



Livre

1990

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

## La sanction

---

Morand, Charles A.

### How to cite

MORAND, Charles A. La sanction. Genève : CETEL, 1990. (Travaux CETEL)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:4959>

CETEL  
Faculté de droit  
5, rue Saint-Ours  
CH 1211 GENEVE 4

## **LA SANCTION**

**M. Charles-Albert MORAND**

**Professeur à la Faculté de droit de Genève**

**Travaux CETEL, no 36 - Mars 1990**

## TABLE DES MATIERES

<b>I.</b>	<b>ETYMOLOGIE ET BREF APERÇU HISTORIQUE</b>	<b>p. 1</b>
<b>II.</b>	<b>LA CONCEPTION ACTUELLE DE LA SANCTION</b>	<b>P. 2</b>
<b>A.</b>	<b><u>Lecourant Dositiviste (nersnectiveinterne)</u></b>	<b>p. 3</b>
1)	<b>La sanction contrainte</b>	<b>p. 3</b>
	<b>a) La grande idée</b>	<b>p. 3</b>
	<b>b) la remise en question</b>	<b>p. 5</b>
2)	<b>L'inadéquation de la définition de la sanction par la contrainte</b>	<b>p. 6</b>
3)	<b>L'inaptitude de la sanction-contrainte à caractériser le droit</b>	<b>p. 7</b>
4)	<b>La sanction-effets de droit</b>	<b>p. 9</b>
5)	<b>Déconstruction, reconstruction</b>	<b>p. 11</b>
	<b>a) Vers une définition</b>	<b>p. 11</b>
	<b>b) La qualification</b>	<b>p. 12</b>
<b>B.</b>	<b><u>Lecourantsociologique(nersnectiveexterne)</u></b>	<b>p. 16</b>
	<b>CONCLUSION</b>	<b>p. 18</b>

## I. ETYMOLOGIE ET BREF APERÇU HISTORIQUE

Le terme sanction provient du latin *sanctio*, formé à partir du verbe *sancire*, *is, sanctum*. Il n'y a aucun mot correspondant dans une langue indo-européenne présentant une racine commune. En revanche, il semble possible d'affirmer que la racine *sak* servait aux idées religieuses et juridiques du plus ancien vocabulaire indo-européen 1).

Des divers emplois que l'on trouve du verbe *sancire*, il ressort selon Benveniste qu'il signifie "délimiter le champ d'application d'une disposition et rendre celle-ci inviolable en la mettant sous la protection des dieux, en appelant sur le violateur éventuel le châtement divin" 2). Le premier sens de délimitation du champ d'application d'une disposition s'explique si l'on se réfère à la conception du Digeste de *sanctum* comme étant "ce qui est défendu et protégé de l'atteinte des hommes" 3). A l'origine, ce mot désigne le mur qui sert à isoler le sacré (*sacrum*) de tout contact 4). On comprend dès lors que le Digeste définisse comme *sancta* 5) "les choses qui ne sont ni sacrées ni profanes (*neque sacra, neque profana*), mais qui sont confirmées par une sanction, comme par exemple les lois sont *sanctae*" 6), c'est-à-dire défendues par une peine contre toute atteinte. Par la suite, la différence entre *sacer* et *sanctus* s'effacera, celui-ci servant à désigner non plus le mur de séparation, mais tout ce qui est en contact avec le monde du divin (sens actuel) 7).

Le deuxième sens attribué à *sanctio* comme disposition rendue inviolable et comme devant appeler sur le violateur éventuel le châtement divin est à l'origine des significations qu'il revêt aujourd'hui. Avec la laïcisation du droit romain, la *sanctio* sert à désigner la peine qui doit être infligée aux violateurs éventuels de la règle 8). Le terme est cependant peu utilisé dans ce sens. Pendant la période classique et avec le développement de la législation, il prend un sens technique. Dans l'expression *legem sancire*, il désigne la clause de promulgation de la loi. Dans les lois romaines, cette clause formait la quatrième et dernière partie de la loi, venant après *l'index* (intitulé), la *praescriptio* (qui sert à l'identifier) et la *rogatio* qui contient le texte de la loi 9). Dans un sens plus large, on dit aussi *lege sancire*, c'est-à-dire rendre une disposition inviolable, la consacrer 10).

**\* Je tiens à remercier tout particulièrement pour leur aide M. Bruno SCHMIDLIN, professeur à la Faculté de droit de Genève, qui m'a guidé dans mes recherches en droit romain et M. Omar BENDOUROU, assistant, qui a rassemblé une ample bibliographie. J'exprime aussi ma gratitude à d'autres personnes, trop nombreuses pour être citées nommément, qui m'ont fourni des informations ou des critiques.**

---

1) Voir A. Ernout et A. Maillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, 4e éd. rev. et corr., Paris, 1959, 587.

2) Voir E. Benveniste, *Vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris, 1969, vol. II, 190.

3) D. 1, 88 : *sanctum est quod ad inuria hominum defensum atque munitum est.*

4) Voir E. Benveniste, *op. cit.*, 190.

5) D. 1, 8, 9, 3.

6) Benveniste, *op. cit.*, 190, 191.

7) *Ibid.*

8) *Ibid.*

9) Voir Ch. Daremberg, E. Saglio, E. Poltier, *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, Paris, 1904, 1223.

10) Benveniste, *op. cit.*, 190.

On ne trouve pas en droit romain une conception abstraite de la sanction, comme désignant toutes sortes de conséquences juridiques découlant de la violation d'une règle. C'est, semble-t-il, de manière anachronique que les commentateurs parlent de sanctions pour désigner les conséquences qui découlent de la violation d'une prescription dans la célèbre trilogie formée par la *lex perfecta*, la *lex minus quam perfecta* et la *lex imperfecta* 11). La loi est parfaite, lorsque la conséquence de la transgression de la règle réside dans la nullité de l'acte. Mais rien n'indique que cette conséquence ait été considérée par les Romains comme une sanction, d'autant qu'à l'époque où la trilogie est énoncée, il n'y a pas encore de conception bien formée de la nullité 12).

Si on laisse de côté le sens particulier de promulgation et celui du langage courant de consécration d'une disposition, on retiendra de ce bref parcours étymologique et historique deux choses. La première est que la sanction est une peine qui doit être appliquée (par les dieux, puis par les autorités) à ceux qui transgressent les commandements de la loi. La deuxième est que la sanction est un élément en quelque sorte extérieur, bien distinct de la règle prescrivant un comportement.

## II. LA CONCEPTION ACTUELLE DE LA SANCTION

Elle est très éloignée de la conception du droit romain. Le terme sanction ne sert plus seulement à caractériser la peine qui doit être infligée à celui qui transgresse un commandement, mais s'applique à toutes sortes de conséquences juridiques. Il faut pourtant noter qu'à côté d'un concept abstrait très vaste de la sanction subsiste une notion plus concrète, plus proche de l'acception originaire. Si la nullité est par exemple analysée comme une sanction, on ne dira pas que l'incapable de discernement a été sanctionné pour avoir passé un contrat, alors qu'il n'était pas autorisé par le droit à le faire. De même, on ne dira pas que le co-contractant a été sanctionné, parce que son partenaire a réussi à faire prononcer la nullité d'un contrat pour erreur essentielle.

On a dit que la sanction était l'inconnue du droit 13). On est effectivement frappé par le peu d'effort qui a été fait par la doctrine juridique pour la définir. Alors que le concept des normes juridiques est au centre des préoccupations des théoriciens du droit, celui de sanction, qui le caractériserait, est resté largement inexploré. Chez les rares auteurs qui cherchent à définir la sanction, on peut pourtant discerner deux courants qui ont contribué à donner à ce terme une extension formidable par rapport à la notion originaire.

---

11) Le mot sanction n'est pas utilisé dans le passage célèbre établissant la trilogie. Reg. Ulp. I, 2 : *Leges aut perfectas sive aut imperfectas aut minus quam perfectas. Perfecta lex est ... Imperfecta lex est, quae fieri aliquid vetat, nec tamen si factum sit, rescindit : qualis est lex Cincia, quae plus quam... donare prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et si plus donatum sit, non rescindit. Minus quam perfecta lex est quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit sed poenam iniungit ei qui contra legem fecit : qualis est lex Furia testamentaria, quae plus quam mille assium legatum mortisve causa prohibet capere, praeter exceptas personas, et adversus eum qui plus ceperit quadrupli poenam constituit. Le passage que l'on joint généralement à celui-ci utilise le verbe sancire pour connoter la peine. Voir le passage de Macrobe dans son Commentaire au songe de Scipion, 2, 17, 13 sed quia inter leges quoque illa imperfecta dicitur in qua nulla deniantibus poena sancitur.*

12) Voir M. Ducos, *Les romains et la loi*, Paris, 1984. Voir aussi M. Kaser, *Über Verbotsgesetze and verbotswidrige Geschäfte im rdmischen Recht*, Vienne, 1977, 19.

