



Université
Panthéon-Assas

Master de Droit pénal et Sciences pénales
dirigé par Monsieur Mayaud
2013

***La Question prioritaire de constitutionnalité et le principe de
la Légalité***

Célia Brion

Sous la direction Madame Lepage

UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II)

Droit - Economie - Sciences sociales

**LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ ET LE PRINCIPE
DE LA LÉGALITÉ**

Mémoire du Master II Recherche *Droit pénal et Sciences pénales*, par Célia Brion

Année universitaire 2012-2013

Sous la direction de Madame le Professeur Agathe Lepage

Les opinions exprimées dans ce mémoire sont propres à leur auteur et n'engagent pas l'Université Panthéon-Assas.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier sincèrement Madame le Professeur Lepage pour son écoute, sa disponibilité, ses conseils précis et son exigence, sans lesquels ce travail n'aurait jamais abouti.

TABLEAU DES ABREVIATIONS

<i>AJ pénal</i>	Actualité juridique Pénal
<i>AJDA</i>	Actualité juridique Droit administratif
<i>AJ Fam</i>	Actualité juridique Famille
<i>Al.</i>	Alinéa
<i>Art.</i>	Article
<i>Ass. Plen.</i>	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>CP</i>	Code pénal
<i>CPP</i>	Code de procédure pénale
<i>c/</i>	Contre
<i>Cass.</i>	Cour de cassation
<i>CCC</i>	Cahier du Conseil constitutionnel
<i>CCE</i>	Communication Commerce Electronique
<i>C. civ</i>	Code civil
<i>C.com</i>	Code de commerce
<i>CE</i>	Conseil d'Etat
<i>CEDH</i>	Cour européenne des droits de l'homme
<i>Ch.</i>	Chambre
<i>Chap.</i>	Chapitre
<i>Chron.</i>	Chronique
<i>Circ.</i>	Circulaire
<i>Civ.</i>	Chambre civile de la Cour de cassation
<i>CJUE</i>	Cour de justice de l'Union européenne
<i>Cons. Const.</i>	Conseil Constitutionnel
<i>Constitutions</i>	Revue Constitution
<i>comm.</i>	Commentaire
<i>Crim.</i>	Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>DC.</i>	Contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lois organiques, des traités, des règlements des Assemblées
<i>DDHC</i>	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
<i>Décis.</i>	Décision
<i>Dr. pen.</i>	Revue Droit pénal

<i>Ed.</i>	Edition
<i>Gaz. Pal.</i>	La Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	Le même, au même endroit.
<i>in</i>	cité dans
<i>Infra.</i>	Ci-dessous
<i>JCP G</i>	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique) édition générale
<i>JO</i>	Journal officiel
<i>Jus Politicum</i>	Jus Politicum, Revue de droit politique en ligne
<i>Mel.</i>	Mélange
<i>n°.</i>	Numéro
<i>NCC.</i>	Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel
<i>Obs.</i>	Observation
<i>Op. cit.</i>	Ouvrage cité
<i>Ord.</i>	Ordonnance
<i>p.</i>	Page
<i>Pouvoirs</i>	Revue française d'étude constitutionnelle et politique
<i>QPC</i>	Question prioritaire de constitutionnalité
<i>Rappr.</i>	A rapprocher de
<i>Rep. min.</i>	Réponse ministérielle
<i>Rép. pén.</i>	Répertoire de droit pénal et de procédure pénal
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFDC</i>	Revue française de droit constitutionnel
<i>RPDP</i>	Revue pénitentiaire et de droit pénal
<i>RSC</i>	Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
<i>RDT. civ</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>Supra.</i>	Ci dessous
<i>t.</i>	Tome
<i>V. p. ex.</i>	Voir par exemple

SOMMAIRE

PARTIE I / LA QPC OUTIL DU DÉCLIN DE LA LÉGALITÉ FORMELLE -----	17
Chapitre I / Un filtre réducteur -----	18
Section I / Un filtre opaque -----	18
Section II / Un filtre arbitraire -----	33
Chapitre II / Un filtre créateur -----	46
Section I / Un contrôle de constitutionnalité caché -----	46
Section II / Un contrôle de constitutionnalité avoué -----	57
PARTIE II / LA QPC, UN REMÈDE PARTIEL AU DÉCLIN DE LA LÉGALITÉ MATÉRIELLE -----	76
Chapitre I / QPC et incriminations -----	77
Section I / Un contrôle limité -----	77
Section II / Un contrôle minimal -----	95
Chapitre II / QPC et sanctions -----	115
Section I / Une perte de clarté-----	115
Section II / Un gain de légalité-----	122

INTRODUCTION

«La loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution»¹.

Trois ans après l'introduction du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en droit français, cette expression du Doyen Vedel n'a rien perdu de son acuité. Dans un Etat de droit, la loi trouve sa légitimité dans le fait qu'elle est l'expression de la volonté générale mais aussi dans sa conformité aux valeurs de la République telles qu'elle sont exprimées dans le préambule de la Constitution. Ce respect doit être assuré en amont lors de l'adoption de la loi, ce que permet le contrôle de constitutionnalité *a priori*, mais également en aval au moment de son application, ce que permet le contrôle *a posteriori*. Traditionnellement décrit comme un droit de contrainte et de pression sur les libertés, le «droit pénal français était prédestiné à s'ouvrir au droit constitutionnel»². Si la constitutionnalisation du droit pénal³, ou encore la pénalisation du droit constitutionnel comme le préfèrent certains auteurs, est un phénomène qui passionne la Doctrine depuis plus d'une vingtaine d'années, la confrontation des grands principes de droit pénal au mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité donne un nouveau souffle à ces questionnements.

