



HAL
open science

DE LA CONCORDE À LA DISCORDE (OU DU BON USAGE DE LA CLÉMENTICE EN DROIT PUBLIC)

Fabien Bottini

► **To cite this version:**

Fabien Bottini. DE LA CONCORDE À LA DISCORDE (OU DU BON USAGE DE LA CLÉMENTICE EN DROIT PUBLIC). Jean-Michel Jude. La clémence et le droit, *Economica*, 2011, Études juridiques, 9782717860399. hal-02299566

HAL Id: hal-02299566

<https://hal.science/hal-02299566>

Submitted on 27 Sep 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

DE LA CONCORDE À LA DISCORDE (OU DU BON USAGE DE LA CLÉMENCE EN DROIT PUBLIC)

Par Fabien Bottini
Docteur en droit
Maître de conférences à l'Université du Havre

« Une haine d'État »¹. C'est ainsi que le journal *Le Monde* résumait l'affrontement de l'ancien premier ministre Dominique de Villepin et du chef de l'État Nicolas Sarkozy auquel donnait indirectement lieu le procès *Clearstream* qui s'ouvrait le 21.9.2009 devant le tribunal correctionnel de Paris. Ce jugement était particulièrement attendu depuis que le président de la République avait fait part de sa volonté de pendre à un « croc de boucher »² ces « coupables »³ qui avaient essayé de salir sa réputation en faisant croire qu'il avait touché des pots-de-vin. S'il ne s'agissait pour lui que d'une figure de style, d'autres ont eu moins de scrupules à passer à l'acte comme l'a révélé la détermination du président Sri Lankais, Mahinda Rajapaksa, à – littéralement – exterminer les Tigres Tamouls⁴. Autant d'évènements qui montrent toute l'ambivalence de la relation qu'entretiennent le droit et sa pratique. Car il existe théoriquement un véritable droit à la clémence en droit public.

C'est particulièrement vrai en droit international, où le droit de la guerre interdit d'accabler un ennemi à terre. Les théologiens du Moyen Âge ont posé les bases de cette règle⁵ avant qu'elle ne se trouve laïcisée aux XVI^e-XVIII^e siècles sous l'effet conjugué des travaux de l'École du droit de la nature et des gens⁶ et des philosophes des lumières qui, à l'image de Montesquieu,

¹ « Clearstream : une haine d'État devant le tribunal de Paris », *Le Monde* 20.9.2009.

² « Clearstream, polémique après un lapsus de Nicolas Sarkozy », *Le Monde* 25.9.2009.

³ *Id.*

⁴ « Tuerie impunie », *Le Monde* 2.6.2009.

⁵ de Pennaforte R., *Summa utriusque juris doctoris Raymondi* 1506 ; Mazzolini S., *Summa summarum quae silvestrina dicitur*, Tridino de Monteferato 1519.

⁶ Grotius H., *Le droit de la guerre et de la paix*, t. 2, P. de Coup 1724. 898.

n'ont eu de cesse de prôner l'obligation pour « les diverses nations » de « se faire (...) le moins de mal qu'il est possible » « dans la guerre »⁷. Cette pression doctrinale finissait par conduire les États à adopter des traités internationaux leur interdisant d'attenter à la vie des soldats désarmés ou faits prisonniers⁸ et les encourageant à amnistier ou à gracier⁹ autant que possible les personnes ayant pris part au conflit¹⁰.

Mais ce n'en est pas moins vrai pour le droit public interne, où différentes dispositions permettent aux pouvoirs publics de faire preuve de clémence¹¹, tantôt en favorisant l'oubli de certains faits, tantôt leur pardon et tantôt les deux à la fois. Tandis que, dans le premier cas, la clémence peut prendre la forme de la prescription qui interdit, au nom de la société¹², d'exercer les poursuites ou l'exécution des condamnations à l'issue d'un certain délai¹³, dans le second elle peut prendre celle de la grâce, d'une dispense ou d'une exemption de peine, ou encore, plus simplement, du respect des procédures judiciaires¹⁴. Alors que la grâce donne au chef de l'État le pouvoir de neutraliser l'autorité de force jugée d'une décision de justice pour dispenser le délinquant de l'exécution de tout ou partie de sa punition¹⁵, l'exemption de peine permet au juge de l'en exonérer totalement¹⁶, et le respect des formes judiciaires au mis en cause de faire valoir ses droits de la défense¹⁷. Facteur d'oubli et de pardon, l'amnistie

⁷ *De l'Esprit des lois*, Didot Frères 1867. 7.

⁸ Conv. de La Haye du 18.10.1907, *JO* 8.12.1910. 9930, art. 4 ; Conv. de Genève du 12.8.1949, *JO* 6.3.1952. 2617, art. 3.

⁹ Ce lien entre clémence et grâce a été mis en évidence dès l'Antiquité comme l'atteste cette phrase extraite du Code justinien : « Celui qui (...) a (...) obtenu de notre clémence sa grâce ».

¹⁰ Protocole du 8.6.1977, *JO* 26.7.1984. 2470, art. 6, §5 (amnistie) ; Conv. préc. de Genève du 12.8.1949, art. 73 (grâce).

¹¹ V. *infra* I et II.

¹² Cass. crim. 26.1.1984, Barbie, *Bull. crim.* n° 34 : « le droit à l'acquisition de la prescription ne saurait constituer un droit de l'homme ». *Contra* : CEDH 22.6.2000, Coëme et a. c/ Belgique, *Rec.* 2000-VII, § 146 : la prescription est « le droit » de « l'auteur d'une infraction de ne plus être poursuivi ni jugé après l'écoulement d'un certain délai depuis la réalisation des faits ».

¹³ Ruiz-Fabri H., « Introduction générale » in *La clémence saisie par le droit*, SLC 2007. 27.

¹⁴ Notamment car cette liste n'est pas limitative, la clémence pouvant également prendre la forme de la grâce amnistiante, de l'adoption de lois pénales plus douces, de la réhabilitation, du sursis, de la libération conditionnelle ou de la réduction de peine pour bonne conduite (Philip-Gay M., « Rapport français », in *La clémence saisie par le droit*, *op. cit.*, p. 409).

¹⁵ Vergès É., « Réflexions sur la nature et la fonction de la grâce présidentielle », *RSC* 2008. 952.

¹⁶ Cass. crim. 12.10.1993, Akimi Zine Édine, *D.* 1994.129, note Mayer.

¹⁷ CE 5.5.1944, Vve Trompier-Gravier, *GAJA* n° 55 ; CC Déc. n° 77-83 DC du 20.7.1977, Obligation de service des fonctionnaires, *Rec.* 39.

constitue pour sa part le moyen pour les autorités d'« efface[r] les condamnations »¹⁸ infligées et d'empêcher le prononcé de nouvelles, en « arrêt[ant] les poursuites à partir du jour de sa promulgation »¹⁹.

Si chacun de ces mécanismes peut s'en réclamer, la question se pose : qu'est-ce que la clémence ? Étymologiquement, il s'agit d'une expression introduite dans la langue française au XIII^e siècle²⁰ à partir d'un mot latin n'ayant pas son équivalent strict en grec²¹, celui de *Clementia* tiré du verbe *clinare* : incliner. À la lettre, elle constitue un encouragement au pardon dont la portée a été en s'élargissant : alors qu'il s'agissait « proprement » pour les rois de modérer l'exercice de leur « droit de vie ou de mort »²² sur leurs sujets en 1694, il s'agit plus largement en 1762 du pouvoir des « dépositaires de [l']autorité » souveraine de « modérer les châtimens »²³. L'expression semble depuis s'être figée dans ce dernier état, puisque les dictionnaires juridiques la définissent encore aujourd'hui comme l'« inclination au pardon des fautes et à l'adoucissement des peines » consistant « à infliger une peine inférieure à celle qu'encourt le coupable ou même à l'exonérer de toute sanction »²⁴. Son intérêt tient à ce qu'elle semble avoir historiquement marqué la première étape d'un long processus destiné à limiter l'arbitraire des autorités.

L'expression semble en effet avoir été mise en avant par les philosophes et les théologiens pour encourager ce que l'on peut présenter sans trop de risque comme la première forme d'autolimitation du pouvoir. On comprend dès lors que d'aucuns aient pu la louer : en écho à un auteur du XVIII^e siècle naissant qui y voyait la « Tendre fille de l'équité, mère de la sage prudence »²⁵, Victor Hugo affirmait quelques années plus tard que « la clémence porte le flambeau devant toutes les autres vertus »²⁶. Certains monarques n'ont d'ailleurs pas hésité à s'en réclamer, tels Jules César (100-44 A. E.) durant la guerre civile romaine qui l'opposa à

¹⁸ CP, art. 133-9.

¹⁹ Cass. crim. 21.4.1932, Le Sauce et de Guillemain, *Bull. crim.* n° 110.

²⁰ Aufrère S. H., « Introduction » in *Clémence et châtiments*, L'Harmattan 2009. 12.

²¹ Flamerie de Lachapelle G., *Clementia*, t. 1, Thèse Langue, littérature et civilisation latines, Univ. Bordeaux III 2006. 18.

