## COMITÉ SCIENTIFIQUE

R. BADINTER, ancien président du Conseil constitutionnel de France.
M. BOSSUYT, professeur à l'Institut universitaire d'Anvers (U.I.A.) et ancien président de la Commission des droits de l'homme des Nations unies.
G. COHEN-JONATHAN, professeur à l'Université de Paris II.
B. DEJEMEPPE, procureur du Roi à Bruxelles.
M. DELMAS-MARTY, professeur à l'Université de Paris I.
F. DELPÉRÉE, professeur à l'Université catholique de Louvain.
R. ERGEC, avocat et chargé de cours à l'Université de Bruxelles.
J.-F. FLAUSS, professeur à la Faculté de droit de Strasbourg
M. FRANCHIMONT, ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats du barreau de Liège et professeur extraordinaire à l'Université de Liège.
E. JAKHIAN, ancien bâtonnier de l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles.
G. JANSSEN-PEVTSCHIN, président émérite à la cour d'appel de Bruxelles.
S. MARCUS-HELMONS, professeur à l'Université catholique de Louvain et directeur du Centre des droits de l'homme.
P. MARTENS, juge à la Cour d'arbitrage de Belgique.
M. MELCHIOR, président de la Cour d'arbitrage de Belgique et professeur à l'Université de Liège.
L.E. PETTITI, ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris et juge à la Cour européenne des droits de l'homme.
F. RIGAUX, professeur émérite à l'Université catholique de Louvain.
J. SACE, président de section à la Cour de cassation de Belgique et chargé de cours aux Universités de Bruxelles et de Mons.
A. SPIELMANN, procureur général d'Etat de Luxembourg et juge à la Cour européenne des droits de l'homme.
F. SUDRE, professeur à l'Université de Montpellier II et directeur de l'Institut de droit européen des droits de l'homme.
P. TAPIE, Premier président du Conseil d'Etat de Belgique et chargé de cours à l'Université de Bruxelles.
S. TRECHSEL, professeur à l'Université de Saint-Gall et membre de la Commission européenne des droits de l'homme.
J. VELU, procureur général à la Cour de cassation de Belgique et professeur émérite à l'Université de Bruxelles.
J. VERHOEVEN, professeur à l'Université catholique de Louvain.

## CORRESPONDANTS

V. BERGER, chef de division à la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg et professeur au Collège d'Europe à Bruges et à Varsovie.
J. CALLEWAERT, administrateur à la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg.
A.V. d'ALMEIDA RIBEIRO, ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats du Portugal, membre de la Commission européenne des droits de l'homme.
R. DANOVI, avocat au barreau de Milan.
J. DEVLIN, professeur au Louisiana State University Law Centre.
A. FISCHER, président de chambre hre à la Cour administrative suprême de la R.F.A.
E. GARCIA de ENTERRIA, professeur à l'Université Complutense à Madrid, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme.
A. KOHL, professeur associé à l'Université de Liège.
L.H. LEIGH, professeur au London School of Economics and Political Science.
A.A. LEVASSEUR, professeur au Louisiana State University Centre.
C. LOMBARDINI, avocat au barreau de Genève.
M. MUTSINZI, secrétaire de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples.
P. PATENAUDE, professeur à l'Université de Sherbrooke (Québec).
S.A.M. STOLWIJK, professeur à l'Université d'Amsterdam.
J. SUNDBERG, professeur à l'Université de Stockholm.
B. WAGNER, secrétaire générale de la Cour constitutionnelle d'Autriche.
J. WOEHRLING, professeur à l'Université de Montréal.

