manière que les peines de publication, portent atteinte à la réputation. L'identification d'atteintes à l'honneur ou à la réputation par différentes mesures de réaction aux illicéités est donc aisée. Toutefois, au regard de la définition proposée de la répression²²⁴⁰, il convient d'établir plus précisément l'atteinte à un droit ou une liberté comme objet de la mesure de réaction, pour en caractériser la gravité substantielle. L'existence d'un droit à l'honneur ou à la réputation fait justement débat en droit interne.

432. *L'existence discutée d'un droit à l'honneur ou à la réputation en droit interne.*

Le statut juridique de l'honneur et de la réputation est discuté par la doctrine française.

²²³⁷ Art. 768 à 781 C. proc. pén.

²²³⁸ Respectivement, art. 768 al. 2,3, 5-8 et 10-12 C. proc. pén. Par ailleurs, la Cour fédérale du Canada, qui a récemment qualifié le casier judiciaire de peine. Elle s'est, entre autres arguments, fondée sur les « effets stigmatisants et punitifs » du casier judiciaire, entraînant une incidence sur les droits à la liberté et à la sécurité de la personne : *infra*, par. 445.

²²³⁹ Par exemple, « la publication de la décision prononcée au Journal officiel » et « l'affichage ou la diffusion de cette décision dans les conditions prévues par l'article 131-35 du code pénal » peuvent être prononcées par l'Autorité nationale des jeux (*Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, art. 43 X 1° et 2°). Le tribunal civil qui condamne une personne pour contrefaçon peut ordonner de faire afficher ou publier la décision de diverses manières (art. L. 331-1-4 al. 1 et al. 4 et art. 615-7-1 C. prop. int.). La publicité est également une sanction qui peut être prononcée à titre accessoire de toute peine disciplinaire pour la profession d'avocat (*Décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat*, art. 84).

²²⁴⁰ Pour rappel, la notion unifiée de répression est définie comme une réaction juridique à une illicéité, réaction dont le contenu est d'une gravité particulière. Ces trois critères sont cumulatifs (nature réactionnelle, cause de la réaction et gravité de la réaction) : *supra*, par. 284-285. La gravité de la réaction répressive a été définie

En droit pénal, ce sont les infractions de diffamation et d'injure qui mettent en lumière les faits susceptibles de porter atteinte à l'honneur ou à la considération²²⁴¹. En droit civil, ces faits sont étudiés par le prisme du droit au respect de la vie privée²²⁴² ou du droit au respect de la présomption d'innocence²²⁴³. En effet, aucune disposition textuelle ne prévoit expressément un droit à l'honneur, dont l'existence demeure en conséquence débattue²²⁴⁴. En dépit de l'absence de texte explicite ou de consécration jurisprudentielle, les multiples protections de l'honneur par le droit positif justifient aux yeux d'une partie de la doctrine de considérer l'existence d'un droit à l'honneur²²⁴⁵, parfois un « droit subjectif de second rang »²²⁴⁶. D'autres auteurs préfèrent cependant qualifier l'honneur d'« intérêt juridiquement protégé »²²⁴⁷ ou de « principe directeur objectif de protection de l'honneur »²²⁴⁸. En l'absence de consensus sur l'existence d'un droit à l'honneur ou à la réputation, plusieurs raisonnements sont possibles pour résoudre le problème de la qualification répressive des mesures de réaction aux illicéités attentatoires à l'honneur ou à la réputation. Le premier consisterait à exclure tout simplement ces mesures de la catégorie des mesures répressives, parce que le critère de gravité substantielle n'est pas caractérisé. Un deuxième raisonnement proposerait de contourner le problème en vérifiant si les mesures étudiées ne portent pas atteinte à d'autres droits, permettant la qualification répressive des mesures sur le fondement de ceux-ci. Par exemple, une mesure attentatoire à l'honneur ou à la réputation peut aussi mettre en jeu le droit à la vie privée²²⁴⁹ ou le droit à l'emploi²²⁵⁰. Dans ce second cas, seules les mesures qui porteraient atteinte uniquement à l'honneur ou à la considération seraient exclues des mesures répressives. Un dernier raisonnement reste envisageable. L'existence d'un droit à l'honneur ou la réputation pourrait provenir d'une source externe à laquelle il serait

²²⁴¹ *Supra*, notes 2229-2230.

²²⁴² Annabelle PENA, « Personnalité (Droits de la) », dans Dictionnaire des droits fondamentaux, 2^e éd., 564-592, Paris, Dalloz, à la p. 571; François ROUSSEAU, « La protection civile de l'honneur », dans Jean-Christophe SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, coll. Traités, Paris, Dalloz, 2013, p. 993-998, par. 1743, aux p. 996-997. Voir, par exemple, Civ. 1^{re}, 7 fév. 2006, n° 04-10.941, *Bull. civ. I*, n°59, p.59.

²²⁴³ M. BENEJAT et al., préc., note 2227, par. 1743, 1747, 1847-1848, p. 996-997, 1001, 1069-1071. Voir, par exemple, Civ. 2^e, 8 juil. 2004, 01-10.426, *Bull. civ. II*, n° 387, p. 323.

²²⁴⁴ *Id.*, par. 1646, p. 945.

²²⁴⁵ L'honneur est ainsi défini comme un élément du patrimoine moral de toute personne, cette dernière étant à la fois en droit de le faire respecter et dans le devoir de s'y conformer : G. CORNU (dir.), préc., note 38, v° « Honneur », 2, p. 512; M. BENEJAT et al., préc., note 2227, par. 1645, p. 945.

²²⁴⁶ F. ROUSSEAU, préc., note 2242, par. 1743, aux p. 996-997.

²²⁴⁷ Hélène PELISSIER-GATEAU et Caroline GUILLEMAIN, « Droit à réparation. - Responsabilité fondée sur la faute. - Atteintes aux droits de la personnalité. - Droits susceptibles d'atteinte », dans *JurisClasseur Civil Code* > Art. 1382 à 1386, Fasc. 133-10, LexisNexis, par. 16-17.

²²⁴⁸ M. BENEJAT et al., préc., note 2227, par. 1746, p. 999.

²²⁴⁹ Voir, pour les fichiers de police et justice, *supra*, par. 419.

²²⁵⁰ Voir, pour les fichiers de police et justice, *infra*, par. 442.

possible de recourir en droit interne. Dès lors, les mesures attentatoires à l'honneur ou à la considération au sens de cette source externe pourraient intégrer la catégorie des mesures répressives. Il existe précisément un droit à la réputation protégé par l'article 8 de la Conv. EDH, qui permet d'envisager la qualification répressive des mesures de réaction aux illicéités attentatoires à ce droit.

433. *La protection d'un droit à la réputation par la CEDH.* La Cour européenne des droits de l'homme considère l'existence d'un droit à la réputation protégé par l'intermédiaire de l'article 8 de la Conv. EDH consacrant le droit au respect de la vie privée et familiale²²⁵¹. Elle exige toutefois que l'atteinte à la réputation revête « un certain niveau de gravité » et qu'elle ait « été effectuée de manière à causer un préjudice à la jouissance personnelle du droit au respect de la vie privée »²²⁵². Pour ce qui est du droit pénal, la Cour estime qu'un requérant ne peut pas se plaindre d'une atteinte à sa réputation résultant d'une condamnation pénale, car cette atteinte est engendrée de manière prévisible par les actions du requérant²²⁵³. Par ailleurs, l'étude de la sévérité des sanctions pour la qualification d'une accusation en matière pénale prend en compte les conséquences des sanctions sur la réputation des condamnés. La Cour européenne des droits de l'homme a déjà eu l'occasion de souligner qu'un blâme, sanction de nature administrative en droit interne, « était de nature à porter atteinte au crédit de la société

²²⁵¹ CEDH, *Axel Springer AG c. Allemagne* [GC], n° 39954/08, 7 fév. 2012, par. 83; *Medžlis Islamske Zajednice Brčko et a. c. Bosnie-Herzégovine* [GC], n° 17224/11, 27 juin 2017, par. 76. Sur le plan international, les droits à l'honneur et à la réputation sont distingués du droit à la vie privée à l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 octobre 1948, selon lequel « nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteinte à son honneur ou à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ».

²²⁵² CEDH, *Axel Springer AG c. Allemagne*, préc., note 2251 par. 83; *Medžlis Islamske Zajednice Brčko et a. c. Bosnie-Herzégovine*, préc., note 2251 par. 76.

²²⁵³ CEDH, *Sidabras et Džiautas c. Lituanie*, nos 55480/00 et 59330/00, 27 juill. 2004, CEDH 2004-VIII, par. 49; CEDH, *Axel Springer AG c. Allemagne*, préc., note 2251 par. 83; *Gillberg c. Suède* [GC], n° 41723/06, 3 avril 2012, par. 67; *Medžlis Islamske Zajednice Brčko et a. c. Bosnie-Herzégovine*, préc., note 2251 par. 76. 1. La Cour de cassation, dans un arrêt de la 1^{re} chambre civile, en date du 17 février 2021 (n° 19-24.780), a précisé en son paragraphe 4 que :

« Selon l'article 8 de cette convention [la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales], toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale. Si ce texte ne peut être invoqué pour se plaindre d'une atteinte à la réputation qui résulterait de manière prévisible des propres actions de la personne, telle une infraction pénale, la mention dans une publication des condamnations pénales dont une personne a fait l'objet, y compris à l'occasion de son activité professionnelle, porte atteinte à son droit au respect dû à sa vie privée (CEDH, arrêt du 28 juin 2018, M.L. et W.W. c. Allemagne, n° 60798/10 et 65599/10) ».

sanctionnée entraînant pour elle des conséquences patrimoniales incontestables »²²⁵⁴. Elle a également affirmé que des sanctions administratives pécuniaires entraînaient la perte temporaire de leur honorabilité pour les représentants des sociétés sanctionnées²²⁵⁵ et qu'une interdiction d'administrer, diriger ou contrôler des sociétés cotées en bourse pour des durées comprises entre deux et quatre mois « était de nature à porter atteinte au crédit des personnes concernées »²²⁵⁶. À l'aune de ces remarques, il est possible d'envisager que différentes mesures de réaction à des illicéités en droit français portent atteinte au droit à la réputation des personnes concernées.

b. Les mesures attentatoires au droit à la réputation en droit français

434. *Les peines et mesures non qualifiées de peine attentatoire au droit à la réputation.* Certaines peines font naître une atteinte particulière à la réputation et pourraient à ce titre faire l'objet d'une protection en vertu de l'article 8 de la Conv. EDH. En effet, certaines peines et autres mesures résultant d'une condamnation ont pour objet de porter à la connaissance d'autrui les informations relatives à l'infraction commise par le condamné et la peine prononcée. Il en est ainsi notamment des peines de publication²²⁵⁷, des fichiers de police²²⁵⁸ et de justice²²⁵⁹ et du casier judiciaire²²⁶⁰. Ces diverses mesures nuisent au condamné autrement que la condamnation elle-même, et pourraient ainsi caractériser une atteinte au droit à la réputation, au regard de l'article 8 Conv. EDH²²⁶¹. Contrairement aux peines de publication, l'inscription d'informations nominatives relativement à des enquêtes, des poursuites ou des condamnations dans les fichiers de police et de justice, ainsi que l'inscription au casier judiciaire ne sont pas des peines. Du point de vue de l'atteinte au droit à la réputation, il est aisé de distinguer les peines de publication des mesures permettant de conserver des données nominatives destinées principalement à prévenir le renouvellement des infractions et à faciliter l'identification des auteurs. En effet, les premières constituent une information au public des infractions commises alors que les secondes ne sont pas destinées à informer le public.

²²⁵⁴ CEDH, *Dubus c. France*, préc., note 1169, par. 37.

²²⁵⁵ CEDH, *Grande Stevens c. Italie*, préc. note 1348, par. 97.

²²⁵⁶ *Id.*, par. 98.

²²⁵⁷ Art. 131-10 et 131-35 C. pén (personnes physiques) et art. 131-39 al. 10 et 131-48 al. 6 C. pén (personnes morales); O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 233, par. 662, p. 360.

²²⁵⁸ Par ex., le « traitement d'antécédents judiciaires » (ci-après TAJ), art. 230-6 à 230-11 C. proc. pén.

²²⁵⁹ Par ex., le « fichier national automatisé des empreintes génétiques », art. 706-54 C. proc. pén. ou le FIJAIT et le FAIS, précédemment évoqués : *supra*, notes 2159 et 2158.

²²⁶⁰ Art. 768 à 781, part. art. 768-1 C. proc. pén.

²²⁶¹ O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 233, par. 661, p. 360.

Un tel raisonnement ignorerait pourtant l'accessibilité des fichiers de police et de justice et du casier judiciaire à des autorités ou personnes variées, qui ne sont ni policières ni judiciaires. En effet, certains fichiers de police et de justice comme le TAJ peuvent être consultés dans le but d'effectuer des « enquêtes de moralité » pour le recrutement ou l'agrément de nombreux professionnels²²⁶². Le bulletin n° 2 du casier judiciaire peut être délivré aux employeurs publics, à certains employeurs privés et à quelques services publics, dans le cadre d'une démarche d'emploi de l'individu pour lequel les informations sont recherchées²²⁶³. L'accessibilité de ces informations au-delà des seules autorités de police et justice caractérise la mise en jeu du droit à la réputation des personnes concernées²²⁶⁴. La gravité substantielle nécessaire à la qualification répressive des mesures envisagées pourrait bien ainsi être caractérisée²²⁶⁵.

La gravité substantielle de différentes mesures de réaction aux illicéités peut aussi être établie en droit canadien en raison des atteintes qu'elles portent à la réputation des personnes.

2. Les mesures attentatoires à l'honneur ou à la réputation en droit canadien

435. *Protection duale.* Aucun droit à l'honneur ou à la réputation n'est consacré par la Charte canadienne tandis que l'un et l'autre sont prévus par la Charte québécoise. Pour autant, l'interprétation de l'article 7 de la Charte canadienne pourrait être le siège de la protection d'un droit à la réputation. Il faut donc étudier les atteintes au droit à la réputation au regard de la Charte canadienne (a) et les atteintes au droit à l'honneur et au droit à la réputation au regard de la Charte québécoise (b).

²²⁶² Art. L. 114-1 et L. 114-2 C. séc. int., art. L. 234-1 à L. 234-4 C. séc. int. et art. 230-6 et 230-8 al. 1 C. proc. pén.; Virginie GAUTRON, « Une mémoire policière hypertrophiée : la fin du droit à l'oubli ? », *Les cahiers de la justice* 2016.4.607-617. Plus d'un million d'emplois sont concernés par ces enquêtes administratives : Virginie GAUTRON, « Fichiers de police », dans *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Dalloz, par. 115, en ligne : <<https://www-dalloz-fr>>.

²²⁶³ Art. 776 (personnes physiques) et 776-1 C. proc. pén. (personnes morales). ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information en conclusion des travaux de la mission sur les fichiers mis à la disposition des forces de sécurité*, préc., note 2182, p. 54-59.

²²⁶⁴ Cette atteinte durable à la réputation peut, comme pour le droit à la vie privée (*supra*, par. 419 et note 2185), être liée avec la disparition progressive du droit à l'oubli en droit pénal et dans les matières extra-pénales : C. MANDON, préc., note 59, par. 372, p. 473-475, par. 475, p. 555 et par. 517, p. 596-597.

²²⁶⁵ Pour rappel, la gravité substantielle d'une réaction à une illicéité est nécessaire mais insuffisante à établir la gravité répressive de la mesure. Sauf pour les atteintes à la liberté individuelle, à l'intégrité physique et à la vie, la gravité répressive est caractérisée par le cumul de la gravité substantielle et de la gravité quantitative : *supra*, par. 365 et 383 et *infra*, par. 504.

a. Les atteintes au droit à la réputation au regard de la Charte canadienne

436. *La possibilité de fonder la protection de la réputation sur le droit à la dignité de la personne.* La réputation fait l'objet d'une protection dans l'ordre normatif fédéral par l'intermédiaire des articles 297 et suivants du *Code criminel*, qui permettent la sanction des libelles diffamatoires²²⁶⁶. Pour autant, la Charte canadienne ne consacre pas l'existence d'un droit à l'honneur ou d'un droit à la réputation. Cependant, la Cour suprême accorde une telle importance à la réputation qu'il est permis d'envisager l'existence d'un droit fondamental au respect de la réputation²²⁶⁷. Elle rattache ainsi la réputation à la valeur et la dignité des personnes²²⁶⁸ après avoir constaté que « les démocraties ont toujours reconnu et révééré l'importance fondamentale de la personne »²²⁶⁹. Encore plus directement, la Cour suprême affirme :

« Bien qu'elle ne soit pas expressément mentionnée dans la Charte, la bonne réputation de l'individu représente et reflète sa dignité inhérente, concept qui sous-tend tous les droits garantis par la Charte. La protection de la bonne réputation d'un individu est donc d'importance fondamentale dans notre société démocratique. »²²⁷⁰

Enfin, elle hausse la protection de la réputation au même niveau que celle du droit à la liberté d'expression à l'aune de la Charte canadienne²²⁷¹ et semble ainsi en faire un droit à part entière. Dès lors, les mesures de réaction aux illicéités constitutives d'une atteinte à ce droit pourraient être qualifiées de mesures répressives. Les liens entre droit au respect de la réputation et caractère pénal d'une sanction ne sont pas mis en évidence de manière expresse par la jurisprudence fédérale. Toutefois, cette dernière prend manifestement en compte les effets d'une mesure sur la réputation des personnes qui en sont l'objet, en recourant à l'expression « d'effets stigmatisants ».

²²⁶⁶ Art. 298 (1) C.cr. : « Un libelle diffamatoire consiste en une matière publiée sans justification ni excuse légitime et de nature à nuire à la réputation de quelqu'un en l'exposant à la haine, au mépris ou au ridicule, ou destinée à outrager la personne contre qui elle est publiée. »

²²⁶⁷ François HENault, *La conciliation de la Charte des droits et libertés de la personne et du Code civil du Québec en matière de diffamation*, Mémoire, Québec, Laval, 2017, p. 15, en ligne : <<https://corpus.ulaval.ca>>.

²²⁶⁸ *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130 (CSC), par. 107-108.

²²⁶⁹ *Id.*, par. 108.

²²⁷⁰ *Id.*, par. 120. Elle précise en outre que « la réputation est étroitement liée au droit à la vie privée, qui jouit d'une protection constitutionnelle » : *Id.*, par. 121.

²²⁷¹ « La réputation d'une personne mérite effectivement d'être protégée dans notre société démocratique et cette protection doit être soigneusement mesurée en regard du droit tout aussi important à la liberté d'expression » : *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, préc., note 2154, par. 121.

437. *La prise en compte des effets stigmatisants du casier judiciaire.* Plusieurs décisions ont mis en avant les effets du casier judiciaire sur la réputation des personnes condamnées. Il a par exemple été relevé que l'existence d'un casier judiciaire²²⁷² produit « de graves conséquences »²²⁷³ en raison de « ses effets stigmatisants et punitifs »²²⁷⁴. Dans une affaire récente, la Cour fédérale a notamment qualifié le casier judiciaire de peine au sens de l'article 11 de la Charte canadienne, tel qu'il est interprété par la Cour suprême. La Cour fédérale en arrive à cette conclusion non seulement parce que le casier judiciaire correspond à la « peine initialement infligée à une personne condamnée »²²⁷⁵ et qu'il sert l'objectif et les principes de détermination de la peine²²⁷⁶, mais au surplus parce qu'il produit une incidence sur le droit à la liberté et à la sécurité du contrevenant par ses effets stigmatisants²²⁷⁷. Précisément, selon la Cour fédérale, « un casier judiciaire peut limiter considérablement la capacité d'une personne de mener des activités par ailleurs légales, par exemple en matière d'emploi, et qu'il impose des fardeaux importants que n'ont pas à supporter les autres membres du public »²²⁷⁸. Ainsi, la qualification d'une

²²⁷² Aucune loi ne définit en droit canadien ce qu'est le casier judiciaire, n'en précise son contenu ou ses objectifs. Il a ainsi pu être défini par la doctrine comme « le fichier qui comporte minimalement la liste des condamnations criminelles d'une personne en vertu de lois ou règlements fédéraux, de même que ses empreintes digitales » et qui « peut également contenir d'autres renseignements, comme les condamnations ayant fait l'objet d'un arrêt des procédures, les accusations qui ont été retirées ou les acquittements » : Julie DESROSIERS et Geneviève BEAUSOLEIL-ALLARD, « Le casier judiciaire », dans *L'agression sexuelle en droit canadien*, 2^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, EYB2017ASD28, (La référence). Les casiers judiciaires sont réunis au sein d'une banque de données centralisée et informatisée gérée par la Gendarmerie royale du Canada par l'intermédiaire du Centre canadien de renseignements policiers. Les éléments du casier judiciaire servent à la prévention du crime et à la poursuite des enquêtes policières : *Id.* L'absence de texte législatif prévoyant l'existence, le contenu et la mise du casier judiciaire est très surprenante. En effet, eu égard à la sensibilité des informations contenues dans les casiers judiciaires et leurs conséquences sur la vie judiciaire et extra-judiciaire des personnes qui en ont un, l'absence de législation claire et précise encadrant cette pratique apparaît inappropriée. Sur le plan judiciaire, l'existence d'un casier judiciaire peut exercer une influence sur la détermination de la peine : J.-P. PERRON, « La détermination de la peine », préc., note 328. Sur le plan extra-judiciaire, c'est un obstacle de droit et de fait à la réinsertion sociale : J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, « Le casier judiciaire », préc., cette note. De surcroît, avec l'évolution de la notion de peine, et l'inclusion jurisprudentielle du casier judiciaire dans cette notion, il apparaît aujourd'hui indispensable de créer une telle législation, ne serait-ce que pour respecter le principe de légalité criminelle. Au même titre que les autres peines, le casier judiciaire devrait faire l'objet d'une prévision législative expresse. Si cette qualification de peine ne devait finalement pas être retenue par la Cour suprême, la notion de répression ici développée permet de repenser les garanties entourant l'existence et la mise en œuvre du casier judiciaire en s'appuyant sur les principes constitutionnels pénaux.

²²⁷³ *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, préc., note 807, par. 172.

²²⁷⁴ *P.H. c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 393, par. 76.

²²⁷⁵ *Id.*, par. 72 et 74.

²²⁷⁶ *Id.*, par. 73-74.

²²⁷⁷ *Id.*, par. 75-83.

²²⁷⁸ *Id.*, par. 82. Le droit à l'honneur et la réputation ne sont pas visés dans cette décision. En effet, la Cour fédérale raisonne au regard du critère de l'atteinte sur le droit à la liberté ou à la sécurité établi par la Cour

mesure répressive au regard de l'atteinte qu'elle porte à la réputation semble déjà compatible avec le raisonnement de la Cour suprême relativement à sa notion de peine²²⁷⁹. À ce titre, l'apport de la notion de répression consisterait à élargir le raisonnement aux mesures non qualifiées de peine ou de véritable conséquence pénale par la loi ou la jurisprudence. Sur le modèle du casier judiciaire, l'objet ou les effets stigmatisants des publications ou des registres administratifs rendant publiques les décisions relatives à des sanctions administratives pécuniaires devraient être reconnus, en dépit de ce qu'a déjà pu affirmer la jurisprudence²²⁸⁰. Outre la protection fédérale de la réputation, l'article 4 de la Charte québécoise consacre expressément les droits à la réputation et à l'honneur. Elle permet ainsi d'identifier en droit provincial québécois les atteintes à ces droits réalisées par les mesures de réaction aux illicéités dans la perspective de la qualification de la nature répressive de ces mesures.

b. Les atteintes aux droits à l'honneur et à la réputation au regard de la Charte québécoise

438. Exemples de mesures attentatoires à la réputation en droit québécois. La *Charte des droits et libertés de la personne* consacre les droits à la sauvegarde de l'honneur et de la réputation²²⁸¹. Ce sont deux droits distincts, dont le premier viserait « la préservation de l'opinion que l'on se fait de soi » alors que le second serait relatif à « l'opinion que les autres se font de nous »²²⁸². Plus précisément, « le droit à la réputation a pour objet de proscrire l'expression *publique* de propos qui font perdre l'estime ou la considération de

suprême. Néanmoins la stigmatisation sociale résultant de la connaissance du casier judiciaire par des autorités extra-judiciaires et extra-policieres n'est que la conséquence de l'atteinte à l'honneur ou la réputation engendrée par l'existence d'un casier judiciaire. L'atteinte à la réputation par l'existence du casier est par ailleurs expressément mentionnée dans la *Loi relative à la suspension du casier judiciaire des condamnés qui se sont réadaptés*, L.R.C. (1985), c. C-47 (ci-après, *Loi sur le casier judiciaire*). Celle-ci dispose en effet que l'un des effets de la suspension du casier judiciaire est d'établir la preuve que « la condamnation en cause ne devrait plus ternir la réputation du demandeur » (art. 2.3 a) (ii)). La notion même de stigmatisation démontre ce lien. En effet, la stigmatisation est l'action de stigmatiser, c'est-à-dire au sens littéral « marquer de stigmates », de traces visibles et au sens figuré « noter d'infamie, critiquer quelqu'un avec dureté et publiquement » : ACADEMIE FRANÇAISE, préc., note 1, v° « Stigmatiser ».

²²⁷⁹ En droit criminel, l'ordonnance de probation visant une organisation pourrait être considérée comme attentatoire à la réputation lorsqu'elle est assortie par le tribunal d'une condition d'information au public concernant la nature de l'infraction dont cette organisation a été déclarée coupable, la peine infligée et les mesures prises pour réduire la probabilité qu'elle commette d'autres infractions : Art. 732. 1 (3.1) f) C.cr.

²²⁸⁰ *Supra*, par. 272-273.

²²⁸¹ *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 4. Cet article prévoit également le droit à la sauvegarde de la dignité.

²²⁸² Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, « La justice fondamentale selon la Charte québécoise », dans *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, par. XXI-6.107, EYB2014DCO118, p. 6 (PDF) (La référence).

quelqu'un ou qui suscitent à son égard des sentiments défavorables ou désagréables »²²⁸³. En raison de cette distinction notionnelle, les actions sont plus généralement fondées sur le droit au respect de la réputation²²⁸⁴. Si ce droit se déploie largement dans les relations entre particuliers, il régule également les relations entre les autorités publiques et les particuliers, relativement à l'administration de la justice²²⁸⁵. Ainsi, outre l'interdiction des arrestations injustifiées²²⁸⁶, il est également proscrit pour les autorités policières d'organiser l'arrestation d'une personne avec convocation des médias au Palais de justice pour sa comparution²²⁸⁷. Au regard de ces éléments, certaines mesures de réaction juridique aux illicéités pourraient porter atteinte au droit à la réputation d'une personne. En matière administrative, la publication d'une liste d'émetteurs assujettis à la *Loi sur les valeurs mobilières* ayant contrevenu à une disposition de celle-ci, ou de ses règlements d'application²²⁸⁸, permet de dénoncer publiquement les auteurs de ces comportements. En matière civile, la *Loi sur la presse* prévoit la publication de tout jugement portant condamnation dans le journal incriminé²²⁸⁹. De telles mesures pourraient ainsi être qualifiées de mesures répressives relativement à leur objet, sous réserve de la caractérisation de leur gravité quantitative²²⁹⁰.

Différentes mesures pénales et extra-pénales de réaction aux illicéités sont également substantiellement graves, en ce qu'elles portent atteinte au droit à l'emploi.

D. Les mesures d'atteinte au droit à l'emploi

439. *Appréhension juridique distincte du droit à l'emploi en droit français et en droit canadien.* Le droit à l'emploi bénéficie en droit français d'un fondement solide assurant

²²⁸³ *Id.*, par. XII-6.111, EYB2014DCO118, p. 7 (PDF) (La référence); *Société Radio-Canada c. Radio Sept-îles inc.*, [1994] R.J.Q 1811 (C.A.).

²²⁸⁴ En outre, l'article 3 du Code civil du Québec dispose que « toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée ». Le droit au respect de la réputation a pour objet de « protéger son titulaire contre des propos ou écrits faisant perdre l'estime de soi ou suscitant à son égard de mauvais sentiments » : Marie Annik GREGOIRE, « Atteinte à la vie privée et à la réputation », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 4, Montréal, LexisNexis Canada, à jour du 15 avril 2021, par. 1. Cette définition est fondée sur la notion de diffamation qui permet, en application des règles classiques de la responsabilité civile, d'engager la responsabilité d'une personne ayant porté atteinte à la réputation d'autrui : *Prud'homme v. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663 (CSC), par. 33; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, [2011] 1 R.C.S. 214 (CSC), par. 102.

²²⁸⁵ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 2282, par. XII-6.109.

²²⁸⁶ *Québec (Procureur général) c. Allard*, [1999] R.J.Q. 2245 (QC CA); H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 2282, par. XII-6.109.

²²⁸⁷ *Delisle c. Cogeco Radio-télévision Inc.*, [2003] R.J.Q. 1801 (C.S.), par. 73-105.

²²⁸⁸ Art. 71 L.v.m.

²²⁸⁹ Art. 13 de la *Loi sur la presse*, RLRQ, c. P.19.

²²⁹⁰ Voir les règles d'évaluation de la gravité quantitative : *infra*, par. 521 et suiv.

sa consécration tandis que son existence en droit canadien n'est pas certaine. Il convient ainsi de présenter dans un premier temps les réactions aux illicéités attentatoires au droit à l'emploi en droit français (1) et les réactions aux illicéités exerçant une influence négative sur l'accès ou le maintien dans l'emploi en droit canadien (2).

1. Les mesures attentatoires au droit à l'emploi en droit français

440. *Le fondement du droit à un emploi.* En droit français, l'alinéa 5 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 déclare que « [c]hacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi [...] ». Le droit à l'emploi a ainsi une valeur constitutionnelle²²⁹¹. Néanmoins, en raison de son interprétation et de sa mise en œuvre, il apparaît plus comme un objectif à valeur constitutionnelle, que comme un droit réellement opposable au législateur²²⁹². Le droit constitutionnel d'obtenir un emploi se traduit par l'attribution au législateur de la compétence pour créer les règles permettant sa mise en œuvre et son effectivité. Le législateur doit ainsi veiller à la liberté d'accès à l'emploi, à l'accès à l'emploi pour le plus grand nombre et au maintien dans l'emploi²²⁹³. Il doit utiliser tous les moyens dont il dispose pour atteindre ces objectifs, sans être tenu d'un résultat²²⁹⁴. En tenant compte de ces considérations, il est possible de constater que certaines mesures atteignent le droit à l'emploi par leur objet même, quand d'autres sont susceptibles d'y porter atteinte en raison de leurs effets directs.

441. *Les mesures attentatoires au droit l'emploi par leur objet.* Les peines d'interdiction d'exercer certaines activités professionnelles ou sociales²²⁹⁵, dont les fonctions ou professions à caractère économique²²⁹⁶, vont à l'encontre du droit de chacun d'obtenir un emploi. En effet, sans qu'elles privent les condamnés de tout emploi, elles amenuisent leurs chances d'en obtenir un. Ces peines constituent une atteinte au droit à

²²⁹¹ Cons. const. 16 juill. 1971, n° 71-44, et 15 janv. 1975, n° 74-54 (ces décisions affirment la valeur constitutionnelle du préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, lequel proclame l'attachement du peuple français aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils sont notamment prévus dans le préambule de la Constitution de 1946).

²²⁹² Michel BORGETTO, « Emploi (Droit à l') », dans Dictionnaire des droits fondamentaux, 2^e éd., 386-392, Paris, Dalloz, à la p. 390.

²²⁹³ Dominic ROUX, *Le principe du droit au travail : juridicité, signification et normativité*, Montréal, Québec, Wilson & Lafleur, 2005, p. 89.

²²⁹⁴ M. BORGETTO, préc., note 2292. La réalisation pleine et entière du droit à l'emploi peut par ailleurs être mise en échec par la mise en œuvre de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 qui prévoit le « droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence » en cas d'impossibilité de travailler.

²²⁹⁵ Art. 131-27 al. 1 C. pén.

²²⁹⁶ Art. 131-27 al. 2 C. pén.

l'emploi²²⁹⁷. De la même façon, toute mesure pénale ou extra-pénale qui a pour objet d'entraver les possibilités d'emploi d'une personne est substantiellement grave. Les interdictions d'exercice professionnel en matière administrative²²⁹⁸, civile²²⁹⁹ ou disciplinaire²³⁰⁰, ont donc une gravité substantielle susceptible d'emporter leur qualification répressive, sous réserve de leur gravité quantitative²³⁰¹.

Des atteintes au droit à un emploi pourraient aussi être caractérisées lorsque les mesures prises contre un individu ont un effet négatif sur les possibilités qu'il a d'obtenir un emploi, sans le priver directement de certains emplois.

442. Les mesures attentatoires au droit à l'emploi par leurs effets directs. Des atteintes indirectes au droit à un emploi peuvent résulter en droit pénal des inscriptions aux différents fichiers de police et de justice et de l'inscription au casier judiciaire. En effet, certains employeurs peuvent prendre connaissance de ces informations dans le cadre de la recherche d'emploi des candidats²³⁰² et en tirer des conséquences négatives sur leur recrutement²³⁰³. Le lien entre réduction des possibilités d'emploi et caractère répressif d'une mesure peut être appuyé par la jurisprudence canadienne. En effet, pour qualifier une peine au sens de l'article 11 de la Charte canadienne, la Cour suprême vérifie, d'une part, que la mesure étudiée est « une conséquence d'une déclaration de culpabilité qui fait partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée » et, d'autre part, qu'elle est « conforme à l'objectif et aux principes de détermination de la peine » ou qu'elle a « une grande incidence sur le droit du contrevenant à la liberté ou à la sécurité »²³⁰⁴. Pour ce dernier critère, la Cour suprême précise qu'il faut constater une restriction sensible de la faculté qu'a une personne de se livrer à une activité par ailleurs licite ou que celle-ci soit soumise à des contraintes substantielles auxquelles les autres citoyens ne sont pas soumis²³⁰⁵. Au regard de ces

²²⁹⁷ Égal. en ce sens : Crim. 30 sept. 2020, n° 20-83.404, par. 8.

²²⁹⁸ Par ex., art. L. 621-15 III a) et b) C. monét. et fin.

²²⁹⁹ Par ex., art. L. 653-2 C. com.

²³⁰⁰ Par ex, *Ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable*, art. 53 5°.

²³⁰¹ Pour rappel, la gravité quantitative s'ajoute à la gravité substantielle pour caractériser la gravité répressive d'une mesure de réaction à une illicéité (sauf pour les atteintes à la vie, à l'intégrité physique et à la liberté individuelle dont la gravité substantielle emporte la qualification de la gravité répressive) : *Supra*, par. 365 et *infra*, par. 504 et par. 528 et suiv.

²³⁰² *Supra*, par. 442.

²³⁰³ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport d'information en conclusion des travaux de la mission sur les fichiers mis à la disposition des forces de sécurité*, préc., note 2182, p. 57-59.

²³⁰⁴ *R. c. K.R.J.*, préc., note 173, par. 41.

²³⁰⁵ *Id.*, par. 42.

différents critères, l'ordonnance d'interdiction de se livrer à différentes activités quotidiennes après un retour en liberté, à la suite d'une condamnation pour une infraction perpétrée à l'égard de mineurs de 16 ans énumérée dans le *Code criminel* est une peine²³⁰⁶. La Cour suprême qualifie la grande incidence sur les droits du contrevenant à la liberté et à la sécurité en raison notamment de la limitation des possibilités d'emploi engendrée par cette ordonnance²³⁰⁷. Une conclusion semblable a été formulée par la Cour fédérale pour le casier judiciaire²³⁰⁸.

2. Les mesures exerçant une influence négative sur l'accès ou le maintien dans l'emploi en droit canadien

443. *L'absence de consécration d'un droit à l'emploi dans les textes.* Aucun droit à l'emploi ou au travail n'est consacré dans la Charte canadienne. Certains droits s'en rapprochent dans la Charte québécoise qui consacrent des droits économiques et sociaux²³⁰⁹. Issu de la liberté du travail, le droit au travail serait un principe général à valeur constitutionnelle. Compris ainsi, il signifie le droit de toute personne « d'accéder librement et sans discrimination au travail et de ne pas être injustement privée de ce travail »²³¹⁰. La liberté du travail apparaît historiquement comme la composante première du droit au travail²³¹¹. Les règles dont le fondement réside dans le principe du droit au travail ont pour finalité l'accès au travail et le maintien dans l'emploi²³¹². Elles organisent dans ce but le statut collectif et individuel des travailleurs qui limite l'employeur dans sa liberté d'embaucher, sa liberté contractuelle et sa liberté de mettre fin au contrat de travail²³¹³. Ainsi, les mesures tendant à restreindre l'accès à l'emploi ou à s'opposer au maintien dans l'emploi mettent en jeu ce qu'il serait possible d'appeler un droit à l'emploi. La Cour suprême refuse pour autant de reconnaître l'existence d'un tel droit sur le fondement de la Charte canadienne.

²³⁰⁶ *Id.*, par. 49-51.

²³⁰⁷ Art. 161 (1) b) C.cr.; *Id.*, par. 54.

²³⁰⁸ *P.H. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 2274, par. 82-83.

²³⁰⁹ Art. 39 à 48, spéc. 46.

²³¹⁰ D. ROUX, préc., note 2293, p. 71, 74.

²³¹¹ *Id.*, p. 73-74. Les liens entre le droit à l'emploi et la liberté du travail remontent à la Révolution française. En effet, par le décret d'Allarde de 1791 (*Loi du 17 mars 1791 portant suspension de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente*), il est mis fin au système corporatif de l'Ancien Régime. La liberté du commerce et de l'industrie est proclamée, c'est-à-dire, la liberté du travail. Sur ces éléments : *Id.*, p. 78-82.

²³¹² D. ROUX, préc., note 2293, p. 74.

²³¹³ *Id.*

444. *Le refus discutable de consécration par la Cour suprême.* La Cour suprême a rejeté à plusieurs reprises l'existence d'un droit à l'emploi, invoqué sur le fondement de l'article 7 de la Charte canadienne, au motif que cet article ne protège pas les droits économiques²³¹⁴. Toutefois, l'exclusion pure et simple des droits économiques de la protection offerte par l'article 7 de la Charte canadienne apparaît exagérée. La décision *Irwin Toy Ltd.* permet en effet d'affirmer la possibilité d'une protection du droit à l'emploi²³¹⁵ par l'intermédiaire du droit à la sécurité de l'article 7 de la Charte canadienne. En effet, la Cour suprême ne rejette pas la protection des droits économiques de manière absolue. Après avoir affirmé qu'il se déduit de la rédaction de l'article qu'il ne protège pas les droits économiques généralement désignés par le terme « propriété », la Cour suprême met en garde contre une exclusion trop précipitée de tous les droits économiques, dont certains apparaissent fondamentaux à la vie de la personne et à sa survie²³¹⁶ et laisse cette question en suspens²³¹⁷. La Cour suprême circonscrit précisément sa solution au seul cas de la société, considérant que seules les personnes humaines sont protégées par l'article 7 de la Charte canadienne²³¹⁸. Le droit à l'emploi, lorsqu'il permet de répondre aux besoins vitaux des personnes, pourrait être protégé par l'article 7 de la Charte canadienne au titre du droit à la sécurité²³¹⁹. Deux décisions permettent d'appuyer ce raisonnement et de reconnaître que plusieurs mesures exerçant une influence sur l'accès ou le maintien dans l'emploi sont susceptibles de porter atteinte au droit à la sécurité de la personne.

445. *Les mesures exerçant une influence sur l'emploi susceptibles de porter atteinte au droit à la sécurité des personnes.* La Cour suprême a par exemple reconnu que l'ordonnance de l'article 161(1) du Code criminel est une peine notamment eu égard à la

²³¹⁴ *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du code criminel (Man.)*, préc., note 821, 1162 et suiv. (motifs du j. Lamer). *Godbout c. Longueuil (Ville)*, préc., note 1936, 889.

²³¹⁵ La réflexion menée dans cette décision concernait plutôt la liberté d'entreprendre mais le raisonnement est tout à fait applicable au droit à l'emploi, eu égard à leur appartenance commune à la catégorie des « droits économiques », que la Cour suprême refuse de protéger : *infra*, par. 476.

²³¹⁶ La Cour suprême cite à titre d'exemples la sécurité sociale, l'égalité du salaire pour un travail égal, le droit à une alimentation, à un habillement et à un logement adéquats : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927 (CSC), 1003.

²³¹⁷ *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429 (CSC), par. 80.

²³¹⁸ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, préc., note 2201, 1003-1004. Le juge ARBOUR, dissident dans l'affaire *Gosselin*, considère que le rejet de la protection des droits économiques doit rester circonscrit aux limites expressément fixées par la décision, c'est-à-dire aux seuls droits économiques des sociétés commerciales : *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, préc., note 2202, par. 311.

²³¹⁹ Pour la réfutation de « l'existence d'une supposée exclusion des droits économiques de l'article 7 de la Charte » : *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, préc., note 2202, 313 (motifs du j. Arbour, dissident).

grande incidence sur la liberté et la sécurité du contrevenant que peut avoir l'alinéa 161(1) c). Elle souligne que, prévoyant l'interdiction d'avoir des contacts avec une personne âgée de moins de 16 ans, cet alinéa est susceptible de réduire les domaines d'emploi qui s'offrent au contrevenant²³²⁰. De surcroît, l'une des modalités de cette ordonnance consiste en l'interdiction « de chercher, d'accepter ou de garder un emploi — rémunéré ou non — ou un travail bénévole qui le placerait en relation de confiance ou d'autorité vis-à-vis de personnes âgées de moins de seize ans »²³²¹, renforçant ainsi les limitations d'emploi du contrevenant. La Cour fédérale a, quant à elle, considéré que le casier judiciaire a des effets stigmatisants et punitifs notamment relatifs à la difficulté qu'il engendre pour trouver un emploi²³²². En se référant à ces décisions, il est possible de soutenir que d'autres mesures de réaction à une illicéité pourraient mettre en jeu le droit à la sécurité d'un contrevenant en réduisant ses possibilités d'emploi. Ainsi, l'interdiction « de chercher, d'accepter ou de garder un emploi ou un travail bénévole dans le cadre duquel il exerce ou exercerait un pouvoir sur les biens immeubles, l'argent ou les valeurs d'autrui »²³²³, que peut prononcer le tribunal qui condamne une personne pour fraude pourrait porter atteinte à son droit à la sécurité. En droit provincial québécois, la Loi sur les valeurs mobilières octroie au Tribunal administratif des marchés financiers la compétence d'interdire l'exercice de certaines activités dont celles de conseiller ou de gestionnaire de fonds d'investissement²³²⁴ ou d'administrateur ou dirigeant d'un émetteur, d'un courtier, d'un conseiller et d'un gestionnaire de fonds d'investissement, aux personnes ayant fait l'objet d'une sanction en vertu de cette loi²³²⁵. Cette mesure est également susceptible de porter atteinte au droit à la sécurité du contrevenant en ce qu'elle réduit ses possibilités d'emploi. Enfin, au même titre que le casier judiciaire, les publications et registres publics des sanctions administratives pécuniaires sont susceptibles de réduire les possibilités d'emploi des personnes sanctionnées au titre des lois administratives et peuvent ainsi mettre en jeu leur droit à la sécurité²³²⁶.

²³²⁰ *R. c. K.R.J.*, préc., note 173, par. 54.

²³²¹ Art. 161(1) b) C.cr.

²³²² *P.H. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 2274, par. 82.

²³²³ L'article 380. 2 (1) C.cr.

²³²⁴ Art. 266 L.v.m. (le texte précise : « d'agir à titre de gestionnaire »).

²³²⁵ Art. 273.3 L.v.m. (le texte précise : « d'agir à titre d'administrateur ou dirigeant »).

²³²⁶ La liste des personnes sanctionnées, indiquant leurs noms et prénoms, le montant de la sanction et la nature du manquement est accessible librement sur Internet. Par exemple, les sanctions administratives pécuniaires imposées dans le cadre de l'art. 274.1 L.v.m., et en application des articles 271.13, 271.14 et 271.15 du *Règlement sur les valeurs mobilières* (RLRQ, c. V-1.1, r. 50), sont publiées au Bulletin de l'Autorité des marchés financiers, disponible sur le site internet de l'Autorité des marchés financiers :

446. *Bilan quant aux mesures réduisant les possibilités d'emploi.* Les mesures qui réagissent à des illicéités en réduisant les possibilités d'emploi des personnes visées sont attentatoires au droit à l'emploi en droit français et au droit à la sécurité en droit canadien. La gravité substantielle de ces mesures peut ainsi être caractérisée. Sous réserve de leur gravité quantitative, qui doit aussi être établie pour qualifier le critère de gravité répressive²³²⁷, elles pourraient être répressives, indépendamment de leur qualification formelle.

E. Les mesures d'atteinte au droit de propriété

447. *La consécration juridique variée du droit de propriété entre les droits français et canadien.* Largement protégé en droit français, le droit de propriété fait l'objet de dispositions législatives²³²⁸ et supra-législatives, constitutionnelles²³²⁹ et européennes²³³⁰. En revanche, il n'existe pas de protection constitutionnelle du droit de propriété en droit canadien. C'est un droit de compétence provinciale dont l'appréhension juridique est différente entre les provinces de *common law* et le Québec. Le droit de propriété devra donc être présenté de façon distincte.

448. *L'existence de réactions aux illicéités non-attentatoires au droit de propriété.* Au regard des définitions du droit de propriété, il pourra être constaté que certaines mesures de réaction aux illicéités ne portent pas atteinte au droit de propriété des personnes visées malgré leurs aspects patrimoniaux et confiscatoires. Il sera donc nécessaire de distinguer les mesures attentatoires au droit de propriété des mesures non-attentatoires au droit de propriété dans chacun des droits étudiés, les mesures non-attentatoires au droit de propriété pouvant être exclues de la qualification de répression

<<https://lautorite.qc.ca/grand-public/publications/pour-les-professionnels/le-bulletin-de-lautorite>>. Les sanctions administratives pécuniaires imposées dans le cadre de la *Loi sur la qualité de l'environnement* (préc., note 549) sont enregistrées dans un registre public disponible sur le site internet du ministère de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques, en application des articles 118.5.1 et 118.5.3 de la même loi : <<https://www.registres.environnement.gouv.qc.ca/sanctions/recherche.asp>>.

²³²⁷ *Supra*, par. 365 et *infra*, par. 504 et suiv. Les interdictions professionnelles sont en effet parfois comprises comme des mesures de cessation de l'illicite en ce qu'elles préviendraient le renouvellement de l'illicéité : Murielle BENEJAT, « Cessation de l'illicite et droit pénal », *RPDP* 2011.3.595-627, par. 21, aux p. 612-614. Or, la caractérisation de la cessation de l'illicite exclue la qualification de la répression : *infra*, par. 530 et suiv.

²³²⁸ Art. 544 à 577 C. civ.

²³²⁹ Art. 2 et 17 DDHC.

²³³⁰ Protocole n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, art. 1.

pour défaut de gravité substantielle, définie comme une atteinte à un droit ou à une liberté. Ces différentes mesures, attentatoires ou non-attentatoires au droit de propriété, devront être étudiées ensemble au sein de chaque ordre juridique pour mieux en percevoir les différences. Seront ainsi exposées les mesures susceptibles de porter atteinte au droit de propriété en droit français (1) et en droit canadien (2).

1. Les mesures susceptibles de porter atteinte au droit de propriété en droit français

449. *Distinction des mesures pécuniaires et des mesures non-pécuniaires.* Les mesures portant directement sur des biens comme la confiscation ou la destruction sont susceptibles de porter atteinte au droit de propriété, selon une conception classique de ce droit. En revanche, seule la conception constitutionnelle du droit de propriété permet d'affirmer que les réactions aux illicéités consistant en des mesures pécuniaires sont susceptibles de porter atteinte au droit de propriété des personnes visées. Il convient donc de distinguer la présentation des mesures non-pécuniaires (a) de celle des mesures pécuniaires (b) susceptibles de porter atteinte au droit de propriété.

a. Les mesures non-pécuniaires susceptibles de porter atteinte au droit de propriété

450. *Variétés des mesures non-pécuniaires envisagées.* Différentes mesures non-pécuniaires concernant directement des biens sont susceptibles de porter atteinte au droit de propriété. Outre les confiscations pénales et extra-pénales (α), il existe aussi par exemple des mesures de remise en état des lieux en matière d'urbanisme (β).

α . Les confiscations pénales et extra-pénales

451. *Confiscations et droit de propriété.* En droit français, plusieurs mesures pénales²³³¹ ou extra-pénales²³³² organisent la confiscation de biens²³³³. La confiscation

²³³¹ Art. 131-21 C. pén.

²³³² Par ex. : en matière douanière : art. 430 C. douanes; en matière fiscale : 1791 I CGI.

²³³³ La confiscation est ici envisagée de manière globale, qu'elle soit en nature ou en valeur. En effet, si elle s'effectue en valeur, il s'agit de confisquer la valeur que représente le bien (art. 131-21 al. 9 C. pén.), à défaut de pouvoir ou de vouloir confisquer directement le bien : O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 233, par. 639, p. 352. Soit la valeur est analysée comme un substitut du bien dont elle prend la nature et elle doit alors être assimilée à la confiscation en nature, soit elle est analysée comme une confiscation pécuniaire et doit être assimilée à une sanction pécuniaire. Dans ce dernier cas, il suffit d'appliquer l'analyse tenue concernant les sanctions pécuniaires : *infra*, par. 456 et suiv.

d'un bien emporte directement une atteinte au droit de propriété de son propriétaire, qu'il soit ou non l'auteur du comportement réprimé²³³⁴, tel que ce droit est classiquement défini, c'est-à-dire « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue »²³³⁵. La Cour de cassation considère quant à elle explicitement que la confiscation pénale est une atteinte au droit de propriété, y compris par exemple lorsqu'il s'agit de fonds saisis sur un compte bancaire²³³⁶. La chambre criminelle rappelle ainsi régulièrement l'exigence de motivation des juges du fond quant à la nécessité et à la proportionnalité de l'atteinte portée au droit de propriété de l'intéressé en cas de confiscation²³³⁷. L'acception constitutionnelle du droit de propriété, incluant mais débordant la conception civiliste, confirme cette analyse. En matière de biens saisis par l'administration douanière, le Conseil constitutionnel a rejeté la qualification de peine pour l'aliénation, en cours de procédure, des véhicules et objets périssables saisis sur le fondement de l'article 389 du Code des douanes. Il en a ensuite étudié la constitutionnalité sous l'angle de l'article 17, considérant qu'il s'agit d'une privation du droit de propriété²³³⁸. Si cette mesure avait été qualifiée de peine de confiscation, le Conseil constitutionnel l'aurait étudié sous l'angle de l'article 8 de la DDHC²³³⁹, indépendamment de la question du droit de propriété. Pour autant, l'objet de la mesure serait le même – la privation d'un bien objet de propriété – et il n'a pas été pris en compte comme argument au soutien du rejet de la qualification pénale ou punitive de la mesure. Ainsi, la

²³³⁴ Cyril GRIMALDI, *Droit des biens*, 3^e éd., coll. Manuel, Paris-La Défense, LGDJ, Lextenso, 2021, par. 271, p. 332-334.

²³³⁵ Art. 544 C. civ.

²³³⁶ Crim. 27 juin 2018, n° 16-87.009.

²³³⁷ Crim. 22 mars 2017 n° 16-82.051, *Bull. crim.* 2017, n° 80; 27 juin 2018, n° 16-87.009; 15 mai 2019, n° 18-84.494, *Bull. crim.* 2019, n° 95; Crim. 12 juin 2019, n° 18-83.396, *Bull. crim.* 2019, n° 105; 26 juin 2019, n° 19-80.235, *Bull. crim.* 2019, n° 137. Les confiscations sont en revanche analysées par la Cour européenne des droits de l'homme comme une réglementation de l'usage des biens, au titre du paragraphe 2 de l'article 1 du Protocole n° 1 de la Convention : CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, 7 déc. 1976, par. 63 (confiscation pour destruction d'un bien dont l'usage a été jugé illicite et dangereux pour l'intérêt général); *Agosi c. Royaume-Uni*, n° 9118/80, 24 oct. 1986, par. 51 (confiscation de pièces d'or interdites à l'importation); *Moon c. France*, n° 39973/03, 9 juil. 2009, par. 44-45 (confiscation d'une somme non déclarée au passage de la douane); *Aboufadda c. France*, n° 28457/10, 4 nov. 2014, par. 21 (confiscation pénale d'un immeuble d'habitation financé par l'argent provenant d'un trafic de stupéfiants); *Markus v. Latvia*, n° 17483/10, 11 juin 2020, par. 69-70 (confiscation pénale de biens sans lien avec l'infraction); *Karapetyan v. Géorgie*, n° 61233/12, 15 oct. 2020, par. 32 (confiscation d'une somme non déclarée au passage de la douane); *Aktiva DOO v. Serbie*, n° 23079/11, 19 janv. 2021, par. 78 (confiscation et vente de marchandises, importées légalement par la société requérante, mais commercialisées en violation des règles d'enregistrement des échanges de biens et de services); *Djordjević c. France*, n° 15572/17, 16 sept. 2021, par. 26 (confiscation pénale d'un immeuble sans lien avec l'infraction). Cette appréciation des confiscations, pénales ou extra-pénales, n'empêche pas la Cour de reconnaître qu'elles constituent une ingérence dans la jouissance du droit au respect de ses biens ou entraînent une privation de propriété.

²³³⁸ Cons. const. 2 déc. 2011, n° 2011-203 QPC, *M. Wathik M.*, par. 4.

²³³⁹ *Infra*, par. 458.

confiscation porte atteinte au droit de propriété du propriétaire du bien. L'atteinte au droit de propriété est subordonnée à l'existence d'un droit sur le bien confisqué. Or, en droit pénal les confiscations ont pour objet tant des biens dûment acquis que des biens indûment acquis par la personne visée par la mesure.

452. *Les mesures de confiscations en droit pénal.* En droit français, les mesures pénales de confiscation sont variées²³⁴⁰. Leur appréhension au prisme de la définition unifiée de la répression est en conséquence diverse. Peuvent être confisqués les biens ayant servi à commettre l'infraction ou destinés à la commettre²³⁴¹, les biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction²³⁴², les objets dangereux ou nuisibles²³⁴³, les objets dont la détention est illicite²³⁴⁴, mais encore des éléments qui sont sans rapport avec l'infraction²³⁴⁵. En premier lieu, les confiscations des objets dont la détention est illicite et les biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction, ne portent pas atteinte au droit de propriété de leur détenteur car leur possession n'est pas licite. L'appropriation de ces biens par l'État dépossède matériellement les personnes de ces biens mais ne porte pas atteinte à leur droit de propriété car aucun droit n'a été valablement constitué, en raison même de l'illicéité attachée à leur détention ou leur obtention. En ne portant pas atteinte au droit de propriété, ces confiscations n'apparaissent pas répressives car elles ne sont pas substantiellement graves²³⁴⁶. Toutefois, l'analyse globale de ces mesures de confiscation conduit à nuancer leur exclusion de la catégorie des mesures répressives. La confiscation pénale qualifiée de peine fait partie de la condamnation inscrite au casier judiciaire, elle porte alors atteinte au droit à la vie privée du condamné²³⁴⁷, et éventuellement à son droit à l'emploi²³⁴⁸. Parce qu'elles portent atteinte à des droits autres que le droit de propriété, les mesures de confiscation précitées sont finalement substantiellement graves et pourraient être répressives (sous réserve de la qualification du critère de gravité quantitative). Si la

²³⁴⁰ E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 240 et suiv., p. 115 et suiv.

²³⁴¹ Art. 131-21 al. 2 C. pén.

²³⁴² Art. 131-21 al. 3 C. pén.

²³⁴³ Art. 131-21 al. 7 C. pén.

²³⁴⁴ Art. 131-21 al. 7 C. pén.

²³⁴⁵ Art. 131-21 al. 6 C. pén.

²³⁴⁶ Ce sont en principe des mesures de cessation de l'illicite, elles ne font que mettre un terme à une situation contraire au droit, sous réserve du respect du critère quantitatif attaché à la qualification de la cessation de l'illicite : *infra*, par. 538 et 539.

²³⁴⁷ *Supra*, par 419.

²³⁴⁸ Sous réserve de l'accès des informations aux employeurs potentiels par l'inscription des mesures au bulletin n°2 du casier judiciaire : *Supra*, par. 419 et 442.

confiscation des objets détenus ou acquis illicitement n'était pas inscrite au casier judiciaire et ne pouvait pas faire l'objet d'une mesure de publicité, alors même prononcée par le juge pénal à la suite de la commission d'une infraction, elle ne serait pas répressive car elle ne porterait atteinte à aucun droit ou liberté.

Les confiscations d'objet dangereux ou nuisibles, mais dont la possession n'est pas interdite ou n'est pas obtenue en contrariété avec le droit, et les confiscations d'éléments sans lien avec l'infraction commise²³⁴⁹, portent en revanche atteinte au droit de propriété de leur propriétaire et sont donc substantiellement graves. Sous réserve de leur gravité quantitative²³⁵⁰, ces confiscations pourraient être qualifiées de mesures répressives.

Enfin, la confiscation des biens ayant servi à commettre l'infraction ou destinés à la commettre porte également atteinte au droit de propriété. En effet, seule l'utilisation de ces biens apparaît illicite et non leur acquisition ou détention. La dépossession par la confiscation, en transférant la propriété à l'État, est un moyen de s'assurer de l'interruption de cette utilisation illicite mais réalise bien en même temps une atteinte à un droit de propriété valablement constitué. La gravité substantielle de cette confiscation est caractérisée. La qualification répressive de cette mesure pourrait être acquise sous réserve de l'établissement de sa gravité quantitative²³⁵¹.

Ces différentes confiscations se retrouvent aussi en matière civile avec des conséquences semblables, c'est-à-dire la distinction des mesures qui sont substantiellement graves, en raison de l'atteinte portée au droit de propriété, et celles qui ne le sont pas, en l'absence d'atteinte au droit de propriété.

453. *Les mesures civiles de confiscation et restitution des avantages indus.* En utilisant le même raisonnement que celui proposé pour les mesures pénales de confiscation, il apparaît que différentes mesures civiles de confiscation ou de restitution d'avantages indus ne sont pas substantiellement graves parce qu'elles ne portent pas atteinte au droit de propriété des personnes dans les mains desquelles se trouvent les éléments confisqués.

²³⁴⁹ Par exemple, la confiscation générale de tout ou partie du patrimoine du condamné : art. 131-21 al. 6 C. pén.

²³⁵⁰ *Infra*, par. 538.

²³⁵¹ *Infra*, par. 538.

En matière de propriété intellectuelle, l'alinéa premier de l'article L. 521-8 du Code de la propriété intellectuelle prévoit tant la possibilité de confisquer les matériaux et instruments ayant principalement servi à la création ou à la fabrication d'objets contrefaisants que de confisquer les objets contrefaisants eux-mêmes. Ce faisant, le texte mêle une confiscation attentatoire au droit de propriété et une confiscation qui n'est pas attentatoire au droit de propriété. En effet, les matériaux et instruments ayant principalement servi à la création et à la fabrication des objets contrefaisants ne sont pas en eux-mêmes contrefaisants. Leur utilisation est contraire au droit mais pas leur acquisition ou possession. Leur confiscation porte donc atteinte au droit de leur propriétaire. Elle permet avant tout de s'assurer que le contrefacteur ne les réutilise pas pour continuer son activité. En portant atteinte au droit de propriété, la confiscation des matériaux et instruments ayant principalement servi à la création et à la fabrication des objets contrefaisants est une mesure substantiellement grave. Sous réserve de sa gravité quantitative²³⁵², elle pourrait être répressive. La confiscation des produits contrefaisants n'emporte pas, quant à elle, d'atteinte au droit de propriété portant sur ces produits car ils ont été fabriqués en violation des droits d'autrui, donc, sans droit. Il faut toutefois préciser que le second alinéa de l'article L. 521-8 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que la « juridiction peut aussi ordonner toute mesure appropriée de publicité du jugement, notamment son affichage ou sa publication intégrale ou par extraits [...] ». Sauf à démontrer que cette mesure correspond strictement à une cessation de l'illicite²³⁵³, par information au public du caractère contrefait des produits qu'ils possèdent, ou à une réparation²³⁵⁴, la possibilité d'ordonner la publicité du jugement, donne une dimension répressive à la condamnation civile en raison de l'atteinte au droit à la réputation du condamné²³⁵⁵.

En matière de concurrence, la restitution à la victime des avantages indus obtenus par des pratiques restrictives de concurrence²³⁵⁶ ne porte pas atteinte au droit de propriété

²³⁵² *Infra*, par. 540.

²³⁵³ *Infra*, par. 531 et suiv.

²³⁵⁴ Crim., 15 janv. 1991, n° 90-83.538, *Bull. crim.* n° 25 : « Attendu que, si les juridictions répressives ne peuvent ordonner la publication de leurs décisions à titre de peine qu'en vertu d'une disposition formelle de la loi, elles peuvent la prescrire à titre de réparation sur la demande de la partie civile »; Marie-Sophie BONDON, *Le principe de réparation intégrale du préjudice. Contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile*, coll. Laboratoire de droit privé & de sciences criminelles, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2020, par. 227, p. 239-240.

²³⁵⁵ *Supra*, par. 434.

²³⁵⁶ Art. L. 442-4 al. 2 C. com. La Cour de cassation avait en revanche exclu la prise en compte de l'économie réalisée par une entreprise au moyen d'actes de concurrence déloyale et de parasitisme, pour

de celui qui a obtenu les avantages, puisque ces derniers ont été acquis en contrariété avec le droit. En effet, du point de vue de la situation de l'auteur de l'illicéité, cette mesure n'a pour objet et effet que de retirer ce sur quoi il n'a aucun droit²³⁵⁷. Il y a là un simple rétablissement de l'équilibre juridique²³⁵⁸. La mesure n'est pas substantiellement grave au sens de la définition unifiée de la notion de répression, sous réserve qu'elle ne porte pas atteinte à un autre droit ou liberté.