²² *Dictionnaire de l'Académie française*, J.-B. Coignard 1694. 197.

²³ *Dictionnaire de l'Académie française*, B. Brunet 1762. 318.

²⁴ Cornu G., *Le vocabulaire juridique*, PUF 2007. 162.

²⁵ de Boisserolle A., *Ode aux héros régénérateurs*, Dondey Dupré 1818. 2.

²⁶ *Han d'Islande*, V. Lecou 1853. 141.

Pompée²⁷, Néron (37-68) qui prétendit en faire une règle de conduite personnelle²⁸ ou encore Philippe Le Bel (1268-1314) à qui l'on doit l'adage « Clémence grandit justice »²⁹.

Il serait toutefois faux de croire que son bénéfice s'est imposé d'emblée. La littérature montre que tel n'a pas été le cas. Mais elle permet rétrospectivement de reconstituer le long chemin qui a été parcouru pour inciter les Princes à y recourir.

D'un côté, il s'est agi de les « décomplexer » de le faire en renversant l'idée selon laquelle un acte de compassion était nécessairement une preuve de faiblesse. De nombreux exemples de cette assimilation sont donnés à travers le temps : dans *L'Iliade et L'Odyssée*, la célèbre œuvre d'Homère, Agamemnon convainc son frère Ménélas de renoncer à son projet d'épargner Adraste, l'un de ses ennemis à terre³⁰, par peur qu'on lui reproche « un geste de faiblesse »³¹ ; en 1790, un auteur anonyme mettait encore ce conseil dans la bouche de Louis XVI : « évitez qu'un sentiment trop doux ne (...) fournisse » à vos adversaires « des armes contre vous »³² tandis que, sous la Terreur, Saint-Just dénonçait « cette indulgence coupable qui épargne les ennemis dissimulés du peuple »³³. Mais deux stratagèmes ont été développés par les penseurs de l'Antiquité et du Moyen-âge pour renverser la perspective. Le premier a consisté à en faire une vertu distincte du vice de la pitié. C'est ainsi que la *clementia* de Sénèque se voulait être une qualité propre aux grands hommes sans commune mesure avec la compassion et que Montesquieu prétendait « distingue[r] aisément » la clémence « de cette faiblesse qui mène le prince au mépris et à l'impuissance même de punir »³⁴. Inversement, le second subterfuge a tendu à revaloriser la pitié pour en faire, non plus un vice, mais une vertu. Saint Augustin semble le premier avoir systématisé l'emploi de la *misericordia* comme

²⁷ *Mémoires de Jules César*, t. 3, Panckroucke 1840. 129.

²⁸ « Quotiens nullam inueneram misericordiae causam », aurait-il déclaré, « mihi pepercit » (« chaque fois que je ne trouvais aucun motif de miséricorde, je pardonnai dans mon intérêt ») (Sénèque, *De Clementia*, OUP 2009. 94).

²⁹ Cité in Boissy G., *Les pensées des rois de France*, Michel 1949. 45.

³⁰ *L'Iliade*, Galimard 1955. 189 (VI, 53).

³¹ Whatelet P., « Clémence et châtements dans l'épopée homérique » in *Clémence et châtements*, L'Harmattan 2009. 124.

³² *L'attentat de Versailles*, 1790. 62.

³³ *Mon. univ.*, 1794-174. 689.

³⁴ *Op. cit.*, p. 82.

synonyme de clémence³⁵ avant que Jean-Jacques Rousseau ne pose la question : « Qu'est-ce que la (...) clémence (...) sinon la pitié appliquée aux faibles, aux coupables, ou à l'espèce humaine en général ? »³⁶.

D'un autre côté, il s'est agi de persuader les gouvernants de l'intérêt qu'ils pourraient avoir à faire œuvre de clémence. Contrairement à l'approche romanesque des poètes et autres romanciers, l'approche philosophico-politique a en effet rarement présenté la chose comme un but en soi. Elle en a plutôt fait un moyen au service d'une fin. Même s'il s'agissait le plus souvent officieusement pour elle de contenir l'arbitraire des gouvernants, elle l'a présentée officiellement comme un acte onéreux leur permettant d'accéder au pouvoir ou de le conserver. Machiavel est symptomatique de cet utilitarisme, lui qui invitait les Princes à « être clément[s] (...) à propos »³⁷ de façon à pouvoir asseoir leur autorité par la « ruse »³⁸. Schématiquement, deux voies ont été simultanément empruntées pour amener les rois à adoucir leur châtement. La première a consisté à flatter leur force. L'homme étant naturellement enclin à exterminer ses ennemis, le premier venu est capable d'une telle cruauté tandis que rares sont les individus à pouvoir dominer ces vils instincts pour ne pas leur laisser libre cours. De tels être revêtent un caractère divin suscitant le respect de tous car seul un Dieu est capable d'un tel exploit³⁹. C'est plus ou moins cette idée que l'on trouve chez Sénèque pour qui « *Clementia est temperentia animi* » (« La clémence est le contrôle de soi ») où encore dans ce passage de Corneille invitant les monarques à « régner sur » eux-mêmes « et, par un noble choix, » à « pratiquer la vertu la plus digne des rois »⁴⁰. La seconde a consisté à valoriser leur intelligence. Tantôt en vantant leur humanité, à l'image de Sénèque présentant la clémence comme « *per quam animi temere in odium alicuius iniecti comitate erinentur* »⁴¹ (« ce par quoi sont retenues, au moyen de la douceur, les âmes portées à haïr quelqu'un de façon inconsidérée ») ; ou des nombreux auteurs louant Henry IV pour avoir

³⁵ Aufrère S. H. , « Introduction » in *Clémence et châtements*, L'Harmattan 2009. 12.

³⁶ *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Éd. sociales 1983. 121.

³⁷ *Le Prince*, Garnier frères 1884. 124.

³⁸ *Id.*, p. 80.

³⁹ Apocalypse 20, 11-15.

⁴⁰ *Cinna ou la clémence d'Auguste*, E. Belin 1847. 43.

⁴¹ Flamerie de Lachapelle G., *op. cit.*, p. 35.

gagner des « sujets fidèles »⁴² en suivant les maximes « de justice et de clémence »⁴³ de Sully. Tantôt en soulignant leur qualité de stratège. En rappelant que « c'est par un pardon magnanime qu'Auguste, ce vainqueur sublime, désarma les conspirateurs »⁴⁴, Corneilles se proposait ainsi de forcer son souverain à « voir qu'il peut, en faisant grâce, affermir son pouvoir »⁴⁵. Aux termes de cette entreprise de séduction, Montesquieu pouvait affirmer que « les monarques ont tant à gagner par la clémence, (...) que c'est presque toujours un bonheur pour eux d'avoir l'occasion de l'exercer »⁴⁶.

Il n'est dès lors guère étonnant que la notion ait toujours été perçue comme une mesure verticale traduisant une relation d'autorité entre celui qui la prononce et celui qui en bénéficie et qu'elle soit devenue un « attribut (...) de la souveraineté »⁴⁷ au Moyen âge. Et on comprend que des pays autoritaires comme la Russie⁴⁸ ou la Chine⁴⁹ ou des « États voyous »⁵⁰ tels que le Venezuela⁵¹ ou le Soudan⁵² y aient encore recours aujourd'hui.

Mais la mesure continue également d'inspirer les législations de nombreuses démocraties occidentales, à l'image notamment des États-Unis⁵³, de l'Italie⁵⁴ ou de l'Allemagne⁵⁵. Sans doute la consécration des droits de l'homme et l'avènement progressif d'un État de droit ont-ils fait perdre au concept l'importance qu'il avait jusqu'alors au sein des grandes démocraties constitutionnelles, en enserrant un peu plus chaque jour le pouvoir discrétionnaire des autorités dans le respect de la légalité ; c'est-à-dire en substituant à la limitation endogène du pouvoir qui prévalait jusqu'alors, fondée sur la clémence et la crainte relative de violer les préceptes moraux commandés par Dieu, une limitation hétérogène, reposant sur le respect des

⁴² de Vattel E., *Le droit des gens*, t. 1, Guillaumin 1863. 475.

⁴³ Roques de Montgaillard J. G. M., *Clémence et justice*, Marchands de nouveauté 1815. 12.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 5.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 44. C'est pour ne pas tomber dans ce piège que Caton d'Utique, le sage stoïcien, décidait de se donner la mort : il préférerait mourir plutôt que de se rabaisser au rang d'esclave en acceptant la clémence d'un tyran.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 81.

⁴⁷ Marigné J.-É.-F., *Pétition de grâce et de clémence pour Louis XVI*, Marchands de nouveautés 1793. 10.

⁴⁸ Const. 12.12.1993, art. 71, n (grâce et amnistie) ; 89 (grâce) et 103 (amnistie).

⁴⁹ Const. du 4.12.1982, art. 67, 17 (amnistie).

⁵⁰ Pour reprendre l'expression forgée par le président Ronald Reagan.

⁵¹ Const. du 30.12.1999, art. 187, 5 (amnistie) et 236, 19 (grâce)

⁵² Const. du 1^{er}.7.1998, art. 42, f (grâce).