L'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en droit français par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 marque un fort changement, le passage d'une «culture de la Loi» à une «culture de la Constitution»⁴. Ce changement a nécessité plusieurs tentatives (Section I). En ce qu'elle permet de contrôler la constitutionnalité des lois après leur entrée en vigueur et non plus seulement avant leur promulgation, cette réforme bouleverse les contrôles déjà existants, notamment le contrôle de conventionnalité (Section II). La multiplicité des recours soulève immédiatement la question des sources du droit pénal et de l'impact de la question prioritaire de constitutionnalité sur un des principes cardinaux du droit pénal, le principe de légalité des délits et des peines, parfois dite légalité criminelle pour englober la matière pénale au sens large⁵. Il conviendrait de présenter le déclin contemporain de la légalité pour mieux mesurer la portée de la QPC (Section III).

¹ G.Vedel, Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif, CCC n°1 décembre 1996.

² D.Mayer, L'apport du droit constitutionnel au droit pénal en France, RSC 1998, p 439.

³ Processus visant à rendre le droit pénal constitutionnel, à le rendre conforme à la Constitution et à lui conférer une valeur constitutionnelle.

⁴ D.Lévy, La QPC : de la culture de la Loi à la culture de la Constitution, *in* La Documentation française, février 2011.

⁵ Ensemble des règles de fond qui déterminent les infractions et les sanctions ayant le caractère d'une punition, les peines applicables, les conditions de la responsabilité pénale, ainsi que les règles de forme relatives à la constatation et la prévention des infractions, à la poursuites et au jugement de leur auteurs et à l'application des peines.

Section I / L'introduction délicate de la question prioritaire de constitutionnalité en droit français

Il a été suggéré dès 1990 d'introduire un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Le constituant s'est pourtant refusé à deux reprises à élargir les attributions du Conseil constitutionnel. Il est vrai que le Conseil constitutionnel avait été originellement conçu, non comme une Cour constitutionnelle chargée de veiller au respect des droits fondamentaux des citoyens, mais comme un instrument à la disposition des plus hautes autorités de l'Etat (Président de la République, Premier ministre, Présidents des Assemblées) pour contenir la démesure du législateur. Mais même s'il n'a pas fait l'objet de modifications majeures depuis son instauration en 1958, le Conseil a progressivement tendu vers la juridictionnalisation. L'annexion du Préambule de la Constitution de 1958 (incluant alors la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946) par le Conseil lui-même en 1971 lui a permis d'étendre son contrôle et de découvrir des Principes Fondamentaux reconnus par les Lois de la République, des principes constitutionnels et des objectifs à valeur constitutionnelle. En 1974, le Constituant donnait à soixante députés ou soixante sénateurs le pouvoir de saisir le Conseil, pouvoir régulièrement utilisé et qui a conduit le Conseil à introduire dans toutes les branches du droit la dimension constitutionnelle. «La belle au bois dormant du Palais royal»⁶ s'est ainsi réveillée : d'organe régulateur de la Constitution, le Conseil est devenu une instance d'essence juridictionnelle rendant des décisions ayant autorité de la chose jugée *erga omnes* dans un différend opposant les parlementaires et la majorité gouvernementale au sujet de la constitutionnalité d'une loi votée mais non promulguée. Cette réforme a institué une sorte de contrôle de constitutionnalité «à la française», s'exerçant *a priori*, *in abstracto*, et dans de brefs délais sur la loi votée. Or comme le souligne très justement Monsieur Badinter, par un paradoxe singulier «le justiciable français était demeuré, en matière de contrôle de constitutionnalité, un mineur, alors même que depuis la levée en octobre 1981 des réserves qui lui interdisaient l'accès à la Commission et à la Cour européenne des droits de l'homme il était devenu majeur conventionnel».

Plusieurs justifications étaient avancées pour refuser d'ouvrir l'exception d'inconstitutionnalité aux citoyens : ce contrôle aurait affaibli la loi et le Parlement, l'exception d'inconstitutionnalité aurait fait peser de grands risques sur la sécurité juridique, les contrôles existants, *a priori* et de conventionnalité seraient suffisants pour assurer le respect des droits fondamentaux du citoyen. Si les deux premières craintes étaient fondées, et se sont relativement matérialisées comme tenteront de le démontrer les développements ultérieurs, l'argument portant sur l'existence d'autres formes de contrôle de la loi est inopérant. En effet, invoquer le contrôle *a priori* n'est valable que pour les lois qui ont été déférées au Conseil. Dans le cas inverse, sans contrôle en aval, une loi inconstitutionnelle pourrait être appliquée pendant des années au mépris des droits fondamentaux de l'individu et avec de fâcheuses conséquences. Le Code pénal issu de la réforme de 1992 est particulièrement concerné puisqu'il n'a pas été soumis au

⁶ R.Badinter, L'exception d'inconstitutionnalité, Mel. Genevois, Dalloz.