454. Bilan sur les confiscations. Parmi les confiscations, il serait donc possible de distinguer celles qui sont substantiellement graves parce qu'elles portent atteinte au droit de propriété d'une personne ou à un autre droit ou liberté de la personne visée par la mesure, de celles qui ne le sont pas parce qu'elles ne portent atteinte ni au droit de propriété ni à aucun autre droit ou liberté. Pour les premières, si leur gravité quantitative était également caractérisée, elles seraient répressives et il faudrait alors qu'elles respectent un régime protecteur de type pénal en faveur du justiciable. Pour les secondes, un tel régime pourrait être exclu, à condition toutefois que la mesure ne fasse pas l'objet d'une forme de mémorisation ou de publicité²³⁵⁹ et que le législateur ne les qualifie pas de peines, auquel cas il serait tenu par sa propre qualification. Finalement, il apparaît que les mesures de confiscation ou restitution des biens ou des profits illicites pourraient être traitées comme des « mesures à caractère réel destinées à faire cesser une situation

l'évaluation du montant de la réparation de la victime parce qu'aucun texte ne l'avait prévue : 21 fév. 2012, n° 10-27.966. Elle a récemment évolué sur ce point et admet aujourd'hui dans certaines circonstances que les juges du fond prennent en compte l'avantage indu pour évaluer le préjudice économique de la victime d'un acte de concurrence déloyale : Com. 12 fév. 2020, n° 17-31.614, par. 10; D. 2020.1086, note Jean-Sébastien BORGHETTI; D. 2020.1254, chr. Anne-Claire LE BRAS, Charlotte DE CABARRUS, Stéphanie KASS-DANNO et Stéphanie BARBOT; D. 2020.2421, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra (CDED Y. S.EA n° 4216); D. 2021.207, obs. Jean-Daniel BRETZNER et Augustin AYNES; *Id.*, 594, obs. Hélène AUBRY, Élise POILLOT et Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD; RTD civ. 2020.391, obs. Hugo BARBIER; RTD civ. 2020.401, obs. Patrice JOURDAIN; RTD com. 2020.313, obs. Muriel CHAGNY. Sur cette évolution jurisprudentielle : Nathalie FOURNIER DE CROUY, « Vers de nouveaux motifs de droit « confiscatoires » exprimant la fonction normative de l'action en concurrence déloyale ou parasitaire », RTD com. 2022.5.

²³⁵⁷ La confiscation pour restitution des profits illicites est parfois analysée comme une forme de dommages et intérêts punitifs parce qu'elle permet d'octroyer à la victime d'une illicéité les profits réalisés par l'auteur de l'illicéité, dépassant ainsi l'évaluation de la réparation aux seuls préjudices subis, contrairement au principe de réparation intégrale du préjudice : M.-S. BONDON, préc., note 2239, par. 21, p. 224. Toutefois, au regard de la situation de l'auteur de l'illicéité, cette mesure n'apparaît pas répressive dès lors qu'il n'avait aucun droit sur les profits confisqués. La restitution des profits illicites est parfois appelée dommages et intérêts restitutoires : *Id.*, par. 348-349, p. 372-379.

²³⁵⁸ Dans un sens proche : Adeline COSTES, *La réaction de la responsabilité civile extracontractuelle au profit illicite*, Julien LAGOUTTE et Barbara FRELETEAU-CHAIBRASSOU (dir.), *Le profit Illicite*, Bordeaux, Les colloques de l'ISJC, 3, 2018, p. 39-53, par. 57, p. 53.

²³⁵⁹ Sauf à ce que la mesure de publicité soit elle-même de nature à faire cesser la situation illicite ou qu'elle fasse partie de la réparation accordée à la victime.

illicite »²³⁶⁰ non soumises aux principes régissant la matière pénale, à l'instar des remises en état et démolitions en matière d'urbanisme, à condition qu'elles ne puissent pas être inscrites au casier judiciaire ou faire l'objet d'une publication.

β. Les mesures de remise en état en matière d'urbanisme

455. *Les remises en état prononcées par le juge pénal en droit français.* Sur le fondement de l'article L. 480-5 du Code de l'urbanisme, le juge pénal qui condamne une personne pour violation des règles d'urbanisme, prévues aux articles L. 480-4 et L. 610-1 du même code, peut aussi statuer sur « la mise en conformité des lieux ou celle des ouvrages avec les règlements, l'autorisation ou la déclaration en tenant lieu, soit sur la démolition des ouvrages ou la réaffectation du sol en vue du rétablissement des lieux dans leur état antérieur ». Ces mesures ont un temps été qualifiées de mesures de réparation²³⁶¹ puis de mesures mixtes, à la fois civile et pénale²³⁶². Finalement, la chambre criminelle de la Cour de cassation considère que « la mise en conformité des lieux ou des ouvrages, la démolition de ces derniers ou la réaffectation du sol, prévues par l'article L. 480-5 du Code de l'urbanisme, constituent des mesures à caractère réel destinées à faire cesser une situation illicite, et non des sanctions pénales »²³⁶³. Si les travaux ont été réalisés sans droit, les mesures de mise en conformité et de démolition ne portent pas atteinte à aucun droit et ne sont pas répressives en raison du défaut de gravité substantielle

Toutefois, s'agissant de mesures prononcées à la suite d'une condamnation, la réflexion sur leur nature doit être menée de manière plus globale. En ce qu'elles ne sont pas des sanctions pénales mais des mesures réelles, ces mesures ne sont pas comprises dans la condamnation. En ne faisant pas partie de la condamnation, elles ne sont pas inscrites au casier judiciaire avec celle-ci²³⁶⁴, ni mentionnées, le cas échéant, dans la publication de tout ou partie du jugement de condamnation que peut prononcer le juge²³⁶⁵. Elles ne sont donc définitivement pas répressives, bien qu'elles soient des réactions à des illicéités pénales²³⁶⁶.

²³⁶⁰ *Infra*, note 2363.

²³⁶¹ Crim. 12 juill. 1966, n° 65-93.434, *Bull. crim.* n° 186; 24 mai 1967, n° 66-91712, *Bull. crim.* n° 162.

²³⁶² Crim. 16 oct. 1984, n° 83-94.574, *Bull. crim.* n° 307; 31 mai 1988, n° 87-90.661, *Bull. crim.* n° 239.

²³⁶³ Crim. 8 juin 1989, n° 88-86.756, *Bull. crim.* n° 248; 22 nov. 1990, n° 90-81.142; 23 nov. 1994, *Bull. crim.* n° 377; 28 juin 2016, n° 15-84.968, *Bull. crim.* n° 202.

²³⁶⁴ Art. 768 1° C. proc. pén.

²³⁶⁵ Art. L. 480-5 al. 3 C. urb.

²³⁶⁶ En revanche, si elles avaient été incorporées à la condamnation malgré le rejet de la qualification de peine ou de sanction pénale, elles auraient été susceptibles d'intégrer la catégorie des mesures répressives

Le droit de propriété peut être atteint par certaines mesures non-pécuniaires de réaction aux illicéités, portant sur des biens. Il peut également être mis en jeu par des mesures pécuniaires de réaction aux illicéités.

b. Les mesures pécuniaires susceptibles de porter atteinte au droit de propriété

456. *Distinction des fondements du droit de propriété pour la qualification des atteintes.* L'amende, ainsi que toute forme de sanction pécuniaire, constitue une atteinte au droit de propriété de celui qui la doit. Pour conclure en ce sens, il faut concevoir le droit de propriété sous l'angle de la jurisprudence constitutionnelle, relative à l'article 2 de la DDHC²³⁶⁷, et non par le prisme de sa conception civiliste classique, se fondant sur le texte de l'article 544 du Code civil.

457. *La difficile qualification d'une atteinte sur le fondement du Code civil.* L'article 544 du Code civil français dispose que la « propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue ». Classiquement, le droit de propriété est compris comme un droit patrimonial réel, c'est-à-dire un droit qui confère un pouvoir direct sur un bien²³⁶⁸. Il permet d'établir un lien direct entre le bien et la personne, excluant l'intervention d'une autre personne²³⁶⁹. Au contraire, le droit personnel ou droit de créance, est une relation d'obligation entre deux personnes, le créancier et son débiteur. Le premier a le droit d'exiger du second une prestation²³⁷⁰. Dès lors, dans le cas de

en raison des atteintes qu'elles auraient alors portées au droit à la vie privée, et éventuellement, au droit à l'emploi, par leur mention au casier judiciaire de la personne condamnée et au droit à la réputation pour la potentielle publication de la condamnation. L'analyse globale des atteintes réalisées par les mesures de remise en état permet donc d'écarter définitivement ces mesures de la catégorie des mesures répressives. *Infra*, par. 492 et suiv.

²³⁶⁷ Il est, selon les termes de la DDHC, l'un des « droits naturels et imprescriptibles de l'homme ». L'article 2 de la DDHC offre une protection contre les atteintes au droit de propriété sans dépossession tandis que l'article 17 fixe les règles concernant les atteintes avec dépossession.

²³⁶⁸ Christian ATIAS, *Droit civil. Les biens*, 12^e éd., coll. Manuel, Paris, LexisNexis, 2014, par. 101, p. 80-81; C. GRIMALDI, préc., note 2334, par. 2, p. 15-16; Laurent LEVENEUR et Sabine MAZEAUD-LEVENEUR, *Droit des biens. Le droit de propriété et ses démembrements*, coll. Manuel, Paris, LexisNexis, 2021, par. 53, p. 47; Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Maxime JULIENNE, *Droit des biens*, 9^e éd., coll. Droit civil, Paris-La Défense, LGDJ, Lextenso, 2021, par. 137, p. 111; Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des biens*, 8^e éd., coll. Objectif droit COURS, Paris, LexisNexis, 2020, par. 47, p. 17.

²³⁶⁹ C. ATIAS, préc., note 2368, par. 66, p. 49; C. GRIMALDI, préc., note 2334, par. 2, p. 15-16; L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, préc., note 2368, par. 6, p. 9; P. MALAURIE, L. AYNES et M. JULIENNE, préc., note 2368, par. 138, p. 112; J.-B. SEUBE, préc., note 2368, par. 46, p. 17.

²³⁷⁰ C. ATIAS, préc., note 2368, par. 89, p. 68-69; L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, préc., note 2368, par. 6, p. 9; P. MALAURIE, L. AYNES et M. JULIENNE, préc., note 2368, par. 138, p. 112; J.-B. SEUBE, préc., note 2368, par. 48, p. 17; Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les biens*, 3^e éd., coll. Droit fondamental, Paris, Presses universitaires de France, 2008, par. 47, p. 93.

l'amende pénale, l'État apparaît comme créancier d'une obligation à l'égard du responsable pénal, tout comme la victime d'un dommage est créancière d'une obligation de réparation envers le responsable²³⁷¹. Étudié sous cet angle, il ne semble pas possible de qualifier une atteinte à la propriété par l'imposition d'une amende et cela peu importe qu'elle soit pénale, administrative ou civile. Cela pourrait expliquer que la doctrine pénaliste qualifie les amendes de « peines pécuniaires » ou « patrimoniales » sans faire référence au droit de propriété²³⁷². Pourtant, selon la vision défendue par plusieurs auteurs civilistes, le droit de propriété ne devrait pas être envisagé comme un droit réel, ni défini par les attributs que lui confère que Code civil²³⁷³. Ils ne sont en réalité que les effets de la propriété. Celle-ci doit alors être envisagée comme un rapport d'exclusion : l'exclusion des tiers sur tous les biens qui peuvent appartenir à une personne, biens corporels, incorporels et droits²³⁷⁴. En ce sens, la propriété des créances, considérées comme des biens, existe, et le lien d'obligation s'envisage tout à fait sous l'angle du droit de propriété. L'appréhension constitutionnelle du droit de propriété se rapproche de cette conception moderne et permet d'en étendre le champ d'application. La jurisprudence constitutionnelle rend ainsi possible la qualification d'une atteinte au droit de propriété par les amendes et autres mesures pécuniaires semblables.

458. *La qualification possible d'une atteinte sur le fondement de la DDHC.* Le Conseil constitutionnel, selon une approche élargie, accorde une protection constitutionnelle aux créances sur le fondement du droit de propriété²³⁷⁵. Cela permet d'écarter l'argument selon lequel une relation d'obligation de nature monétaire exclurait une analyse de la situation sous l'angle du droit de propriété. Allant encore plus loin, le Conseil constitutionnel admet qu'une solidarité financière du donneur d'ordre, pour le

²³⁷¹ Not. art. 1240 à 1244 C. civ.

²³⁷² B. BOULOC, préc., note 35, par. 640 et suiv., p. 541 et suiv.; O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 233, par. 631, p. 348.

²³⁷³ J.-B. SEUBE, préc., note 2368, par. 58, p. 21; Frédéric ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété. », *RTD Civ.* 1993.305. Les créances sont des droits personnels qualifiables de biens, c'est-à-dire des objets de propriété : F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 2370, par. 46-47, p. 92-93.

²³⁷⁴ *Id.*

²³⁷⁵ Cons. const. 5 oct. 2016, n° 2016-574/575/576/577/578 QPC, *Société BNP PARIBAS SA*, par. 7, relativement à l'extinction des créances pour défaut de déclaration dans les délais en cas d'acceptation de la succession à concurrence de l'actif net; 17 nov. 2016, n° 2016-739 DC, *Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, par. 74 : les « dispositions contestées, en ce qu'elles prévoient la possibilité pour la commission de surendettement d'imposer le rééchelonnement d'une créance et son effacement partiel ou total, portent atteinte au droit de propriété des titulaires de ces créances ». Voir déjà : Cons. const. 10 juin 2010, n° 2010-607 DC, *Loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, par. 9; 13 juillet 2011, n° 2011-151 QPC, *M. Jean-Jacques C.*, par. 4.

paiement des sommes dues par son cocontractant ou sous-traitant au Trésor public et aux organismes de protection en cas de travail dissimulé, est une atteinte au droit de propriété dont il faut vérifier la légitimité et la proportionnalité au titre de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²³⁷⁶. C'est là affirmer que l'obligation de payer une dette constitue une atteinte au droit de propriété du débiteur. Il se déduit alors par analogie que l'amende, ou toute autre sanction pécuniaire, constituent également une atteinte au droit de propriété de son débiteur, au sens constitutionnel de ce droit. Toutefois, il n'existe pas de jurisprudence constitutionnelle mettant en lien l'amende pénale, ou toute autre sanction pécuniaire qualifiée de sanction ayant le caractère de punition, et le droit de propriété. Le Conseil constitutionnel s'y refuse même explicitement en raison de la qualification constitutionnelle de peine ou de sanction ayant le caractère de punition²³⁷⁷. En effet, il réalise une application distributive des articles 2 et 17 de la DDHC relatifs au droit de propriété, d'une part, et de l'article 8 de la DDHC relatif au principe de proportionnalité de la peine, d'autre part. Ainsi, les premiers sont susceptibles de s'appliquer lorsque la mesure pécuniaire envisagée n'est pas qualifiée de peine ou de sanction ayant le caractère de punition, alors que c'est le second qu'il convient de mettre en œuvre quand l'une ou l'autre de ces qualifications est retenue²³⁷⁸. Toutefois, il n'y a pas de raison que la qualification formelle de la mesure en modifie l'objet. Si une mesure de solidarité financière, qui suppose le paiement d'une somme d'argent par un débiteur au Trésor public, porte atteinte au droit de propriété, alors l'amende, qui suppose également un tel paiement, porte aussi atteinte au droit de propriété. C'est en ce sens l'article 2 de la DDHC qui est mis en jeu. L'article 17 de la DDHC ne semble pas pouvoir tenir lieu de fondement textuel au contrôle des atteintes au droit de propriété dans le cas des sanctions pécuniaires. En effet, le Conseil constitutionnel établit une distinction entre le champ d'application de l'article 2 qui concerne les atteintes au droit de propriété alors

²³⁷⁶ Cons. const. 31 juill. 2015, n° 2015-479 QPC, *Société Gecop*, par. 18 : « [...] que l'atteinte au droit de propriété du donneur d'ordre qui résulte des dispositions contestées est justifiée par des objectifs d'intérêt général et proportionnée à ces objectifs [...] ».

²³⁷⁷ Cons. const. 8 oct. 2014, n° 2014-418 QPC, *Société SGI*, par. 6, relativement à une amende pour contribution à l'obtention par un tiers d'un avantage fiscal indu.

²³⁷⁸ Cons. const. 28 février 2014, n° 2013-369 QPC, *Société Madag*, par. 7-11, relativement au droit de vote dans les sociétés cotées; 8 oct. 2014, préc., note 2377, par. 6; 31 juill. 2015, préc., note 2376.

que l'article 17 concerne les privations de propriété²³⁷⁹. Les sanctions pécuniaires ne sont pas privatives de propriété au sens constitutionnel²³⁸⁰.

Les amendes et autres mesures pécuniaires de réaction aux illicéités, y compris les dommages et intérêts du droit civil, sont donc substantiellement graves et pourraient, sous réserve de leur gravité quantitative²³⁸¹, intégrer la catégorie des mesures répressives, à l'instar de certaines mesures patrimoniales non-pécuniaires.

Le droit canadien, fédéral ou provincial, connaît également différentes mesures patrimoniales de réaction aux illicéités. Cependant la qualification d'une atteinte au droit de propriété par ces mesures s'avère plus délicate.

2. Les mesures susceptibles de porter atteinte au droit de propriété en droit canadien

459. *L'absence de conception uniforme du droit de propriété en droit canadien.* La Charte canadienne ne protège pas le droit de propriété²³⁸². De plus, la propriété et les droits civils sont de la compétence exclusive des provinces²³⁸³. Ainsi, au Québec, la conception du droit de propriété trouve son origine dans le droit civil français. En revanche, dans les autres provinces, la protection de la propriété est issue de la *common law* et il n'existe pas à proprement parler de droit de propriété, tel qu'il se conçoit en droit civil²³⁸⁴. Il s'agit plutôt « d'un fagot de droits »²³⁸⁵ ou « droits de propriété »²³⁸⁶. Il n'y a donc pas de droit de propriété uniforme au Canada, malgré les rapprochements

²³⁷⁹ Voir entre autres : Cons. const. 16 déc. 2011, n° 2011-206 QPC, *M. Noël C.*, par. 3; 28 fév. 2014, préc., note 2378, par. 8; 31 juill. 2015, préc., note 2376, par. 16; 17 nov. 2016, préc., note 2375, par. 73

²³⁸⁰ L'article 17 établit comme garantie des privations de propriété, outre l'exigence d'une nécessité publique légalement constatée, une juste et préalable indemnité. Cela n'aurait aucun sens dans le cadre d'une peine ou d'une sanction ayant le caractère de punition.

²³⁸¹ La gravité quantitative, qui se cumule avec la gravité substantielle pour caractériser la gravité répressive (sauf pour les atteintes à la vie, à l'intégrité physique et à la liberté individuelle, pour lesquelles la gravité substantielle suffit) est appréciée au regard de l'adéquation entre la mesure de réaction à l'illicéité et le strict rétablissement de la situation antérieure à l'illicéité. S'il y a adéquation, il n'y a pas de gravité quantitative : *Infra*, par. 536, 551, 553-556.

²³⁸² L'intégration du droit de propriété dans la Charte canadienne a été discutée à plusieurs reprises mais a toujours échoué : David JOHANSEN, *Le droit à la propriété et la Constitution*, BP-268F, Division du droit et du gouvernement, 1991, en ligne : <<https://publications.gc.ca>>.

²³⁸³ *Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 355, art. 92. 13. Cela explique, entre autres éléments, l'absence de consécration du droit de propriété au niveau de la législation fédérale.

²³⁸⁴ Yaëll EMERICH, *Droit commun des biens: perspective transsystème*, Montréal (Québec) Canada, Éditions Yvon Blais, 2017, ch. 4 : À la recherche de la propriété : entre droit civil et common law, p. 143-196.

²³⁸⁵ Yaëll EMERICH, « Introduction », dans *Droit commun des biens: perspective transsystème*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2017, EYB2017DCB16 (La référence); Yaëll EMERICH, « La caractérisation de la propriété », dans *Droit commun des biens: perspective transsystème*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2017, EYB2017DCB18 (La référence).

²³⁸⁶ *R. c. Boudreault*, préc., note 173, par. 127.

contemporains du droit des biens en *common law* et en droit civil²³⁸⁷. Ce sont donc des arguments différents qui permettent d'envisager que les amendes et confiscations soient constitutives, d'une part, d'atteinte aux droits de propriété en *common law* (a) et, d'autre part, d'atteinte au droit de propriété en droit civil (b).

- a. La possibilité de qualifier une atteinte aux droits de propriété en *common law*

460. L'affirmation jurisprudentielle de l'atteinte aux droits de propriété résultant des amendes et confiscations. Dans un arrêt où elle étudiait la possibilité de qualifier la suramende compensatoire de peine cruelle et inusitée, la Cour suprême a expliqué ceci²³⁸⁸ :

« Le fait que notre Cour a conclu à trois occasions seulement que des dispositions précises relatives à des peines obligatoires d'emprisonnement minimales contrevenaient à l'art. 12 (*Smith, Nur et Lloyd*) témoigne de la rigueur du critère. En ce qui concerne les traitements et peines relatifs à des droits de propriété, la Cour d'appel de Terre-Neuve a formulé la remarque suivante dans *R. c. Lambe*, 2000 NFCA 23, 73 C.R.R. (2d) 273, par. 69 :

[TRADUCTION] Si ce n'est qu'en de « très rares » situations que l'art. 12 peut être invoqué à l'égard de peines portant atteinte aux libertés personnelles — la protection de telles libertés ayant motivé essentiellement l'adoption de la *Charte* —, il semble éminemment raisonnable d'affirmer que les situations où des amendes et des confiscations peuvent être contestées avec succès en vertu de l'art. 12 seront encore plus exceptionnelles. » (nous soulignons)

Reprenant le raisonnement de la Cour d'appel de Terre-Neuve, la Cour suprême qualifie indirectement les amendes et confiscations de peines relatives aux droits de propriété, par opposition à l'emprisonnement qui est une atteinte à la liberté personnelle. La qualification des amendes et confiscations comme mesures attentatoires aux droits de propriété tels que conçus en *common law* semble dès lors acquise. Malgré l'intérêt d'une telle affirmation pour la caractérisation de la gravité substantielle des amendes et confiscations, sa portée doit être précisée. En effet, il faut noter que cette qualification n'était pas l'enjeu de la décision et qu'elle servait à mettre en lumière le caractère peu habituel de la mesure étudiée à l'aune de l'article 12 de la Charte canadienne. De plus, le

²³⁸⁷ Yaëll EMERICH, « La détermination du bien objet de propriété », dans *Droit commun des biens : perspective transsystémique*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2017.

²³⁸⁸ *R. c. Boudreault*, préc., note 173, par. 127; *R. v. Lambe*, 2000 NFCA 23, par. 62, 69-71.

lien entre les droits de propriété et les amendes et confiscations n'est pas techniquement expliqué et n'est annoncé qu'une seule fois dans la décision. L'affirmation d'une atteinte aux droits de propriété par les amendes et confiscations sur le seul fondement de cette décision doit donc être faite avec des réserves. Un autre extrait de la décision de la Cour d'appel de Terre-Neuve manifeste plus explicitement le lien²³⁸⁹ :

*“Actually, there is some scope for conjecture that s. 12 does not even apply to penalties solely involving the deprivation of an offender's property, such as fines or forfeitures, as opposed to his or her personal liberty. This springs from the fact that the right to property was not expressly protected under the **Charter** (see **Re Estabrooks Pontiac Buick** (1983) 1982 CanLII 3042 (NB CA), 44 N.B.R. (2d) 201 (N.B.C.A.) per LaForest J.A. at p. 214; and, Hogg, **Constitutional Law of Canada**, 2nd ed., Carswell at p. 655). Hence, it provides no direct shelter, for example, to someone seeking relief from the reach of expropriation laws. This being the case, some room appears to be available to mount argument that fines and forfeitures, being confiscations of proprietary rights or property, are immune from attack founded on violation of **Charter** guarantees.”*

Dans cette affaire, deux personnes ont été reconnues coupables d'avoir enfreint la législation provinciale relative à l'utilisation des véhicules tout-terrain (la *All-Terrain Vehicle Use Regulations* de 1994, promulguée sur le fondement de la *Motorized Snow and All-Terrain Vehicles Act*, R.S.N. 1990, c. M-20). Elles ont ainsi dû payer une amende et leurs véhicules ont été confisqués. Ils ont contesté la confiscation, considérant qu'elle constituait une peine cruelle et inusitée au sens de l'article 12 de la Charte canadienne. Dans ce contexte, la Cour d'appel de Terre-Neuve a mesuré la possibilité de qualifier les amendes et confiscations de peines cruelles et inusitées alors qu'elles constituent des confiscations des droits de propriété ou de propriété, lesquels droits ne sont pas protégés par la Charte canadienne. La qualification de l'atteinte aux droits de propriété par l'imposition des amendes et confiscations apparaît finalement aller d'elle-même tant elle ne fait l'objet d'aucune discussion. Seule l'absence de protection de ces droits par la Charte canadienne est exposée comme obstacle possible à l'applicabilité de l'article 12 de la Charte aux amendes et confiscations. En somme, à s'en tenir à ces positions jurisprudentielles, il serait possible de qualifier les amendes et confiscations de mesures attentatoires aux droits de propriété en *common law* et de caractériser ainsi leur gravité substantielle.

²³⁸⁹ *R. v. Lambe*, préc., note 2272, par. 62.

Plusieurs autres arguments permettent également d'envisager la qualification d'une atteinte au droit de propriété par l'imposition des sanctions pécuniaires ou confiscatoires en droit québécois.

b. La possibilité de qualifier les atteintes au droit de propriété en droit civil québécois

461. *Droit de propriété et mesures d'atteinte au droit de propriété.* Afin de comprendre la qualification aisée des atteintes au droit de propriété résultant des mesures de confiscation en droit civil québécois, par opposition à la caractérisation malaisée des atteintes à ce même droit par les amendes et autres mesures pécuniaires, il faut exposer la définition du droit de propriété en droit québécois. Ainsi, après avoir exposé la conception québécoise du droit de propriété (α), seront présentées les mesures susceptibles d'être attentatoires au droit de propriété en droit québécois (β).

α . La conception québécoise du droit de propriété

462. *Définition du droit de propriété en droit civil québécois.* L'article 947 du Code civil du Québec énonce que la « propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien ». Malgré quelques divergences relatives à son objet, ses attributs et ses caractères, les définitions du droit de propriété dans les droits civils français et québécois sont plutôt proches²³⁹⁰. Premièrement, l'objet du droit de propriété en droit québécois est un bien. En droit français, la conception contemporaine de la chose entendue au titre du droit de propriété est élargie et la rapproche du bien, telle que cette dernière notion est définie en droit québécois. Sont des biens les choses qui, pouvant procurer utilité à l'homme, sont susceptibles d'appropriation²³⁹¹. Deuxièmement,

²³⁹⁰ L'article 947 du *Code civil du Québec* reprend l'article 406 du *Code civil du bas Canada* qui définissait le droit de propriété, en modifiant toutefois sa formulation afin de la moderniser. Le sens du texte demeure très proche : Denis VINCELETTE, « Définition et notion de la propriété. Plaidoyer pour la vraisemblance », (2001) 31-4 *R.G.D.* 677-700, aux p. 678-685. L'article 406 du *Code civil du bas Canada* était une réplique de l'article 544 du Code civil français. C'est pourquoi, malgré les différences terminologiques entre le Code civil en droit français et le *Code civil du Québec*, le sens des dispositions est semblable. Les modifications apportées en droit québécois pour adapter la définition du droit de propriété à l'époque contemporaine existent également en droit français. Ce sont la jurisprudence et la doctrine qui les ont apportées.

²³⁹¹ En droit civil français, comme en droit civil québécois, les notions de choses et de biens sont distinctes. Les notions ont toutefois un champ d'application commun. Ainsi, si certaines choses sont également des biens, d'autres choses n'en sont pas car elles ne sont appropriables. C'est le cas des choses communes (art. 714 C. civ. et art. 913 C.c.Q.). Ensuite, outre les choses corporelles qui intègrent classiquement la catégorie des biens, il existe des biens immatériels qualifiés de biens en raison de leur utilité, notamment économique, et de leur possible appropriation. Selon les auteurs la terminologie varie : choses incorporelles, biens

les attributs du droit de propriété sont plus similaires que ne le laissent paraître les textes. Ils sont au nombre de trois en droit québécois, mais la doctrine française ajoute unanimement l'*usus* au *fructus* et à l'*abusus*²³⁹² énoncés par l'article 544 du Code civil. Enfin, la liberté et la complétude du droit de propriété proclamée par le *Code civil du Québec*, remplace l'absolutisme du droit de propriété exprimé par le Code civil français, en lui octroyant un sens plus précis²³⁹³. Ces caractères expriment ainsi certains aspects de l'absolutisme²³⁹⁴, tout en écartant l'idée d'un droit sans limite²³⁹⁵. Cette conception du droit de propriété, proche de l'acception française classique, a pour conséquence une différenciation du lien d'obligation et du droit de propriété.

463. *La distinction du lien d'obligation et droit de propriété en droit civil québécois.*

Le droit de propriété est classiquement qualifié en droit civil québécois de droit réel

incorporels, biens immatériels. Voir entre autres : C. GRIMALDI, préc., note 2334, par. 54, p. 73-74; L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, préc., note 2368, par. 10, p. 11-12; P. MALAURIE, L. AYNES et M. JULIENNE, préc., note 2368, par. 106, p. 81; J.-B. SEUBE, préc., note 2368, par. 1, p. 1; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 2370, par. 45 et suiv., p. 91 et suiv. Ces distinctions et points communs entre choses et biens, d'une part, et entre biens corporels et incorporels, d'autre part, sont semblables en droit civil québécois : art. 899, 913 et 947 C.c.Q.; Y. EMERICH, préc., note 2271 EYB2017DCB28, p. 3-5 (PDF) (La référence); Édith LAMBERT, « Commentaire sur l'article 913 C.c.Q. », dans *Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ)*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2008, par. 913 555, EYB2008DCQ1022 (La référence).

²³⁹² Voir entre autres : C. GRIMALDI, préc., note 2334, par. 30, p. 48; L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, préc., note 2368, par. 54, p. 47; P. MALAURIE, L. AYNES et M. JULIENNE, préc., note 2368, par. 184, p. 143; J.-B. SEUBE, préc., note 2368, par. 69, p. 29. Voir égal. : F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 2370, par. 209, p. 333-334. Les auteurs critiquent toutefois cette typologie tripartite, qu'ils nomment les utilités de la chose. Il faut toutefois noter que certains auteurs québécois ajoutent l'accession aux attributs énumérés par la disposition du code. Sur cette notion, voir entre autres : Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 8^e éd., Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2018, par. 756 et suiv.; Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, p. 104.

²³⁹³ D. VINCELETTE, préc., note 2390, aux p. 681-685.

²³⁹⁴ La complétude – le droit de propriété confère au propriétaire toutes les utilités du bien – et la liberté – le propriétaire peut faire de son bien tout ce qui n'est pas interdit par la loi – relatives au droit de propriété sont mis en avant par plusieurs auteurs au titre de l'absolutisme du droit de propriété. Le terme liberté n'est pas utilisé par tous les auteurs mais la réalité décrite par ceux qui ne l'emploient pas est la même réalité que celle qui est désignée sous ce terme chez d'autres auteurs : C. ATIAS, préc., note 2368, par. 127, p. 99-100; C. GRIMALDI, préc., note 2334, par. 256, p. 315-316; L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, préc., note 2368, par. 75 et 78, p. 61 et 63-64 (évoquant le caractère souverain du droit de propriété); P. MALAURIE, L. AYNES et M. JULIENNE, préc., note 2368, par. 183-184, p. 143; J.-B. SEUBE, préc., note 2368, par. 76-77, p. 33. Le caractère absolu du droit de propriété est aussi expliqué au regard de la distinction existant entre celui-ci et les droits incorporels. Ainsi, il exprimerait le caractère illimité du droit de propriété par rapport au caractère limité des droits incorporels, résultant de leur nature même. Les droits incorporels seraient également relatifs en raison de la médiation qu'ils supposent entre leur titulaire et un autre sujet de droit, tandis que le droit de propriété se conçoit comme un rapport d'opposabilité entre un sujet de droit et le reste de la société : F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 2370, par. 214, p. 342.

²³⁹⁵ Le droit de propriété a toujours été contenu dans les limites de la loi, et l'expression « de la manière la plus absolue » ne signifie pas en droit français contemporain que ce droit ne connaît aucune limite.

établissant un rapport direct entre le propriétaire et le bien²³⁹⁶. De ce point de vue, si l'argent est un bien meuble corporel objet de propriété²³⁹⁷, les créances sont en revanche, comme pour l'acception classique française, considérées comme des droits personnels²³⁹⁸ et ne pourraient pas être l'objet d'un droit de propriété. Ainsi, et de surcroît parce qu'elles constituent des éléments du passif d'un patrimoine, les dettes ne seraient pas non plus susceptibles d'être l'objet d'un droit de propriété de leur débiteur. Or, une sanction pécuniaire s'analyse en une dette pour le responsable qui doit s'en acquitter. Bien qu'elle engendre une diminution de la valeur du patrimoine du débiteur, l'existence de la dette et son paiement ne semblent pas constituer une atteinte à son droit de propriété. Pourtant, le droit positif québécois envisage lui-même des « interférences »²³⁹⁹ entre droit de créance et droit de propriété qui permettraient de penser les sanctions pécuniaires comme des atteintes au droit de propriété de leur débiteur.

464. *La conciliation du lien d'obligation et du droit de propriété, la propriété des créances.* Certains éléments du droit positif permettent d'envisager les sanctions pécuniaires comme des atteintes au droit de propriété en droit civil québécois. En premier lieu, la conciliation entre le lien d'obligation et le droit de propriété par l'acceptation d'une propriété des créances permet de relativiser l'obstacle technique précédemment exposé. En effet, l'opposition entre droit réel et droit personnel doit être atténuée. La propriété des créances est aujourd'hui envisagée en droit civil²⁴⁰⁰ en raison de l'extension du droit de propriété aux biens incorporels²⁴⁰¹. L'existence d'un droit de propriété sur

²³⁹⁶ Y. EMERICH, préc., note 2269, à la p. 1 (PDF) (La référence); Y. EMERICH, préc., note 2271, à la p. 1 (PDF) (La référence); Édith LAMBERT, « Commentaire sur l'article 899 C.c.Q. », dans *Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ)*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2008, par. 899 570, EYB2008DCQ1008 (La référence); Édith LAMBERT, « Commentaire sur l'article 911 C.c.Q. », dans *Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ)*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2018, par. 911 555, EYB2008DCQ1020 (La référence); D.-Cl. LAMONTAGNE, préc., note 2392, par. 204; Sylvio NORMAND, préc., note 2392, p. 95.

²³⁹⁷ *Wood c. Commer-Tech America Inc.*, 2003 CanLII 20828 (QC CS), par. 82-84. Le détournement d'une somme d'argent au moyen de l'utilisation d'un code comptable permettant de consentir des remboursements aux clients de son employeur, que la défenderesse a versé directement sur ses comptes personnels, constitue une atteinte illicite au droit à la libre jouissance des biens de son employeur au sens de l'article 6 de la Charte québécoise : *Présent Importateurs ltée c. Spykerman Giraldeau*, 2018 QCCS 5652, par. 8.

²³⁹⁸ É. LAMBERT, préc., note 2396, par. 899 570; D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 2392, par. 96.

²³⁹⁹ D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 2392, par. 101.

²⁴⁰⁰ Y. EMERICH, préc., note 2271, à la p. 4 (PDF) (La référence); S. NORMAND, préc., note 2392, p. 117.

²⁴⁰¹ Le droit de propriété porte en effet sur tout « bien » sans que l'article 947 C.c.Q. ne distingue entre les biens corporels et incorporels. Or, l'article 899 C.c.Q. qui annonce la division de la catégorie des biens entre meubles et immeubles, précise que sont envisagés tant les biens corporels, qu'incorporels. Cette interprétation est retenue en jurisprudence et par plusieurs auteurs : *Anglo Pacific Group PLC c. Ernst &*

certaines créances a été reconnue pour l'application des dispositions du *Code civil du Québec*²⁴⁰². L'analyse du lien d'obligation sous l'angle du droit de propriété est donc possible. Cependant, pour l'application de l'article 6 de la *Charte des droits et libertés de la personne* qui protège le droit de propriété²⁴⁰³, les créances ne sont pas qualifiées de biens²⁴⁰⁴. La jurisprudence se montre en effet très réservée sur l'étendue de la protection du droit de propriété²⁴⁰⁵. Toutefois, cette jurisprudence qui privilégie une interprétation plus restrictive du droit de propriété que celle retenue en application du Code civil pourrait être contredite par application de la règle de l'interprétation large et libérale de la Charte québécoise²⁴⁰⁶, à l'encontre de laquelle elle se situe manifestement. De plus, un argument relevé au soutien du rejet de la qualification de bien pour certaines créances est discutable²⁴⁰⁷. Ce rejet, qui demeure cantonné à l'application de la Charte québécoise, ne

Young inc., 2013 QCCA 1323, par. 53; Y. EMERICH, préc., note 2271, à la p. 3 (PDF) (La référence); É. LAMBERT, préc., note 2396, par. 899 570; S. NORMAND, préc., note 2392, p. 117.

²⁴⁰² *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, [2003] 1 R.C.S. 666 (CSC), par. 3 à 5.

²⁴⁰³ Art. 6 : « Toute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi ». Sur la protection de la propriété par la *Charte des droits et libertés de la personne*, voir : Anne-Françoise DEBRUCHE, « La protection de la propriété par la Charte des droits et libertés de la personne : diable dans la bouteille ou simple peau de chagrin ? », (2006) Hors-série-La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives-66.5 *R. du B.* 175-216.

²⁴⁰⁴ Plusieurs décisions refusent explicitement de qualifier les créances de biens au sens de l'article 6 de la Charte québécoise : *Automobile Cordiale ltée c. DaimlerChrysler Canada inc.*, 2010 QCCS 32, par. 189; *Parent c. Beauparlant*, 2010 QCCS 3962, par. 44; *Jean-Jacques c. 9119-3631 Québec inc.*, 2011 QCCS 2163, par. 105; *Association pour la protection automobile c. Ultramar Ltée*, 2012 QCCS 4199, par. 260; *Marchés Mondiaux CIBC inc. c. Côté*, 2013 QCCS 3731, par. 84. Plus récemment, la cour d'appel du Québec a confirmé la possibilité d'octroyer des dommages-intérêts punitifs sur le fondement de l'article 49 alinéa 2 de la Charte québécoise pour atteinte illicite et intentionnelle à la jouissance paisible et libre disposition de ses biens au sens de l'article 6 de cette Charte concernant des crédits d'impôt dus à une société et retenus illégalement par l'Agence de revenu du Québec : *Agence du revenu du Québec c. Groupe Enico inc.*, 2016 QCCA 76, par. 159 et 165. Dans ses motifs (par. 159), la juge Bélanger précise que : « les crédits d'impôt étaient dus à Enico et ne devaient pas être assimilés à une simple créance ».

²⁴⁰⁵ A.-F. DEBRUCHE, préc., note 2403, spéc. aux p. 180-186.

²⁴⁰⁶ *Loi d'interprétation du Québec*, art. 41 al. 2.

²⁴⁰⁷ Plusieurs décisions reprennent l'idée exprimée par des auteurs selon laquelle une interprétation de l'article 6 incluant les créances aux biens nierait le caractère exceptionnel des dommages punitifs : Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, « Réparation compensatoire », dans *La responsabilité civile*, 9^e éd., Volume 1-Principes généraux, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2020, EYB2020RES38 (La référence). Pour autant il ne semble pas opportun de considérer le champ d'application de l'article 6 à l'aune de celui de l'article 49 alinéa 2, lesquels champs d'application sont indépendants. L'article 6 de la Charte québécoise, comme les autres articles établissant les droits et libertés défendus par cette Charte, doit être délimité par son propre objet, la défense de la jouissance paisible et de la libre disposition de ses biens, sans égard au champ d'application de l'article 49 alinéa 2 qui permet l'octroi de dommages-punitifs pour les atteintes illicites et intentionnelles aux droits ou libertés reconnus par la Charte. Ce dernier article détermine ses propres conditions d'application, en accord avec l'article 1621 du *Code civil du Québec*. Il faut en premier lieu qualifier l'atteinte au droit de propriété par rapport aux notions propres de l'article 6 et vérifier dans un second temps si cette atteinte est illicite et intentionnelle selon les critères de l'article 49 alinéa 2 de la Charte, les juges décidant ensuite de l'opportunité de condamner l'auteur de l'atteinte à des dommages-intérêts punitifs en fonction des critères de l'article 1621 du Code civil. En appliquant ce processus, le caractère exceptionnel des dommages-intérêts punitifs est sauvegardé, tout en concevant de manière cohérente le contenu de l'article 6. Cela n'empêche évidemment

semble donc pas indépassable. La conceptualisation technique du droit de propriété n'apparaît pas comme un obstacle absolu à la reconnaissance de l'atteinte au droit de propriété résultant de l'imposition d'une sanction pécuniaire. De surcroît, le bien-fondé du refus de l'encadrement des sanctions pécuniaires administratives sur le plan constitutionnel a été justifié en doctrine par l'absence de protection du droit de propriété dans la Charte canadienne²⁴⁰⁸, de la même façon que cela a été discuté relativement aux droits de propriété en *common law*²⁴⁰⁹. Ainsi, l'atteinte au droit de propriété par l'imposition d'une sanction pécuniaire semble aller d'elle-même en droit civil comme en *common law*²⁴¹⁰, malgré la conception technique de ce droit.

465. Comparaison entre les sanctions pécuniaires et les confiscations. La qualification d'une atteinte au droit de propriété ne pose aucune difficulté concernant les confiscations. La définition classique du droit réelle s'applique parfaitement. En effet, la confiscation opère la disqualification du lien direct entre un propriétaire et un bien et fait naître un lien direct entre un nouveau propriétaire, généralement l'État, et ce bien. De ce fait, le patrimoine de la personne à qui le bien est confisqué diminue. Finalement, la situation n'est pas bien différente pour le débiteur d'une dette à l'État. Celui-ci subit une perte dans son patrimoine du fait de l'existence de la dette et de son paiement, au profit de l'État ou d'une autre personne. Il serait ainsi intéressant de considérer que les sanctions pécuniaires portent atteinte, comme les confiscations, au droit de propriété, malgré les difficultés techniques liées à la définition du droit de propriété précédemment exposées et relativisées.

pas d'exclure les créances de la catégorie des biens tels conçus par l'article 6, mais cela suppose de se fonder le cas échéant sur des arguments techniques relatifs à la notion de bien elle-même. Par ailleurs, établir le champ d'application de l'article 6 de la Charte québécoise au regard de son article 49 alinéa 2 a pour effet de restreindre la portée de la protection de ce premier article selon des termes qui ne sont contenus ni dans celui-ci ni dans l'article 9.1 de la Charte. Or, cela va à l'encontre de l'interprétation large et libérale qui devrait être utilisée : art. 41 al. 2 de la *Loi d'interprétation du Québec*; Mélanie SAMSON et François HENAULT, « Le droit à l'égalité dans l'exercice de la liberté de tester au Québec : l'exemple du testament de la personne sourde qui ne peut ni parler, ni lire, ni écrire », (2017) 119 *Revue du notariat*, EYB2017RDN66, p. 3 (PDF) (La référence). Il ne semble pas que le principe selon lequel les « dispositions d'une loi s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble et qui lui donne effet » (art. 41.1 de la *Loi d'interprétation*) puisse conduire à restreindre le champ d'application de l'article 6 par l'interprétation de l'article 49 alinéa 2 de la Charte québécoise. Ce dernier article possède en lui-même, et par l'intermédiaire de l'article 1621 du Code civil, les règles propres à en délimiter l'usage. De plus, l'objet de la *Charte des droits et libertés de la personne* n'est pas en premier lieu la condamnation des auteurs des atteintes aux droits et libertés qu'elle reconnaît mais la protection contre ces atteintes, de sorte que la condamnation des auteurs d'atteintes illicites et intentionnelles n'est qu'un moyen au service d'une fin.

²⁴⁰⁸ H. MICHEL Y., préc., note 149, à la p. 294.

²⁴⁰⁹ *Supra*, par. 460.

²⁴¹⁰ *Supra*, par. 460.

β. Les mesures susceptibles d'être attentatoires au droit de propriété en droit québécois

466. *Les mesures pécuniaires susceptibles d'atteindre le droit de propriété.* Si les amendes pénales peuvent être considérées comme des atteintes aux droits de propriété en *common law* et au droit de propriété en droit civil, alors n'importe quelle mesure pécuniaire de réaction à une illicéité devrait également être considérée comme étant attentatoire aux droits de propriété ou au droit de propriété. Ainsi, le critère de gravité dans sa composante substantielle pourrait être caractérisé tant pour les amendes pénales que pour les sanctions pécuniaires administratives ou les pénalités administratives, que pour les dommages-intérêts et dommages-intérêts punitifs, imposés en réaction à une illicéité. Leur qualification répressive serait donc en définitive acquise sous réserve de la caractérisation de leur gravité quantitative²⁴¹¹.

En outre, si la caractérisation de la gravité substantielle devait être refusée pour défaut d'atteinte au droit de propriété, elle pourrait néanmoins être acquise pour l'atteinte d'autres droits. En effet, dès lors que certaines de ces mesures font l'objet d'un enregistrement et d'une certaine publicité, par exemple par le biais du casier criminel ou de registres publics en droit administratif, elles sont attentatoires aux droits à la réputation²⁴¹² et à la sécurité²⁴¹³ des contrevenants. À défaut d'atteinte à au moins un droit ou une liberté, la gravité substantielle ne serait pas caractérisée et les mesures concernées ne seraient pas répressives.

La qualification de l'atteinte au droit de propriété par les confiscations est plus aisée, quoi que certaines confiscations, à l'instar du droit français, ne mettent pas en jeu le droit de propriété.

467. *Les confiscations susceptibles d'atteindre le droit de propriété.* C'est en vertu de sa compétence en matière de propriété et droits civils que le législateur québécois a édicté la *Loi sur la confiscation, l'administration et l'affectation des produits et instruments d'activités illégales*²⁴¹⁴. Elle permet « la confiscation civile de biens provenant d'activités illégales ou utilisés dans l'exercice de telles activités, de manière que les personnes qui, à quelque titre que ce soit, sont titulaires de droits sur ces biens ou se servent de ces biens

²⁴¹¹ *Infra*, par. 547 et suiv.

²⁴¹² *Supra*, par. 437.

²⁴¹³ *Supra*, par. 445.

²⁴¹⁴ RLRQ c. C-52.2

ne puissent, sous réserve de leur bonne foi, en conserver le bénéfice »²⁴¹⁵. La disposition concerne ainsi tant le propriétaire que le titulaire d'un droit réel plus circonscrit sur la chose, et le simple possesseur. Est visé par cette disposition « tout bien qui, en tout ou en partie et même indirectement, provient d'activités illégales ou a été utilisé dans l'exercice d'activités illégales »²⁴¹⁶. Est aussi considéré comme un produit d'activités illégales un « bien auquel sont apportées des améliorations payées avec des produits d'activités illégales » et « le bien qui, pour son acquisition, a fait l'objet d'une dette dont une partie a été payée avec des produits d'activités illégales »²⁴¹⁷. La loi a été dans son ensemble reconnue comme étant une loi de nature civile²⁴¹⁸, s'attachant aux biens et non aux personnes²⁴¹⁹. La définition de la notion unifiée de répression permet une analyse moins homogène des confiscations prévues par cette loi, en distinguant au sein même des dispositions les mesures attentatoires au droit de propriété, de celles qui ne le sont pas. Il faudrait en effet différencier la confiscation des biens utilisés dans l'exercice d'activités illégales d'une part, de la confiscation des biens provenant de telles activités d'autre part. La confiscation des biens utilisés dans l'exercice d'activités illégales, en ce qu'elle prive leur propriétaire de leur droit sur ces biens, en réaction à une illicéité, porte atteinte au droit de propriété de celui-ci. Que cette confiscation soit civile ne change pas sa nature. Seule l'utilisation de ces biens est illégale et non leur appropriation et possession. Si le droit de propriété est valablement constitué, il lui est porté atteinte par la confiscation. La gravité substantielle est donc caractérisée. En revanche, la confiscation des biens provenant d'activités illégales ne porte pas atteinte aux droits des personnes qui les possèdent, dès lors qu'aucun droit ne s'est constitué en conformité avec la loi²⁴²⁰. Cette confiscation n'est pas substantiellement grave au regard de l'absence d'atteinte au droit de propriété, à condition qu'elle porte strictement sur des biens provenant d'activités illégales²⁴²¹ et qu'elle n'emporte pas d'atteinte à un autre droit ou liberté. La confiscation des biens provenant d'activités illégales n'est ainsi pas répressive du point de vue du droit de propriété et des droits qui y sont liés.

²⁴¹⁵ *Loi sur la confiscation, l'administration et l'affectation des produits et instruments d'activités illégales*, RLRQ, c. C-52.2, art. 1.

²⁴¹⁶ *Id.*, art. 4, al. 1.

²⁴¹⁷ *Id.*, art. 5 al. 1 et al. 2.

²⁴¹⁸ *Québec (Procureur général) c. Pham*, préc., note 637, par. 7-11.

²⁴¹⁹ *Id.*, par. 16 i).

²⁴²⁰ Par exemple, le vol d'un objet empêche son appropriation : art. 927 C.c.Q.

²⁴²¹ C'est-à-dire qu'elle correspond quantitativement à une mesure de cessation de l'illicite : *infra*, par. 531 et suiv.

Les mêmes distinctions peuvent être faites pour les confiscations organisées par le *Code criminel*²⁴²². Les confiscations qui portent sur des biens dont la seule possession ou dont l'acquisition est illégale ne sont pas attentatoires au droit de propriété car aucun droit n'a été constitué conformément au Droit. Elles ne sont donc pas substantiellement graves si elles n'emportent, par exemple, aucune inscription au casier judiciaire et qu'elles ne font pas l'objet d'une forme de publicité susceptible de porter atteinte au droit à la réputation du condamné ou susceptible de diminuer ses chances d'emploi²⁴²³. Les confiscations portant sur des éléments dont l'acquisition et la possession sont légales sont quant à elles attentatoires au droit de propriété et sont donc possiblement répressives, sous réserve de leur gravité quantitative. Le même raisonnement peut être adopté pour n'importe quelle confiscation prévue en toute matière.

Des distinctions semblables peuvent être exposées pour les mesures en lien avec la liberté d'entreprendre.

F. Les mesures d'atteinte à la liberté d'entreprendre

468. La liberté d'entreprendre est expressément protégée en droit français alors qu'elle ne l'est pas en droit canadien. Il est ainsi plus difficile d'identifier les mesures susceptibles de porter atteinte à cette liberté en droit canadien. Doivent ainsi être étudiées les mesures susceptibles de porter atteinte à la liberté d'entreprendre en droit français (1) et en droit canadien (2).

1. Les mesures susceptibles de porter atteinte à la liberté d'entreprendre en droit français

469. Après avoir exposé le fondement constitutionnel de la liberté d'entreprendre en droit français (a), seront distinguées les mesures qui portent effectivement atteinte à la liberté d'entreprendre, de celles qui n'y portent pas atteinte (b).

a. Le fondement constitutionnel de la liberté d'entreprendre

470. *La protection constitutionnelle de la liberté d'entreprendre en droit français.* La liberté d'entreprendre n'apparaît pas dans les textes constituant le bloc de

²⁴²² *Supra*, par. 64.

²⁴²³ *Supra*, par. 436-438 et 445.

constitutionnalité²⁴²⁴. Se fondant sur le droit de propriété et sur la liberté²⁴²⁵ dont il a déduit l'existence de la liberté d'accéder et de la liberté d'exercer des activités économiques et professionnelles²⁴²⁶, le Conseil constitutionnel a consacré la liberté d'entreprendre dans une décision du 16 janvier 1982²⁴²⁷. Il rattache ainsi cette liberté à l'article 4 de la DDHC²⁴²⁸. Elle comprend plus précisément la liberté du commerce et de l'industrie, la libre concurrence, la liberté contractuelle et la liberté professionnelle²⁴²⁹. Différents types de mesures pénales et extra-pénales de réaction aux illicéités sont susceptibles de porter atteinte à la liberté d'entreprendre. Par exemple, des sanctions semblables existent en matière de banqueroute ou de procédures de redressement ou liquidation judiciaire. Des sanctions pénales et des mesures administratives substantiellement proches permettent de procéder à la fermeture de débits de boissons ou d'empêcher que certaines personnes exploitent de tels établissements. Parmi elles, il faut distinguer celles qui portent effectivement atteinte à la liberté d'entreprendre, de celles qui n'y portent pas atteinte.

b. La distinction des mesures attentatoires et non-attentatoires à la liberté d'entreprendre

471. Deux exemples peuvent être pris pour illustrer la distinction entre les mesures attentatoires et non-attentatoires à la liberté d'entreprendre. Premièrement, l'ensemble des sanctions de la banqueroute pénale et de la faillite personnelle ou de l'interdiction de gérer civiles peuvent être perçues comme étant attentatoires à la liberté d'entreprendre (α). Deuxièmement, parmi les mesures de fermeture des débits de boissons, certaines se révèlent attentatoires à la liberté d'entreprendre alors que d'autres non (β).

α . La liberté d'entreprendre atteinte par la banqueroute pénale, la faillite personnelle et l'interdiction de gérer civiles

²⁴²⁴ Ces textes sont la Constitution du 4 octobre 1958, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946 et la Charte de l'environnement de 2004. Leurs dispositions ont valeur constitutionnelle.

²⁴²⁵ *Id.*

²⁴²⁶ Cons. const., 30 nov. 2012, n° 2012-285 QPC, *M. Christian S*, par. 7.

²⁴²⁷ Cons. const. 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*, par. 16. Voir égal. Cons. d'Ét., ordonnance de référé, 12 nov. 2001, n° 239840, *Cne de Montreuil-Bellay*.

²⁴²⁸ Art. 4 DDHC : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi ».

²⁴²⁹ Guillaume DRAGO, *Dictionnaire des droits fondamentaux*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2010, v° « Entreprendre (Liberté d') », p. 442.

472. Les sanctions de la banqueroute pénale et de la faillite personnelle ou de l'interdiction de gérer civiles. Le Code pénal prévoit différentes peines attentatoires à la liberté d'entreprendre, telles que l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale²⁴³⁰, l'interdiction d'exercer une profession commerciale et industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou contrôler à titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale²⁴³¹. Particulièrement, la peine complémentaire d'interdiction d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, soit d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale²⁴³² peut être prononcée en cas d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, à l'encontre des personnes physiques coupables de banqueroute²⁴³³. Le juge pénal pouvait également prononcer la faillite personnelle ou l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, soit toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles-ci²⁴³⁴. Ces sanctions sont aujourd'hui réservées au juge civil. En effet, dans ce même cadre, le juge civil ou commercial peut prononcer la faillite personnelle des mêmes personnes que celles qui sont condamnées pour banqueroute, pour des motifs identiques²⁴³⁵. La faillite personnelle emporte interdiction de diriger, gérer,

²⁴³⁰ Art. 131-6 11° (peine principale alternative) et art. 131-27 al.1, 131-28 et 131-29 (peine complémentaire) C. pén.

²⁴³¹ Art. 131-6 15° (peine principale alternative) et art. 131-27 al. 2 C. pén.

²⁴³² Art. L. 654-5 2° C. com.

²⁴³³ C'est-à-dire toute personne physique exerçant une activité commerciale ou artisanale, tout agriculteur et toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, toute personne physique qui a, directement ou indirectement, en droit ou en fait, dirigé ou liquidé une personne morale de droit privé et toute personne physique représentant permanent de personne morale dirigeant des personnes morales (art. L. 654-1 C. com.) qui aurait par exemple tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise ou de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité lorsque les textes applicables en font obligation (art. L. 654-2 4° C. com.) ou tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales (art. L. 654-2 5° C. com.).

²⁴³⁴ Art. L. 654-6 C. com. Cet article a été abrogé par le Conseil constitutionnel pour méconnaissance du principe d'égalité devant la loi : Cons. const. 29 sept. 2016, préc. note 1178, par. 17.

²⁴³⁵ C'est-à-dire, toute personne physique exerçant une activité commerciale ou artisanale, de tout agriculteur ou de toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, des personnes physiques, dirigeants de droit ou de fait de personnes morales et des personnes physiques, représentants permanents de personnes morales, dirigeants des personnes morales (art. L. 653-1 C. com.)

administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole ou toute entreprise ayant toute autre activité indépendante et toute personne morale²⁴³⁶. Le Conseil constitutionnel a reconnu que les mesures civiles énoncées devaient « être regardées comme des sanctions ayant le caractère de punition » compte tenu des conséquences attachées à la faillite personnelle et de la généralité de la mesure d'interdiction de gérer. Elles assurent « la répression, par le juge civil ou commercial, des manquements dans la tenue d'une comptabilité »²⁴³⁷. Même si le juge pénal ne peut plus prononcer la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer, l'objet de ces mesures aujourd'hui exclusivement civiles reste identique aux peines complémentaires précitées. La liberté professionnelle et la liberté du commerce et de l'industrie dont bénéficiaient pleinement la personne condamnée sont réduites, mettant en jeu sa liberté d'entreprendre.

La liberté d'entreprendre est également atteinte par certaines mesures pénales et administratives en matière d'exploitation de débits de boissons.

β. La distinction des fermetures de débits de boissons attentatoires et non-attentatoires à la liberté d'entreprendre

473. *La variété des motifs pénaux de fermeture des débits de boissons.*

L'appréhension du critère de gravité dans sa dimension substantielle, d'atteinte à un droit ou une liberté, éclaire différemment la question de la qualification des mesures de fermetures d'établissement. Il avait été établi que les fermetures d'établissement, qu'elles soient pénales ou administratives, pourraient être qualifiées de mesures répressives lorsqu'elles constituent des réactions à une illicéité²⁴³⁸. Il faut désormais distinguer, en application de l'aspect substantiel du critère de gravité, les mesures de fermeture d'établissement qui ne portent pas atteinte à la liberté d'entreprendre, des fermetures d'établissement qui portent atteinte à la liberté d'entreprendre. En matière de débits de boissons, la fermeture de l'établissement doit être prononcée par le juge pénal en raison

qui a fait disparaître des documents comptables, ne pas avoir tenu de comptabilité lorsque les textes applicables en font obligation, ou avoir tenu une comptabilité fictive, manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions applicables (art. L. 653-5 6° C. com.).

²⁴³⁶ Art. L. 653-2 C. com. Dans certains cas, cette interdiction peut être prononcée seule, à la place de la faillite personnelle : art. L. 653-8 C. com.

²⁴³⁷ Cons. const. 29 sept. 2016, n° 2016-570 QPC, *M. Pierre M.*, par. 5. Concernant le caractère punitif de ces sanctions pour les détournement et dissimulation d'actif : cons. const. 29 sept. 2016, préc. note 1178, par. 10.

²⁴³⁸ *Supra*, par. 473.

de l'ouverture illicite de l'établissement²⁴³⁹ et de son exploitation par une personne qui fait l'objet d'une ou plusieurs incapacités²⁴⁴⁰. La fermeture doit également être prononcée si une personne frappée d'incapacité est employée dans un établissement²⁴⁴¹. La fermeture temporaire ou définitive peut aussi être prononcée en réaction à toute infraction à la réglementation sur les débits de boissons²⁴⁴², relativement, donc, à des établissements ouverts dans le respect du droit. Ces différents cas de fermeture doivent être distingués.

474. *L'absence d'atteinte à la liberté d'entreprendre en cas d'ouverture illicite.*

Lorsque l'ouverture de l'établissement est en elle-même illicite, la fermeture de celui-ci est un simple retour à l'équilibre juridique par correction de la situation illicite. Il n'y a pas d'atteinte à la liberté d'entreprendre²⁴⁴³, car la liberté d'entreprendre ne permettait pas l'ouverture de l'établissement dans les conditions où elle a été faite²⁴⁴⁴. La qualification de mesure répressive pourrait donc être exclue. Toutefois, la fermeture d'établissement étant en ces circonstances une peine complémentaire, la mesure est inscrite avec la condamnation au casier judiciaire. La gravité substantielle de la mesure pourra donc être caractérisée en raison d'une atteinte aux droits à la vie privée²⁴⁴⁵, à la réputation²⁴⁴⁶, ou à l'emploi du condamné²⁴⁴⁷. En définitive, la mesure de fermeture d'établissement pourrait être traitée dans les cas mentionnés comme les mesures réelles applicables en matière d'urbanisme²⁴⁴⁸. Elle pourrait n'être ni une peine ni une mesure répressive, à condition qu'elles n'apparaissent pas dans le casier judiciaire ou ne soient pas publiées.

²⁴³⁹ Art. L. 3352-2 CSP.

²⁴⁴⁰ Art. L. 3352-9 1° CSP. S'agissant de l'interdiction de l'exercice de la profession de débitant de boissons par un mineur non émancipé ou un majeur sous tutelle, le juge « peut » prononcer la fermeture de l'établissement pour une durée maximale de cinq ans : art. L. 3352-8 al. 2.

²⁴⁴¹ Au sens de l'article L. 3336-3 CSP : art. L. 3352-9 2° CSP.