⁵³ Const. du 17.9.1787, Pr., art. II, Sect. 2, §1 (grâce).

⁵⁴ Const. du , art. 79 (amnistie) et 87 (grâce).

⁵⁵ L. fondamentale du 23.5.1949, art. 60, al. 2 (grâce).

droits et libertés de chacun constitutionnellement garanti par un juge indépendant. Mais, bien que reléguée au second plan, la clémence n'a pas cessé d'influencer le droit positif.

Le procédé a même connu un regain d'intérêt dans les années 1990 du fait du développement de la mondialisation, lorsque les États-Unis et de nombreux pays à leur suite ont élaboré des « programmes de clémence » pour encourager le repentir des Firmes multinationales coupables d'ententes illicites et faciliter les poursuites de leurs auteurs⁵⁶.

Si l'un des intérêts du sujet est justement de nous en faire prendre conscience, un problème de frontière se pose au publiciste, dans la mesure où ses réflexions l'amènent à empiéter sur d'autres disciplines. C'est vrai pour les programmes de clémence qui, bien que relevant du droit public économique, intéressent aussi le droit des affaires. Mais c'est également vrai pour les droits de grâce et d'amnistie qui, bien que consacrés par la Constitution, produisent leurs effets en droit pénal. L'approche par le droit public n'est toutefois pas dénuée d'intérêt. Car en envisageant la notion au regard de la relation gouvernant / gouverné, elle permet de mettre en lumière son enjeu pour la vie en société.

Que l'on considère ses manifestations traditionnelles ou ses nouvelles implications en effet, la clémence poursuit à chaque fois la même finalité : c'est un moyen pour les régimes démocratiques de se doter d'une soupape de sécurité leur permettant de prévenir ou de remédier aux conflits sociaux les plus graves, spécialement en période de crise, le plus souvent en accélérant artificiellement le passage du temps pour provoquer l'oubli de certains faits. Comme l'équité dont elle découle, elle inspire des mécanismes juridiques permettant au pouvoir d'atténuer « le dogmatisme que la logique formelle »⁵⁷ imprime à la règle de droit et, ainsi, de désamorcer les tensions sociales qui peuvent en résulter. Rien d'étonnant dès lors à que le Conseil constitutionnel français ait pu (indirectement) y voir un élément « d'apaisement politique et social »⁵⁸.

Mais le recours à la clémence en droit public est-il véritablement une garantie de la paix sociale ?

⁵⁶ V. *infra* II, A.

⁵⁷ Starck B. et a., *Introduction au droit*, Litec 2000. 44.

⁵⁸ CC Déc. n° 89-271 DC du 11.1.1990, Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, *Rec.* 21.

La France étant une démocratie⁵⁹, la réponse ne peut faire de doute lorsque son utilisation vise à satisfaire les attentes populaires. Mais il en va autrement lorsqu'elle va à leur rencontre. Car, comme le relevait Léon Duguit, « toute loi (...) contraire aux tendances sociales (...) peut (...) amener une crise grave »⁶⁰. Ainsi, s'il est certain que la clémence constitue un facteur de concorde lorsqu'elle s'analyse comme une autolimitation de la volonté populaire (I), elle apparaît comme une source de discordance lorsqu'elle constitue une hétéro-limitation contraire à ses aspirations (II).

I. LA CLEMENCE-AUTOLIMITATION, FACTEUR DE CONCORDE

La clémence-autolimitation est celle qui est sollicitée ou acceptée par les citoyens. Dans ce dernier cas, il est vrai, il revient au pouvoir politique de prendre l'initiative de la mesure. Mais, dès lors que cette dernière ne peut atteindre son objectif qu'avec l'accord tacite ou exprès du corps social, elle s'analyse bien comme une autolimitation de la volonté générale « tant que le souverain libre de s'y opposer ne le fait pas », car, « en pareil cas, du silence universel on doit présumer le consentement du peuple »⁶¹.

Si cette autolimitation est facteur de concorde, c'est parce qu'elle constitue le moyen d'unifier la nation (A) et d'assurer la continuité de la vie nationale (B).

A. LE MOYEN POUR LA VOLONTE POPULAIRE DE PRESERVER L'UNITE NATIONALE

La clémence est source de concorde lorsqu'elle permet de préserver l'unité de la nation. Sans doute celle-ci est-elle fortement ancrée dans un pays aussi ancien que la République où le sentiment national est apparu aux XII-XIII^e siècles⁶² et qui « ne connaît », de ce fait, « que le peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de

⁵⁹ Const. 4.10.1958, art. 1^{er}.

⁶⁰ *Le droit constitutionnel et la sociologie*, A. Colin 1889. 21.

⁶¹ Rousseau J.-J., *Du contrat social*, Librairie des bibliophiles 1889. 20 : « Ce n'est point à dire que les ordres des chefs ne puissent passer pour des volontés générales ».

⁶² Beaune C., *Naissance de la Nation France*, Gallimard 1985. 10.

religion »⁶³. Mais la préservation de cette unité passe parfois par l'oubli ou le pardon des querelles qui la mettent en péril.

1°) Leur mise sous silence n'est, il est vrai, pas sans risque pour la paix sociale, dans la mesure où elle permet à certains individus d'échapper à la responsabilité qu'ils encourent du fait des lois. Dès lors que tel est le cas, la clémence ne peut que susciter la rancœur de victimes privées de leur droit à un recours effectif⁶⁴ et, à travers lui, d'une condamnation à laquelle elles pensent légitimement pouvoir prétendre. En les empêchant d'obtenir justice, elle ne peut qu'attiser les haines et poser les germes de conflits futurs dont la paix sociale aura tôt ou tard à souffrir « car la peine seule venge l'injure ou rassure la victime »⁶⁵. Le constituant en a récemment pris acte en interdisant la pratique des grâces collectives⁶⁶, utilisée depuis les années 1970 comme mode de gestion de la surpopulation carcérale⁶⁷. Mais le législateur l'avait auparavant admis. D'une part, en précisant le délai de prescription des infractions les plus graves – notamment des crimes contre l'humanité⁶⁸, des crimes ou délits commis en matière de terrorisme ou de stupéfiant⁶⁹ et des atteintes sexuelles commises sur les mineurs⁷⁰. D'autre part, en considérant que seule « la méconnaissance d'une formalité substantielle » ayant « porté atteinte aux intérêts » de la personne poursuivie pouvait entraîner la nullité de la procédure pour violation des droits de la défense⁷¹. Enfin, en mettant fin à l'exemption de peine qui couvrait les agents publics pourtant coupables d'avoir attenté au droit de propriété ou à la liberté individuelle des citoyens sur l'ordre illégal de leur supérieur⁷².

⁶³ CC Déc. n° 91-290 DC du 9.5.1991, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, *Rec.* 50.

⁶⁴ CC Déc. 89-268 du 29.12.1989, Loi de finances pour 1990, *Rec.* 110 ; CESDH du 4.11.1950, *JO* 4.5.1974. 4752, art. 13.

⁶⁵ Faustin H., *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, H. Plon 1866. 562.

⁶⁶ L. const. n° 2008-724 du 23.7.2008, *JO* 24.7.2008, texte n° 2, art. 7.

⁶⁷ Vergès É., *op. cit.*, p. 952.

⁶⁸ CPP, art. 7, al. 1^{er} ; CP, art. 213-5 : ces crimes sont imprescriptibles. Pour une illustration v. Cass. crim. 20.12.1985, Barbie, *JCP-G* 1986. 20655, rapport Le Gunehec, concl. Dontenwille.

⁶⁹ CPP, art. CPP, art. 706-25-1 et 706-31 : ces crimes et délits se prescrivent respectivement dans les 30 et 20 ans suivant leur commission.

⁷⁰ CPP, art. 7, al. 3 : ces crimes et délits se prescrivent respectivement dans les 20 et 10 ans suivant la majorité de la victime.

⁷¹ CPP, art. 171.

⁷² Comp. anc. CP, art. 114 et 184 et CP, art. 432-4 et 432-8.

2°) Mais le recours à la clémence ne peut pour autant être totalement écarté. Car c'est un instrument de la paix sociale chaque fois qu'elle traduit la volonté des citoyens de dépasser les conflits stériles qui les opposent en faisant de l'adoucissement des peines le préalable d'un avenir meilleur. C'est, en d'autres termes, le cas chaque fois qu'elle permet de prévenir le « risque d'une autodissolution du pacte social par amputation d'une trop grande de ses parties »⁷³.

Sous ce rapport, la clémence peut jouer un rôle curatif ou préventif, selon qu'elle soumet les autorités à une obligation de faire ou de ne pas faire.