contrôle *a priori*. Quant à l'argument tiré de l'existence du contrôle de conventionnalité, il faut d'abord relever que les droits inscrits dans le bloc de constitutionnalité, notamment ceux inscrits dans le Préambule de 1946, ne se confondent pas entièrement avec ceux proclamés dans les Conventions internationales. C'est surtout au niveau des effets que les deux contrôles ne se confondent pas : le contrôle de conventionnalité ne peut aboutir qu'à écarter une loi dans un litige donné, tout en restant en vigueur, alors que le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* conduit à l'abrogation définitive et *erga omnes* de la disposition contraire à la Constitution. Le contrôle de conventionnalité pourrait même justifier l'introduction du contrôle de constitutionnalité : comment justifier qu'un justiciable puisse bénéficier de la protection de Conventions internationales, possédant une valeur supérieure à celle des lois dans la hiérarchie des normes, mais non de la Constitution, pourtant au sommet de cette hiérarchie ? La France demeurerait également une exception européenne : qu'il soit prévu sous la forme d'un recours direct exercé par les particuliers devant la juridiction constitutionnelle, ou d'une exception d'inconstitutionnalité soulevée devant le juge de droit commun et renvoyée au Conseil constitutionnel, le contrôle *a posteriori* est connu de la plupart des états européens⁷ et a d'ailleurs connu un grand succès auprès des pays d'Europe de l'Est au moment de leur indépendance.

C'est ainsi qu'en 1989, Monsieur Badinter, alors Président du Conseil constitutionnel, a souhaité célébrer le bicentenaire de la Révolution française par la reconnaissance au citoyen de la «possibilité de soulever dans le cadre d'un procès, une exception d'inconstitutionnalité contre une loi dont le Conseil n'a pas été saisi». Avec l'aval du Président de la République de l'époque, Monsieur Mitterand, un projet de loi constitutionnelle « portant révision des articles 61, 62 et 63 de la Constitution et instituant un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception » fut déposé le 30 mars 1990. L'Assemblée Nationale et le Sénat n'appartenant pas à la même majorité, le projet fut abandonné en 1990. Le principe même d'une réforme allant dans ce sens est revenue dans le débat dès 1993 avec la publication du rapport du Comité consultatif pour la révision de la Constitution, présidé par le Doyen Vedel⁸. L'introduction de ce contrôle a alors été prévue dans un nouveau projet de loi constitutionnelle déposé le 10 mars 1993, associé à des dispositions relatives au Conseil supérieur de la Magistrature et à la création de la Cour de Justice de la République. Mais le gouvernement dirigé par Monsieur Balladur n'a pas souhaité que soit discutée la partie de la révision relative au contrôle *a posteriori*, les autres dispositions ont en revanche été promulguées le 27 juillet 1993.

C'est ainsi à la troisième tentative que la Constitution de la Ve République a pu être modifiée : la révision Constitutionnelle du 23 juillet 2008 a été précédée par la publication du rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions présidé par Monsieur Balladur. Pour l'essentiel le rapport reprend les idées déjà arrêtées dans les projets précédents, mais il est

⁷ *infra*. p33.

⁸ Proposition pour une révision de la Constitution : rapport au président de la République, La Documentation française, 1993, p.54-55.

intéressant de noter que c'est le même Edouard Balladur qui a proposé d'inscrire dans la Constitution ce qu'il avait refusé en tant que chef du Gouvernement quinze ans auparavant⁹. Dans les différents projets, la question de constitutionnalité est toujours envisagée comme une question préjudicielle, c'est à dire posée à l'occasion d'un litige mais à une autre instance qu'à celle chargée de statuer sur le litige en question. Suite au vote de principe du 23 juillet 2008, une loi organique du 24 novembre 2009 est venue en préciser les modalités. Le Conseil constitutionnel a validé cette loi le 3 décembre 2009, tout en assortissant sa décision de réserves d'interprétations¹⁰. La loi organique a été publiée le 10 décembre 2009¹¹ et renvoie à des textes d'application prenant la forme de Décrets en Conseil d'Etat¹². La réforme est enfin entrée en vigueur au 1er mars 2010. Les dispositions introduites par la réforme étant analysée tout au long des développements, il n'est pas nécessaire de les mentionner présentement. Il est davantage porteur de situer la QPC au regard du contrôle de conventionnalité.

Section II / L'articulation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité

L'articulation des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité pose plusieurs questions épineuses qu'il convient d'évoquer brièvement.

La première difficulté est évidemment de déterminer si le contrôle de constitutionnalité peut porter sur des dispositions issues de Traités. A cet égard, le Conseil constitutionnel, par une décision du 12 mai 2010 est venue confirmer sa jurisprudence du 15 janvier 1975 et affirme que «le moyen tiré du défaut de compatibilité d'une dispositions législative aux engagements internationaux et européens de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité, l'examen d'un tel grief, fondé sur les traités ou le droit de l'Union européenne, relevant de la compétence des juridictions judiciaires et administratives». Plusieurs normes sont ainsi exclues du champ d'application de la QPC : les normes autorisant la ratification ou l'approbation d'un engagement international, les dispositions législatives faisant une exacte application d'une norme externe, notamment les lois de transposition de directives précises et inconditionnelles. Il convient cependant de distinguer entre les directives précises et inconditionnelles et les directives laissant le choix des moyens au législateur : les articles qui se «bornent à reprendre les termes des dispositions inconditionnelles et précises des directives» ne pourront voir leur constitutionnalité contestée à titre préjudiciel, en revanche, les articles qui traduisent l'exercice du pouvoir d'appréciation laissé au législateur par la directive quant «à la forme et aux moyens» à définir pour atteindre l'objectif assigné pourront donner lieu à QPC. Face à «l'intrusion du droit européen dans le

⁹ Conseil constitutionnel et QPC, une révolution ? Regard sur l'actualité, La Documentation française, février 2011.

