

LA MOTIVATION DE LA PEINE, ENTRE MYTHE ET RÉALITÉ

Maxime BRENAUT

*Professeur à l'Université de Bordeaux, Directeur adjoint de l'Institut de sciences criminelles
et de la justice*

Motiver¹ : voilà bien une entreprise qui peut sembler titanesque et, qui sait ?, même impudique, ce qui explique certaines réserves éprouvées par ceux qui en ont la charge, dans la pratique, au point qu'il leur faille se motiver à motiver. C'est que, pour paraître normale, frappée au coin du bon sens, légitime (et, au fond, la moindre des choses que l'on doit à celui que l'on punit), la motivation de la peine, dont on aurait pu croire qu'elle était rattachée à l'office du juge depuis des temps immémoriaux, est en réalité très récente dans sa généralisation – et il faut en passer par une petite histoire de l'arbitraire et de l'individualisation de la peine pour le comprendre.

Dans l'Ancien Droit, la motivation n'était pas de mise ; non pas que les juges aient pris un malin plaisir à condamner de pauvres hères sans leur dire le pourquoi du comment, mais l'on peut raisonnablement considérer avec Frédéric Zénati que le développement du pouvoir royal, face à une aristocratie qui tenait la justice, a pu expliquer que la non-motivation se soit alors « accentuée, comme si le secret de la motivation était un instrument de pouvoir pour les Parlements. Ne pas motiver était le moyen de se protéger² » : juridiquement bien sûr – les vices de la décision sont moins immédiatement identifiables par le Souverain qui serait tenté d'y remédier – et symboliquement, aussi, puisque la motivation est le langage d'un pouvoir judiciaire sommé de se justifier et donc soumis, quand, à l'inverse, l'affirmation péremptoire assoit l'autorité du juge, du haut de sa magnificence discrétionnaire.

-
1. Que le Professeur Farah Safi et la première promotion d'étudiants du Master 2 de droit pénal de Clermont-Ferrand soient chaleureusement remerciés de leur invitation à cette journée d'études passionnante, qui fut l'occasion de discussions très riches notamment avec des avocats et des magistrats du parquet ou du siège. Le style oral de ces propos introductifs a été pour l'essentiel conservé ; quant à l'appareil scientifique, le lecteur nous en pardonnera la modestie : à cet égard, les contributions suivantes pallieront le manque qui aura pu être ressenti à la consultation du présent article.
 2. F. Zénati, « La motivation des décisions de justice », *R.D.*, 2007, p. 1553.

La revue du Centre Michel de L'Hospital, n° 25, 2022.
DOI : 10.52497/revue-cmh.1086

Sans surprise, les cahiers de doléance porteront un désir de motivation des décisions de justice mais la Révolution rendra inopérante la requête quant aux peines : à quoi bon demander au juge de s'expliquer sur son choix quand, précisément, le législateur lui a retiré ce choix ? Le système des peines fixes de 1791 prédétermine à l'avance et fixe une bonne fois pour toutes dans la loi ce que doit être la peine prononcée, qui se confond avec la peine encourue. L'absence de motivation est ici le comble de l'expression formelle d'une stricte légalité des peines. Il n'y a plus d'arbitraire car il n'y a plus d'indétermination à surmonter³. Tout est déjà déterminé par la loi. Les vertus démocratiques de ladite loi, du fait notamment de la légitimité dont l'élection oint le Parlement pour incarner la volonté nationale, ont laissé accroire que l'arbitraire légal n'était pas un arbitraire. L'arbitraire avait été étroitement associé aux deux autres pouvoirs : l'administration, interdite de procéder à des arrestations arbitraires ; et surtout le juge. « Dieu nous préserve de l'équité des Parlements »... c'est-à-dire de l'Arbitraire des Juges dont il convient de se défier !

Défiance de courte durée, néanmoins, tant l'histoire du droit de la peine au fil des deux derniers siècles est l'histoire d'une reconquête de ses pouvoirs par le juge pénal, au détriment du législateur et finalement avec la complicité de celui-ci. Abandon des peines fixes pour les fourchettes de peines encourues, relativisation des peines-planchers par la théorie des circonstances atténuantes, apparition du sursis et de la libération conditionnelle, régime de la mise à l'épreuve, peines alternatives, dispense de peine : toutes les cartes ont été rebattues de 1810 à 1975 – et encore au-delà –, et la main rigide de la Révolution a laissé place à un jeu beaucoup plus libre et imprévisible pour le juge.