De façon positive, elle les oblige à prendre les mesures qui s'imposent pour solder le passé à la suite d'une guerre civile ou d'une situation quasi insurrectionnelle. Peu importe l'origine du conflit, qu'il ait des causes politiques, religieuses ou autres : car, dans tous les cas, « il faut se hâter de mettre fin aux vengeances » pour éviter d' « établir[] la tyrannie des vengeurs »⁷⁴, surtout lorsque l'importance des forces en présence ne permet pas de déterminer qui a raison ou tort. Sur le plan général, cette obligation explique les nombreuses amnisties qui ont été décrétées pour sauvegarder l'unité de la nation. C'est elle qui, du temps de l'absolutisme monarchique, conduisait Henry IV à interdire le 30.4.1598 *via* l'édit de Nantes à quiconque, « en quelque temps » et « pour quelque occasion que ce soit », de « faire mention, procès ou poursuite » devant « aucune cours ou juridiction » des évènements passés « depuis le commencement du mois de mars 1585 »⁷⁵ pour mettre un terme à la lutte fratricide qui opposait les catholiques de la Ligue aux protestants⁷⁶. Mais, après le transfert de la souveraineté du roi au peuple, c'est encore elle qui expliquait l'amnistie⁷⁷ de 10 000 des 30 000 « communards » de 1871, celle-ci apparaissant, pour reprendre le mot de Victor Hugo, nécessaire à « la fermeture des plaies »⁷⁸, dès lors que, comme le relevait le chef du

⁷³ Cuillerai M., « L'irréconcilié : l'histoire critique aux marges de l'amnistie », *L'homme et la société* 2007-159. 26.

⁷⁴ *Op. cit.*, p. 168.

⁷⁵ Cité in Gacon S., *op. cit.*, p. 25.

⁷⁶ Cf. *Déclaration du 6.4.1594 appelant à la clémence et à une générale réconciliation*, Iullieron et Thibaut 1594. 8-9 : « Nous réintégrons & restituons en tous les privilèges, droits, octrois, immunités et concessions » (...) « à la charge de nous faire (...) le serment de fidélité et obéissance, pour ce nécessaire ».

⁷⁷ L. du 3.3.1879, *Bull. lég.* 1879-430. 213 ; L. du 11.7.1880, *Bull. lég.* 1880-571. 773.

⁷⁸ *Œuvres complètes*, vol. 45, J. Hetzel 1884. 351.

gouvernement, « la république [était] assez forte pour être clément, même à l'égard de ceux qui, dès ses débuts, avaient compromis son existence »⁷⁹. Plus près de nous, cette considération permet de comprendre l'amnistie des « circonstances particulières »⁸⁰ qu'ont constituées les événements de mai 1968⁸¹. Sur le plan particulier, cette obligation éclaire la nécessité dans laquelle se trouvent parfois les autorités de faire grâce. Elle est à l'origine de la décision du gouvernement Waldeck-Rousseau de dispenser Alfred Dreyfus de l'exécution de sa peine le 19.9.1899⁸² pour éviter des « mois de polémiques et d'outrages »⁸³ et surmonter l'opposition des dreyfusards et des antidreyfusards qui empoisonnait la vie politique française, et dont la fameuse lettre ouverte au président de la République d'Émile Zola reste l'expression la plus célèbre⁸⁴. Elle explique également le vœu exprimé le 15.8.1945 par le jury ayant condamné le Maréchal Pétain à la peine capitale que la sanction « ne soit pas exécutée »⁸⁵ et la décision du Général de Gaulle de le gracier le 18 août suivant⁸⁶ : car aux yeux de nombre de français le vainqueur de Verdun avait constitué un « bouclier » face à l'ennemi durant l'occupation⁸⁷.

Mais la clémence joue également de façon préventive, en interdisant aux autorités d'adopter des comportements qui pourraient, sinon remettre en cause l'unité nationale, du moins compliquer sa réunification. Si cette autre fonction a été mise en lumière sous la Terreur par le « retour des garanties judiciaires »⁸⁸ proposé par Camille Desmoulins dans le cadre de sa « politique de la "clémence" », elle permet rétrospectivement de renouveler l'interprétation de la célèbre jurisprudence Canal du Conseil d'État de 1962. Traditionnellement, le respect des droits de la défense est mis en avant pour justifier le refus de la Haute juridiction de valider une ordonnance présidentielle ayant créé une Cour militaire de justice par laquelle des

⁷⁹ Intervention du président du Conseil Waddington, *JO* 1879. 978.

⁸⁰ CE Ass. 12.7.1969, CCI de Saint-Etienne, *Rec.* 379.

⁸¹ L. n° 68-457 du 23.5.1968, *JO* 24.5.1978. 5178 ; L. n° 69-700 du 30.6.1968, *JO* 1^{er}.7.1969. 6675.

⁸² Zola É., « Lettre à madame Alfred Dreyfus », *L'Aurore* 29.9.1899.

⁸³ Waldeck-Rousseau P. cité in Gacon S., *L'amnistie*, Seuil 2000. 120.

⁸⁴ « J'accuse... », *L'Aurore* 13.1.1898.

⁸⁵ HCJ 15.8.1945, Pétain, in *Compte rendu in extenso des audiences*, Imprimerie des Journaux Officiels 1945. 386.

⁸⁶ Boulet F., *Leçons d'histoire de France*, Dislab 2006. 387.

⁸⁷ Comme l'atteste le sondage paru in *L'Aurore* 30.4-1^{er}.5.1948.

⁸⁸ Rolland P., « Politique de l'Indulgence », *RFSP* 1987-5. 618.

partisans de l'Algérie française s'étaient trouvés condamnés à mort⁸⁹. Mais, à la réflexion, cette décision ne semble avoir été qu'une conséquence de l'interdiction que la clémence fait au pouvoir en place d'abuser de ses prérogatives pour se débarrasser de ses opposants en organisant une justice expéditive. Car il s'agissait pour la Haute juridiction de ne pas compromettre la réconciliation nationale à laquelle il faudrait procéder à l'issue de l'indépendance en faisant des défenseurs de l'Algérie française des martyrs. Sans doute le chef de l'État se prévalait-il de l'autorité de la loi référendaire sur laquelle il fondait son ordonnance. Mais le Conseil d'État a pu lui opposer la volonté populaire, dès lors que l'opinion publique était divisée sur le conflit et qu'elle ne l'avait pas expressément habilité à mettre en œuvre une justice aussi sommaire. En s'opposant à la volonté présidentielle au nom du « peuple français », le juge suprême rappelait le général de Gaulle aux obligations que la clémence-autolimitation impose de respecter pour sauvegarder l'unité nationale. C'est dire combien la notion est utile à la concorde qui prélude à la paix sociale dont dépend le bien être de tous. Mais elle l'est d'autant plus qu'elle constitue l'un des moyens dont disposent les pouvoirs publics pour assurer la continuité de l'action étatique.

B. LE MOYEN POUR LA VOLONTE POPULAIRE D'ASSURER LA CONTINUITÉ DE LA VIE NATIONALE

La clémence est également facteur de paix sociale dans la mesure où elle contribue à assurer « la continuité de la vie nationale »⁹⁰ en permettant de mettre les agents publics à l'abri des actions tracassières qui peuvent compromettre la permanence de leur action, notamment en cas de crise.

1°) En principe il est vrai, deux considérations se combinent pour faire de la responsabilité des autorités un élément de la paix social.

En temps normal, la doctrine du « gouvernement spéculaire » héritée du Moyen-âge interdit aux intéressés d'utiliser leurs prérogatives pour organiser leur impunité. D'après elle, « le

⁸⁹ CE Ass. 19.10.1962, Canal, Robin et Godot, *GAJA* n° 81.

⁹⁰ CC Déc. n° 2005-517 DC du 7.7.2005, Loi organique modifiant la loi organique n° 2001-692 du 1^{er}.8.2001 relative aux lois de finances, *Rec.* 108.

Roi » devait en effet, « pour mériter son titre », « être exemplaire », « l'obéissance ne p[ouvant] naître que de sa vertu » et « de l'excellence de son comportement »⁹¹. Transposée aux démocraties modernes, la règle explique l'interdiction normalement faite aux décideurs publics d'instrumentaliser la règle de droit pour échapper à leurs responsabilités⁹². C'est ce qu'a récemment rappelé la Cour constitutionnelle italienne en invalidant la loi « Adolfo », qui faisait bénéficier les quatre plus hautes personnalités politiques du pays d'une inviolabilité pendant toute la durée de leurs fonctions, afin de mettre le Président du Conseil Sylvio Berlusconi à l'abri des poursuites dont il faisait l'objet⁹³. Mais c'est également ce qu'avait estimé la Cour de cassation française, lorsqu'elle avait considéré que le chef de l'État n'était justiciable que des tribunaux répressifs ordinaires à raison des infractions détachables de l'exercice de ses fonctions⁹⁴.

En période de troubles, la continuité de l'État a sans doute justifié de durcir les conditions d'engagement de la responsabilité du président de la République⁹⁵. Mais le souci de garantir l'efficacité de son action a parallèlement conduit la jurisprudence administrative à permettre à l'Exécutif d'engager plus facilement la responsabilité de ses préposés sur le fondement de la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles. Cette dernière – qui joue lorsque « les circonstances » rendent « la légalité normale (...) tellement inadaptée qu'il faut lui substituer provisoirement une légalité d'exception »⁹⁶ – a pour originalité d'habiliter les gouvernants à écarter les garanties accordées à leurs agents quant à l'engagement de leur responsabilité, notamment disciplinaire, dès lors que cela paraît strictement nécessaire à la continuité des pouvoirs publics⁹⁷.