¹⁰ Décis. n°2009-595 DC du 3 décembre 2009 Loi organique relative à l'application de la l'article 61-1 de la Constitution.

¹¹ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

¹² Décret n°2010-148 du 16 février 2010 portant application de la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution ; Décret n°2010-149 du 16 février 2010 relatif à la continuité de l'aide juridictionnelle en cas d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil d'Etat, la Cour de Cassation et le Conseil Constitutionnel.

droit pénal»¹³, il pourrait être craint que de nombreuses dispositions à connotation pénale échappent au contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Cette intrusion serait regrettable au regard du principe de la légalité, tant dans sa dimension formelle que matérielle, le législateur national étant évincé et les dispositions européennes accumulant bien souvent des termes vagues. Il semble pourtant que ces craintes soient limitées, les directives inconditionnelles et précises n'ayant pas, pour l'instant du moins, vocation à envahir la matière pénale.

Il est ensuite très fréquent que les droits et libertés protégés au sein du bloc de constitutionnalité soient également proclamés par des Conventions internationales invocables directement par le justiciable. C'est alors un problème de hiérarchie entre le contrôle de conventionnalité et de constitutionnalité qui se pose. Tandis que l'article 61-1 issu de la réforme ne fixait aucune règle de préséance entre les contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité, le législateur organique, «afin d'éviter une concurrence entre ces deux moyens de contestation d'une disposition législative qui pourrait être préjudiciable au développement de la nouvelle procédure»¹⁴ est venu baptiser de prioritaire le contrôle *a posteriori*. Il résulte ainsi de la réforme que «le constitutionnel tient le conventionnel en l'état» : la loi organique du 10 décembre 2009 fait obligation aux juridictions ordinaires et à la Cour de cassation, lorsqu'elles sont saisies de moyen contestant la conformité de dispositions tant aux droits et libertés garantis par la Constitution qu'au regard des engagements internationaux de la France en matière de droit fondamentaux, (comme la Convention européenne des Droits de l'Homme ou la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne) de se prononcer par priorité sur la question de la transmission de la QPC¹⁵. Cette volonté d'indépendance s'est avérée particulièrement problématique au regard de droit de l'Union européenne.

Dans le projet de loi organique, un sort particulier était réservé au Droit de l'Union européenne. Mais s'inspirant d'un précédent Belge¹⁶, le législateur n'a finalement reconnu aucune spécificité. Le caractère prioritaire de la question a semblé problématique notamment au regard des principes de «primauté» et «d'immédiateté» du Droit de l'Union. La Cour de cassation a alors posé une question préjudicielle sur la compatibilité du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité à la Cour de Justice de l'Union européenne. Celle-ci a rendu sa décision le 22 juin 2010 au terme de laquelle la procédure organisant le contrôle de constitutionnalité ne doit pas empêcher «les juridictions nationales de poser toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire, d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, et de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en

¹³ Expression de Monsieur le Professeur Rebut, Conférence Cour de Cassation «La justice pénale entre respect des traditions nationales et nouvelles exigences de l'Union Européenne», 25 mars 2013.

¹⁴ Assemblée Nationale, Rapport n°1898, du 3 septembre 2009, p 24.

¹⁵ art.23-2 et 23-5 de la loi organique du 10 décembre 2009.

¹⁶ Art. 26§4 de la Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage (devenue Cour constitutionnelle).

cause si elles la jugent contraire au droit de l'union». Ainsi selon la Cour de Justice, une priorité stricto sensu porterait atteinte au principe de l'immédiateté du Droit de l'Union et au principe selon lequel le juge de droit commun est le juge de la conventionnalité. Il en résulte donc que le contrôle prioritaire doit en réalité permettre au juge de poser de façon simultanée une question préjudicielle à la Cour de Justice et une QPC. Cette solution apporte une limite au caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, atténuant la portée du vœu du législateur français d'affirmer la prééminence du droit constitutionnel sur le droit de l'Union européenne¹⁷. Face à ces multiples recours concurrents, et à l'éclatement des sources du «droit» au sens large, le principe de la légalité pénale, dont le déclin est depuis longtemps dénoncé, semble tout particulièrement menacé.