13) Ph. Gestaz, "La sanction ou l'inconnue du droit", *Recueil Dalloz, Sirey*, chr. XXXII, 197 ss.

## A. Le courant positiviste (perspective interne)

Ce courant, dominant au vingtième siècle, inscrit la définition de la sanction dans la problématique de la détermination des caractéristiques du droit, par rapport à d'autres systèmes normatifs comme la morale, la religion ou les mœurs. Le concept de sanction s'est élargi à partir du moment où l'on ne s'est pas borné à caractériser par la contrainte le droit dans son ensemble, mais chaque règle en particulier. Le mot sanction a été utilisé pour qualifier un tel nombre de situations qu'on a fini par penser que ce concept pouvait servir à désigner un des éléments de la structure des normes, les effets juridiques prévus. La définition de la sanction par les conséquences juridiques de la norme s'avère finalement tout aussi problématique que celle tant décriée qui consiste à la caractériser par la contrainte.

### 1) La sanction contrainte

L'idée de définir la sanction par la contrainte et le droit par la sanction s'inscrit chez de nombreux auteurs dans le contexte de l'affirmation de l'Etat et de l'établissement du monopole étatique sur la contrainte. Longtemps incontestée, cette idée est aujourd'hui largement remise en question.

#### a) La grande idée

Longtemps, elle a fait partie des idées incontestables. Elle a une longue histoire. Marsile de Padoue distingue la doctrine ou la science du droit qui montre ce qui est juste ou injuste et le droit lui-même qui se caractérise par le fait que son "observance est sanctionnée par un commandement appuyé par une peine ou une récompense" 14). Saint-Thomas lui-même considère que la notion de droit contient deux choses : "premièrement, qu'il s'agit d'une règle portant sur des actes humains; deuxièmement, qu'elle a un pouvoir coercitif" 15). Une tradition anglaise séculaire caractérise la règle de droit par sa faculté de contraindre les personnes qui violent la règle. On se souvient de Hobbes : "Covenants, without the swords, are but words" 16) et de Bentham : "In every law there must be one or more persons ... who are bound or in other words coerced by it" 17). Une loi sans coercition est une contradiction dans les termes, dit-il. Austin va encore plus loin dans l'analyse. La loi est un commandement. Celui-ci se caractérise par le fait que celui qui commande est prêt à infliger un mal ou une peine à celui qui désobéit. Ce mal est généralement appelé la sanction 18).

La tradition germanique conduit au même résultat 19). Kant et Fichte se rejoignent pour caractériser l'obligation juridique par une contrainte extérieure 20). Jhering est particulièrement intéressant, parce qu'il indique très clairement que la problématique s'inscrit dans le contexte du perfectionnement de l'Etat. Il montre bien quelles étaient les préoccupations qui animaient les auteurs de la fin du XIXème siècle et du début du XXème

---

14) Marsile de Padoue, *Le défenseur de la paix*, cité d'après W. Aubert, "On sanctions", *European Yearbook in Law and Sociology*, 1977, 2, 3.

15) Saint-Thomas, *La somme théologique*, I, II, Q. 96, A-5.

16) Th Hobbes, *Leviathan*, 2ème part. chap. 17.

17) J. Bentham, *Of Laws in general*, Londres, 1970, 54.

18) J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, Londres, 1954, 13-15.

19) Voir à ce sujet le développement de H. Oberdiek, "The role of Sanctions and Coercion in understanding Law and legal Systems", *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 19 1974, 72 ss.

20) Sur la convergence des deux positions, voir S. Goyard-Fabre, *Kant et le problème du droit*, Paris, 1975, 56 ss.

siècle. Jhering voit dans la Prusse l'organisation modèle, dans l'anarchie le pire des maux et dans la monopolisation de la force par l'Etat, par quelque moyen que ce soit, la fin suprême et son essence 21). Pour lui "le despotisme le plus effréné donne encore une image à l'Etat; il est encore un mécanisme de la force sociale. L'anarchie, non. Car cela c'est l'impuissance du pouvoir public, c'est un Etat anti-social, la décomposition, la dissolution de la société. Qui y met fin, n'importe comment, par le fer et le feu, n'importe qui, usurpateur ou conquérant, a bien mérité de la société" 22). Avec des accents hégéliens 23) et dans une conception anti-démocratique 24) et totalitaire 25), Jhering identifie la sanction à la contrainte et en fait le critère distinctif de chaque règle de droit : "Une règle de droit dépourvue de contrainte juridique est un non-sens : c'est un feu qui ne brûle pas, un flambeau qui n'éclaire pas" 26). Le criterium de toutes les normes juridiques est leur réalisation par voie de contrainte exercée par l'autorité publique 27). L'impératif qui se réalise par voie de contrainte s'adresse principalement aux autorités publiques et, de manière secondaire, aux personnes privées 28). Jhering peut conclure : "Le caractère distinctif du droit ne consiste pas dans l'action externe qu'il exerce sur le peuple, mais dans son autorité sur les pouvoirs publics" 29). L'action externe est formellement un élément secondaire par rapport à l'action interne qui est primaire. Avec cette distinction entre norme primaire et norme secondaire 30) qui marquera profondément la théorie du droit de ce siècle, la contrainte acquiert un caractère inévitable, irrésistible 31).

Kelsen a beaucoup fait pour diffuser l'idée que les normes juridiques se caractérisent par la sanction et celle-ci par la contrainte. Il n'a pourtant pas été très original sur ce point et il a surtout introduit une grande confusion dans le débat. En effet, dans son souci de caractériser toutes normes juridiques par la sanction et pour couvrir le plus grand nombre d'actes de contrainte, il a eu recours à deux définitions de la sanction 32). Au sens étroit, elle est un acte de contrainte qui réagit à la commission d'un délit ou d'un acte illicite. Au sens large, elle est l'acte de contrainte qui réagit à une situation socialement indésirée. Bien que très vaste, cette définition ne vise pas tous les actes de contrainte 33) et elle ne semble pas s'appliquer aux nullités.

---

21) R. von Jhering, *L'évolution en droit*, traduction de *Zweck im Recht*, 5ème éd. par O. de Meulenaere, Paris, 1901, 206-213.

22) *Ibid.*, 210.

23) Voir en particulier sa conception de l'État comme institution parfaite par rapport à toute autre forme d'organisation sociale, *Ibid.*, 205 ss.

24) Voir sa conception de la suprématie de l'Etat sur la force brute du peuple, *Ibid.*, 214.

25) Voir ses développements sur l'absorption progressive de tous les buts sociaux par l'Etat, *Ibid.*, 208 ss.

26) *Ibid.*, 216.

27) *Ibid.*, 225

28) *Ibid.*, 226.

29) *Ibid.*, 227

30) La distinction était assez courante à la fin du XIXème siècle. Voir E. R. Bierling, *Juridische Prinzipienlehre*, Tübingen, 1984, I, 133 ss.

31) Voir Jhering, *op. cit.*, 225 : "Avec le juge, ou plus exactement l'autorité, qui met à exécution les impératifs publics, la contrainte dévoile son absolue vérité pour le droit, et son empire inéluctable".

32) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2ème éd., Paris, 1962, 56 ss.

33) Kelsen semble exclure de sa définition l'expropriation, la destruction d'autorité des animaux domestiques atteints de certaines maladies contagieuses, la destruction d'office des bâtiments qui menacent ruine.

Kelsen se rend compte qu'on trouve dans les ordres juridiques modernes des normes qui prescrivent une conduite sans faire de la conduite contraire la condition d'une sanction. Il considère pourtant que la situation est exceptionnelle et que si elle devait se généraliser, on assisterait, conformément à la conception marxiste, au dépérissement du droit et de l'Etat 34).