L'individualisation de la peine est la victoire posthume des Parlements contre les contempteurs de leur « équité » ; Saleilles a dit du droit pénal « d'Ancien régime » qu'il était « difficile de concevoir un système d'individualisation judiciaire plus élastique et plus conforme à l'idée [que le Toulousain se faisait] de la politique criminelle. On l'appelait le système des peines arbitraires⁴ ». Rompant avec la Révolution et son Homme au singulier avec majuscule, le romantique XIX^e siècle aura fait preuve de davantage de réalisme en voyant la diversité des hommes derrière l'éventuelle similitude de leur crime. Cette diversité des hommes, la prise en compte de la complexité de la pâte humaine, a fatalement réintroduit de l'indétermination concrète et donc la nécessité pour le juge de surmonter ladite indétermination que le législateur, ontologiquement général et abstrait, ne peut guère surmonter de lui-même au cas par cas.

Le « sur-mesure » que suppose l'individualisation de la peine charrie une bonne dose d'arbitraire, c'est-à-dire une bonne dose d'indétermination à surmonter. Or, de proposition doctrinale en évolutions législatives, l'individualisation de la peine a pris ses quartiers dans le droit pénal français, au point de se voir fondamentalisée par le Conseil constitutionnel dans les années 2000 (tardivement certes : l'opposition

3. Sur ce lien entre l'arbitraire et l'indétermination à surmonter, v. l'apport décisif de Th. Desmoulin, *L'arbitraire, histoire et théorie – Le pouvoir de surmonter l'indétermination de l'Antiquité à nos jours*, Thèse Paris II, F. Saint-Bonnet (dir.), 2018.

4. R. Saleilles, *L'individualisation de la peine*, p. 46.

parlementaire de 1978 l'y avait déjà invité lors de l'institution des périodes de sûreté). L'individualisation de la peine serait donc un principe à valeur constitutionnelle induit de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁵. Ce faisant, le Conseil a gravé dans le marbre supra-législatif la marge de manœuvre dont le juge pénal doit jouir dans la fixation de la peine.

L'individualisation est une variable d'ajustement de la séparation des pouvoirs et c'est d'ailleurs moins le caractère occulte de la peine que son automaticité que le Conseil constitutionnel va dès lors traquer⁶ dans la mesure où l'automaticité ressemble à une détermination en amont, par la loi, de la peine qui retire au juge sa marge de manœuvre, c'est-à-dire qui retire au juge l'indétermination qu'il surmonte par l'individualisation de la peine, soit : qui retire au juge son arbitraire. Le principe constitutionnel d'individualisation passerait alors presque pour l'assurance-vie de l'arbitraire du juge pénal : le législateur a mis il y a plus d'un siècle le doigt dans un engrenage qu'il ne maîtrise plus désormais – voudrait-il à nouveau domestiquer le juge en restreignant son arbitraire, qu'il risquerait de se faire morigéner par le Conseil constitutionnel. En protégeant la marge de manœuvre du juge dans la modulation de la peine (nature, *quantum*, etc.) au nom d'un principe constitutionnel d'individualisation, le Conseil constitutionnel adresse un message limpide au législateur : nous ne sommes plus en 1791, le juge a recouvré son pouvoir et la loi ne saurait valablement empiéter dessus. En somme, l'on oblige le législateur à laisser une indétermination quant à la peine, afin que le juge puisse la dépasser.

Or, à de rares exceptions – des obligations de motivation spéciale exigées par la loi –, le juge n'était pas tenu de motiver son choix. Il dépassait l'indétermination sans rendre de comptes. La Cour européenne des droits de l'Homme détournait gentiment le regard. Quant à la Cour de cassation, elle rappelait encore il y a six ans (c'était hier !) :

Les juges ne sont pas tenus de motiver spécialement le choix de la sanction qu'ils prononcent dans les limites légales⁷.

Les limites légales suffisaient, le respect du maximum encouru rendait l'arbitraire tolérable parce que ne pouvant jouer qu'*in favorem* à l'égard du condamné en comparaison de la sévérité affichée par le législateur.

C'était sans doute prendre là le problème par le petit bout de la lorgnette : car ne pas motiver au prétexte que de toute façon la peine la plus sévère a déjà été prévue par le législateur (qui, lui, n'est pas redevable de motivation, le Conseil constitutionnel s'abstenant allégrement d'un véritable contrôle de la nécessité des peines), c'est oublier

5. Cela ne manque pas d'ironie quand on sait l'amour que les rédacteurs de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen portaient à l'arbitraire et au pouvoir d'individualisation judiciaire de la peine – sans doute la Déclaration de juin 1789 est-elle devenue un instrument dynamique et évolutif à relire aux conditions d'aujourd'hui, comme on dirait à Strasbourg.

6. Avec plus ou moins de bonne volonté, certes : sur ce sujet, v. not. M. Brenaut et F. Safi, « Un an de QPC en matière pénale », *Dr. Pén.*, 2022, chron. 10, § 21.

7. Cass. crim., 9 mars 2016, n° 15-.

qu'il y a des degrés dans la mansuétude et surtout que le risque de rupture d'égalité des justiciables devant la loi est patent.