☆

6ÉME ANNÉE N° 22 1ER AVRIL 1995

# REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME


## Comité de rédaction

**Directeur**
Pierre LAMBERT, avocat au barreau de Bruxelles

**Secrétaire de rédaction**
Marc VERDUSSEN, avocat au barreau de Bruxelles et chargé de cours à l'Université catholique de Louvain

**Membres**
Nicole CAHEN, avocat au barreau de Bruxelles et assistante à l'Université de Bruxelles

Alessandra CAMBI, avocat au barreau de Genève et assistante à l'Université de Genève

Eric GILLET, avocat au barreau de Bruxelles

Béatrice HAUBERT, auditeur au Conseil d'Etat de Belgique

Christophe PETTITI, avocat à la cour d'appel de Paris

Jacques REGNIER, Premier auditeur au Conseil d'Etat de Belgique

Pierre VANDERNOOT, référendaire à la Cour d'arbitrage de Belgique et maître de conférences à l'Université de Bruxelles

Nathan WEINSTOCK, avocat au barreau de Bruxelles

**Secrétaire administrative**
Viviane FRANÇOIS

NEMESIS

# RÉFLEXIONS SUR LE POUVOIR DISCIPLINAIRE

A en croire Michel Foucault, le pouvoir disciplinaire suit des chemins qui se rencontrent — « surveiller et punir » — et parfois s'entrecroisent.

D'un côté, le droit pénal — d'essence normative car il dit ce *qui doit être* et pose des interdits dont il punit la violation — tend à se « médicaliser », se « psychologiser », se « pédagogiser », pour reprendre les néologismes les plus courants. Autrement dit, le droit pénal ne se contente pas d'interdire, il prescrit des comportements, de façon toujours plus minutieuse, par ses lois et par ses pratiques, notamment pénitentiaires, et se place ainsi dans une perspective qui, de normative, devient normalisante ou normalisatrice, en ce sens qu'elle renvoie à une moyenne, à ce *qui est*, plutôt qu'à un devoir-être. C'est ainsi que le droit pénal contribuerait à « la fabrication de l'individu disciplinaire » (1).

De l'autre, du côté des dispositifs disciplinaires, fonctionnerait « un petit mécanisme pénal », malgré, ou plutôt à travers, leur extrême hétérogénéité de formes et de lieux : tantôt étatiques (la fonction publique, l'armée, la police, la prison) et tantôt privés (les ordres professionnels, les associations ou fédérations sportives, l'entreprise économique, les églises), ces dispositifs établissent une « infra-pénalité » et « quadrillent un espace que les lois laissent vide..., qualifiant et réprimant un ensemble de conduites que leur relative indifférence faisait échapper aux grands systèmes de châtiment » (2).

A vrai dire, les lois pénales laissent de moins en moins d'espace vide et le quadrillage disciplinaire se superpose de plus en plus souvent au quadrillage pénal. A tel point qu'il existe une « répression disciplinaire de l'infraction pénale » (3) et que surgissent de délicats problèmes de « cumul et non cumul de sanctions en droit discipli-

---

(1) M. FOUCAULT, *Surveiller et punir Gallimard*, 1975, p. 315.

(2) *ibid.*, p. 180. *Adde*, sur le réseau d'autodiscipline comme composante d'un modèle de société autogestionnaire qui se combine avec les réseaux de sanctions du modèle Etat-société libérale, M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, P U.F., Collection Thémis, 1992, pp. 224 et s.

(3) J. PRALUS-DUPUY, « La répression disciplinaire de l'infraction pénale », *R.S.C.*, 1992, 229.

naire » ([4]), la formule englobant le cumul de sanctions prononcées par des autorités disciplinaires différentes et celui d'une sanction disciplinaire avec une sanction pénale à finalité disciplinaire. Si le droit pénal contribue à « la fabrication de l'homme disciplinaire », le droit disciplinaire quant à lui emprunte de plus en plus ses mécanismes, et parfois ses garanties, au droit pénal : légalité, proportionnalité et motivation des sanctions sont des principes que l'on commence à appliquer en droit disciplinaire ([5]), de même que l'amnistie et le sursis sont des techniques transposables, et parfois transposées, en ce domaine ([6]). Emprunts qui rendent les distinctions toujours plus subtiles, le quadrillage toujours plus fin et sembleraient confirmer le diagnostic de la « régression du juridique » ([7]) qui s'analyserait en une régression au profit d'un pouvoir essentiellement normalisateur, donc disciplinaire.