²⁴⁴² Art. L. 3355-4 CSP.

²⁴⁴³ Le Conseil constitutionnel semble considérer le contraire lorsqu'il affirme que la peine complémentaire obligatoire prévue par l'article L. 3352-2 alinéa 2 du Code de la santé publique imposant la fermeture du débit de boissons ouvert en dehors des conditions prévues par le Code de la santé publique est une sanction ayant le caractère de punition qui ne porte pas une atteinte manifestement disproportionnée à la liberté d'entreprendre, eu égard à l'objectif poursuivi par le législateur, parce qu'elle peut faire l'objet d'un relèvement par le juge : Cons. const. 16 oct. 2015, n° 2015-493 QPC, *M. Abdullah N.*, par. 10-13. Toutefois, ²⁴⁴⁴ Dans un sens similaire, relativement à d'autres mesures : C. BLOCH, préc., note 1286, par. 539-540, p. 604-605.

²⁴⁴⁵ *Supra*, par. 419.

²⁴⁴⁶ *Supra*, par. 434. L'atteinte au droit à la réputation est caractérisée si la mesure est inscrite au bulletin n°2 du casier judiciaire car seul ce bulletin peut être porté à la connaissance de personnes extérieures aux autorités judiciaires et policières.

²⁴⁴⁷ *Supra*, par. 442. L'atteinte au droit à l'emploi est caractérisée si la mesure est inscrite au bulletin n°2 du casier judiciaire car seul ce bulletin peut être porté à la connaissance d'employeurs potentiels.

²⁴⁴⁸ *Supra*, par. 455.

475. Les atteintes à la liberté d'entreprendre pour les fermetures non liées à des ouvertures illicites. En revanche, si l'ouverture de l'établissement est en elle-même licite, alors sa fermeture porte atteinte à la liberté d'entreprendre et l'évaluation quantitative de la mesure permettra de la qualifier ou non de mesure répressive²⁴⁴⁹.

Le même raisonnement distinctif peut être tenu pour les fermetures administratives d'établissement²⁴⁵⁰.

Enfin, des atteintes à la liberté d'entreprendre pourraient aussi être caractérisées en droit canadien.

²⁴⁴⁹ *Infra*, par. 537.

²⁴⁵⁰ L. 3332-15 et L. 3332-16 CSP. La fermeture des débits de boissons est également une mesure administrative qui peut être prise pour différents motifs : elle peut ainsi être une réaction à des infractions aux lois et règlements relatifs à ces établissements (art. L. 3332-15 1 CSP), à la perpétration de crimes et délits (art. L. 3332-15 3 et 4 CSP), à des atteintes à l'ordre public en lien avec les conditions d'exploitation ou en relation avec la fréquentation de l'établissement (art. L. 3332-15 2 et 4 CSP) ou encore à des atteintes à la santé, la tranquillité et la moralité publiques (art. L. 3332-15 2 CSP). Pour la qualification d'une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie résultant de la fermeture administrative d'un débit de boissons pour atteinte à l'ordre public : Cons. d'Ét., Juge des référés, 18 fév. 2019, n° 427503, par. 13. Le Conseil d'État considère toutefois de manière générale que les fermetures administratives de débits de boissons ne pas punitives. Voir par ex. : *Id.*, par. 5 :

« Les mesures de fermeture de débits de boissons ordonnées par le préfet sur le fondement des dispositions de l'article L. 3332-15 du code de la santé publique ont toujours pour objet de prévenir la continuation ou le retour des désordres liés au fonctionnement de l'établissement, indépendamment de toute responsabilité de l'exploitant. De telles mesures doivent être regardées non comme des sanctions présentant le caractère de punitions mais comme des mesures de police. »

Voir égal. : Cons. d'Ét., 6^e et 2^e SSR, 18 juin 1975, *Dame Canu*, Rec. Cons. d'Ét., p. 362 (qualifiant de mesure de police la fermeture du débit de boissons prise sur le fondement de l'ancien art. 62 du Code des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme en raison des conditions dans lesquelles était exploité le débit de boissons, de nature à porter atteinte à la tranquillité du voisinage et à compromettre l'ordre et la moralité publics); 5^e et 4^e SSR, 10 oct. 2012, n° 345903, par. 3 (excluant la qualification de sanction ayant le caractère de punition pour la fermeture d'établissement fondée sur les paragraphes 3 et 4 de l'article L. 3332-15 CSP); 5^e et 4^e SSR, 06 fév. 2013, n° 363532, par. 2 (rejetant la qualification de sanction ayant le caractère de punition pour l'ensemble des motifs énoncés aux paragraphes 1, 2 ou 3 de l'article L. 3332-15 CSP); 5^e et 4^e SSR, 10 déc. 2015, n° 376275, par. 1 (écartant la nature de « sanction » de la mesure). Les arguments du Conseil d'État sont discutables par rapport à ceux du Conseil constitutionnel qui reconnaît, s'agissant de la peine complémentaire prévue par les dispositions du second alinéa de l'article L. 3352-2 du Code de la santé publique, que « le législateur a entendu prévenir et réprimer la violation de cette réglementation relative aux débits de boissons ». La prévention des violations de la réglementation n'est donc pas exclusive de la répression de ces mêmes violations et la fermeture du débit de boissons, qu'elle soit une peine complémentaire ou une mesure de police administrative s'applique à l'endroit de l'établissement dans les deux cas.

2. Les mesures susceptibles de porter atteinte à la liberté d'entreprendre en droit canadien

476. *La liberté d'entreprendre en droit canadien.* La liberté d'entreprendre n'est pas consacrée par les textes législatifs canadiens et québécois²⁴⁵¹. Elle n'apparaît pas comme une liberté à part entière. La liberté d'entreprendre est une application particulière de la liberté et s'exprime notamment par la liberté contractuelle²⁴⁵². La Cour suprême a considéré en outre que l'article 7 de la Charte canadienne ne protège pas les droits économiques d'une société car il ne protège que les personnes physiques²⁴⁵³. Elle a également jugé que cet article de la Charte ne permet pas de fonder la protection des « intérêts purement économiques » comme la « capacité d'une personne de générer un revenu d'entreprise par le moyen de son choix »²⁴⁵⁴. Toutefois, il a été démontré que le droit à l'emploi pouvait être protégé au titre de l'article 7 de la Charte, par l'intermédiaire des droits à la liberté et à la sécurité. Il en va de même pour la liberté d'entreprendre dès lors que les atteintes portées à celle-ci mettraient en jeu la liberté et la sécurité d'une personne²⁴⁵⁵. La liberté d'entreprendre aurait en outre bien une valeur en droit positif, celle d'un « principe juridique général » mais ne serait pas prééminente²⁴⁵⁶. Ainsi conçue, la liberté d'entreprendre, associée par un auteur à la liberté du travail, serait « le droit pour toute personne d'exercer le métier ou la profession de son choix, que ce soit comme « entrepreneur », par l'entremise d'une personne morale ou à titre individuel, ou comme « travailleur », principalement « salarié » »²⁴⁵⁷. Dans la première hypothèse, elle comprend la liberté d'installation d'une entreprise, de son exploitation²⁴⁵⁸, et finalement la liberté de faire cesser ses activités²⁴⁵⁹. Dans la seconde hypothèse, elle offre la possibilité « d'accéder au « marché du travail » en offrant ses services [...] à l'employeur de son choix, lequel sera libre de procéder ou non à son engagement »²⁴⁶⁰. La liberté

²⁴⁵¹ Julie BOURGAULT, *L'articulation entre la liberté d'entreprendre et la liberté d'association dans les cas de restructurations d'entreprises*, Thèse de doctorat, Québec, Canada, Université Laval, 2016, p. 221, en ligne : <<https://corpus.ulaval.ca>>; Pierre VERGE et Dominic ROUX, « Fermer l'entreprise : un « droit » absolu ? », *Développements récents en droit du travail* 2006 EYB2006DEV1168, p. 4 (PDF) (La référence).

²⁴⁵² J. BOURGAULT, préc., note 2451, p. 224; P. VERGE et D. ROUX, préc., note 2451.

²⁴⁵³ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, préc., note 2201, 1003-1004.

²⁴⁵⁴ *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 6 (CSC), par. 45-46.

²⁴⁵⁵ *Supra*, par. 476-477.

²⁴⁵⁶ P. VERGE et D. ROUX, préc., note 2451, p. 4 et 6 (PDF). La liberté d'entreprendre est aussi qualifiée de « « principe » du système juridique » : J. BOURGAULT, préc., note 2451, p. 226.

²⁴⁵⁷ P. VERGE et D. ROUX, préc., note 2451, EYB2006DEV1168, p.4 (PDF) (La référence).

²⁴⁵⁸ J. BOURGAULT, préc., note 2451, p. 224; Christophe LAJOYE, « De la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *C.R.D.F.* 2002.1.117-133, à la p. 123.

²⁴⁵⁹ P. VERGE et D. ROUX, préc., note 2451.

²⁴⁶⁰ *Id.*

d'entreprendre est donc finalement « le droit de choisir librement son activité professionnelle, y compris le droit de créer et d'exploiter une entreprise »²⁴⁶¹. En ce sens, toute mesure ayant pour objet ou pour effet d'empêcher une personne d'exercer le métier de son choix, en tant qu'entrepreneur ou en tant que travailleur, porte atteinte à cette liberté. Plusieurs peines ou mesures consécutives à une déclaration de culpabilité peuvent avoir cet objet ou cet effet. En raison de la définition de la liberté d'entreprendre, les mesures présentées ont déjà été exposées au titre des atteintes au droit à l'emploi²⁴⁶².

477. Exemples d'atteinte à la liberté d'entreprendre en droit canadien. L'ordonnance d'interdiction pouvant être prononcée à l'encontre d'une personne ayant été reconnue coupable d'infractions énumérées commises à l'égard de personnes de moins de seize ans constitue une peine qui porte atteinte à la liberté d'entreprendre du contrevenant en raison de plusieurs de ses modalités, qui réduisent les possibilités d'activités professionnelles des contrevenants²⁴⁶³. Particulièrement, l'interdiction d'avoir des contacts avec une personne âgée de moins de seize ans « est susceptible de réduire les domaines d'emploi qui s'offrent au contrevenant »²⁴⁶⁴. L'interdiction « de chercher ou de garder un emploi ou un travail bénévole dans le cadre duquel il exerce ou exercerait un pouvoir sur les biens immeubles, l'argent ou les valeurs d'autrui »²⁴⁶⁵, prononcée par un tribunal, à l'encontre d'une personne condamnée pour fraude, porte aussi atteinte à sa liberté d'entreprendre. Ces mesures apparaissent comme étant substantiellement graves, à condition que soit acceptée l'idée que la liberté d'entreprendre est une liberté reconnue par l'ordre normatif canadien. Elles sont en outre substantiellement graves dès lors qu'elles sont mentionnées au casier judiciaire des personnes condamnées, en raison de l'atteinte qu'elles portent alors à leurs droits à la sécurité²⁴⁶⁶ et à la réputation²⁴⁶⁷.

478. Bilan sur l'objet juridique atteint par la réaction répressive. La répression est une réaction d'une gravité particulière à une illicéité. La gravité répressive se définit en

²⁴⁶¹ J. BOURGAULT, préc., note 2451, p. 221.

²⁴⁶² *Supra*, par. 445.

²⁴⁶³ Par exemple, elle peut consister en l'interdiction « de chercher, d'accepter ou de garder un emploi — rémunéré ou non — ou un travail bénévole qui le placerait en relation de confiance ou d'autorité vis-à-vis de personnes âgées de moins de seize ans » (art. 161(1) b) C.cr.). Elle peut aussi empêcher le coupable de se trouver en présence de mineurs de seize ans ou de communiquer avec des mineurs de seize ans (art. 161(1) c) C.cr.), voire d'utiliser Internet (art. 161(1) d) C.cr.).

²⁴⁶⁴ *R. c. K.R.J.*, préc., note 173, par. 54.

²⁴⁶⁵ Art. 380. 2(1) C.cr.

²⁴⁶⁶ *Supra*, par. 445.

²⁴⁶⁷ *Supra*, par. 436-437.

premier lieu dans sa dimension substantielle. C'est une atteinte à un droit ou à une liberté. Parce qu'il n'y a aucune raison de distinguer les droits des libertés pour la construction d'une notion unifiée de répression, l'objet de l'atteinte peut être indifféremment un droit ou une liberté. Parce qu'il n'y a pas de raison de distinguer non plus entre les différents droits et libertés, l'atteinte peut porter sur n'importe quel droit ou liberté. En revanche, il est apparu que certains droits et libertés, parmi les droits et libertés fondamentaux, avaient une valeur particulière dans les ordres juridiques français et québécois. Pour cette raison, l'atteinte qui leur est portée devrait caractériser, par sa seule dimension substantielle, le critère de gravité répressive dans son entier. Ainsi, il est proposé que les réactions aux illicéités qui portent atteinte au droit à la vie, au droit à l'intégrité physique ou à la liberté individuelle soient qualifiées de mesures répressives, indépendamment de toute appréciation quantitative de l'atteinte²⁴⁶⁸. Seraient en conséquence des mesures répressives, toute mesure de réaction à une illicéité attentatoire à la vie ou à l'intégrité physique. Seraient aussi répressives, les peines effectivement ou potentiellement privatives de liberté, françaises et canadiennes, mais également les mesures procédurales pénales privatives de liberté, telles que la garde à vue et la détention provisoire en France et la détention préventive au Canada. La rétention de sûreté en droit français et l'engagement de ne pas troubler l'ordre public en droit canadien devraient aussi par exemple être qualifiées de mesures répressives, alors que le droit positif de chaque État ne les qualifie actuellement ni l'une ni l'autre de peine, de punition ou de véritable conséquence pénale. La qualification d'une atteinte à un autre droit ou liberté par une réaction à une illicéité permet de caractériser la gravité substantielle de cette réaction, sans emporter directement sa qualification répressive²⁴⁶⁹. De très nombreuses mesures sont en ce sens substantiellement graves, parce qu'elles portent par exemple atteinte à la liberté d'aller et venir ou liberté de circulation, au droit au respect de la vie privée, au droit à la réputation, au droit à l'emploi, au droit de propriété ou à la liberté d'entreprendre.

479. Bilan sur les conditions de qualification des atteintes aux droits et libertés. La qualification des atteintes est, dans tous les cas, conditionnée à trois éléments. Premièrement, le droit ou la liberté doit être reconnu dans l'ordre juridique étudié. Sa

²⁴⁶⁸ Il n'y aura pas besoin de comparer l'étendue de l'atteinte au droit ou à la liberté avec le rétablissement de l'équilibre juridique détruit par l'illicéité : *infra*, par. 527.

²⁴⁶⁹ La gravité devant être étudiée également sous son angle quantitatif : *infra*, par. 527 et suiv.

protection peut toutefois être réalisée par l'intermédiaire d'un autre droit. Par exemple, en droit canadien, le droit à la réputation est fondé sur le droit à la vie privée et le droit à l'emploi peut être protégé au titre des droits à la liberté et à la sécurité de l'article 7 de la Charte canadienne. Ainsi, les mesures de réaction aux illicéités qui ont pour objet ou effet de réduire les possibilités d'emploi d'une personne, comme des interdictions professionnelles ou l'inscription des condamnations au casier judiciaire, apparaissent substantiellement graves.

Deuxièmement, les mesures de réaction aux illicéités envisagées doivent pouvoir atteindre le droit ou la liberté tels qu'il est défini ou qu'elle est envisagée par le droit positif. C'est pour le droit de propriété en droit canadien que cette condition est plus difficilement applicable, mais les obstacles ont pu être suffisamment relativisés pour envisager les amendes et autres sanctions pécuniaires, comme des mesures attentatoires au droit de propriété. En droit français, la définition constitutionnelle du droit de propriété permet de qualifier plus aisément la gravité substantielle des différentes sanctions pécuniaires de réaction aux illicéités, pour l'atteinte qu'elles portent au droit de propriété.

Troisièmement, pour qu'une atteinte puisse être constatée, la personne visée par la réaction juridique doit être valablement titulaire d'un droit ou pouvoir exercer sa liberté. Sur ce dernier point, la notion unifiée de répression permet de distinguer, par exemple, les mesures de confiscation attentatoires au droit de propriété de celles qui ne le sont pas. Ainsi, la confiscation de biens dont la détention ou l'acquisition est illicite ne porte pas atteinte au droit de propriété des personnes visées par la mesure. Cette dernière n'est donc pas substantiellement grave au regard du droit de propriété, contrairement à la confiscation portant sur un élément dont l'acquisition et la détention sont conformes au droit. La confiscation non-attentatoire au droit de propriété peut toutefois être substantiellement grave si elle est la cause d'une autre mesure elle-même attentatoire à un droit ou une liberté. Par exemple, la confiscation pénale d'un bien qualifiée de peine par un législateur et portée au casier judiciaire de la personne condamnée, peut porter atteinte à différents droits, comme son droit au respect de la vie privée, son droit à la réputation, et son droit à l'emploi, en droit français, son droit à la réputation et son droit à la sécurité en droit canadien. Le cas de la confiscation montre que, tout aussi large et peu discriminant qu'apparaisse le critère de gravité répressive dans sa dimension substantielle, il est apte à exclure certaines mesures de la catégorie des mesures répressives. Il joue donc un rôle qualifiant certain.

480. *Des droits et libertés atteints aux formes de l'atteinte.* La gravité répressive ayant été présentée dans sa dimension substantielle comme une atteinte à un droit ou à une liberté, il a fallu dans un premier temps apporter des précisions sur les droits et libertés considérés comme objet de l'atteinte répressive. Ces précisions ont permis de présenter les mesures de réaction aux illicéités susceptibles d'une qualification répressive. Il est nécessaire d'explicitier, dans un second temps, les formes que peut revêtir l'atteinte portée aux droits et libertés pour la qualification de la gravité substantielle répressive.

Section 2. Les formes d'atteinte aux droits et libertés

481. *Une dualité de forme d'atteinte.* L'atteinte à un droit ou une liberté, définissant la dimension substantielle du critère de gravité de la réaction répressive, peut se matérialiser sous deux formes. La première forme est celle d'une atteinte effective. Autrement dit, un droit ou la liberté est lésé par la sanction. La seconde forme est celle d'un risque de lésion. Dans cette hypothèse, la lésion du droit ou de la liberté n'a pas été réalisée par la mesure imposée mais elle est rendue possible par elle. L'existence d'un risque de lésion est rendue possible par l'existence d'ensembles de réactions aux illicéités. Peu importe que la personne destinataire de la mesure ne soit finalement jamais lésée dans son droit ou sa liberté, dès lors que c'est une possibilité qui pèse sur elle. Il faut donc envisager deux formes d'atteinte pour la qualification de l'atteinte à un droit ou une liberté : la lésion résultant d'une réaction à une illicéité (§ 1) et le risque de lésion dans l'hypothèse d'un ensemble de réactions (§ 2).

§ 1. La lésion résultant d'une réaction à une illicéité

482. *Les modalités de la lésion d'un droit ou d'une liberté.* La lésion d'un droit ou d'une liberté peut être réalisée selon des modalités qui dépendent des mesures envisagées. Il suffit de constater une altération quelconque du droit ou de la liberté pour caractériser la gravité substantielle d'une réaction à une illicéité. Ainsi, la lésion à un droit ou une liberté consiste généralement soit en une privation, soit en une restriction.

I. Les privations d'un droit ou d'une liberté

483. *Les privations de la liberté individuelle.* La privation de liberté est appelée « emprisonnement », « réclusion », « détention » quand il s'agit d'une peine²⁴⁷⁰ et

²⁴⁷⁰ *Supra*, par. 398.

« garde », « retenue », « rétention », « détention », « encellulement », « placement », « hospitalisation sans consentement », « maintien administratif »²⁴⁷¹, quand il s'agit de mesures non qualifiées de peine ou punition. La variété de ce vocabulaire ne doit ainsi pas masquer l'identité d'objet ou d'effet de ces mesures – l'atteinte à la liberté individuelle de la personne – et la forme de l'atteinte – la privation de cette liberté²⁴⁷².

484. *La privation rare du droit au respect de la vie privée.* Exceptionnellement, la lésion du droit au respect de la vie privée peut consister en une privation de ce droit. En droit canadien, la jurisprudence semble considérer que l'expectative de vie privée des détenus est inexistante et qu'ils n'ont donc pas de vie privée protégée en détention²⁴⁷³. Plus généralement, la lésion du droit au respect de la vie privée correspond à une restriction de la sphère d'intimité protégée des personnes visées par les mesures de réaction aux illicéités²⁴⁷⁴.

485. *Les privations du droit de propriété*²⁴⁷⁵. Le droit de propriété fait l'objet d'une privation lorsque sont en cause des confiscations²⁴⁷⁶ et des mesures pécuniaires qui supposent un transfert monétaire d'une personne à une autre personne²⁴⁷⁷. La privation intervient dès lors que la personne titulaire du droit sur l'objet confisqué ou sur les fonds transférés perd ce droit qui le relie à un élément en particulier. Il n'y a pas besoin d'être privé de l'entière d'un patrimoine pour constater la privation du droit de propriété. La privation intervient dès la remise en cause d'un droit de propriété sur un élément, le droit de propriété reliant en particulier le propriétaire à cet élément²⁴⁷⁸. Peu importe que les mesures pécuniaires soient qualifiées d'« amende », de « pénalité », de « sanction pécuniaire », de « dommages et intérêts » ou « dommages-intérêts »²⁴⁷⁹, l'atteinte portée

²⁴⁷¹ *Supra*, par. 400, 402 et 403.

²⁴⁷² Sur ce point, seule la question de la distinction délicate entre privation de la liberté individuelle et restriction à la liberté d'aller et venir peut se poser et trouve des réponses variables selon les ordres normatifs envisagés : *supra*, par. 45 et suiv.

²⁴⁷³ *Supra*, par. 425.

²⁴⁷⁴ *Infra*, par. 488.

²⁴⁷⁵ Dans certains cas, l'atteinte à la propriété peut être l'objet d'une simple restriction. *Infra*, par. 486.

²⁴⁷⁶ Dr. fr. : *supra*, par. 451 et suiv. et en dr. can. : *supra*, par. 467.

²⁴⁷⁷ Dr. fr. : *supra*, par. 458 et suiv. et en dr. can. : *supra*, par. 460 et suiv.

²⁴⁷⁸ Seule la confiscation générale de tous les éléments d'un patrimoine apparaîtrait privative du droit de propriété dans son ensemble. Cette privation serait toutefois circonscrite au temps présent et ne saurait s'appliquer pour le futur.

²⁴⁷⁹ Dr. fr. : *supra*, par. 60 et en dr. can. : *supra*, par. 61.

au droit à la propriété est identique et la gravité substantielle des mesures peut être caractérisée.

Les atteintes à un droit ou une liberté se présentent le plus souvent comme des restrictions.

II. Les restrictions à un droit ou à une liberté

486. Exemple d'une restriction au droit de propriété. De simples restrictions au droit de propriété prises en réaction à une illicéité existent également. Par exemple, la suspension temporaire des droits de vote d'un actionnaire pour toute assemblée d'actionnaires, qui prive de certains de ses effets une augmentation non déclarée de la participation de cet actionnaire, est une atteinte au droit de propriété au sens de l'article 2 de la DDHC²⁴⁸⁰. Elle n'est donc pas une privation, mais en une restriction au droit de propriété de l'actionnaire sur les actions achetées sans avoir effectué les déclarations nécessaires. Cette restriction n'en constitue pas moins une atteinte et suffit à caractériser la gravité substantiellement de la mesure. Son étude quantitative sera déterminante pour l'adoption ou le rejet de la qualification de mesure répressive²⁴⁸¹.

487. Les restrictions à la liberté d'aller et venir. La liberté d'aller et venir, ou liberté de circulation, fait l'objet de restrictions diverses en réaction à des illicéités, pénales ou extra-pénales. Celles-ci consistent généralement en des interdictions de sortir d'une zone géographique délimitée ou de pénétrer dans une zone géographique déterminée. Elles peuvent ainsi s'appeler, en droit français, « interdiction de paraître dans certains lieux », « interdiction de se rendre à l'étranger », « obligation de ne pas quitter », « interdiction du territoire », « interdiction de séjour », et, en droit canadien, « obligation de rester dans le ressort du tribunal », lorsqu'elles sont des peines ou des modalités de peines²⁴⁸². Elles sont notamment, en droit français, une obligation « de ne pas sortir des limites territoriales déterminées », une obligation « de ne pas se rendre en certains lieux », une « interdiction de sortie du territoire », une obligation de « ne pas se déplacer à l'extérieur d'un périmètre

²⁴⁸⁰ Cons. const. 28 fév. 2014, n° 2013-369 QPC, préc., note 2378, par. 11.

²⁴⁸¹ Le Conseil constitutionnel ne reconnaît pas quant à lui le caractère punitif de la mesure : Cons. const. 28 fév. 2014, préc., note 2378, par. 7. Le Conseil argue du fait « que cette suspension, qui consiste à priver de certains de ses effets, pendant une durée limitée, une augmentation non déclarée de la participation d'un actionnaire, permet à la société, pendant ce délai, de tirer les conséquences de cette situation », pour rejeter la qualification de punition : *Id.*

²⁴⁸² *Supra*, par. 407.

géographique déterminé » ou une « interdiction administrative de territoire »²⁴⁸³, et, en droit canadien, une « interdiction de se trouver aux lieux, ou dans un certain rayon de ceux-ci », une obligation « de rester dans une région donnée », une obligation de « regagner sa résidence et d'y rester »²⁴⁸⁴, pour les mesures non qualifiées de peine ou de punition²⁴⁸⁵. Les restrictions à la liberté d'aller et venir peuvent ainsi prendre de multiples formes décrites par différentes dénominations. La lésion et avec elle la gravité substantielle de la mesure, sont caractérisées dans chaque cas.

La liberté d'aller et venir ne peut pas faire l'objet d'une atteinte privative car la mesure deviendrait alors privative de la liberté individuelle et non pas privative de la liberté d'aller et venir²⁴⁸⁶.

488. *Les restrictions au droit au respect de la vie privée.* Il n'existe pas de mesures « privatives ou restrictives de la vie privée » comme réaction aux illicéités. Pour autant, le droit au respect de la vie privée fait l'objet d'une lésion dans de nombreux cas de réaction aux illicéités. Cette lésion consiste en des restrictions du droit au respect de la vie privée. La sphère d'intimité normalement protégée pour chaque individu est réduite pour le destinataire de la mesure. En droit français interne, les atteintes à la vie privée résultent notamment de mesures de procédures pénales appelées « fouilles », « perquisitions », « captations de sons et d'images », « interceptions de communications » mais aussi de mesures de procédure administrative dénommées « visites et saisies »²⁴⁸⁷. Il existe également dans les deux matières des mesures d'enregistrement de données personnelles²⁴⁸⁸. En droit canadien, se sont également principalement les mesures pénales ou administratives qualifiées de « fouilles », « perquisitions » et « saisies » qui caractérisent les atteintes à la vie privée²⁴⁸⁹. Dans les deux ordres juridiques, la restriction du droit au respect de la vie privée peut aussi résulter de mesures de surveillance des lieux et des personnes fréquentés ainsi que de l'emploi

²⁴⁸³ *Supra*, par. 408.

²⁴⁸⁴ *Supra*, par. 409.

²⁴⁸⁵ Sans constituer formellement une interdiction de se déplacer, certaines mesures limitent de fait cette liberté en empêchant l'accès aux moyens matériels ou légaux de déplacement. Il en est ainsi de la suspension du permis de conduite ou de la non-délivrance d'un passeport : *supra*, par. 408 et 409.

²⁴⁸⁶ Sur la différence de degré et non pas de nature entre liberté individuelle et liberté d'aller et venir : *supra*, par. 45.

²⁴⁸⁷ *Supra*, par. 417.

²⁴⁸⁸ *Supra*, par. 417.

²⁴⁸⁹ *Supra*, par. 427.

occupé²⁴⁹⁰. La gravité substantielle de l'atteinte est acquise pour ces différents cas de lésion du droit au respect de la vie privée.

489. *Les restrictions au droit à la réputation.* Les lésions au droit à la réputation semblent devoir être qualifiées de restrictions. En effet, tant que les informations enregistrées, mises à disposition ou diffusées, sont limitées quant à leurs champs d'application matériel et temporel, seule une partie de la sphère de réputation de l'individu est touchée. De ce point de vue, des restrictions résultent de l'enregistrement et la mise à disposition d'informations relatives à une personne, à ses agissements éventuellement ou effectivement contraires au droit et aux conséquences qui s'en sont éventuellement suivies, au travers d'instruments qualifiés, en droit français, de « casier », de « fichier », de « publication »²⁴⁹¹, et, en droit canadien, de « casier », « publication » ou encore de « registre »²⁴⁹². De ces mesures variées résulte la réduction de la sphère de réputation protégée d'un individu, en réaction à une illicéité, caractérisant l'atteinte substantiellement grave nécessaire à la qualification répressive. Si ces informations étaient mises à disposition de manière illimitée dans le temps et pouvaient concerner toute information négative sur l'individu, la lésion au droit à la réputation pourrait probablement être qualifiée de privation.

490. *Les restrictions au droit à l'emploi et à la liberté d'entreprendre.* Le droit à l'emploi et la liberté d'entreprendre font l'objet de restrictions et non d'une privation. En effet, les atteintes au droit à l'emploi résultent de la réduction des possibilités d'emploi et d'entreprise du destinataire des mesures de réaction aux illicéités. Il n'existe pas d'interdiction généralisée de prendre un emploi ou d'entreprendre. Si cela était le cas, la lésion pourrait être qualifiée de privation. L'interdiction définitive d'exercer une profession ne constitue pas une privation du droit à l'emploi, dès lors que la personne est laissée libre d'exercer d'autres professions. L'absence de privation du droit à l'emploi ou de la liberté d'entreprendre n'est pas un obstacle à la caractérisation de l'atteinte à ce droit ou cette liberté dès lors qu'ils font l'objet de restrictions. En droit français, les interdictions ou les suspensions d'exercice professionnel lèsent par leur objet le droit à

²⁴⁹⁰ Dr. fr., *supra*, par. 418 et en dr. can., *supra*, par. 427.

²⁴⁹¹ *Supra*, par. 434.

²⁴⁹² *Supra*, par. 437 et 438.

l'emploi ou la liberté d'entreprendre²⁴⁹³. Les inscriptions au casier judiciaire, dans les fichiers de police et justice ou les registres, constituent des lésions au droit à l'emploi ou à la liberté d'entreprendre en raison de leurs effets directs²⁴⁹⁴. En droit canadien, de telles mesures sont susceptibles de léser le droit à la sécurité du contrevenant²⁴⁹⁵.

491. *De l'analyse unitaire à l'analyse globale.* L'étude de l'objet ou de l'effet direct des réactions aux illicéités prises une à une permet de constater différentes modalités de lésion, qu'il semble possible de qualifier soit de privation soit de restriction d'un droit ou d'une liberté. Lors de la présentation des droits et libertés atteints par les mesures de réaction aux illicéités, il est apparu que certaines mesures portent atteinte à différents droits ou libertés parce qu'elles avaient non seulement pour objet ou effet direct de léser un droit ou une liberté mais aussi parce qu'elles sont liées à une ou plusieurs autres mesures qui avaient elles-mêmes pour objet ou pour effet direct de léser un droit ou une liberté (par exemple, le jour-amende en droit français, qui lèse le droit de propriété par son objet et qui porte atteinte à la liberté individuelle du condamné par le risque d'incarcération qu'il entraîne²⁴⁹⁶). D'autres mesures n'emportent aucune atteinte à un droit ou une liberté par leur objet ou effet direct mais sont également liées à des réactions elles-mêmes lésionnaires d'un droit ou une liberté (par exemple, la confiscation pénale portant sur un élément dont l'acquisition ou la détention est illicite, qualifiée de peine, pouvant en conséquence être mentionnée au casier judiciaire du condamné). Elles sont de ce fait attentatoires au droit lésé ou à la liberté lésée par les réactions qui lui sont liées (la confiscation n'est pas attentatoire au droit de propriété mais est attentatoire à d'autres droits comme le droit à la vie privée, à la réputation ou à l'emploi²⁴⁹⁷). Ce n'est ainsi plus une analyse indépendante de chaque mesure qui permet de qualifier une atteinte mais une analyse globale de différents ensembles de réactions. L'atteinte mise en évidence par cette analyse globale ne consiste plus en une lésion mais en un risque de lésion, crée par l'existence d'ensemble de réactions à une ou plusieurs illicéités.

²⁴⁹³ *Supra*, par. 441.

²⁴⁹⁴ *Supra*, par. 442.

²⁴⁹⁵ *Supra*, par. 445.

²⁴⁹⁶ *Supra*, par. 398.

²⁴⁹⁷ *Supra*, par. 452.

§ 2. Le risque de lésion résultant d'un ensemble de réactions à une ou plusieurs illicéités

492. *Un risque de lésion comme atteinte à un droit ou une liberté.* La gravité comme critère de la notion unifiée de répression a été définie comme une atteinte à un droit ou une liberté. Une mesure doit être considérée comme portant atteinte à un droit ou une liberté lorsqu'elle engendre une lésion effective de ce droit ou de cette liberté, mais également si elle est la source d'un risque de lésion du droit ou de la liberté. Une mesure est la source d'un risque de lésion lorsqu'il existe un ensemble de réactions, qui trouvent leur origine dans une première illicéité commune. Le risque de lésion, en ce qu'il caractérise une atteinte à un droit ou une liberté, qualifie la gravité substantielle de la mesure qui a créé ce risque. Deux cas d'ensemble de réactions créateurs de risque de lésion se présentent.

493. *Les deux cas d'ensemble de réactions.* Dans un premier cas, il existe une pluralité de réactions à une seule et même illicéité, qui forme un groupe de réactions. La première réaction est source d'un risque de lésion parce qu'elle se répercute dans une ou plusieurs autres réactions qui la suivent. Ces réactions subséquentes sont la source de la lésion effective. Dans un second cas, il s'agit d'une chaîne de réactions due à une chaîne d'illicéités, liées entre elles par l'illicéité initiale. La première réaction crée un risque de lésion à un droit ou une liberté parce qu'elle crée un risque de survenance d'une nouvelle illicéité elle-même susceptible d'une réaction.

I. Le risque de lésion créé par un groupe de réactions à une illicéité unique

494. *Exposé du cas et illustrations du cas.* Après une explication théorique de ce que recouvre le cas d'un groupe de réactions à une illicéité unique comme ensemble de réactions créateur d'un risque de lésion (A), plusieurs illustrations de la situation seront exposées (B).

A. Le groupe de réactions à une illicéité unique créateur d'un risque de lésion

495. *Explication théorique du cas.* La situation envisagée est celle d'un groupe de réactions à une illicéité unique. Une première réaction déclenche l'existence d'autres réactions à la même illicéité. La première mesure peut avoir un objet propre qui consiste en une lésion effective d'un droit ou d'une liberté. Les mesures subséquentes ont

également un ou plusieurs objets, qui peuvent ou non être identiques à celui de la première mesure. La première mesure peut ainsi porter une première atteinte – par une lésion – à un droit ou une liberté, mais a aussi pour effet d’atteindre un ou plusieurs autres droits ou libertés – en créant un risque de lésion – en raison de son lien avec les réactions subséquentes. La lésion des droits ou libertés objets des mesures subséquentes ne sera en revanche effective que par l’intervention de ces mesures. Par ailleurs, les mesures subséquentes à la première réaction à l’illicéité sont elles-mêmes des réactions à illicéité. Leur nature répressive pourrait ainsi être étudiée en elle-même, sans se référer à la première mesure de réaction à l’illicéité.

Cette explication abstraite du cas d’un groupe de réactions à une illicéité unique comme ensemble créateur d’un risque de lésion doit être complétée d’exemples concrets, afin d’en saisir précisément le sens et l’intérêt.

B. Les illustrations de la création d’un risque de lésion par un groupe de réactions à une illicéité unique

496. *Illustration générale du cas.* Dans la situation qui vient d’être exposée, la mise en danger (ou risque de lésion) d’un droit ou d’une liberté existe par exemple lorsqu’une décision prononçant une mesure de réaction à une illicéité prise à l’encontre d’une personne – mesure initiale – fait l’objet d’une inscription au casier judiciaire²⁴⁹⁸ ou d’une publication – mesure subséquente. La première réaction emporte une atteinte à un droit ou une liberté : la liberté pour une condamnation à une peine d’emprisonnement, le droit de propriété pour la condamnation à une amende ou à une confiscation, le droit à l’emploi et la liberté d’entreprendre pour un jugement emportant la faillite personnelle, etc. Cette sanction met en danger d’autres droits et libertés : le droit au respect de la vie privée, le droit à la réputation et le droit à l’emploi, lésés par l’inscription au casier judiciaire²⁴⁹⁹. La mesure initiale est bien la cause d’une première atteinte effective à un droit ou une liberté, une lésion, et d’une atteinte seconde, un risque de lésion aux autres droits et libertés uniquement. La cause directe de la lésion effective de ce second droit ou liberté est la mesure subséquente, l’inscription au casier judiciaire. Ce raisonnement est valable pour tous les cas dans lesquels une mesure de réaction à une illicéité emporte l’inscription de la personne visée par la mesure dans un fichier, une publication, un registre, etc. dès

²⁴⁹⁸ Dr. fr. : art. 768 C. proc. pén.; dr. can. : *supra*, par. 437 et note 2272.

²⁴⁹⁹ Sur la caractérisation de ces atteintes, voir : *supra*, par. 415-419, 430-434, 441-442 (dr.fr.) et *supra*, par. 425-427, 437-438, 445 (dr. can.).

lors que cette inscription lèse un droit ou une liberté comme le droit à l'emploi, le droit au respect de la vie privée ou le droit à la réputation²⁵⁰⁰.

497. L'exemple particulier de la dispense de peine en droit français. La dispense de peine que peut prononcer une juridiction en matière correctionnelle ou contraventionnelle après déclaration de culpabilité²⁵⁰¹ lorsque le reclassement du coupable apparaît acquis, que le dommage causé est réparé et que le trouble résultant de l'infraction a cessé²⁵⁰², ne lèse, par son objet, aucun droit ou liberté. Elle pourrait en revanche emporter un risque de lésion par l'inscription de la condamnation au casier judiciaire. Il faut ici distinguer plusieurs situations. En premier lieu, « [l]a juridiction qui prononce une dispense de peine peut décider que sa décision ne sera pas mentionnée au casier judiciaire ». Dans cette situation, la dispense de peine n'est pas répressive en ce qu'elle n'atteint aucun droit ou liberté, ni par lésion ni par risque de lésion. En second lieu, si l'inscription au casier judiciaire n'est pas écartée, la déclaration de culpabilité avec dispense de peine est inscrite pour trois ans au bulletin n° 1 du casier judiciaire. Cette inscription porte atteinte à la vie privée du condamné²⁵⁰³. La dispense de peine n'apparaît pas, en revanche, aux bulletins n° 2 et 3. En conséquence, l'atteinte à la réputation et au droit à l'emploi semblent pouvoir être écartée car les informations contenues au bulletin n° 1 ne sont accessibles qu'aux autorités de police et justice²⁵⁰⁴. Ainsi, la mesure de dispense de peine crée un risque de lésion à la vie privée du condamné qui suffit à la considérer comme une mesure grave d'un point de vue substantiel. Elle est donc susceptible d'être répressive.

Un risque de lésion d'un droit ou d'une liberté peut également émerger dans un autre, celui des chaînes de réactions à plusieurs illicéités liées entre elles par une première illicéité.

²⁵⁰⁰ Sur la caractérisation des atteintes aux droits et libertés par les inscriptions aux fichiers Dr. fr. : *supra*, par. 419, 434, 441-442; par les inscriptions aux publications et registres en dr. can. : *supra*, par. 437, 445. La gravité substantielle des mesures subséquentes peut en outre être étudiée de manière autonome puisqu'elles constituent elles aussi des réactions à l'illicéité. Peu importe finalement que la sanction pénale soit appelée peine, et la mesure administrative, punition, alors que l'inscription au casier judiciaire n'est pas qualifiée ni de peine ni de punition en droit français. La Cour fédérale canadienne utilise un raisonnement semblable en ayant affirmé la qualification de peine du casier judiciaire, eu égard au fait qu'il est une conséquence d'une déclaration de culpabilité qui fait partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée, qu'il est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine et qu'il a une grande incidence sur le droit du contrevenant à la liberté ou à la sécurité : *P.H. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 2274, par. 71-83.

²⁵⁰¹ Art. 132-58 C. pén.

²⁵⁰² Art. 132-59 C. pén.

²⁵⁰³ *Supra*, par. 411 et suiv.

²⁵⁰⁴ *Supra*, resp. par. 428 et suiv. et 439 et suiv.

II. Le risque de lésion créé par une chaîne de réactions à une chaîne d'illicéités

498. *Exposé du cas et illustrations du cas.* Après une explication théorique de ce que recouvre le cas de la création d'un risque de lésion par une chaîne de réactions à une chaîne d'illicéités, liées entre elles par une illicéité première (A), plusieurs illustrations de ce cas seront exposées (B).

A. La chaîne de réactions à une chaîne d'illicéités créatrice d'un risque de lésion

499. *Explication théorique du cas.* Le second cas dans lequel une atteinte est un risque de lésion d'un droit ou d'une liberté trouve sa source dans une chaîne de réactions à différentes illicéités, liées entre elles par une illicéité première. Une nouvelle réaction intervient après une nouvelle illicéité qui n'a pu exister qu'en raison de la réaction qui la précède. Plus concrètement, une seconde réaction est prise en conséquence de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'une première mesure de réaction à une illicéité première. L'inexécution ou la mauvaise exécution de la première mesure est une nouvelle illicéité qui engendre sa propre réaction, laquelle n'a toutefois pu exister qu'en raison du contenu de la première réaction. Cette première mesure peut avoir pour objet une lésion d'un droit ou d'une liberté, mais ce n'est pas toujours le cas. L'inexécution ou la mauvaise exécution de cette première mesure a pour conséquence une réaction qui porte elle-même atteinte à un droit ou une liberté. La première mesure porte ainsi en elle un risque de lésion à ce droit ou à cette liberté objet de la seconde réaction, qui constitue une atteinte au sens du critère de gravité dans sa définition substantielle. Ce cas d'ensemble de réactions créateur d'un risque de lésion regroupe trois situations. Premièrement, lorsque la première mesure de réaction prévoit la suspension de la lésion du droit ou de la liberté. La mesure a alors pour objet premier un risque de lésion, parfois associé à d'autres objets en fonction des conditions du sursis. La lésion effective du droit ou de la liberté est subordonnée au non-respect des conditions du sursis. Deuxièmement, lorsqu'une mesure a deux objets. Ainsi, cette mesure lèse un premier droit ou liberté, et menace d'en léser un second, si la mesure n'est pas correctement exécutée par son destinataire. Troisièmement, lorsque le refus de consentir à l'application d'une mesure de réaction ou que l'inexécution de la réaction constitue une infraction, elle-même passible d'une sanction. Plusieurs exemples peuvent être exposés pour chacune de ces situations. Dans toutes ces situations, le risque de lésion résultant de la réaction à l'illicéité originelle

suffit à caractériser l'atteinte à un droit ou une liberté, caractérisant ainsi la gravité substantielle de la mesure.

B. Les illustrations de la création d'un risque de lésion par une chaîne de réactions à une chaîne d'illicéités

500. Exemples de la première situation. La première situation de la création d'un risque de lésion par une chaîne de réactions à une chaîne d'illicéités peut être illustrée en France et au Canada par l'exemple de l'emprisonnement avec sursis, qui suspend la lésion de la privation de liberté. Cette peine est une atteinte à la liberté par une mise en danger de celle-ci. La privation de liberté ne pourra devenir effective que si le condamné ne respecte pas les conditions de sa liberté²⁵⁰⁵. Ce raisonnement tient également en toute autre matière. Par exemple, en cas de suspension pour une durée déterminée avec sursis de l'exercice de la profession d'expert-comptable, l'atteinte au droit à l'emploi fait l'objet d'un risque de lésion, et non d'une lésion effective, par la peine disciplinaire. Toutefois, la possibilité de la révocation du sursis, et donc le risque de lésion à ce droit, doit être prise en compte pour déterminer la gravité de la peine de suspension et en déduire le régime applicable pour la personne sanctionnée²⁵⁰⁶.

501. Exemples de la deuxième situation. La deuxième situation de la création d'un risque de lésion par une chaîne de réactions à une chaîne d'illicéités peut être illustrée dans les droits français et canadien par des exemples de peines patrimoniales. En droit français, la peine de jour-amende, peine de nature pécuniaire qui lèse le droit de propriété

²⁵⁰⁵ Dr. fr. : art. 132-29 C. pén. (sursis simple) et art. 132-40 (sursis probatoire). Ces conditions peuvent par ailleurs porter une atteinte effective à d'autres droits et libertés du condamné dans le cas du sursis probatoire : art. 132-44 à 132-45-1 C. pén. Sur la révocation du sursis, voir : art. 132-35, 132-36 C. pén. Le sursis peut être prononcé pour d'autres types de peine : art. 132-31 al. 1 C. pén.; dr. can. : art. 742.6 (9) c) i) et d) C.cr. La jurisprudence canadienne reconnaît généralement la mise en jeu de la liberté dès lors qu'un juge peut imposer l'emprisonnement à la suite d'une infraction : *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, préc., note 395, par. 76; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du code criminel (Man.)*, préc., note 821, 1140; *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, préc., note 807, par. 84; G. HECKMAN, préc., note 356, par. 15.

²⁵⁰⁶ Ce raisonnement peut être rapproché de celui tenu par le Conseil constitutionnel lors de l'analyse de la constitutionnalité, relativement au principe d'individualisation de la peine, des dispositions disciplinaires applicables aux experts-comptables, qui prévoient que le sursis assortissant une peine disciplinaire est automatiquement et obligatoirement révoqué en cas de nouvelle peine disciplinaire prononcée dans un délai de cinq ans, sans que le juge prononçant cette nouvelle peine puisse y faire échec ou moduler les effets de la révocation. En effet, alors que c'est bien le mécanisme de révocation du sursis qui était visé par la requérante, que le Conseil constitutionnel considère n'être ni une peine ni une sanction ayant le caractère d'une punition, celui-ci analyse la constitutionnalité de la peine disciplinaire de suspension avec sursis de l'exercice professionnel. Il en conclut qu'eu égard aux règles du mécanisme de révocation de sursis et « à la gravité de la peine de suspension temporaire d'exercice professionnel », la révocation automatique du sursis est contraire au principe d'individualisation de la peine : Cons. const. 29 nov. 2019, n° 2019-815 QPC, *Mme Carole L.*, par. 4-9.

du condamné, met également en danger sa liberté. En effet, le défaut total ou partiel du paiement du montant de la peine entraîne l’incarcération du condamné²⁵⁰⁷. Il en est de même pour la sanction-réparation, qui a pour objet premier une lésion au droit de propriété du condamné et peut avoir pour objet second un risque de lésion de sa liberté. Si le condamné ne respecte pas l’obligation de réparation, il pourra être contraint d’exécuter une peine d’emprisonnement²⁵⁰⁸. En droit canadien, le défaut de paiement de tout ou partie de l’amende entraîne l’emprisonnement du condamné²⁵⁰⁹.

502. Exemples de la troisième situation. Deux exemples du droit criminel canadien peuvent illustrer la troisième situation de la création d’un risque de lésion par une chaîne de réactions à une chaîne d’illicéités. En premier lieu, la peine de probation qui a pour objet la lésion de divers droits et libertés relativement aux conditions de la probation, engendre un risque de lésion de la liberté du condamné. En effet, le bris de probation, c’est-à-dire le manquement du condamné aux conditions de la probation, constitue un crime passible d’une peine d’emprisonnement²⁵¹⁰. Dans une configuration un peu différente, l’engagement de ne pas troubler l’ordre public constitue une double mise en danger de la liberté. En effet, il entraîne en premier lieu un risque de lésion de la liberté de son destinataire, en second lieu la lésion des droits et libertés relatifs aux conditions de l’engagement et en dernier lieu, à nouveau la mise en danger de la liberté. En effet, le refus d’une personne de se soumettre à cet engagement constitue en soi une infraction passible d’une peine d’emprisonnement²⁵¹¹. Ensuite, si la personne accepte l’ordonnance, elle est soumise à différentes conditions qui peuvent léser d’autres de ses droits et

²⁵⁰⁷ Art. 131-25 al. 2 C. pén. La CEDH avait déjà affirmé la possibilité de qualifier de peine une mesure d’exécution d’une amende douanière : CEDH, *Jamil*, préc., note 1001, par. 32. Elle avait ainsi envisagé la contrainte par corps comme une peine en elle-même, tout en établissant et en prenant en compte son lien initial avec l’amende douanière. Elle précisait ainsi que « [d]estinée à garantir le paiement notamment d’une amende par l’exécution sur la personne du débiteur qui ne démontre pas son insolvabilité, la mesure en question a pour but de contraindre audit paiement par la menace d’une incarcération sous un régime pénitentiaire » et ajoute que « [p]rononcée par la juridiction répressive et destinée à exercer un effet dissuasif, la sanction infligée à M. Jamil pouvait aboutir à une privation de liberté de caractère punitif [...] » : *Id.*

²⁵⁰⁸ Art. 131-8-1 al. 5 C. pén. La sanction-réparation peut également emporter une double atteinte au droit de propriété, une lésion et un risque de lésion, puisque l’absence d’exécution de la mesure peut engendrer la mise à exécution d’une peine d’amende.

²⁵⁰⁹ Art. 734 (4) C.cr.

²⁵¹⁰ Art. 733.1 (1) C.cr. Considérant que l’ordonnance de probation met en jeu la liberté : *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, préc., note 395, par. 76; G. HECKMAN, préc., note 356, par. 15.

²⁵¹¹ Art. 810 (3.01) C.cr.; art. 810. 01 (4) C.cr.; art. 810. 011 (5) C.cr.; art. 810. 02 (5) C.cr.; art. 810.1 (3.1) C.cr.; art. 810.2 (4) C.cr.

libertés²⁵¹². Enfin, si la personne qui a accepté un engagement de ne pas troubler l'ordre public manque à celui-ci, elle est coupable d'un crime passible d'une peine d'emprisonnement²⁵¹³.

503. *L'association de la gravité quantitative à la gravité substantielle pour la qualification de la gravité répressive.* La réaction répressive est qualifiée par sa gravité particulière. Cette gravité est tout d'abord substantielle, au regard de son objet. La mesure répressive se caractérise alors par une atteinte à un droit ou une liberté, cette atteinte pouvant consister en une lésion ou un risque de lésion. À ce titre, la réaction répressive peut s'apprécier de façon unitaire et autonome ou dans un ensemble réunissant, selon différentes configurations, plusieurs réactions. Il a en outre été proposé que la gravité substantielle des réactions aux illicéités attentatoires à la vie, à l'intégrité physique et à la liberté suffise à qualifier la gravité répressive des mesures concernées²⁵¹⁴. Il n'est cependant pas rare que l'analyse substantielle de la gravité d'une mesure, en vue de sa qualification, soit accompagnée d'une analyse quantitative. En effet, la gravité d'une mesure peut également se mesurer au regard de son *quantum*. À la définition substantielle de la gravité répressive s'associe finalement une définition quantitative.

²⁵¹² Art. 810 (3.02), 810 (3.1), 810 (3.11) et 810 (3.2) C.cr.; art. 810. 01 (4.1), art. 810. 01 (5) C.cr.; art. 810. 011 (6), 810. 011 (7), 810. 011 (9), 810. 011 (10) C.cr.; art. 810. 02 (6), 810. 02 (7) C.cr.; art. 810.1 (3.02), 810.1 (3.03), 810.1 (3.05) C.cr.; art. 810.2 (4.1), 810.2 (5), art. 810.2 (6) C.cr.

²⁵¹³ Art. 811 C.cr. Le non-respect des conditions d'une première mesure de réaction à l'illicéité constitue en lui-même une illicéité. Cette dernière entraîne sa propre conséquence, la lésion du droit ou de la liberté qui avait été mis en danger par la première réaction. Cette conséquence est en elle-même une réaction à une illicéité, distincte de la première mesure. Il est donc possible d'étudier la nature répressive de la réaction à l'inexécution de la première mesure de manière autonome et de qualifier sa propre gravité substantielle, au regard de la lésion à un droit ou à une liberté comme objet de la réponse à l'inexécution. Ainsi, dans les trois situations présentées les réactions subséquentes de la chaîne peuvent faire l'objet d'une étude autonome de leur nature répressive.

²⁵¹⁴ Les mesures de réaction aux illicéités attentatoires à la vie, à l'intégrité physique et à la liberté individuelles sont considérées comme des mesures répressives eu égard à leur gravité substantielle, sans appréciation de leur gravité quantitative, en raison de la valeur particulière de la vie, de l'intégrité physique et de la liberté individuelle dans les ordres juridiques français et canadien : *supra*, par. 383-385.

Chapitre 2. La gravité quantitative de la réaction, l'absence de rétablissement objectif de l'équilibre rompu

504. *L'évaluation quantitative de la gravité de la réaction répressive.* La répression est une réaction grave à une illicéité. La gravité de la réaction peut se définir tant substantiellement que quantitativement²⁵¹⁵. Définir quantitativement la gravité d'une mesure répressive nécessite d'admettre qu'il existe un seuil quantitatif particulier à partir duquel une mesure de réaction à l'illicéité attentatoire à un droit ou liberté est répressive, et un seuil en dessous duquel elle ne l'est pas. Il faut donc déterminer ce seuil.

505. *Rappel sur l'évaluation quantitative de la gravité dans les jurisprudences supra-législatives.* Il a été précédemment établi que les jurisprudences supra-législatives utilisent toutes une appréciation quantitative pour déterminer la gravité des mesures soumises à leur étude, en vue de qualifier leur nature pénale ou punitive²⁵¹⁶. Toutefois, il a également été démontré que l'évaluation de la gravité quantitative n'est pas strictement définie et donne lieu à des appréciations imprécises, et parfois imprévisibles²⁵¹⁷. Il ne semble donc pas opportun, *a priori*, de réutiliser ces méthodes pour définir la dimension quantitative du critère de gravité répressive²⁵¹⁸. Ainsi, il faut s'interroger sur la possibilité de proposer d'autres méthodes d'évaluation de la gravité quantitative, susceptibles de trouver application dans le cadre de la définition unifiée de la notion de répression.

506. *Les méthodes possibles d'évaluation de la gravité quantitative de la mesure répressive.* Plusieurs méthodes permettraient de qualifier la gravité quantitative requise pour la caractérisation de la répression. Deux d'entre elles permettraient d'éviter les écueils des appréciations jurisprudentielles, en proposant une grille d'évaluation plus stricte et prédéterminée des *quanta* de la gravité répressive. Toutefois, eu égard aux défauts importants propres à ces deux méthodes, elles devront être écartées, au profit d'une troisième méthode.

²⁵¹⁵ Il a cependant été proposé que les atteintes à la vie, à l'intégrité physique et à la liberté individuelles en réaction à des illicéités soient considérées comme des mesures répressives eu égard à leur gravité substantielle, sans appréciation de leur gravité quantitative, en raison de la valeur particulière de la vie, de l'intégrité physique et de la liberté individuelle dans les ordres juridiques français et canadien : *supra*, par. 383-385.

²⁵¹⁶ Dr. fr. : *supra*, par. 138 et 141; en dr. européen : *supra*, par. 152 et 167. Dr. can. : *supra*, par. 183 et suiv.

²⁵¹⁷ Dr. fr. : *supra*, par. 235, 240 et 241; en dr. européen : *supra*, par. 236 et 243. Dr. can. : *supra*, par. 237 et 242.

²⁵¹⁸ *Supra*, par. 303.

Cette dernière apparaît plus susceptible d'une rationalité et d'une mise en pratique compatibles avec les enjeux de la définition unifiée de la notion de répression. La dimension quantitative de la gravité ne paraît pouvoir être évaluée que par une appréciation objective du rapport de correspondance entre la mesure imposée et le déséquilibre juridique créé par l'illicéité. Est en conséquence répressive, une mesure de réaction à une illicéité dont l'atteinte substantielle n'est pas quantitativement équivalente au rétablissement de l'équilibre rompu. La définition de l'aspect quantitatif de la gravité renvoie finalement à certaines techniques jurisprudentielles d'évaluation²⁵¹⁹ mais les rend plus précises et systématiques, afin de fournir une grille d'appréciation cohérente et prévisible. Doivent ainsi être présentées les méthodes d'évaluation écartées (Section 1) et la méthode retenue, qui consiste en une l'évaluation comparative de la réaction avec le déséquilibre résultant de l'illicéité (Section 2).

Section 1. Les méthodes d'évaluation de la gravité quantitative écartées

507. Deux méthodes d'évaluation écartées. Deux méthodes d'évaluation de la gravité quantitative d'une mesure de réaction à l'illicéité attentatoire à un droit ou une liberté doivent être écartées en raison de leurs défauts. Une première méthode consisterait à fixer un seuil abstrait de gravité répressive pour chaque type de mesure, en fonction de son objet. Cette méthode doit être écartée en raison de son caractère arbitraire. Une seconde méthode, comparative, consisterait à se fonder sur les *quanta* des peines pour servir de référence à l'évaluation quantitative de la gravité des mesures non qualifiées de peine. Moins arbitraire que la première, elle doit cependant être également écartée en raison d'une mise en œuvre aux possibilités restreintes. Il faut donc rejeter la méthode d'évaluation de la gravité quantitative relative à un seuil fixe (1) mais également la méthode d'évaluation comparative (2).

§ 1. Le rejet de l'évaluation de la gravité quantitative par fixation d'un seuil

508. La détermination d'un seuil fixe de gravité. Une première méthode d'évaluation de la gravité quantitative répressive consisterait à fixer un seuil abstrait de gravité, pour chaque type de mesure, en fonction de son objet. Toute mesure de réaction à l'illicéité attentatoire à un droit ou une liberté dont le *quantum* serait égal ou supérieur à ce seuil serait répressive. Toute mesure dont le *quantum* serait inférieur à ce seuil ne serait pas

²⁵¹⁹ Par ex., *supra*, par. 237.

répressive. Cette méthode aurait les avantages de la clarté et de la prévisibilité. Elle serait cependant arbitraire.

509. *Le caractère arbitraire de l'évaluation par seuil fixe.* La fixation d'un seuil de gravité pour l'évaluation quantitative du critère de gravité répressive serait arbitraire²⁵²⁰ et en conséquence injuste. Bien que l'évaluation quantitative de la gravité a été écartée pour les atteintes à la liberté individuelle, il est aisé de comprendre le caractère arbitraire de l'évaluation quantitative de la gravité d'une mesure par fixation d'un seuil au regard de la privation de liberté. Par exemple, si le seuil de gravité répressif pour la privation de liberté était fixé à 7 jours, soit 168 heures, quelle différence réelle de gravité y aurait-il entre une privation de liberté de 168 heures, soit le seuil minimum requis, et une privation de liberté de 167 heures (6 jours et 23 heures), soit en dessous du seuil minimum requis ? Il en serait de même si le seuil de gravité de la privation de liberté était fixé à 3 jours ou à 1 mois. La limite d'un tel raisonnement pour la détermination de la gravité répressive peut être illustrée de la même façon avec n'importe quel droit ou n'importe quelle liberté. En effet, si le seuil de gravité répressive d'une atteinte au droit de propriété par l'imposition d'une mesure pécuniaire était fixé à 1000 euros (ou dollars canadien), en quoi une mesure pécuniaire de 999 euros (ou dollars canadien) serait-elle suffisamment moins grave pour ne pas être répressive ? Cette méthode d'évaluation de la gravité quantitative répressive doit donc être écartée en raison de son caractère arbitraire et de ses résultats en conséquence injustes. En effet, la personne poursuivie pour une violation de la loi, pénale ou extra-pénale, qui risquerait l'imposition une sanction pécuniaire de 1000 euros (ou dollars canadien) pourrait bénéficier des garanties constitutionnelles accordées à une personne poursuivie en matière pénale mais pas la personne pour qui la sanction encourue serait de 999 euros (ou dollars canadien). En plus d'être arbitraire, cette évaluation de la gravité quantitative pourrait se révéler bien trop complexe à mettre en œuvre.

510. *La trop complexe mise en œuvre du critère.* L'évaluation de la gravité quantitative par seuil fixe supposerait également des pouvoirs publics une grande force de prospection et de projection. Par exemple, il faudrait probablement définir pour les

²⁵²⁰ Sauf à démontrer qu'il existe, pour chaque objet, un seuil de gravité intrinsèque à celui-ci, un tel seuil serait arbitraire au sens où il serait « produit par la seule décision de l'homme, sans fondement inhérent à la nature des choses » : ACADEMIE FRANÇAISE, préc., note 1, v^o « Arbitraire », I, 1.

mesures restrictives de la liberté d'aller et venir des seuils non seulement mesurés en temps mais aussi en distance. Faudrait-il alors définir la gravité en fonction du nombre de kilomètres que la personne est autorisée à parcourir ou en fonction des zones géographiques administrativement définies dans lesquelles elle est autorisée à se déplacer, comme, en France, la commune, le département et la région ? Chaque droit ou liberté susceptible d'être atteint supposerait ainsi l'étude de ses caractéristiques, pour déterminer tous les types de seuils à fixer. Le critère n'est pas matériellement praticable.

511. *D'une méthode d'évaluation absolue à une méthode d'évaluation relative.* À cette méthode absolutiste pourrait être préférée une méthode d'évaluation relative de la gravité quantitative, consistant en la comparaison de la mesure étudiée à une peine semblable. Pourtant moins arbitraire, cette méthode d'évaluation doit également être rejetée.