Section III / Le déclin de la légalité

Tout a été dit ou presque en doctrine sur le principe de la légalité et sa mise en oeuvre en droit pénal français : son «triomphe» à la fin du XVIIIe siècle, son «déclin» ensuite, sa «mutation» ou encore sont «renforcement paradoxal» grâce à l'intervention du juge¹⁸. Cette succession de mots et d'analyses reflète fidèlement l'évolution de cette notion fondatrice du droit pénal moderne. Né de la séparation de pouvoirs décrite par Montesquieu dans L'esprit des Lois, la portée de la légalité a ensuite été dégagée par Cesare Beccaria. Dans son Traité des Délits et des Peines paru en 1764, ce dernier écrit que «les lois seules peuvent déterminer les peines des délits et que ce pouvoir ne peut résider qu'en la personne du législateur», ajoutant que «le pouvoir d'interpréter les lois pénales ne peut être confié non plus au juge des affaires criminelles, pour la bonne raison qu'ils ne sont pas législateur». Il ne manque pas non plus de fustiger «l'obscurité des lois» et de défendre une «proportion entre les délits et les peines». Ces idées triompheront avec la Révolution française de 1789 et les codifications napoléoniennes et bavaroises. Le rédacteur du Code pénal bavarois de 1813, Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach forgera l'adage latin qui assurera la pérennité du principe «*Nullum delictum, nulla poena sine praevia poenali*¹⁹».

Deux siècles après son énoncé, ce principe est l'objet de nombreuses consécutions. Il faut d'abord mentionner le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 qui renvoie à la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen adoptée le 27 août 1789 par l'Assemblée constituante. Son article 8 énonce que «La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et que «nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée». Etendant

¹⁷ D.Guérin, La question prioritaire de constitutionnalité, bilan provisoire et premières interrogations, RPDP n°4, octobre-décembre 2010, p883 et s. Il faut également relever les répercussions que la question préjudicielle posée par la Cour de cassation a entraîné : question orale au ministre de la Justice, mobilisation du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat pour prendre position avant la réponse de la CJUE..

dont il résulte qu'en cas A.Guidicelli, Le principe de la légalité criminelle en droit pénal français, aspects légistiques et jurisprudentiels, RSC 2007 p.509.

¹⁹ généralement abrégé «*Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*»

son contrôle au «bloc de constitutionnalité» en 1971²⁰, le Conseil est venu reconnaître une valeur positive et normative au Préambule de la Constitution de 1958. Par ailleurs en vertu de l'article 34 de la Constitution, les normes applicables au droit pénal et à la procédure pénale doivent être établies par la loi et leur mise en oeuvre doit respecter les prévisions de celle-ci. Les instruments internationaux connaissent également ce principe : l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales fait référence à la légalité criminelle, la définition donnée par l'article 7 est reproduite fidèlement à l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2001. L'article 15 du Pacte international relatif au droits civils et politiques adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966 fait aussi état de ce principe. Enfin, contrairement à l'ancien article 4 du Code pénal qui ne mentionnait que le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, l'article 111-3 issu de la réforme de 1992²¹ dispose que «Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention». Présentée ainsi au regard de l'organe chargé d'établir les textes en matière pénale, la légalité est dite «formelle». Une autre dimension est traditionnellement dégagée, la légalité «matérielle» relative à la qualité de la norme pénale. Pour prévenir «l'obscurité des lois qui met le peuple en la dépendance d'un petit nombre d'homme», la loi pénale se doit d'être claire, précise et accessible, pour rejoindre de façon plus générale un impératif de sécurité juridique. Or si la Légalité, tant formelle que matérielle est proclamée, c'est son déclin si fréquemment dénoncé qui nous attardera.

La première manifestation du recul du principe de la légalité, et peut être la plus fondamentale, résulte de la Constitution elle-même et de la répartition des tâches normatives qu'elle opère. Il résulte des articles 34 et 37 que si la détermination des crimes et délits ainsi que la procédure pénale relèvent bien du domaine de la loi, les contraventions sont, elles, prévues par le pouvoir exécutif. Cette distinction se retrouve dans le Code pénal réformé entré en vigueur au 1er mars 1994 aux articles 111-2 et 111-3. Pour certains auteurs, si la loi a vu son empire se réduire, l'idée que la norme pénale suppose un énoncé préalable dans un texte, loi ou règlement, demeure. De la même manière, l'europanisation du droit pénal, le développement de sources supra-légales ne remettraient pas davantage en cause cette exigence. En reprenant les termes de Monsieur Lomblois, le législateur *stricto sensu* se réduirait à «une des incarnations du normateur» et il conviendrait de substituer un principe de textualité à celui de celui de légalité²².

²⁰ Décis. n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 ; L.Favoreu Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 2009, p. 180-199 ; J.Robert RDP 1971, p. 1171-1204 ; J.Rivero AJ administratif 1971, p. 537-542.

²¹Loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal ; loi n° 92-684 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes ; loi n° 92-685 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens ; loi n° 92-686 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique.

²² Cl. Lomblois, Droit pénal général, Hachette supérieur, 1994, p. 13.

Cependant, limiter le principe de la légalité à un principe de textualité ne supprime pas tout débat sur son déclin. Le développement de la société hypermoderne s'est accompagné d'un phénomène d'inflation législative très justement décrit par Jean Carbonnier. Le droit pénal n'est pas étranger à ce mouvement. C'est ainsi un «droit pénal magique» «incantatoire» ou «instrument de politique spectacle» qui vient répondre à des besoins ponctuels ou des demandes de circonstances. L'inflation des textes se double bien souvent d'un manque de précisions, manque appelant lui-même des modifications fréquentes. Le code pénal issu de la réforme et maintes fois retouché depuis n'épuise pas les critiques de la Doctrine dénonçant une dégradation de l'activité législative. Dans un contexte d'inflation normative, codification ou recodification apparaissent d'autant plus nécessaires, tant il est vrai que «plus un droit devient complexe et abondant, plus il est inintelligible, secret et donc arbitraire et injuste, plus il devient un obscur message codé, et c'est par un code qu'il est le mieux décodé»²³. L'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité pourrait être une alternative intéressante pour décoder le code pénal sans passer pas la lenteur d'une recodification.