L'individualisation a un prix et le Conseil constitutionnel a fini, tardivement mais immanquablement, par présenter l'addition des violons du bal au juge pénal. C'est que, tout de même, pour que l'arbitraire soit tolérable :

1. Il ne doit pas être appelé comme tel ;
2. Il ne doit pas être absolu.

Le juge, pour être digne de sa liberté, doit être sinon responsable du moins redevable des raisons de son choix. L'arbitraire de l'individualisation n'est tolérable que dans la mesure où il est un arbitraire encadré par la loi, par la fixation de critères qui, aussi modestes soient-ils, doivent apparaître dans la décision. Après que la Cour de cassation a généralisé au début de l'année 2017 l'impératif de motivation des peines en matières correctionnelle et contraventionnelle, le Conseil constitutionnel a repris clairement à son compte cette ligne de conduite en l'étendant aux assises (ce que le Quai de l'Horloge se refusait à faire).

Les « Sages » se prononcent ainsi le 2 mars 2018 :

Il appartient au législateur, dans l'exercice de sa compétence, de fixer des règles de droit pénal et de procédure pénale de nature à exclure l'arbitraire dans le prononcé et l'exécution des peines. Le principe d'individualisation de la peine implique qu'une sanction pénale ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce. Ces exigences constitutionnelles imposent la motivation des jugements et arrêts de condamnation, pour la culpabilité comme pour la peine⁸.

La messe est dite : la motivation devient réalité par la force des choses, pour conjurer le retour de l'arbitraire ou du moins affaiblir un discours sur la justice arbitraire. La motivation est un garde-fou formel qui vient donner sa valeur au fait que le juge soit parvenu à surmonter l'indétermination. La motivation est une garantie de ce que l'arbitraire a été encadré, dompté, de ce qu'il n'est pas un cheval fou qui cavalcade mais une monture dominée par un cavalier raisonnable qui fait montre de sa raison. Mais cette réalité est une réalité fuyante, tant juridiquement que politiquement ou symboliquement – une réalité qui, peut-être, confine au mythe. Voyons donc un peu quel sens et quel rôle il est possible de conférer à la motivation de la peine, pour faire le départ entre réalité et mythe.

La motivation de la peine, c'est d'abord la justice pénale qui se donne à voir, c'est-à-dire qui donne à voir le caractère *juste* (ou prétendu tel) de l'œuvre pénale, qui entend convaincre de ce caractère *juste* de la *justice*. La motivation est alors un petit théâtre qui s'adresse à des spectateurs – ceux qui liront la décision, au premier rang desquels le condamné –, qui accroche le regard de la société, de ce « peuple français »

8. Nous soulignons.

au nom duquel la justice est rendue. Il ne faut pas être dupe de la part de spectacle, disons d'artifice, de factice, que peut revêtir la motivation, parfois bien plus formelle que substantielle (l'on motive parce qu'il faut bien *montrer* que l'on choisit rationnellement une peine mais précisément la tentation peut être grande de *montrer* plutôt que de *démontrer*).

La motivation c'est ensuite une façon de rendre des comptes. Précisément parce que le juge pénal n'est qu'un vecteur, le vecteur de l'expression de la volonté du peuple français. Au départ, l'on postulait l'infailibilité du peuple, qui avait bon dos puisqu'elle justifiait que, ne pouvant se tromper, le Souverain n'était pas redevable de l'explicitation des raisons qui l'avaient conduit à préférer telle peine à telle autre. Mais les temps ont changé. Le peuple n'est plus en odeur de sainteté – voilà dix-sept ans qu'il n'a plus été consulté par *referendum*, ce qui lui évite de « mal » voter – et l'on ne peut s'empêcher de constater que l'ouverture à tout-va de la motivation, notamment en matière criminelle, a coïncidé avec la création des cours criminelles laissant présager à moyen terme la disparition des jurys d'assises. Le peuple n'est plus infailible mais il est encore, au moins officiellement, souverain. Alors la motivation devient un outil de temporisation : la justice rendue au nom du peuple va être expliquée pour rassurer sur le fait que les juges remplissent bien l'office qui leur a été délégué.

La motivation c'est encore le devoir pour le juge d'éprouver la qualité de sa décision. Par la motivation, le juge pénal se *justifie*, en ce double sens que, d'une part, comme sur la défensive, il prend les devants pour battre en brèche les accusations d'arbitraire et que, d'autre part, il justifie c'est-à-dire explique le résultat auquel sa décision aboutit. Il justifie en ce sens qu'il rend juste pour parer aux soupçons d'injustice et il justifie en ce sens que, en bon élève appliqué, il ne répond pas oui ou non, dix ans ou 45 000 euros sans avoir « justifié sa réponse ». C'est un gage de logique et de raison juridico-sociale, si l'on veut bien croire avec Wroblewski que :

Le caractère justifiable de la décision judiciaire est synonyme de sa rationalité⁹.