§ 2. Le rejet de l'évaluation comparative de la gravité quantitative

512. *Signification de l'évaluation comparative de la gravité quantitative.* Une deuxième méthode d'évaluation de la gravité quantitative des mesures de réaction à l'illicéité attentatoire à un droit ou une liberté consisterait à comparer les *quanta* des mesures non qualifiées de peines avec les *quanta* des peines. En application de cette méthode, la gravité répressive serait prédéterminée par les *quanta* des peines. Serait ainsi grave, une mesure dont le *quantum* serait proche ou équivalent à celui d'une peine.

513. *Avantages apparents et défauts réels de la méthode d'évaluation comparative.* Cette méthode comparative d'évaluation quantitative de la gravité a pour avantage d'offrir un point de référence en adéquation avec la méthode de construction de la notion unifiée de répression. La peine étant l'archétype de la mesure répressive, il apparaît logique qu'elle guide la qualification de la mesure répressive. Elle concorderait en outre avec l'idée qu'un justiciable destinataire d'une mesure semblable à une peine doit être protégé par des garanties processuelles et substantielles de la même façon qu'un justiciable qui risque une condamnation pénale. À l'étude, ces avantages se révèlent illusoires et bien des inconvénients conduisent à rejeter la méthode d'évaluation comparative de la gravité quantitative dans ses deux expressions possibles.

514. *Les deux expressions possibles de la méthode d'évaluation comparative.*

L'évaluation comparative invite à qualifier la gravité quantitative d'une mesure non qualifiée de peine par rapport au *quantum* d'une peine. Deux expressions de l'évaluation comparative sont donc possibles : une évaluation en fonction d'une peine punissant un comportement illicite semblable et une évaluation en fonction de l'échelle abstraite des peines. La méthode d'évaluation comparative de la gravité quantitative en matière de répression doit être rejetée pour ces deux expressions. Il faut donc premièrement exposer le rejet de l'évaluation comparative de la gravité quantitative en fonction d'une peine punissant une illicéité semblable (I) et deuxièmement en fonction de l'échelle abstraite des peines (II).

I. Le rejet de l'évaluation comparative en fonction d'une peine punissant une illicéité semblable

515. *Trois conceptions de l'évaluation comparative en fonction d'une peine punissant une illicéité semblable.* Il y a trois possibilités de concevoir la gravité quantitative répressive en utilisant une méthode d'évaluation comparative au regard du *quantum* d'une peine punissant une illicéité semblable. L'application de cette méthode comparative conduit, pour les trois conceptions, à une délimitation arbitraire de ce qui est ou n'est pas répressif. Pour cette raison, les trois conceptions de la méthode doivent être rejetées. Il faut ainsi expliquer le rejet de l'évaluation comparative par référence impérative à une peine dont l'objet semblable punissant une illicéité semblable (A), le rejet de l'évaluation comparative par référence indicative à d'une peine dont l'objet est identique et qui punit une illicéité semblable (B) et le rejet de l'évaluation comparative par référence à une peine dont l'objet n'est pas identique mais qui punit une illicéité semblable (C).

A. Le rejet de l'évaluation par référence impérative à une peine semblable punissant une illicéité semblable

516. *Exposé de la première conception.* Selon une première conception, serait répressive une mesure de réaction à l'illicéité attentatoire à un droit ou une liberté non qualifiée de peine, dont le *quantum* serait égal ou supérieur au *quantum* de la peine ayant un même objet, encourue pour punir un comportement identique. En étant d'une gravité quantitative identique ou supérieure à la peine, la mesure non qualifiée de peine atteindrait un niveau certain de gravité répressive. Cette évaluation comparative a pour mérite de

prendre comme point de référence une peine qui réagit à une même illicéité que celle qui est la cause de la mesure étudiée. L'identité ou la supériorité de gravité quantitative, associée à l'identité d'objet des réactions et à l'identité de leur cause, justifierait pleinement que le justiciable destinataire de la mesure bénéficie de garanties semblables à celles du droit pénal. Cette conception de l'évaluation comparative de la gravité quantitative peut toutefois être discutée.

517. *Rejet de la première conception.* La gravité quantitative n'est fonction que du *quantum* de la peine particulière prise pour référence. Une somme d'argent pourrait, dans une première situation, être d'un niveau de gravité répressif en raison de son identité quantitative avec une peine réagissant à la même illicéité, alors que dans une autre situation, une somme identique pourrait ne pas atteindre le niveau de gravité répressif parce que la peine encourue pour l'infraction correspondante serait d'un *quantum* supérieur. Par exemple, si un individu a commis des faits susceptibles d'une qualification pénale et d'une qualification administrative et qu'il encourt pour la première une amende de 5 000 euros, ou dollars canadiens, et pour la seconde une sanction administrative de nature pécuniaire du même montant, cette dernière est répressive. En revanche, si un autre individu réalise d'autres actes, également susceptibles d'une qualification pénale et d'une qualification administrative, mais que l'amende pénale encourue est de 10 000 euros ou dollars canadiens alors que la sanction administrative est de 5 000 euros ou dollars canadiens, alors la seconde sanction administrative n'est pas répressive. Pourtant cette seconde sanction administrative est du même montant que la première. Ainsi, en fonction de la variété des *quanta* des peines prévues par le législateur pour les différentes infractions, le même *quantum* pour des mesures non qualifiées de peines pourrait être parfois répressif et parfois non. Cette situation entraînerait un traitement différencié entre deux justiciables qui subirait pourtant une mesure de réaction substantiellement et quantitativement semblable. La différence serait uniquement justifiée par le choix législatif du *quanta* des peines encourues pour chacune des infractions correspondantes aux illicéités à l'origine des deux réactions envisagées. La méthode d'évaluation comparative doit donc finalement être écartée dans cette hypothèse.

La situation exposée soulève une question : la gravité quantitative d'une mesure non-pénale, dont le *quantum* est inférieur à celui de la peine punissant la même illicéité, est-elle nécessairement non répressive ?

B. Le rejet de l'évaluation par référence indicative à une peine semblable punissant une illicéité semblable

518. *Exposé de la deuxième conception.* Il faut envisager, en seconde hypothèse d'application de l'évaluation comparative de la gravité quantitative en fonction d'une peine punissant une illicéité semblable, une mesure qui aurait un objet identique mais un *quantum* inférieur à celui de la peine. En effet, la peine identique encourue pour un comportement identique pourrait servir de point de référence pour la comparaison, sans constituer pour autant le seuil minimum de gravité répressive. Elle serait uniquement un indicateur. La règle du seuil de gravité établie pour la première conception pourrait par ailleurs demeurer. Ainsi, la réaction à une illicéité d'un *quantum* équivalent à une peine semblable pourrait être nécessairement répressive mais une mesure d'un *quantum* inférieur pourrait également être répressive. Cette conception suppose néanmoins de convenir d'un seuil de gravité à partir duquel la mesure est répressive, au regard de la peine.

519. *Le rejet de la deuxième conception.* La seconde conception de l'évaluation comparative en fonction d'une peine punissant une illicéité semblable doit être rejetée. En effet, la question du seuil à partir duquel la mesure non qualifiée de peine est quantitativement moins grave que la peine, est toute de même suffisamment grave pour être répressive, ne peut pas trouver de réponse satisfaisante. Faut-il considérer que la gravité répressive est atteinte quand le *quantum* de la mesure est au moins égal à un tiers du *quantum* de la peine correspondante ? À la moitié ? Au trois-quarts ? Se retrouve ici l'arbitraire inhérent à la fixation d'un seuil de gravité et la critique qui s'en suit. De plus, même en admettant que le seuil puisse être fixé, la situation deviendrait identique à celle décrite et critiquée pour la première conception précédemment exposée. Il y aurait nécessairement des disparités injustifiées dans la qualification des mesures répressives. Des mesures non qualifiées de peines, substantiellement et quantitativement identiques, seraient parfois qualifiées de mesures répressives et parfois non, en fonction des *quanta* des peines correspondantes. L'application de la méthode comparative connaît donc des limites dans cette seconde conception de l'évaluation au regard d'une peine punissant une illicéité semblable, conduisant à l'écarter également.

Pour la troisième conception envisageable, l'application se révèle encore plus compliquée et arbitraire. Elle est donc aussi rejetée.

C. Le rejet de l'évaluation comparative par référence à une peine dissemblable punissant une illicéité semblable

520. *Exposé de la troisième conception.* Dans une troisième hypothèse, il faut envisager la possibilité que les mesures et peines qui répondent à des comportements illicites identiques n'aient pas toujours des objets identiques. Cette situation rend particulièrement compliquée l'application de la méthode comparative. Par exemple, la mesure non qualifiée de peine pourrait être de nature pécuniaire et la peine pourrait être une privation de liberté. Pour comparer, et sauf à considérer que la sanction pécuniaire ne peut jamais être équivalente à une privation de liberté, il faudrait premièrement établir une correspondance entre les deux objets et décider ainsi d'un montant d'euros équivalent à un nombre de jours de privation de liberté. Il faudrait deuxièmement appliquer cette équivalence aux mesures étudiées. Il n'est toutefois pas opportun de comparer des objets distincts, tant l'équivalence établie apparaîtrait arbitraire²⁵²¹.

521. *Rejet de la troisième conception.* Il ne semble pas en effet possible de déterminer des équivalences qui relèvent de la nature des choses et qui ne sont pas simplement le résultat d'un choix arbitraire. De manière plus générale, la mise en œuvre de la méthode comparative dans cette hypothèse supposerait de préétablir autant d'équivalences qu'il existe de droits et libertés atteints par des mesures de réaction aux illicéités, pour pouvoir les comparer aux peines privatives de liberté et aux amendes²⁵²². Cette troisième conception de l'application de l'évaluation comparative en fonction d'une peine punissant une illicéité semblable conduit à écarter encore une fois le recours à la première expression de la méthode comparative de l'évaluation de la gravité quantitative.

La seconde expression de la méthode comparative, soit l'évaluation de la gravité d'une mesure non qualifiée de peine en fonction de l'échelle abstraite des peines, connaît aussi ses limites conduisant au rejet définitif de la méthode comparative d'évaluation de la gravité quantitative, pour la définition unifiée de la répression.

²⁵²¹ Pour décider de la nature d'une mesure, le Conseil constitutionnel avait déjà eu à comparer des sanctions pécuniaires administratives avec les sanctions pénales existantes pour punir des faits semblables. Il n'avait pas choisi de comparer les sanctions pécuniaires administratives avec les sanctions pécuniaires pénales mais avec l'ensemble des sanctions pénales, incluant la peine privative de liberté encourue par les personnes physiques et la peine de dissolution encourue par les personnes morales pour les faits. Il avait pu en déduire, au regard d'une appréciation globale des sanctions pénales, que dans un premier cas, la sanction administrative était de même nature que les sanctions pénales et dans un second cas que la sanction administrative n'était pas de même nature que les sanctions pénales : *supra*, par. 241. Ce raisonnement, non balisé et approximatif, rendait peu prévisible la résolution future de problèmes identiques.

²⁵²² Les peines de référence en droit français sont la privation de liberté et l'amende : E. BONIS et V. PELTIER, *préc.*, note 53, par. 174-178, p. 83-85.

II. Le rejet de l'évaluation comparative en fonction de l'échelle abstraite des peines

522. *Exposé de la deuxième expression de la méthode.* Selon une seconde expression, l'évaluation de la gravité quantitative d'une mesure de réaction à une illicéité non qualifiée de peine pourrait être réalisée en comparant son *quantum* avec le *quantum* le plus faible prévu pour la peine ayant le même objet. Avec cette méthode, il devient possible de mesurer la gravité quantitative d'une mesure de réaction à une illicéité par rapport à une peine pour n'importe quelle illicéité extra-pénale, sans qu'il soit nécessaire que son équivalent pénal existe. Il faut en effet se rappeler qu'il n'y a pas de réponse pénale pour toute illicéité. L'application de cette seconde méthode comparative est plus abstraite que la première méthode comparative.

523. *Application de la deuxième expression de la méthode.* Il faut admettre au départ l'idée selon laquelle l'échelle abstraite des peines, et non plus une peine réprimant une infraction en particulier, est l'indicateur qui permet de mesurer la gravité de la répression. En conséquence, la peine maximale encourue la moins élevée serait l'indicateur minimal de la gravité répressive. Par exemple, en droit français, l'amende contraventionnelle encourue la plus faible est de 38 euros. Une mesure pécuniaire de réaction à une illicéité serait ainsi répressive dès lors qu'elle serait au minimum de 38 euros.

524. *Avantage de la deuxième méthode.* Il y aurait un avantage certain à l'application de cette conception de cette méthode comparative, consistant à considérer que la gravité répressive se mesure toujours au regard de l'échelle abstraite des peines, et non pas en fonction de la peine encourue applicable pour l'infraction correspondante à l'illicéité à l'origine de la mesure étudiée. Le point de référence, la peine abstraitement prévue, aurait en effet l'avantage d'être le même pour toutes les mesures de réaction aux illicéités. Toutes les mesures ayant le même objet et étant quantitativement identiques auraient une qualification identique de leur nature, répressive ou non-répressive. Par exemple, en droit français, une sanction pécuniaire de 38 euros serait toujours répressive. Il n'y aurait pas, de ce point de vue, d'inégalité de traitement entre les justiciables. Pour autant, cette méthode n'est pas exempte d'inconvénients.

525. *Inconvénients de la deuxième méthode.* Demeurent trois difficultés qui relativisent l'intérêt de la méthode comparative d'évaluation de la gravité quantitative, au regard de cette seconde expression de la méthode. Tout d'abord, les peines encourues les plus faibles indiquées dans les échelles de peine sont des peines maximales et non des peines planchers. Cela signifie que le juge pénal peut infliger une peine plus basse, qui sera tout aussi répressive que s'il infligeait la peine maximale encourue. Ainsi, une privation extra-pénale de liberté encourue de 1 mois ne serait pas répressive, mais une peine effectivement infligée de 20 jours d'emprisonnement le serait toujours²⁵²³. Cela ne semble pas cohérent, sauf à admettre que les peines infligées inférieures aux peines maximales encourues les plus faibles ne sont pas quantitativement répressives. Ensuite, si le législateur a prévu des échelles de gravité pour certains types de peine, il ne l'a pas fait pour tous. Ainsi, soit il faudrait créer des échelles pour tous les objets de toutes les peines, soit il faut admettre que la seule peine maximale encourue pour ces autres peines est le niveau minimal de gravité requis pour la qualification quantitative. Enfin, il apparaît que l'arbitraire dans l'évaluation de la gravité se retrouve aussi pour cette deuxième expression de l'évaluation comparative. En effet, le seuil déterminé par la plus faible peine maximale encourue distingue à nouveau les mesures répressives des mesures non-répressives, sans adéquation particulière avec leur objet. Ainsi, en droit français, au regard du plus faible montant d'amende contraventionnelle, une mesure pécuniaire de réaction à une illicéité encourue de 37 euros ne serait pas répressive, alors qu'une mesure pécuniaire de 38 euros le serait.

Il apparaît évident qu'à défaut d'une gravité quantitative intrinsèque aux objets des mesures étudiées, tout arbitraire semble difficile à exclure de l'évaluation de la gravité quantitative pour la définition de la répression. La méthode comparative ne permet pas en tout cas de se départir de ce problème. Il semble par ailleurs impossible de déterminer une gravité quantitative intrinsèque à un objet spécifique. Il faut donc contourner cette difficulté.

526. *La nécessité d'une autre méthode d'évaluation quantitative de la gravité répressive.* En raison des inconvénients théoriques et pratiques résultant des méthodes d'évaluation de la gravité quantitative par fixation d'un seuil abstrait ou par évaluation comparative aux peines, il serait opportun de trouver une autre méthode. Une troisième

²⁵²³ La privation de liberté, bien qu'exclue de l'appréciation quantitative de la gravité répressive, est toujours utile à titre d'exemple pour illustrer le propos.

méthode d'évaluation de la gravité quantitative répressive est concevable. Elle ne consiste plus en la référence à un seuil abstrait ou en une évaluation comparative entre les *quanta* des mesures étudiées et ceux des peines, mais en une évaluation comparative entre la mesure imposée et le déséquilibre juridique créé par l'illicéité. Cette méthode de détermination de la gravité doit être préférée aux deux premières en ce qu'elle n'a pas leurs désavantages et répond aux enjeux de la définition unifiée de la notion de répression.

Section 2. La méthode retenue, l'évaluation comparative de la réaction avec le déséquilibre résultant de l'illicéité

527. Méthode d'évaluation quantitative de la gravité répressive. La seule méthode adaptée à l'évaluation de la gravité quantitative répressive semble être la comparaison de l'étendue de l'atteinte à un droit ou une liberté, résultant de la réaction à une illicéité, avec le rétablissement de l'équilibre juridique détruit par cette illicéité. Cette comparaison permet de déterminer si la mesure, par le choix de son objet et de son *quantum*, est apte à rétablir la situation juridique antérieure à l'illicéité. Cette méthode est déjà partiellement utilisée en jurisprudence²⁵²⁴ mais elle doit être précisée et systématisée pour rendre le droit plus cohérent et prévisible.

528. Définition de la gravité quantitative répressive. En application de cette méthode, doit être considérée comme quantitativement grave au sens de la notion unifiée de répression, une mesure dont le *quantum*, relativement à son objet, n'est pas objectivement en adéquation avec le rétablissement de l'équilibre rompu, en ce qu'il va au-delà. À l'inverse, la réaction à une illicéité attentatoire à un droit ou une liberté, opérant objectivement un retour à l'équilibre juridique, n'est pas une mesure répressive. Le critère de gravité est ainsi défini en relation avec la substance de la mesure. L'association de l'étude de la substance de la mesure avec son *quantum* pour la détermination de sa gravité quantitative, conduit finalement à différencier de façon classique la fonction répressive d'autres fonctions juridiques

529. Fonctions exclusives de la gravité quantitative répressive. Une mesure de réaction à une illicéité n'est pas grave (au sens de la notion unifiée de répression) lorsque son *quantum*, associé à son objet, permet le rétablissement de l'équilibre juridique rompu

²⁵²⁴Par ex. : *supra*, par. 237.

par l'illicéité. L'adéquation d'une réaction à une illicéité au rétablissement de la situation antérieure existe dans deux hypothèses : la réparation d'un dommage et la cessation d'une situation illicite. Lorsqu'une mesure se borne à réagir à une illicéité en la faisant cesser ou en réparant les conséquences, elle n'est pas répressive. Il faut ainsi voir que la gravité répressive est exclue d'un point de vue quantitatif lorsque le *quantum* d'une mesure correspond aux nécessités tenant à la cessation de l'illicéité (§1) et à la réparation du dommage de la victime de l'illicéité (§2).

§ 1. La gravité quantitative répressive exclusive de la cessation de l'illicite

530. La définition quantitative de la gravité répressive doit être considérée comme exclusive de l'adéquation substantielle et quantitative entre l'atteinte à un droit ou une liberté et le rétablissement de la situation en conformité avec le droit. En ce sens, une réaction à une illicéité dont la substance est quantitativement adéquate à la cessation de l'illicéité n'est pas répressive. Pour déterminer les réactions aux illicéités attentatoires à des droits et libertés qui doivent finalement recevoir la qualification de mesures répressives, il faut exposer dans un premier temps la distinction entre la répression et la cessation de l'illicite (I) et réaliser dans un second temps l'application de cette distinction (II).

I. La distinction de la répression et de la cessation de l'illicite

531. *La définition de la cessation de l'illicite.* Ne sont pas graves, au sens de la notion unifiée de répression, les mesures dont l'objet et l'étendue²⁵²⁵ permettent de prévenir ou de faire cesser un fait ou état de fait illicite²⁵²⁶. La prévention de l'illicéité suppose la

²⁵²⁵ C. BLOCH, préc., note 1286, par. 534, p. 602. L'auteur précise qu'il doit y avoir un rapport de correspondance objective entre l'étendue de la mesure et le trouble illicite.

²⁵²⁶ *Id.*, par. 64, 128 et 243, p. 73, 133-134 et 265-266. De nombreux auteurs considèrent la cessation de l'illicite comme une mesure de réparation en nature : Mireille BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, t. 5, « Droit commun et régimes spéciaux », 4^e éd., coll. Corpus. Droit privé, Paris, Economica, 2021, par. 591, p. 754-756; Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 2 - Responsabilité civile et quasi-contrats*, 5^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2021, par. 489, p. 519-520; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, préc., note 527, par. 81, p. 108-109 et par. 107, p. 139-140. D'autres auteurs affirment son autonomie vis-à-vis de la réparation : C. BLOCH, préc., note 1286, par. 64 et suiv. part. par. 117, p. 73 et suiv., part. p. 123 et suiv. M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, préc., note 780, p. 209 et suiv. L'assimilation de la mesure à une forme de réparation en nature est justifiée par le fait que la cessation de l'illicite replace la victime dans la situation antérieure et engendre ainsi des effets identiques à la réparation : M.-S. BONDON, préc., note 2354, par. 171, p. 187-188; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, préc., note 527, par. 81, p. 108-109. Pour les auteurs affirmant leur autonomie, les liens avec la réparation sont plus ou moins étroits. La cessation de l'illicite peut ainsi être parfaitement distincte de la réparation : M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, préc., note 780, p. 210-211. La cessation de l'illicite peut au contraire participer

certitude de sa survenance²⁵²⁷. La cessation de la situation illicite suppose quant à elle un fait ou un état de fait né et actuel²⁵²⁸. En ce sens, la cessation de l'illicite a une fonction correctrice²⁵²⁹ ou de rétablissement²⁵³⁰. Elle opère un retour à l'équilibre juridique en effaçant l'illicéité pour l'avenir. Les mesures d'effacement de la situation illicite ne sont pas répressives relativement au critère de la gravité, parce que, souvent, elles ne portent pas atteinte à un droit ou une liberté²⁵³¹. La restitution d'un objet détenu sans droit, l'abandon d'un empiètement sur autrui et la cessation de la concurrence déloyale peuvent

de la réparation : C. BLOCH, préc., note 1286, par. 70 et 232, p. 77-78 et 247-248; M.-S. BONDON, préc., note 2354, par. 176, p. 193. Le législateur s'oriente vers une conception autonome de la cessation de l'illicite en prévoyant dans le projet de réforme de la responsabilité civile présenté en mars 2017 la consécration de la cessation de l'illicite, indépendamment de la réparation d'un préjudice éventuellement subi : art. 1266 C.c.Q. Est ici adoptée la conception selon laquelle la cessation de l'illicite est distincte de la réparation en ce qu'elles n'ont pas le même objet. La première tend à rétablir la licéité d'une situation pour l'avenir tandis que l'autre tend à rétablir la situation de la victime d'un fait générateur de responsabilité, licite ou illicite, au regard de son état passé : C. BLOCH, préc., note 1286, par. 243, p. 265-266. Il n'est pas nécessaire de revenir davantage sur cette distinction dont la mise en œuvre précise n'est pas essentielle pour la définition unifiée de la répression. En effet, peu importe que des mesures de réaction aux illicéités soient finalement qualifiées de cessation de l'illicites ou de réparation car dans les deux cas, elles ne sont pas répressives eu égard, entre autres, au critère de gravité pris dans sa dimension quantitative. Il est toutefois intéressant de souligner que les mesures de cessation de l'illicite et les mesures répressives sont susceptibles d'être confondues eu égard à leur cause : une illicéité. En revanche, toutes les mesures de réparation ont pour cause un fait générateur, lequel n'est pas forcément illicite au sens de la cessation de l'illicite ou de la répression.

²⁵²⁷ C. BLOCH, préc., note 1286, par. 288, 288-1, p. 340-341.

²⁵²⁸ *Id.*, par. 288, 288-2 et 289, p. 340-344.

²⁵²⁹ *Id.*, par. 242, p. 265-266.

²⁵³⁰ M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, préc., note 780, p.135; Geneviève VINEY, « Réparation en nature, cessation de l'illicite et mesures purement préventives », dans Bernard DUBUISSON et Patrice JOURDAIN (dir.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé*, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain, n°54, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 7-58, à la p. 37. Écartant l'idée de « rétablissement » s'agissant de la cessation de l'illicite, pour la confusion que le terme créerait avec la réparation : C. BLOCH, préc., note 1286, par. 116, p. 122-123. L'auteur utilise toutefois le terme de « redressement du droit » : *Id.*, par. 243, p. 265-266. Or, le redressement est l'action de « corriger, de rendre conforme à la norme, de réparer [...] » et « fait de rétablir quelque chose ou de se rétablir [...] » : ACADEMIE FRANÇAISE, préc., note 1, v° « Redressement », II 1 et 2. Les notions de correction, rétablissement ou redressement n'apparaissent pas véritablement distinctes et il semble alors concevable de considérer la cessation de l'illicite comme un rétablissement de la situation juridique antérieure à la violation du droit, tournée vers l'avenir, différenciée de la rétablissement du droit par réparation, rétrospectif. La correction de l'illicéité rétablit bien la licéité de la situation juridique.

²⁵³¹ Il a été vu lors de l'étude du critère de gravité dans sa dimension substantielle que différentes mesures de cessation de l'illicéité ne portaient pas atteinte à des droits et libertés parce qu'aucun droit ou liberté ne préexistait à l'atteinte : *supra*, note 2116 (obligation de quitter le territoire français pour une personne sans titre de séjour), par. 441 (interdictions d'exercice d'une profession exercée illégalement en droit français), 452 (certaines confiscations pénales et civiles en droit français), 453 (restitution des profits illicites en droit français), 455 (remises en état prononcées par le juge pénal en droit français), 467 (certaines confiscations civiles en droit québécois), 474 (fermetures d'établissement ouverts en contravention à la loi en droit français). Ces différentes mesures sont, au regard de la définition de la cessation de l'illicite, des mesures de cessation de l'illicite : C. BLOCH, préc., note 1286, par. 604-605, p. 539-540.

ainsi être conçus comme des cessations de « l'état de choses illicite »²⁵³². Lorsque des mesures visant au rétablissement de la licéité portent tout de même atteinte à un droit ou une liberté, elles ne deviennent pas répressives si l'atteinte est nécessaire et strictement proportionnée à la cessation de l'illicite.

532. La condition d'adéquation quantitative qualifiant la cessation de l'illicite. Afin que la cessation de l'illicite n'agisse que sur le trouble illicite et rien que sur le trouble illicite, il faut que la réaction à l'illicéité attentatoire à un droit ou une liberté soit à la fois nécessaire et strictement proportionnée à la correction de la situation. Sur ce point, un auteur, dans son étude sur la cessation de l'illicite, a établi que le pouvoir d'appréciation du juge dans le choix des mesures de cessation de l'illicite est encadré par l'adéquation de la mesure au trouble illicite à faire cesser et par sa proportionnalité²⁵³³. L'appréciation de la proportionnalité proposée par l'auteur semble pouvoir permettre au juge d'imposer des mesures qui ne sont pas toujours strictement nécessaires à la cessation de l'illicite mais qui demeurent acceptables si elles sont proportionnées au trouble illicite à faire cesser et que le juge s'en justifie²⁵³⁴. Pourtant, le respect de l'expression proposée par l'auteur « [t]out le trouble illicite, mais rien que le trouble illicite »²⁵³⁵ supposerait de ne considérer comme de la cessation de l'illicite que les mesures strictement adaptées pour empêcher la survenance de la situation illicite ou pour rétablir sa licéité, et effacer le trouble. Autrement dit, ne devrait pas être considérée comme une cessation de l'illicite une mesure qui atteindrait l'objectif de correction de la situation en allant au-delà de ce qui était absolument nécessaire. Ainsi, les critères de nécessité et proportionnalité stricte, pour la distinction entre cessation de l'illicite et répression au regard de la définition unifiée de répression, sont préférés au seul critère de proportionnalité de la mesure. Une mesure dont l'objet et le *quantum* ne seraient pas nécessaires et strictement proportionnés

²⁵³² La restitution d'un objet volé à son propriétaire peut aussi être envisagée comme une mesure de réparation : M.-S. BONDON, préc., note 2354, par. 117, p. 193-194. Les mesures de cessation de l'illicite existent également en droit québécois. Par exemple, l'article 49 de la Charte québécoise prévoit qu'« [u]ne atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte » (nous soulignons). La valeur juridique de la Charte québécoise et son objet permettent de considérer l'action en cessation des atteintes illicites, sur le fondement de son article 49, de façon autonome par rapport aux conditions habituelles de la responsabilité civile : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789 (CSC), par. 25-26. En revanche, la notion même de cessation de l'illicite ne semble pas avoir fait l'objet d'une étude particulière.

²⁵³³ C. BLOCH, préc., note 1286, p. 601 et suiv.

²⁵³⁴ *Id.*, par. 541, p. 605-606.

²⁵³⁵ *Id.*, par. 536, p. 602.

au rétablissement de la licéité ne serait plus seulement correctrice d'une illicéité mais répressive. Par exemple est une mesure de cessation de l'illicite, la fermeture provisoire d'un établissement exerçant une activité industrielle, le temps de réaliser les travaux pour mettre aux normes une machine trop bruyante²⁵³⁶, à condition que la fermeture soit rendue absolument nécessaire par les spécificités de l'établissement, de l'activité ou de la machine. En revanche, toute fermeture qui ne serait pas strictement nécessaire à la correction de la situation illicite deviendrait répressive. Une telle fermeture ne pourrait ainsi être prononcée que si des garanties juridiques adéquates existaient pour le justiciable.

L'application de la définition du critère de gravité dans sa définition quantitative, au regard de la notion de cessation de l'illicite, permet de qualifier la nature de différentes mesures.

II. L'application de la distinction entre répression et cessation de l'illicite

533. *Choix d'exemples d'application en matières pénales et civiles.* L'application de la distinction entre répression et cessation de l'illicite peut être illustrée par de nombreux exemples issus de différentes matières, civile, pénale, administrative ou disciplinaire. Certaines mesures étant très semblables entre ces matières, le raisonnement à appliquer pour départager les mesures répressives des mesures de cessation de l'illicite serait le même d'une matière à l'autre. Il est ainsi proposé de se concentrer sur quelques exemples d'application de la distinction en droit pénal (A) et en droit civil (B). Les cas similaires applicables à d'autres matières seront signalés le cas échéant à l'occasion du traitement de la distinction en droit civil et en droit pénal.

A. L'application de la distinction entre répression et cessation de l'illicite en droit pénal

534. *Sélection d'exemples en droit pénal.* L'application de la distinction entre répression et cessation de l'illicite en droit pénal peut être diversement illustrée. Quelques exemples tirés du droit français seront ici exposés, relativement à des mesures déjà étudiées, afin de terminer le processus de qualification engagé à leur égard. Les raisonnements proposés pour ces quelques exemples sont applicables par analogie à toute autre mesure semblable, en droit pénal français ou en droit canadien. Vont ainsi être

²⁵³⁶ L'exemple est emprunté à Cyril BLOCH : C. BLOCH, préc., note 1286, par. 541, p. 605-606.

étudiées la remise en état des lieux en matière d'urbanisme, ainsi que l'astreinte qui peut l'accompagner, la fermeture des débits de boissons et les confiscations.

535. *La remise en état des lieux en matière d'urbanisme en droit français.* Le juge pénal qui condamne une personne pour violation des règles d'urbanisme, prévues aux articles L. 480-4 et L. 610-1 du Code de l'urbanisme, peut statuer sur « la mise en conformité des lieux ou celle des ouvrages avec les règlements, l'autorisation ou la déclaration en tenant lieu, soit sur la démolition des ouvrages ou la réaffectation du sol en vue du rétablissement des lieux dans leur état antérieur »²⁵³⁷. La Cour de cassation considère que la démolition ou la réaffectation du sol constituent « des mesures à caractère réel destinées à faire cesser une situation illicite, et non des sanctions pénales »²⁵³⁸. Il a été expliqué que ces mesures ne peuvent pas être qualifiées de mesures répressives, à défaut de gravité substantielle, lorsqu'elles sont prises relativement à des actions initiées en contrariété avec le droit²⁵³⁹. Par exemple, la destruction d'un ouvrage non autorisé à la construction ne porte pas atteinte au droit de propriété. Il est toutefois possible que le droit ait existé mais que les conditions d'exercice de celui-ci n'aient pas été respectées. Dans ce cas, les mesures de mise en conformité des lieux ou celle des ouvrages avec les règlements, l'autorisation ou la déclaration en tenant lieu, ne sont pas répressives si, portant éventuellement atteinte au droit de propriété, elles sont strictement nécessaires et proportionnées. Par exemple, la destruction complète d'un ouvrage réalisé avec l'autorisation requise, mais qui n'en respecte pas toutes les conditions, ne serait pas répressive si la démolition était le seul moyen de réaliser la mise en conformité au droit. En revanche, si la mise en conformité peut être réalisée sans la destruction totale de l'ouvrage ou sans aucune destruction, la destruction totale ou partielle apparaît répressive. Contrairement à la solution retenue en droit positif, l'astreinte prononcée pour la remise en état des lieux doit, quant à elle, être considérée comme répressive.

²⁵³⁷ Art. L. 480-5 C. urb.

²⁵³⁸ Crim. 8 juin 1989, n° 88-86.756, *Bull. crim.* n° 248; 22 nov. 1990, n° 90-81.142; 23 nov. 1994, *Bull. crim.* n° 377; 28 juin 2016, n° 15-84.968, *Bull. crim.* n° 202.

²⁵³⁹ *Supra*, par. 455.

536. L'astreinte prononcée pour la remise en état des lieux en matière d'urbanisme en droit français. Contrairement à la position de la Cour de cassation à ce sujet²⁵⁴⁰, l'astreinte applicable en matière d'urbanisme, accompagnant les mesures réelles prononcées par le juge pénal, devrait être considérée comme une mesure répressive²⁵⁴¹. Deux raisons permettent d'avancer cette position. Tout d'abord, l'astreinte porte atteinte au droit de propriété du condamné, de la même façon qu'une sanction pécuniaire. L'aspect substantiel du critère de gravité répressive est donc acquis. Ensuite, l'évaluation quantitative de cette atteinte n'est pas strictement proportionnée à la correction de la situation illicite. L'astreinte est imposée en plus de la remise en état, pour forcer à la réalisation de cette dernière. Elle ne correspond pas en cela à une cessation de l'illicite²⁵⁴². Elle n'est par ailleurs pas non plus une réparation²⁵⁴³. Le critère de gravité au sens

²⁵⁴⁰ La question de la qualification de l'astreinte accompagnant une remise en état des lieux s'est récemment posée à plusieurs reprises à la Cour de cassation : Crim. 28 juin 2016, préc. note 2363; Civ. 3^e, 17 sept. 2020, n° 17-14407 et n° 17-14.408. S'agissant de l'affaire portée devant la chambre criminelle de la Cour de cassation, le justiciable contestait le montant de l'astreinte prononcée par le juge, supérieur à celui prévu par la loi au jour des faits, ce montant ayant été modifié entre le moment où les faits ont été commis et le moment où le juge a statué. En somme, il contestait l'application rétroactive du nouveau montant de l'astreinte. La Cour de cassation a, au contraire, considéré que :

« [...] l'astreinte assortissant une remise en état des lieux est une mesure à caractère réel destinée à mettre un terme à une situation illicite et non une peine et que les dispositions de l'article L. 480-7 du code de l'urbanisme, dans leur rédaction consécutive à la loi du 24 mars 2014, entrée en vigueur le 27 mars, portant le montant maximum de l'astreinte à 500 euros par jour de retard, étaient applicables aux instances en cours [...] »

Autrement dit, pour la Cour de cassation, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère ne s'applique pas à l'astreinte car, comme la mesure qu'elle accompagne, elle est à caractère réel et n'est pas une peine. La Cour de cassation avait une position semblable quant à la qualification non pénale de l'astreinte lorsqu'elle considérait que les mesures de remise en état des lieux étaient des réparations civiles : Crim. 16 janv. 1969, n° 68-90.669, *Bull. crim.*, n° 34.

À titre de comparaison, le Conseil constitutionnel a rejeté la qualification de peine ou de sanction pour une astreinte en matière administrative (art. L. 2215-1 al. 13 CGCT) considérant qu'elle « a pour finalité de contraindre la personne qui s'y refuse à exécuter les obligations auxquelles l'arrêté de réquisition [art. L. 2215-1 4° CGCT] la soumet » : Cons. const. 13 mars 2003, préc., note 352, par. 5.

²⁵⁴¹ Égal. en ce sens : B. PAILLARD, préc., note 35, par. 60, p. 30. *Contra* : R. MERLE et A. VITU, préc., note 48, par. 709, p. 878-880.

²⁵⁴² Dans le cadre d'une étude sur la cessation de l'illicite, l'astreinte a été considérée comme une mesure de contrainte indirecte utilisée pour inciter à l'exécution de la mesure de cessation de l'illicite prononcée par la juge : C. BLOCH, préc., note 1286, par. 511, p. 587-589. Elle est utilisée et modelée eu égard à des éléments diversifiés, dont le degré de coopération du débiteur de l'obligation de cessation de l'illicite : *Id.*, par. 511 et 518, p. 587-589 et 592. L'astreinte n'est donc pas en elle-même une mesure de cessation de l'illicite. Elle l'accompagne pour s'assurer de son exécution. Dès lors, elle n'est pas nécessaire au retour à l'équilibre juridique. Elle vient en plus. L'auteur de l'étude sur la cessation de l'illicite reconnaît justement que cette mesure est de nature coercitive et s'ajoute à la mesure de cessation de l'illicite, le juge pouvant décider de ne pas la prononcer : *Id.*, par. 518, p. 592.

²⁵⁴³ « l'astreinte est indépendante des dommages-intérêts [...] le montant de l'astreinte n'a pas pour objet de réparer un préjudice » : Civ. 2^e, 7 avr. 2016, n° 15-14.825. L'astreinte est considérée par plusieurs auteurs français comme une peine privée : C. BLOCH, préc., note 1286, par. 511, p. 587-589; M.-S. BONDON, préc., note 2354, par. 218, p. 231-232; S. CARVAL, préc., note 160, par. 36 et suiv., p. 39 et suiv. A. JAULT, préc., note 185, par. 252, p. 155 et suiv.; M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, préc., note 780, p. 41-46.

répressif, est donc également caractérisé dans son aspect quantitatif. L'astreinte n'opère pas en elle-même le retour à l'équilibre attendu de la cessation de l'illicite ou de la réparation. Peu importe que l'astreinte soit une mesure d'exécution de la cessation de l'illicite (ou le cas échéant d'une réparation), c'est une mesure répressive. Cette qualification impose alors l'application d'un régime adapté, plus protecteur des droits et libertés des justiciables. L'astreinte ne devrait pas être appliquée sans prévision textuelle suffisamment précise et devrait être soumise au principe de l'application non-rétroactive de la loi pénale plus sévère.

537. *Les mesures de fermeture de débits de boissons en droit français.* En matière de débits de boissons, la fermeture de l'établissement doit être prononcée par le juge pénal pour différents motifs, dont l'ouverture illicite de l'établissement²⁵⁴⁴, son exploitation par une personne qui fait l'objet d'une ou plusieurs incapacités²⁵⁴⁵, si une personne frappée d'incapacité est employée dans l'établissement²⁵⁴⁶. L'établissement peut aussi avoir été ouvert de manière licite mais se trouver pour d'autres raisons en contravention à la réglementation sur les débits de boissons et en conséquence susceptible d'une fermeture temporaire ou définitive²⁵⁴⁷. L'appréhension du critère de gravité répressive dans sa double dimension, d'atteinte à un droit ou une liberté dans une mesure inadaptée à un retour à l'équilibre juridique, permet de distinguer les fermetures répressives des fermetures correspondant uniquement à une cessation de l'illicite. Il a été précédemment établi que lorsque l'ouverture de l'établissement est en elle-même illicite, sa fermeture est une simple correction de l'illicéité, non attentatoire à la liberté d'entreprendre²⁵⁴⁸. La qualification de mesure répressive pouvait donc être exclue. En revanche, si l'ouverture de l'établissement est licite, alors sa fermeture porte atteinte à la liberté d'entreprendre. Dans cette hypothèse, seules la nécessité et la stricte proportionnalité de la fermeture, au regard de la correction de la situation illicite, permettent d'exclure la nature répressive de

²⁵⁴⁴ Art. L. 3352-2 CSP.

²⁵⁴⁵ Art. L. 3352-9 1° CSP. S'agissant de l'interdiction de l'exercice de la profession de débitant de boissons par un mineur non émancipé ou un majeur sous tutelle, le juge « peut » prononcer la fermeture de l'établissement pour une durée maximale de cinq ans : art. L. 3352-8 al. 2.

²⁵⁴⁶ Au sens de l'article L. 3336-3 CSP : art. L. 3352-9 2° CSP.

²⁵⁴⁷ Art. L. 3355-4 CSP.

²⁵⁴⁸ *Supra*, par. 474. Dans un sens similaire, relativement à d'autres mesures : C. BLOCH, préc., note 1286, par. 539-540, p. 604-605.

cette mesure²⁵⁴⁹. Ainsi, du point de vue quantitatif du critère de gravité, si la fermeture est nécessaire et strictement proportionnée au retour à l'équilibre juridique, la mesure peut être qualifiée de cessation de l'illicite²⁵⁵⁰. En revanche, si relativement à l'infraction constatée, la cessation de l'illicite peut être réalisée par des mesures moins contraignantes, alors la fermeture est répressive²⁵⁵¹. Dans tous les cas, si la fermeture d'établissement est inscrite au casier judiciaire, elle est répressive en raison des atteintes possibles à d'autres droits²⁵⁵², lesquelles atteintes ne sont pas strictement nécessaires à la correction de l'illicéité.

538. *Les confiscations en droit pénal français.* La dimension substantielle du critère de gravité a permis de montrer que certaines mesures de confiscations pénales, sous réserve de l'absence d'inscription au casier judiciaire de la personne condamnée, ne sont pas en elles-mêmes répressives, parce qu'elles ne portent pas atteinte au droit de propriété du condamné²⁵⁵³. Ainsi, la confiscation des objets dont la détention est illicite et des biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction sont des mesures de cessation de l'illicite²⁵⁵⁴. La caractérisation ou l'exclusion de la gravité répressive dépend donc finalement des éléments confisqués. Si ce qui est confisqué correspond substantiellement et quantitativement à ce qui est possédé, obtenu ou produit contrairement au droit, il s'agit d'une correction de la situation illicite et la mesure n'est pas répressive.

²⁵⁴⁹ Dans un sens proche, faisant la distinction entre les mesures de fermeture prises en raison de l'irrespect des conditions d'ouverture de l'établissement et les mesures prises en raison d'autres infractions, qui ne concernent pas directement ces conditions : *Id.*, par. 23, p. 33-34. Pour les premières, la fermeture semble être utilisée à des fins correctives, comme un « simple instrument de suppression de la situation illicite » alors que pour les secondes, la fermeture apparaît comme une mesure punitive (*Id.*). L'auteur précise que la distinction entre cessation de l'illicite et répression est sous-jacente aux textes, sans pour autant être parfaite (*Id.*). Cet exemple peut être transposé à toutes les réglementations pénales d'activités professionnelles qui prévoient des mesures de fermeture d'établissement et des mesures d'interdiction d'exercice professionnelle pour l'exercice illégal des professions réglementées.

²⁵⁵⁰ Un raisonnement identique peut être appliqué pour les fermetures administratives de débits de boissons, au regard de leurs différents motifs : art. L. 3332-15 CSP.

²⁵⁵¹ Par exemple, la fermeture d'un établissement employant une personne frappée d'une incapacité (art. L. 3352-9 2° CSP) apparaît répressive car la seule mesure permettant strictement de faire cesser la situation illicite est le licenciement de l'employé. La fermeture de l'établissement va bien au-delà de ce qui est nécessaire pour corriger la situation.

²⁵⁵² *Supra*, par. 419 (atteinte à la vie privée), 431 (atteinte à la réputation), 442 (atteinte au droit à l'emploi).

²⁵⁵³ Certaines de ces mesures ne portent pas même atteinte aux droits des personnes condamnées, s'agissant des biens qui sont l'objet ou le produit de l'infraction : *supra*, par. 452.

²⁵⁵⁴ Pour la qualification de cessation de l'illicite du retrait des circuits commerciaux des d'objets contrefaisants (art. L. 521-11 al.1 et L. 521-12, al. 3 C. prop. int.) : C. BLOCH, préc., note 1286, par. 38-1, p. 45-48.

Les mesures de confiscation d'objet dangereux ou nuisibles mais dont la possession n'est pas interdite ou n'est pas réalisée en contrariété avec le droit, et les mesures de confiscation d'éléments sans lien avec l'infraction commise²⁵⁵⁵, sont en revanche privatives du droit de propriété. Il faut alors se demander si elles correspondent quantitativement à ce qui est nécessaire et strictement proportionné à la mise en conformité de la situation au droit. Si la licéité, dans le cadre de la notion de cessation de l'illicite, est entendue exclusivement dans sens formel, alors la confiscation d'objet dangereux ou nuisibles n'opère pas une cessation de l'illicite puisqu'il n'y a pas d'illicéité. L'action en cessation de l'illicite peut être plus largement comprise comme permettant la prévention des situations illicites futures, en plus de la cessation des situations illicites actuelles²⁵⁵⁶. La confiscation d'objet dangereux ou nuisibles pourrait alors être une mesure de prévention de l'illicéité. Toutefois, cette hypothèse doit être réfutée car la prévention de l'illicéité est soumise, pour son assimilation à la cessation de l'illicite, à la certitude de la survenance de la situation illicite²⁵⁵⁷. Or, rien n'impose la confiscation de ces objets dans la seule mesure où il apparaît certain qu'ils vont servir une fin illicite ou devenir en eux-mêmes illicites. Au contraire, la confiscation de ces objets est obligatoire²⁵⁵⁸. Seule une conception non-formelle de l'illicéité pourrait éventuellement permettre de qualifier la confiscation des objets dangereux et nuisibles de mesures de correction de l'illicite. Il a en effet été établi dans le cadre de cette étude que l'illicéité peut être entendue non seulement comme illicéité formelle mais aussi comme illicéité non-formelle²⁵⁵⁹. En ce sens, la dangerosité identifiée par le législateur, que ce dernier ne traduit pas en un comportement interdit, peut être appréhendée comme une illicéité non-formelle²⁵⁶⁰. La confiscation d'objets dangereux ou nuisibles peut alors apparaître comme une mesure de cessation d'une illicéité non-formelle, qui, à ce titre, ne serait pas répressive et pourrait donc être mise en œuvre en dehors des garanties constitutionnelles pénales²⁵⁶¹. La confirmation de cette hypothèse serait toutefois soumise à deux considérations. Il faudrait en premier lieu étudier la possibilité d'une intégration

²⁵⁵⁵ Par exemple, la confiscation générale de tout ou partie des biens appartenant au condamné, lorsque la loi le prévoit : art. 131-21 al. 6 C. pén.

²⁵⁵⁶ Voir la définition de la cessation de l'illicite : *supra*, par. 531.

²⁵⁵⁷ *Supra*, par. 531.

²⁵⁵⁸ Art. 131-21 al. 7 C. pén.

²⁵⁵⁹ *Supra*, par. 335 et suiv.

²⁵⁶⁰ *Supra*, par. 335.

²⁵⁶¹ Cela ne signifie pas qu'aucune garantie juridique ne s'applique. Par exemple, il faudrait se demander si la protection constitutionnelle du droit de propriété ne permettrait pas de faire bénéficier le justiciable de la protection de l'article 17 de la DDHC, relative aux cas de dépossession : Cons. const. 2 déc. 2011, n° 2011-203 QPC, *M. Wathik M.*, par. 3-8.

de l'idée d'illicéité non-formelle, proposée dans le cadre de la notion unifiée de répression, à la notion de cessation de l'illicite et conclure à sa pertinence. Il faudrait en second lieu déterminer le motif exact de la dangerosité de l'objet pour s'assurer que sa confiscation est bien le seul moyen d'y mettre un terme. À défaut de ces deux conditions, la mesure de confiscation des objets dangereux et nuisibles est répressive.

Enfin, la confiscation des biens ayant servi à commettre l'infraction, ou destinés à la commettre, est parfois classée parmi les mesures de cessation de l'illicite en ce qu'elle permet de mettre fin à la commission de l'infraction ou d'éviter son renouvellement²⁵⁶². Pourtant, ces mesures ne sont pas nécessaires à la cessation ou à la prévention de l'illicite. Seule l'utilisation de ces biens est illicite et non leur possession. Aussi, seule l'interruption de leur utilisation à des fins illicites opère un retour à la conformité au droit et correspond à une cessation de l'illicite, et non leur dépossession. La confiscation, en transférant la propriété à l'État, est un moyen de s'assurer de l'interruption mais dépasse la seule remise en conformité de la situation au droit, qui peut intervenir par la volonté de l'infracteur d'arrêter d'utiliser le bien à des fins illicites²⁵⁶³. La prévention du renouvellement de l'infraction pourrait finalement justifier de classer la confiscation de ces biens parmi les mesures de cessation de l'illicite *lato sensu*, à condition que le risque de réutilisation illicite de ces biens soit avéré²⁵⁶⁴ (nécessité de la mesure pour éviter la réalisation du risque) et que la confiscation soit le seul et unique moyen de l'éviter (proportionnalité stricte)²⁵⁶⁵. À défaut, la confiscation de ces biens intègre la catégorie des mesures répressives²⁵⁶⁶.

²⁵⁶² C. BLOCH, préc., note 1286, par. 23-24, p. 33-35.

²⁵⁶³ Sauf à considérer que la conservation, par leur propriétaire, des biens ayant servi à commettre l'infraction, laisse perdurer le trouble issu de l'infraction et que seule la confiscation peut mettre fin à ce trouble. Un tel raisonnement ne semble pas pouvoir être admis par principe dans l'abstrait, indépendamment des considérations particulières à chaque affaire et des biens concrètement en jeu.

²⁵⁶⁴ C. BLOCH, préc., note 1286, par. 288-1-2, p. 343-344.

²⁵⁶⁵ En ce sens, la condition semble difficile à établir. En effet, il serait toujours possible que le juge interdise le condamné l'utilisation illicite du bien, sans le lui confisquer. Dans sa thèse sur la cessation de l'illicite en droit civil, Cyril BLOCH met en garde sur l'étendue de l'intervention judiciaire dans l'hypothèse de la prévention d'un trouble illicite qui menace de se renouveler. Il dit ainsi que « le juge devra en effet prendre garde de ne pas adopter de décision de règlement » et que l'action en interdiction d'un fait illicite qui menace de se renouveler « suppose donc une unité de nature, de lieu, de temps et de circonstances entre le fait illicite consommé et celui que le juge entend prévenir » : *Id.*, p. 343-344. Il n'y a aucune raison de ne pas appliquer ce raisonnement en droit pénal, à ceci près que le juge peut être légalement autorisé à prendre une mesure qui s'étend au-delà de la cessation de l'illicite *lato sensu*, à condition de respecter les garanties pénales, parce qu'une telle mesure serait répressive.

²⁵⁶⁶ Cyril BLOCH précise que la confiscation peut être prononcée dans « un but purement répressif, pour châtier le délinquant qui a déjà abandonné l'activité illicite pour laquelle il est jugé », et qu'elle n'est pas réservée aux infractions en cours au moment où le juge statue : *Id.*, par. 23, p. 33-34. Cette précision montre que si ces mesures peuvent être utiles à la cessation de l'illicite, elles ne lui sont pas absolument nécessaires

Finalement, parmi les confiscations, le législateur pourrait distinguer celles qui sont répressives parce qu'elles n'opèrent pas un retour à la conformité de la situation au droit, de celles qui ne sont pas répressives parce qu'elles sont des mesures de cessation de l'illicite²⁵⁶⁷. Pour les premières, il faudrait nécessairement qu'il respecte un régime protecteur de type pénal pour le justiciable alors que pour les secondes, il pourrait l'exclure, à condition toutefois que la mesure ne fasse pas l'objet d'une forme de mémorisation ou de publicité²⁵⁶⁸.

Un raisonnement semblable peut être appliqué aux confiscations civiles. Il est alors intéressant d'étudier la *Loi sur la confiscation, l'administration et l'affectation des produits et instruments d'activités illégales en droit québécois*²⁵⁶⁹. Son champ d'application est très large et semble mélanger confiscations répressives et non répressives, au regard du critère de gravité quantitative de la définition unifiée de la répression.

B. L'application de la distinction entre répression et cessation de l'illicite en droit civil

539. Les confiscations imposées en vertu de la Loi sur la confiscation, l'administration et l'affectation des produits et instruments d'activités illégales en droit québécois. La *Loi sur la confiscation, l'administration et l'affectation des produits et instruments d'activités illégales en droit québécois* permet :

« la confiscation civile de biens provenant d'activités illégales ou utilisés dans l'exercice de telles activités, de manière que les personnes qui, à quelque titre que ce soit, sont titulaires de droits sur ces biens ou se servent de ces biens ne puissent, sous réserve de leur bonne foi, en conserver le bénéfice »²⁵⁷⁰.

et qu'elles peuvent parfaitement être utilisées indépendamment de cet objectif. Par ailleurs, plus loin dans sa thèse, l'auteur explique que la suspension d'une activité en elle-même licite mais génératrice d'un trouble pour contraindre le défendeur à se mettre en conformité avec les règles imposées pour l'exercice de cette activité, dépasse l'illicéité à corriger : *Id.*, par. 515, p. 591.

²⁵⁶⁷ Cette proposition se rapproche de l'esprit de certaines dispositions du Code pénal en matière de confiscation. Par exemple, l'article 131-21 al. 3 C. pén. que « [s]i le produit de l'infraction a été mêlé à des fonds d'origine licite pour l'acquisition d'un ou plusieurs biens, la confiscation ne peut porter sur ces biens qu'à concurrence de la valeur estimée de ce produit ».

²⁵⁶⁸ Sauf à ce que la mesure de publicité soit elle-même de nature à faire cesser la situation illicite : M. BENEJAT, préc., note 2327, par. 18, à la p. 610.

²⁵⁶⁹ *Loi sur la confiscation, l'administration et l'affectation des produits et instruments d'activités illégales*, préc., note 2299.

²⁵⁷⁰ *Id.*, art. 1.

Est ainsi visé « tout bien qui, en tout ou en partie et même indirectement, provient d'activités illégales ou a été utilisé dans l'exercice d'activités illégales »²⁵⁷¹. Est aussi considéré comme un produit d'activités illégales un « bien auquel sont apportées des améliorations payées avec des produits d'activités illégales » et « le bien qui, pour son acquisition, a fait l'objet d'une dette dont une partie a été payée avec des produits d'activités illégales »²⁵⁷². La loi a été dans son ensemble reconnue comme étant une loi de nature civile²⁵⁷³, s'attachant aux biens et non aux personnes²⁵⁷⁴. La définition de la notion unifiée de répression permet une analyse plus nuancée des confiscations prévues par cette loi en distinguant au sein même des dispositions, les mesures répressives des mesures de cessation de l'illicite. Il faudrait en effet différencier la confiscation des biens provenant d'activités illégales, de la confiscation de ceux utilisés dans l'exercice de telles activités. La confiscation des biens utilisés dans l'exercice d'activités illégales, en ce qu'elle prive leur propriétaire de leur droit de propriété, est premièrement substantiellement grave. Ensuite, la confiscation de ces biens, sauf à établir la nécessité et la stricte proportionnalité de la mesure pour l'effacement du trouble illicite, est distincte de la seule cessation de l'illicite²⁵⁷⁵. Que cette confiscation soit civile ne change pas sa nature répressive.

En revanche, la confiscation des biens provenant d'activités illégales ne porte pas atteinte aux droits des personnes qui les possèdent dès lors qu'aucun droit ne s'est constitué en conformité avec la loi²⁵⁷⁶. Cette confiscation est une mesure de cessation de l'illicite, écartant sa qualification répressive, à condition qu'elle porte strictement sur des biens provenant d'activités illégales. Or, les dispositions de la loi sur la confiscation permettent une appréhension large de la notion de bien provenant d'activités illégales puisqu'un bien dont l'amélioration est payée avec les produits d'activités illégales devient intégralement un bien provenant de ces activités. En assimilant la partie au tout, la loi prévoit une mesure de confiscation qui s'étend au-delà de la seule situation illicite. Elle est donc répressive pour le surplus. La loi prévoit toutefois une limite à cette assimilation puisque le tribunal peut, lorsqu'il statue sur la demande principale ou incidente, prévoir « la remise au défendeur de tout excédent du prix d'aliénation d'un produit confisqué sur

²⁵⁷¹ *Id.*, art. 4, al. 1.

²⁵⁷² *Id.*, art. 5 al. 1 et al. 2.

²⁵⁷³ *Québec (Procureur général) c. Pham*, préc., note 637, par. 7-11.

²⁵⁷⁴ *Id.*, par. 16 i).

²⁵⁷⁵ *Supra*, par. 538.

²⁵⁷⁶ Le voleur, le receleur et le fraudeur ne peuvent pas s'approprier un bien par possession : art. 927 C.c.Q.

la valeur de la partie de ce produit provenant d'activités illégales »²⁵⁷⁷. Cette simple faculté ne suffit cependant pas à octroyer à la mesure de confiscation la qualification de cessation de l'illicite excluant celle de répression. Seules les confiscations qui ne s'étendent pas au-delà de l'effacement de l'illicite ne sont pas répressives. Deux solutions sont alors possibles pour que soit écartée la qualification de mesure répressive. Soit le bien ne doit pas être confisqué en nature et il faut prévoir une confiscation en valeur correspondant à la part du bien amélioré grâce au produit d'une activité illégale. Soit il faut prévoir une remise obligatoire de tout excédent du prix d'aliénation d'un produit confisqué sur la valeur de la partie de ce produit provenant d'activités illégales et non pas une simple faculté pour le juge de prévoir cette remise.

La distinction au sein de la loi québécoise des mesures de réaction aux illicéités constitutives de cessation de l'illicite et des mesures répressives permettrait d'améliorer la protection des droits et libertés des justiciables tout en conservant l'intérêt de la loi. Les personnes subissant des mesures répressives devraient ainsi bénéficier de garanties procédurales et substantielles de type pénal. De ce point de vue, l'efficacité de la loi se trouverait entravée, mais son application serait plus respectueuse de l'État de droit. En revanche, le système conserverait toute son efficacité sans compromettre injustement les droits des justiciables s'agissant des mesures de cessation de l'illicite.

540. *La distinction des réactions à l'illicéité en droit de la propriété intellectuelle.* En matière de propriété intellectuelle, l'alinéa premier de l'article L. 521-8 du Code de la propriété intellectuelle prévoit :

« En cas de condamnation civile pour contrefaçon, la juridiction peut ordonner, à la demande de la partie lésée, que les produits reconnus comme produits contrefaisants, les matériaux et instruments ayant principalement servi à leur création ou fabrication soient rappelés des circuits commerciaux, écartés définitivement de ces circuits, détruits ou confisqués au profit de la partie lésée. »

Ce faisant, le texte mêle une confiscation qui relève strictement de la cessation de l'illicite (la confiscation portant sur les produits reconnus contrefaisants) à une confiscation qui s'en éloigne, privant les justiciables des garanties qui devraient être attachées au prononcé de la seconde confiscation. En effet, les matériaux et instruments ayant principalement

²⁵⁷⁷ *Loi sur la confiscation, l'administration et l'affectation des produits et instruments d'activités illégales*, préc., note 2299, art. 8 al. 1.

servi à la création et à la fabrication des objets contrefaisants ne sont pas en eux-mêmes contrefaisants. Leur confiscation porte donc atteinte aux droits de leur propriétaire et peuvent dépasser l'étendue de la cessation de l'illicite. Elle permet avant tout de s'assurer que le contrefacteur ne les réutilise pas pour continuer son activité. Une mesure de retour à la conformité au droit constitutive d'une cessation de l'illicite *stricto sensu* consisterait à interdire leur utilisation pour la création et la fabrication des objets déclarés contrefaisants²⁵⁷⁸. La confiscation pour prévenir le renouvellement de la situation illicite supposerait un risque avéré de renouvellement et l'insuffisance d'une interdiction de continuer l'activité illégale²⁵⁷⁹.

Il faut de plus ajouter que ce même texte, en son second alinéa, prévoit que la « juridiction peut aussi ordonner toute mesure appropriée de publicité du jugement, notamment son affichage ou sa publication intégrale ou par extraits dans les journaux ou sur les services de communication au public en ligne qu'elle désigne, selon les modalités qu'elle précise ». Sauf à démontrer que cette mesure correspond strictement à une cessation de l'illicite, par exemple par information au public du caractère contrefait des produits qu'ils possèdent²⁵⁸⁰, ou à une réparation²⁵⁸¹, la possibilité d'ordonner la publicité du jugement, donne une dimension répressive à la condamnation civile en raison du risque de lésion des droits à la réputation et à la sécurité du condamné²⁵⁸².

541. Bilan sur la distinction entre répression et cessation de l'illicite. La définition quantitative de la gravité répressive comme atteinte à un droit ou une liberté dont l'étendue dépasse le seul rétablissement de l'équilibre juridique rompu par l'illicéité distingue la répression de la cessation de l'illicite. En application de cette distinction, les réactions aux illicéités dont l'objet et le *quantum* permettent de prévenir la survenance d'une illicéité future certaine ou le risque avéré de renouvellement d'une illicéité, ou de faire cesser une illicéité née et actuelle, de façon nécessaire et strictement proportionnée, ne sont pas des mesures répressives. À l'inverse, les réactions aux illicéités dont l'objet

²⁵⁷⁸ C. BLOCH, préc., note 1286, par. 502, p. 580-581.

²⁵⁷⁹ Sur ces conditions : *supra*, par. 531 (définition de la cessation de l'illicite), 532 (conditions de nécessité et de stricte proportionnalité pour caractériser la cessation de l'illicite) 538 (application de la distinction entre répression et cessation de l'illicite aux confiscations pénales).

²⁵⁸⁰ M. BENEJAT, préc., note 2327, par. 18, à la p. 610.