A l'instar de Jhering, Kelsen distingue dans une norme juridique la norme primaire qui prescrit un comportement : "Nous donnons à la norme qui établit la relation entre le fait illicite et la sanction le nom de norme primaire et nous appelons norme secondaire celle qui prescrit la conduite permettant d'éviter la sanction" 35). L'obsession sanctionnatrice de Kelsen le conduit à cette construction curieuse qui met à l'arrière-plan la prescription d'un comportement, considérée comme superflue et déjà incluse dans la norme primaire statuant une sanction 36). "Ce qui doit être (*gesollt*) ce n'est pas la conduite ordonnée, mais bien la sanction" 37).

Un autre souci de Kelsen est de réduire toutes les normes juridiques à l'unité. La seule norme juridique vraie, qui mérite d'être prise en considération, est la norme sanctionnée par un acte de contrainte. Toutes les autres normes sont accessoires, non indépendantes 38). Il en va ainsi, non seulement des normes secondaires qui prescrivent un comportement, mais aussi des normes qui autorisent une certaine conduite, de celles qui limitent le domaine de validité d'une autre norme, des normes abrogatoires, de celles qui prévoient des récompenses et enfin de celles qui habilitent à créer d'autres normes et à les appliquer. Ces dernières, si importantes dans un ordre juridique moderne, ne sont que des conditions d'application des vraies normes, des normes sanctionnatrices. La nullité n'est dès lors pas une sanction. Elle signifie simplement qu'une des conditions pour qu'apparaisse une norme sanctionnatrice n'est pas réalisée.

L'idée de caractériser le droit par la sanction et celle-ci par la contrainte a pénétré très profondément la doctrine juridique. La plupart des manuels s'en inspirent 39). Mais les critiques se font de plus en plus nombreuses.

## b) La remise en question

En approfondissant les concepts, on s'est rendu compte que la contrainte était une notion insaisissable et peu propre à caractériser la sanction ou la norme juridique. Le progrès de l'analyse des concepts n'explique pas tout. Il y a eu un changement radical d'environnement, le passage de l'ordre de police, dans lequel s'inscrivait la pensée des auteurs du début du siècle, à l'Etat providence. Le recours de plus en plus fréquent à des techniques

---

34) *Ibid.*, 73.

35) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1ère éd. Neuchâtel, 1953, 67.

36) *Ibid.* Voir aussi *Allgemeine Theorie der Normen*, Vienne, 1979, 43.

37) *Théorie pure du droit*, 2ème éd., 45.

38) A ce sujet, *Ibid.*, 74 ss.

39) Voir par ex. F. Gény, *Science et technique du droit privé positif*, I, Paris, 1914, 47. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, 1962, I, 56, 211. J. Bonnet, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, 1926, 24 ss. J. Dabin, *La philosophie et l'ordre juridique positif spécialement dans les rapports de droit privé*, Paris, 1929, 54 ss. Le besoin d'affirmer la spécificité du droit conduit à la formule curieuse : "Pas de droit juridique sans contrainte et sans contrainte publique", *Ibid.*, 55. P. Roubier, *Théorie générale du droit*, 2ème éd., Paris, 1946, 32. J. Mazeau, *Leçons de droit civil*, Paris, 1959, I, 14. Avec des nuances, P. Pescatore, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, 1960, 422 : "La sanction est le critère de la règle parfaite. Les règles non sanctionnées sont des règles imparfaites". A. Weill, *Droit civil. Introduction générale*, Paris, 1973, 5 ss. J.-L. Aubert, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, 1984, 20 ss.

souples de direction des conduites humaines 40) a donné à penser que la contrainte n'était pas aussi centrale dans le droit.

## 2) **L'inadéquation de la définition de la sanction par la contrainte**

La préoccupation des auteurs qui ont cherché à définir la sanction par la contrainte, qui était de trouver une caractéristique commune à toutes les normes juridiques, a conduit à faire reposer sa définition sur une notion vague, inadéquate et largement manipulée.

La contrainte, qui caractériserait la sanction, est une notion extrêmement floue. On trouve pêle-mêle dans ce concept des obligations de substitution ou même l'obligation primaire d'exécuter une promesse, des ordres donnés par l'administration ou le juge. Or, comme l'a bien montré Virally, la contrainte n'apparaît qu'au bout d'une chaîne d'obligations juridiques successives sous forme d'exécution forcée d'une obligation ou d'une peine 41). L'acte d'exécution forcée n'est par ailleurs que l'une des multiples conséquences juridiques prévues par le droit. Il n'est que le contenu d'une réglementation juridique 42). L'acte d'exécution forcée, comme l'emprisonnement, n'est qu'un tissu de droits et d'obligations, un statut juridique réglementant les conditions de l'emprisonnement, de la saisie ou de la faillite. Comme il est difficile de cerner la contrainte dans cet ensemble de droits et d'obligations, il faut aller plus loin et chercher la contrainte dans les actes qui punissent le prisonnier récalcitrant - le mitard -, le débiteur saisi ou le failli qui se soustrait à ses obligations. La contrainte est ainsi soit un concept vague, incapable de caractériser la sanction, soit un concept précis qui exprime le point extrême de la répression, le moment où l'homme est mis hors d'état d'agir. Vu qu'il s'agit d'une situation rare, le concept perd alors toute valeur distinctive.

La contrainte ne pourrait être adéquate pour définir la sanction que si, et seulement si, elle constituait toujours une conséquence de la violation d'une prescription. Or, la contrainte intervient indistinctement pour maintenir l'ordre, pour prévenir des troubles ou pour réprimer la violation de devoirs imposés aux particuliers.

La difficulté de distinguer les conséquences de la violation d'une prescription d'autres conséquences désagréables pour l'homme a conduit les auteurs à manipuler la notion de contrainte pour qu'elle se plie aux thèses que l'on voulait illustrer. Kelsen est amené, comme on l'a vu, à accepter deux définitions de la sanction, ce qui d'emblée rend la notion incertaine. La notion large se fait par étirement de la notion étroite. On y fait entrer la prison préventive, comme une réaction à un délit qui intervient "alors qu'il n'est pas encore établi juridiquement que l'individu qui en est l'objet a bien commis le délit" 43). L'internement des aliénés et l'internement dans les camps de concentration de personnes dont la moralité, la religion ou la race sont jugées indésirables, sont des réactions "non pas à un délit qui aurait été commis, mais à un délit dont on estime qu'il y aurait lieu de s'attendre qu'il soit commis dans l'avenir" 44). La double obsession de réduire le droit à l'unité et à la contrainte conduit le maître autrichien à des raisonnements frisant l'absurdité.

---

40) Voir à ce sujet P. Amselek, "L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales", *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 98, 1982, 275 ss. C.-A. Morand, "Le droit de l'Etat providence", *Revue de droit suisse*, 107, 1988, I, 527 ss. Sur la prise en compte de cette problématique en matière de sanctions, cf. W. Aubert, *op. cit.*, 1 ss.

41) M. Virally, *La pensée juridique*, Paris, 1960, 69.

42) Voir P. Amselek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, 1964, 225.

43) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2ème éd., 56.

44) *Ibid.*

Avec sa définition de la sanction comme un acte de contrainte réagissant à une situation socialement indésirée, Kelsen rend indécidable la question de savoir si doivent être analysés comme sanctions l'expropriation, l'ordre d'abattre un animal atteint d'une maladie contagieuse ou de détruire un bâtiment dangereux 45). Dans la mesure où les impôts visent aujourd'hui, entre autres, à encourager des comportements désirables et à décourager des comportements indésirables 46), ils devraient être considérés comme une sanction. Si l'on étend pareillement la notion de sanction, on lui enlève toute aptitude à opérer des distinctions.

### 3) L'inaptitude de la sanction-contrainte à caractériser le droit

Passé encore que la notion de sanction soit sortie complètement déformée, si au moins on avait réussi à découvrir un concept sûr de distinction de la norme juridique. Mais il n'en va pas ainsi.

La définition du droit par la contrainte implique une "*regressio ad infinitum*" jusqu'à l'imperator suprême qui n'est plus contraint par personne 47). Le fondement de validité dernier d'un système de normes contraignantes ne peut se trouver que dans une norme comportant une habilitation dépourvue de toute contrainte. Il y a donc une impossibilité logique à caractériser toutes les normes juridiques par la contrainte.