En aval de la création de la loi, le rapport du juge pénal au principe de la légalité a également évolué. Tout un courant de pensée juridique²⁴ a tenu à réhabiliter le juge comme source du droit dans les systèmes juridiques de tradition Romano-germanique. Même si le juge pénal reste destinataire du principe de la légalité, tenu d'interpréter la loi pénale strictement et n'ayant pas la possibilité de créer lui même de nouvelles incriminations ou de nouvelles peines, il n'est plus guère possible de limiter le juge pénal à la bouche qui prononce les paroles de la loi. Le pouvoir du juge est monté en puissance face au déclin de l'autorité de la loi car en présence d'une loi d'une portée normative incertaine le juge doit nécessairement s'en emparer pour suppléer ses carences, son silences ou ses incohérences. Déjà doté du contrôle de la légalité des actes administratifs²⁵, du contrôle de conventionnalité²⁶, le juge pénal se voit désormais chargé de juger du sérieux d'une question portant sur la conformité d'une disposition à la Constitution. Avec l'introduction de la QPC, la mission du juge évolue, il passe de l'application de la loi au jugement de sa validité constitutionnelle. Par le contrôle juridictionnel de la volonté de la représentation politique, le juge s'intercale entre le peuple et ses représentant élus. Si la QPC met en valeur l'épaisseur humaine et sociale de la constitution en tant que norme vivante, elle pose également le problème du rapport entre les missions et la légitimité du juge pour s'opposer à la volonté de la représentation nationale. Simple «autorité» au terme du Titre VIII de la Constitution du 4 octobre 1958, le pouvoir judiciaire se voit pourtant doter d'un redoutable pouvoir capable de neutraliser, ou du moins de transformer les objectifs assignés à la QPC.

²³ Ph. Malaurie, Les enjeux de la codifications, AJDA 1997,p 644.

²⁴ Notamment le Doyen Ripert, Les forces créatrices du droit, LGDJ, 1955.

²⁵ CP art.111-5.

²⁶ V. p. ex. Crim 20 février 2001, Dr. pén. 2001, n°86, obs. Véron.

L'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité et les bouleversements qu'elle induits conduisent nécessairement à étudier son impact sur le principe de la légalité. Le contrôle a posteriori apparaît alors comme un outil du déclin de la légalité formelle (Partie I) et se révèle n'être qu'un remède partiel au déclin de la légalité matérielle (Partie II).

PARTIE I / LA QPC, OUTIL DU DÉCLIN DE LA LÉGALITÉ FORMELLE

L'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en droit français, loin de freiner la diversification des sources du droit pénal vient au contraire accélérer le déclin de la légalité formelle. Le double filtre par les juridictions du fond puis les Cours suprêmes a été conçu afin d'éviter l'engorgement du Conseil constitutionnel. Si certains auteurs se félicitent de son bon fonctionnement, l'activité du Conseil ayant augmenté mais sans qu'il croule sous les QPC, le filtre révèle aujourd'hui des potentialités que le législateur organique avait sous-estimées. Le filtre opéré par la Cour de cassation est particulièrement efficace, voire réducteur (Chapitre I). La Cour ne consent finalement à transmettre que les questions indéniablement sérieuses et ce, dans des hypothèses où elle ne se sent pas menacée par la censure constitutionnelle. Les auteurs de la réforme n'ont pas nié que les Cours suprêmes, par leur rôle de filtrage, se voyaient conférer un contrôle de constitutionnalité négatif. Mais trois ans après l'entrée en vigueur de la QPC, c'est vers un pré-contrôle de constitutionnalité très avancé que tend la Cour de cassation. Le filtre ancre fondamentalement le juge dans les sources de la légalité, en lui permettant de faire oeuvre créatrice de droit (Chapitre II).

CHAPITRE I / UN FILTRE RÉDUCTEUR

«Que vient-on nous dire : que la chambre des requêtes est despotique, qu'elle ne laisse passer que les pourvois qu'elle veut !» «Je réponds : c'est là sa compétence»²⁷

Si Monsieur Badinter se réjouissait que le filtre institué soit bien «perméable mais non poreux»²⁸, c'est un constat nuancé qu'il convient de dresser. Le filtre opaque de la Cour de cassation (Section I), conduit en réalité les Juges à exercer un véritable de contrôle de pré-constitutionnalité dotant le filtre d'un aspect créateur (Section II).