⁹¹ Saint-Bonnet F., « Aux origines de l'irresponsabilité du chef de l'État en France », in *La responsabilité pénale du président de la République*, L'Harmattan 2003. 48.

⁹² Sur cette question, v. Bottini F., *La protection des décideurs publics face au droit pénal*, LGDJ 2008. 137, 206, 225 et 261.

⁹³ Cour const. italienne 7.10.2009, *Le Monde* 9.10.2009.

⁹⁴ Cass. Ass. plén. 10.10.2001, Breisacher, *D.* 2002. 237.

⁹⁵ De 1958 jusque dans les années 1990, nombre d'auteurs ont en effet considéré que l'immunité accordée au chef de l'État par l'article 68 C. ne le couvrait qu'à raison des faits commis dans l'exercice de ses fonctions pendant l'utilisation de l'article 16 (Foyer J., « Haute Cour de justice », in *Rép. D. Dr. pén.* 1968, n° 34 ; Bottini F., *op. cit.*, p. 185).

⁹⁶ Lebreton G., *Droit administratif général*, Dalloz 2008. 81.

⁹⁷ CE 28.6.1918, Heyriès, *GAJA* n° 31.

2°) Par exception à ce principe, la volonté générale permet parfois aux préposés de l'administration de bénéficier de sa clémence, lorsque celle-ci paraît nécessaire pour lui assurer leur soutien dans la mise en œuvre des mesures indispensables à la continuité de la vie nationale.

Tout d'abord en effet, la notion permet à l'Exécutif de s'assurer de la fidélité des agents de l'administration dans l'application de la politique qu'il mène au nom du peuple français. En temps ordinaire, cette considération conduit le Conseil constitutionnel à reconnaître au législateur la possibilité d'amnistier certaines sanctions professionnelles ou disciplinaires⁹⁸. Mais, en période de crise, elle encourage la jurisprudence administrative à atténuer la responsabilité des dépositaires de l'autorité en déqualifiant la voie de fait⁹⁹ ou, d'une façon générale, en reconnaissant aux agents publics le pouvoir de s'affranchir des garanties de forme¹⁰⁰ ou de fond¹⁰¹ normalement accordées aux administrés pour l'exercice des libertés publiques.

La notion apparaît ensuite comme le moyen pour la volonté générale d'encourager le civisme des citoyens. Elle explique en effet la théorie « des fonctionnaires de fait » d'après laquelle doit être « regardé comme légalement investi »¹⁰² d'une mission de service public le particulier qui, soit avait l'apparence d'un agent de l'administration au moment où il a agi, du fait notamment d'une élection ou d'une nomination illégale¹⁰³, soit a pris sur lui de se substituer aux autorités défaillantes pour faire face aux événements en cas de circonstances exceptionnelles¹⁰⁴.

Qu'elle s'analyse comme le moyen d'assurer les gouvernants de la fidélité de leurs préposés ou d'encourager le civisme des citoyens, la clémence-autolimitation permet à chaque fois d'assurer la continuité de l'action étatique en empêchant que des poursuites abusives ne

⁹⁸ CC Déc. n° 88-244 DC du 20.7.1988, Loi portant amnistie, *Rec.* 119.

⁹⁹ TC 21.3.1952, Dme de la Murette, *Rec.* 626.

¹⁰⁰ CE Sect., 10.11.1944, Auvray, *Rec.* 291.

¹⁰¹ Droit à la sûreté (CE Ass. 7.11.1947, Alexis et Wolff, *Rec.* 416) ; liberté d'aller et venir (CE 28.2.1919, Dames Dol et Laurent, *Rec.* 208 ; CE 18.5.1983, Rodes, *Rec.* 199) ; Droit de propriété (CE 5.3.1948, Marion, *Rec.* 113)...

¹⁰² CE Ass. 2.12.1983 Charbonnel, *AJDA* 1984. 76, chron. Lasserre et Delarue.

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ CE 5.3.1948, Marion, *op. cit.*

compromettent l'adoption des mesures nécessaires au maintien ou à la restauration de la paix sociale.

Dès lors que, sans sa médiation, on aboutirait à une « guerre de tous contre tous »¹⁰⁵, elle apparaît bel et bien comme un facteur de concorde. On comprend ainsi que dans *Saül le furieux* Jean de La Taille ait pu présenter le défaut de clémence du roi David comme une faute¹⁰⁶. Mais, inversement, l'excès de clémence du roi Saül en est également une à ses yeux¹⁰⁷ tout comme celui de César en était une à ceux de Cicéron : « *Clementiam illi malo fuisse* », écrivait à ce propos ce dernier, « *qua si usus non esset, nihil ei tale accidere potuisse* »¹⁰⁸ (« sa clémence fut pour lui un malheur : sans elle, rien de tel n'aurait pu lui arriver »).

L'histoire et la littérature révèlent ainsi l'ambiguïté de la notion, celle-ci apparaissant comme un instrument à double tranchant. Autant elle peut être un atout pour les détenteurs de l'autorité lorsqu'ils y recourent à propos, autant elle s'avère dangereuse pour eux lorsqu'ils le font à mauvais escient. Le risque est alors de les voir saper le fondement de leur autorité en tentant d'imposer aux citoyens une clémence dont ils ne veulent pas. C'est, en d'autres termes, de les voir recourir au procédé d'une façon qui sème la discorde.

II. LA CLEMENCE-HETERO LIMITATION, SOURCE DE DISCORDE

La clémence-hétéro limitation est celle qui est imposée aux citoyens, sans leur consentement et sans susciter leur adhésion. Elle est source de discorde lorsqu'elle se traduit par l'oubli forcé de faits mal digérés, comme l'ont illustré les remous de l'amnistie des infractions commises dans le cadre de la guerre d'Algérie¹⁰⁹. Mais c'est également le cas lorsqu'elle devient un moyen pour les décideurs d'échapper à l'action de la justice, qu'ils soient privés (A) ou publics (B).

¹⁰⁵ Hobbes T., *Léviathan*, Dalloz 2004. 109.

¹⁰⁶ F. Morel 1572. 32.

¹⁰⁷ *Id.*, p. 14.

¹⁰⁸ Cicéron, *Œuvres complètes*, vol. 5, Didot Frères, 1852. 560.

¹⁰⁹ Gacon S., *op. cit.*, p. 297.

A. LE MOYEN POUR LES ACTEURS ECONOMIQUES DE MARCHANDER LEUR IMMUNITE

La clémence est une source de discorde lorsqu'elle se trouve invoquée par les acteurs économiques pour négocier leur impunité. C'est le sentiment qui se dégage du sort réservé aux « évadés fiscaux » qui, bien que coupables d'avoir voulu se dérober aux obligations que leur impose leur situation de fortune à l'égard de la solidarité nationale, bénéficient en Italie d'une mesure d'amnistie¹¹⁰ et se voient reconnaître en France la possibilité de « marchander » leur retour – sans que soit totalement exclu le recours à l'amnistie¹¹¹. Mais c'est également l'impression qui se dégage du développement des « programmes de clémence » en droit public économique.

1°) Officiellement, leur apparition vise à garantir la paix sociale en facilitant le démantèlement des cartels qui, en faussant le jeu de la concurrence, accroissent l'inflation des prix et privent une partie importante de la population de l'accès à certains produits de première nécessité.

L'impossibilité de fait dans laquelle se trouvent les États de contrôler efficacement l'économie dans le contexte de la mondialisation conduit de nombreux décideurs politiques à se rallier aux dogmes libéraux pour prôner le libre jeu du marché¹¹². Mais, pour que la théorie de la « main invisible »¹¹³ puisse jouer, encore faut-il que la concurrence ne soit pas faussée¹¹⁴. Car en concluant des ententes horizontales pour se répartir les débouchés, les entreprises phares d'un secteur peuvent entraîner une hausse considérable des prix. C'est ainsi qu'en Amérique du nord le marché des électrodes en graphite utilisées dans la sidérurgie du

¹¹⁰ « Le Parlement italien adopte une mesure d'amnistie fiscale controversée », *Le Monde* 6.10.2009.

¹¹¹ CC Déc. n° 86-209 DC du 3.7.1986, Loi de finances pour 1986, *Rec.* 86 : valide les « amnistie[s] fiscale[s] ».

¹¹² Cet engouement explique selon certains économistes de renom que « ces théories (...) constituent le cœur de l'enseignement en économie. Leurs modèles saturent les preuves académiques et ils sont à l'origine de la plupart des médailles et prix que la profession s'attribue » (« Sortons l'enseignement de sa bulle », *Le Monde* 10.10.2009).

¹¹³ Smith A., *La richesse des nations*, Flammarion 2009. 146.

¹¹⁴ Traité du 25.3.1957, instituant la CEE, art. 3.

ciment a connu une inflation oscillant entre 50 et 90% dont les effets se sont répercutés sur les secteurs connexes du fait de comportements oligopolistiques¹¹⁵.