En somme, avec la généralisation du pouvoir disciplinaire, nous faisons la découverte de l'impasse où nous met le pouvoir lui-même, bloquant toute réforme juridique, puisqu'en droit toute réforme se limiterait à redistribuer des pouvoirs, d'autant plus contraignants et aliénants que moins visibles. Une telle impasse supprime tout espoir d'améliorer le droit en renforçant les droits car le piège alors se referme : à l'impossibilité de punir démontrée par Foucault, la réponse des juges consiste seulement à punir désormais tout le monde, puissants et misérables ; quant à l'abolition de la peine de mort, elle serait moins la marque de sentiments d'humanité que l'expression d'un « biopouvoir » qui s'est « donné pour fonction de gérer la vie » ([8]), ce qui expliquerait qu'elle ait fini par aboutir en France au dispositif médico-répressif mis en place par la loi du 1er février 1994 dite de la « perpétuité réelle ».

---

(4) J. Pralus-Dupuy, « Cumul et non cumul de sanctions en droit disciplinaire », *D.*, 1993,135. *Adde* Pau, 11 janvier 1991, *D.*, 1993, 143, note Lecène-Marénaud.

(5) Voir par exemple, J.M. Auby et J.B. Auby, *Droit de la fonction publique*, 1991, pp. 204 et s. Toutefois la Cour de cassation semble admettre la licéité de sanctions non énumérées dans le règlement intérieur de l'entreprise (Soc. 25 juin 1987, *Bull. civ.*, 1987, n° 423 : *Dr. soc.*, 1989, 258, observ. J. Savatier. Sur la motivation des sanctions disciplinaires prononcées contre des médecins, voy. C.E. fr., 7 mai 1993, 4 arrêts, *J.C.P.*, 1994, II, 22.247, concl. Schwartz.

(6) Sur l'amnistie, voy. notamment Ch. Debbasch, « L'amnistie en matière disciplinaire », *D.*, 1963, 255 et s. ; J. Savatier, « L'amnistie sanctions disciplinaires dans les entreprises », *Dr. soc.*, 1981, 609. Sur le sursis, J. Pralus-Dupuy, « Le sursis disciplinaire, un emprunt du droit disciplinaire au droit pénal », *R.S.C.*, 1994, 135.

(7) M. Foucault, *La volonté de savoir*, Gallimard, 1976, p. 190.

(8) *Ibid.*, p. 181 ; *Adde* « Foucault et la justice », *Magazine littéraire*, oct. 1994, pp. 52 et s.

Est-ce à dire qu'il ne reste aux juristes qu'à renoncer à tout espoir de progrès, à se résigner au constat d'une expression illimitée de pouvoir disciplinaire, dès lors que ni les Constitutions, ni les codes rédigés et remaniés à grand fracas, ni aucune activité législative, si ambitieuse soit-elle, ne sont autres que « des formes qui rendent acceptable un pouvoir essentiellement normalisateur » (9).

Si le risque de la résignation existe, c'est qu'on ne sort pas de l'impasse en s'y enfonçant, mais en prenant quelque distance, en allant voir ailleurs. L'ailleurs du pouvoir, ce sont les points de résistance qu'il suscite nécessairement, on pourrait dire inéluctablement, et le « souci de soi » (10) est sans doute l'un de ces points qui résistent. Mais il y en a d'autres et la chance du droit est d'avoir suscité — et intégré dans le champ juridique — d'autres processus avec l'apparition d'un véritable « droit des droits de l'homme ». Or il s'agit là d'un dispositif juridique inédit qui permet de penser le droit autrement, au besoin contre l'Etat ou plus largement, car le pouvoir n'est pas seulement étatique, contre les pouvoirs, de quelque origine qu'ils soient.

Plutôt que de « régression du juridique », mieux vaut parler de mutation. Sans qu'on puisse encore conclure avec certitude au déclin ou au renouveau du droit, mais en sachant déjà que le renouveau passe par un apprentissage d'autres modes de pensée juridique car les droits de l'homme, en introduisant le flou et l'aléatoire, imposent aux juristes d'apprendre, comme en d'autres domaines scientifiques, à « penser le multiple » (11).