Section I / Un filtre opaque

Au terme de l'article 61-1 de la Constitution, introduit lors de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008²⁹, et de l'article 23-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958³⁰ la question prioritaire de constitutionnalité doit porter sur «une disposition législative» portant atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Bien que cette disposition semble limpide, l'interprétation que la Cour de cassation en a donné a fait couler beaucoup d'encre, «enflammé la Doctrine et créé de fortes tensions au sein du système juridictionnel»³¹. Dans un premier temps, la Cour de cassation, statuant alors dans sa formation spécialisée, a opté pour une interprétation strictement littérale de la disposition législative (I), solution conduisant à considérer sa jurisprudence «comme détachée de la loi et dotée du privilège d'être soustraite aux normes constitutionnelles»³². Cette position est rapidement apparue intenable, et la Cour de cassation a été saluée lorsqu'elle a adopté une interprétation assouplie, conduisant à transmettre les questions portant sur une «jurisprudence constante» (II). Cette solution de compromis ne nous semble cependant pas totalement satisfaisante : si le filtre n'est plus tout à fait opaque, il demeure cependant peu perméable.

²⁷ Séance du 3 févr. 1849, Procès verbaux de l'Assemblée nationale, t. VII, p 646

²⁸ *op. cit.* R.Badinter, L'exception d'inconstitutionnalité, Mel. Genevois, Dalloz.

²⁹ Loi constitutionnelle n°20008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

³⁰ Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 complété par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution

³¹ Guillaume Drago, QPC et jurisprudence constante : fin de partie ? Gaz.Pal.07/06/2011, n°158, page 12

³² N.Molfessis, La jurisprudence supra-constitutionem, JCP G 2012, n°1039, p1955

I / L'INTERPRÉTATION LITTÉRALE DE LA «DISPOSITION LÉGISLATIVE»

Bien que le légalisme ait longtemps dominé le système juridique français, la Cour de cassation en choisissant de séparer le texte de loi de son interprétation (A), est venue défendre une approche excessivement formelle du principe de la légalité (B).

A/ La séparation du texte de loi et de son interprétation

Au terme de l'article 111-4, la loi pénale est d'interprétation stricte. Le juge pénal n'est investi que d'une fonction déclarative, interprétation stricte et interprétation déclarative pouvant être synonymes³³. Dire que l'interprétation est stricte, c'est souligner que le juge ne doit aller ni dans la restriction, ni dans l'extension. Bien que cette affirmation soit traditionnelle et relativement banale, l'interprétation de la notion de «disposition législative» que la Cour de cassation a proposée dans ces premières décisions est tout sauf déclarative. Dans le meilleur des cas, elle peut être littérale, mais elle semble plutôt restrictive.

A peine deux mois après l'entrée en vigueur de la QPC, la Cour est venue affirmer péremptoirement, notamment sur la question emblématique de la motivation des arrêts d'assises, que «la question dont peut être saisi le Conseil constitutionnel est seulement celle qui invoque l'atteinte portée par une disposition législative aux droits et libertés que la constitution garantit; (...) que la question posée tend, en réalité, à contester non la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donné la Cour de cassation ; (...) d'où il suit qu'il n'y a pas lieu de transmettre au Conseil constitutionnel»³⁴. Si aucune disposition du code de procédure pénale ne prévoit expressément que les arrêts d'assises ne sont pas motivés, la Cour de cassation a toujours validé cette absence de motivation. Cette solution sera confirmée par plusieurs arrêts.³⁵

Comme le soulève ironiquement le Professeur Deumier, on aurait aimé pouvoir présenter cette étonnante et maladroite motivation dans la mise en place de la forcément perturbante QPC³⁶. Mais la Cour a répété plusieurs fois cette formule, sous diverses variantes, conduisant rapidement à établir cette jurisprudence comme constante.

La Cour a notamment jugé, lorsqu'elle a été saisie de la question tendant à contester la constitutionnalité de l'article L5112-3 du code général de la propriété des personnes publiques, tel qu'interprétée par la jurisprudence, que la question dont peut être saisie le Conseil constitutionnel est seulement celle qui invoque l'atteinte portée par une disposition législative aux droits et libertés que la

³³ A Decocq, Droit pénal général, p 68

³⁴ Série d'arrêt datés du 19 mai 2010, voir notamment, Cass QPC n°09-82.582 (motivation des arrêts d'assises), Cass QPC n°09-87.307

³⁵ Cass Ass plen 9 juillet 2010 n°09.87-297, 09.88-414, 09-87.205

³⁶ P. Deumier, QPC : La question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage) , RDT Civ 2010, page504

Constitution garantit, c'est à dire *par le texte même* et non *par l'interprétation* qu'en donne la jurisprudence³⁷. Dans une autre affaire alors que le demandeur soutenait que les dispositions de l'article 598 du Code de procédure pénale, qui fondent la théorie de la peine justifiée, portaient atteinte au principe d'individualisation de la peine et aux droits de la défense, la Cour a refusé de transmettre au motif «que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle critique non pas l'article 598 du code de procédure pénale mais la "théorie de la peine justifiée", élaborée à partir de cette disposition législative»³⁸. La même solution est formulée avec une légère variante lors d'une QPC portant sur l'article 121-2 al 1 du Code pénal instituant le principe de la responsabilité des personnes morales, la Cour déclarant «que la question posée, sous couvert de la prétendue imprécision des dispositions critiquées, tend en réalité à contester l'application qu'en fait la Cour de cassation ; qu'elle ne satisfait pas dès lors aux exigences du texte constitutionnel». Cette dernière décision est particulièrement surprenante : la Cour adopte une tournure relativement agressive qui contraste avec le ton traditionnellement informel des décisions de justice. Mais au delà de cette critique de style, il faut noter qu'elle n'hésite pas à venir réécrire la question du justiciable qui portait strictement et simplement sur la disposition législative : «L'article 121-2 alinéa 1 du Code pénal, qui pose le principe de la responsabilité des personnes morales est-il contraire à l'exigence de précision suffisante de la loi pénale qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789».³⁹ Cette même distinction entre le texte législatif et l'interprétation qui a pu en être donnée par le juge judiciaire a conduit la Cour à rejeter de nombreuses questions prioritaires de constitutionnalité, dans des hypothèses très variées telles que la constitutionnalité de la présomption de mauvaise foi au regard de la liberté d'expression, l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, ou encore la constitution des organismes de sécurité sociales⁴⁰. C'est finalement une lecture excessivement formelle de la légalité que la Cour de cassation vient proposer (B).