²⁵⁸¹ Crim., 15 janv. 1991, n° 90-83.538, *Bull. crim.* n° 25 : « Attendu que, si les juridictions répressives ne peuvent ordonner la publication de leurs décisions à titre de peine qu'en vertu d'une disposition formelle de la loi, elles peuvent la prescrire à titre de réparation sur la demande de la partie civile »; M.-S. BONDON, préc., note 2354, par. 227, p. 239-240.

²⁵⁸² *Supra*, par. 436-438 (réputation), 445 (emploi et sécurité).

et le *quantum* ne permettent pas de prévenir la survenance d'une illicéité future certaine ou le risque avéré de renouvellement d'une illicéité, ou de faire cesser une illicéité née et actuelle, de façon nécessaire et strictement proportionnée, sont des mesures répressives. L'étude de cette distinction permet de comprendre le traitement juridique de certaines mesures non qualifiées de peines ou de punitions comme les remises en état prononcées par le juge pénal en matière d'urbanisme en droit français et certaines confiscations civiles des produits de la criminalité en droit civil québécois. Ces mesures n'apparaissent pas répressives dès lors qu'elles opèrent une remise en conformité objective d'une situation illicite au Droit. En revanche, il apparaît que le droit positif assimile parfois certaines mesures de cessation de l'illicite à des peines (par exemple, certaines peines de confiscation en droit pénal français) ou assimile au contraire certaines mesures répressives à des cessations de l'illicite (certaines confiscations civiles en droit français de la propriété intellectuelle ou en droit civil québécois). Dans le premier cas, la situation n'est pas dérangeante dès lors que sont bien assurés les droits des justiciables. Ces derniers sont plus protégés qu'ils ne pourraient l'être au regard de la nature de la mesure. Dans le second cas, les droits de justiciables devraient être améliorés afin que les personnes qui encourent l'imposition de mesures de nature répressive bénéficient de garanties constitutionnelles pénales.

La définition quantitative de la gravité répressive comme atteinte à un droit ou une liberté dont l'étendue dépasse le seul rétablissement de l'équilibre juridique rompu par l'illicéité permet également de distinguer les mesures répressives des réparations.

§ 2. La gravité quantitative répressive exclusive de la réparation d'un dommage

542. La définition quantitative de la gravité répressive doit être considérée comme exclusive de l'adéquation substantielle et quantitative entre l'atteinte à un droit ou une liberté et le rétablissement de l'équilibre juridique rompu par l'illicéité. En ce sens, une réaction à une illicéité, dont l'objet et le *quantum* sont en adéquation avec la réparation du dommage subi par la victime de l'illicéité, n'est pas répressive. Pour déterminer les réactions aux illicéités attentatoires à des droits et libertés qui doivent finalement recevoir la qualification de mesures répressives, il faut exposer dans un premier temps la distinction entre la répression et la réparation (I) et appliquer dans un second temps cette distinction (II).

I. La distinction de la répression et de la réparation

543. *La distinction de la punition et de la réparation.* Historiquement confondues, puis progressivement séparées, la réparation et la punition demeurent actuellement deux fonctions distinctes de la responsabilité, malgré diverses manifestations contemporaines de rapprochements²⁵⁸³. Du point de vue de la sanction, la punition et la réparation se différencient en ce que la première emporte l'imposition d'une peine²⁵⁸⁴ qui sanctionne²⁵⁸⁵, réprime²⁵⁸⁶, le responsable de l'infraction, au regard notamment de la gravité des faits, tandis que la seconde est une dette équivalente au dommage causé à la victime²⁵⁸⁷. Cette distinction est logiquement utilisée en jurisprudence pour la qualification des peines et des sanctions ayant le caractère d'une punition en droit français.

544. *La distinction de la répression et de la réparation.* Le Conseil constitutionnel utilise un critère de gravité quantitative pour différencier rationnellement certaines mesures de réaction aux illicéités. En se fondant sur la distinction classique entre réparation et punition, il affirme en effet que ne sont pas punitives les mesures qui réparent ou compensent le dommage subi par une victime²⁵⁸⁸. Ce critère peut être transposé à la distinction entre répression et réparation au regard de la méthode employée pour la définition de la notion unifiée de répression²⁵⁸⁹. Cependant, cette transposition nécessite une adaptation, punition et répression n'étant pas considérées comme synonymes dans le cadre de cette étude. Ce ne sont donc pas tous les critères de distinction entre punition et réparation qui doivent être repris. Il a ainsi été vu que la répression, telle que définie selon sa conception unifiée, n'impose pas nécessairement une peine qui sanctionne le responsable d'une infraction²⁵⁹⁰. En revanche, comme la punition dont elle est l'expression la plus connue, la répression doit être considérée comme n'emportant pas

²⁵⁸³ Sur ces évolutions, voir not. : P. BRUN, préc., note 707, par. 51-53, p. 38-39; C. DUBOIS, préc., note 707, par. 2-8, p. 3-15; J. LAGOUTTE, préc., note 96, par. 11-14, 17-18, p. 23-28, 32-38; B. PAILLARD, préc., note 35, par. 2-8, p. 1-4; F. ROUSSEAU, préc., note 37, par. 2-6; J.-C. SAINT-PAU, préc., note 707, par. 1-3; G. VINEY, préc., note 1185, par. 103-117, p. 181-202.

²⁵⁸⁴ C. DUBOIS, préc., note 707, par. 4, p. 6-8; J. LAGOUTTE, préc., note 96, par. 17, p. 32-35.

²⁵⁸⁵ Art. 130-1 1° C. pén.; J.-C. SAINT-PAU, préc., note 707, par. 9; G. VINEY, préc., note 1185, par. 106, p. 183-185.

²⁵⁸⁶ P. BRUN, préc., note 707, par. 51, p. 38; J. LAGOUTTE, préc., note 96, par. 14, p. 28.

²⁵⁸⁷ Art. 1240 C.civ.; art. 2 C. proc. pén.; P. BRUN, préc., note 707, par. 51, p. 38; C. DUBOIS, préc., note 707, par. 4, p. 6-8; J. LAGOUTTE, préc., note 96, par. 17, p. 32-34; J.-C. SAINT-PAU, préc., note 707, par. 9; G. VINEY, préc., note 1185, par. 106, p. 183-185.

²⁵⁸⁸ *Supra*, par. 141.

²⁵⁸⁹ *Supra*, par. 280 et suiv.

²⁵⁹⁰ *Supra*, par. 307 et suiv.

la réparation du dommage causé à une victime. Le critère est parfaitement applicable au droit canadien qui connaît également la distinction entre punition et réparation à travers la différence entre le droit pénal, comprenant le droit criminel fédéral et le droit pénal provincial, et la responsabilité civile²⁵⁹¹. Il faut donc finalement considérer que toute réaction à une illicéité, substantiellement grave, dont le *quantum*, est inadapté à la réparation du dommage subi par la victime de l'illicéité, est une mesure répressive²⁵⁹².

545. Analyse quantitative de la réparation. Le critère de gravité de la notion unifiée de répression, dans son aspect quantitatif associé à son aspect substantiel, exclut de la catégorie des mesures répressives toute réaction à une illicéité dont l'objet et le *quantum* opèrent une réparation d'un dommage subi par une victime. La mesure n'est pas grave, au sens de la répression, s'il y a une « équivalence quantitative »²⁵⁹³ entre la réparation et le dommage ou ses conséquences. En droit français, le dommage est généralement considéré comme :

« l'atteinte subie par une personne dans son corps (dommage corporel), dans son patrimoine (dommage matériel ou économique) ou dans ses droits extra-patrimoniaux (perte d'un être cher, atteinte à l'honneur), qui ouvre à la victime un droit à réparation (on parle alors de dommage réparable) lorsqu'il résulte soit de l'inexécution d'un contrat, soit d'un délit ou d'un quasi-délit, soit d'un fait dont les tribunaux ou la loi imposent à une personne la charge (dommage excédant les inconvénients ordinaires du voisinage) »²⁵⁹⁴.

²⁵⁹¹ J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 707, par. 1-76 (EYB2020RES7) (La référence); G. COTE-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, préc., note 707. Il est vrai que cette distinction n'est pas appliquée par la Cour suprême quand il s'agit de déterminer la nature des sanctions pécuniaires administratives. Elle utilise bien un critère d'évaluation quantitative, mais dont les contours sont très flous et qui génèrent l'exigence d'un seuil de gravité qui se révèle en pratique inatteignable : *supra*, par. 242. En conséquence, aucune mesure administrative pécuniaire ne lui semble quantitativement assez grave pour être qualifiée de véritable conséquence pénale. Cette jurisprudence, très critiquable, pourrait être réévaluée à l'aune de la distinction entre punition et réparation. Il apparaît en effet aisément que les sanctions administratives pécuniaires ne sont pas des réparations : *infra*, par. 556. En refusant d'y voir des punitions, la Cour suprême considère l'existence d'une catégorie intermédiaire de réactions aux illicéités, se situant entre la réparation et la punition, mais qui permet au législateur d'imposer des mesures pécuniaires aux montants très élevés, sans respecter les garanties pénales constitutionnelles. En recourant à la définition quantitative du critère de gravité répressive, ces mesures peuvent être logiquement intégrées à l'ensemble des mesures répressives, offrant aux justiciables des garanties supplémentaires, sans par ailleurs être qualifiées de mesures punitives.

²⁵⁹² Sauf à ce que la mesure soit une mesure de cessation de l'illicite : *supra*, par. 530 et suiv.

²⁵⁹³ M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, préc., note 780, p. 297. Expression reprise par Marie-Sophie BONDON dans sa thèse sur le principe de réparation intégrale : M.-S. BONDON, préc., note 2354, par. 4 et 126, p. 20-22 et 139.

²⁵⁹⁴ G. CORNU (dir.), préc., note 38, v° « Dommage » I, 1. Sur la définition du dommage réparable, voir entre autres : G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, préc., note 1599, par. 248 et suiv., p. 17 et suiv. L'idée de réparation ou de compensation d'un dommage social par la peine est parfois évoquée en doctrine : E. BONIS et V. PELTIER, préc., note 53, par. 418 et suiv., p. 208 et suiv.; M. CREMIEUX, préc., note 700, par. 21,

Distingué du préjudice²⁵⁹⁵, le dommage désigne alors plus précisément « le fait brut originaire de la lésion affectant la personne par opposition à la conséquence de cette lésion qui correspondrait au préjudice »²⁵⁹⁶. La réparation²⁵⁹⁷ des dommages et préjudices est aujourd'hui considérée comme la fonction principale ou essentielle de la responsabilité civile²⁵⁹⁸. En effet, selon la Cour de cassation : « le propre de la responsabilité civile est

à la p. 272-273, mentionnant « l'émotion dans la conscience collective, une sorte de dommage moral »; Y. MAYAUD, préc., note 60, par. 494, p. 617, considérant la peine comme la compensation du désordre social généré par l'infraction. La jurisprudence de la Cour suprême affirme également, pour distinguer les sanctions pécuniaires punitives des sanctions pécuniaires non punitives, qu'« une véritable conséquence pénale qui entraînerait l'application de l'art. 11 de la Charte canadienne est « une amende qui par son importance semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que pour maintenir la discipline à l'intérieur d'une sphère d'activité limitée » (nous soulignons) : *R. c. Wigglesworth*, préc., note 150, 161; *Martineau c. M.R.N.*, préc., note 151, par. 57; *Guindon c. Canada*, préc., note 151, par. 46. L'idée apparaît cependant évanescence. Il est en effet difficile d'affirmer, au regard du droit positif, que la peine compense un dommage social, de la même façon que les dommages et intérêts compensent les préjudices d'une victime. En effet, il faudrait déterminer la teneur de ce dommage social et, notamment, se demander si le dommage social équivaut à l'intérêt juridique protégé atteint par l'infraction. Dans ce dernier cas, il faudrait concevoir que le même dommage n'emporte pas toujours le même prix à payer puisque ni le Canada ni la France n'ont un système de peines fixes. La prise en compte des circonstances de l'infraction pourrait éventuellement justifier la variabilité des objets et *quanta* des peines encourues et imposées pour réparer le dommage social, l'étendue du dommage social pouvant en effet dépendre des circonstances précises de réalisation de l'infraction. Cependant, outre les caractéristiques directement liées à l'infraction, le processus de détermination de la peine, dans le cadre des *maxima* prédéterminés par le législateur, invite à tenir compte de facteurs si variés (en dr. fr. : art. 130-1 et 132-1 al. 3 C. pén. En dr. can. : art. 718, 718.1 et 718.2 C.cr.) qu'il est difficile de les concevoir comme contribuant, rationnellement, par leur action combinée, à permettre le choix d'une peine compensant le dommage social, dans un sens semblable à la réparation du dommage de la victime. Aussi, il sera dans cette étude, relativement au critère de gravité de la répression, uniquement question du dommage au sens de la responsabilité civile, le dommage subi par la personne victime du fait générateur, défini pour la répression comme étant une illicéité.

²⁵⁹⁵ La distinction entre le dommage et le préjudice est ici adoptée simplement par adhésion à l'idée qu'elle permet une meilleure compréhension et mise en œuvre du principe de réparation intégrale : M.-S. BONDON, préc., note 2354, par. 5, p. 22-23. Elle est à ce titre utile pour la distinction entre répression et réparation. Cette distinction est également adoptée s'agissant de la fonction de cessation de l'illicite de la responsabilité civile : C. BLOCH, préc., note 1286, par. 120-126, p. 124-132.

²⁵⁹⁶ Dr. fr. : G. CORNU (dir.), préc., note 38, v° « Dommage », I, 2. Sur la question de la distinction du dommage et du préjudice voire entre autres : C. BLOCH, préc., note 1286, par. 120, p. 125-128; P. BRUN, préc., note 707, par. 176, p. 121-122; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, préc., note 1599, par. 246-1, p. 3-4. En droit québécois, les notions de dommage et préjudice sont également parfois distinguées octroyant à la notion de préjudice soit le sens que la doctrine française donne au terme de dommage, soit un sens identique à celui que lui donne la doctrine française : J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 799, par. 1-321 et suiv. La distinction française est adoptée dans le cadre de cette étude.

²⁵⁹⁷ Les termes de compensation ou d'indemnisation sont parfois préférés à celui de réparation. En effet, certains dommages ne pouvant pas être réparés, l'attribution de dommages et intérêts apparaît plutôt comme une compensation ou une indemnisation de ceux-ci : Judith ROCHFELD, « La responsabilité », dans *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2013, p. 481-549, par. 6, aux p. 488-489. Sur la notion de réparation : M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, préc., note 780.

²⁵⁹⁸ Dr. fr. : G. VINEY, préc., note 1185, par. 48, p. 92-93. La responsabilité civile est définie par cette fonction dans la *Vocabulaire juridique* : la responsabilité civile « en un sens générique (qui englobe la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle), toute obligation de répondre civilement du dommage que l'on a causé à autrui, c'est-à-dire de le réparer en nature ou par équivalent (notamment en versant une indemnité) » : I, A, a, p. 919. Cette fonction est aussi particulièrement mise en avant pour distinguer la responsabilité civile de la responsabilité pénale : J. ROCHFELD, préc., note 2597, par. 6, aux p.

de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu »²⁵⁹⁹. La réparation vise ainsi à rétablir la victime d'un dommage dans la situation qui était la sienne avant que ce dommage survienne²⁶⁰⁰. Il en est de même en droit civil québécois²⁶⁰¹. La réparation peut avoir lieu en nature ou par équivalent²⁶⁰². Dans les droits civils français et québécois, l'étendue de la réparation se mesure en application du principe de réparation intégrale. La réparation octroyée par le juge doit couvrir tout le dommage, ni plus, ni moins²⁶⁰³. Inspirée par l'équité²⁶⁰⁴ et représentative d'une justice de nature corrective²⁶⁰⁵, le principe de réparation intégrale repose sur une appréciation objective de la situation de la victime du dommage pour rétablir l'équilibre rompu par la survenance de celui-ci²⁶⁰⁶. Il s'applique tant en matière contractuelle

488-489; G. VINEY, préc., note 1185, par. 106, p. 184-185. En dr. québ. : *Chaput c. Romain*, préc., note 155, 841. Depuis cette décision, la législation québécoise a évolué pour faire place aux dommages-intérêts punitifs à l'article 1621 C.c.Q. Toutefois, la fonction punitive de la responsabilité civile, officialisée par cet article et les lois qui en prévoient spécifiquement le mécanisme, demeure secondaire. La fonction compensatoire de la responsabilité civile est le principe : J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 799, par. 1-371.

²⁵⁹⁹ Dr. fr. : Civ. 2^e, 25 mai 1960, *Bull. civ.* n° 342.

²⁶⁰⁰ J. ROCHFELD, préc., note 2597, par. 6, p. 488-489. Sur la notion de réparation, voir : M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, préc., note 780.

²⁶⁰¹ *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, préc., note 2284, par. 47. La Cour suprême affirme que : « La réparation de nature compensatoire a pour but de remettre la victime dans la situation qui était la sienne avant le préjudice. »

²⁶⁰² La réparation en nature peut être étudiée au sein du principe de réparation intégrale conçu comme principe d'équivalence quantitative : M.-S. BONDON, préc., note 2354, par. 160 et suiv., p. 176 et suiv. Bien que l'application du principe de réparation intégrale à la réparation en nature comporte un aspect substantiel (l'objet de la réparation en nature), l'aspect quantitatif s'y ajoute (l'étendue de la réparation). La réparation en nature est un moyen de réaliser la réparation intégrale du préjudice, compris comme principe d'équivalence quantitative. La réparation en nature et les dommages et intérêts peuvent se cumuler : *Id.*, par. 161, p. 176-177. Pour un abandon de cette distinction au profit de celle de la réparation du dommage et de la réparation du préjudice, à la suite de l'adhésion à la distinction entre dommage et préjudice, voir : C. BLOCH, préc., note 1286, par. 124-126, p. 130-132.

²⁶⁰³ Dr. fr. : Civ. 2^e, 28 oct. 1954, *JCP* 1955 II.8765, note René Savatier, *RTD Civ.* 1955.34.324, obs. Henri et Léon MAZEAUD; Civ. 2^e, 25 mai 1960, préc., note 2599; Crim., 8 mars 2005, n° 04-84.694 : « [...] le préjudice résultant d'une infraction doit être réparé dans son intégralité, sans perte ni profit pour aucune des parties »; 10 fév. 2009, n° 08-85.167, *Bull. crim.* n° 29, *D.* 2010.67, note Frédéric FORGUES; Civ. 1^{re} 25 mars 2009, n° 07-20.774; Crim. 20 oct. 2009, n° 09-82611; 3 nov. 2009, n° 08-88.438, *Bull. crim.* n° 182; 27 sept. 2016, n° 15-83.309. En dr. québ. : art. 1611 : « Les dommages-intérêts dus au créancier compensent la perte qu'il subit et le gain dont il est privé. »; J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 799, par. 1-320, 1-370, 1-405-408. Il faut toutefois noter que, contrairement au droit français, le principe de réparation intégrale du préjudice de la victime est concilié avec l'obligation de la victime de minimiser le préjudice qu'elle a subi : art. 1479 C.c.Q. Ainsi, « la personne qui est tenue de réparer un préjudice ne répond pas de l'aggravation de ce préjudice que la victime pouvait éviter » : Pierre DESCHAMPS, « L'exonération et le partage de responsabilité », dans *Responsabilité*, 5, coll. Collection de Droit 2021-2022, École du Barreau du Québec, 2021 (EYB2021CDD90) (La référence).

²⁶⁰⁴ M.-S. BONDON, préc., note 2354, par. 42-48, p. 60-65.

²⁶⁰⁵ *Id.*, par. 51-53, p. 67-68.

²⁶⁰⁶ *Id.*, par. 46 et 53, p. 63-64 et 67-68.

qu'extracontractuelle²⁶⁰⁷. Sur le fondement de ce principe, la Cour de cassation a rejeté l'évaluation du montant d'une indemnisation au regard de la gravité de la faute du responsable²⁶⁰⁸ ou de la nécessité de prévenir le renouvellement des faits²⁶⁰⁹. Se faisant, elle rappelle différents aspects du principe : les dommages et intérêts s'évaluent à l'aune des seuls dommages et préjudices de la victime et la responsabilité civile ne peut pas avoir de fonction punitive par l'intermédiaire de la réparation²⁶¹⁰. Elle exclut également que la réparation puisse conduire à l'enrichissement de la victime²⁶¹¹. Le caractère intégral du principe peut ainsi être présenté en deux versants. Le premier, positif, implique « l'élaboration de règles d'évaluation permettant de rationaliser la prise en compte de

²⁶⁰⁷ Dr. fr. : Civ. 2^e, 28 oct. 1954, préc. note 2603; Civ. 2^e, 25 mai 1960, préc. note 2603; Crim., 8 mars 2005, préc. note 2603; 10 fév. 2009, n° 08-85.167, préc. note 2603; 20 oct. 2009, préc. note 2603; 3 nov. 2009, préc. note 2603; 27 sept. 2016, préc. note 2603; *Id.*, par. 6 et 58, p. 23-27 et p. 70; G. VINEY, préc., note 1185, par. 269, p. 430-431; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, préc., note 527, par. 116, p. 153-156. Le Code civil ne consacre pas le principe de réparation intégrale du dommage. En matière extracontractuelle, l'article 1240 du Code civil (article 1382 ancien) impose seulement l'obligation de réparer les conséquences d'un fait dommageable, sans établir de règle quant à l'étendue de l'indemnisation : M.-S. BONDON, préc., note 2354, par. 59-62, p. 70-73. En matière contractuelle, l'article 1149 est plus précis. Les dommages et intérêts doivent réparer la perte subie et le gain manqué du créancier de l'obligation inexécutée. Ce texte ne consacre pourtant pas explicitement le principe de réparation intégrale. Au départ, le principe n'est pas présent pas dans les motifs des juges lorsqu'ils se fondaient sur cet article pour l'octroi des dommages et intérêts en matière contractuelle : *Id.*, par. 63, p. 73-74. Ainsi, jusqu'au milieu du XX^e s., le principe de réparation intégrale ne reçoit pas l'application qu'il connaît aujourd'hui. La jurisprudence s'accordait la liberté d'évaluer la somme octroyée à titre de dommages et intérêts notamment en fonction de la fortune de l'auteur du fait dommageable ou de la gravité de la faute : *Id.*, par. 67-68, p. 77-78. La première affirmation du principe date d'un arrêt de la chambre des requêtes de 1940 : Req. 5 mars 1940, *Bouvet c. Macary*, DH 1940, 111 : « [...] la réparation à laquelle est tenue l'auteur d'un dommage doit être intégrale, elle ne saurait excéder le montant du préjudice [...] »; *Id.*, par. 71, p. 80. Le principe de réparation intégrale a également été consacré par le juge administratif : *Id.*, par. 82, p. 91-92. Sur la construction progressive du principe de réparation intégrale, voir : *Id.*, par. 14-96, p. 43-103. Le projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017 prévoit la consécration du principe de réparation intégrale dans deux articles. L'article 1258 prévoit que la « réparation a pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit ». L'article 1259 ajoute que la « réparation peut prendre la forme d'une réparation en nature ou de dommages et intérêts, ces deux types de mesures pouvant se cumuler afin d'assurer la réparation intégrale du préjudice ». En droit civil québécois, le principe de réparation intégrale n'est pas non plus expressément mentionné dans les textes. Il est cependant indiqué que « [l]es dommages-intérêts dus au créancier compensent la perte qu'il subit et le gain dont il est privé » (art. 1611 al. 1 C.c.Q.), comprenant le « préjudice futur lorsqu'il est certain et qu'il est susceptible d'être évalué » (art. 1611 al. 2 C.c.Q.). Pour une application en matière contractuelle : *Bilodeau c. Bergeron & Fils Ltée*, [1975] 2 R.C.S. 345 (CSC), 351.

²⁶⁰⁸ Civ. 2^e, 8 mai 1964, *Bull. civ. II* n° 358 « [...] l'indemnité nécessaire pour compenser le préjudice subi doit être calculée en fonction de la valeur du dommage, sans que la gravité de la faute puisse avoir aucune influence sur le montant de ladite indemnité ».

²⁶⁰⁹ Crim. 8 fév. 1977, n° 76-91.772, *Bull. crim.* n° 52.

²⁶¹⁰ M.-S. BONDON, préc., note 2354, par. 97, p. 105-106. Le droit civil québécois est semblable : J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 799, par. 1-371.

²⁶¹¹ Civ. 1^{re} 8 nov. 1988, 86-18.159, *Bull. civ. I* n° 308; Crim. 12 avr. 1994, n° 93-82.579, *Bull. crim.* n° 146; Civ. 2^e, 5 juill. 2001, n° 99-18.712, *Bull. civ. II*, n° 135; M.-S. BONDON, préc., note 2354, par. 4, p. 20-22. La situation est similaire en droit québécois, lequel prévoit toutefois que la victime d'un préjudice peut cumuler différentes indemnités, reçue de l'auteur de la faute et de tiers s'ils ne sont pas subrogés aux droits du créancier : art. 1608 C.c.Q.; J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 799, par. 1-410.

l'entier préjudice »²⁶¹², pour assurer la fonction compensatoire de la responsabilité civile. Le second, négatif, « exclut tout ce qui n'est pas curatif au sens du principe », et limite en conséquence la fonction punitive de la responsabilité civile²⁶¹³. Par extension de la distinction entre réparation et punition, toute mesure de réaction à une illicéité, attentatoire à un droit ou une liberté, dont le *quantum* est évalué au regard du dommage et des préjudices subis par la victime de l'illicéité selon un principe d'équivalence substantielle et quantitative, n'est pas répressive. En application de ce critère, la nature de différentes mesures peut être discutée.

II. L'application de la distinction entre répression et réparation

546. *Choix sélectif d'exemples.* L'application de la distinction entre répression et réparation pourrait être illustrée par de nombreux exemples issus de diverses matières. Il est ici proposé de se concentrer sur quelques mesures permettant de saisir les conséquences de la distinction, sans aborder toutes les illustrations envisageables. Il est en effet possible de s'inspirer des exemples présentés pour appliquer la distinction à toute autre mesure, au moyen d'un raisonnement analogique. Peuvent en ce sens être exposées quelques applications civiles (A), pénales (B) et administratives (C) de la distinction entre répression et réparation.

A. Les applications civiles de la distinction entre répression et réparation

547. *Mesures civiles réparatrices et mesures civiles répressives.* La mise en œuvre particulière du principe de réparation intégrale du dommage dans certaines circonstances entraîne la remise en cause de la nature réelle des mesures civiles de réparation. Pourtant, dès lors que le principe sert bien de cadre à la détermination de l'objet et du *quantum* de la mesure civile, les mesures doivent être considérées comme réparatrices et non répressives. En revanche, s'il apparaît que le principe de réparation intégrale ne sert pas de cadre à l'évaluation de la mesure civile, alors elle est répressive. L'application du critère de gravité répressive, dans son aspect quantitatif, permet ainsi de confirmer la

²⁶¹² M.-S. BONDON, préc., note 2354, par. 4.

²⁶¹³ *Id.* L'auteur précise également que par la « recherche d'équivalence quantitative entre le préjudice subi et l'indemnisation octroyée, le principe de réparation intégrale véhicule deux axiomes : celui du non-enrichissement de la victime et celui de l'absence de prise en compte de la faute de l'auteur du dommage » : *Id.*, par. 206, p. 221. Le développement de la fonction compensatoire de la responsabilité civile s'est en ce sens révélé consubstantiel au principe de réparation intégrale : *Id.*, par. 97 et suiv p. 105 et suiv. C'est en favorisant la fonction compensatoire de la responsabilité civile, que le principe de réparation intégrale a relégué au second plan les fonctions normatives et punitives de la responsabilité civile : *Id.*, par. 206-207, p. 221-222.

nature réparatrice de la dette de réparation (1) et de qualifier la nature répressive des dommages-intérêts punitifs (2).

1. La confirmation de la nature réparatrice de la dette de réparation

548. Deux situations engendrent particulièrement des interrogations quant à la nature réelle de la dette de réparation en droit civil. Il s'agit en premier lieu de la prise en compte de la faute au stade de la contribution à la dette, parfois présentée comme une application de la notion de peine privée, participant à la fonction punitive de la responsabilité civile. En second lieu, la difficile évaluation des dommages et intérêts dans le cas des dommages de nature morale, conduirait les juges à attribuer des montants élevés de dommages et intérêts, au regard de la gravité de la faute de l'auteur, plutôt qu'au regard du dommage causé à la victime. Dans ces deux cas, la qualification de réparation pourrait être écartée au profit de celle de répression, relativement au critère de la gravité quantitative des mesures. Pourtant, les réactions aux illicéités conduisant à l'octroi de dommages et intérêts pour les victimes sont bien, dans ces deux situations, des réparations, en ce que les dommages et intérêts sont quantifiés au regard du dommage causé. En ce sens, ils ne sont pas répressifs.

549. *L'indifférence de la prise en compte de la faute au stade de la contribution à la dette.* En droit civil français, la faute est un critère de répartition de la dette de réparation en cas de pluralité de responsables²⁶¹⁴. Cette règle exprime un attachement à la fonction normative de la responsabilité civile²⁶¹⁵. Ainsi, la répartition de la charge contributive en fonction de la gravité de la faute de chaque responsable dans la survenance du dommage est reconnue par la doctrine civiliste comme une expression de la fonction punitive ou

²⁶¹⁴ Civ. 3^e, 15 déc. 2010, n° 09-68.894, *Bull. civ.* III n° 221; Civ. 2^e, 13 janv. 2011, n° 09-71.196, *Bull. civ.* II n° 8. Dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation rappelle dans un premier temps la règle selon laquelle :

« la contribution à la dette de réparation du dommage subi par la victime d'un accident de la circulation, entre un conducteur impliqué dans l'accident et un autre coobligé fautif, a lieu en proportion de la gravité des fautes respectives ». Elle conclut relativement aux faits d'espèce et contrairement à ce qu'avait jugé la cour d'appel, que la répartition de la charge de la dette ne devait pas être réalisée en fonction de la participation causale des fautes au dommage car « en cas de faute, la part contributive de chacun des coauteurs s'apprécie exclusivement en fonction de la gravité des fautes commises ».

Voir égal., pour une répartition à parts égales, en raison de fautes d'égale importance : Civ. 2^e, 13 sept. 2018, n° 17-14.654.

²⁶¹⁵ M.-S. BONDON, préc., note 2354, par. 113-118, p. 123-128.

répressive de la responsabilité civile²⁶¹⁶. En droit québécois, la situation est encore plus claire puisque le *Code civil du Québec* prévoit expressément cette règle de répartition²⁶¹⁷. Cette règle de répartition de la charge de la dette entre les co-responsables ne permet pas pour autant de qualifier les mesures de réparation des dommages et préjudices de mesures répressives. En effet, la répartition de la charge de la dette est toujours conçue dans les limites déterminées par l'étendue du dommage et de ses conséquences. L'évaluation de la réparation en nature ou le montant des dommages-intérêts est dans sa globalité toujours identique aux préjudices à réparer, peu importe la répartition qui en est ensuite faite entre les différents responsables. Un responsable ne devra jamais plus qu'une dette équivalente à l'entier dommage. La répartition de la dette entre les coauteurs n'est pas une règle d'évaluation de la dette de réparation du dommage subi par la victime. En ce sens, cette règle ne disqualifie pas le principe de réparation intégrale et n'entraîne pas la qualification répressive des mesures de réparation en responsabilité civile. Toutefois, afin d'éviter toute confusion entre réparation et répression, la contribution à la dette pourrait par principe être effectuée en fonction de la participation causale du fait générateur retenu à l'encontre d'un responsable²⁶¹⁸.

550. *L'indifférence des difficultés d'évaluation des dommages et intérêts moraux.* La difficulté pratique d'évaluer les dommages et intérêts compensatoires pour les dommages moraux serait l'occasion pour les juges d'activer la fonction punitive de la responsabilité civile. La quantification des mesures de réparation serait en effet réalisée de façon extensive en tenant compte de la gravité de la faute réalisée par l'auteur au lieu de s'en tenir à l'équivalence au dommage. Plusieurs auteurs relèvent en effet que malgré sa contradiction avec le principe de réparation intégrale et la position de la Cour de cassation

²⁶¹⁶ Dr. fr., par ex. : Geneviève VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2014, par. 370-371, p. 316-318. Dr. québ., par ex. : P. ROY, préc., note 157, aux p. 295-296.

²⁶¹⁷ Art. 1478 al.1 C.c.Q. Cette règle se comprend plus aisément dans le cadre du droit civil québécois, lequel a conservé l'exigence d'imputabilité du responsable, que dans le cadre du droit français, qui a supprimé cette condition d'attribution de la dette de réparation.

²⁶¹⁸ En droit français, cette méthode est déjà parfois utilisée. En l'absence de faute, la jurisprudence choisit parfois de répartir la charge de la dette en fonction de la contribution causale de chaque fait générateur retenu au dommage : Civ. 2^e, 6 mars 1968, *Bull. civ. II* n° 76; 15 nov. 1972, n° 71-12.539, *Bull. civ. II* n° 279, *JCP* 1972.IV. 301; 5 oct. 2006, n° 05-16.514, *Bull. civ. II* n° 256, *RCA* 12.2006, comm. 371, note Hubert GROUTEL; 19 nov. 2009, n° 08-11.622, *Bull. civ. II* n° 279, *RCA* 1.2010, comm. 15, note Hubert GROUTEL. Il faut toutefois remarquer que la répartition de la dette en fonction du rôle causale des coresponsables et la répartition en fonction de la gravité de leur faute, peuvent relever, selon les circonstances, d'une même analyse : P. ROY, préc., note 157, à la p. 296; G. VINEY, préc., note 2616, par. 370, p. 316-318.

sur ce sujet²⁶¹⁹, l'évaluation des dommages et intérêts pour dommages moraux, est utilisée en jurisprudence aux fins de moralisation des comportements²⁶²⁰. Si la quantification des dommages et intérêts dépasse effectivement l'évaluation des préjudices résultant d'un dommage moral, dépassement établi par la manifeste prise en compte d'éléments extérieurs à l'étendue des préjudices, il ne fait aucun doute que la mesure pécuniaire devrait être qualifiée de mesure répressive. Si les juges octroient des montants importants de dommages et intérêts sur le fondement du principe de réparation intégrale, sans qu'il ne puisse être établi qu'ils dépassent l'étendue des conséquences du dommage, alors il faut tenir pour acquis qu'ils sont réparateurs, quand bien même ils paraissent élevés. En l'absence d'indication claire au sein des jugements, il n'est pas possible d'affirmer que la difficulté d'évaluation des conséquences d'un dommage moral couvre nécessairement une réparation dépassant l'étendue de ces conséquences²⁶²¹. Il faut également tenir compte du fait que, s'agissant des dommages moraux, la gravité de la faute reprochée à l'auteur peut accroître la souffrance de la victime par rapport à une faute de moindre gravité. Dans ce cas, la prise en compte de la gravité de la faute de la victime est un élément d'évaluation de l'étendue du dommage moral.

Le retour à l'équilibre dans la situation juridique de la victime, par l'octroi à son bénéfice d'une créance de réparation de ses dommages et préjudices, exclut la qualification de mesure répressive. La situation est différente s'agissant des dommages-intérêts punitifs en droit québécois.

2. La qualification répressive des dommages-intérêts punitifs

551. *Nature répressive des dommages-intérêts punitifs.* Les dommages-intérêts punitifs du droit civil québécois sont des mesures civiles répressives au regard du critère de gravité, dans ses aspects substantiel et quantitatif. En effet, la quantification des dommages-intérêts punitifs n'est pas réalisée selon la règle de l'adéquation de la mesure

²⁶¹⁹ *Supra*, note 2608.

²⁶²⁰ Plusieurs auteurs font état de l'octroi par les juges du fond, dans différentes affaires, d'un montant des dommages et intérêts calculés sur une base plus large que les seuls dommages de la victime, en vue de punir la faute ou de dissuader les comportements : M.-S. BONDON, préc., note 2354, par. 120-121, p. 129-131; S. CARVAL, préc., note 160, par. 21 et suiv., p. 24 et suiv. M. CREMIEUX, préc., note 700, par. 56, p. 301-302; Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, 6^e éd., coll. Anthologie du droit, Paris, LGDJ, Lextenso, 2014; P. PAILLARD, préc., note 35, par. 58, p. 29-20; B. STARCK, préc., note 520, p. 400 et suiv.

²⁶²¹ Dans le même sens : Christelle COUTANT-LAPALUS, *Principe de réparation intégrale en droit privé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-en-Provence, 2002, par. 504, p. 432-433.

aux conséquences dommageables de l'illicéité pour la victime²⁶²². La prise en compte de facteurs sans rapport avec l'étendue du dommage de la victime exclut la nature réparatrice de la mesure.

Il en irait de même en droit français si l'amende civile pour faute lucrative prévue dans le projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017 était mise en place. En effet, l'évaluation du *quantum* de cette amende sort du cadre du principe de réparation intégrale en prenant en compte plusieurs facteurs liés à l'auteur de la faute²⁶²³. C'est là tout l'intérêt de cette amende, dissuader les comportements fautifs guidés par un motif lucratif en imposant une mesure dont le *quantum* s'établit au-delà de l'étendue des dommages résultant de la faute.

La qualification de plusieurs mesures de réaction aux illicéités pénales peut également être discutée au regard de la distinction entre répression et réparation.

B. Les applications pénales de la distinction entre répression et réparation

552. *L'application du critère de gravité dans son aspect quantitatif en droit pénal.*

Dans leur grande majorité, les mesures pénales ne réparent pas un dommage causé à une victime. Le choix et la quantification des mesures pénales ne répondent que de manière marginale à la logique réparatrice. En effet, le dommage causé à une victime par une

²⁶²² Art. 1621 C.c.Q. :

« Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive.

Ils s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers. »

Le montant des dommages-intérêts punitifs s'ajoute à celui des dommages-intérêts compensatoires. Voir, par ex. : *Loi sur la protection des arbres*, RLRQ, c. P-37, art. 1; *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, c. P-40.1, art. 272; *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, RLRQ, c.A-2.1, art. 167 al. 2. La distinction entre cessation de l'illicite, réparation et répression ressort bien de l'article 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne* :

« Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages-intérêts punitifs. »

²⁶²³ Art. 1266-1, al. 2 du *Projet de réforme de la responsabilité civile, Mars 2017* : « Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés. »

infraction n'est pas l'élément principal du choix de la peine maximale encourue²⁶²⁴ ou de la détermination de la mesure infligée²⁶²⁵. Les facteurs à prendre en compte sont variés. Même lorsque les conséquences de l'infraction sur la victime déterminent la peine maximale encourue, la peine n'est pas quantifiée de manière à réparer le dommage²⁶²⁶. Ainsi, dès lors qu'elles n'ont pas pour objet le retour à l'équilibre juridique de la situation de la victime, par réparation du dommage, ou comme précédemment exposé, par cessation de l'illicite, les mesures pénales sont généralement répressives.

En droit français et en droit canadien, il existe toutefois quelques sanctions pénales ayant pour objet la réparation des dommages causés aux victimes d'infraction.

553. *Sanction-réparation en droit français et dédommagement en droit canadien.* La *Loi n° 2007-597 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance*, a instauré en droit français la peine de sanction-réparation²⁶²⁷. Cette peine, qui peut être prononcée seule ou en même temps qu'une peine d'emprisonnement ou qu'une peine d'amende²⁶²⁸, « consiste dans l'obligation pour le condamné de procéder, dans le délai et selon les modalités fixés par la juridiction, à l'indemnisation du préjudice de la victime »²⁶²⁹. La réparation peut être effectuée en nature²⁶³⁰. La peine semble être intégralement faite de réparation, ce qui exclurait sa nature répressive eu égard à l'équivalence quantitative de la mesure appliquée et du dommage subi par la victime. Toutefois, la peine de sanction-

²⁶²⁴ Par exemple, la peine maximale d'emprisonnement encourue pour la mort d'une personne varie en fonction des circonstances de la mort (notamment en fonction de l'existence ou l'absence d'une intention de donner la mort), alors que le résultat de l'infraction est identique du point de vue de la victime.

²⁶²⁵ Dr. fr. : art. 130-1 et 132-1 C. pén. En dr. can. : art. 718 et suiv.

²⁶²⁶ En France, pour les infractions de violences (art. 222-1 à 222-18-3 C. pén.) et d'atteintes involontaires à l'intégrité physique d'autrui (art. 222-19 à 222-21 C. pén.), le *quantum* maximum de la peine encourue est déterminé en fonction de la gravité du dommage causé à autrui, mesuré en interruption totale de travail (ITT). Néanmoins, il n'y a pas d'équivalence, au sens de la réparation, entre ce *quantum* et la mesure de l'ITT. La gravité de l'ITT sépare les violences et les atteintes à l'intégrité physique non-intentionnelles en trois niveaux d'infractions : contraventions (art. R. 624-1, R. 625-1, R. 622-1, R. 625-2 et R. 625-3 C. pén.), délits (art. 222-13, 222-11 et 222-12, 222-9, art. 222-19, 222-19-1 et 222-19-2, art. 222-20, 222-20-1 et 222-20-2 C. pén.) et crimes (art. 222-7 et 8 et art. 222-10 C. pén.). Il sert à faire varier l'échelle de la peine encourue en fonction de la gravité concrète de l'atteinte réalisée mais il n'y a pas de compensation du dommage. Plus concrètement, une peine d'emprisonnement par exemple, quelle qu'elle soit, ne répare pas une interruption totale de travail, ni de trois jours, ni de trois semaines, ni de trois mois. Le législateur considère simplement que plus le dommage est grave, plus le comportement mérite une sanction élevée. En outre, si le dommage concret mesuré en ITT permet de donner leur qualification contraventionnelle, délictuelle ou criminelle aux faits, la peine concrètement prononcée, dépendra non seulement de l'ITT mais aussi des autres facteurs de détermination de la peine (art. 130-1 C. pén.). Le dommage n'est donc que très relativement déterminant de la peine. Sur les liens entre préjudice et droit pénal en droit français : G. RABUT-BONALDI, préc., note 1599.

²⁶²⁷ Art. 131-3 8° et 131-8-1 C. pén.

²⁶²⁸ Art. 131-8-1 al. 1^{er} C. pén.

²⁶²⁹ Art. 131-8-1 al. 2 C. pén.

²⁶³⁰ Art. 131-8-1 al. 3 C. pén.

réparation peut être qualifiée de mesure répressive de manière certaine. La sanction-réparation n'a pas pour seul objet une atteinte à un droit patrimonial de l'auteur. Elle porte également atteinte au droit à la liberté du condamné ou à son droit de propriété. En effet, le texte prévoit que la juridiction qui prononce la peine de sanction-réparation fixe également la durée maximum de l'emprisonnement ou le montant maximum de l'amende qui pourra être mis à exécution en tout ou partie si le condamné ne respecte pas l'obligation de réparation²⁶³¹. En ce sens, la sanction-réparation est répressive car elle ne se contente jamais d'opérer uniquement la réparation du dommage causé à une victime²⁶³².

En droit canadien, l'ordonnance de dédommagement que peut prononcer le juge en faveur des victimes d'une infraction a un statut ambigu²⁶³³. Elle n'est qualifiée ni d'amende ni de peine pécuniaire par le *Code criminel*²⁶³⁴. La jurisprudence la considère en revanche comme une mesure prise dans le cadre de la détermination de la peine²⁶³⁵ et conclut de ce fait à son appartenance à la peine prononcée²⁶³⁶. Le critère de gravité qualifiant la notion unifiée de répression permet une analyse plus nuancée de la nature de l'ordonnance de dédommagement et tend à démontrer qu'elle semble plus réparatrice que répressive. L'ordonnance de dédommagement consiste principalement à ordonner au condamné de verser des dommages-intérêts aux victimes de l'infraction dans la limite maximale de tout ou partie des dommages qu'ils ont subis²⁶³⁷. Le recouvrement de la somme fixée suit les voies civiles²⁶³⁸. En conséquence, l'absence d'exécution de l'ordonnance ne donne pas lieu à une peine d'emprisonnement ou une amende et ne porte donc pas atteinte en principe à un autre droit que le droit de propriété atteint par l'ordonnance elle-même, laquelle est nécessairement adéquate à la réparation des dommages. Sur ce point, la comparaison avec la sanction-réparation française est intéressante puisqu'elle met en lumière la différence de conception de la réparation

²⁶³¹ Art. 131-2 al. 5 C. pén.

²⁶³² *Supra*, par. 501.

²⁶³³ *Supra*, par. 61 et 95.

²⁶³⁴ Art. 716 C.cr.

²⁶³⁵ Art. 731.1 (1); *R. c. Zelensky*, préc., note 536, 941-942; *R. c. Fitzgibbon*, préc., note 536, par. 18.

²⁶³⁶ *R. v. Castro*, 2010 ONCA 718, par. 22 et 35; *R. c. Simoneau*, préc., note 537, par. 42; *R. v. Robertson*, 2020 ONCA 367, par. 6.

²⁶³⁷ Art. 738 (1) C.cr. Une liste plus ou moins limitative de dommages pouvant faire l'objet d'un dédommagement lors de la procédure criminelle est établie, en fonction de cinq cas. Notamment, le *Code criminel* ne prévoit pas le dédommagement des dommages non-pécuniaires résultant des infractions, comme les souffrances morales consécutives à l'infraction. Ces dommages peuvent être indemnisés dans le cadre d'une procédure civile.

²⁶³⁸ Art. 741 (1) C.cr.

ordonnée par le juge pénal. L'impossibilité de demander au juge pénal le dédommagement de tous les dommages subis ne disqualifie pas la nature réparatrice de l'ordonnance. D'une part, les dommages-intérêts sont bien évalués en fonction des dommages subis visés par le texte et ne peuvent dépasser la valeur de ces derniers²⁶³⁹. D'autre part, la limitation des dommages envisagés ouvrant droit à dédommagement devant le juge pénal relève d'une problématique d'ordre de pratique²⁶⁴⁰ et n'empêche pas victime d'exercer un recours civil pour les mêmes faits²⁶⁴¹ lui permettant d'être indemnisée pour l'ensemble de ses dommages et préjudices, selon les règles de responsabilité civile. Finalement, que l'ordonnance fasse partie du processus de détermination de la peine ne modifie pas sa nature, elle n'en reste pas moins déterminée par les dommages subis par la victime. Le fait qu'elle soit prise en compte pour évaluer les peines prononcées à l'encontre du condamné procède de l'évaluation de ces autres peines et non pas de la quantification et de la qualification du montant des dommages-intérêts²⁶⁴². Ainsi, sauf à ce que l'ordonnance soit enregistrée au casier judiciaire du condamné comme élément de sa peine, elle n'est pas répressive mais réparatrice. En revanche, si elle est enregistrée au casier judiciaire du condamné comme élément de sa peine, elle est susceptible d'être répressive en raison de l'atteinte qu'elle peut porter à la réputation du condamné²⁶⁴³.

Plusieurs illustrations de la distinction entre répression et réparation peuvent également être exposées en droit administratif.

²⁶³⁹ Art. 738 (1). Les moyens financiers ou la capacité de payer du délinquant n'empêchent pas le tribunal de rendre l'ordonnance : 739.1 C.cr.

²⁶⁴⁰ Le montant des dommages doit pouvoir être aisément déterminé devant le juge pénal.

²⁶⁴¹ Art. 741.2 C.cr.

²⁶⁴² Le juge qui rend l'ordonnance doit prendre en compte les différents objectifs et principes de détermination de la peine, y compris donc ceux relatifs aux intérêts du condamné et de la société en général, en plus de ceux de la victime : *R. c. Zelensky*, préc., note 536; *R. c. Fitzgibbon*, préc., note 536; *Legault c. R.*, préc., note 771; *R. c. Simoneau*, préc., note 537. Cette considération ne modifie pas la nature réparatrice du dédommagement dans la mesure où l'intérêt des victimes est particulièrement protégé. En effet, « le tribunal qui inflige la peine ou prononce l'absolution est tenu d'envisager la possibilité de rendre une ordonnance de dédommagement » : art. 737.1 (1) C.cr. En ce sens, « le tribunal est tenu de s'enquérir auprès du poursuivant de la prise de mesures raisonnables pour permettre aux victimes d'indiquer si elles réclament un dédommagement » : art. 737.1 (2) C.cr. Si le tribunal refuse de rendre une ordonnance alors que la victime avait demandé à être dédommagée, il doit motiver sa décision : art. 737.1 (5). Les moyens financiers ou la capacité de payer du condamné n'empêchent pas le tribunal de rendre l'ordonnance (art. 739.1 C.cr.) et le prononcé d'une ordonnance de dédommagement est prioritaire sur l'infliction d'une peine d'amende si le condamné ne se trouvait pas en capacité de payer les deux (art. 740 b) C.cr.).

²⁶⁴³ *Supra*, par. 437.

C. Les applications administratives de la distinction entre répression et réparation

554. *La nature variable des majorations fiscales en droit français.* Le droit administratif connaît la distinction entre réparation et sanction punitive, dans des termes semblables à la distinction entre la réparation de la responsabilité civile et la punition de la responsabilité pénale. La réparation rétablit ainsi l'équilibre rompu par le dommage tandis que la sanction administrative est « la contrepartie d'une infraction »²⁶⁴⁴. Cette distinction est appliquée par le Conseil constitutionnel d'agissant des majorations fiscales puisqu'il décide que certaines majorations sont des réparations parce qu'elles ont « pour seul objet de réparer le préjudice subi par l'État du fait du paiement tardif de l'impôt » alors que d'autres sont qualifiées de sanction ayant le caractère d'une punition parce qu'elles sanctionnent ou répriment la violation de leurs obligations fiscales par les contribuables. Ainsi, la majoration de 10 % pour retard de paiement de l'impôt²⁶⁴⁵, la majoration de la redevance pour création de locaux à usage de bureaux en Île-de-France²⁶⁴⁶, les majorations et intérêts dus par un contribuable défunt ou une société dissoute²⁶⁴⁷ ont le « caractère d'une réparation pécuniaire », lorsqu'elles ont pour objet « la compensation du préjudice subi par l'État du fait du paiement tardif des impôts »²⁶⁴⁸. À l'inverse, la majoration limitée à 100% de la redevance pour création de locaux à usage de bureaux dans la région Île-de-France en cas d'infraction aux dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'acquittement de la redevance « tend à sanctionner les personnes ayant éludé le paiement de la redevance »²⁶⁴⁹. C'est pourquoi elle a le caractère d'une punition²⁶⁵⁰. Dans le même sens, la majoration fiscale de 40 % après mise en demeure, lorsqu'un document requis n'a pas été déposé, et la majoration fiscale de 80 % pour activité occulte de l'article 1728 du Code général des impôts sont des sanctions ayant le caractère d'une punition²⁶⁵¹.

L'objet précis du manquement donnant lieu à majoration et le taux de la majoration semblent conjointement guider sa qualification réparatrice ou punitive.

²⁶⁴⁴ G. DELLIS, préc., note 36, par. 268, p. 191.

²⁶⁴⁵ Cons. const. 29 avril 2011, n° 2011-124 QPC, préc., note 942, par. 3. Voir égal. Cons. d'Ét., 9^e et 8^e ss-sect., 4 avril 1997, *Société Kingroup*, n° 144211; Com. 6 octobre 1998, *SNC Sofon*, n° 1503.

²⁶⁴⁶ Cons. const. 30 mars 2012, n° 2012-225 QPC, préc., note 942, par. 6.

²⁶⁴⁷ Cons. const. 4 mai 2012, n° 2012-239, préc., note 942, par. 4.

²⁶⁴⁸ Cons. const. 29 déc. 2016, n° 2016-744 DC, par. 34.

²⁶⁴⁹ Cons. const. 30 mars 2012, n° 2012-225 QPC, préc., note 942, par. 6.

²⁶⁵⁰ *Id.*

²⁶⁵¹ Respectivement, Cons. const. 17 mars 2011, n° 2010-105/106 QPC, préc., note 908, par. 6 et Cons. const. 29 déc. 1999, n° 99-424 DC, préc., note 945, par. 53.

Lorsque la majoration vise précisément le retard de paiement et que le taux de majoration est peu élevé, elle peut rationnellement correspondre à la réparation de la perte subie par l'administration fiscale en raison du non-recouvrement de l'impôt dans le délai légal. Il s'agit d'une forme de « forfaitisation du prix du temps »²⁶⁵² et des moyens supplémentaires employés par l'administration fiscale dans la gestion du dossier fiscal. En revanche si la majoration n'est pas relative au temps de retard de paiement et que le taux est élevé, elle n'est plus susceptible de constituer une équivalence quantitative de dommage subi par l'administration fiscale. Ainsi, la distinction entre nature réparatrice ou répressive eu égard à l'équivalence quantitative de la mesure imposée, par rapport au dommage subi, permet de distinguer la nature des différentes majorations fiscales. Les majorations fiscales dont le *quantum* permet de rétablir l'équilibre rompu par le dommage sont réparatrices tandis que les majorations dont le *quantum* ne correspond pas au rétablissement de cet équilibre sont répressives. Pour appliquer cette analyse, un dernier facteur doit être ajouté au raisonnement : la qualification réparatrice ou répressive de la majoration devrait également être fonction de leur cumul ou non-cumul aux intérêts de retard. En effet, « [t]oute créance de nature fiscale, dont l'établissement ou le recouvrement incombe aux administrations fiscales, qui n'a pas été acquittée dans le délai légal donne lieu au versement d'un intérêt de retard »²⁶⁵³, auquel « s'ajoutent, le cas échéant, les sanctions prévues [...] »²⁶⁵⁴. Si la majoration s'ajoute aux intérêts de retard, il est difficile de conclure à la qualification réparatrice de la majoration car les préjudices subis par l'administration fiscale sont déjà réparés par le recouvrement de l'impôt dû et des intérêts de retard y afférent. C'est pourquoi, par exemple, la majoration de 10% due en l'absence de déclaration ou en cas de déclaration tardive²⁶⁵⁵, qui s'ajoute à l'intérêt de retard, doit être qualifiée de mesure répressive, malgré son faible taux²⁶⁵⁶. En revanche, la majoration d'impôt de 10 % en cas de retard de paiement des impôts sur le revenu, de la taxe d'habitation ou des taxes foncières²⁶⁵⁷, n'est pas répressive car elle se substitue

²⁶⁵² Stéphane AUSTRY, « Les sanctions administratives en matière fiscale », *AJDA* 2001.HS.51-59.

²⁶⁵³ Art. 1727 I CGI.

²⁶⁵⁴ *Id.* Pour quelques explication sur le calcul du taux : S. AUSTRY, préc., note 2652.

²⁶⁵⁵ Art. 1728 I a) CGI.

²⁶⁵⁶ Le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de qualifier cette majoration, au taux de 10 %, mais également du taux de 40 %, de sanction punitive parce qu'elle prévient et réprime les omissions relatives à la déclaration de la base d'imposition ou des éléments servant à la liquidation de l'impôt : Cons. const. 23 nov. 2018, n° 2018-745 QPC, *M. Thomas T. et autre*, par. 8. Voir, précédemment, pour les taux de 40 % et 80 %, pour l'article 1728 dans sa rédaction en vigueur à une autre date : Cons. const. 17 mars 2011, préc. note 908, par. 7.

²⁶⁵⁷ Art. 1730 I CGI.

aux intérêts de retard²⁶⁵⁸ et peut donc être constitutive d'un retour à l'équilibre relativement aux préjudices subis par l'administration fiscale²⁶⁵⁹. La seule question qui demeure est alors celle de l'équivalence réelle entre le taux de la majoration et le dommage invoqué par l'administration fiscale du fait du retard du contribuable dans l'exécution de son obligation. La détermination forfaitaire d'une réparation n'est pas un obstacle à sa qualification de réparation mais les éléments qui permettent de déterminer le forfait doivent être en lien avec le dommage subi pour qu'il existe une réelle cohérence au regard de l'équivalence quantitative²⁶⁶⁰.

Ainsi, de manière générale, les mesures de réaction aux illicéités fiscales qui ne rétablissent pas, en raison de leur objet et *quantum*, le déséquilibre juridique subi par le Trésor, sont répressives.

555. *La nature répressive des contraventions de grande voirie en droit français.* Les contraventions de grande voirie sont des mesures répressives. Elles sont en effet une réaction administrative aux illicéités dont l'objet et le *quantum* ne sont pas en lien avec la réparation du dommage subi par l'administration du fait de l'utilisation ou l'occupation irrégulière du domaine public. Les amendes instituées en la matière sont caractérisées par leur nature répressive, directement annoncée dans le texte qui les institue. L'article L. 2132-2 du Code de la propriété des personnes publiques précise en effet qu'elles sont instituées « en vue de la répression des manquements aux textes qui ont pour objet [...] la protection soit de l'intégrité ou de l'utilisation de ce domaine public, soit d'une servitude administrative [...] ». Bien que plusieurs textes visent les « atteintes à l'intégrité » du domaine public, celles-ci ne sont pas l'assiette de quantification des amendes²⁶⁶¹.

²⁶⁵⁸ S. AUSTRY, préc., note 2652; Maurice COZIAN, Florence DEBOISSY et Martial CHADEFAUX, *Précis de fiscalité des entreprises*, 45^e éd., coll. Précis fiscal, Paris, LexisNexis, 2021, par. 2650, p. 965 et par. 2662, p. 969-970.

²⁶⁵⁹ Concluant à la nature réparatrice de la majoration, mais affirmant simplement qu'elle « a pour objet la compensation du préjudice subi par l'État du fait du paiement tardif des impôts directs » : Cons. Const., 29 avril 2011, n° 2011-124 QPC, préc., note 942.

²⁶⁶⁰ Le Conseil constitutionnel le précise d'ailleurs s'agissant de la majoration de 10 % prévue pour défaut de restitution par le bailleur, dans les délais prévus, du dépôt de garantie restant dû au locataire. Il la considère en effet comme une majoration indemnitaire car :

[...] cette majoration est égale à une somme forfaitaire correspondant à 10 % du loyer mensuel en principal, pour chaque période mensuelle commencée en retard, le législateur s'est fondé sur un élément en lien avec l'ampleur du préjudice, dans la mesure où le montant du loyer mensuel est pris pour référence comme plafond du dépôt de garantie, et a pris en compte la durée de ce préjudice ». (Cons. const. 22 février 2019, n° 2018-766 QPC, *Mme Sylviane D.*, par. 7.)

²⁶⁶¹ Par ex. art. L. 2132-3-2, L. 2132-5, L. 2132-6 C. prop. pers. pu.

Confirmant cette analyse, plusieurs textes prévoient les trois types de mesures de réaction aux illicéités que sont les mesures de cessation de l'illicite, les réparations et les amendes administratives répressives²⁶⁶². La jurisprudence constitutionnelle considère que ces amendes sont une catégorie particulière de peines²⁶⁶³.

Selon un raisonnement identique, et malgré une jurisprudence manifestement contraire à cette idée, les sanctions administratives pécuniaires du droit canadien pourraient être qualifiées de mesures répressives.

556. La nature répressive des sanctions administratives pécuniaires en droit canadien. L'application de la définition quantitative du critère de gravité aux sanctions administratives pécuniaires en droit canadien permet de conclure à leur intégration à la catégorie des mesures répressives, malgré leur rejet de la catégorie jurisprudentielle des véritables conséquences pénales²⁶⁶⁴. Les sanctions administratives pécuniaires sont des mesures de réaction²⁶⁶⁵ aux illicéités²⁶⁶⁶ administratives attentatoires au droit de propriété des administrés²⁶⁶⁷, qui ne constituent pas des mesures de réparation des dommages et préjudices subis par une victime. Le *quantum* des sanctions n'est pas calculé pour la compensation des dommages causés aux intérêts de l'administration ou des individus qui subiraient les conséquences de la violation des dispositions administratives²⁶⁶⁸.

Ce propos peut être illustré par un bref exposé de la *Loi sur le cannabis*. Elle prévoit que toute contravention (sauf celles qualifiées d'activités criminelles) à celle-ci, à des règlements ou arrêtés d'application constitue « une violation pour laquelle l'auteur de celle-ci s'expose à une sanction plafonnée à un million de dollars ou, si la violation est qualifiée, selon le cas, de mineure, de grave ou de très grave en vertu des règlements, à une sanction n'excédant pas le montant maximal fixé par règlement »²⁶⁶⁹. La loi ajoute

²⁶⁶² Par ex., art. L. 2132-3-2, L. 2132-5, L. 2132-6, L. 2132-7, L. 2132-8, L. 2132-9, L. 2132-10 C. prop. pers. pu.

²⁶⁶³ Cons. const. 23 sept. 1987, n° 87-151 L, par. 4-5, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 53, *RFDA* 1988.273, note Bruno GENEVOIS, *AJDA* 1988.60, Xavier PRETOT.

²⁶⁶⁴ *Supra*, par. 184.

²⁶⁶⁵ *Supra*, Partie 2, Titre 1. Chapitre 1.

²⁶⁶⁶ *Supra*, Partie 2, Titre 1. Chapitre 2.

²⁶⁶⁷ *Supra*, par. 466.

²⁶⁶⁸ Par ailleurs, l'objet et le *quantum* des sanctions ne sont pas de nature à permettre une cessation de l'illicite. La menace et la condamnation financière que constitue une sanction administration pécuniaire incite l'administré à se mettre en conformité avec le droit. Toutefois, cette sanction n'est pas nécessaire à la mise en conformité, qui pourrait être réalisée par une injonction administrative à la correction de l'illicéité. La sanction pécuniaire intervient bien en plus de la mise en conformité au droit.