Si l'importance de la lutte contre de tels cartels n'est plus à démontrer, les outils classiques d'investigation dont disposent les autorités se sont toutefois rapidement avérés inadaptés à l'apparition de grands groupes internationaux. Non seulement en effet la preuve des violations du libre jeu de la concurrence n'est pas toujours facile à apporter les concernant¹¹⁶, mais le sentiment d'impunité auquel conduit cette situation encourage leur prolifération¹¹⁷. C'est donc pour mettre un terme à ce cercle vicieux que les autorités de la concurrence ont décidé de recourir à des « programmes de clémence ».

Apparus dans les années 1970 à l'initiative du *Department of justice* américain, ces derniers ont été transposés dans l'ordre interne¹¹⁸ après avoir été repris par le droit communautaire¹¹⁹. Fort de la théorie des jeux selon laquelle l'intérêt constant des délinquants est de dénoncer leur complice pour obtenir une peine moins lourde¹²⁰, ils visent à exploiter les failles dans la relation de confiance qui unit les membres d'une entente illicite pour les encourager à se dénoncer et à dénoncer leurs complices en échange d'une réduction considérable de l'amende qu'ils encourent, ladite amende pouvant représenter jusqu'à 10% de leur chiffre d'affaire mondial. Pour bénéficier du procédé, les contrevenants doivent notamment fournir des preuves substantielles contre leurs « associés », ne pas être à l'origine de l'entente et ne pas dénoncer des faits faisant déjà l'objet d'une enquête suffisamment étayée. Cette dernière

¹¹⁵ *Rapport sur les ententes injustifiables*, OCDE 2004. 40.

¹¹⁶ TPI 6.4.1995, *Tréfileurope Sales SARL c/ Comm.*, *Rec.* II-791.

¹¹⁷ *Comm. eur.*, *XXVI^e rapport sur la politique de la concurrence 1996*, CE 1997. 21.

¹¹⁸ L. n° 2001-420 du 15.5.2001, *JO* 16.5.2001. 7776 ; L. n° 2008-776 du 4.8.2008, *JO* 5.8.2008, texte n° 5.

¹¹⁹ Sur les programmes communautaires de clémence, v. *Communications de la Commission, JOCE* 1996-C207. 4 ; 2002-C45. 3 et *JOUE* 2006-C298. 17. Ces textes, dépourvus de valeur juridique, s'analysent comme des directives – au sens que le droit administratif donne à ce terme (CE Sect. 11.12.1970, *Crédit foncier de France, GAJA* n° 85) – auxquels la Commission recourt pour encadrer l'exercice de son pouvoir discrétionnaire (TPI 12.12.1996, *Aiuffas c/ Comm.*, *Rec.* II-2169, § 57). Sur le mécanisme transactionnel, v. *Règlement (CE) n° 622/2008* du 30.6.2008 de la Commission, *JOUE* 2005-L171. 3 ; *Communication* du 2.7.2008, *JOUE* 2008-C167. 1. D'après ce texte, les deux mécanismes sont cumulables (pt 33). Il en est de même en droit français (Cons. conc. Déc. n° 07-D-21 du 26.6.2007, *Marché de la location entretien du linge, Concurrences* 2007-3. 145, note Lemaire).

¹²⁰ V. *supra*, note 46.

condition débouche sur une véritable « course à la clémence »¹²¹ qui contribue à l'efficacité du procédé, puisque 46 condamnations de cartels ont été prononcées par la Commission européenne¹²² entre 2001 et 2007 contre 11 immunités totales d'amende entre 1996 et 2005¹²³. À s'en tenir à cette analyse, le recours à ces programmes semble ainsi louable, dès lors qu'ils contribuent à l'apaisement des troubles sociaux en empêchant l'envolée des prix.

2°) Mais, à bien y regarder, le procédé n'est pas sans danger pour la paix sociale, dès lors qu'il est susceptible de donner aux acteurs économiques coupables d'ententes illicites la faculté d'échapper totalement à leur responsabilité, sur le plan tant civil que pénal.

L'efficacité du procédé conduit en effet les entreprises contrevenantes à formuler deux griefs à son encontre.

Sans surprise, le premier consiste à le critiquer en lui reprochant son « immoralité » du fait de la « marchandisation de la clémence »¹²⁴ sur lequel il repose. Nombreux sont ainsi les auteurs¹²⁵ ou les avocats d'affaires en service commandé à critiquer un « système de délation assortie de récompense »¹²⁶ contraire « aux droits de la défense »¹²⁷. Peu importe que l'élaboration des programmes de clémence ait justement fait suite à un blocage du renforcement des moyens d'investigation traditionnels des autorités de la concurrence lui-même fondé sur une atteinte alléguée aux droits des entreprises¹²⁸. Peu importe également qu'il suffise aux acteurs économiques de ne pas participer à de telles ententes pour ne pas être obligés de se livrer à de telles délations. Peu importe, enfin, que l'invocation de la moralité puisse paradoxalement avoir pour résultat de permettre aux entreprises d'adopter des comportements immoraux au nom de la morale : car l'objectif de ces critiques n'est pas d'assurer le respect des intérêts collectif du corps social mais celui des intérêts particuliers des entreprises à qui profite le système capitaliste.

¹²¹ Roda J.-C., *La clémence en droit de la concurrence*, PUAM 2008. 93.

¹²² *Id.*, p. 395.

¹²³ Voillemot D., *Gérer la clémence*, Bruylant 2005. 16.

¹²⁴ Roda J.-C., *op. cit.*, p. 25.

¹²⁵ Brault D., « Jusqu'où augmenter la prime aux repentis ? », *RLC* 2004-4. 113 ; Roda J.-C., *op. cit.*, p. 155.

¹²⁶ Voillemot D., *op. cit.*, p. 13.

¹²⁷ Roda J.-C., *op. cit.*, p. 335.

¹²⁸ *Id.*, p. 50.

Le second procédé est *a priori* plus étonnant, puisqu'il consiste au contraire à proposer d'accroître l'efficacité du mécanisme franco-communautaire. Mais cette proposition est pleine d'arrière-pensées qui ne font que renforcer l'impression de malaise, dans la mesure où elle ne vise à rien de moins qu'à permettre aux entreprises dénonciatrices de maximiser le profit qu'elles peuvent retirer des programmes de clémence. Ces derniers présentent en effet le défaut majeur aux yeux d'une partie du monde des affaires de ne pas permettre à ses bénéficiaires d'échapper à toute responsabilité. C'est particulièrement vrai en matière pénale où le procédé conduit, non pas à un classement des poursuites sous condition comme aux États-Unis¹²⁹, mais à une individualisation de la sanction pouvant donner lieu à une exemption de peine dépourvue d'automaticité¹³⁰ et inapplicable aux personnes physiques en droit français¹³¹. Mais ce n'en est pas moins vrai en matière civile, où les victimes de leurs agissements peuvent agir en dommages et intérêts après la révélation des faits par la décision des autorités de la concurrence condamnant l'entente.

Heureusement pour les entreprises fraudeuses, « un intense lobbying (...) des avocats américains »¹³² semble en passe de convaincre les pouvoirs publics de les protéger davantage. Au civil, la prise en compte de leurs intérêts s'est ainsi traduite par le refus des droits français et communautaire de faciliter l'accès des victimes aux preuves détenues par les autorités de la concurrence. Non seulement en effet les textes garantissent la confidentialité des informations fournies vis-à-vis des juridictions nationales¹³³, mais les autorités compétentes ont élaboré une procédure dite de « *paperless* », afin de réduire au minimum les preuves écrites en leur possession ou en celle des repentis et d'éviter qu'elles ne tombent entre « de mauvaises

¹²⁹ *Ibid.*, p. 94.

¹³⁰ Communiqués de procédure du 17.4.2007 et 2.3.2009, relatifs au programme de clémence français, resp. pt 47 et 48.

¹³¹ C. de comm., art. L. 420-6 : sanctionne de 4 ans de prison et de 75 000 euros d'amende le fait de prendre part à une entente anticoncurrentielle.

¹³² Roda J.-C., *op. cit.*, p. 283.

¹³³ Avis Cons. conc. du 21.9.2006, relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles, pts 73 et 74 ; Communication préc. de la Commission JOCE 2002-C45. 5 ; Projet de communication de la Commission du 27.4.2004, JOCE 2004-C101. 58, pt. 26 : obligation pour la Commission de s'abstenir de communiquer les infractions dont elle a connaissance et de refuser de les communiquer à la demande des juridictions nationales sans l'accord de sa « source » ; Communication préc. de la Commission, JOUE 2006-C298. 17, pt 39.

mains »¹³⁴. Comme si cela ne suffisait pas, un livre blanc de la Commission européenne du 2.4.2008 propose d'aller plus loin en limitant le montant de la responsabilité civile des personnes couvertes par le programme de clémence¹³⁵.

Au pénal, les auteurs du *Rapport sur la dépenalisation du droit des affaires* ont parallèlement suggéré la mise en place d'« une homologation » de la décision de clémence par le parquet français, afin de faire obstacle à l'exercice ultérieur des poursuites devant les juridictions répressives pour les mêmes faits¹³⁶. Cette proposition est cautionnée par de nombreux auteurs au nom du principe *non bis in idem*¹³⁷ malgré sa popularité douteuse et son caractère anachronique, l'idée même d'une dépenalisation du droit des affaires allant à rebours du mouvement international en faveur d'un renforcement de l'effet dissuasif de la loi pénale¹³⁸.