Les normes prescriptives n'impliquent pas qu'un acte de contrainte doive nécessairement être adopté à la suite de leur violation. Le soi-disant "devoir être" portant sur l'adoption d'une sanction est en effet tout différent du "devoir être" contenu dans les normes prescrivant un comportement. Il s'agit en général d'une habilitation, même si elle comporte une certaine obligation d'agir, elle n'implique normalement pas que l'organe habilité doive être puni s'il la transgresse, mais seulement que ses décisions peuvent être annulées par une juridiction supérieure. Par ailleurs, même le droit pénal, qui représente en quelque sorte le modèle de l'impératif, connaît l'opportunité de la poursuite. Le "devoir être" de la répression pénale est au moins partiellement un "pouvoir être".

La réduction du droit à la norme contraignante fait fi de la diversité des normes juridiques. C'est, comme l'a montré Hart, au mépris de la diversité des normes juridiques que Kelsen a réalisé une unité factice de celles-ci en les réduisant à la norme contraignante 48). Or, deux types de normes n'impliquent pas pour leur mise en oeuvre le recours à la contrainte : celles qui habiliter à créer du droit et à l'appliquer, celles qui créent des organes nouveaux. Les normes d'habilitation et celles qui créent des organes ne sont, contrairement à ce que pensait Kelsen, pas seulement des conditions d'apparition de normes contraignantes. Elles sont des normes indépendantes qui ont une structure propre et qui ne doivent rien à la contrainte.

Les normes habilitant à créer du droit ou à l'appliquer déterminent les conditions dans lesquelles l'habilitation doit s'exercer. Si ces conditions ne sont pas remplies, il est possible que les effets de droit voulus ne se produisent pas. Mais cette situation n'a, comme nous le verrons encore mieux lorsque nous examinerons la nature des nullités, rien à voir avec la contrainte 49).

---

45) *Ibid.*, 57.

46) Les tarifs d'impôts et les réductions fiscales poursuivent des buts de politique sociale, de politique économique, de politique énergétique, de politique familiale.

47) Cette objection a été entrevue par Jhering et Kelsen, mais elle ne les a pas troublés. Voir Jhering, *op. cit.*, 147 ss.; Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2ème éd., 163 ss. A ce sujet, voir aussi P. Amserek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, 1964, 223.

48) Cf. H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, traduction de *The concept of Law*, par M. van de Kerchove, Bruxelles, 1976, 57 ss.

49) Cf. *infra*.

Les normes qui créent des organes ont une structure encore différente. Elles ont la propriété de ne nécessiter aucun acte d'application. Elles sont au sens fort du mot *self-executing*. Leur mise en oeuvre ne doit rien à la contrainte. L'organe existe du seul fait qu'il est énoncé dans un texte légal. Dans ce domaine, dire c'est véritablement faire. L'organe ne vivra vraiment que si les personnes qui le composent sont désignées selon les règles prévues par la loi et que s'il exerce les compétences qui lui sont confiées. Il n'en reste pas moins que la norme portant création d'un organe se distingue des normes d'habilitation qui concernent la désignation des personnes qui le composent ou l'exercice des compétences qui lui sont attribuées. Les normes créant des organes pourraient, en raison de leur nature particulière, être qualifiées de tertiaires, parce qu'elles se situent dans le processus de création de droit en amont des règles secondaires, au sens de Hart. Le droit se caractériserait alors par l'articulation de normes primaires, secondaires et tertiaires.

La définition du droit par la contrainte est très embarrassante, lorsqu'aucune réaction n'est prévue en cas de transgression d'un devoir. Jhering est très emprunté lorsqu'il tente de justifier le caractère juridique du droit international ou des règles de droit constitutionnel s'appliquant au souverain 50). La contrainte ne s'exprime alors que sous la forme primitive, brutale et déréglée de la guerre et de la révolution 51). Elle existe, mais l'organisation du droit se heurte à des obstacles invincibles, dira Jhering 52). Kelsen est aussi embarrassé lorsqu'il tente de caractériser les obligations naturelles. Elles ne sont pas appréhendées dans leur réalité, à savoir comme des devoirs dont la violation ne donne pas lieu à un acte de contrainte, mais comme une limitation de la validité de la norme instituant des sanctions pour la violation d'une obligation 53). Une obligation dépourvue de sanction contraignante, si elle ne peut être analysée comme limitant la validité d'une autre norme, doit être considérée comme juridiquement irrelevante 54). Kelsen était tout près de la bonne réponse, lorsqu'il s'est demandé si, en cas de généralisation du procédé, il ne faudrait pas remettre en cause l'admissibilité d'une définition du droit comme ordre de contrainte 55). A cette thèse raisonnable, mais qui aurait ruiné un credo qu'il a cherché à diffuser avec tant d'ardeur et de constance, il préfère encore la thèse marxiste de la mort du droit 56).

La définition des normes par la contrainte, en insistant sur l'irrésistibilité de la contrainte qui doit s'abattre sur celui qui viole le commandement légal, déforme le fonctionnement des normes juridiques et fausse complètement la représentation de la liberté des individus. Il n'est pas besoin d'insister sur le caractère fallacieux de la construction qui fait la prévision d'une sanction la vraie norme et qui considère la norme de conduite ordonnée comme superflue. Hart a heureusement remis sur les pieds cet édifice qui reposait sur la tête. Ce qui est plus grave c'est que cette construction aboutit à une analyse erronée de la liberté. Celle-ci n'existe chez Kelsen que dans les interstices non remplis par le droit, soit sous forme de liberté négative garantie pour tous les comportements non interdits, soit sous la forme positive des habilitations prévues par le droit 57). Cette position méconnaît le fait que l'homme reste libre de suivre les comportements prescrits et de prendre les risques que comporte la transgression. C'est-à-dire, comme l'a bien montré Amselek, que l'homme n'est pas une machine automatique pilotée de l'extérieur, mais qu'il conduit le véhicule de sa personne : "L'hétéronomie butte ainsi toujours sur la médiatisation du pouvoir

---

50) Jhering, *op. cit.*, 217ss.

51) *Ibid.*, 218.

52) *Ibid.*

53) *Théorie pure du droit*, 2ème éd., 70.

54) *Ibid.*, 71.

55) *Ibid.*, 73.

56) *Ibid.*

57) *Ibid.*, 57 ss.

d'autodétermination, du pouvoir autarcique des intéressés, sur la médiatisation de leur liberté" 58).

Le processus historique d'extension du concept aux effets de droit ne peut guère être décrit. L'étirement de la notion s'est fait de manière spontanée à la suite d'adjonctions successives de situations qualifiées de sanction. Le résultat s'explique pourtant assez bien du fait que la définition de la sanction a continué de dépendre de l'aptitude de celle-ci à caractériser le droit. Il fallait, pour illustrer cette vérité à peu près incontestée, non seulement que les ordres juridiques dans leur ensemble soient contraignants, mais que chaque norme juridique soit sanctionnée. La réduction de toutes normes à l'unité ayant paru peu convaincante, il fallait élargir le concept de sanction pour que chacune d'entre elles en soit pourvue 59). L'effet est étonnant. Dans les manuels qui font un exposé systématique des sanctions 60), sont considérées comme sanctions civiles l'obligation de réparer un dommage, la publication d'un jugement aux frais du responsable, les peines privées, toutes les nullités indépendamment de la question de savoir si la victime de la nullité en était responsable (incapable de discernement, personne dans l'erreur), l'inopposabilité. Sont tenues pour des sanctions pénales, non seulement les peines, mais aussi les mesures, y compris celles qui touchent les aliénés. En droit public, toutes les mesures contraignantes, qu'elles soient préventives ou répressives. La liste pourrait être allongée, car on ne voit guère d'effet de droit qui ne mériterait pas le qualificatif de sanction.

Cette situation a conduit Gestaz à considérer que les conséquences d'une norme, le tarif, constituaient la sanction et étaient le vrai critère du droit 61).