²⁶⁶⁹ *Loi sur le cannabis*, préc., note 678, art. 111 (1).

que « [l']infliction de la sanction vise à favoriser le respect de la présente loi »²⁶⁷⁰. L'objectif de la sanction comme outil de maintien de la conformité des comportements au droit est donc clairement affiché. Toutefois, cet objectif n'est rempli par la sanction que comme mesure supplémentaire au seul redressement. Cette analyse est confirmée par la précision des facteurs de détermination de la sanction :

« Le montant de la sanction est déterminé, dans chaque cas, compte tenu des critères suivants :

- a) le comportement antérieur de l'intéressé en ce qui a trait au respect des dispositions de la présente loi ou de ses règlements;
- b) la nature et la portée de la violation;
- c) les efforts raisonnables que l'intéressé a déployés afin d'atténuer ou de neutraliser les incidences de la violation commise;
- d) les avantages concurrentiels ou économiques que l'intéressé a retirés de la violation commise;
- e) tout autre critère prévu par règlement. »²⁶⁷¹

Eu égard aux critères de détermination de la sanction, ces sanctions administratives pécuniaires ne constituent pas des mesures de réparation des dommages causés par l'irrespect de la loi, en l'absence d'équivalence quantitative entre le *quantum* de la mesure et un dommage causé à une victime²⁶⁷².

Il en est de même en droit québécois relativement aux sanctions pécuniaires administratives de la *Loi sur les valeurs mobilières*. En effet, les sanctions pécuniaires sont, dans leur objet et leur *quantum*, des mesures qui dépassent le simple retour à l'équilibre juridique. Des mesures de réparation²⁶⁷³ sont en effet prévues dans diverses autres dispositions de la loi²⁶⁷⁴, avant les sanctions pécuniaires²⁶⁷⁵. Il en est de même pour les sanctions administratives pécuniaires de la *Loi sur la qualité de l'environnement*. Des

²⁶⁷⁰ *Id.*, art. 111 (2).

²⁶⁷¹ *Id.*, art. 112 (3).

²⁶⁷² Des mesures de confiscation, qui pourraient constituer plus strictement des mises en conformité de la situation au droit, sont prévues par la loi : *Id.*, part. 9-Disposition des choses saisies, spéc. art. 94 et 103 (4). La qualification de mesures de cessation de l'illicite pour les confiscations dépend de l'étendue exacte des biens saisis, à savoir si la saisie porte sur des biens nécessaires et strictement proportionnée à la mise en conformité au droit (cessation de l'illicite) ou sur des biens dont la confiscation n'est pas nécessaire et strictement proportionnée à la correction de la situation, allant alors au-delà de la seule mise en conformité au droit (répression) : *supra*, par. 532.

²⁶⁷³ Art. 269.2. al. 1 L.v.m.

²⁶⁷⁴ S'y trouve également des mesures de mise en conformité, qui pourraient être qualifiées de cessation de l'illicite : art. 262.1 et art. 269.2. al. 2 L.v.m. Il est en effet prévu que « [...] l'Autorité peut demander au Tribunal administratif des marchés financiers de rendre, à l'égard de quiconque afin de corriger la situation ou de priver une personne des gains réalisés à l'occasion de ce manquement, [...] » différentes ordonnances, comme une injonction de se conformer à toute disposition de la loi ou de ses règlements ou une injonction de se soumettre à une révision de ses pratiques et de ses procédures (art. 262.1 1^o a) et 2^o).

²⁶⁷⁵ Art. 273.1 et 274.1 L.v.m.

mesures de cessation de l'illicite et de réparation sont prévues par diverses dispositions²⁶⁷⁶, auxquelles peuvent s'ajouter les sanctions financières²⁶⁷⁷. Ces dernières n'opèrent donc pas un retour à l'équilibre juridique et sont répressives.

557. Bilan du critère de gravité de la réaction répressive dans sa dimension quantitative. La dimension quantitative de la gravité répressive, comprise comme l'inadéquation d'une réaction à une illicéité au rétablissement de l'équilibre rompu par cette illicéité, comporte deux aspects complémentaires. Le rétablissement de l'équilibre rompu peut résulter tant de la mise en conformité de la situation au Droit, par des mesures de cessation de l'illicite, que de la réparation des dommages et préjudices subis par une victime, par des mesures de réparation *stricto sensu* ou de compensation. L'application du critère de gravité dans sa dimension quantitative, en association avec sa dimension substantielle, a permis de proposer de façon rationnelle une qualification diversifiée de mesures *a priori* semblables. L'illustration la plus parlante est celui des confiscations, qui en fonction des objets sur lesquels elles portent, peuvent relever de la catégorie des mesures répressives, de cessation de l'illicite, voire de la réparation. Une telle distribution des qualifications permet premièrement une compréhension plus fine de certaines dispositions législatives et solutions jurisprudentielles, tout en offrant des outils rigoureux de contestation d'autres règles du droit positif. Par exemple, en droit québécois, la confiscation civile des produits de la criminalité se trouve finalement justifiée en grande partie, alors qu'elle apparaissait *a priori* empiéter sur le champ pénal. L'application du critère de gravité, par la combinaison de ses deux dimensions, permet en outre de discuter de l'assimilation des différentes mesures de confiscations civiles prévues dans la loi, certaines d'entre elles relevant plutôt de la répression que de la cessation de l'illicite. En outre, la nature répressive des sanctions pécuniaires administratives peut être affirmée sans détour, malgré le refus de la qualification de véritable conséquence pénale par la Cour suprême. Cette répartition des qualifications permet deuxièmement de déterminer plus justement les cas dans lesquels les justiciables doivent bénéficier d'une protection

²⁶⁷⁶ *Loi sur la qualité de l'environnement*, préc., note 549, not. art. 113, 114 et 114.1. S'agissant des mesures prévues aux articles 114 et 114.1, il n'est pas évident de choisir pour chacune, dans l'abstrait, la qualification de cessation de l'illicite ou de réparation. Certaines mesures peuvent en effet, selon les circonstances précises d'une affaire, remplir l'un ou l'autre des rôles, et certains cas peuvent générer des débats de qualification comme cela a pu être expliqué en droit français : C. BLOCH, préc., note 1286, par. 129, p. 137-141. Il importe cependant peu, dans le cadre de cette étude car la qualification de cessation de l'illicite comme celle de réparation excluent la qualification de répression.

²⁶⁷⁷ *Loi sur la qualité de l'environnement*, préc., note 549, art. 115.13 et suiv.

accrue. Dans le cas des mesures répressives, l'application des garanties pénales supra-législatives devrait s'imposer.

558. Conclusion du Chapitre 2. Pour éliminer les difficultés d'appréhension de la gravité répressive telles qu'elles avaient pu apparaître en jurisprudence, il a été proposé de définir la gravité, dans sa dimension quantitative, comme le dépassement du rétablissement objectif de l'équilibre juridique rompu par l'illicéité. Cette définition permet de distinguer rationnellement les mesures répressives, des mesures de cessation de l'illicite d'une part, en ce qu'elles opèrent une correction de la situation illicite pour le mettre en conformité avec le droit, et des mesures de réparation d'autre part, en ce qu'elles réalisent la réparation ou la compensation des dommages et préjudices subis par la victime de l'illicéité.

559. Conclusion du Titre 2. Le critère de gravité de la réaction répressive, pour la définition de la notion unifiée de répression, a été conçu dans une double dimension. À la dimension substantielle – l'atteinte à un droit ou une liberté – s'ajoute en principe une dimension quantitative – une atteinte dont le quantum dépasse le rétablissement de l'équilibre juridique rompu par l'illicéité. Seules les atteintes à la vie, à l'intégrité physique et à la liberté individuelle ont été considérées dans leur seule dimension substantielle, en raison de leur niveau particulièrement élevé de gravité substantielle. Défini dans sa double dimension, le critère de gravité, cumulé aux critères précédemment établis, permet la qualification rationnelle des mesures répressives et des mesures non répressives.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

560. *L'amélioration de la sécurité juridique des justiciables par la proposition d'une définition unifiée de la répression.* La notion unifiée de répression a été définie comme une réaction juridique d'une gravité particulière à une illicéité, en fonction de critères précisément définis et cumulativement appliqués. Cette conception rend plus prévisible et claire la qualification de mesures juridiques variées. La notion unifiée de répression acquiert ainsi une plus grande validité objective. En délimitant autrement la frontière entre prévention et répression, elle assure une meilleure protection des justiciables. En effet, les justiciables confrontés à des mesures administratives dites « préventives » pourraient bénéficier de garanties pénales constitutionnelles, s'il s'avérait que ces mesures sont des réactions juridiques à des illicéités, réactions dont la gravité particulière serait établie.

La définition de la cause de la répression comme une illicéité en fait un critère accueillant. L'assimilation des illicéités non-formelles aux illicéités formelles permet de déconstruire les volontés législatives de contourner l'application des garanties pénales constitutionnelles offertes aux justiciables par l'identification de comportements qui ne sont pas érigés en interdit mais qui sont traités comme tels.

Enfin, la définition de la gravité, dans sa double dimension – substantielle et quantitative –, permet notamment de distinguer les mesures de réaction aux illicéités répressives de certaines autres mesures de réaction aux illicéités, qualifiées de cessation de l'illicite ou de réparation. Ces dernières permettent le rétablissement objectif de l'équilibre juridique rompu par l'illicéité alors que les mesures répressives dépassent le seuil de ce rétablissement.

CONCLUSION GENERALE

561. *La démonstration de l'émergence inachevée de la notion unifiée de répression.*

À l'issue de cette étude, il apparaît que la notion de répression existe, matériellement et juridiquement, dans les droits français et canadien. Sa validité objective reste cependant faible en l'état du droit positif. Il est donc proposé de renforcer cette validité en définissant la répression de façon unifiée, comme une réaction juridique grave à une illicéité. Cette définition permet d'appréhender de façon plus rationnelle la diversité des réactions juridiques aux illicéités, dans l'intérêt des justiciables. Par cette définition, la notion de répression acquiert son autonomie par rapport à la notion de punition, qu'elle recouvre, et se distingue des notions de cessation de l'illicite et de réparation, qui lui sont extérieures.

Partant de l'idée que la répression est avant tout associée dans le langage juridique à l'imposition d'une sanction pénale, plus précisément à une peine, l'existence matérielle de la notion a pu être établie par la démonstration de la convergence des sanctions pénales et extra-pénales. Non seulement les objets de nombre de ces sanctions se sont révélés proches, mais également leur gravité, résultant tant de certains de leurs objets (la privation de liberté par exemple), que de leur *quantum*. Certaines mesures qui ne sont pas qualifiées de sanctions par le droit convergent également vers les peines au regard de leurs objets et *quantum*. Il en est ainsi de la privation de liberté administrative en droit des étrangers français ou canadien. Il a ainsi été établi que de nombreuses mesures pénales et extra-pénales, non qualifiées de peines par les législateurs, sont substantiellement semblables à des peines. En outre, certaines d'entre elles sont déterminées abstraitement et concrètement selon des règles proches du processus de détermination des peines. La spécificité de ces mesures pénales et extra-pénales par rapport aux peines aurait alors pu résulter dans la particularité de leur cause, c'est-à-dire des faits auxquels elles réagissent. La démonstration d'une telle particularité aurait eu pour conséquence, soit d'établir l'indifférence de la cause de la réaction juridique à l'existence de la notion de répression au profit de la seule nécessité d'un contenu propre à la réaction répressive, soit de participer à une argumentation niant l'existence d'une notion juridique de répression. Il a cependant été démontré qu'il existe, dans de nombreux cas, une similitude entre les méthodes de détermination des incriminations à l'origine de ces réactions juridiques, les comportements appréhendés et les objets juridiques protégés. Le constat d'une convergence de grande ampleur des peines et de certaines mesures pénales et extra-pénales, relativement aux incriminations substantiellement (substance du comportement

et objet juridique protégé) ou formellement (méthode de détermination du comportement) semblables est apparu cependant insuffisant pour établir l'existence juridique de la notion unifiée de répression. La démonstration de l'existence matérielle de la notion est en effet préalable à son existence juridique, ici entendue comme sa normativité juridique ou validité subjective. L'existence juridique supposerait que le mot soit posé sur une réalité matérielle précisément identifiable grâce à la définition du mot, qu'il soit donc un outil de qualification juridique. Or, le mot n'est pas défini dans les textes de façon à permettre l'identification de la réalité qu'il recouvre.

C'est en effet dans la jurisprudence qu'il a fallu trouver les manifestations juridiques de l'existence de la notion unifiée de répression. La répression est, dans l'ordre juridique français, associée par la jurisprudence au processus d'imposition d'une sanction punitive en réaction à la violation d'une règle de droit. À côté de la répression pénale, correspondant à l'imposition d'une peine en réaction à une infraction pénale, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a consacré l'existence de répressions extra-pénales, mécanismes administratifs, disciplinaires et civiles de sanctions punitives. Pour autant, le Conseil constitutionnel n'a jamais défini la notion de répression, pouvant faire douter de son existence juridique. L'étude précise des décisions du Conseil constitutionnel relativement à la qualification des peines et des punitions offre la possibilité de démontrer l'existence juridique de la notion de répression. Premièrement, elle a permis d'établir l'unification notionnelle de la répression, le Conseil constitutionnel se servant du processus pénal d'infliction des peines comme modèle de qualification des mécanismes extra-pénaux. Cette unification des mécanismes pénaux et extra-pénaux de réaction juridique aux violations des règles de droit a offert au Conseil constitutionnel la possibilité d'appliquer un cadre juridique commun aux processus d'imposition des sanctions punitives, à partir des garanties constitutionnelles pénales. Par référence commune à la notion de punition et l'application d'un régime commun aux processus punitifs, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a contribué à l'émergence juridique de la notion unifiée de répression. Deuxièmement, l'étude de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relativement aux peines et sanctions ayant le caractère de punition a pu permettre l'autonomisation de la notion de répression par rapport à la notion de punition. Il est en effet apparu que le Conseil avait choisi d'appliquer le régime constitutionnel pénal des peines et punitions extra-pénales à des mesures pourtant non qualifiées comme telles, laissant penser à l'existence d'une notion plus large que celle de punition, à laquelle serait associé le régime de garanties constitutionnelles pénales. L'idée que la répression

pouvait être cet espace non dénommé constitué des peines, punitions et autres mesures assimilées relativement à leur régime, s'est révélée particulièrement intéressante car un schéma identique d'approche a pu être identifié dans les jurisprudences européenne et canadienne.

La Cour européenne assimile également différents mécanismes pénaux et extra-pénaux au processus pénal d'imposition des peines grâce à ses notions autonomes de peine et de matière pénale. Cette assimilation rend possible l'encadrement de l'action législative des États parties à la Convention européenne des droits de l'homme, par les articles 6 et 7 de cette convention, à l'origine pensés dans l'hypothèse du droit pénal *stricto sensu*. L'assimilation de mesures pénales et extra-pénales, non qualifiées de peines en droit interne, aux peines, résulte notamment de la constatation de leur proximité punitive, attestée par différents critères. Il est aussi arrivé à la Cour d'appliquer le régime pénal conventionnel à une mesure qu'elle n'a pourtant pas assimilée aux peines ou à la matière pénale sur le plan notionnel mais dont elle a toutefois constaté la proximité : il s'agit de la « mesure ayant une incidence sur la portée de la peine ». Cette assimilation par le régime, au regard de la proximité substantielle de la mesure étudiée aux peines et à la matière pénale, permet de concevoir, comme en droit français, non seulement l'unification de la notion de répression mais aussi son autonomisation par rapport à la punition.

La Cour suprême a également pris acte, dans son ordre normatif, de la convergence substantielle de certains mécanismes de sanction avec les peines. Elle a en effet considéré que des procédures non prévues en droit criminel ou des sanctions non-pénales, pouvaient être assimilées aux procédures criminelles et aux sanctions pénales, au regard de différents critères qu'elle s'est efforcée de définir. Un justiciable poursuivit dans le cadre d'un processus non-pénal de sanctions peut ainsi bénéficier des garanties pénales constitutionnelles si la procédure a le caractère d'une procédure de nature criminelle ou s'il peut subir une véritable conséquence pénale. La Cour suprême a, dans le même temps, élargi sa conception de la notion de peine en admettant la possibilité d'appliquer la qualification de peine et le régime associé à plusieurs mesures pénales non qualifiées de peines par le législateur, au motif notamment de leurs effets semblables à ceux d'une peine. Le terme de répression est moins utilisé au Canada pour décrire le phénomène d'existence de multiples mécanismes juridiques de sanctions, en droit pénal et en dehors du droit pénal. Cependant, la proximité étonnante des évolutions avec celles que connaît l'ordre juridique français et de la réaction de la jurisprudence supra-

constitutionnelle pour les encadrer, rend intéressante l'utilisation de ce terme pour appréhender juridiquement le phénomène au Canada.

Le droit comparé s'est ainsi révélé particulièrement utile. L'observation de phénomènes juridiques comparables, appréhendés par des techniques similaires, a offert la possibilité tant de mettre en lumière ces phénomènes que d'en tirer des enseignements sur l'émergence juridique de la notion unifiée de répression. La récurrence des réponses apportées a permis d'identifier précisément l'espace juridique de déploiement utile de la notion de répression. Le droit comparé a aussi permis de faire ressortir les limites de l'émergence de la notion unifiée de répression et sa nécessaire autonomisation par rapport à la punition. L'émergence s'est en effet révélée inachevée, les validités subjective et objective de la notion étant faibles.

Il a en effet été observé que ni les législateurs, ni la jurisprudence constitutionnelle française et canadienne, ou européenne ne consacrent expressément une notion unifiée de répression, précisément définie et à laquelle serait attaché un régime juridique propre. La notion unifiée de répression ne se trouve dans les ordres juridiques français et canadien que de façon implicite et principalement liée à la punition, mettant *a priori* de côté la proximité notionnelle des mesures assimilées aux peines et punitions uniquement du point de vue de leur régime. C'est ici la validité subjective de la notion unifiée de répression qui peut être discutée, c'est-à-dire l'existence d'une volonté réelle des autorités jurisprudentielles supra-législatives d'accorder à la notion de répression une portée normative juridique. Outre cette première difficulté, un autre problème majeur est apparu, qui relève de la validité objective cette fois. En se plaçant dans le cadre proposé par les autorités jurisprudentielles supra-législatives, il est apparu que la prise en compte de la proximité de certains mécanismes pénaux et extra-pénaux, au titre de la répression ou de la punition, demeurerait partielle et aléatoire. L'incomplétude et l'aléa de l'émergence de la notion unifiée de répression empêchent de garantir justement la protection des justiciables, objectif pourtant poursuivi par le Conseil constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour suprême lorsqu'ils ont créé ou défini leurs propres notions de peine ou de punition. Ce sont particulièrement les critères mis en œuvre qui révèlent des raisonnements incohérents, dommageables à la protection des justiciables. Le choix des critères et leur articulation souffrent en effet de défauts qui limitent actuellement la validité juridique formelle mais aussi axiologique de la notion de répression, conçue en lien avec la punition. C'est pourquoi il a finalement été conclu que si la notion unifiée de répression existe matériellement et bénéficie d'une appréhension

juridique en construction témoignant de son émergence, cette émergence demeure inachevée. L'inachèvement de la construction juridique de la notion unifiée de répression a été révélé par ses validités subjectives et formelles limitées. De ce constat a été tirée l'idée que le droit positif est insatisfaisant au regard des enjeux de la qualification de la notion de répression, à savoir l'octroi de droits particuliers aux justiciables. C'est pourquoi il est finalement apparu nécessaire, malgré l'existence de notions de peine et de punition en droit positif, de proposer la définition d'une notion unifiée de répression.

562. *La proposition de définition d'une notion unifiée de répression pour remédier à l'émergence inachevée.* Afin d'expliquer et de justifier la définition de la notion unifiée de répression comme une réaction juridique grave à une illicéité, une méthode a été proposée. Alors que les jurisprudences supra-législatives ont construit leurs notions permettant d'assimiler des mesures non qualifiées de peines aux peines, au regard du modèle de la peine, il a été proposé d'élargir le champ de la comparaison à toutes les mesures assimilées aux peines du point de vue notionnel et du point de vue du régime pénal constitutionnel. Cette proposition part de l'idée qu'une unité substantielle commune constitue l'essence de toutes les mesures qui rendent nécessaire l'application d'un régime protecteur commun pour les justiciables. Il restait alors à découvrir cette unité substantielle. En premier lieu, plusieurs critères utilisés en jurisprudence se sont avérés impossibles à conserver en raison de défauts incorrigibles (comme certains critères procéduraux par exemple). En second lieu, en comparant les processus d'imposition des peines, des punitions extra-pénales et des mesures non qualifiées de peines ou de punitions, mais auxquelles ont pu être attachés des éléments du régime pénal constitutionnel, il est apparu que la notion unifiée de répression devait être définie comme réaction juridique grave à une illicéité.

L'identification de la notion unifiée de répression à une réaction juridique caractérise la nature même de la répression juridique, qui constitue une réponse à un événement, par opposition à des mesures préventives. En outre, cette réaction doit être individualisée, par opposition à une réaction juridique collective ou générale reposant sur des critères objectifs et qui ne viserait personne en particulier. La définition de la notion unifiée de répression permet de proposer une nouvelle délimitation entre répression et prévention en considérant que certaines mesures habituellement qualifiées de mesures préventives sont en réalité réactives, et donc susceptibles d'une qualification répressive. Cela a pu être établi par exemple pour les mesures individuelles de contrôle administratif

et de surveillance en droit français et les engagements de ne pas troubler l'ordre public en droit canadien. La répression étant une réponse, une réaction, il a fallu déterminer sa cause, c'est-à-dire l'évènement à l'origine de la réaction. Cette cause a été définie comme une illicéité, entendue au sens classique comme une violation de la règle de droit. Il a toutefois été établi qu'au sens formel d'illicéité devait être assimilé un sens non-formel. L'illicéité non-formelle n'est pas formellement désignée comme une illicéité par le droit mais est substantiellement semblable à une illicéité formelle en ce que le comportement désigné par le texte est considéré comme inconvenant, néfaste ou porteur d'une certaine dangerosité. La désignation de ce comportement et son appréhension juridique, semblable aux comportements purement et simplement interdits, justifient l'assimilation à une illicéité formelle. Les mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance en droit français et les engagements de ne pas troubler l'ordre public en droit canadien illustrent des hypothèses d'illicéités non-formelles.

C'est ensuite le contenu de la réaction qui permet de définir la notion unifiée de répression. La réaction répressive se caractérise par sa gravité particulière, en principe à la fois substantielle et quantitative. Sur le plan substantiel, la réaction répressive est une atteinte à un droit ou à une liberté d'une personne. Il n'y a pas lieu de distinguer entre l'atteinte à un droit ou à une liberté, ni d'exiger que le droit ou la liberté soit fondamental. C'est ainsi l'atteinte à tout droit ou liberté qui permet de caractériser la gravité substantielle répressive. En conséquence, la confiscation d'un bien volé à l'auteur du vol n'est pas une mesure répressive en raison de défaut de gravité substantielle de la mesure. En effet, le voleur n'a pas de droit sur le bien volé. Il a ensuite été établi que l'atteinte à certains droits et libertés – la vie, l'intégrité physique et la liberté individuelle – emportait la qualification de la gravité de la réaction juridique indépendamment de la caractérisation de la gravité quantitative, eu égard à sa gravité substantielle particulière. En ce sens, les mesures administratives privatives de liberté devraient être qualifiées de mesures répressives, indépendamment des questions de la volonté attachée aux mesures et de leur durée. L'atteinte au droit ou à la liberté doit en outre être comprise souplement, comme une lésion effective à un droit ou une liberté ou comme risque de lésion. Par exemple, une peine d'emprisonnement avec sursis total en droit français ou en droit canadien est une mesure attentatoire au droit à la liberté des condamnés car cette peine implique un risque de lésion pour leur liberté individuelle.

Finalement, la gravité de la réponse répressive se définit aussi dans sa dimension quantitative, pour les atteintes aux droits et libertés dont la gravité substantielle n'est pas

suffisante. La réaction répressive est alors une réaction dont le quantum, relativement à son objet, dépasse le seul rétablissement objectif de l'équilibre juridique rompu par l'illicéité. Premièrement, la répression se distingue en ce sens de la cessation de l'illicite, laquelle assure la correction d'une situation illicite pour la mettre en conformité avec le droit par une mesure nécessaire et strictement proportionnée à cet objectif. En droit français, les mesures de remises en état prononcées par le juge pénal en matière d'urbanisme constituent des réactions juridiques individuelles à des illicéités pénales, mais sont qualifiées par la Cour de cassation de « mesures à caractère réel destinées à mettre un terme à une situation illicite », et par conséquent exclues de la catégorie des peines. Ces mesures peuvent assurément être qualifiées de mesures de cessation de l'illicite et ne sont donc pas répressives, à condition que le juge pénal respecte bien les conditions de nécessité et de stricte proportionnalité. Deuxièmement, la répression se distingue de la réparation. La réparation opère le rétablissement objectif de l'équilibre juridique rompu par l'illicéité en assurant la réparation des dommages et préjudices de la victime de l'illicéité. Ainsi, ne sont pas répressives, pour défaut de gravité substantielle, les mesures dont le quantum, relativement à leur objet, permet à la victime de l'illicéité d'obtenir le rétablissement de sa situation, telle qu'elle était antérieurement à la survenance du dommage, par application du principe de réparation intégrale. Ainsi, en droit civil québécois, alors que les dommages-intérêts compensatoires sont réparateurs, les dommages-intérêts punitifs sont répressifs, indifféremment de la fonction qu'il leur est assigné (préventive ou punitive). Défini comme le dépassement du rétablissement objectif de la situation antérieure à l'illicéité, le critère de gravité, dans sa dimension quantitative est opératoire.

563. *Perspectives de recherches.* La proposition de définition de la notion unifiée de répression comme réaction juridique grave à une illicéité est ainsi premièrement utile à la qualification juridique d'un grand ensemble de mesures de réactions aux illicéités. La qualification juridique donnée par le droit positif à certaines mesures a pu être confirmée alors qu'elle a été discutée, voire contredite, pour d'autres mesures. Ainsi, la qualification répressive généralisée des mesures pénales de confiscation en droit français peut être nuancée en distinguant selon l'objet de la confiscation, et plusieurs confiscations n'apparaissent en conséquence pas répressives. Au contraire en droit civil québécois, l'absence généralisée de qualification pénale des confiscations doit être repensée, pour distinguer les confiscations répressives et les confiscations non répressives. Également,

le rejet de la qualification répressive des sanctions administratives pécuniaires en droit canadien peut être remis en cause. Aussi, eu égard au très large champ de la recherche, l'opération de qualification n'a pas pu être menée sur l'ensemble des réactions juridiques aux illicéités des ordres juridiques français et canadien. La définition de la notion unifiée de répression pourra cependant être utilisée par tout chercheur qui souhaiterait étudier la nature d'autres mesures dans les droits français et canadien. Elle pourrait éventuellement être mobilisée par des chercheurs d'autres ordres juridiques pour étudier leur propre droit et en saisir les dynamiques juridiques répressives, en prenant les précautions qu'impose la recherche comparative.

Les justiciables concernés par les processus juridiques d'imposition de mesures répressives devraient bénéficier d'un régime protecteur adapté, inspiré des régimes pénaux constitutionnel (pour les droits français et canadien) et conventionnel (en droit français). La définition d'une notion unifiée de répression pouvant servir de socle à la construction d'une théorie générale de la répression, envisageant tant le régime de la notion unifiée de répression, que la coexistence et l'articulation des répressions, apparaît comme le second intérêt de la proposition. En effet, les questions relatives à la distinction des répressions, tant sur le plan notionnel, que du point de vue de leur régime propre, se posent depuis longtemps, sans toujours trouver de réponse satisfaisante. Leur articulation soulève encore beaucoup de difficultés, tant en droit français, qu'en droit canadien. Il pourrait être utile de reprendre les réflexions sur ces enjeux à partir de la définition unifiée de la répression proposée dans cette étude. Il serait en effet intéressant d'aborder la question de la distinction des répressions à l'aune des critères qui font leur unité. En principe, les critères qui font l'identité de la répression ne peuvent pas être les critères qui distinguent les répressions. En outre, la punition ayant été distinguée de la répression, il serait possible de concevoir des sous-ensembles répressifs, formés des répressions punitives et des répressions non-punitives. L'articulation des répressions pourrait être rationalisée en comprenant mieux ce qui fait leur unité de ce qui fait leur différence. Apparaît aussi la question de la légitimité du cumul des mesures répressives, en considération des éléments qui font leur unité. Les réflexions relatives à ces enjeux pourraient continuer d'être menées en recourant à la méthode doublement comparative employée dans cette étude, pour conserver la cohérence nécessaire à la construction d'une théorie générale de la répression. Enfin, les outils théoriques de la conception du droit en réseau pourraient utilement guider les recherches consécutives à cette l'étude.

TABLE DE LA LEGISLATION

I-TEXTES FRANÇAIS

(par ordre chronologique)

A- TEXTES CONSTITUTIONNELS

- *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789.
- *Constitution* du 4 octobre 1958.

B- LOIS

- *Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*, J.O. 30 juill. 1882, p. 1 et suiv.
- *Loi du 27 mai 1885 relative aux récidivistes*, J.O. du 28 mai 1885.
- *Ordonnance n° 45-1418 du 28 juin 1945 relative à la discipline des notaires et de certains officiers ministériels*, J.O. 29 juin 1945, p. 3926.
- *Ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable*, J.O. 21 sept. 1945, p. 5938.
- *Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens*, J.O. 19 juillet 1970, p. 6751.
- *Loi n° 75-701 du 6 août 1975 modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale*, J.O. 7 août 1975, p. 8035.
- *Loi n° 81-908 du 9 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort*, J.O. 10 oct. 1981.
- *Loi n° 84-576 du 9 juillet 1984 tendant à renforcer le droit des personnes en matière de placement en détention provisoire et d'exécution d'un mandat de justice*, J.O. 10 juillet 1984.
- *loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le code de procédure pénale et relatif à la détention provisoire*, J.O. 8 juill. 1989, p. 8538.
- *Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur*, J.O. 23 déc. 1992, p. 17568, art. 339.
- *Loi n° 93-992 du 10 août 1993 relative aux contrôles et vérifications d'identité*, J.O. n° 0184 du 11 août 1993, p. 11303.
- *Loi 96-1235 du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme*, J.O. 1^{er} janv. 1997, p. 9.
- *Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*, J.O. 13 av. 2000, texte n° 1.
- la *Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, J.O. 16 juin 2000.
- *Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances*, J.O. 2 avr. 2006, texte n° 1, art. 48, abrogé par la *Loi n° 2013-108 du 31 janvier 2013 tendant à abroger la loi n° 2010-1127 du 28 septembre 2010 visant à lutter contre l'absentéisme scolaire*, J.O. 1^{er} fév. 2013, texte n° 1.
- *Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance*.
- *Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire*, J.O. 25. nov. 2009, p. 20192.
- *Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*.

- *Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue*, J.O. 15 avril 2011.
- *Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*, J.O. 17 août 2014, texte n° 1.
- *Loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché*, J.O. n° 0144 du 22 juin 2016.
- *Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes*, J.O. n° 0018, 21 janv. 2017, texte n° 2.
- *Loi n° 2017-1510 du 30 oct. 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, J.O. n° 0255 du 31 oct. 2017, texte n° 1.
- *Ordonnance n° 2018-603 du 11 juillet 2018 relative à la procédure disciplinaire devant l'Agence française de lutte contre le dopage*, J.O. 12 juill. 2018, texte n° 32.
- *Loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille*, J.O. 29 déc. 2019, texte n° 2.
- *Loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales*, J.O. 31 juill. 2020, texte n° 2.

C- REGLEMENTS

- *Décret n°96-287 du 2 avr. 1996 relatif au régime disciplinaire des détenus et modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale*, J.O. 5 avr. 1996, p. 5260.
- *Décret n°96-691 du 6 août 1996 portant création d'un Office central pour la répression de l'immigration irrégulière et de l'emploi d'étrangers sans titre*, JO n°183 du 7 août 1996.
- *Décret n°2000-721, du 1^{er} août 2000, modifiant les dispositions du décret n° 90-263 du 23 mars 1990 relatives à la procédure de sanctions administratives prononcées par la Commission des opérations de bourse*, J.O. 2 août 2000, texte n° 11.
- *Décret n° 2010-1634 du 23 décembre 2010 portant application de la loi pénitentiaire et modifiant le code de procédure pénale (deuxième partie : Décrets en Conseil d'État)*, J.O. 28 déc. 2010, p. 22783.
- *Décret n°2019-966 du 18 septembre 2019 portant substitution du tribunal judiciaire au tribunal de grande instance et au tribunal d'instance en application de l'article 95 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et diverses dispositions relatives à l'organisation judiciaire et modifiant l'annexe du décret n° 2019-913 du 30 août 2019 pris en application de l'article 95 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation (2018-2022) et de réforme pour la justice*, J.O. 19 sept. 2019, texte n° 7.

D- CIRCULAIRES

- *Circulaire du 2 avr. 1996 du 2 avril 1996 relative au régime disciplinaire des détenus*, NOR : JUSE9640025C, *Bulletin officiel du ministère de la Justice*, n° 62, 1996.
- *Circulaire du 18 septembre 2001, Pénalités administratives imposées à des tiers*, IC01-1.

II- TEXTES CANADIENS (par ordre alphabétique)

A- AU FEDERAL

- *Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, [annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c.11 (R.-U.)].*
- *Décret sur les passeports canadiens (TR/81-86).*
- *La Déclaration canadienne des droits (S.C. 1960, ch. 44).*
- *Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), ch. C-44.*
- *Loi constitutionnelle de 1867, 30 et 31 Vict. c.3 (R.-U.).*
- *Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales, L.R.C. 1985, c. 4.*
- *Loi établissant un régime de sanctions administratives pécuniaires pour l'application de la Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole, de la Loi relative aux aliments du bétail, de la Loi sur les engrais, de la Loi sur la santé des animaux, de la Loi sur les produits antiparasitaires, de la Loi sur la protection des végétaux, de la Loi sur la salubrité des aliments au Canada et de la Loi sur les semences, L.C. 1995, c. 40.*
- *Loi modifiant la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous conditions et une autre loi, L.C. 2019, c. 27.*
- *Loi modifiant le Code criminel (fraude sur les marchés financiers et obtention d'éléments de preuve), L.C. 2004, c.3.*
- *Loi régissant le système correctionnel, la mise en liberté sous condition et le maintien en incarcération, et portant création du bureau de l'enquêteur correctionnel, L.C. 1992, c. 20.*
 - *Règlement concernant le système correctionnel, la mise en liberté sous condition et le maintien en incarcération, DORS/92-620.*
- *Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, c. A-1.*
- *Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, c. 23.*
- *Loi sur le cannabis et modifiant la Loi réglementant certaines drogues et autres substances, le Code criminel et d'autres lois, L.C. 2018, c. 16.*
- *Loi sur le droit d'auteur L.R.C. (1985), c. C-42.*
- *Loi sur la protection des arbres, L.R.Q., c. P-37*
- *Loi sur les contraventions, L.C. 1992, c. 47.*
 - *Règlement sur l'application de certaines lois provinciales DORS/96-312.*
 - *Règlement sur les contraventions DORS/96-313.*
- *Loi sur les normes du travail, c. N-1.1,*
- *Loi sur les pénalités administratives en matière d'environnement, L.C. 2009, c. 14, preprint 126.*
- *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27.*
- *Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7.*

B- QUEBECOIS :

- *Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12.*
- *Code civil du Québec, c. CCQ-1991.*
- *Code criminel, L.R.C.1985, c. C-46.*
- *Code de la sécurité routière RLRQ, c. C-24.2.*
 - *Règlement sur les points d'incapacité, RLRQ, c. C-24.2, r. 37.*
- *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin d'en renforcer le respect,*

projet de loi n° 89, Sanctionné – 5 oct. 2011, 2^e sess., 39^e légis. (Qc).

- *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. A-2.1.
- *Loi sur l'administration fiscale*, c. A. 002
- *Loi sur la confiscation, l'administration et l'affectation des produits et instruments d'activités illégales*, RLRQ, c. C-52.2.
- *Loi sur la justice administrative*, RLRQ, c. J-3.
- *Loi sur la presse*, RLRQ, c. P.19.
- *Loi sur la protection des arbres*, L.R.Q., c. P-37.
- *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, c. P-40.
- *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui*, RLRQ, c. P-38.001.
- *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ, c. Q-2.
- *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ, c. Q-2.
- *Loi sur la Régie du logement*, L.R.Q., c. R-8.1.
- *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, L.R.Q., c. A-23.001.
- *Loi sur les décrets de convention collective*, L.R.Q., c. D-2.
- *Loi sur les normes du travail*, RLRQ, c. N-1.1.
- *Loi sur les services de garde éducatifs à l'enfance*, RLRQ, c. S-4.1.1.
- *Loi sur les sociétés par actions*, RLRQ, c. S-31.1.
- *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ, c. V-1.1.
 - *Règlement sur les valeurs mobilières*, RLRQ, c.-V-1.1, r. 50.

C- AUTRES PROVINCES :

- *Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1990, c. E.19.
- *Loi de 2001 sur les recours pour crime organisé et autres activités illégales* (L.O. 2001, c. 28.).
- *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, c. P.15.
- *Loi visant à alléger le fardeau administratif qui pèse sur la population et les entreprises en édictant, modifiant ou abrogeant diverses lois et en abrogeant divers règlements*, L.O. 2019, c. 14.
- *Motor Vehicle Act*, [RSBC 1996] Chapter 318.
- *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418.

III- TEXTES INTERNATIONAUX :

(par ordre alphabétique)

- *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* du 4 novembre 1950.
- *Déclaration universelle des droits de l'homme* du 10 octobre 1948.

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

I- JURISPRUDENCE FRANÇAISE

(par ordre chronologique)

A- CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- Cons. const. 16 juill. 1971, n° 71-44, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association.*
- Cons. const. 15 janv. 1975, n° 74-54.
- Cons. const. 12 janv. 1977, n° 76-75 DC, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales.*
- Cons. const. 9 janvier 1980, n° 79-109 DC, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration.*
- Cons. const. 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation.*
- Cons. const. 19-20 janv. 1981, n° 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.*
- Cons. const. 19-20 juin 1982, *JCP* 1981 II, 1970, note Franck, *D.* 1982, 441, note A. Dekeuwer.
- Cons. const. 27 juill. 1982, n° 82-141 DC, *Loi sur la communication audiovisuelle.*
- Cons. const. 30 déc. 1982, n° 82-155 DC, *Loi de finances rectificative pour 1982.*
- Cons. const. 10 nov. 1982, n° 82-145 DC, *Loi relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail.*
- Cons. const. 3 sept. 1986, n° 86-215 DC, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance.*
- Cons. const. 23 sept. 1987, n° 87-151 L, par. 4-5, *RFDA* 1988.273, note Bruno GENEVOIS., *AJDA* 1988.60, Xavier PRETOT.
- Cons. const. 30 déc. 1987, n° 87-237 DC, *Loi de finances pour 1988.*
- Cons. const. 17 janv. 1989, n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.*
- Cons. const. 28 juill. 1989, n° 89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, *J.O.* 1er août 1989 9676.
- Cons. const. 29 décembre 1989, n° 89-268 DC, *Loi de finances pour 1990.*
- Cons. const. 25 fév. 1992, n° 92-307 DC, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, *J.O.* 12 mars 1992 3003.
- Cons. const. 29 juil. 1992, n° 92-311 DC, *Loi portant adaptation de la loi n° 88-1088 du 1er décembre 1988 relative au revenu minimum d'insertion et relative à la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale et professionnelle.*
- Cons. const., 5 août 1993, n° 93-323 DC, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité.*
- Cons. const. 11 août 1993, n° 93-326, *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale.*
- Cons. const. 13 août 1993, n° 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.*
- Cons. const. 20 janv. 1994, n° 93-334 DC, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*, *J.O.* 26 janv. 1994.

- Cons. const. 27 juill. 1994, n° 43-344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.*
- Cons. const. 18 janv. 1995, n° 94-352 DC, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité.*
- Cons. const. 22 avr. 1997, n° 97-389 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration.*
- Cons. const. 15 mars 1999, n° 99-410 DC, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie.*
- Cons. const. 16 juin 1999, n° 99-411 DC, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs.*
- Cons. const. 29 décembre 1999, n° 99-424 DC, *Loi de finances pour 2000.*
- Cons. const. 27 nov. 2001, n° 2001-451 DC, *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles.*
- Cons. const. 29 août 2002, n° 2002-461 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice.*
- Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.*
- Cons. const. 8 déc. 2005, n° 2005-527 DC, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales.*
- Cons. const. 21 fév. 2008, n° 2008-562 DC, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.*
- Cons. const. 25 fév. 2010, n° 2010-604 DC, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public.*
- Cons. const. 10 juin 2010, n° 2010-607 DC, *Loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.*
- Cons. const. 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC, *M. Stéphane A. et autres.*
- Cons. const. 30 juill. 2010 n° 2010-14/22 QPC, *M. Daniel W. et autres.*
- Cons. const. 16 sept. 2010, n° 2010-25 QPC, *M. Jean-Victor C.*
- Cons. const. 6 nov. 2010, n° 2010-71 QPC, *Mlle Danielle S.*
- Cons. const. 13 janvier 2011, n° 2010-85 QPC, *Établissements DARTY et Fils*
- Cons. const. 17 mars 2011, n° 2010-103 QPC, *Société SERAS II*, Ludovic AYRAULT, « Office du juge et répression administrative en matière fiscale », *Procédures*, juin 2011.6.28-30 ; Éric OLIVIA « Jurisprudence du Conseil constitutionnel. Octobre 2010-mars 2011 », *Revue française de droit constitutionnel* 2011.87.627-639 ; Frédérique PERROTIN, « Le Conseil constitutionnel valide les pénalités fiscales », *Les Petites Affiches*, 2011.67.3-5.
- Cons. const. 17 mars 2011, n° 2010-105/106 QPC, *M. César S. et autre.*
- Cons. const. 25 mars 2011, n° 2011-111 QPC, *Mme Selamet B.*
- Cons. const. 1^{er} avril 2011, n° 2011-119 QPC, *Mme Denise R. et autre.*
- Cons. const. 29 avril 2011, n° 2011-124 QPC, *Mme Catherine B.*
- Cons. const. 20 mai 2011, n° 2011-132 QPC, *Ion C.*
- Cons. const. 24 juin 2011, n° 2011-139 QPC, *Association pour le droit à l'initiative économique.*
- Cons. const. 13 juillet 2011, n° 2011-151 QPC, *M. Jean-Jacques C.*
- Cons. const. 16 septembre 2011, n° 2011-162 QPC, *Société LOCAWATT*
- Cons. const. 25 nov. 2011, n° 2011-199 QPC, *M. Michel G.*, JO du 26 nov. 2011.

- Cons. const. 16 déc. 2011, n° 2011-206 QPC, *M. Noël C.*
- Cons. const., 13 janv. 2012, n° 2011-210 QPC, *M. Ahmed S.*
- Cons. const. 27 janv. 2012, n° 2011-211 QPC, *M. Eric M.*
- Cons. const. 10 fév. 2012, n° 2011-220 QPC, *M. Hugh A.*
- Cons. const. 30 mars 2012, n° 2012-225 QPC, *Société Unibail Rodamco.*
- Cons. const. 4 mai 2012, n° 2012-239 QPC, *Mme Ileana A.*
- Cons. const. 20 juill. 2012, n° 2012-266 QPC, *M. Georges R.*
- Cons. const., 30 nov. 2012, n° 2012-285 QPC, *M. Christian S.*
- Cons. const. 12 juill. 2013, n° 2013-332 QPC, *Mme Agnès B.*
- Cons. const. 7 juin 2013, n° 2013-318 QPC, *M. Mohamed T.*
- Cons. const. 28 juin 2013, n° 2013-329 QPC, *Société Garage Dupasquier.*
- Cons. const. 27 sept. 2013, n° 2013-341 QPC, *M. Smaïn Q. et autre.*
- Cons. const., 29 nov. 2013, n° 2013-357 QPC, *Société Wesgate Charters Ltd.*
- Cons. const. 28 février 2014, n° 2013-369 QPC, *Société Madag.*
- Cons. const. 25 mars 2014, n° 2014-693 DC, *Loi relative à la géolocalisation.*
- Cons. const. 28 mars 2014, n° 2014-385 QPC, *M. Joël M.*
- Cons. const. 6 juin 2014, n° 2014-399 QPC, *Société Beverage and Restauration Organisation SA.*
- Cons. const., 11 juil. 2014, n° 2014-408 QPC, *M. Dominique S.*, commentaire en ligne : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2014408qpc/ccc_408qpc.pdf
- Cons. const. 26 sept. 2014, n° 2014-416 QPC, *Association France Nature Environnement.*
- Cons. const. 8 oct. 2014, n° 2014-418 QPC, *Société SGI.*
- Cons. const. 9 oct. 2014, n° 2014-420/421 QPC, *M. Maurice L. et autre.*
- Cons. const. 24 oct. 2014, n° 2014-423, *M. Stéphane R. et autres.*
- Cons. const. 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, *M. John L. et autres.*
- Cons. const. 5 août 2015, n° 2015-715 DC, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.*
- Cons. const. 31 juill. 2015, n° 2015-479 QPC, *Société Gecop.*
- Cons. const. 14 oct. 2015, n° 2015-490 QPC, *M. Omar K.*
- Cons. const. 14 janv. 2016, n° 2015-513/514/526 QPC, *M. Alain D. et autres.*
- Cons. const. 18 mai 2016, n° 2016-542 QPC, *Société ITM Alimentaire International SAS.*
- Cons. const. 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC.
- Cons. const. 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC, *M. Alec W. et a.*
- Cons. const. 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC, *M. Jérôme C.*
- Cons. const. 16 sept. 2016, n° 2016-564 QPC, *M. Lucas M.*
- Cons. const. 29 sept. 2016, n° 2016-570 QPC, *M. Pierre M.*
- Cons. const. 29 sept. 2016, n° 2016-573 QPC, *M. Lakhdar Y.*
- Cons. const. 30 sept. 2016, n° 2016-572 QPC, *M. Gilles M. et autres.*
- Cons. const. 5 oct. 2016, n° 2016-574/575/576/577/578 QPC, *Société BNP PARIBAS SA.*
- Cons. const. 17 nov. 2016, n° 2016-739 DC, *Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle.*
- Cons. const. 2 déc. 2016, n° 2016-599 QPC, *Mme Sandrine A.*
- Cons. const. 29 déc. 2016, n° 2016-744 DC, *Loi de finances pour 2017.*
- Cons. const. 24 janv. 2017, n° 2016-606/ 607 QPC, *M. Ahmed M. et autre.*
- Cons. const. 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.*

- Cons. const. 19 mai 2017, n° 2017-630 QPC, *M. Olivier D.*
- Cons. const. 21 juill. 2017, n° 2017-646/647 QPC, *M. Alexis K. et autre.*
- Cons. const. 27 octobre 2017, n° 2017-667 QPC, *M. Didier C.*
- Cons. const. 27 oct. 2017, n° 2017-670 QPC, *M. Mikhail P..*
- Cons. const. 1^{er} déc. 2017, n° 2017-677 QPC, *Ligue des droits de l'Homme.*
- Cons. const. 2 fév. 2018, n° 2017-688 QPC, *M. Axel N.*
- Cons. const. 16 fév. 2018, n° 2017-691 QPC, *M. Farouk B.*
- Cons. const. 29 mars 2018, n° 2017-695 QPC, *M. Rouchdi B. et autre.*
- Cons. const. 4 mai 2018, n° 2018-703 QPC, *Société People and Baby.*
- Cons. const., 12 juin 2018, n° 2018-765 DC, *Loi relative à la protection des données personnelles.*
- Cons. const. 6 sept. 2018, n° 2018-770 DC, *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.*
- Cons. const. 5 octobre 2018, n° 2018-736 QPC, *Société CSF.*
- Cons. const. 23 nov. 2018, n° 2018-745 QPC, *M. Thomas T. et autre.*
- Cons. const. 30 nov. 2018, n° 2018-749 QPC, *Société Interdis et autres.*
- Cons. const. 20 déc. 2018, n° 2018-773 DC, *Loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information.*
- Cons. const. 1^{er} fév. 2019, *Association Médecins du monde et autres.*
- Cons. const. 15 fév. 2019, n° 2018-764 QPC, *M. Paulo M.*
- Cons. const. 22 fév. 2019, n° 2018-766 QPC, *Mme Sylviane D.*
- Cons. const. 21 mars 2019, n° 2018-768 QPC, *M. Adama S.*
- Cons. const. 17 mai 2019, n° 2019-783 QPC, *M. Nicolas S.*
- Cons. const. 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.*
- Cons. const., 26 juillet 2019, n° 2019-797 QPC, *Unicef France et autres.*
- Cons. const. 26 juill. 2019, n° 2019-798 QPC, *M. Windy B.*
- Cons. const. 29 nov. 2019, n° 2019-815 QPC, *Mme Carole L.*
- Cons. const. 19 juin 2020, n° 2020-844 QPC, *M. Éric G.*
- Cons. const. 7 août 2020, n° 2020-805 DC, *Loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine.*
- Cons. const. 26 mars 2021, n° 2021-892 QPC, *Société Akka technologies et autres.*
- Cons. const. 26 mai 2021, n° 2021-908 QPC, *Société KF3 Plus*
- Cons. const. 30 juill. 2021, n° 2021-822 DC, *Loi relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement.*
- Cons. const. 23 sept. 2021, n° 2021-930 QPC, *M. Jean B.*
- Cons. const. 28 janv. 2022, n° 2021-965 QPC, *Société Novaxia développement et autre.*
- Cons. const. 3 déc. 2021, n° 2021-953 QPC, *Société Specitubes.*
- Cons. const. 8 avril 2022, n° 2022-988 QPC, *M. Roland B.*

B- JURISPRUDENCE JUDICIAIRE

- Cass. Req. 5 mars 1940, *Bouvet c. Macary*, *DH* 1940, 111.
- Civ. 2^e, 28 oct. 1954, *JCP* 1955 II, 8765, note René SAVATIER, *RTD Civ.* 1955.34.324, obs. Henri et Léon MAZEAUD.
- Civ. 2^e, 25 mai 1960, *Bull. civ.* II n° 342.
- Civ. 2^e, 8 mai 1964, *Bull. civ.* II n° 358.
- Crim. 12 juill. 1966, n° 65-93.434, *Bull. crim.* n° 186.
- Crim. 24 mai 1967, n° 66-91712, *Bull. crim.* n° 162.

- Civ. 2^e, 6 mars 1968, *Bull. civ.* II n° 76.
- Crim. 16 janv. 1969, n° 68-90.669, *Bull. crim.* n° 34.
- Civ. 2^e, 15 nov. 1972, n° 71-12.539, *Bull. civ.* II n° 279, *JCP* 1972.IV. 301.
- Cass., 24 mai 1975, *Jacques Vabre, D.* 1975, p. 497.
- Crim. 8 fév. 1977, n° 76-91.772, *Bull. crim.* n° 52.
- Crim. 16 oct. 1984, n° 83-94.574, *Bull. crim.* n° 307.
- Crim. 31 mai 1988, n° 87-90.661, *Bull. crim.* n° 239.
- Civ. 1^{re} 8 nov. 1988, 86-18.159, *Bull. civ.* I n° 308.
- Crim. 8 juin 1989, n° 88-86.756, *Bull. crim.* n° 248.
- Crim. 22 nov. 1990, n° 90-81.142.
- Crim. 15 janv. 1991, n° 90-83.538, *Bull. crim.* n° 25.
- Crim. 12 avr. 1994, n° 93-82.579, *Bull. crim.* n° 146
- Crim. 23 nov. 1994, *Bull. crim.* n° 377.
- Crim. 16 sept. 1996, n° 96-80.436, *Bull. crim.* 1996, n° 327.
- Civ. 1^{re}, 17 déc. 1996, *Bull. civ.* I, n° 450, obs. Geneviève VINEY, *JCP* 1997.I.4068.14.
- Civ. 1^{re}, 14 oct. 1997, *Bull. civ.* I, n° 275, obs. Geneviève VINEY, *JCP* 1998.I.144.12.
- Crim. 2 juill. 1998, n° 97-83.483, *Bull. crim.* n° 213; *D.* 1999.434, note Gilbert TIXIER et Thierry LAMULLE; *RSC* 1999.318, obs. Bernard BOULOC.
- Com. 6 octobre 1998, *SNC Sofon*, n° 1503.
- CA Paris, 7 mars 2000, n°s 1999/15862, *Bull. Joly Bourse* 2000.3.244, note N. RONTCHEVSKY.
- Civ. 1^{re}, 21 mars 2000, *Bull. civ.* I 2000; *D.* 2000.593, note Christian ATIAS; *RTD civ.* 2000.666, obs. Nicolas MOLFESSIS.
- Civ. 2^e, 5 juill. 2001, n° 99-18.712, *Bull. civ.* II, n° 135
- Civ. 2^e, 30 janv. 2003; *D.* 2003.2722 et note Emma BEN MERZOUK.
- Crim. 18 fév. 2004, n° 03-84.182, *Bull. crim.* n° 47.
- Civ. 2^e, 8 juil. 2004, 01-10.426, *Bull. civ.* II, n° 387, p. 323.
- Civ. 1^{re}, 9 nov. 2004, n° 02-12.506, *Bull. civ.* I n° 264, *D.* 2004.3117, *J.C.P.* 2005.I.114, étude par Anne-Sophie BARTHEZ, Murielle CHAGNY, Jacques GHESTIN, Paul GROSSER et Françoise LABARTHE.
- Crim., 8 mars 2005, n° 04-84.694.
- Civ. 1^{re}, 7 fév. 2006, n° 04-10.941, *Bull. civ.* I, n° 59, p. 59.
- Civ. 2^e, 5 oct. 2006, n° 05-16.514, *Bull. civ.* II n° 256, *RCA* 12.2006.comm.371, note Hubert GROUDEL.
- CA Paris 4^e ch. B., 6 av. 2007, *H&M c/ Dior*, n° 05/22331.
- Crim. 10 fév. 2009, n° 08-85.167, *Bull. crim.* n° 29, *D.* 2010.67, note Frédéric FORGUES.
- Civ. 1^{re}, 25 mars 2009, n° 07-20.774.
- Crim. 20 oct. 2009, n° 09-82611.
- Crim. 3 nov. 2009, n° 08-88.438, *Bull. crim.* n° 182.
- Civ. 2^e, 19 nov. 2009, n° 08-11.622, *Bull. civ.* II n° 279, *RCA* 2010.1.comm.15, note Hubert GROUDEL.
- Cass. avis, 18 janv. 2010, *AJ pénal* 2010.4.187, obs. Jean DANET; *RPDP* 2010, n° 2, p. 421, obs. Xavier PIN.
- Crim. 19 oct. 2010 n° 10-82.902 et 10-85.051.
- Civ. 3^e, 15 déc. 2010, n° 09-68.894, *Bull. civ.* III n° 221.
- Civ. 2^e, 13 janv. 2011, n° 09-71.196, *Bull. civ.* II n° 8.
- Ass. plén. 15 avril 2011, n° 10-17.049, *D.* 2011.1080, et les obs.; *AJ pénal* 2011.6.311, obs. Cristina MAURO.

- Civ. 2^e, 12 mai 2011, n° 10-17.148, *Bull. civ.* II, n° 106, *D.* 2011.2150, obs. Hugues ADIDA-CANAC et Odette-Luce BOUVIER, *D.* 2012.47, obs. Philippe BRUN.
- Crim. 21 juin 2011, n° 11-80.003, *D.* 2011.2379, note François DESPREZ, et p. 2349, point de vue Jean-Baptiste PERRIER; *AJ pénal* 2011.12.584, note Ludovic BELFANTI; *RSC* 2011.3.660, obs. Jean DANET; *JCP* 2011.52.1453, note Franck LUDWICZAK.
- Crim. 17 janv. 2012, n° 10-88.226, *D.* 2012.pan.2118, obs. Jean PRADEL.
- Com. 21 fév. 2012, n° 10-27.966.
- Civ. 2^e, 7 avr. 2016, n° 15-14.825.
- Crim. 28 juin 2016, n° 15-84.968, *Bull. crim.* n° 202.
- Crim. 27 sept. 2016, n° 15-83.309.
- Crim. 22 mars 2017 n° 16-82.051, *Bull. crim.* 2017, n° 80.
- Civ. 1^{re}, 6 sept. 2017, n° 16-24.664.
- Crim. 27 juin 2018, n° 16-87.009.
- Civ. 2^e, 13 sept. 2018, n° 17-14.654.
- Crim. 23 janv. 2019, n° 18-80.349.
- Crim. 15 mai 2019, n° 18-84.494, *Bull. crim.* 2019, n° 95.
- Crim. 12 juin 2019, n° 18-83.396, *Bull. crim.* 2019, n° 105.
- Crim. 26 juin 2019, n° 19-80.235, *Bull. crim.* 2019, n° 137.
- Com. 12 fév. 2020, n° 17-31.614, par. 10; *D.* 2020.1086, note Jean-Sébastien BORGHETTI; *D.* 2020.1254, chron. Anne-Claire LE BRAS, Charlotte DE CABARRUS, Stéphanie KASS-DANNO et Stéphanie BARBOT; *D.* 2020.2421, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra (CDED Y. S.EA n° 4216) ; *D.* 2021.207, obs. Jean-Daniel BRETZNER et Augustin AYNES ; *Id.*, 594, obs. Hélène AUBRY, Élise POILLOT et Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD; *RTD civ.* 2020.391, obs. Hugo BARBIER; *RTD civ.* 2020.401, obs. Patrice JOURDAIN; *RTD com.* 2020.313, obs. Muriel CHAGNY.
- Civ. 3^e, 17 sept. 2020, n° 17-14407 et n° 17-14.408.
- Crim. 30 sept. 2020, n° 20-83.404.
- Crim. 25 nov. 2020, n° 18-86.955.
- Civ. 1^{re}, 17 février 2021, n° 19-24.780.

C- JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

- Cons. d'Ét., ass. 22 juin 1951, *Daudignac*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 362, *D.* 1951.589, concl. GAZIER.
- Cons. d'Ét., 20 juin 1962, *Houillères du bassin de la Loire*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 407.
- Cons. d'Ét., 18 juin 1975, *Dame Canu*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 362.
- Cons. d'Ét., 2 juill. 1980, *Pruvot*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 297.
- Cons. d'Ét., 22 janv. 1982, ass., *Foyer du ski de fond de Crevoux*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 30.
- Cons. d'Ét., 17 fév. 1995, *Marie*, n° 97754; *RFDA* 1995. 353, concl. FRYDMAN, P. COUV RAT, « Le contrôle du juge sur les sanctions disciplinaires du milieu pénitentiaire », *RSC* 1995. chron. 62; M. HERZOG-EVANS, « Droit commun pour les détenus », *RSC* 1995. chron. 621; F. MODERNE, « À propos du contrôle des punitions en milieu carcéral. Le point de vue du publiciste », *RFDA* 1995. 822; J.-P. CERE, « À propos du contrôle des punitions en milieu carcéral. Le point de vue du pénaliste », *RFDA* 1995. 826; *JCP* 1995, n° 19, II 22426, note LACOMBE et BERNARD.
- Cons. d'Ét., 9 oct. 1996, n° 170363, *Société Prigest*.
- Cons. d'Ét., 9^e et 8^e ss-sect., 4 avril 1997, n° 144211, *Société Kingroup*.
- Cons. d'Ét., Ass., 3 déc. 1999, n° 197060/197061, recueil Lebon, *RFDA* 2000, p.574, ccl. Combrexelle

- Cons. d'Ét., ord., 9 juill. 2001, n° 235638, *Préfet du Loiret*.
- Cons. d'Ét., ord., 27 juill. 2001, n° 03PA03824, *Ville d'Etampes*.
- Cons. d'Ét., ordonnance de référé, 12 nov. 2001, n° 239840, *Cne de Montreuil-Bellay*.
- Cons. d'Ét. 22 juin 2002, n° 193392, *RFFA* 2002.509, concl. Francis Lamy.
- Cons. d'Ét., ass., 7 juillet 2004, n° 255136, *Ministre de l'intérieur c. B.*
- Cons. d'Ét., ord., 26 avril 2005, *M. Said M'Lamali*, n° 279842.
- Cons. d'Ét., ass., 14 déc. 2007, n° 290730, *Boussouar*, *AJDA* 2008. 128.
- Cons. d'Ét., ass., 14 déc. 2007, n° 290420, *Planchenault*, *AJDA* 2008. 128.
- Cons. d'Ét., sect., 12 octobre 2009, n° 311641, *M. A.*
- Cons. d'Ét., 9 av. 2010, *M.M.*, n° 312251.
- Cons. d'Ét., 5^e et 4^e SSR, 10 oct. 2012, n° 345903.
- Cons. d'Ét. ass. 21 déc. 2012, *Société Canal plus et a.*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 446, *RFDA* 2013.70, concl. Vincent DAUMAS, *AJDA* 2013.215, chr. Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU.
- Cons. d'Ét., 5^e et 4^e SSR, 6 fév. 2013, n° 363532.
- Cons. d'Ét., 27 mars 2015, n° 365550, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 853.
- Cons. d'Ét., 5^e et 4^e SSR, 10 déc. 2015, n° 376275.
- Cons. d'Ét., 1^{er} juin 2015, n° 380449, *AJDA* 2015. 1071 ; *ibid.* 1596, concl. Aurélie BRETONNEAU ; *D.* 2016. 1220, obs. J.-P. CERE, M. H. EVANS et E. PECHILLON ; *AJ pénal* 2015. 447, obs. E. PECHILLON ; *RFDA* 2016 p.1212, note D. POLLET-PANOUSSIS.
- Cons. d'Ét., ord., 29 janv. 2016, n° 396449.
- Cons. d'Ét., ord., 20 mai 2016, n° 399692.
- Cons. d'Ét., ord., 23 nov. 2016, n° 404916.
- Cons. d'Ét., ch. réunies, 18 déc. 2017, n° 409694.
- Cons. d'Ét., Juge des référés, 18 fév. 2019, n° 427503.