Qu'il s'agisse du droit pénal, ou plus tardivement du droit disciplinaire, la résistance s'organise désormais à l'intérieur même du champ juridique. Et le fait que la rédaction de la *Revue trimestrielle des droits de l'homme* ait choisi de consacrer un numéro spécial au thème « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit disciplinaire » est en lui-même un signe annonciateur d'une recomposition du droit disciplinaire, et sans doute plus largement du droit des sanctions. Une recomposition qui n'est pas une simple redistribution des pouvoirs mais une réorganisation à partir des droits de l'homme, ce qui implique tout à la fois le dépassement des catégories juridiques traditionnelles, fondées sur les différentes, façons d'exercer le pouvoir, et l'émergence de nouvelles catégories définies

(9) *Ibid.*, p. 190.

(10) M. Foucault, *Le souci de soi*, Gallimard, 1984.

(11) Voy. M. Delmas-Marty, « Penser le multiple », *in Pour un droit commun*, Seuil, 1994, pp. 117 et s.

à partir des droits qui, eux, limitent le pouvoir. Qu'il s'agisse de la vie (art. 2 de la Convention européenne des droits de l'homme), de la dignité, consacrée par l'interdit de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (art. 3) ainsi que de l'esclavage et du travail forcé (art. 4), de la liberté et de la sûreté (art. 5), du respect de la vie privée, de la liberté d'expression et de réunion (art. 8 à 11), ou de l'interdiction d'éventuelles discriminations dans l'application de ces droits (art. 14), tout l'ensemble des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme vient opposer au pouvoir — à tout pouvoir, qu'il s'inscrive dans le droit pénal ou le droit disciplinaire — des limites à ne pas franchir.

Mais c'est de la procédure, et de l'interprétation « autonome » donnée par la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme à la notion de « procès équitable », au sens de l'article 6 de la Convention, que vient, pour l'essentiel, le rapprochement du droit disciplinaire avec les grandes catégories du droit civil et du droit pénal.

On notera d'emblée que ce rapprochement n'aboutit pas à l'unification du droit disciplinaire. Il ne crée pas le « droit disciplinaire commun aux institutions privées et publiques », préconisé par André Légal et Jean Brethe de la Gressaye ([12]), dont l'unité tiendrait au fait que « tous les groupements organisés, qu'ils soient publics ou privés, présentent les mêmes caractères fondamentaux, une idée à réaliser qui intéresse un groupe d'hommes et qui est mise en œuvre grâce à une organisation permanente ». Reprenant cette analyse, et sa référence à la célèbre théorie de l'institution, pour démontrer « l'inhérence du pouvoir disciplinaire à l'institution, au groupe organisé en tant qu'entité distincte de ses composantes » Joëlle Pralus-Dupuy plaide à son tour la thèse de l'unité du droit disciplinaire ([13]), qui se vérifie selon elle à travers la « cohérence du raisonnement qui choisit entre cumul et non cumul en fonction de l'unité ou de la pluralité d'autorités poursuivantes et non en raison de la nature du corps social dont la discipline a été mise à mal » ([14]). Autrement dit, l'opposition selon la nature privée ou publique de l'institution disciplinaire aurait tendance à s'effacer avec l'émergence d'un régime juridique commun, au moins en ce qui concerne le cumul des sanctions.

---

(12) A. Légal et J. Brethe de la Gressaye, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, 1938 ; voy. également J. Brethe de la Gressaye, « Discipline », *in Encycl. Dalloz Droit pénal*, 1968, et *Encycl. Dalloz Procédure civile*, 1978.

(13) J. Pralus-Dupuy, articles précités, notes 3 et 4.

(14) J. Pralus-Dupuy, art. précité, note 4.

A l'examen de la jurisprudence européenne, l'analyse est plus nuancée car ni la Commission ni la Cour ne se placent du point de vue de l'institution, donc du pouvoir, mais du point de vue des droits fondamentaux. Ce qui les amène à transposer au droit disciplinaire la gradation, établie par l'article 6 lui-même, entre d'une part le paragraphe 1er (le procès équitable *stricto sensu*, impliquant notamment l'égalité des armes, le délai raisonnable, le droit à un tribunal indépendant et impartial, la publicité de l'audience) qui s'applique tant aux contestations sur les « droits et obligations de caractère civil » qu'aux accusations « en matière pénale » et d'autre part les paragraphes 2 (présomption d'innocence) et 3 (droits de la défense), réservés à toute personne « accusée », en matière pénale.