#### 4) La sanction-effets de droit

Il s'agit d'un prolongement du courant consistant à définir le droit par la sanction et celle-ci par la contrainte. Peu à peu, et sans que les choses soient vraiment discutées, les manuels ont rangé sous le concept de sanction une multiplicité de conséquences juridiques. La notion est devenue de plus en plus large et abstraite. Au bout du compte, certains se sont avisés que des conséquences juridiques aussi diverses ne pouvaient plus être rattachées à la notion de contrainte et ils ont cru découvrir dans la structure de ces effets juridiques le critère de la sanction et du droit. Deux conditions suffisent à reconnaître l'existence d'une sanction et conséquemment une règle juridique : le tarif doit être suffisamment précis pour qu'un plaideur puisse formuler une prétention; un juge doit être en mesure de faire droit à cette prétention. Ces deux conditions ne sont pas très strictes. Le tarif n'a pas besoin d'être précis dès l'origine. Il suffit que le juge puisse déduire une conséquence de la règle 62). Sanctionner ne signifie rien d'autre que dire le droit 63). Le juge par ailleurs peut n'être que virtuel. Le fait que les juridictions d'un pays s'interdisent de contrôler la constitutionnalité des lois n'enlève pas à la règle constitutionnelle son aptitude à être sanctionnée et dès lors sa juridicité, car ces juridictions pourraient, si elles le voulaient, se prononcer sur cette question 64). La règle sanctionnable par un juge virtuel est assimilée à la règle sanctionnée.

Miaille s'était de son côté déjà efforcé de renoncer à caractériser la sanction et le droit par la contrainte. Le droit se caractérise certes par la sanction, mais celle-ci ne

---

58) P. Amselek, *Science et déterminisme. Ethique et liberté*, Paris, 1988, 119.

59) Gestaz, *op. cit.*, 197 ss.

60) Voir par exemple A. Weill, *Droit civil. Introduction générale*, Paris, 1973, 325 ss.

61) Gestaz, *op. cit.*, 197 ss.

62) *Ibid.*, 201

63) *Ibid.*, 203

64) *Ibid.*, 204.

s'identifie pas à la contrainte, à la répression. La sanction signifie avant tout "prise en compte formelle" 65). L'auteur ne s'étend pas sur cette formalisation de la règle de droit. Il pourrait s'agir du mode de consécration de la règle par les autorités. On retrouverait l'un des sens du mot sanction consacré par le droit romain, et que nous avons laissé de côté. Mais il est aussi possible que cette formalisation de la règle juridique fasse référence à la structure de celle-ci, comme instrument de mesure, comme règle du jeu des rapports sociaux 66). Comme chez Gestaz, la sanction servirait à désigner une caractéristique structurelle des normes juridiques.

Même si à première vue la conception de la sanction comme tarif semble s'adapter à la diversité des situations dans lesquelles la doctrine reconnaît cette figure, elle est inacceptable. Le fait que des règles soient tarifées, précises, est, à notre avis, pas du tout un critère pertinent pour définir la sanction. S'il en était ainsi, les impôts directs seraient la sanction de l'acquisition d'un revenu, la TVA la sanction de la consommation, ce qui est absurde dans la mesure du moins où l'impôt ne tend pas à décourager le travail ou la consommation. De même, la précision des conséquences juridiques peut servir à qualifier une norme déterminée par opposition aux normes juridique indéterminées, qui posent des problèmes particuliers, notamment sous l'angle de la légalité. Elle ne saurait en aucun cas servir de critère sûr à l'existence d'une sanction. Assimiler le fait de dire le droit, la *juridictio*, à la sanction, engendre des confusions regrettables et méconnaît qu'une conséquence juridique doit pouvoir être qualifiée de sanction avant qu'un juge puisse intervenir.

L'inaptitude du tarif à caractériser le droit est encore plus flagrante. Remarquons tout d'abord que les sanctions religieuses sont parfaitement tarifées. Il suffit de songer à la confession, ce tribunal du péché, où les pénitences sont parfaitement codifiées, pour s'en convaincre. La précision des conséquences prévues par ces normes n'est pas du tout caractéristique du droit. Il est vrai qu'à partir d'un certain seuil d'indétermination de la norme, certains ordres juridiques ont considéré, comme cela s'est passé pour les normes figurant dans les préambules des constitutions, qu'elles ne faisaient pas partie du droit. C'était d'ailleurs méconnaître que les préambules pouvaient faciliter l'interprétation et qu'ils pouvaient dès lors servir à définir le contenu de normes précises. Mais de toutes façons, ce n'est pas parce que certains ordres juridiques auraient rejeté hors du droit des textes trop vagues que celui-ci devrait être caractérisé, par rapport à la morale ou d'autres systèmes normatifs, par le critère de la précision des normes.

Définir enfin le droit par l'aptitude du juge à se référer à une règle cumule toutes les erreurs méthodologiques. C'est un cercle vicieux complet. On méconnaît de la sorte que de nombreux actes juridiques échappent à tout contrôle juridictionnel, qu'une norme juridique existe avant même d'être appliquée et non pas dès qu'un juge peut s'exprimer à son sujet. Et enfin qu'une norme qui représente un "devoir être", ou plutôt un "devoir faire" 67), ne dépend pas pour sa validité de son application effective 68), sous réserve de la désuétude qui peut signifier son abrogation.

---

65) M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, Paris, 1982, 100.

66) *Ibid.*, 105

67) L'opposition entre *sollen* (devoir être) et *sein* (être) nous paraît fautive. Une norme indique ce qu'il faut faire, ne pas faire ou ce qu'on est autorisé à faire, mais n'implique pas nécessairement que quelque chose doit être. Il vaut mieux dès lors opposer "ce qui doit être fait (obligation) ou ce qui peut être fait (habilitation)" à "ce qui est fait" en réalité.

68) Voir à ce sujet P. Amselek, "Philosophie du droit et théorie des actes de langage", *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, 1986, 126, 127.

## 5) Déconstruction, reconstruction.

Les définitions doctrinales qui sont données d'un concept juridique sont conventionnelles. Il n'y a donc pas de vraie notion de la sanction. Il y a pourtant des notions peu fonctionnelles, parce qu'elles n'assurent pas une délimitation précise par rapport à d'autres concepts. C'est ce qui est arrivé avec la notion abstraite de sanction dans la mesure où elle a servi à désigner à peu près n'importe quel effet de droit. On est alors légitimé à proposer une définition plus fonctionnelle permettant de distinguer divers effets de droit. Pour que l'exercice ait vraiment un sens, il faudrait démontrer que le droit attache une importance à la circonstance qu'un effet de droit peut être qualifié de sanction. Cette question peut être laissée ouverte au moins provisoirement.

### a) Vers une définition

Il devrait être possible de s'accorder sur une définition simple et fonctionnelle de la sanction. Le problème ne gît en effet pas tellement dans la définition de la sanction, mais plutôt dans la qualification. De nombreux juristes devraient accepter de définir la sanction comme l'effet prévu par le droit à la suite de la violation d'un devoir, d'une prescription. De manière synthétique, on définit en allemand la sanction comme une *Unrechtsfolge* 69). Cette définition simple n'empêche pourtant pas que l'on rencontre, au cours de l'analyse, des zones d'ombres.

La sanction n'a pas besoin d'être définie comme une réaction des autorités ou des tribunaux à la violation d'une prescription. Cette figure courante dans la définition de la sanction donne à penser que celle-ci est extérieure à la norme juridique, qu'elle est, comme le disait Jhering, le mécanisme externe qui apporte la force à la norme 70). Si cette figure sort directement, comme nous l'avons vu, du droit romain, elle méconnaît que la sanction fait partie intégrante de la norme juridique. La définition de la sanction comme réaction du corps social est, comme nous le verrons, courante dans une perspective externe. Elle est inutile du point de vue interne.

On s'accorde généralement à penser que la perception subjective du caractère désagréable des conséquences juridiques prévues pour la violation d'une prescription n'est pas déterminante pour qualifier de sanction les conséquences produites 71). Ce n'est pas parce qu'un condamné trouverait du plaisir à subir un châtement que celui-ci perdrait son caractère de sanction. Il est clair aussi que le droit attribue des conséquences désagréables à d'autres circonstances que celles qui résultent de la violation d'un devoir. Ainsi en est-il par exemple de l'obligation de payer un impôt 72). Il reste pourtant une situation douteuse, c'est celle où le droit prévoit une conséquence objectivement favorable pour l'une des deux parties à un contrat alors qu'elles ont toutes deux contribué à violer un devoir. Disons pour l'instant que dans un cas de ce genre, la qualification de sanction est problématique 73).

La sanction est la conséquence de la violation d'un devoir. La qualification est plus douteuse, lorsqu'une conséquence intervient dans l'exercice d'un pouvoir soumis au respect de certaines conditions. C'est le problème controversé de savoir si les nullités peuvent être analysées comme une sanction.