Un gage que le juge délivre à autrui et à lui-même, en éprouvant par la rédaction de motifs la pertinence de son choix quant à la peine.

La motivation, c'est l'assurance d'une peine pensée à l'aune des critères légaux d'individualisation – dont on extériorise le respect – et c'est aussi une *rassurance* dans la réception qui va en être faite par le public (tant le condamné que la société ou la victime). À l'heure du culte de la transparence, la motivation est un outil sacramentel qui sauve les apparences – l'on ouvre le capot et l'on ne cache rien du moteur de la justice pénale, de sa mécanique humaine, donc *a priori* imparfaite, mais juridique, donc que l'on peut parfaire, et qui débouche inéluctablement sur la peine prononcée. Ce faisant, l'on optimise les chances de voir le condamné mieux accepter son sort dès lors qu'on le lui explique. La motivation devient un jalon formel fondamental pour

9. J. Wroblewski, « Motivation de la décision judiciaire », in Ch. Perelman et P. Foriers (dir.), *Étude de logique juridique*, vol. 7. *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 132.

qui croit à ce que Merle appelait la « pédagogie de la responsabilité¹⁰ », un premier pas vers l'amendement par l'explication de peine – et la victime elle-même de comprendre davantage la « réponse pénale » qui coexiste avec son indemnisation.

Et puis, tout de même, la motivation a une utilité – mais l'on verra au fil de cette journée d'études si elle est effective, notamment avec le Professeur Bonis – pour préparer la base minimale à partir de laquelle le plaideur formera son recours, notamment son pourvoi. La fameuse base légale qui peut parfois être prise en défaut. Avant la motivation généralisée de la peine, il fallait totalement « rejouer le match¹¹ » en appel sans que la cour sût vraiment ce qui avait déterminé tel ou tel choix de peine aux yeux des premiers juges. Désormais, si les tribunaux correctionnels jouent le jeu, alors ce qui les a convaincus de choisir telle punition plutôt que telle autre est connu de la cour d'appel, qui affine le cas échéant la condamnation en meilleure connaissance de cause, à l'aune des insuffisances, des malentendus ou au contraire des arguments pertinents que le jugement entrepris a consignés par écrit au titre de la motivation.

Voici donc quelques pistes de réflexion sommaires sur la fonction et l'utilité de la motivation. Quant à sa *réalité* que vous souhaitiez voir débusquée, c'est précisément le rôle de cette journée d'études que de s'en faire une idée un peu moins vague et, peut-être, un peu moins suspicieuse. Au fond la motivation était inéluctable du fait de l'avancée de l'individualisation à tout-va mais il s'agira au fil de nos échanges d'éprouver son effectivité. Est-ce un énième arbre processuel formaliste qui cache la forêt des inégalités ou des insuffisances substantielles dans le prononcé des peines ? Par-delà son bon vouloir, le juge est-il seulement capable de retracer rationnellement son choix au sein du gigantesque nuancier de couleurs punitives que lui offre le code ? Outre l'infliction de ces peines innommées que sont les amendes de composition ou les amendes d'intérêt public, les parquetiers ont-ils un rôle à jouer dans leurs réquisitions pour orienter ou du moins aider les juges à motiver la peine qu'ils choisiront ? La pratique pénale a-t-elle été vraiment bouleversée par l'irruption du principe général de motivation ou la révolution annoncée tambour battant n'a-t-elle été, dans les faits, qu'une petite tempête dans un verre d'eau ? Est-ce que la motivation fragilise ou renforce la décision de justice et son autorité ? Cette obligation de motivation est-elle seulement une véritable obligation ? Le contrôle opéré de la réalité de la motivation est-il effectif ? Jusqu'où la motivation a-t-elle vocation à s'étendre : par-delà la condamnation, au fil de l'exécution et même après la peine ? Par-delà les peines stricto sensu au sein de la matière pénale, devant les autorités administratives ou est-ce un angle mort ? La survivance d'obligations de motivation spéciale s'articule-t-elle bien avec l'obligation générale nouvelle ? Faut-il penser une motivation spécialisée, notamment pour les mineurs ? Bref, nos certitudes en la matière relèvent du mythe et nos questionnements sont bien réels, ce pourquoi la réunion, par le Professeur Safi,

10. R. Merle, « Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale. Le point de vue doctrinal », *RSC*, 1965, p. 727.

11. Hommage soit ici rendu aux Clermontois et leur goût du ballon ovale.

de tous les intervenants de ce jour ne peut que réjouir qui espère y voir un peu plus clair sur la motivation de la peine.