Si ce décalage ne peut s'expliquer que par la pression que les acteurs économiques exercent sur les autorités politiques pour adoucir leur peine, ces dernières se montrent particulièrement sensibles à leurs revendications. Rien d'étonnant lorsque l'on sait que nombre d'élus ont un intérêt personnel à la dépenalisation de certaines infractions économiques, qui leur permettrait d'échapper aux sanctions, notamment pénales, qu'ils encourent dans le cadre de divers scandales politico-financiers¹³⁹. Cet état de fait explique les propositions récurrentes formulées par la classe politique pour raccourcir le délai de prescription du délit d'abus de bien social (ABS¹⁴⁰)¹⁴¹. Au-delà il montre que la clémence peut être source de discorde lorsqu'elle est utilisée par le pouvoir politique pour organiser son impunité.

¹³⁴ Roda J.-C., *op. cit.*, p. 283.

¹³⁵ Comm. CE, *Livre blanc du 2.4.2008 sur les actions en dommages-intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante*, com(2008)165, pt. 2.9.

¹³⁶ Roda J.-C., *op. cit.*, p. 438.

¹³⁷ Voillemot D., *op. cit.*, p. 91 et 97.

¹³⁸ OCDE, *Rapport sur les ententes injustifiables*, *op. cit.*, p. 30 et 41.

¹³⁹ Bottini F., *op. cit.*, p. 78 et 230.

¹⁴⁰ Actuellement réprimé aux articles L. 241-3 et L. 242-6 du Code de commerce, l'ABS punit de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende les entrepreneurs qui utilisent les biens de leur société pour un usage qu'ils savent contraire à son intérêt social. Cette infraction présente l'avantage pour les victimes de ne faire courir le délai de prescription qu'à compter de sa découverte, du moins lorsque l'abus a été dissimulé. Or, le fait de financer illégalement un parti politique en vue d'obtenir l'attribution d'un marché public caractérise un abus de bien social, dès lors qu'il expose la société à des poursuites pénales. On comprend ainsi que cette infraction soit souvent utilisée dans les affaires politico-financières, le « corrupteur » – l'entreprise qui a souhaité obtenir la passation du marché – étant poursuivi pour « abus de biens sociaux », tandis que le « corrompu » – la personnalité politique qui a accepté le pot-de-vin – se trouve poursuivi pour « recel d'abus de biens sociaux ».

B. LE MOYEN POUR LA CLASSE POLITIQUE D'ORGANISER SON IMPUNITÉ

L'attitude du *Cavaliere*¹⁴² tendant à multiplier les moyens dilatoires devant la justice afin de bénéficier de la prescription des faits qui lui sont reprochés¹⁴³, le refus du président Jacques Chirac de déférer à la convocation d'un juge d'instruction avant l'expiration de son mandat¹⁴⁴ dans l'espoir probable de bénéficier de l'œuvre du temps¹⁴⁵, tant il est vrai que la nécessité d'une sanction s'amenuise à mesure que s'éloigne la date de commission de l'infraction... autant de faits divers qui montrent combien la clémence peut être source de discorde lorsqu'elle se trouve instrumentalisée par les acteurs politiques pour échapper à leur responsabilité, notamment pénale.

1°) Officiellement il est vrai, sa mise en œuvre au profit des décideurs publics est parfois présentée comme une nécessité pour la paix sociale, dès lors qu'elle permet d'éviter la vacance du pouvoir ou le découragement des vocations publiques¹⁴⁶.

C'est ainsi que dans les années 1980-2000, les parlementaires français décidaient d'amnistier certaines infractions liées au financement des partis politiques¹⁴⁷ et de permettre au chef de l'État d'amnistier le député et ancien champion olympique Guy Drut, en remerciement des « services » qu'il avait rendu « à la nation dans le domaine (...) des sports »¹⁴⁸ et parce que cela paraissait conforme aux « intérêts de la France »¹⁴⁹. En conséquence, la condamnation de ce dernier à une peine de prison avec sursis et 50 000 euros d'amende¹⁵⁰ se trouvait effacée de

¹⁴¹ En 1995, Pierre Mazeaud proposait de réduire la prescription de l'ABS à six ans à compter des faits. En 1996, Xavier de Roux suggérait à son tour une réforme en la matière (« L'ABS et son recel : des règles sous haute pression », *Le Monde* 12.7.2002). En 1997, Philippe Marini (sénateur RPR de l'Oise) relançait l'idée dans un rapport sur la réforme du droit des sociétés avant que Nicolas Sarkozy n'appelle à faire preuve « d'un peu de courage » sur la question. En 2002, l'ancien député (RCV) Alain Tourret affirmait qu'une « réforme [était] nécessaire » (« Quinze ans de tentatives répétées pour en finir avec les "affaires" », *Le Monde* 8.7.2002).

¹⁴² Surnom du Président du Conseil italien, Silvio Berlusconi.

¹⁴³ « Berlusconi veut affaiblir l'État pour "se sauver" », *Le Monde* 11-12.10.2009.

¹⁴⁴ « Le juge Éric Halphen convoque Jacques Chirac en qualité de témoin », *Le Monde* 28.3.2001.

¹⁴⁵ « Fin de l'immunité », *Le Monde* 1^{er}.11.2009.

¹⁴⁶ Pour un exemple de cette invocation, v. Bottini F., *op. cit.*, p. 276.

¹⁴⁷ L. n° 88-828 du 20.7.1988, *JO* 21.7.1988. 9429, art. 2 ; L. n° 90-55 du 15.1.1990, *JO* 16.1.1990. 643, art. 19.

¹⁴⁸ L. n° 2002-1062 du 6.8.2002, *JO* 9.8.2002. 13648.

¹⁴⁹ « M. Chirac, Guy Drut et "les intérêts de la France" », *Le Monde* 28.5.2006.

¹⁵⁰ « Condamné le 26.10.2005 à de la prison avec sursis et à 50 000 euros d'amende, le député n'avait pas fait appel », *Le Monde* 27.5.2006.

son casier judiciaire en 2006¹⁵¹ après que divers élus socialistes eurent bénéficier d'un non lieu dans les années 1990 du fait des précédentes lois d'amnistie : notamment dans le cadre du scandale « des fausses factures lyonnaises »¹⁵² et de « l'affaire Nucci », du nom du ministre de la coopération présumé coupable d'avoir détourné ou recelé près de 10 000 000 F (1 500 000 €) d'argent public¹⁵³.

Dans le même ordre d'idée, la Cour de justice de la République trouvait approprié en 1999 de dispenser Edmond Hervé – l'ancien secrétaire d'État chargé de la Santé poursuivi devant elle pour son impéritie dans la gestion du dossier du sang contaminé¹⁵⁴ – de l'exécution de la peine qu'elle lui infligeait¹⁵⁵.

2°) En pratique cependant, l'invocation de la clémence à l'appui de ces décisions apparaissait contre-productive, dès lors qu'elle ne faisait que creuser un peu plus le fossé qui sépare les citoyens de la classe politique.

C'est particulièrement vrai des amnisties. Outre que celles de 1988-1990 provoquaient des mutineries dans les prisons en alimentant l'idée d'une justice à deux vitesses¹⁵⁶, de nombreux indices concordants montraient qu'elles étaient très mal perçues par l'opinion publique. L'échec de la gauche aux élections régionales de 1992 et à l'élection législative de 1993 et les 31% d'abstention de vote qui les caractérisaient¹⁵⁷ semblaient ainsi autant d'indications de leur désaveu populaire. Un sondage CSA – *Journal du Dimanche* confirmait d'ailleurs que 76 % des Français trouvaient « choquante » l'amnistie de Christian Nucci et que 67 % d'entre eux jugeaient les hommes politiques « plutôt pas honnêtes »¹⁵⁸ tandis qu'une enquête *IFOP – L'Express – TFI « Médiations »* révélait quelques mois plus tard qu'ils étaient nombreux – 62

¹⁵¹ « L'amnistie accordée par Jacques Chirac à Guy Drut provoque des remous », *Le Monde* 26.5.2006.

¹⁵² « Les effets de la loi d'amnistie conduisent à un non-lieu dans l'affaire des fausses factures de Lyon », *Le Monde* 4.10.1988.

¹⁵³ « Un non-lieu accusateur », *Le Monde* 10.4.1990.

¹⁵⁴ CJR 9.3.1999, Fabius Dufoix et Hervé, *GP* 21-22.4.1999. 30 : l'intéressé se voyait reprocher d'avoir fait preuve de négligence : en ne veillant pas au respect de la circulaire du 20.6.1983 qui préconisait d'écarter les personnes à risque des dons du sang ; en ne rappelant pas celles qui étaient susceptibles d'être contaminées ou en n'imposant pas le dépistage obligatoire et la destruction du sang collecté avant le 1^{er}.8.1985.

¹⁵⁵ *Id.*, p. 31.