---

69) Voir O. Weinberger, "Der Begriff der Sanktion und seine Rolle in der Normenlogik und Rechtstheorie", in H. Lenk (éd.), *Normenlogik*, Munich, 1974, 91.

70) Cf. Jhering, *op. cit.*, 221 ss.

71) Voir O. Weinberger, *op. cit.*, 93.

72) *Ibid.*

73) Contrairement à Weinberger, nous n'excluons pas un jugement objectif sur le caractère agréable ou désagréable d'une conséquence juridique.

Il n'est pas exact de dire que la sanction fait nécessairement l'objet d'un "sollen", d'un "devoir être" ou plutôt d'un "devoir faire". L'effet de droit ne perd pas son caractère de sanction si, à l'instar de ce qui se passe lorsque le principe de l'opportunité de la poursuite est appliqué en droit pénal 74), l'autorité est simplement habilitée à déduire des conséquences juridiques de la violation d'une règle. Seule la norme primaire, portant sur le comportement des particuliers, doit faire l'objet d'un "sollen", d'un "devoir faire" pour que l'on puisse parler de sanction.

Les effets juridiques qui peuvent constituer une sanction sont extrêmement divers. Il est rare qu'ils comportent l'utilisation de la force. Le plus souvent la sanction prend la forme, soit d'une obligation de faire ou de ne pas faire, soit celle de la déchéance d'un droit. La force n'intervient, comme nous l'avons vu, qu'au bout du compte, sous forme d'exécution forcée et celle-ci peut être analysée comme un tissu de droits et d'obligations.

Les trois fonctions de la sanction sont la rétribution, la réparation et la prévention. Les deux premières étaient pendant très longtemps intrinsèquement liées. Dans le droit moderne, on distingue en revanche assez nettement la responsabilité pénale qui a pour fonction de punir et la responsabilité civile qui vise à réparer les dommages causés par un acte illicite 75). La fonction préventive, qui tend à éviter pour le futur de nouvelles transgressions de la norme et qui vise à plus long terme à la conservation de la norme elle-même, est commune aux deux types de responsabilités. La peine et l'obligation de réparer le dommage causé par un acte illicite visent à prévenir la répétition de la violation d'un devoir.

#### b) La qualification

A partir d'une définition provisoire qui comporte des zones d'ombre inévitables en l'état de la discussion, on peut se hasarder à qualifier certains effets de droit

1. Les peines pénales, disciplinaires ou privées ne font guère problème. La définition proposée permet de mieux distinguer les peines qui interviennent dans le jeu d'une norme qui prévoit les conséquences de la violation d'une prescription et les mesures qui sont prises dans un but différent, par exemple pour prévenir la commission d'un délit ou pour assurer le traitement psychiatrique d'un individu.

2. Les dommages-intérêts qui doivent être versés dans le cadre d'une responsabilité pour faute peuvent être analysés comme une sanction. La réponse est beaucoup plus douteuse en ce qui concerne la responsabilité causale. Dans un certain cas, l'obligation de réparer découle de la violation d'une obligation de diligence objectivée. Ainsi en est-il en droit suisse de la responsabilité de chef de famille (art. 333 du Code civil) de l'employeur (art. 55 du Code des obligations), du détenteur d'animal (art. 56 du Code des obligations). On peut dès lors soutenir que l'obligation de réparer constitue une sanction. Il n'en va pas de même en cas de responsabilité objective pure, due au simple risque créé. L'obligation de réparer ne suppose pas la violation d'un devoir, la commission d'un acte illicite 76). L'effet juridique ne constitue dès lors pas une sanction 77).

On assiste ainsi au sein de la responsabilité civile à une fragmentation entre deux types de conséquences, celles qui peuvent être qualifiées de sanctions et celles qui ne le peuvent pas. Or, on constate que dans la doctrine cette fragmentation n'a guère été perçue. On a été parfaitement capable d'analyser le régime juridique de la responsabilité objective

---

74) Sur ce principe, voir R. Roth, "Le principe de l'opportunité de la poursuite", *Revue de droit suisse*, 108, 1989, II, 171 ss.

75) Sur la disjonction des deux fonctions, cf. M. Virally, *op. cit.*, 108 ss.

76) Voir par exemple *Ibid.*, 175.

77) *Ibid.* 43 ss.

pure sans mettre l'accent sur le fait que l'obligation de réparer ne constitue pas dans ce cas une sanction. L'inutilité du recours au concept de sanction mérite d'être soulignée, car on retrouve une situation semblable à propos des nullités.

3. Pour Hart, la nullité due au fait que les conditions d'exercice d'un pouvoir n'étaient pas réunies ne constitue pas une sanction. Pour arriver à ce résultat qui contredit l'opinion à peu près unanime de la doctrine, Hart distingue deux genres de règles : les premières, dont le type est formé par les normes du droit pénal, prescrivent un devoir et prévoient que des effets désagréables doivent se produire si ce devoir est transgressé; ces effets sont sans conteste des sanctions; les secondes habilent les particuliers ou des organes de l'Etat à créer à certaines conditions des normes pour eux-mêmes ou pour des tiers. Le fait que l'habilitation ne produise pas les effets voulus, parce qu'une condition de son exercice n'était pas remplie, ne constitue pas une sanction (78). Cette conclusion se déduit logiquement de la définition de la sanction comme l'effet juridique de la violation d'un devoir et non d'un pouvoir.

Hart utilise divers arguments pour dénier aux nullités le caractère de sanction. Il considère que les règles formelles qui déterminent les règles du jeu par lequel s'exercent les habilitations sont différentes des règles du droit pénal, parce qu'elles ne tendent pas à dissuader d'adopter une conduite contraire. Considérer comme des sanctions les effets du droit produits par le fait que les conditions de l'habilitation ne sont pas réunies reviendrait dans un jeu à considérer "que les règles d'un jeu relatives à l'attribution de points visent à éliminer tous les coups, sauf ceux qui marquent des buts ou font acquérir des points au cricket" (79). Le deuxième argument est que, contrairement à ce qui se passe pour les règles prévoyant un devoir, il est impossible de distinguer entre la règle qui exige le respect de certaines conditions et la prétendue sanction de la nullité. Si la nullité n'était pas prescrite, la règle n'aurait aucun sens : "Si le fait de ne pas mettre la balle entre les piquets (au cricket) n'avait pas pour conséquence la nullité qui constitue l'absence de marque, on ne saurait dire que les règles relatives à la marque existent" (80). Un troisième argument, plus pratique, consiste à noter que fréquemment la nullité n'est pas un mal pour la personne qui n'aurait pas satisfait à une condition requise pour sa validité. Ainsi en est-il pour l'incapable de discernement, lorsqu'un contrat est annulé, pour le législateur lorsqu'une loi est déclarée inconstitutionnelle ou pour le juge lorsque son prononcé est annulé (81).

Hart met le doigt sur des problèmes sérieux. Il montre bien la différence qu'il y a entre une peine et la nullité qui ne fait que remettre les parties ou le législateur dans l'état dans lequel ils se seraient trouvés s'ils n'avaient pas conclu le contrat ou adopté la loi. Il est difficile de voir une sanction dans le fait qu'une personne est remise dans la même situation que si elle n'avait pas exercé une habilitation. La position de Hart nous paraît pourtant critiquable et en tout cas devoir être nuancée.

L'opposition entre devoirs et pouvoirs est trop radicale. Les pouvoirs qui se trouvent dans les règles habilitantes impliquent aussi le devoir de respecter certaines règles. Le caractère conditionnel de ces devoirs ne leur enlève pas leur caractère obligatoire. Les règles de droit pénal sont elles aussi conditionnelles. Celui qui ne se rend jamais dans une auberge ne risque pas de commettre le délit de filouterie d'auberge. L'analyse des règles de jeu est superficielle. Le fait que certains coups ne sont pas comptés comme points par l'arbitre et les joueurs ne signifie pas que tous les autres coups sont considérés comme nuls. Par ailleurs même les règles les plus formelles, comme celles qui prescrivent que les lois sont adoptées à la majorité, comportent une part de dissuasion et surtout de conservation de la norme. Elles servent à empêcher que les arbitres du vote considèrent que l'avis d'une minorité influence

---

78) Hart., *op. cit.*, 45 et *passim*.