C'est ainsi que la jurisprudence européenne fait entrer dans la matière pénale, au regard de l'article 6 (1 à 3), et potentiellement de l'article 7 sur la non-rétroactivité, certaines sanctions disciplinaires (militaires ou pénitentiaires) ([15]), mais pas toutes. En effet, le contentieux des sanctions prononcées par un ordre professionnel, comme celui des médecins ou des avocats ([16]), est rattaché, en raison de la nature même des sanctions qui concernent l'exercice de la profession, à la catégorie des contestations sur des droits à caractère civil. Sans qu'on puisse en déduire que se trouve ainsi reconstituée la distinction, propre d'ailleurs à certains pays européens, entre sanctions disciplinaires relevant du droit public (matière pénale) ou du droit privé (droit civil). Rien n'interdirait en effet de considérer comme matière pénale, si les critères dégagés par la jurisprudence

(15) Voy. notamment les arrêts *Engel c. Pays-Bas*, 8 juin 1976 et *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, 28 juin 1994, cf. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, précité, pp. 32 et s.

(16) Pour les médecins, voir notamment les arrêts *Albert et Le Compte c. Belgique*, C.E.D.H., 10 février 1983 et *Debled c. Belgique*, C.E.D.H., 22 sept. 1994. Pour les avocats *H... c. Belgique*, C.E.D.H., 30 novembre 1987, *Ezelin c. France*, C.E.D.H., 26 avril 1991 et *De Moor c. Belgique*, C.E.D.H., 23 juin 1994. cf. *Les grands systèmes de politique criminelle*, pp. 230 et s. On constate cependant en France sur ce point une opposition entre la jurisprudence judiciaire qui, compétente pour les avocats, admet l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne (Cass. civ. 11 juillet 1983, *Gaz. Pal.*, 1984, 1, 152, 25 avril et 18 mai 1989, *Rev trim. dr. h.*, 1990, 76) et la jurisprudence administrative qui, compétente pour les médecins, exclut l'applicabilité de l'article 6 (C.E. 11 juillet 1984, *D.*, 1985, 150, concl. Genevois, et C.E. 2 juillet 1993, *J.C.P.*, 1993, II, 22133, note Gonod). Toutefois le décret du 5 février 1993 introduit la publicité des instances disciplinaires dans les professions médicales, voir R. Debbasch, « L'institution de la publicité des instances disciplinaires dans les professions médicales », *J.C.P.*, 1993, I, 3663.

étaient réunis ([17]), une sanction prononcée par une institution non étatique, ni inversement d'assimiler au droit civil une partie du contentieux concernant les institutions étatiques.

D'ailleurs, bien des domaines n'ont encore fait l'objet d'aucune décision de la Cour européenne, ce qui laisse très ouverte la question de l'éventuelle unification du régime juridique des sanctions disciplinaires.

Comme reste ouverte, à défaut de jurisprudence, la possibilité de considérer que l'intégration d'une partie des sanctions disciplinaires à la matière pénale rend applicable, entre elles et le droit pénal, la règle *non bis in idem* posée par l'article 4 du protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme.

C'est dire la richesse du thème choisi pour ce numéro spécial de la Revue et la sagesse d'un plan qui n'impose pas une conception plutôt qu'une autre, mais propose d'étudier séparément, après l'analyse des principes généraux par M. Lambert, les principales catégories du droit disciplinaire. C'est à M. Delperée qu'il appartiendra, dans sa synthèse, de tirer les conclusions d'une telle confrontation.

Mireille DELMAS-MARTY
*Professeur à l'Université de Paris 1*
*(Panthéon-Sorbonne)*
*Membre de l'Institut universitaire de France*

(17) Voir « La matière pénale, au sens de la C.E.S.D.H., flou du droit pénal », *R.S.C.*, 1987, 819 et l'annexe *in* M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative vers un droit administratif pénal*, Economica, 1992, pp. 165 et s.