II- JURISPRUDENCE EUROPEENNE

(par ordre alphabétique)

- CEDH : *A. et B. c. Norvège* [GC], n°s 24130/11 et 29758/11, 15 nov. 2016.
- CEDH *A.M. c. France*, n° 56324/13, 12 juill. 2016.
- CEDH *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, n° 43509/08, 27 sept. 2011.
- CEDH *Aboufadda c. France*, n° 28457/10, 4 nov. 2014.
- CEDH *Agosi c. Royaume-Uni*, n° 9118/80, 24 oct. 1986.
- CEDH *Aksoy v. Turkey*, n° 21987/93, 18 déc. 1996.
- CEDH *Aktiva DOO v. Serbia*, n° 23079/11, 19 janv. 2021.
- CEDH *Amann c. Suisse* [GC], n° 27798/95, 16 fév. 2000.
- CEDH *Arrozpide Sarasola et a. c. Espagne*, n°s 65101/16, 73789/16 et 73902/16, 23 oct. 2018.
- CEDH *Axel Springer AG c. Allemagne* [GC], n° 39954/08, 7 fév. 2012.
- CEDH *Aycaguer c. France*, n° 8806/12, 22 juin 2017.
- CEDH *Aydin c. Turkey*, n° 23178/94, 25 sept. 1997.
- CEDH *Ayoub et a. c. France*, n°s 77400/14, 34532/15 et 34550/15, 8 oct. 2020.
- CEDH *Bati and Others v. Turkey*, n° 33097/96 et 57834/00, 3 juin 2004.
- CEDH *Bendenoun c. France*, n° 12547/86, 24 fév. 1994.
- CEDH *Benham c. Royaume-Uni* [GC], n° 19380/92, 10 juin 1996.
- CEDH *Bergmann v. Germany*, n° 23279/14, 7 janv. 2016.
- CEDH, *Berland c. France*, n° 42875/10.

- CEDH *Bollan c. Royaume-Uni* [déc.], n° 42117/98, 4 mai 2000.
- CEDH *Boso c. Italie* [déc.], n° 50490/99, 5 sept. 2002, *RTD civ.* 2003.371, chron. Jean-Pierre MARGENAUD.
- CEDH *Boulois c. Luxembourg* [GC], n° 37575/04, 3 avr. 2004.
- CEDH *Brusco c. France*, n° 1466/07, 14 oct. 2010, par. 44 à 55.
- CEDH *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, n°s 7819/77 et 7878/77, 28 juin 1984.
- CEDH *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95.
- CEDH *Creangă c. Roumanie* [GC], n° 29226/03, 23 février 2012.
- CEDH *Del Río Prada c. Espagne* [GC], n° 42750/09, 21 oct. 2013.
- CEDH *Djordjević c. France*, n° 15572/17, 16 sept. 2021.
- CEDH *Dubus S.A. c. France*, n° 5242/04, 11 juin 2009.
- CEDH *Durand c. France*, n° 10212/07, 31 janv. 2012.
- CEDH *Engel et autres c. Pays-Bas*, n°s 5100/71 ; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8 juin 1976.
- CEDH *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* [GC], n°s 39665/98 et 40086/98, 9 oct. 2003.
- CEDH *Faller et Steinmetz c. France*, n°s 59389/16 et 59392/16, 29 sept. 2020.
- CEDH *Gardel c. France*, n° 16428/05, 17 déc. 2009.
- CEDH *Gestur Jónsson et Ragnar Halldór Hall c. Islande* [GC], n°s 68273/14 68271/14, 22 déc. 2020.
- CEDH *G.I.E.M. S.R.L. et a. c. Italie* [GC], n°s 1828/06, 34163/07 et 19029/11, 28 juin 2018.
- CEDH *Gillberg c. Suède* [GC], n° 41723/06, 3 avril 2012.
- CEDH *Glien v. Germany*, n° 7345/12, 28 nov. 2013.
- CEDH *Gorlov and Others v. Russia*, n°s 27057/06, 56443/09 et 25147/14, 2 juin 2019.
- CEDH *Gouarré Patte c. Andorre*, n° 33427/10, 12 janv. 2016
- CEDH *Grande Stevens et a. c. Italie*, n°s 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, 4 mars 2014.
- CEDH *Guzzardi c. Italie*, n° 7367/76, 6 nov. 1980.
- CEDH *H.L. c. Royaume-Uni*, n° 45508/99, 5 oct. 2004.
- CEDH *H.M. c. Suisse*, n° 39187/98, 26 mai 2005.
- CEDH *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, 7 déc. 1976.
- CEDH *Hasan İlhan v. Turkey*, n° 22494/93, 9 nov. 2004.
- CEDH *Irlande c. Royaume-Uni*, n° 5310/71, 18 janv. 1978.
- CEDH *Jamil c. France*, n° 15917/89, 8 juin 1995.
- CEDH *Jehovah's Witnesses of Moscow v. Russia*, n° 302/02, 10 juin 2010.
- CEDH *Jendrowiak v. Germany*, n° 30060/04, 14 avr. 2011.
- CEDH *Jussila c. Finlande* [GC], n° 73053/01, 23 nov. 2006.
- CEDH *Kafkaris c. Chypre* [GC], n° 21906/04, 12 fév. 2008, par. 142.
- CEDH *Karapetyan v. Géorgie*, n° 61233/12, 15 oct. 2020.
- CEDH *Khlaifia et a. c. Italie* [GC], n° 16483/12, 15 déc. 2016.
- CEDH *Khoroshenko c. Russie* [GC], n° 41418/04, 30 juin 2015.
- CEDH *Kurt c. Autriche*, n° 62903/15, 15 juin 2021.
- CEDH *Lawless c. Irlande (n° 3)*, n° 332/57, 1^{er} juillet 1961.
- CEDH *Leander c. Suède*, n° 9248/81, 26 mars 1987.
- CEDH *M. c. Allemagne*, n° 19359/04, 17 déc. 2009.
- CEDH *Markus v. Latvia*, n° 17483/10, 11 juin 2020.
- CEDH *Medvedyev et a. c. France* [GC], n° 3394/03, 29 mars 2010.

- CEDH *Medžlis Islamske Zajednice Brčko et a. c. Bosnie-Herzégovine* [GC], n° 17224/11, 27 juin 2017.
- CEDH *Minelli c. Suisse*, n° 8660/79, 25 mars 1983.
- CEDH *Moon c. France*, n° 39973/03, 9 juil. 2009.
- CEDH *Morel c. France*, n° 54559/00, 3 juin 2003.
- CEDH *Ould Dah c. France* [déc.], n° 13113/03, 17 mars 2009.
- CEDH *Öztürk c. Allemagne*, n° 8544/79, 21 fév. 1984.
- CEDH *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, 29 avr. 2002.
- CEDH *Produkcija Plus Storitveno Podjetje D.O.O. v. Slovenia*, n° 47072/15, 23 oct. 2018.
- CEDH, *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, 7 janv. 2010.
- CEDH *Roj TV A/S v. Danemark*, n° 24683/14, 24 avril 2018.
- CEDH, *S.W. c. Royaume-Uni*, n° 20166/92, 22 nov. 1995.
- CEDH *Schneiter c. Suisse* [déc.], n° 63062/00, 31 mars 2005.
- CEDH *Sidabras et Džiautas c. Lituanie*, n°s 55480/00 et 59330/00, 27 juill. 2004, CEDH 2004-VIII.
- CEDH *Selçuk and Asker c. Turkey*, n°s 23184/94 et 23185/94, 24 avril 1998.
- CEDH *Société Oxygène Plus c. France* [déc.], n° 76959/11, 17 mai 2016.
- CEDH *Société Stenuit c. France*, rapport de la Commission du 30 mai 1991, série A n° 232-A.
- CEDH *Stanev c. Bulgarie* [GC], n° 36760/06, 17 janv. 2012.
- CEDH *Stoyan Krastev v. Bulgarie*, n° 1009/12, 6 oct. 2020.
- CEDH *Storck c. Allemagne*, n° 61603/00, 16 juin 2005.
- CEDH *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], n°s 34044/96, 35532/97 et 44801/98, 22 mars 2001.
- CEDH, *Szafranski v. Pologne*, n° 17249/12, 15 déc. 2015.
- CEDH *Valico SLR c. Italie* [déc.], n° 70074/01, 21 mars 2006.
- CEDH *Varela Geis c. Espagne*, n° 61005/09, 3 mars 2013.
- CEDH, *Welch c. Royaume-Uni*, n° 17440/90, 9 fév. 1995.
- CEDH *Zelčs v. Lettonie*, n° 65367/16, 20 fév. 2020.
- CJUE *Åkerberg Fransson*, 26 fév. 2013, aff. C- 617/10.
- CJUE *Bonda*, 5 juin 2012, aff. C- 489/10.
- CJCE *Commission c. Italie*, 28 avr. 1993, aff. C-306/91, *Rec. p. I-2151*.
- CJCE *Commission c. Italie*, 21 juin 1988, aff. 257/86, *Rec. p. 3249*.
- CJUE *Menci*, 20 mars 2018, aff. C- 596/10.
- CJCE *Weyrich*, 7 juin 1991 add. T-19/91, *Rec. p. 235*.

III- JURISPRUDENCE CANADIENNE

(par ordre alphabétique)

A- DECISIONS FEDERALES

- *Aden c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 1993 CanLII 3014 (CAF), [1994] 1 CF 625, <https://canlii.ca/t/4nlk>.
- *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (CSC).
- *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345 (CSC).
- *Bilodeau c. Bergeron & Fils Ltée*, [1975] 2 R.C.S. 345 (CSC).

- *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307 (CSC).
- *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, [2011] 1 R.C.S. 214 (CSC).
- *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, [2003] 1 R.C.S. 666 (CSC).
- *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Bazargan*, 1996 CanLII 3972 (CAF), <<https://canlii.ca/t/4n9z>>
- *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711 (CSC).
- *Canada (Procureur général) c. Bedford*, [2013] 3 R.C.S. 1101 (CSC).
- *Canada (Procureur général) c. Savard*, 2006 CAF 327 (CanLII), [2007] 2 RCF 429, <https://canlii.ca/t/1q5tt>.
- *Canada (Procureur général) c. Whaling*, [2014] 1 R.C.S. 392 (CSC).
- *Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 R.C.S. 672 (CSC).
- *Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 331 (CSC).
- *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791 (CSC).
- *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2017] 1 R.C.S. 350 (CSC).
- *Chaput c. Romain*, [1955] 834 R.C.S. (CSC).
- *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, [2009] 1 R.C.S. 624 (CSC).
- *Cinar Corporation c. Robinson*, [2013] 3 R.C.S. 1168 (CSC).
- *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, [2001] 2 RCS 132 (CSC).
- *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536 (CSC).
- *de Montigny c. Brossard (Succession)*, [2010] 3 RCS 64 (CSC).
- *Deblois c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 971
- *Dedman c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 2 (CSC).
- *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 3 R.C.S. 157 (CSC).
- *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469 (CSC).
- *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844 (CSC).
- *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, [2015] 3 R.C.S. 250 (CSC).
- *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429 (CSC).
- *Guindon c. Canada*, [2015] 3 R.C.S. 3 (CSC).
- *Haig c. Canada; Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995 (CSC).
- *Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200 (CSC).
- *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130 (CSC).
- *Howard c. Président du tribunal disciplinaire des détenus de l'établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642 (C.A.).
- *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 (CSC).
- *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927 (CSC).
- *Kamel c. Canada (Procureur général)*, [2013] A.C.F. 402 (C.F.).
- *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2008] 1 R.C.S. 761 (CSC).
- *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602 (CSC).
- *Martineau c. M.R.N.*, [2004] 3 R.C.S. 737 (CSC).
- *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46 (CSC).
- *Okhionkpanmwonyi c. Canada (Procureur général)*, [2011] A.C.F. n° 1389.

- *P.H. c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 393.
- *Procureur général de l'Ontario c. Fraser*, [2011] 2 R.C.S. 3 (CSC).
- *Prud'homme v. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663 (CSC).
- *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789 (CSC).
- *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665 (CSC).
- *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, 1996 (CSC).
- *R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449 (CSC).
- *R. c. Beare; R. c. Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387 (CSC).
- *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341 (CSC).
- *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 (CSC).
- *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145 (CSC).
- *R. c. Boudreault*, [2018] 3 R.C.S. 599 (CSC).
- *R. c. Boutilier*, [2017] 2 R.C.S. 936 (CSC).
- *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452 (CSC).
- *R. c. Craig*, [2009] 1 R.C.S. 762 (CSC).
- *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22 (CSC).
- *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128 (CSC).
- *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13 (CSC).
- *R. c. Fitzgibbon*, [1990] 1 R.C.S. 1005 (CSC).
- *R. c. Génereux*, [1992] 1 R.C.S. 259 (CSC).
- *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688 (CSC).
- *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679 (CSC).
- *R. c. Grant*, [2009] 2 R.C.S. 253 (CSC).
- *R. c. Hess; R. c. Nguyen*, [1978] 2 R.C.S. 1299 (CSC).
- *R. c. K.R.J.*, [2016] 1 R.C.S. 906 (CSC).
- *R. c. Lacasse*, [2015] 3 R.C.S. 1089 (CSC).
- *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217 (CSC).
- *R. c. Levkovic*, [2013] 2 R.C.S. 204 (CSC).
- *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500 (CSC).
- *R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571 (CSC).
- *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59 (CSC).
- *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633 (CSC).
- *R. c. Mathieu*, [2008] 1 R.C.S. 723 (CSC).
- *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627 (CSC).
- *R. c. Moore*, [1979] 1 R.C.S. 195 (CSC).
- *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 (CSC).
- *R. c. Nasogaluak*, [2010] 1 R.C.S. 206 (CSC).
- *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.
- *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411 (CSC).
- *R. c. Penunsi*, [2019] 3 R.C.S. 91 (CSC).
- *R. c. Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] R.C.S. 5 (CSC).
- *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281 (CSC).
- *R. c. Proulx*, [2000] 61 R.C.S. (CSC).

- *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554 (CSC).
- *R. c. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299 (CSC).
- *R. c. Shoker*, [2006] 2 R.C.S. 399 (CSC).
- *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3 (CSC).
- *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045 (CSC).
- *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607 (CSC).
- *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241 (CSC), 251.
- *R. c. Suter*, [2018] 2 R.C.S. 496 (CSC).
- *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933 (CSC).
- *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432 (CSC).
- *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636 (CSC).
- *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541 (CSC).
- *R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291 (CSC).
- *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527 (CSC).
- *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36 (CSC).
- *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455 (CSC).
- *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940 (CSC).
- *R. c. Wu*, [2003] 3 R.C.S. 530 (CSC).
- *R. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154 (CSC).
- *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, [2010] 3 R.C.S. 457 (CSC).
- *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (CSC).
- *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 (CSC).
- *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486 (CSC).
- *Richard c. Time Inc.*, [2012] 1 R.C.S. 265 (CSC).
- *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519 (CSC).
- *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267 (CSC).
- *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 6 (CSC).
- *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 (CSC).
- *Société de l'assurance automobile du Québec c. Cyr*, [2008] 1 R.C.S. 338 (CSC).
- *Société Radio-Canada c. Radio Sept-îles inc.*, [1994] R.J.Q 1811 (C.A.).
- *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821 (CSC).
- *Stewart c. La Reine*, [1988] 1 R.C.S. 963 (CSC).
- *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3 (CSC).
- *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425 (CSC).
- *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872 (CSC).
- *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595 (CSC).
- *X (Re)*, 2018 CanLII 132735 (CA CISR), en ligne : <<https://canlii.ca/t/hxsj7>>.

B- DECISIONS QUEBECOISES :

- *A c. Centre hospitalier de St. Mary*, 2007 QCCA 358.
- *Agence du revenu du Québec c. Groupe Enico inc.*, 2016 QCCA 76.
- *Anglo Pacific Group PLC c. Ernst & Young inc.*, 2013 QCCA 1323.
- *Association pour la protection automobile c. Ultramar Ltée*, 2012 QCCS 4199.
- *Automobile Cordiale ltée c. DaimlerChrysler Canada inc.*, 2010 QCCS 32.

- *Autorité des marchés financiers c. Cournoyer*, 2008 QCCQ 7259.
- *Autorité des marchés financiers c. Demers*, 2006 LNQCBDRVM 2.
- *Autorité des marchés financiers c. Demers*, 2009 QCCQ 7063.
- *Autorité des marchés financiers c. English*, 2014 QCBDR 84.
- *Autorité des marchés financiers c. Gestion de capital Triglobal inc.*, 2010.
- *Autorité des marchés financiers c. Gestion de portefeuille Tahar Mansour inc.*, 2014 QCBDR 27.
- *Charbonneau c. R.*, 2016 QCCA 1354.
- *Cinar Corporation c. Weinberg*, 2008 QCCS 6023.
- *Delisle c. Cogeco Radio-télévision Inc.*, [2003] R.J.Q. 1801 (C.S.).
- *Demers c. Autorité des marchés financiers*, 2007 QCCQ 6870.
- *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Charles Morissette inc.*, 2020 QCCQ 6313.
- *Énergie Valero Inc. c. Québec (Développement durable, Environnement, Faune et Parcs)*, 2016 QCTAQ 01130.
- *Jean-Jacques c. 9119-3631 Québec inc.*, 2011 QCCS 2163.
- *Legault c. R.*, 2008 QCCA 1228.
- *Louis Brais c. Québec (Développement durable, Environnement et Lutte contre les changements climatiques)*, 2018 QCTAQ 07480.
- *Marchés Mondiaux CIBC inc. c. Côté*, 2013 QCCS 3731.
- *M.M c. K.K.*, 2020 QCCS 4384.
- *Parent c. Beuparlant*, 2010 QCCS 3962.
- *Présent Importateurs ltée c. Spykerman Giraldeau*, 2018 QCCS 5652.
- *Québec (Commission de protection du territoire agricole) c. Voghell*, 2015 QCCS 2635.
- *Québec (Procureur général) c. Allard*, [1999] R.J.Q. 2245 (QC CA).
- *Québec (Procureur général) c. Pham*, 2013 QCCS 4696.
- *R. c. Cloud*, [2016] QCCA 567 (Cour d'appel du Québec).
- *R. c. Duchesne*, 2002 CanLII 5786 (QC CQ).
- *R. c. Lacroix*, 2009 QCCS 4004.
- *R. c. Simoneau*, 2017 QCCA 1382.
- *Succession Paul-Euclide Miron c. Québec (Développement durable, Environnement, Faune et Parcs)*, 2016 QCTAQ 0454.
- *Tardif c. Girard*, 2009 QCCQ 4637 (CanLII).
- *Wood c. Commer-Tech America Inc.*, 2003 CanLII 20828 (QC CS).

C- DECISIONS D'AUTRES PROVINCES :

- *Canadian Civil Liberties Association v. Canada (Attorney General)*, 2009 ONCA 243.
- *R. v. Castro*, 2010 ONCA 718.
- *R. v. Esposito*, [1985] CanLII 118 (ONCA), en ligne : <<https://canlii.ca/t/1npms>>.
- *R. c. Hooyer*, 2016 ONCA 44, par. 45.
- *R. v. Grafe*, [1987] CanLII 170 (ONCA), en ligne : <<https://canlii.ca/t/1p77c>>.
- *R. v. Lambe*, 2000 NFCA 23.
- *R. v. Robertson*, 2020 ONCA 367.
- *R. v. Samji*, 2017 BBICA 415.

BIBLIOGRAPHIE

(par ordre alphabétique)

I- MONOGRAPHIES ET OUVRAGES COLLECTIFS

A- DROIT FRANÇAIS

ATIAS, C., *Droit civil. Les biens*, 12^e éd., coll. Manuel, Paris, LexisNexis, 2014.

BACACHE GIBEILI, M., *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, 3^e éd., coll. Corpus. Droit privé, Paris, Economica, 2016.

BETAILLE, J., D., CHOUKI, C., COURTAIGNE-DESLANDES, M., DEGUERGUE, E., LANGELIER, G., MARCOU, TH., PERROUD, C., TEITGEN-COLLY, *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques*, [Rapport de recherche] Mission de recherche Droit & Justice. 2017, p.7.

BENEJAT, M., A. BERGEAUD-WATTERWALD, L. BLOCH, A. DARSONVILLE, F. GARCIA, A. GOGORZA, F. GONTHIER, B. MELIN-SOUCRAMANIEN, R. OLLARD, V. PELTIER, J.-M. PLAZY, F. ROUSSEAU, J. SAGOT-DUVAUROY, J.-C. SAINT-PAU et A. ZABALZA, *Droits de la personnalité*, coll. Traités, Paris, LexisNexis, 2013.

BERGEL, J.-L., *Théorie générale du droit*, 2012, en ligne : <http://www.dalloz-bibliotheque.fr.proxy.bibliotheques.uqam.ca:2048/bibliotheque/Theorie_generale_du_droit-10891.htm> (consulté le 1 mai 2021).

BLOCH, C., *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n°71, Paris, Dalloz, 2008.

BONDON, M.-S., *Le principe de réparation intégrale du préjudice. Contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile*, coll. Laboratoire de droit privé & de sciences criminelles, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2020.

BONIS, E. et V. PELTIER, *Droit de la peine*, 3^eme, coll. Manuel, Paris, LexisNexis, 2019.

BOULOC, B., *Droit pénal général*, 27^e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2021.

BRENAUT, M., *Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français*, Paris, Université Paris II (Panthéon - Assas).

BRUN, P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5^e éd., coll. Manuel, Paris, LexisNexis, 2018.

CABRILLAC, R., *Introduction générale au droit*, 14^e éd., coll. Cours Dalloz Série droit privé, Paris, Dalloz, 2021.

CAPDEPON, Y., *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, 122, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris, Dalloz, 2013.

CAPITANT, R., *Introduction à l'étude de l'illicite. L'impératif juridique.*, Thèse, Paris, Dalloz, 1928.

CARVAL, S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, coll. Bibliothèque de droit privé, n° 250, LGDJ, 1995.

CERE, J.-P., *Droit disciplinaire pénitentiaire*, 2^e éd., coll. Bibliothèques de droit, Paris, L'Harmattan, 2020.

CHETARD, G., *La proportionnalité de la répression. Étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français*, coll. Collection des thèses, n°197, Bayonne, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2020.

CHOUVET-LEFRANÇOIS, A., *La sanction répressive dans le droit français contemporain*, thèse de doctorat, Toulouse, Toulouse 1, 2006.

CHRETIEN, P., N. CHIFFLOT et M. TOURBE, *Droit administratif*, 17^e éd., coll. Université, Paris, Dalloz (Sirey), 2020.

CONSEIL D'ÉTAT et COUR DE CASSATION, *La sanction, regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, coll. Droits et débats, n°13, Paris, la Documentation française, 2015.

CONTE, P. et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 7^e éd., Paris, Dalloz, A. Colin, 2004.

COURTAIGNE-DESLANDES, C., *L'adéquation du droit pénal à la protection de l'environnement*, Paris, Université Paris II (Panthéon - Assas), 2010.

COUTANT-LAPALUS, C., *Principe de réparation intégrale en droit privé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-en-Provence, 2002.

COZIAN, M., F. DEBOISSY et M. CHADEFAUX, *Précis de fiscalité des entreprises*, 45^e éd., coll. Précis fiscal, Paris, LexisNexis, 2021.

DECIMA, O., S. DETRAZ et É. VERNY, *Droit pénal général*, 4^e éd., coll. Cours, Paris, LGDJ, Lextenso, 2020.

Droit pénal général, 2^e éd., coll. Cours, Paris, LGDJ, 2016.

DECOCQ, A., *Droit pénal général*, coll. U, Paris, A. Colin, 1971.

DEGOFFE, M., *Droit de la sanction non pénale*, Paris, Economica, 2000.

DELLIS, G., *Droit pénal et droit administratif: l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, t. 184, coll. Bibliothèque de droit public, Paris, LGDJ, 1997.

DELMAS-MARTY, M., *Les grands systèmes de politique criminelle*, coll. Thémis droit privé, Paris, PUF, 1992.

DELMAS-MARTY, M. et C. TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, Economica, 1992.

DESPORTES, F., et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 4^e éd., coll. Corpus de droit privé, Paris, Economica, 2015.

DESPORTES, F. et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 16^e éd., coll. Corpus de droit privé, Paris, Economica, 2009.

DOURGES, T., *La distinction entre sanction pénale et sanction administrative*, Mémoire, Bordeaux, Université de Bordeaux, 2014.

DUBOIS, C., *Responsabilité civile et responsabilité pénale : à la recherche d'une cohérence perdue*, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 570, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016.

FABRE-MAGNAN, M., *Droit des obligations. 2 - Responsabilité civile et quasi-contrats*, 5^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2021.

FAVOREU, L., A. DUFFY-MEUNIER, I. FASSASSI, P. GAÏA, O. LE BOT, L. PECH, A. PENA, A. ROUX et G. SCOFFONI, *Droit des libertés fondamentales*, 8^e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2021.

FLOUR, J., J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil : les obligations, 2, le fait juridique*, 14^e éd., coll. Sirey Université, Sirey Dalloz, 2011.

Le fait juridique : quasi-contrats, responsabilité délictuelle, 14^e éd., coll. Sirey Université LMD, Paris, Sirey Dalloz, 2011

FOURNIER DE CROUY, N., (dir.), *L'intensification de la fonction normative de la responsabilité civile*, Actes de colloques, 17 mai 2019, Université de Lorraine.

GARRAUD, R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3^e éd., t. 1^{er}, Paris, Sirey, 1913.

GAUDEMET, Y., *Droit administratif*, 23^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2020.

GIUDICELLI-DELAGE, G., *Droit pénal de la dangerosité, droit pénal de l'ennemi*, coll. Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale des XIX^e et XXI^e siècles, Collège de France, juin 2009.

GOLTZBERG, S., *L'argumentation juridique*, 4^e éd., coll. Connaissance du droit, Paris, Dalloz, 2019.

GONOD, P., F. MELLERAY et P. YOLKA, *Traité de droit administratif. Tome 2*, coll. Traités Dalloz, n°12, Paris, Dalloz, 2011.

GREGOIRE, L., *Les mesures de sûreté : essai sur l'autonomie d'une notion*, coll. Collection des thèses, n°119, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2015.

GRIMALDI, C., *Droit des biens*, 3^e éd., coll. Manuel, Paris-La Défense, LGDJ, Lextenso, 2021.

GUINCHARD, S., C. CHAINAIS, C. S. DELICOSTOPOULOS, I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-ODOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI et J.-M. SOREL, *Droit processuel : droit commun et droit comparé du procès équitable*, 11^e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2021.

GUYOMAR, M., *Les sanctions administratives*, coll. Systèmes, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éditions, 2014.

HASCHKE-DOURNAUX, M., *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 439, Paris, LGDJ, 2005.

HELIE, F., *Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du Code d'instruction criminelle*, t. 5 « De la mise en prévention. De la mise en accusation et du règlement de la compétence », 2^e éd., Paris, Henri Plon, 1867, p. 110.

HERZOG-EVANS, M., *Droit pénitentiaire*, 3^e éd., coll. Dalloz action, Paris, Dalloz, 2019.

HUGUENEY, L., *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Dijon, 1904.

JAUULT, A., *La notion de peine privée*, coll. Bibliothèque de droit privé, n° 442, LGDJ, 2005.

LACAZE, M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, coll. Collection des thèses / Fondation Varenne, n° 39, Paris, Fondation Varenne, 2010.

LAGOUTTE, J., *Les conditions de la responsabilité en droit privé. Éléments pour une théorie général de la responsabilité juridique*, thèse de doctorat, Bordeaux, Montesquieu - Bordeaux IV, 2012.

LARGUIER, J. et P. CONTE, *Procédure pénale*, 25^e éd., coll. Les mémentos Série droit privé, Paris, Dalloz, 2019.

LEPAGE, A., P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, 6^e éd., Paris, LexisNexis, 2020.

LEVENEUR, L. et S. MAZEAUD-LEVENEUR, *Droit des biens. Le droit de propriété et ses démembrements*, coll. Manuel, Paris, LexisNexis, 2021.

LEVINET, M., *Droits et libertés fondamentaux*, coll. Que sais-je, n°3888, Paris, Presses universitaires de France, 2010.

Théorie générale des droits et libertés, 4^e éd., coll. Droit et justice, n°102, Bruxelles, Anthemis, 2012.

MALAUURIE, P., L. AYNES et M. JULIENNE, *Droit des biens*, 9^e éd., coll. Droit civil, Paris-La Défense, LGDJ, Lextenso, 2021.

MALINVAUD, P., N. BALAT, *Introduction à l'étude du droit*, 21^e éd., coll. Manuels, Paris, LexisNexis, 2021.

MALINVAUD, P., D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, 14^e éd., Paris, LexisNexis, 2017.

MANDON, C., *L'identité de la sanction pénale en droit pénal français*, Bordeaux, Université de Bordeaux, 2020.

MARTY, G. et P. RAYNAUD, *Droit civil. Tome I*, 2^e éd., Introduction générale à l'étude du droit et des institutions judiciaires. Les personnes, Paris, Sirey, 1956.

MATSOPOULOU, H. (dir.), *La règle ne bis in idem. Concordances et discordances entre les jurisprudences européenne et constitutionnelle*, coll. Collection des presses universitaires de Sceaux, Paris, Éditions Mare & Martin, 2019.

MAYAUD, Y., *Droit pénal général*, 7^e éd., coll. Droit fondamental, Paris, PUF, 2021

MAZEAUD, D., *La notion de clause pénale*, coll. Bibliothèque de droit privé, n°223, LGDJ, 1992.

MAZEAUD, H., L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, 6^e éd., coll. Anthologie du droit, Paris, LGDJ-Lextenso, 2014.

MERLE, R. et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, 7^e éd., Cujas, 1997.

MORET-BAILLY, J., *Les institutions disciplinaires*, coll. Arrêt sur recherches, n°4, Mission de recherche Droit et Justice, 2003.

MOURGEON, J., *La répression administrative*, Paris, LGDJ, 1967.
Les droits de l'homme, 8^e éd., coll. Que sais-je ?, n°1728, Paris, PUF, 2003

OBERDORFF, H., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 7^e éd., coll. Manuel, Paris-La Défense, LGDJ, Lextenso, 2019.

Droits de l'homme et libertés fondamentales, 8^e éd., coll. Manuel, Paris-La Défense, LGDJ, Lextenso, 2021.

PAILLARD, B., *La fonction réparatrice de la répression pénale*, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, n° 42, Paris, LGDJ, 2007.

PETIT, J. et P.-L. FRIER, *Droit administratif*, 14^e éd., coll. Précis Domat Droit public, Paris La Défense, LGDJ, Lextenso, 2020.

Droit administratif, 15^e éd., coll. Précis Domat Droit public, Paris La Défense, LGDJ, Lextenso, 2021.

PIN, X., *Droit pénal général 2021*, 12^e éd., coll. Cours Dalloz, Paris, Dalloz, 2020.

PORCHY- SIMON, S., *Droit des obligations 2022*, 14^e éd., coll. Hypercours Dalloz : cours & travaux dirigés, Paris, Dalloz, 2021.

PRADEL, J., *Droit pénal général*, 22^e éd., Cujas, 2019.
Procédure pénale, 19^e éd., Cujas, 2017.

PRETOT, X. et C. ZACHARIE, *La police administrative*, coll. Systèmes. Série Pratique, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso, 2018

PUECH, M., *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, t. 129, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ.

RABUT-BONALDI, G., *Le préjudice en droit pénal*, 159, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2016.

RASSAT, M.-L., *Droit pénal général*, 4^e éd., coll. Cours magistral, Paris, Ellipses, 2017.
Procédure pénale, 3^e éd., Paris, Ellipses, 2017.

ROBERT, J.-H., *Droit pénal général*, 6^e éd., coll. Thémis, Paris, PUF, 2005.

ROUJOU DE BOUBÉE, M.-E., *Essai sur la notion de réparation*, coll. Bibliothèque de droit privé, n°135, LGDJ, 1974.

ROUSSEAU, D., P.-Y. GAHDOUN et J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, 12^e éd., coll. Précis Domat droit public, Paris-La Défense, LGDJ, Lextenso, 2020.

SEUBE, J.-B., *Droit des biens*, 8^e éd., coll. Objectif droit, Cours, Paris, LexisNexis, 2020.

STARCK, B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947.

TCHEN, V., *La notion de police administrative : de l'état du droit aux perspectives d'évolution*, coll. Les travaux du centre d'études et de prospective, Paris, La Documentation française, 2007.

TERRE, F. et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, 12^e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2020.

VIDAL, G. et J. MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 9^e éd., t. 1, Paris, Rousseau & cie, 1947.

VINEY, G., *Introduction à la responsabilité*, 4^e éd., coll. Traité de droit civil, Paris, LGDJ, Lextenso, 2019.

Le déclin de la responsabilité individuelle, Paris, LGDJ-Lextenso, 2014.

VINEY, G., P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4. éd, coll. Traité de droit civil, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2013.

Les effets de la responsabilité : exécution et réparation en nature, dommages et intérêts, aménagements légaux et conventionnels de la responsabilité, l'action en responsabilité, 4^e éd., coll. Traité de droit civil, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso, 2017.

WALINE, J., *Droit administratif*, 28^e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2020.

WALTHER, J., *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand. Contribution à une théorie générale de l'illicéité*, Nancy, Université de Nancy II-Université de la Sarre, 2003.

ZENATI-CASTAING, F. et T. REVET, *Les biens*, 3^e éd., coll. Droit fondamental, Paris, Presses universitaires de France, 2008.

B- DROIT CANADIEN

BAUDOUIN, J.-L., P. DESLAURIERS et B. MOORE, *La responsabilité civile*, 9^e éd., 1-Principes généraux, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2020.

BEAULAC, S. et J.-F. GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Droit constitutionnel*, coll. Jurisclasseur Québec Droit public, Montréal, LexisNexis Canada.

BOURGAULT, J., *L'articulation entre la liberté d'entreprendre et la liberté d'association dans les cas de restructurations d'entreprises*, Thèse de doctorat, Québec, Canada, Université Laval, 2016, en ligne : <<https://corpus.ulaval.ca>>.

BRUN, H., G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014.

COTE-HARPER, G., P. RAINVILLE et J. TURGEON, *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998.

DALLAIRE, C., *La mise en oeuvre des dommages exemplaires sous le régime des chartres*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2003.

DUMONT, H., *Pénologie : le droit canadien relatif aux peines et aux sentences*, Montréal, Thémis, 1993.

DUPLE, N., *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2018.

EMERICH, Y., *Droit commun des biens: perspective transsystémique*, Montréal (Québec) Canada, Éditions Yvon Blais, 2017.

ÉMOND, A., *Introduction au droit canadien*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, en ligne : <<https://edoctrine.caij.qc.ca>>.

GOUBAU, D., *Le droit des personnes physiques*, 6^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019.

HENAULT, F., *La conciliation de la Charte des droits et libertés de la personne et du Code civil du Québec en matière de diffamation*, Mémoire, Québec, Laval, 2017, en ligne : <<https://corpus.ulaval.ca>>.

LAMONTAGNE, D.-C., *Biens et propriété*, 8^e éd., Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2018.

LAMPRON, L.-P., *La hiérarchie des droits : convictions religieuses et autres droits fondamentaux au Canada*, coll. Diversitas, Bruxelles, Peter Lang GmbH, 2012

NORMAND, S., *Introduction au droit des biens*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2020.

PARENT, H., *Traité de droit criminel*, t. 2 « La culpabilité », 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018.

PARENT, H. et J. DESROSIERS, *Traité de droit criminel*, t. 3 « La peine », 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2020.

RAINVILLE, P., *La répression de l'art et l'art de la répression: la profanation de la religion à l'épreuve des mutations du droit pénal au sujet du blasphème et de la protection des identités religieuses*, coll. Collection Dikè, Québec, Presses de l'Université Laval, 2019.

ROUX, D., *Le principe du droit au travail : juridicité, signification et normativité*, Montréal, Québec, Wilson & Lafleur, 2005.

C- DROIT COMPARE

ANCEL, M., *Utilité et méthodes du droit comparé. Éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, Éditions Ides et Calendes, 1971.

BELIVEAU, P. et J. PRADEL, *La justice pénale dans les droits canadien et français : étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007.

CONSTANTINESCO, L. J., *Traité de droit comparé*. t. I « Introduction au droit comparé », Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972.

Traité de droit comparé. t. II « La méthode comparative », Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974.

Traité de droit comparé. t. III « La science des droits comparés », Paris, Economica, 1983.

DAVID, R., C. JAUFFRET-SPINOSI et M. GORE, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2016.

DELATTRE, S., *Les peines préventives. Étude comparée de leurs dynamiques en France, en Angleterre et au Pays de galles*, coll. Bibliothèque des thèses, Paris, Éditions mare & martin, 2019.

FALXA, J., *Le droit disciplinaire pénitentiaire : une approche européenne. Analyse des systèmes anglo-gallois, espagnol et français à la lumière du droit européen des droits de l'homme*, coll. Bibliothèque des thèses. Droit privé et sciences criminelles, Paris, Éditions Mare & Martin, 2016.

GUTTERIDGE, H. C., *Le droit comparé : introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, traduit par René DAVID, Paris, LGDJ, 1953.

LEGEAIS, R., *Grands systèmes de droit contemporains : approche comparative*, 3^e éd., coll. Manuel, Paris, LexisNexis, 2016.

LELIEUR-FISCHER, J., *La règle ne bis in idem. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive. Étude à la lumière des droits français, allemand et européen*, thèse de doctorat, Paris, Panthéon-Sorbonne (Paris I), 2005.

PONTHOREAU, M.-C., *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, coll. Corpus Droit public, Paris, Economica, 2010.

PRADEL, J., *Droit pénal comparé*, 4^e éd., coll. Précis droit privé, Paris, Dalloz, 2016

ZWEIGERT, K. et H. KÖTZ, *Introduction to comparative law*, 3^e éd., traduit par John Antony WEIR, Oxford: New York, Clarendon Press ; Oxford University Press, 1998.

D- AUTRES

CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 2^e éd., coll. Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 2016

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Guide sur l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme – Pas de peine sans loi : principe de légalité des délits et des peines*, 22 mai 2022.

Guide sur l'article 8 de la Convention – Droit au respect de la vie privée et familiale, mis à jour au 31 août 2020.

Guide sur l'article 17 de la Convention – Interdiction de l'abus de droit, 30 avril 2021.

FERRI, E., *La sociologie criminelle*, Paris, Alcan, 1905.

FOUCAULT, M., *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, coll. tel, Gallimard, 1975.

KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Henri THEVENAZ (trad.), coll. Être et penser, Cahiers de philosophie, Boudry-Neuchâtel (Suisse), Éditions la Baconnière, 1988.

OST, F. et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 2010.

LOMBROSO, C., *L'homme criminel : criminel-né, fou moral, épileptique. Étude anthropologique et médico-légale*, Alcan, Bocca frères, 1887.

RENUCCI, J.-F., *Introduction générale à la convention européenne des droits de l'homme. Droits garantis et mécanisme de protection*, 2005, en ligne : < <https://www.echr.coe.int> >.

VAN DE KERCHOVE, M. et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, 1^{re} éd., coll. Les Voies du droit, Paris, Presses universitaires de France, 1988.

II- ARTICLES DE REVUE ET ETUDES D'OUVRAGES COLLECTIFS

A- DROIT FRANÇAIS

ALIX, J., « Chapitre premier. Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France », dans Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, coll. Les voies du droit, Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 47-78.

AUSTRY, S., « Les sanctions administratives en matière fiscale », *AJDA* 2001.HS.51-59.

BADINTER, R., « Un pré-jugement : la détention préventive », *Le Monde*, 13 avr. 1970.

BENEJAT, M., « Cessation de l'illicite et droit pénal », *RPDP* 2011.3.595-627.

BERGEL, J.-L., « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984.255-272.

BLACHER, P., « Droits fondamentaux (Classification) », dans *Dictionnaire des droits fondamentaux*, 2^e éd., 275-287, Paris, Dalloz.

BLANC, N., « Les sanctions en droit de la propriété intellectuelle. L'exemple de la contrefaçon : clair-obscur dans le droit des sanctions », dans *Les sanctions en droit contemporain.*, Volume 1, La sanction, entre technique et politique, coll. L'esprit du droit, Paris, Dalloz, 2012, p. 299.

BONIS, E., « Le Code pénitentiaire est entré en vigueur », *JCP* 2022.19.614.

BONIS-GARÇON, E., « L'identification de la sanction pénale. Le point de vue du pénaliste », dans *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal*, Actes du colloque des 8 et 9 nov. 2012, coll. Actes et études, Paris, Cujas, 2013, p. 145.

BONNET, J., « Le principe de légalité criminelle. Le point de vue du constitutionnaliste », dans Fabrice HOURQUEBIE et Virginie PELTIER (dir.), *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal. Actes du colloque organisé les 8 et 9 novembre 2012 par le CERCCLE et l'ISCJ de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV*, coll. Actes et études, Paris, Cujas, 2013, p. 11.

BORGETTO, M., « Emploi (Droit à l') », dans *Dictionnaire des droits fondamentaux*, 2^e éd., 386-392, Paris, Dalloz.

BOTTON, A., « Droit pénal, procédure pénale et liberté individuelle (Dossier spécial : Bilan de trois années de QPC) », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* 2013.40, en ligne : <<https://www.conseil-constitutionnel.fr>>.

CANAS, S., « L'influence de la fondamentalisation du droit au respect de la vie privée sur la mise en oeuvre de l'article 9 du code civil », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* 2015.48.47-58.

CARTUYVELS, Y., « Les paradigmes du droit pénal moderne en période « post-moderne » : évolutions et transformations », dans Michel MASSE, Jean-Paul JEAN et André GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal post-moderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, 2009, p. 73.

CASTAING, C., « Le droit à la sûreté à l'épreuve du droit des personnes atteintes de troubles mentaux », dans Ludovic GARRIDO (dir.), *Le droit à la sûreté : état des lieux, état du droit. Actes de la journée d'étude organisée le 29 avril 2011 par le Centre d'étude et de recherche sur le droit administratif et la réforme de l'État de l'Université Montesquieu - Bordeaux IV*, coll. Collection Actes & études, Paris, Éditions Cujas, 2012, p. 73-85.

CERE, J.-P., « La procédure disciplinaire pénitentiaire à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ Pénal* 2012.533.

CHACORNAC, J., « L'articulation des répressions. Comment résoudre le problème de *non bis in idem* ? », *RSC* 2019.333

CHAISEMARTIN, A. DE, « Les enseignements du contrôle juridictionnel sur les procédures de sanction des autorités de marché », *Justice & cassation. Les sanctions* 2005.30-36.

CHAMBON, M., « Une redéfinition de la police administrative », dans Julie ALIX et Olivier CAHN (dir.), *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme : implications juridiques. Actes du colloque, 9-10 février 2017, Université de Lille 2, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales*, coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2017, p. 133-149.

CHANTRAINE, G., *Prison*, Encyclopædia Universalis, en ligne : <<http://www.universalis-edu.com.docelec.u-bordeaux.fr/encyclopedia/prison/>> (consulté le 25 juillet 2018).

CHAUVET, J.-M., « Une approche pénitentiaire des dangers », dans Christiane DE BEAUREPAIRE, Michel BENEZECH et Christian KOTTLER (dir.), *Les dangers, de la criminologie à la psychopathologie, entre justice et psychiatrie*, Paris, John Libbey Eurotext, 2004, p. 415-417.

CLAVERIE-ROUSSET, C., « La légalité criminelle », *Dr. pén.* 2011.9.21.

CONTE, P., « Dangerosité et droit pénal », dans Christiane DE BEAUREPAIRE, Michel BENEZECH et Christian KOTTLER (dir.), *Les dangers, de la criminologie à la psychopathologie, entre justice et psychiatrie*, Paris, John Libbey Eurotext, 2004, p. 71-75.

« La distinction de la légalité formelle et de la légalité matérielle : ses dits et non-dits », *Dr. pén.* 2020.7-8.ét.23.

« La matière pénale revue par le Conseil constitutionnel (Hommage tout en nuances à la science infuse des omniscients) », dans *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit : Regards critiques*, Actes du colloque des 11 et 12 mai 2017, Paris, Dalloz, 2019, p. 113.

« Principe de la légalité criminelle : quelques airs nouveaux sur des paroles anciennes », *Dr. pén.* 2020.6.ét.17.

CORAIL, J.-L., « Administration et sanction. Réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression », dans *Mélanges René Chapus : droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 103.

COSTES, A., « La réaction de la responsabilité civile extracontractuelle au profit illicite », dans Julien LAGOUTTE et Barbara FRELETEAU-CHAIBRASSOU (dir.), *Le profit Illicite*, 3, Bordeaux, Les colloques de l'ISCJ, 2018, p. 39-53.

CREMIEUX, M., « Réflexions sur la peine privée moderne », dans *Etudes offertes à Pierre Kayser*, Aix-en-Provence, PUAM, 1979.

DANET, J., « La rétention de sûreté au prisme de la politique criminelle : une première approche », *Gaz. pal.* 4 mars 2008.64.10.

DECIMA, O. et L. SAUTONIE-LAGUIONIE, « Droit pénal et droit des entreprises en difficulté », dans *Droit pénal et autres branches du droit : regards croisés : actes du XXe congrès de l'Association française de droit pénal organisé [à Bordeaux] les 5-6-7 octobre 2011*, coll. Actes et études, Paris, Cujas, 2002, p. 193-219.

DEGOFFE, M., « L'ambiguïté de la sanction administrative », dans « Les sanctions administratives. Actualités et perspectives », *AJDA* 2001.n° spécial 27.

DE LAMY, B., « La rétention de sûreté : pénal or not pénal ? » *RSC* 2009.1.166.
« Mesures ayant le caractère d'une punition, mesure préventive et... peine perdue, » *RSC* 2013.2.433.

DELMAS-MARTY, M., « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? », *RSC* 2007.3.461.

« Violence et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *RSC* 2009.1.59

DE MONTGOLFIER, J.-F., « L'apport de la jurisprudence du Conseil constitutionnel au critère de la peine », dans Valérie MALABAT, Bertrand DE LAMY et Muriel GIACOPELLI (dir.), *Droit pénal : le temps des réformes. Actes du colloque des 7,8,9 octobre 2009 à l'université Montesquieu-Bordeaux IV*, coll. Colloque & débats, LexisNexis, 2011, p. 231.

DERBEY, A. et S. RAOULT, « Est-il possible de réformer la détention provisoire ? Deux exemples d'application de la loi du 15 juin 2000 », *AJ Pénal* 2019.11.568.

DESCOT, N., « La "juridictionnalisation" des institutions », dans Pascal ANCEL et Joël MORET-BAILLY (dir.), *Vers un droit commun disciplinaire*, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2007, p. 299.

DERLON, É., FR. FOURMENT, C. MENABE, J.-B. THIERRY, « De la peine à la réponse judiciaire à la commission d'une infraction », dans Valérie Malabat, Bertrand de Lamy et Muriel Giacobelli (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2009, p. 277-288

DEUMIER, P., « La sanction disciplinaire, un concept unifié ? », dans Pascal ANCEL et Joël MORET-BAILLY (dir.), *Vers un droit commun disciplinaire ?*, coll. Droit, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2007, p. 239.

DOURGES, T., « De l'intérêt du droit pénal comparé », *Ouvrage collectif en hommage à Yannick Capdepon*, (dir.) enseignants-chercheurs de l'ISJC, Éditions Bière, à paraître.

DREYER, E., « La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », *JCP G* 2008.43.I 201.

EPRON, Q., « Les sanctions en droit administratif. Le cas des autorités administratives indépendantes », dans Dominique LASZLO-FENOUILLET et Cécile CHAINAIS (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, Vol. 1 « La sanction, entre technique et politique », coll. L'esprit du droit, Paris, Dalloz, 2012, p. 517.

FAVOREU, L., « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale. Vers un droit constitutionnel pénal. », dans *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Paris, Cujas, 1989, p. 196.

FOURNIER, S., « La peine de sanction-réparation : un hybride disgracieux (ou les dangers du mélange des genres) », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 285.

FOURNIER DE CROUY, N., « Vers de nouveaux motifs de droit « confiscatoires » exprimant la fonction normative de l'action en concurrence déloyale ou parasitaire », *RTD com.* 2022.5.

FRYDMAN, P., « Le contrôle juridictionnel des mesures disciplinaires dans les institutions fermées. Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 17 février 1995 (2 espèces). 1) M. Pascal Marie. 2) Philippe Hardouin », *RFDA* 1995.353.

GARRIDO, L., « Le droit à la sûreté : un droit en danger ? », dans Ludovic GARRIDO (dir.), *Le droit à la sûreté : état des lieux, état du droit. Actes de la journée d'étude organisée le 29 avril 2011 par le Centre d'étude et de recherche sur le droit administratif et la réforme de l'État de l'Université Montesquieu - Bordeaux IV*, coll. Collection Actes & études, Paris, Éditions Cujas, 2012, p. 3-16.

GAUTRON, V., « Une mémoire policière hypertrophiée : la fin du droit à l'oubli ? », *Les cahiers de la justice* 2016.4.607-617.

« Fichiers de police », dans *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Dalloz, en ligne : <<https://www-dalloz-fr>>.

GIRAULT, C., « Contrôles et vérifications d'identité », dans *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Dalloz.

GIUDICELLI-DELAGE, G. « Sanction administrative », dans Gérard Lopez et Stamatios Tzitzis (dir.), *Dictionnaire des sciences criminelles*, Paris, Dalloz, 2007, p. 841-845.

HERRAN, T., « L'impact de la loi relative à la sécurité publique sur la distinction entre la police judiciaire et la police administrative », *AJ Pénal* 2017.472.

« L'oxymore de la prévention réactive à la commission d'une infraction », *Gazette du Palais* 2018.3.66

HERZOG-EVANS, M., « La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des principes cardinaux de notre droit », *AJ Pénal* 2008.4.161.

IDOUX, P., « Faut-il un code de procédure administrative répressive ? », *RSC* 2019.41.

JAKOBS, G., « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2009.1.7.

JESTAZ, P., « La sanction ou l'inconnue du droit », *Recueil Dalloz Sirey* 1986.26e cahier. Chronique XXXII.197-204.

KELLERSON, P. et M. LACAZE, « Le « droit pénal de l'ennemi » : du dédoublement du droit pénal à la négation de la qualité de personne », dans Alexandre ZABALZA et Carole GRARD (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Marc Trigeaud : les personnes et les choses du droit civil à la philosophie du droit et de l'État*, Bordeaux, Éditions Bière, 2020, p. 535-562.

LAGOUTTE, J., « La protection de l'environnement : répression administrative ou répression pénale ? », dans Amané GOGORZA et Romain OLLARD (dir.), *Travaux de l'Institut de Sciences criminelles et de la justice de Bordeaux*, 4, Cujas, 2014, p. 281-299.

« La répression du profit illicite », dans Julien LAGOUTTE et Barbara FRELETEAU-CHAIBRASSOU (dir.), *Le profit Illicite*, 3, Bordeaux, Les colloques de l'ISCJ, 2018, p. 55-78

LAJOYE, C., « De la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *C.R.D.F.* 2002.1.117-133.

LASCOUMES, P. et C. BARBERGER, « De la sanction à l'injonction, «le droit pénal administratif» comme expression du pluralisme des formes juridiques sanctionnatrices », *RSC* 1988.4.

LASZLO-FENOUILLET, D. et C. CHAINAIS, « Présentation et conclusions de la recherche collective », dans *Les sanctions en droit contemporain*, Vol. 1 « La sanction, entre technique et politique », coll. L'esprit du droit, Paris, Dalloz, 2012, p. XI-LXXX.

LAVIELLE, B., « Une peine infinie (libre propos sur la rétention de sûreté) », *Gaz. pal.* 4 mars 2008.64.2.

LAZERGES, Ch., « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *RSC* 2008. 3.731.

LE CHATELIER, G., « Transaction », dans *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, en ligne : <<https://www-dalloz-fr>>.

LE GAL, S., « Aux origines du droit à la sûreté », dans Ludovic GARRIDO (dir.), *Le droit à la sûreté : état des lieux, état du droit. Actes de la journée d'étude organisée le 29 avril 2011 par le Centre d'étude et de recherche sur le droit administratif et la réforme de l'État de l'Université Montesquieu - Bordeaux IV*, coll. Collection Actes & études, Paris, Éditions Cujas, 2012, p. 19-42.

LEXTENSO (éd.), « La Constitution et le droit pénal », dossier, *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009.26

MALABAT, V., « Les sanctions en droit pénal. Diversification ou perte d'identité ? », dans Cécile CHAINAIS et Dominique FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, Vol. 1 « La sanction entre technique et politique », coll. L'esprit du droit, Paris, Dalloz, 2012, p. 69.

« Morale et droit pénal », dans, Dominique FENOUILLET, Dominique BUREAU et France DRUMMOND (dir.), *Droit et Morale*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, p. 219-236.

MANDON, C., « La notion de peine », dans Evelyne BONIS-GARÇON (dir.), *Pour une refonte du droit des peines. Quels changements si les préconisations de la commission Cotte étaient suivies ?*, LexisNexis, 2016, p. 71.

MARECHAL, A. et B. LEGRIS, « La composition administrative de l'AMF : un premier bilan très positif », *Bull. Joly Bourse* 2016.539-542.

MARTY, G., « Illicéité et responsabilité », dans *Études offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Librairie Dalloz, 1964.

MATSOPOULOU, H., « La fin du cumul des mesures de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer », *Revue des sociétés* 2016.12.755-761.

MAYAUD, Y., « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *D.* 2008.1359.

« Ratio legis et incrimination », *RSC* 1983.1.597-621.

MAYER, D., « Prévention et répression en matière de contrôles d'identité : une distinction trompeuse », *D.* 1993.272.

MAZEAUD, V., « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* 2015.48.7-20.

MBANZOULOU, P., « La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté », *AJ Pénal* 2008.4.171.

MICHEL, A., « Bon ordre ou sécurité de l'établissement pénitentiaire », *AJDA* 2020.2150.

MODERNE, F., « La sanction administrative (éléments pour une analyse comparative) », *RFDA* 2002.483.

MORET-BAILLY, J., « Les institutions disciplinaires, un état des lieux », dans Pascal ANCEL et Joël MORET-BAILLY (dir.), *Vers un droit commun disciplinaire ?*, coll. Droit, Saint-Étienne, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2007, p. 77-101.

M'SAÏDIE, TH., « La déclaration administrative préalable à l'exercice d'une activité », *AJDA* 2013.514.

PACTEAU, B., « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA* 1995.HS.151.

PELISSIER-GATEAU, H. et C. GUILLEMAIN, « Droit à réparation. - Responsabilité fondée sur la faute. - Atteintes aux droits de la personnalité. - Droits susceptibles d'atteinte », dans *JurisClasseur Civil Code*, Art. 1382 à 1386, fasc. 133-10, LexisNexis.

PENA, A., « Personnalité (Droits de la) », dans *Dictionnaire des droits fondamentaux*, 2^e éd., 564-592, Paris, Dalloz.

PELTIER, V., « Échappatoire constitutionnelle ! », *Dr. pén.* 2016.9.comm.135.

PICARD, É., « Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux : des régimes inutilement hétéroclites », *RFDA* 1994.959.

PIN, X., « L'infraction juste », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, Paris, LexisNexis, 2012.

POLLAUD-DULIAN, F., « À propos de la sécurité juridique », *RTD Civ.* 2001.487.

PONCELA, P., « De la diversité des sanctions juridiques. Variation sur le traitement différentiel des illégalismes », dans Françoise TULKENS, Yves CARTUYVELS ET Christine GUILLAIN (dir.), *La peine dans tous ses états. Hommage à Michel van de Kerchove*, Larcier, 2011, p. 67-78.

PONTHOREAU, M.-C., « La protection des droits fondamentaux par le Conseil constitutionnel », *Administration* 1997.177.37.

POULY, C., « Le droit à la sûreté à l'épreuve du droit des étrangers », dans Ludovic GARRIDO (dir.), *Le droit à la sûreté : état des lieux, état du droit. Actes de la journée d'étude organisée le 29 avril 2011 par le Centre d'étude et de recherche sur le droit administratif et la réforme de l'État de l'Université Montesquieu - Bordeaux IV*, coll. Collection Actes & études, Paris, Éditions Cujas, 2012, p. 57-71.

PRADEL, J., « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.* 2008.1000.

PRALUS-DUPUY, J., « Les tendances contemporaines de la répression disciplinaire », *RSC* 2000.545.

« Réflexions sur le pouvoir de sanction disciplinaire reconnu à certaines autorités administratives indépendantes », *RFDA* 2003.554.

PROROK, J., « La répression civile », *RSC* 2019.313.

RADE, C., « Faute », dans *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. Quadrige, 1^{re} éd., 706-711, Paris, Lamy-PUF.

RASCHEL, E., « La sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme entre cadence et décadence : commentaire de la loi n°2017-1510 du 30 octobre 2017 », *Dr. pén.* 2017.12.ét.23.

ROBERT, J.-H., « La victoire posthume de Lombroso et de Ferri », *Dr. pén.* 2008.2.repère 2.

ROCHFELD, J., « La responsabilité », dans *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2013, p. 481-549.

« Les droits subjectifs », dans *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2013, p. 145-208.

ROUJOU DE BOUBÉE, G., « La réforme de la garde à vue : commentaire de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 », *D.* 2011.1570.

ROUSSEAU, F., « Dangereusité et sanctions pénales », dans *Peine. Dangereusité. Quelles certitudes ?*, 9, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, Paris, Dalloz, 2010, p. 265-280.

« La fonction réparatrice de la responsabilité pénale », dans Jean-Christophe SAINT-PAU (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit : regards croisés. Actes du XXe congrès de l'Association française de droit pénal organisé à Bordeaux les 5-6-7 octobre 2011*, coll. Actes & études, Paris, Cujas, 2012, p. 125-138.

« La protection civile de l'honneur », dans Jean-Christophe SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, coll. Traités, Paris, Dalloz, 2013, p. 993-998.

ROUVIERE, F., « Le revers du principe "Différence de nature (égale) différence de régime" », dans *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Penser le droit, Bruylant, 2013, p. 415-448.

SAINT-PAU, J.-C., « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », *Responsabilité civile et assurances* 2013.5.

« Le droit au respect de la vie privée », dans Jean-Christophe SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, coll. Traités, Paris, LexisNexis, 2013, p. 675-943.

SAUNIER, S. « Codifier le droit des sanctions administratives. Une fiction ? », *RSC* 2019.31.

SORDINO, M.-C., « La règle de ne bis in idem en droit des procédures collectives », dans Haritini MATSOPOULOU (dir.), *La règle ne bis in idem. Concordances et Discordances entre les jurisprudences Européenne et Constitutionnelle*, mare et martin, 2019, p. 63-89.

SURREL, H., « Chronique Conseil constitutionnel et jurisprudence de la CEDH (juillet 2019 à fin décembre 2019) », (2020) Titre VII-4 *Le principe d'égalité*, en ligne : <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/chronique-conseil-constitutionnel-et-jurisprudence-de-la-cedh-juillet-2019-a-fin-decembre-2019>>.

TEITGEN-COLLY, C., « Sanctions administrative et autorités administratives indépendantes », *LPA* 1990.8.38.

VARINARD, A., « Introduction », dans *La sanction : colloque du 27 novembre 2003, Université Jean Moulin Lyon III*, Paris, l'Harmattan, 2007.

VARINARD, A. et E. JOLY-SIBUET, « Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre droit pénal et droit administratif pénal », *RIDP* 1988.189.

VEDEL, (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950.I.851.4.

ZENATI, F., « Pour une rénovation de la théorie de la propriété. », *RTD Civ.* 1993.305.

B- DROIT CANADIEN

APETROAIE, C. et C. DJUISSI SIGHA, « Chapitre IV. Homo homini res est ? Dangersité et droit au Canada », dans Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES (dir.), *La dangersité saisie par le droit pénal*, coll. Les voies du droit, Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 249-280.

BAUDOUIN, J.-L., P. DESLAURIERS et B. MOORE, « La responsabilité extracontractuelle et la responsabilité pénale », dans *La responsabilité civile*, 9^e éd., 1-Principes généraux, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2020.

« Réparation compensatoire », dans *La responsabilité civile*, 9^e éd., Volume 1-Principes généraux, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2020.

BOISVERT, A.-M., « Les dérives du droit administratif: les régimes de sanctions administratives pécuniaires comme « solution de rechange » au régime pénal », (2018) 23-3 *C.C.L.R.* 197-232.

BOISVERT, A.-M., H. DUMONT et A. STYLIOU, « En marge de l'affaire Lacroix-Norbourg : les enjeux substantifs et punitifs suscités par le double aspect, réglementaire et criminel, de certains comportements frauduleux dans le domaine des valeurs mobilières », (2010) 50-3-4 *C. de D.* 469-518.

BOISVERT, A.-M. et A. JODOUIN, « De l'intention à l'incurie : le déclin de la culpabilité morale en droit pénal canadien », (2015) 32-3 *R.G.D.* 759-795.

BRUN, H., G. TREMBLAY et E. BROUILLET, « La justice fondamentale selon la Charte canadienne », dans *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014.

« La justice fondamentale selon la Charte québécoise », dans *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014.

BRUNELLE, C. et M. SAMSON, « Les droits et libertés dans le contexte civil », dans Collection de droit 2021-2022, École du barreau du Québec, vol. 8, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2021.

COTE-HARPER, G., P. RAINVILLE et J. TURGEON, « Les caractéristiques du droit pénal », dans *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998.

CRETE, R. et J. PARADIS, « Délits d'initié », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit des affaires », *Valeurs mobilières*, fasc. 7, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 5 juin 2016.