79) *Ibid.*, 52.

80) *Ibid.*, 53.

81) *Ibid.*, 52.

l'emporte sur celui de la majorité. Enfin, Hart ne voit pas que dans certains cas les nullités comportent des conséquences désagréables parce qu'elles frustrent les attentes de celui ou de ceux qui comptent sur la validité de l'acte pour satisfaire leurs désirs 82), frustration qui peut être aussi grave que l'infliction d'une peine.

s

On ne progressera qu'en reprenant l'analyse et en distinguant diverses situations

1. Nous ne voyons pas d'objection à ce que l'on qualifie en principe de sanction la nullité d'un contrat, parce que les parties n'ont pas respecté les conditions de forme ou de fond qui sont prescrites pour qu'une habilitation soit exercée. D'autres situations se présentent différemment

2. La nullité du contrat qui résulte du fait qu'une partie était incapable de discernement n'est pas une sanction, parce qu'elle n'est pas la conséquence de la violation du devoir de ne pas contracter avec un incapable, mais la conséquence prévue par une règle tendant à le protéger. La nullité ne sanctionne ni l'incapable, ni son co-contractant.

3. L'annulation d'un contrat pour erreur essentielle n'est pas une sanction, car elle n'implique pas la violation du devoir de ne pas conclure avec une personne se trouvant dans l'erreur. D'autant que l'erreur n'a pas besoin d'être reconnaissable. Il n'y a dès lors aucune analogie entre cette situation et la peine qui est infligée à celui qui viole un devoir prescrit par exemple par le Code pénal.

4. L'annulation d'un contrat ou la constatation de nullité à la demande d'une personne qui va bénéficier de cette situation, parce que les circonstances ont changé après la conclusion du contrat, pose problème. Il est à première vue difficile de considérer que la sanction crée une situation favorable pour celui auquel elle s'applique. Il y a pourtant là une erreur de perspective. Le caractère sanctionnateur de la nullité ne doit pas être pris en considération au moment où celle-ci est prononcée, mais à l'instant où le contrat est conclu. Le risque que la nullité soit prononcée est une menace qui pèse dès l'origine sur les deux parties. Cette menace remplit parfaitement bien à la fois la fonction rétributive de la sanction et sa fonction de prévention et de conservation de la norme.

La situation peut paraître choquante sur le plan de l'équité. C'est pourquoi elle peut être corrigée par les règles sur l'abus de droit, mais elle ne remet pas en cause le caractère sanctionnateur de la nullité.

5. On entre dans un autre type de situations, lorsque la nullité d'un contrat est prononcée pour les actes commis par un tiers, par exemple le notaire, dans le cadre d'une vente immobilière. Il y a alors dissociation entre la personne qui viole un devoir lors de l'exercice d'une habilitation et ceux qui subissent les conséquences désagréables de la sanction. Il est probable que dans ce cas l'on soit en présence d'un mécanisme plus compliqué de sanction combinant la nullité et une éventuelle action de dommage-intérêt à l'égard du notaire. On peut aussi expliquer cette situation par un rapport de représentation et considérer que le notaire agissant au nom des deux parties n'est pas un véritable tiers par rapport à celle-ci. Le caractère sanctionnateur de la nullité n'est ainsi remis en cause.

6. La situation est beaucoup plus délicate lorsqu'une loi ou un jugement sont annulés. La nullité de la loi ne pénalise pas le législateur, mais ceux qui pourraient attendre les avantages de la loi en cause. Et dans ce cas, on ne pourra pas construire un rapport de représentation entre le législateur et les victimes de l'annulation. On dira bien dans le langage courant que le législateur a été sanctionné par la décision de la cour constitutionnelle. Mais la terminologie vise les effets symboliques de la décision et non les effets réels. L'annulation d'une loi n'est

---

82) Hart considère le rapport entre la nullité et la déception de l'espoir comme occasionnel. *Ibid.*, 51, 52.

dès lors pas une sanction. On raisonnera de la même façon, lorsque le jugement d'une instance inférieure est annulé par une instance supérieures.

Tout cela nous amène à constater que, comme en matière de dommages-intérêts, la qualification des nullités comme sanction entraîne une fragmentation au sein d'une institution juridique unitaire régie par des règles communes. Le recours au concept de sanction pour qualifier certaines nullités, loin de clarifier la situation, la complique inutilement.

7. Les actes qui mettent fin à une relation juridique à la suite de la violation d'un devoir peuvent être analysés comme une sanction. La résolution du contrat est la sanction de l'inexécution des obligations contractuelles 83). Il en va autrement de la résiliation ou de la révocation. L'exclusion du membre d'une société et d'une association peut être analysée comme une sanction. Il en sera de même du divorce, lorsqu'il peut être prononcé pour violation d'une obligation prévue par le droit. La sanction peut consister, soit dans le fait que la dissolution du mariage sera prononcée, même contre la volonté d'un des conjoints, soit dans le fait qu'un des conjoints est privé du droit de faire prononcer cette dissolution. Le divorce prononcé indépendamment de la faute d'un conjoint ou par consentement mutuel n'est évidemment pas une sanction.

8. Toutes sortes d'actes de contrainte ne sont pas des sanctions, parce qu'ils ne résultent pas de la violation d'une prescription. Ainsi en est-il de l'expropriation, de l'obligation de démolir un bâtiment dangereux, de l'obligation d'abattre un animal. Les mesures de police préventive ne sont pas des sanctions. Il en va de même pour la détention préventive, même si elle peut rétrospectivement être considérée comme une sanction, lorsque la durée de la détention est déduite de la peine à subir. Il y a alors transformation d'une mesure en sanction. L'expulsion d'un étranger est une sanction, si elle est due à un comportement illégal. Elle est une mesure de sûreté, si elle est prononcée pour un autre motif.

9. Un ordre juridique peut aussi prévoir des sanctions décentralisées. Le fait que les victimes de la violation d'une norme soient habilitées à mettre en oeuvre les conséquences prévues par le droit en cas de violation d'un devoir, n'enlève pas à ces actes le caractère de sanction. Certaines peines conventionnelles qui s'exécutent d'elles-mêmes, sans recours à l'Etat, comme l'annulation d'une carte bancaire à la suite d'une violation d'une obligation, sont des sanctions. On sait que la plupart des sanctions internationales, comme les contre-mesures ou la guerre, sont considérées, en général, comme des sanctions décentralisées. Cette qualification ne fait pas de problèmes dans une perspective normativiste d'un Kelsen 84) ou dans celle des réalistes scandinaves comme Olivecrona ou Ross 85) qui ont en commun de définir la sanction par la force. Elle est en revanche contestable si l'on se place à d'autres points de vue. Sans parler de la conception du droit naturel qui butte sur l'impossibilité de distinguer la guerre juste et injuste, on peut se demander si dans une conception institutionnelle de la sanction, au sens où l'entend Bobbio 86), la guerre mérite bien d'être qualifiée de sanction. Si l'on considère dans cette perspective que la riposte à la violation du droit doit être constante, proportionnelle et impartiale 87), on peut douter que des actes barbares, mettant en péril les populations civiles, dont le déclenchement est imprévisible et

---

83) Voir pour le droit suisse, G. Stanislas, *Le droit de résolution dans le contrat de vente. Sanction de l'inexécution des obligations contractuelles*, Genève, 1977.

84) Voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2ème éd., 421 ss. La sanction consiste dans l'usage de la force. Kelsen ne voit pas de différence entre les sanctions du droit interne et la guerre. "Par la guerre, des hommes sont tués, mutilés, faits prisonniers, des objets de propriété publique ou privée sont détruits... Si l'on considère leur contenu, ces sanctions du droit international ne se distinguent en rien de celles du droit étatique".

85) Voir à ce sujet N. Bobbio, "Le sanzioni positive", *Della struttura alla funzione*, Milan, 1977, 37.

86) *Ibid.*

87) *Ibid.*

dont la mise en oeuvre est essentiellement conditionnée par le rapport des forces du moment, puissent être considérés juridiquement comme une sanction.

La qualification de sanction peut aussi être contestée, s'agissant de la guerre, d'un point de vue sociologique. Si l'on estime que pour être valable une norme doit être effective, et si l'observation montre que la guerre est le plus souvent un acte arbitraire qui peut être déclenché sans que la Communauté internationale soit, en raison des règles régissant son fonctionnement (par exemple droit de veto au Conseil de sécurité), en mesure de se prononcer sur sa légitimité, on peut alors douter de l'effectivité d'une règle qui prévoirait que la guerre puisse être une sanction en cas d'acte illicite international.