¹⁵⁶ « La reddition des mutins de Loos-Les-Lilles », *Libération* 30.4.1990.

¹⁵⁷ Bréchon P., *La France aux urnes*, Doc. fr. 2009. 32.

¹⁵⁸ Cité in Boudant J., « La crise identitaire du Parlement français », *RDP* 1992. 1355.

% – à estimer qu’« il y a[vait] trop de magouilles dans la politique »¹⁵⁹. De même, un sondage rapporté par *Le Nouvel Observateur* indiquait que 72% des français étaient opposés à l’effacement de la condamnation de Guy Drut¹⁶⁰ tandis qu’une autre enquête montrait que la cote de popularité du chef de l’État était tombée au plus bas après cette décision, avec seulement 17% d’opinions favorables¹⁶¹.

Le rejet de ces mesures s’expliquait pour partie par le double discours de la droite, condamnant le procédé tout en le votant en 1988 et 1989 avant de l’adopter en 2006¹⁶². Mais il s’expliquait surtout par le fait qu’elles apparaissaient dès l’origine contraire aux attentes populaires. En 1989, certains parlementaires s’étaient d’ailleurs ouvertement demandés si on « ne légifér[ait] pas que pour amnistier et seulement pour amnistier »¹⁶³ et non pour améliorer le mode de financement des partis politiques et mettre un terme aux abus passés comme le demandait l’électorat. En 1999 et 2006, la clémence dont bénéficiaient Edmond Hervé et Guy Drut semblait encore méconnaître les aspirations des citoyens, dès lors qu’elle violait la volonté générale exprimée par les lois dont elle prétendait faire application : non seulement l’exemption de peine d’Edmond Hervé était prononcée alors que les conditions d’application prévues par le Code pénal n’étaient pas remplies¹⁶⁴, mais l’amnistie individuelle de Guy Drut paraissait contraire au texte dont elle prétendait faire application, celui-ci excluant les délits liés au financement des partis politiques du bénéfice de la mesure en réponse à l’émotion considérable qui avait suivi le vote des lois de 1988 et 1990¹⁶⁵.

¹⁵⁹ *Id.*, p. 1356.

¹⁶⁰ Disponible à l’adresse Internet suivante : <http://archquo.nouvelobs.com/cgi/art.?ad=politique/20060606.FAP1175.html&host=http://permanent.nouvelobs.com/>.

¹⁶¹ « Nouvelle baisse pour Chirac et Villepin », *Le Figaro* 31.5.2006.

¹⁶² Cf. Chirac J., « Dévoiement », *Le Monde* 10.4.1990 et « Adoption définitive de la loi pour le financement des partis et des campagnes électorales », *Le Monde* 24.12.1989.

¹⁶³ Intervention de P. Mazeaud, lors de la discussion du projet de loi relatif au financement des partis politiques, *JOAN CR*, séance du 19.12.1989. 6830.

¹⁶⁴ Aux termes de l’article 132-59 du CP en effet, la dispense de peine ne peut être accordée que lorsque trois conditions cumulatives sont réunies : pour qu’elle puisse l’être il faut 1°) que le reclassement du coupable soit acquis ; 2°) que le dommage soit réparé ; 3°) que le trouble résultant de l’infraction ait cessé. Or, les deux dernières conditions n’étaient pas satisfaites en l’espèce.

¹⁶⁵ L. n° 2002-1062 du 6.8.2002, *JO* 9.8.2002. 13649, art. 14.

Au-delà de leurs spécificités propres, ces exemples ont en commun de refléter la propension des décideurs publics et privés à invoquer la clémence pour organiser ou négocier leur impunité en méconnaissance des aspirations populaires. Si la chose mérite d'être relevée, c'est parce que de tels détournements du procédé, loin de lui permettre de jouer son rôle d'apaisement des relations sociales, conduisent à en faire un élément de discorde, en nourrissant l'impression d'une justice à deux vitesses permettant aux puissants de se soustraire à leurs responsabilités.

* *
*

Si la question se pose en droit public de l'efficacité de la clémence en tant qu'instrument de la paix sociale, la réponse ne peut être que mitigée.

D'un côté, la notion contribue indéniablement à apaiser les relations collectives lorsqu'elle s'analyse comme une autolimitation de la volonté populaire. Car elle favorise alors la sauvegarde de l'unité nationale et la continuité de l'action étatique, sans lesquelles la vie en société deviendrait rapidement impossible. Mais, d'un autre côté, elle est source de tensions lorsqu'elle se présente comme une hétéro-limitation destinée à faire échec à la volonté des citoyens, comme c'est le cas chaque fois qu'elle se trouve invoquée par une minorité de privilégiés pour justifier son impunité. Car elle ne fait alors qu'accroître le fossé qui sépare la « France d'en haut » et la « France d'en bas » et poser les germes des conflits sociaux de demain. Or, l'examen de l'origine sociologique des normes applicables et de leurs effets montre que les décideurs publics et privés ne parviennent que très difficilement à résister à la tentation de s'en servir pour se soustraire à leur responsabilité.

Cette dérive paraît d'autant plus inquiétante que la façon dont les mécanismes inspirés par la clémence et les droits et libertés s'articulent met en lumière deux conceptions très différentes de leur finalité dont découlent deux visions opposées de la justice.

La première consiste à en faire un moyen pour le peuple de se protéger des puissants. Tandis que la clémence les oblige à faire preuve de retenue dans l'exercice du pouvoir, les droits de l'homme leur interdisent d'attenter arbitrairement à la liberté de chacun. C'est cette conception des choses qu'on s'attendrait à voir prévaloir dans un régime représentatif se réclamant des valeurs démocratiques. Mais elle se trouve concurrencée par une conception alternative qui renverse totalement la perspective.

Celle-ci consiste à en faire un moyen pour les puissants de se protéger du peuple, conformément à l'idée d'Adam Smith d'après laquelle « le gouvernement civil » doit être « institué pour défendre les riches contre les pauvres »¹⁶⁶. Tandis que les droits fondamentaux¹⁶⁷ interdisent aux justiciables d'obtenir justice en dehors des tribunaux, la clémence leur refuse parfois le droit de recourir à leur médiation. Ce phénomène apparaît d'autant plus marqué à mesure que s'accroît la communauté d'intérêt de la classe politique et des acteurs économiques. Car leur proximité conduit les contrôleurs à perdre de vue ce que commande l'intérêt général pour satisfaire les attentes des contrôlés¹⁶⁸. Plus en effet la collusion des acteurs politico-économiques est importante, moins leur mise en concurrence n'a de sens et moins la règle de droit est à même de discipliner efficacement leur action. Tel est l'enseignement à tirer de l'incapacité des décideurs politiques à refonder en profondeur le capitalisme au lendemain de la crise des *subprimes*. Tandis que la conception démocratique vise à protéger les citoyens de la puissance politico-économique, la seconde permet ainsi à cette dernière de se protéger de leurs revendications. Or, c'est cette conception alternative qui tend de plus en plus à s'imposer. Singulière évolution s'il en est !

En accréditant l'idée que les profits se trouvent privatisés et les pertes mutualisées, la crise de 2006-2007 a toutefois montré les limites d'une telle instrumentalisation des droits et libertés et des mécanismes de clémence. Car le sentiment d'impunité qui accompagne le marasme économique ne fait qu'attiser les tensions sociales, comme l'ont révélées les émeutes qui ont eu lieu en Guadeloupe¹⁶⁹, en Martinique¹⁷⁰ ou en Nouvelle-Calédonie¹⁷¹.

Sans doute certaines personnalités n'hésitent-elles pas à banaliser ce danger. C'est le cas au sein de la République où, dit-on, il est dans la nature des français d'aimer la monarchie et le régicide. C'est un fait. Mais cette inclinaison peut être comprise de deux façons. On peut tout

¹⁶⁶ *Op. cit.*, p. 204. De ce point de vue, les travaux de Peter Sloterdijk qualifiant l'État-providence de « *kleptocratie* » ne semble constituer qu'une variante de cette thèse (« Die Revolution der gebenden Hand », *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 10.6.2009 traduit in « Oui, le pauvre exploite le riche », *Courrier international* 2009-978. 41).

¹⁶⁷ Sur la différence droits de l'homme / droits fondamentaux v. Bouveresse J., « Des droits. Quels droits ? » in *L'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1997 et 1998*, L'Harmattan 2000. 243.

¹⁶⁸ Chevallier J., *L'État post-moderne*, LGDJ 2004. 116.

¹⁶⁹ « Les forces de l'ordre sont débordées », *Le Monde* 18.2.2009.

¹⁷⁰ « Tensions en Martinique », *Le Monde* 7.3.2009.

¹⁷¹ « Nouméa secouée par de violentes tensions sociales », *Le Monde* 6.8.2009.

d'abord y voir le signe de l'indécision viscérale des français et en tirer prétexte pour gouverner contre eux. Mais on peut y voir au contraire la preuve de leur détermination à rappeler leurs représentants au respect de leur volonté. Espérons que le pouvoir politique sache faire la bonne interprétation. Car la clémence est comme la patience : elle aussi a ses limites !