DAIGNEAULT, R., « Réforme des sanctions environnementales au Québec : droit pénal dérivé ou une dérive du droit pénal? », dans S.F.C.B.Q., vol. 450, *Développements récents en droit de l'environnement (2010)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, EYB2010DEV1731, p. 35 (PDF) (La référence).

DEBRUCHE, A.-F., « La protection de la propriété par la Charte des droits et libertés de la personne : diable dans la bouteille ou simple peau de chagrin ? », (2006) *Hors-série-La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives-66.5 R. du B.* 175-216.

DESCHAMPS, P., « L'exonération et le partage de responsabilité », dans Collection de droit 2021-2022, École du Barreau du Québec, vol. 5, *Responsabilité*, Cowansville, Éditions Yvons Blais, 2021.

DESROSIERS, J. et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, « Le casier judiciaire », dans *L'agression sexuelle en droit canadien*, 2^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017.

DESROSIERS, J. et H. PARENT, « Principes », dans JurisClasseur Québec, coll. Droit pénal, *Droit pénal général*, fasc. 20, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1^{er} juin 2021.

DESROSIERS, J. et P. RAINVILLE, « Présentation. Remarques liminaires sur les dérives et évolutions du droit pénal », (2009) 50-3-4 *C. de D.* 455.

DOURGES, T., « La règle de prohibition des condamnations multiples : réflexions sur ses fondements et ses critères ainsi que sur leur application en droit économique et financier », (2020) 48-1 et 2 *R.D.U.S.* 31-90.

DUCHAIINE, CH., et N. DUBE, « Sanctions pénales, administratives ou ordonnances : en environnement, la diligence a bien meilleur goût ! », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents en droit de l'environnement (2013)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, EYB2013DEV2008, p. 30 (PDF) (La référence).

GAGNON, R.P., et LANGLOIS KRONSTRÖM DESJARDINS, S.E.N.C.R.L., « Les conflits de négociation : grève, lock-out, piquetage - Les sanctions », dans *Le droit du travail du Québec*, R.P. Gagnon (dir.), 7^e éd. mise à jour par LANGLOIS KRONSTRÖM DESJARDINS, sous la direction de Y. BERNARD, A. SASSEVILLE et B. CLICHE, Cowansville, Éditions Yvon Blais 2013.

GAUVIN, F. et A. PARENT, « Pour un meilleur respect d'une loi d'ordre public par la bonification du régime de droit administratif : le régime de sanctions administratives pécuniaires prévu à la Loi sur la qualité de l'environnement », dans *XX^e Conférence des juristes de l'État. Redéfinir la gouvernance publique*, 2013, p. 459-510.

GRATTON, Y. et H. HASSAN, « Procès par procédure sommaire », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit pénal », *Preuve et procédure pénales*, fasc. 12, Montréal, LexisNexis Canada, à jour du 1^{er} octobre 2014.

GREGOIRE, M. A., « Atteinte à la vie privée et à la réputation », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 4, Montréal, LexisNexis Canada, à jour du 15 avril 2021.

GRONDIN, R., « Classification des infractions », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit pénal », *Droit pénal général*, fasc. 5, Montréal, LexisNexis Canada, à jour du 1^{er} novembre 2020.

HECKMAN, G., « Charte canadienne : droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et justice fondamentale », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit public », *Droit constitutionnel*, fasc. 10, Montréal, LexisNexis Canada, à jour du 1^{er} juin 2021.

ISSALYS, P., « Les sanctions administratives de l'assurance-emploi : entre solidarité, assurance et répression », (2009) 50-3-4 *C. de D.* 825.

ISSALYS, P., ET D. LEMIEUX, « Le droit administratif », *L'action gouvernementale – Précis de droit des institutions administratives*, 4e éd., Éditions Yvons Blais, 2020, p. 2 (PDF), EYB2020PIA4 (La référence).

« Les bases historiques du droit administratif », *L'action gouvernementale – Précis de droit des institutions administratives*, 4e éd., Éditions Yvons Blais, 2020, (PDF), EYB2020PIA6 (La référence).

« Les organismes de régulation », *L'action gouvernementale – Précis de droit des institutions administratives*, 4e éd., Éditions Yvons Blais, 2020, p. 1-6 et 8-9 (PDF), EYB2020PIA42 (La référence).

LACROIX, M., « Le fait générateur de responsabilité civile extracontractuelle personnelle : continuum de l'illicéité à la faute simple, au regard de l'article 1457 C.c.Q. », (2012) 46-1 *R.J.T.* 25-54.

« La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile — analyse comparée des systèmes germanique, canadien et québécois », (2013) 59-2 *Revue de droit de McGill* 425-474.

LAMBERT, É., « Commentaire sur l'article 899 C.c.Q. », dans *Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ)*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2008.

« Commentaire sur l'article 913 C.c.Q. », dans *Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ)*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2008.

« Commentaire sur l'article 911 C.c.Q. », dans *Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ)*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2018.

LAROCHE, P., « Table ronde : Constitution et sécurité juridique - Canada », (2000) 15-1999- Constitution et sécurité juridique – Droit constitutionnel, droit communautaire et droit européen *A.I.J.C.* 131-141.

LEMONDE, L., « L'évolution des normes dans l'institution carcérale », (1995) 10-1 *RCDS* 125.

« Landreville et les détenu(e)s de par ici », (2007) 40-2 *Criminologie* 107-125.

LETOURNEAU, A., « Criminalité financière », dans Jurisclasseur Québec, coll. « Droit des affaires », *Valeurs mobilières*, fasc. 15, Montréal, LexisNexis Canada, à jour du 1^{er} juillet 2017.

LETOURNEAU, A. et M. NACCARATO, « La responsabilité pénale et criminelle des prestataires de services financiers et la détermination des peines : d'hier à demain », 2 *B.D.E.* 21.

MCLEOD, D., « *Facing the Consequences: Should the Charter Apply to Administrative Proceedings Involving Monetary Penalties?* », (2012) 30-1 *National Journal of Constitutional Law* 59-84.

« *An Unacceptable Standard: Administrative Monetary Penalties and the Erosion of Section 11 Protections in the Wake of Guindon* », 36 *National Journal of Constitutional Law* 229-251.

MICHEL Y., H., « Bien-fondé de l'exclusion des sanctions pécuniaires administratives de la portée de l'article 11 de la Charte canadienne des droits et libertés », dans *XVII^e Conférence des juristes de l'État*, 2006, p. 291-321, en ligne : <https://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca>.

MONTPETIT, M., « Le concept de faute dans son rapport avec l'illicite », dans *L'atteinte illicite : repenser le droit de la responsabilité en fonction de ses sources*, Éditions Yvon Blais, 2015.

NADEAU, M., « Perspectives pour un principe de sécurité juridique en droit canadien : les pistes du droit européen », (2009-10) 40 *R.D.U.S.* 512-550.

NAKACHE, D., « Détention des demandeurs d'asile au Canada : des logiques pénales et administratives convergentes », (2013) 46-1 *Criminologie* 83.

O'NEILL, L.-M. et J. MAJOR, « Application de la loi », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droits des affaires », *Valeurs mobilières*, fasc. 14, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1er juin 2019.

PATRICK, M., « Droit pénal et sanctions administratives pécuniaires : quelques considérations pour prévenir la confusion des genres et faciliter la cohabitation », dans *XX^e Conférence des juristes de l'État. Redéfinir la gouvernance publique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 529-566.

PELLETIER, G., « Les sanctions administratives pécuniaires », dans *XX^e Conférence des juristes de l'État. Redéfinir la gouvernance publique*, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 513-528, en ligne : [ps://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca](https://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca).

PERRON, J.-P., « La détermination de la peine », dans *Collection de droit 2021-2022*, Ecole du Barreau du Québec, vol. 13, *Droit pénal : infractions, moyens de défense et peine*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, EYB2021CDD236, (La référence).

PIETTE, J., « La sanction du droit de l'environnement par des pénalités administratives », dans *S.F.C.B.Q.*, vol. 352, *Développements récents en droit de l'environnement (2012)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, EYB2012DEV1882 (PDF) (La référence).

« La contestation des sanctions administratives pécuniaires en vertu de la Loi sur qualité de l'environnement », dans *S.F.C.B.Q.*, vol. 468, *Développements récents en droit de l'environnement (2019)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, EYB2019DEV2800, (PDF) (La référence).

PIETTE, J. et O. DULUDE, « L'équité procédurale lors de l'imposition d'une sanction administrative pécuniaire en vertu de la Loi sur la qualité de l'environnement », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents en droit de l'environnement* (2017), Cowansville, Éditions Yvon Blais, EYB2017DEV2512, p. 9 (PDF) (La référence).

PILOTTE, F., « Resquêtes préliminaires de type procédurale », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit pénal », *Preuve et procédure pénales*, fasc. 8, Montréal, LexisNexis Canada, à jour du 25 avril 2022.

RAINVILLE, P., « La gradation de la culpabilité morale et des formes de risque de préjudice dans le cadre de la répression de la tentative », (2005) 37-4 *C. de D.* 909-970.

RAINVILLE, P. et J. DESROSIERS, « Le particularisme juridique de la répression de la criminalité organisée au Canada », 89-3 *Revue du Barreau canadien* 545.

ROBERT, M.-P., « Élément mental de l'infraction : mens rea subjective », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit pénal », *Droit pénal général*, fasc. 3, Montréal, LexisNexis Canada, à jour du 1^{er} décembre 2021.

ROY, P., « Différentes manifestations de la notion de peine privée en droit québécois », (2004) 38 *R.J.T.* 263.

SAMSON, M. et F. HENAULT, « Le droit à l'égalité dans l'exercice de la liberté de tester au Québec : l'exemple du testament de la personne sourde qui ne peut ni parler, ni lire, ni écrire », (2017) 119 *Revue du notariat*.

STEWART, H., « Punitive in effect: Reflections on Canada v. Whaling », (2015) 71-2 *S.C.L.R.* 263-275.

STYLIOS, A., « Eventail des peines », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit pénal », *Droit pénal général*, fasc. 21, Montréal, LexisNexis Canada, à jour du 15 mai 2021.

SYLVESTRE, M.-E. et M. LAPOINTE, « Élément mental de l'infraction : mens rea objective », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit pénal », *Droit pénal général*, fasc. 4, Montréal, LexisNexis Canada, à jour du 1^{er} juin 2022.

TURGEON, J., « Introduction au droit pénal général », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit pénal » *Droit pénal général*, fasc. 1, Montréal, LexisNexis Canada, à jour du 24 septembre 2021.

VELLOSO, J. G. V., « Au-delà de la criminalisation : l'immigration et les enjeux pour la criminologie », (2013) 46-1 *Criminologie* 55-82.

« Beyond criminocentric dogmatism: Mapping institutional forms of punishment in contemporary societies », (2013) 15-2 *Punishment & Society* 166-186.

VERGE, P. et D. ROUX, « Fermer l'entreprise : un « droit » absolu ? », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit du travail* (2006), Cowansville, Éditions Yvon Blais.

VINCELETTE, D., « Définition et notion de la propriété. Plaidoyer pour la vraisemblance », (2001) 31-4 *R.G.D.* 677-700.

C- DROIT COMPARÉ

ANCEL, M., « Intérêt et nécessité nouvelle de la recherche pénaliste comparative », dans *Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, Paris, Pédone, 1980.

CUMYN, M., « La classification des catégories juridiques en droit comparé - Métaphores taxonomiques », (2008) 110 *La Revue du Notariat* 1-35.

DUBBER, M. D., « Comparative criminal law », dans Mathias REIMANN et Reinhard ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford New York, Oxford University Press, 2006, p. 1287-1325.

EMERICH, Y., « Introduction », dans *Droit commun des biens : perspective transsystémique*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2017.

« La caractérisation de la propriété », dans *Droit commun des biens : perspective transsystémique*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2017.

« La détermination du bien objet de propriété », dans *Droit commun des biens : perspective transsystémique*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2017.

FAUVARQUE-COSSON, B., « Deux siècles d'évolution du droit comparé », (2011) 63-3 *RIDC* 527-540.

GRAZIADEI, M., « The functionalist heritage », dans Pierre LEGRAND et Roderick MUNDAY (dir.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, 1^{re} éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 100-128.

JALUZOT, B., « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », (2005) 57-1 *RIDC* 29-48.

LAMBERT, E., « Rapport sur les communications d'ordre général concernant la première section », dans *Actes du congrès de Paris de 1900 : théorie générale, méthode et enseignement du droit comparé*, coll. Sensus iuris, Paris, Société de législation comparée, 2020, p. 26-60.

LEGRAND, P., « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », dans Pierre LEGRAND, *Comparer les droits, résolument*, coll. Les Voies du droit, Paris, PUF, 2009, p. 209.

MUIR-WATT, H., « La fonction subversive du droit comparé », (2000) 52-3 *RIDC* 503-527.

PICARD, E., « La comparaison en droit constitutionnel et en droit administratif : du droit comparé comme méthode au droit comparé comme substance », (2015) 67-2 *RIDC* 317-329.

PONTHOREAU, M.-C., « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », (2005) 57-1 *RIDC* 7-27.

« Droits étrangers et droit comparé : des champs scientifiques autonomes ? », (2015) 67-2 *RIDC* 299-315.

RIVERO, J., « Le droit administratif en droit comparé : rapport final », (1989) 41-4 *RIDC* 919-926.

SALEILLES, R., « Rapport général sur les travaux du Congrès international de droit comparé », dans *Actes du congrès de Paris de 1900 : théorie générale, méthode et enseignement du droit comparé*, coll. Sensus iuris, Paris, Société de législation comparée, 2020, p. 141-153.

TROPER, M., « L'histoire du droit, le droit comparé et la théorie générale du droit », (2015) 67-2 *RIDC* 331-340.

VINEY, G., « Réparation en nature, cessation de l'illicite et mesures purement préventives », dans Bernard DUBUISSON et Patrice JOURDAIN (dir.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé*, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain, n° 54, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 7-58.

ZWEIGERT, K., « Méthodologie du droit comparé », dans *Mélanges offert à Jacques Maury*, t. 2 « Droit comparé, théorie générale du droit et droit privé », Paris, Dalloz & Sirey, 1960, p. 379.

D- AUTRES

EISENMANN, C., « Le juriste et le droit naturel », dans « Le droit naturel », *Annales de philosophie politique* 1959.3.

« Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », dans « La logique du droit », *Arch. phil. droit.*, t. 9, 1966, p. 25-43.

GRZEGORCZYK, C., « Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit », dans « Le système juridique », *Arch. phil. droit.*, t. 31, 1986, p. 281-301.

SEVE, R., « Introduction », dans « Le système juridique », *Arch. phil. droit.*, t. 31, 1986, p. 1-10.

TAUPIAC-NOUVEL, (G.), « A la recherche de la peine en droit de l'Union européenne », *Dr. pén.* 2015.9.dossier 6.

III - DOCUMENTS GOUVERNEMENTAUX ET JURIDICTIONNELS, RAPPORTS D'ORGANISMES PUBLICS

A- DROIT FRANÇAIS

ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information en conclusion des travaux de la mission sur les fichiers mis à la disposition des forces de sécurité*, n° 1335, 15^e législature, 17 oct. 2018, présenté par Messieurs Didier PARIS et Pierre MOREL-À-L'HUISSIER, p. 19-20.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Commentaire de la décision n° 2017-646/647 QPC du 21 juillet 2017, *M. Alexis K. et autre* (Droit des enquêteurs de l'AMF d'obtenir la communication des données de connexion), p.11.

Commentaire de la décision n° 2018-764 QPC du 15 février 2019, *M. Paulo M.* (Droit de communication aux agents des douanes des données de connexion), p. 11.

Commentaire de la décision n° 2021-930 QPC du 23 septembre 2021, *M. Jean B* (Recours à la géolocalisation sur autorisation du procureur de la République), p. 10.

COUR DE CASSATION, « Note explicative relative à l'arrêt n° 2333 du 25 novembre 2020 (chambre criminelle) », p. 7, en ligne : < <https://www.courdecassation.fr> >.

MINISTERE DE LA JUSTICE,

Projet de loi portant réforme du code pénal, Deuxième session extraordinaire de 1985- 1986, Sénat, n° 300, p. 7, en ligne : <<http://www.senat.fr/dossier-legislatif>>.

Projet de réforme de la responsabilité civile, présenté par la Chancellerie le 13 mars 2017. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2022-478 du 30 mars 2022 portant partie législative du code pénitentiaire, J.O. 5 avril 2022, texte n° 7.

B- DROIT CANADIEN

COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *Le dédommagement et l'indemnisation*, Document de travail 5, Ottawa, 1974.

GOUVERNEMENT CANADIEN, *Guide opérationnel ENF 20 Détention*, en ligne : <<https://www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/francais/ressources/guides/enf/enf20a-fr.pdf>>.

JOHANSEN, D., *Le droit à la propriété et la Constitution*, BP-268F, Division du droit et du gouvernement, 1991, en ligne : <<https://publications.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/BP/bp268-f.htm>>.

MACKAY, R., M. SMITH et Division du droit et du gouvernement, *Résumé législatif, Projet de loi C-13 : Loi modifiant le Code criminel (Fraude sur les marchés financiers et obtention d'éléments de preuve)*, Direction de la recherche parlementaire, LS-468F, Bibliothèque du Parlement, 2004, en ligne : <<https://lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/LegislativeSummaries/PDF/37-3/c13-f.pdf>> (consulté le 26 janvier 2020).

MINISTERE DE LA JUSTICE, SECTION DES DROITS DE LA PERSONNE. *Chartepédia*, en ligne : <<https://www.justice.gc.ca>>.

OFFICE NATIONAL DE L'ENERGIE, *Guide sur le processus relatif aux sanctions administratives pécuniaires*, 2015, p. 1, en ligne : < <https://publications.gc.ca> >.

QUEBEC, ASSEMBLEE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des transports et de l'environnement*, 2^e sess., 39^e légis., 10 mai 2011, « Étude détaillée du projet de loi n°89 – Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin d'en renforcer le respect ».

Journal des débats de la Commission des transports et de l'environnement, 2^e sess., 39^e légis., 17 mai 2011, « Étude détaillée du projet de loi n°89 – Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin d'en renforcer le respect ».

TULLOCH, M. H., *Rapport de l'examen indépendant des contrôles de routine*, Imprimeur

de la Reine pour l'Ontario, Ministère de la Sécurité communautaire et des Services correctionnels, 2018, en ligne : <www.ontario.ca/fr/page/ministere-de-la-securite-communautaire-et-des-services-correctionnels>.

C- AUTRES

HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES REFUGIES, *Principes directeurs relatifs aux critères et aux normes applicables à la détention des demandeurs d'asile et alternatives à la détention*, en ligne : <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/50348953b8.html>>.

VI- DICTIONNAIRES ET OUVRAGES GENERAUX

A- JURIDIQUES

CENTRE PAUL-ANDRÉ CREPEAU DE DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ, *Le Dictionnaire de droit privé - Les obligations*, 2003, en ligne : <<https://nimbus.mcgill.ca>>.

CORNU, G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., coll. Quadrige, Paris, PUF, 2018.

DRAGO, G., *Dictionnaire des droits fondamentaux*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2010.

GUINCHARD, S. et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques 2021-2022*, 29^e éd., coll. Lexiques, Paris, Dalloz, 2021.

REID, H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, en ligne : <<https://dictionnaireid.caij.qc.ca>> (JuriBistro^{MD} eDICTIONNAIRE).

B- NON JURIDIQUES

ACADEMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'Académie française*, 1^{re} éd., 1694, en ligne : <<https://www.dictionnaire-academie.fr>>.

Dictionnaire de l'Académie française, 6^e éd., 1835, en ligne : <<https://www.dictionnaire-academie.fr>>.

Dictionnaire de l'Académie française, 8^e éd., 1935, en ligne : <<https://www.dictionnaire-academie.fr>>.

Dictionnaire de l'Académie française, 9 (actuelle), en ligne : <<https://www.dictionnaire-academie.fr>>.

CENTRE NATIONAL DE RESSOURCES TEXTUELLES ET LEXICALES, *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales - Etymologie*, en ligne : <<https://www.cnrtl.fr>>.

GAFFIOT, F., *Dictionnaire illustré latin-français*, Paris, Hachette, 1934.

Grand Robert de la langue française, 2022, en ligne : <<https://grandrobert-lerobert-com>>

Larousse, en ligne : <<http://www.larousse.fr>>.

Le Robert. Dictionnaire des synonymes et nuances, coll. Les usuels, Paris, 2011.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Amende :

- administrative :
 - o dr. can. : 61, 70, 80, 184, 241-242, 281.
 - o dr. fr. : 60, 70, 80.
- civile (dr. fr.) : 12, 13, 60, 80, 91, 119, 125, 126, 240, 262, 281, 551.
- douanière (dr. fr.) : 157, 158.
- fiscale (dr. fr.) : 46, 60, 80, 124.
- forfaitaire (dr. fr.) : 60.
- jours-amende (dr. fr.) : 46, 60, 80, 398, 491, 501.
- pénale :
 - o dr. can. : 61, 80, 184, 242, 244, 271, 517.
 - o dr. fr. : 60, 71, 80, 112, 241, 244, 457-458.
- suramende compensatoire (dr. can.) : 61, 248, 271-273, 460.

Assignation à résidence (dr. fr.) : 74, 328, 333, 408.

Astreinte (dr. fr.) : 534 à 536.

B

Banqueroute (dr. fr.) : 12, 112, 116, 202, 471-472.

Bien juridique protégé : 103, 302, 304, 337 et suiv., 345, 347-348, 351-352.

C

Casier judiciaire : 179, 242, 265, 272, 321, 419, 431, 434, 437, 442, 445, 452, 454, 455, 467, 474, 477, 479, 490, 491, 496-497, 537, 553.

Cessation de l'illicite :

- critère : 532.
- définition : 531.

Clarté de la loi : 12, 106, 110, 251, 263, 276, 280, 508.

Clause pénale :

- o dr. fr. : 60.
- o dr. québ. : , 61.

Cohérence du droit : 16, 26, 209, 213, 263, 276, 277, 380, 554, 563.

Confiscation :

- en dr. fr. : 63, 81, 451 à 454, 538, 540.
- en dr. can. : 64, 82, 460.
- en dr. québ. : 64, 467, 539.

Contrainte par corps : 157, 158.

Contravention :

- de grande voirie : 306, 555.
- pénale : 80, 117, 176, 204.

Contrôle d'identité (dr. fr.) : 360.

Culpabilité : 7, 71, 88, 136 à 139, 158, 179, 184, 188, 230, 231, 258 à 261, 271-272, 305-306, 311, 316-317, 324, 332, 345 à 347, 363, 378, 385, 419, 476, 497.

Cumul et non cumul (qualifications, poursuites, sanctions) : 14, 201 et suiv.

D

Dangerosité :

- criminologique : 339.
- critère d'illicéité : 284, 304, 307, 335.
- définition : 337.
- infraction : 335, 341, 342.
- légale : 335.

- menace : 337 et suiv.
- pénitentiaire : 339.
- psychiatrique : 339.

Détention provisoire/présentencielle :
46, 331, 332, 333, 400, 478.

Détermination :

- circonstances aggravantes : 88, 94.
- circonstances atténuantes : 88.
- de la peine :
 - o dr. fr. : 87, 94, 95.
 - o dr. can. : 88, 94, 95.
- des sanctions administratives :
 - o dr. fr. : 91.
 - o dr. can. : 92.
- des sanctions civiles :
 - o dr. fr. : 91, 97.
 - o dr. can. : 92, 98.
- des sanctions disciplinaires :
 - o dr. fr. : 91.
 - o dr. can. : 92.

Discernement/raison : 306, 323.

Dispense de peine : 419, 497.

Dissuasion : 35, 92, 184, 189, 204, 226, 227, 228, 229, 230, 250.

Dommages et intérêts :

- moraux : 550.
- punitifs : 13, 61, 80, 92, 98, 109, 113, 120, 464, 466, 547, 551, 562.

Doctrines (rôle de) : 28, 277.

Droit :

- administratif : 10.
- civil : 10.
- disciplinaire : 10.
- pénal : 10.

Droit à la liberté individuelle (dr. fr., dr. can.)

- fondement : 45.
- notion : 45.

- privations : 45, 46, 47, 72, 73, 385, 397 et suiv., 483.
- valeur : 383, 385.

Droit à la vie (dr. fr., dr. can.) :

- atteintes : 384, 390.
- fondement : 384.
- valeur : 383, 384.

Droit à l'emploi :

- atteintes (dr. fr.) : 441, 442, 452, 479, 490, 496-497, 490.
- atteintes (dr. can.) : 445, 490.
- fondements (dr. fr.) : 440.
- fondements (dr. can.) : 443, 444.
- notion (dr. fr.) : 440.
- notion (dr. can.) : 443, 444.

Droit à l'honneur ou à la réputation :

- atteintes (dr. fr.) : 56, 78, 431, 434, 474, 489, 496, 540.
- atteintes (dr. can.) : 57, 78, 437, 467, 477, 489, 496.
- atteintes (dr. québ.) : 466.
- fondements (dr. fr.) : 432, 433.
- fondement (dr. can.) : 436.
- fondement (dr. québ.) : 438.
- notion (dr. fr.) : 430, 432, 433.
- notion (dr. can.) : 436.
- notion (dr. québ.) : 438.

Droit à l'intégrité physique (dr. fr., dr. can.) :

- atteintes : 384, 392 et suiv.
- fondement (dr. fr.) : 384.
- fondement (dr. can.) : 384.
- valeur : 383, 384.

Droit au respect de la vie privée :

- atteintes (dr. fr.) : 414 et suiv., 452, 474, 484, 488, 496.
- atteintes (dr. can.) : 424 et suiv., 484, 488, 496.
- fondements (dr. fr.) : 413.
- fondements (dr. can.) : 421.
- notion (dr. fr.) : 413.
- notion (dr. can.) : 421 à 423.

Droit civils, civils et de famille :

- notion : 52.
- privation et restriction : 52.

Droit comparé :

- bijuridisme : 21.
- complémentarité des méthodes : 18.
- définition : 18.
- discipline : 18.
- droit français et droit canadien : 21, 22.
- intérêt de la comparaison droits français, canadiens et québécois : 20.
- méthodes : 18.
- objectifs : 18.

Droit de propriété (dr. fr., dr. can., dr. québ.) :

- atteintes (dr. fr.) : 451 à 454, 485, 486.
- atteintes (dr. can.) : 460, 485.
- atteintes (dr. québ.) : 466, 467.
- fondements (dr. fr.) : 447, 451, 456 à 458.
- fondements (dr. can.) : 447, 459.
- fondements (dr. québ.) : 459, 462.
- notion (dr. fr.) : 451, 457, 458.
- notion (dr. can.) : 460.
- notion (dr. québ.) : 462, 463, 464.

Droit disciplinaire pénitentiaire :

- dr. fr. : 197, 210, 402.
- dr. can. : 198, 210.

Droit en réseau :

- existence (d'une norme, d'une notion) : 26, 191.
- présentation : 24, 25.
- théorie tridimensionnelle de la validité d'une norme (validité objective) : 26, 192, 560-561.
 - o axiologique : 26, 191, 561
 - o dimension formelle : 26, 191, 561
 - o empirique ou factuelle : 26

- validité subjective (normativité) : 26, 191-192, 561.

Droits et libertés :

- critère de la répression : v. *Répression (critère de gravité substantielle)*.
- distinction : 372, 373.
- diversité : 380.
- fondamentaux : 374 et suiv.
- hiérarchisation : 382.
- lésion (effective) : 482 et suiv.
- lésion (risque) : 492 et suiv.

E**Emprisonnement (dr. fr., dr. can.) : 44, 398, 501.**

- sursis : 55, 398, 426, 500.
- vie privée : 415, 425.

Engagement de ne pas troubler l'ordre public (dr. can.) : 51, 74, 283, 293, 295, 339, 350, 403-404, 409, 478, 502, 562.**F****Faillite personnelle (dr. fr.) : 12, 52, 53, 91, 112, 116, 273, 431, 472, 496.****Faute : 261**

- administrative : 306
- civile : 109, 302, 305, 306, 363.
- Contribution à la dette : 548-549.
- critère (non retenu) : 306.
- disciplinaire : 306, 363.
- pénale : 306.

Fermeture d'établissement (dr. fr.) : 473 à 475, 537.**Fichier de police et de justice (dr. fr.) : 56, 431, 442, 496.**

- FIJAIS : 12, 419, 431, 434.
- FIJAIT : 419, 431, 434.
- FNAEG : 431, 434.
- TAJ : 431, 434.

Fouilles/perquisitions/saisies:

- vie privée (dr. can) : 427, 488.
- vie privée (dr. fr.) : 417, 488.

G

Garde imposée en établissement (dr. québ.) : 353.

H

Hospitalisation sous contrainte (dr. fr.) : 46, 164, 352, 402-403.

I**Illicéité :**

- antijuridicité : 301.
- comportement dangereux : 304.
- dangerosité : v. *Dangerosité*.
- définition générale : 301.
- état dangereux : 304.
- faute (distinction) : 305.
- formelle : 302, 303, 344.
- matérielle : 302, 337, 340.
- non-formelle : 335 et suiv., 344, v. *Dangerosité*.
- substantielle (définition) : 304.
- typologie : 308 et suiv.

Imputabilité (dr. fr., dr. can.) :

- notion : 305-306.
- illicéité non-formelle (autonomie) : 306.

Incrimination : 8, 12, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 112, 128, 304, 344, 345, 347, 351.

Interdiction :

- de conduire : v. *Retrait de permis de conduire*.
- de séjour (dr. fr.) : 50, 74, 407, 487.
- du territoire français : 50, 74, 407-408.
- professionnelle (dr. fr.): 52, 75, 472.
- professionnelle (dr. can.): 53, 76, 478.

L**Légalité**

- principe de : 12, 102, 104, 105, 106, 108, 114, 128, 146, 301, 385.
- textualité : 106.

Libération/ Liberté conditionnelle :

165, 158, 187, 273, 284, 385.

Liberté d'aller et venir (dr. fr., dr. can.) :

- fondements (dr. fr.) : 45.
- fondements (dr. can.) : 45.
- notion (dr. fr.) : 45.
- notion (dr. can.) : 45.
- restriction (dr. fr.) : 50, 74, 408, 487.
- restriction (dr. can.) : 51, 409, 487.

Liberté d'entreprendre :

- atteintes (dr. fr.) : 472, 475, 490.
- atteinte (dr. can.) : 477, 490.
- fondements (dr. fr.) : 470.
- fondements (dr. can.) : 476.
- notion (dr. fr.) : 470.
- notion (dr. can.) : 476.

Libre arbitre : 22.**M**

Majoration fiscale : 119, 243, 554.

Matière pénale : 21, 25, 35, 122, 137, 145, 146, 147, 149, 151, 152, 214, 236, 243, 247, 270, 275, 384, 419, 433, 454, 509.

Mesure(s) :

- alternatives aux poursuites : 7, 60, 319, 321, 323-324.
- de rechange : 7, 322.
- de remise en état (urbanisme) : 455, 535-536.
- de sûreté : v. *Mesure de sûreté*.
- droit des étrangers : 46, 328.

- individuelles de contrôle administratif et de surveillance : 283, 295, 339, 351, 357, 359, 361, 408.
- prononcées dans le cadre de la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : 323, 325.
- sanction (distinction) : 37.
- transactionnelle et de composition en matière administrative : 326.

Mesure de sûreté : 136 et suiv.

- caractères : 369.
- définition : 7.
- fonction : 7.
- fondement : 137-138, 230.
- qualification : 7, 12.

N

Notion : 28.

O

Objet juridique protégé : 103, 111, 112, 113, 342.

Ordonnance de probation (dr. can.): 55, 398, 426, 502.

Ordonnance de dédommagement (dr. can.) : 61, 95, 553.

P

Peine :

- au sens de la CEDH : v. *Peine* (dr. euro.)
- au sens du Cons. const.
- au sens de la CSC : v. *Peine* (dr. can.)
- caractères de la peine : 369.
- définition : 7, 35.
- fonctions/objectifs : 22, 35, 87, 94.
- fondement : 138, 259-260, 263.
- privée : 60, 61.

Peine (dr. euro.) :

- critères :
 - appréciation globale : 168.
 - infraction : 147 et suiv.
 - gravité : 167, 236, 243, 254, 268.
 - nature et but : 161 et suiv., 231.
 - procédure d'adoption et d'exécution : 158, 248.
 - qualification en droit interne : 157, 267.
- impact (sur la portée de la) : 166.

Peine (dr. can.) :

- définition : 186 à 188.

Prévisibilité du droit : 16, 209, 277, 281.

Procédure de nature criminelle : 16, 191, 192, 215, 216, 313, 562.

- critères :
 - but de la sanction : 177, 229.
 - éléments indifférents : 173, 174.
 - objectif de la loi : 176, 220 à 225.
 - processus menant à la sanction : 179, 248.
- nature de l'affaire : 170, 171, 255.

Procès équitable : 146, 199.

Propriété intellectuelle (dr. fr.) : 54, 56, 63, 78, 112, 453, 540-541.

Publication des décisions : 56, 78, 272, 380, 431, 434, 438, 445, 453-454, 489, 496, 540.

Punition : 138, 141-143, 184, 187, 204, 208, 214 à 216, 218, 221, 227, 228 et suiv., 250, 259 à 261, 312.

R

Recueil d'informations identificatoires (dr. can.) : 362.

Réparation :

- compensation : 545, 557-558.
- critère : 545.
- définition : 543-544.
- dommage : 545.
- dommages-intérêts : 550.
- faute : 549.

Répression :

- cessation de l'illicite (distinction) : 531 et suiv., v. *cessation de l'illicite*
- critères :
 - o articulation des : 285.
 - o cause : 284
 - o dangerosité : v. *Dangerosité*.
 - o détermination des : 280 et suiv.
 - o droit et liberté (atteinte à) : 369 et suiv.
 - o gravité : 284, 364-365.
 - o gravité quantitative : 365, 504 et suiv., spéc. 527 et suiv.
 - o gravité substantielle : 365, 366 et suiv.
 - o illicéité : v. *Illicéité*.
 - o nature réactionnelle : 284, 289 et suiv.
 - o procédural (exclu) : 282.
- définitions : 3 à 9.
- définition unifiée : 28, 284.
- notion : 2, 16, 27, 192.
- prévention (distinction) : 131, 283, 293.
- régime : 196 et suiv.
- réparation (distinction) : 131, 141, 283, 543 à 545, 547, v. *réparation*.
- théorie générale : 16, 365.

Responsabilité : 13, 55, 60-61, 84-85, 87-88, 91, 102, 259, 261, 305-306, 309 et suiv., 318-320, 323-325, 341, 361, 403, 416, 419, 543-545, 548 et suiv.

Rétention de sûreté : 12, 46, 72, 136, 137, 138, 139, 192, 231, 236, 250, 260, 282, 284, 285, 315, 316, 339, 386, 479.

Retrait :

- et suspension de permis de conduire (dr. fr., dr. québ.) : 52, 53, 75, 76, 408.
- objets contrefaisant (dr. fr.) : 54, 540.

Rétribution :

- châtement : 7, 35.
- fonction (peine) : 22, 35, 227, 347.

S

Sanction : 7, 37

- administrative (dr. fr.) : 12, 199, 211.
- administrative (dr. can.) : 13, 200, 212.
- administrative pécuniaire : 61, 80, 556.
- ayant le caractère d'une punition : v. *sanction ayant le caractère d'une punition*.
- civile : 60-61, 80, 91-92, 97, 108, 112, 119.
- disciplinaire : 52, 60, 73, 77, 152, 236, 402.
- gravité : 67 et suiv.
- nature : 39.
- objet : 40, 41, 43.
- pécuniaire : 60, 61, 80.
- pénale : 7.

Sanction ayant le caractère de punition : 6

- critères : 125, 126, 127, 129 et suiv., 230, 235, 240, 241, 248, 249, 261.
- droit administratif : 6, 312.
- droit civil : 6, 312.

- droit disciplinaire : 6, 312.
- droit pénal : 312.
- notion : 124, 125.
- régime : 128.

Sanction réparation : 60, 501, 553.

Sécurité juridique : 16, 204, 276, 277, 281, 286, 364, 561.

Suivi socio-judiciaire : 7, 54, 415.

Surveillance judiciaire : 12, 136, 137, 138, 216, 250, 340.

T

Travail

- d'intérêt collectif : 54, 77.
- d'intérêt général : 54, 60, 77.
- d'utilité sociale : 77.

U

Utilitarisme : 22, 348.

V

Valeur :

- constitutionnelle :
 - Charte canadienne des droits et libertés : 378.
 - DDHC : 25.
- protégée (par le d. pénal) : 103.
- quasi-constitutionnelle :
 - Charte québécoise : 380.
 - Déclaration canadienne des droits : 380.

Véritable conséquence pénale : 264.

- amende : 184, 242, 270 à 273.
- emprisonnement : 183, 237.

Verdict de non responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux : 47, 325.

Victime : 35, 54, 60, 85, 94, 317, 458, 530, 543, 545, 551, 554, 563.

TABLES DES MATIERES

REMERCIEMENTS	III
LISTE DES ABREVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES.....	V
SOMMAIRE	VIII
INTRODUCTION.....	1
I. L'approche plurielle de la répression.....	2
A. La variabilité de la notion de répression dans le langage courant	2
B. La variabilité juridique contemporaine de la notion de répression.....	6
II. L'insuffisance de l'approche plurielle de la répression	21
A. Le déploiement des mécanismes sanctionneurs pénaux et extra-pénaux depuis la fin du XX ^e siècle	22
B. Les enjeux actuels de la coexistence des mécanismes sanctionneurs	28
III. La nécessité d'une approche unifiée de la répression	30
A. Les intérêts d'une définition unifiée de la répression	30
B. Le droit comparé comme outil méthodologique.....	35
C. La conception du droit en réseau comme outil théorique.....	42
D. La proposition d'une définition unifiée de la notion de répression	47
PARTIE 1. L'EMERGENCE D'UNE NOTION UNIFIEE DE REPRESSION.....	51
TITRE 1. L'EMERGENCE MANIFESTE D'UNE NOTION UNIFIEE DE REPRESSION	53
Chapitre 1. Les manifestations textuelles de l'émergence.....	55
<i>Section 1. La convergence des sanctions pénales et extra-pénales</i>	<i>56</i>
I. La convergence des sanctions pénales et extra-pénales dans leur nature	60
A. La convergence d'objet des sanctions pénales et extra-pénales	62
1. Les objets extra-patrimoniaux proches des sanctions pénales et extra-pénales.....	64
a. La privation de liberté comme objet commun aux sanctions pénales et extra-pénales	65
b. Les autres objets extra-patrimoniaux communs aux sanctions patrimoniales et extra-patrimoniales.....	75
2. Les sanctions patrimoniales aux objets proches	89
a. Les sanctions pécuniaires	90
b. Les confiscations.....	97
B. La convergence des sanctions pénales et extra-pénales au regard de leur gravité.....	100
1. La gravité semblable des sanctions pénales et extra-pénales en raison de leurs objets	101
2. La gravité semblable des sanctions pénales et extra-pénales en raison de leur quantum	102
a. La proximité quantitative de certaines sanctions pénales et extra-pénales extrapatrimoniales.....	104
b. La proximité quantitative de certaines sanctions pénales et extra-pénales patrimoniales	113
II. La convergence des sanctions pénales et extra-pénales dans leur détermination.....	119
A. La détermination semblable des sanctions par référence principale au responsable	120
1. La détermination de la peine par référence principale au responsable	120
2. La détermination de certaines sanctions extra-pénales par référence principale au responsable	125
B. La détermination semblable des sanctions par référence accessoire à la victime.....	129
1. La détermination de la peine par référence accessoire à la victime.....	129
2. La détermination de sanctions extra-pénales par référence accessoire à la victime	133
<i>Section 2. La convergence des incriminations pénales et extra-pénales.....</i>	<i>135</i>
I. La détermination convergente des incriminations pénales et extra-pénales	136
A. La convergence des méthodes d'incrimination pénales et extra-pénales	138
1. Des méthodes d'incrimination pénale résultant d'une appréciation souple de la légalité	139
2. Des méthodes d'incrimination extra-pénale résultant de l'existence d'une légalité souple	140
B. La convergence des objets juridiques protégés.....	143

II. Les définitions convergentes des illicéités pénales et extra-pénales.....	147
A. La convergence des illicéités pénales et extra-pénales en raison de définitions juridiquement semblables.....	147
B. La convergence des illicéités pénales et extra-pénales malgré des définitions juridiquement distinctes.....	149
Chapitre 2. Les manifestations jurisprudentielles de l'émergence.....	153
<i>Section 1. Les assimilations notionnelles des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions punitives dans l'ordre juridique français</i>	<i>154</i>
I. L'assimilation notionnelle des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions par la jurisprudence interne.....	154
A. L'assimilation notionnelle en raison de l'intention du législateur.....	159
1. L'intention exclusivement préventive, dissuasive ou réparatrice.....	159
2. L'intention de réprimer des manquements à des obligations.....	160
B. L'assimilation notionnelle en raison des caractéristiques des mesures.....	161
1. La finalité punitive des mesures pénales non qualifiées de peines.....	162
2. La finalité répressive des mesures extra-pénales.....	165
II. Les assimilations notionnelles des mécanismes punitifs pénaux et extra-pénaux par le droit européen.....	170
A. La matière pénale.....	171
1. La qualification formelle d'infraction par le droit interne.....	172
2. La qualification matérielle d'infraction au regard des caractéristiques de la disposition contestée.....	173
B. La peine.....	176
1. Les critères formels de la qualification de la peine.....	176
2. Les critères matériels de la qualification de la peine.....	178
a. La nature de la mesure en lien avec son but.....	178
b. La gravité de la mesure.....	182
<i>Section 2. Les assimilations notionnelles des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions dans l'ordre juridique canadien</i>	<i>183</i>
I. La procédure de nature criminelle ou quasi-criminelle.....	184
A. L'indifférence du critère du comportement.....	186
1. L'indifférence de l'élément matériel du comportement sanctionné.....	186
2. L'indifférence de l'élément moral du comportement sanctionné.....	186
B. Les critères de qualification de la nature procédurale.....	187
1. Les objectifs de la loi.....	187
2. Le but de la sanction.....	188
3. Le processus menant à la sanction.....	189
II. La véritable conséquence pénale.....	190
A. La définition classique de la véritable conséquence pénale.....	191
1. L'emprisonnement comme véritable conséquence pénale inconditionnelle.....	191
2. L'amende comme véritable conséquence pénale conditionnée.....	192
B. L'élargissement de la notion de véritable conséquence pénale par la peine.....	193
TITRE 2. L'EMERGENCE INACHEVEE D'UNE NOTION UNIFIEE DE REPRESSION	201
Chapitre 1. La prise en compte partielle de la convergence des mécanismes de sanctions pénaux et extra-pénaux dans les textes.....	203
<i>Section 1. Une prise en compte indirecte de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions.....</i>	<i>203</i>
I. L'encadrement pénal de certains mécanismes extra-pénaux.....	203
A. L'encadrement pénal du droit disciplinaire carcéral.....	204
B. L'encadrement pénal du droit français des sanctions administratives.....	208
II. La coexistence limitée de certains mécanismes pénaux et extra-pénaux.....	211
A. La limitation des cumuls justifiée par la proximité punitive des mécanismes de sanctions dans l'ordre juridique français.....	212
B. La limitation des cumuls justifiée par la proximité punitive des mécanismes de sanctions dans l'ordre juridique canadien.....	214
<i>Section 2. La prise en compte ponctuelle de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux</i>	<i>220</i>
I. La prise en compte ponctuelle de la convergence au niveau de l'ordre juridique.....	220
II. La prise en compte ponctuelle de la convergence dans le régime des mécanismes extra-pénaux de sanctions.....	223

A. La prise en compte ponctuelle de la proximité entre le droit pénal et le droit disciplinaire carcéral.....	223
B. La prise en compte ponctuelle de la proximité entre les sanctions administratives et les peines	224
Chapitre 2. La prise en compte aléatoire de la convergence des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions dans la jurisprudence.....	229
<i>Section 1. Des critères discutables d'assimilation des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanctions</i>	232
I. Des critères inconsistants	232
A. Les critères fondés sur des distinctions fragiles	232
1. Les distinctions fragiles du critère des objectifs de la loi dans la jurisprudence de la Cour suprême.....	233
a. L'opposition fragile entre l'objectif de punition d'un individu amené à rendre compte à la société d'un comportement contraire à l'intérêt public et l'objectif de prévention des comportements pour la protection du public.....	233
b. L'opposition fragile entre le but général de protéger la société dans une sphère d'activité publique et le but de réglementer et contrôler certaines activités particulières	236
2. La fragilité des distinctions relatives au but de la sanction	237
a. L'opposition fragile entre la sauvegarde de la moralité d'une profession et la punition	237
b. L'opposition fragile entre dissuasion et punition.....	239
B. L'imprécision du critère de gravité de la mesure.....	246
1. La précision limitée du critère de gravité de la sanction pour les privations de liberté	246
2. La difficile précision du critère de gravité de la sanction pour les mesures non-privatives de liberté	249
a. La précision limitée de l'évaluation comparative de la gravité	250
b. L'imprécision de l'évaluation de la gravité sans facteur d'appréciation	256
II. Des critères méthodologiquement inadaptés	258
A. L'impasse méthodologique résultant d'un raisonnement circulaire	259
B. L'impasse méthodologique résultant d'un critère illusoire	263
<i>Section 2. Une articulation discutable des critères d'assimilation des mécanismes pénaux et extra-pénaux de sanction</i>	266
I. Un raisonnement redondant	266
A. L'étude redondante de la sévérité de la sanction dans la jurisprudence de la CEDH.....	267
B. L'étude redondante du but de la sanction dans la jurisprudence de la Cour suprême.	268
II. Un raisonnement aléatoire	269
A. La présence aléatoire de certains critères dans le raisonnement.....	269
1. La recherche aléatoire du fondement de la mesure dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.....	270
a. La recherche imparfaite de la culpabilité dans la punition pénale	271
b. L'absence de recherche de la culpabilité en matière de punition extra-pénale.....	272
2. La recherche aléatoire de plusieurs critères de qualification dans la jurisprudence canadienne	276
B. L'importance aléatoire des critères	279
1. L'importance aléatoire des critères de qualification dans la jurisprudence de la CEDH	280
2. L'importance aléatoire du critère de gravité de la mesure dans la jurisprudence de la Cour suprême.....	281
a. L'importance aléatoire du <i>quantum</i> de la mesure entre les sanctions pécuniaires pénales et extra-pénales	282
b. L'importance aléatoire des effets de la mesure entre les sanctions pécuniaires pénales et extra-pénales	284
PARTIE 2. LA DEFINITION DE LA NOTION UNIFIEE DE REPRESSION	299
Chapitre préliminaire. La méthode de détermination des critères de définition	301
TITRE 1. LA REPRESSION, UNE REPOSE A UNE ILLICEITE	313
Chapitre 1. La nature de la répression, une réaction individuelle	313
<i>Section 1. La singularité réactionnelle de la répression</i>	313
I. La signification de la nature réactionnelle de la répression	313

II. Les conséquences de la nature réactionnelle de la répression.....	314
<i>Section 2. Le caractère individuel de la réaction répressive</i>	<i>320</i>
Chapitre 2. La cause de la réaction, une illicéité individuelle	323
<i>Section 1. L'illicéité comme cause de la réaction</i>	<i>323</i>
§1. La définition de l'illicéité cause de la réaction répressive.....	323
I- La définition élargie de l'illicéité cause de la réaction répressive	323
A. La définition classique de l'illicéité	324
B. La proposition d'une définition substantielle de l'illicéité.....	328
II. Le rejet de la faute comme cause de réaction répressive	330
§2. Les formes d'illicéité causes d'une réaction répressive	334
I. Les différentes modalités d'illicéité formelle.....	335
A. La répression fondée sur une illicéité avérée	336
1. La répression fondée sur une illicéité reprochée.....	337
a. L'illicéité-responsabilité	337
b. L'illicéité-dangereux	342
2. La répression fondée sur une illicéité assumée	345
a. L'illicéité avouée	346
b. L'illicéité supportée.....	348
α. La dualité d'hypothèses d'illicéité supportée en droit pénal.....	349
β. La variété d'hypothèses d'illicéité supportée dans les matières extra-pénales ...	351
B. La répression fondée sur une illicéité supposée	356
II. Les modalités de l'illicéité non-formelle	362
A. Caractéristiques de l'illicéité non-formelle comme cause de la répression	364
1. L'identification d'un comportement ou d'un état à une menace	364
a. La répression d'un danger peu consistant pour le bien juridique	365
b. La conception élargie des biens juridiques protégés	372
2. L'autonomie de l'illicéité non-formelle	373
a. L'autonomie de l'illicéité non-formelle par rapport à l'illicéité formelle	374
b. L'autonomie de l'illicéité non-formelle par rapport à la culpabilité	376
B. Les applications de l'élargissement de la cause de la répression à l'illicéité non-formelle	379
1. Une application pénale	380
2. Les applications extra-pénales	381
<i>Section 2. Le caractère individuel de l'illicéité cause de la réaction</i>	<i>386</i>
§ 1. La signification du caractère individuel du comportement	388
§2. Les applications du caractère individuel du comportement ou de l'état dangereux.....	388
I. Les applications françaises du caractère individuel du comportement ou de l'état dangereux	389
II. Une application canadienne du caractère individuel du comportement ou de l'état dangereux	393
TITRE 2. LA REPRESSION, UNE REPONSE D'UNE GRAVITE PARTICULIERE	397
Chapitre 1. La gravité substantielle de la réaction, une atteinte à un droit ou une liberté.....	399
<i>Section 1. Un droit ou une liberté comme objet de l'atteinte.....</i>	<i>399</i>
§1. La détermination de l'objet de l'atteinte.....	399
I. La méthode de détermination de l'objet de l'atteinte.....	399
II. L'objet déterminé, une atteinte à tout droit ou liberté.....	401
A. L'indifférence à la qualification de droit ou liberté	402
B. L'indifférence relative de la valeur du droit ou de la liberté atteint.....	404
1. La gravité substantielle de l'atteinte à tout droit ou liberté.....	404
a. Les arguments en faveur d'une conception restreinte aux droits et libertés à valeur particulière	405
b. Le choix d'une conception large, incluant tout droit ou liberté	408
2. La gravité substantielle accrue de l'atteinte à certains droits et libertés fondamentaux.....	413
a. Le débat relatif à la hiérarchisation des droits et libertés fondamentaux	413
b. La valeur particulière attachée à certains droits et libertés fondamentaux.....	416
§ 2. Les droits et libertés atteints par les mesures de réaction aux illicéités	425
I. Les réactions aux illicéités attentatoires à la vie, à l'intégrité physique et à la liberté individuelle	426
A. La qualification répressive des réactions aux illicéités attentatoires à la vie et à l'intégrité physique	426

1. Les mesures attentatoires à la vie	426
2. Les mesures attentatoires à l'intégrité physique	427
a. Les peines et traitements cruels et inusités, inhumains ou dégradants.....	427
b. Les autres mesures attentatoires à l'intégrité physique.....	429
B. La qualification répressive des réactions aux illicéités attentatoires à la liberté individuelle	432
1. Les peines et punitions attentatoires à la liberté individuelle	432
2. Les mesures non qualifiées de peines ou de punitions attentatoires à la liberté individuelle	433
a. Les mesures attentatoires à la liberté individuelle antérieures aux peines et punitions	433
b. Les mesures attentatoires à la liberté individuelle remplaçant les peines et punitions	434
II. Les réactions aux illicéités attentatoires aux autres droits et libertés	437
A. Les mesures attentatoires à la liberté d'aller et venir.....	439
1. Les peines attentatoires à la liberté d'aller et venir	439
2. Les mesures non qualifiées de peine ou de punition attentatoires à la liberté d'aller et venir	439
B. Les mesures d'atteinte à la vie privée	441
1. Les mesures d'atteinte à la vie privée en droit français	442
a. La notion de vie privée en droit français.....	442
b. La variété des mesures attentatoires à la vie privée en droit français	443
α. Les mesures d'atteinte à la vie privée résultant des peines en droit français	443
β. Les mesures non qualifiées de peines ou de punitions attentatoires à la vie privée en droit français.....	445
2. Les mesures d'atteinte à la vie privée en droit canadien	451
a. La protection de la vie privée en droit canadien	451
b. La variété des mesures attentatoires à la vie privée en droit canadien	453
α. Les mesures d'atteinte à la vie privée dans le cadre des peines	454
β. Les mesures d'atteinte à la vie privée en dehors du cadre des peines	456
C. Les atteintes à l'honneur ou à la réputation	458
1. Les mesures attentatoires à l'honneur ou à la réputation en droit français.....	458
a. L'existence débattue du droit à l'honneur ou à la réputation en droit français.....	459
b. Les mesures attentatoires au droit à la réputation en droit français.....	463
2. Les mesures attentatoires à l'honneur ou à la réputation en droit canadien	464
a. Les atteintes au droit à la réputation au regard de la Charte canadienne	465
b. Les atteintes aux droits à l'honneur et à la réputation au regard de la Charte québécoise	467
D. Les mesures d'atteinte au droit à l'emploi.....	468
1. Les mesures attentatoires au droit à l'emploi en droit français	469
2. Les mesures exerçant une influence négative sur l'accès ou le maintien dans l'emploi en droit canadien.....	471
E. Les mesures d'atteinte au droit de propriété	474
1. Les mesures susceptibles de porter atteinte au droit de propriété en droit français.....	475
a. Les mesures non-pécuniaires susceptibles de porter atteinte au droit de propriété	475
α. Les confiscations pénales et extra-pénales	475
β. Les mesures de remise en état en matière d'urbanisme	481
b. Les mesures pécuniaires susceptibles de porter atteinte au droit de propriété.....	482
2. Les mesures susceptibles de porter atteinte au droit de propriété en droit canadien	485
a. La possibilité de qualifier une atteinte aux droits de propriété en <i>common law</i>	486
b. La possibilité de qualifier les atteintes au droit de propriété en droit civil québécois	488
α. La conception québécoise du droit de propriété	488
β. Les mesures susceptibles d'être attentatoires au droit de propriété en droit québécois	493
F. Les mesures d'atteinte à la liberté d'entreprendre.....	495
1. Les mesures susceptibles de porter atteinte à la liberté d'entreprendre en droit français	495
a. Le fondement constitutionnel de la liberté d'entreprendre	495

b. La distinction des mesures attentatoires et non-attentatoires à la liberté d'entreprendre	496
α. La liberté d'entreprendre atteinte par la banqueroute pénale, la faillite personnelle et l'interdiction de gérer civiles	496
β. La distinction des fermetures de débits de boissons attentatoires et non-attentatoires à la liberté d'entreprendre	498
2. Les mesures susceptibles de porter atteinte à la liberté d'entreprendre en droit canadien	501
<i>Section 2. Les formes d'atteinte aux droits et libertés.</i>	505
§ 1. La lésion résultant d'une réaction à une illicéité	505
I. Les privations d'un droit ou d'une liberté	505
II. Les restrictions à un droit ou à une liberté	507
§ 2. Le risque de lésion résultant d'un ensemble de réactions à une ou plusieurs illicéités	511
I. Le risque de lésion créé par un groupe de réactions à une illicéité unique	511
A. Le groupe de réactions à une illicéité unique créateur d'un risque de lésion	511
B. Les illustrations de la création d'un risque de lésion par un groupe de réactions à une illicéité unique	512
II. Le risque de lésion créé par une chaîne de réactions à une chaîne d'illicéités	514
A. La chaîne de réactions à une chaîne d'illicéités créatrice d'un risque de lésion	514
B. Les illustrations de la création d'un risque de lésion par une chaîne de réactions à une chaîne d'illicéités	515
Chapitre 2. La gravité quantitative de la réaction, l'absence de rétablissement objectif de l'équilibre rompu	519
<i>Section 1. Les méthodes d'évaluation de la gravité quantitative écartées.</i>	520
§ 1. Le rejet de l'évaluation de la gravité quantitative par fixation d'un seuil	520
§ 2. Le rejet de l'évaluation comparative de la gravité quantitative	522
I. Le rejet de l'évaluation comparative en fonction d'une peine punissant une illicéité semblable	523
A. Le rejet de l'évaluation par référence impérative à une peine semblable punissant une illicéité semblable	523
B. Le rejet de l'évaluation par référence indicative à une peine semblable punissant une illicéité semblable	525
C. Le rejet de l'évaluation comparative par référence à une peine dissemblable punissant une illicéité semblable	526
II. Le rejet de l'évaluation comparative en fonction de l'échelle abstraite des peines	527
<i>Section 2. La méthode retenue, l'évaluation comparative de la réaction avec le déséquilibre résultant de l'illicéité</i>	529
§ 1. La gravité quantitative répressive exclusive de la cessation de l'illicite	530
I. La distinction de la répression et de la cessation de l'illicite	530
II. L'application de la distinction entre répression et cessation de l'illicite	533
A. L'application de la distinction entre répression et cessation de l'illicite en droit pénal ...	533
B. L'application de la distinction entre répression et cessation de l'illicite en droit civil	540
§ 2. La gravité quantitative répressive exclusive de la réparation d'un dommage	544
I. La distinction de la répression et de la réparation	545
II. L'application de la distinction entre répression et réparation	550
A. Les applications civiles de la distinction entre répression et réparation	550
1. La confirmation de la nature réparatrice de la dette de réparation	551
2. La qualification répressive des dommages-intérêts punitifs	553
B. Les applications pénales de la distinction entre répression et réparation	554
C. Les applications administratives de la distinction entre répression et réparation	558
CONCLUSION GENERALE	567
TABLE DE LA LEGISLATION	575
TABLE DE LA JURISPRUDENCE	579
BIBLIOGRAPHIE	593
INDEX ALPHABETIQUE	619
TABLES DES MATIERES	627

Répressions pénale et extra-pénales en droit comparé français et canadien.

Contribution à la théorie générale de la répression

Résumé : La convergence d'un certain nombre de mécanismes pénaux, administratifs, civils et disciplinaires quant à l'objet et la gravité de leurs sanctions et quant aux comportements sanctionnés suggère l'émergence, dans les droits français et canadien, d'une notion juridique unifiée de répression. Cette émergence est à la fois confirmée et renforcée par la consécration, dans les deux ordres juridiques étudiés, de notions jurisprudentielles permettant l'assimilation notionnelle des mécanismes extra-pénaux de sanctions aux mécanismes pénaux d'infliction des peines. Cette assimilation est fondée sur le caractère punitif ou répressif commun à ces différents mécanismes, conférant une forme d'unité à l'ensemble. Elle a en outre pour conséquence d'emporter l'application des garanties pénales constitutionnelles aux mécanismes extra-pénaux punitifs. C'est ainsi qu'en France, la qualification sanction ayant le caractère d'une punition permet aux justiciables de bénéficier notamment des garanties de l'article 8 de la DDHC lorsque lui sont imposées des sanctions administratives, civiles ou disciplinaires. Au Canada, les mécanismes extra-pénaux de sanctions peuvent être qualifiés de procédures pénales par nature et les sanctions punitives de véritables conséquences pénales et, à ce titre, entraîner l'application des garanties juridiques de l'article 11 de la Charte canadienne.

Ce processus d'unification de la notion de répression n'est pas pourtant pas achevé. Malgré les utilisations législatives, jurisprudentielles et doctrinales fréquentes de la notion, le droit positif n'en donne aucune définition. L'analyse comparée des jurisprudences française, européenne et canadienne permet alors de démontrer tant la nécessité d'une telle définition que la possibilité d'en déterminer les critères. La répression peut ainsi être définie comme toute réaction juridique d'une gravité particulière trouvant sa cause dans une illicéité. Les trois critères de la répression, sa nature réactionnelle, sa gravité particulière et sa cause permettent de la distinguer plus aisément de la prévention, de la cessation de l'illicite et de la réparation.

Mots clés : dangerosité, droits et libertés, illicéité, matière pénale, peine, punition, répression, sanction administrative, sanction ayant le caractère d'une punition, sanction civile, sanction disciplinaire, sanction pénale, véritable conséquence pénale.

Criminal and extra-criminal repression in French and Canadian comparative law: contribution to the general theory of repression

Abstract : The convergence of various penal, administrative, civil and disciplinary mechanisms regarding the object and the severity of the sanctions and regarding the sanctioned behaviour suggests, in French law and Canadian law, the emergence of the repression as a unified legal concept. This emergence is confirmed and strengthened, in both juridical orders, by the recognition of jurisprudential concepts allowing the conceptual assimilation of extra-penal sanction mechanisms to penal sanction mechanisms. Such assimilation is based on the common punitive or repressive character, conferring a form of unity of the assimilated mechanisms. For example in France, the characterization of "sanction ayant le caractère d'une punition" (sanction having the character of a punishment) leads to the application of the constitutional penal guarantees provided by article 8 of the DDHC to persons subject to administrative sanctions, civil sanctions or disciplinary sanctions. In Canada, extra-penal sanction mechanisms may be characterized as "a criminal proceeding by its very nature" and the sanctions may be characterized as "a true penal consequence", both characterizations leading to the application of the legal guarantees provided by article 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

However, the unification process of the concept of repression is not completed. Despite the frequent use of the concept of repression by the legislators, the jurisdictions and scholars, there is no definition of this concept in positive law. The comparative study of French, European and Canadian jurisprudences shows both the need of a definition of the repression concept and the possibility to determine its criteria. The repression could therefore be defined as any legal reaction of a particular severity to illicit behaviour. The three criteria of the repression, its reactive nature, its particular severity and its cause allow to distinguish more easily the repression from the prevention, the cessation of the illicit and the reparation.

Keywords : dangerousness, rights and freedoms, illicit, illicitness, penal matter, sentence, punishment, repression, administrative sanction, sanction having the character of a punishment, civil sanction, disciplinary sanction, penal sanction, true penal consequence.