Il reste à examiner si les diverses conséquences juridiques que nous avons cru pouvoir qualifier de sanction sont régies par un régime juridique semblable, justifiant le regroupement effectué. Or, une analyse, même superficielle, montre qu'on serait en peine de trouver un point commun dans le régime juridique des peines, des dommages-intérêts, des nullités et des déchéances de droit. La différence est au contraire frappante. Dans ces conditions, on ne voit pas l'intérêt qu'il y aurait à regrouper, sous un concept unique, les différentes conséquences de la violation d'un devoir. On ne voit pas non plus l'utilité de distinguer, à l'intérieur d'une institution comme la responsabilité civile ou les nullités, entre les effets de droit qui constituent ou non une sanction.

Il apparaît en définitive que le terme sanction est une expression commode permettant de regrouper dans les manuels élémentaires divers effets de droit. Mais il s'agit d'un terme trompeur qui se révèle à l'analyse très peu opératoire et qu'il vaudrait mieux éviter dans le cadre d'une taxinomie à prétention scientifique.

## B. Lecourantsociologique(nersnectiveexterne)

Terme juridique étroit désignant à l'origine une peine, le mot sanction a pris en sociologie une extension très vaste. Radcliffe-Brown qui est à l'origine de la distinction entre sanctions organisées et sanctions diffuses, a étendu la notion à toutes sortes d'instruments de contrôle social. Pour lui, la sanction est une réaction sociale à un comportement qui est soit approuvé (sanctions positives) soit désapprouvé (sanctions négatives) 88). Avec l'introduction des sanctions positives, la conception sociologique s'est écartée délibérément de la tradition juridique. L'utilisation du concept étendu de sanction ne s'est plus modifiée 89) par la suite, même si la notion de sanction sociale a été affinée. Certains ont insisté sur l'aptitude de la sanction à accroître la conformité à la règle et dès lors à la renforcer. D'autres sur l'intention du groupe social d'assurer le respect de la règle. D'autres sur la perception par le destinataire de la signification de la réaction sociale. D'autres enfin sur la prévisibilité de la réponse fournie à un comportement ou sur la nécessité que celle-ci émane de personnes ayant un statut particulier.

La sociologie du droit a repris les concepts pour les adapter au phénomène juridique. Bobbio a tenté de faire la théorie des sanctions positives en les comparant aux sanctions négatives 90). La peine est la réaction à une action mauvaise, la récompense à une bonne action. La peine rend le mal pour le mal, la récompense le bien pour le bien. Par rapport à l'agent, la peine rétribue par une douleur le plaisir de la transgression, la récompense rétribue

---

88) A.R. Radcliffe-Brown, "Social Sanction", *Encyclopedia of Social Sciences*, vol. 13, New York, 1934, 531.

89) Sur les différents types de définitions, voir J.P. Gibs, "Sanctions", *Social Problems*, vol. 14, 1968, 147 ss.

90) Bobbio, *op. cit.*, 33 ss.

par un avantage le sacrifice fait volontairement au profit de la collectivité. Bobbio a eu le mérite de faire l'une des premières études théoriques mettant en parallèle les techniques d'encouragement et de découragement que l'État moderne utilise pour conduire les individus et les groupes vers certaines fins.

Aussi bizarre que cela puisse paraître, Kelsen a été l'un des précurseurs de l'approche sociologique, voire psychologique de la sanction, mais pour de tout autres raisons. Cherchant à trouver dans chaque norme une sanction, il a, au moins dans certains travaux, conçu la sanction de manière très large comme portant sur les diverses motivations auxquelles un ordre social recourt pour conduire les individus à se comporter d'une manière déterminée, que ce soit par la promesse d'un avantage ou la menace d'un désavantage 91). On comprend qu'il ait été par la suite plus hésitant sur la question, car on voit immédiatement que cette conception était incompatible avec une caractérisation du droit par la contrainte et plus grave encore avec une approche purifiée du droit.

Avec le développement de l'Etat providence, le concept de sanction positive s'est répandu. Cette approche a permis de mieux comprendre les techniques d'incitation. Wilhelm Aubert a ainsi constaté que l'Etat était capable, en manipulant les moyens matériels dont il dispose, d'accroître le contrôle social qu'il exerce sur les individus 92). Il a aussi montré que le refus ou le retrait d'avantages peuvent être plus préjudiciables que l'infliction de certaines peines et qu'ils ne sont pourtant fréquemment pas assortis des mêmes garanties juridictionnelles 93).

La conception de la sanction développée par la sociologie du droit présente pourtant de sérieux inconvénients.

1. En reprenant le concept élargi, développé par la sociologie générale, elle dénature le phénomène juridique, car dès l'origine et tout au cours de son évolution le concept de sanction a été associé à la peine et non à la promesse d'avantages.

2. Le parallélisme entre sanctions positives et sanctions négatives conduit à des impasses, notamment lorsqu'il s'applique aux nullités. Si on peut, à notre avis, prétendre que la nullité est la sanction négative de l'inaccomplissement des conditions de formes prévues, on tombe dans l'aberration en considérant que la validité est la sanction positive de l'accomplissement de ces formes 94).

3. L'approche psycho-sociologique qui se fonde sur l'intention du groupe social d'assurer la conformité à la règle est extrêmement fragile. Avec Carbonnier, on peut se demander s'il est bien possible de "prêter une intention unitaire à la multiplicité des réactions anonymes que suscite dans les composants de la collectivité une manifestation de déviance ?" 95). On est rejeté vers les hypostases de la conscience collective ou de l'inconscient collectif, avec toutes les difficultés qu'elles entraînent avec elles" 96).

La perspective sociologique a eu, malgré ses défauts, le mérite de mettre en valeur un mode de guidage des comportements humains par des incitations dont l'importance n'a fait que croître avec le développement de l'Etat providence. Il n'est pas sûr pourtant que le terme sanction soit bien utile dans ce contexte. Il s'écarte tellement du sens original, et même du sens commun, qu'il ne fait qu'engendrer un supplément de confusion. De plus, dans cette perspective, ce sont surtout les modalités de l'action de l'Etat qui doivent être caractérisées.

---

91) Voir H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass. 1945, 15.

92) W. Aubert, "On Sanctions", *European Yearbook in Law and Sociology*, 1977, 5 ss.

93) *Ibid.*, 13 ss.

94) Sur cette question, voir le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, 1988, 362.

95) Cf. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris 1972, 132.

96) *Ibid.*

Or on peut, sans recourir au concept de sanction, distinguer les prescriptions, les incitations, les recommandations, sans parler d'autres formes d'action qui ne prennent pas une forme juridique comme l'information, l'exemple, la formation. Si l'on veut à tout prix caractériser les effets de ces mesures, on aurait intérêt à se référer aux notions de peines et de récompenses, d'illustre mémoire, plutôt qu'au concept ambigu de sanction.

## CONCLUSION

Elle est simple. Le terme sanction est ambigu, inutile et nocif. L'ambiguïté s'explique par le fait que le concept a été forgé dans le contexte idéologique de l'affirmation de l'État et de la monopolisation de la force à son profit. Ayant fait de la sanction le critère du droit et de la contrainte le critère de la sanction, la doctrine a été amenée à trouver une sanction dans chaque norme juridique. On est ainsi arrivé à une extension déraisonnable du concept. L'inertie de la pensée juridique a fait que la notion n'a pas été révisée, bien que le contexte idéologique se soit transformé et que l'État soit, du moins dans les pays occidentaux, aujourd'hui un fait acquis.

Pour nous, le terme sanction pourrait disparaître sans difficulté du vocabulaire juridique. Si on veut à tout prix le conserver, il faut alors l'utiliser avec circonspection pour désigner les effets juridiques de la violation d'un devoir. C'est pourtant une piètre solution, car elle aboutit à fragmenter sans raison des institutions juridiques comme l'obligation de réparer un dommage ou les nullités. Le résultat paraîtra décevant, tant il est vrai que, dans les sciences de l'homme, on est moins habitué que dans les sciences de la nature à apprécier les résultats négatifs d'une recherche.

\*\*\*