B/ Une lecture artificiellement formelle de la légalité

Derrière une approche fausement et excessivement formelle, la Cour vient en réalité défendre son pouvoir d'interprétation, coeur naturel de l'office du juge. Mais les justifications avancées par la Cour sont peu fondées (1) et à rebours des conceptions contemporaines de la légalité(2).

1 / Une position aux fondements incertains

La Cour procède à une lecture littérale de l'art 61-1, c'est en particulier l'explication donnée par le Président Lamada «Si la Cour de cassation a refusé de transmettre des questions prioritaires de

³⁷ Cass, QPC, 19 mai 2010, n°09-70.161

³⁸ Cass QPC, 19 mai 2010, n° 09-87.651

³⁹ Numéro de procédure N09-87.884, 11 juin 2006, www.courdecassation.fr

⁴⁰ Successivement, Cass QPC 9 juill 2010, 10-40.010 ; Cass QPC 11 juin 2010, 10.81-810 ; Cass QPC, 9 juillet 2010, n°10.40-010

constitutionnalité portant non pas sur le texte d'une disposition législative mais sur sa propre jurisprudence, elle n'a fait que se conformer strictement à la lettre de la loi et à l'intention du législateur organique»⁴¹. Il faut en effet préciser que lors des travaux parlementaires, un amendement tendant à faire préciser que la dispositions législative devait s'entendre telle qu'interprétée par la jurisprudence a été écarté⁴², Monsieur Hugue Portelli, rapporteur, déclarant au sujet de cet amendement «Cet amendement nous a laissé quelque peu perplexes : une loi est constitutionnelle ou pas. Nous ne nous intéressons pas ici au contrôle de constitutionnalité de la jurisprudence qui est indépendante du texte de la loi. A la limite, cette question pourrait être traitée au titre de ce qu'on appelle le changement de circonstances»⁴³. On sait combien le recours aux travaux parlementaires est utile pour éclairer le texte et permettre au juge de remplir son rôle d'interprète de la loi⁴⁴, mais ce recours à la *ratio legis* de la loi organique apparaît plutôt comme un prétexte que comme un réel fondement juridique. Il a été également avancé que le contrôle *a posteriori* de la loi par le Conseil constitutionnel était de même nature que le contrôle *a priori*, ne pouvait ainsi porter que sur le texte de loi et non sur son interprétation, sous peine de permettre un contrôle de la jurisprudence de la Cour de cassation par le Conseil Constitutionnel.⁴⁵

Cette position de la Cour a été violemment stigmatisée comme une illustration évidente de l'hostilité de la Cour de Cassation à la QPC, ou encore une nouvelle forme de réticence⁴⁶. Ces attaques ne sont pas sans rappeler celles qui ont été adressées à la Chambre des requêtes au XIX^e siècle «Que vient-on nous dire : que la chambre des requêtes est despotique, qu'elle ne laisse passer que les pourvois qu'elle veut !» tandis que le Procureur général Dupin la défendait devant l'Assemblée nationale «Je réponds : c'est là sa compétence»⁴⁷. Il faut ainsi voir dans le refus de la Cour de transmettre les QPC portant sur l'interprétation d'une dispositions législative, la volonté de se protéger face à l'essor du contrôle de constitutionnalité des lois, en mettant à l'abri ce qu'elle considère comme «le coeur de l'office du juge»⁴⁸, son pouvoir d'interprétation. L'enjeu de cet affrontement est parfaitement résumé par le titre d'un article de Bertrand de Lamy «Des difficultés d'exister de la Cour de Cassation»⁴⁹. Accepter le contrôle de constitutionnalité des interprétations jurisprudentielles risque soit de rigidifier le fonctionnement des Cours suprêmes en cristallisant des interprétations parce qu'elles sont constitutionnalisées, soit de réduire

⁴¹ Audition du 1er septembre par la commission des lois de l'assemblée nationale

⁴² François Cordier, Avocat général, avis sur les arrêts n°595,596,597 et 598 Ass Plen 20/05/2011 www.courdecassation.fr

⁴³ Séance du Sénat du 13 octobre 2009, Séance 5, 13e, www.sénat.fr

⁴⁴ Yves Mayaud, *ratio legis* est incrimination, RSC 1983

⁴⁵ La Documentation française, 2010, J-F Weber Justice, droits fondamentaux, La Cour de cassation, chap 13, p 149

⁴⁶ D. de Béchillon, Adage, L'interprétation de la Cour de cassation en peut pas être complètement tenue à l'écart du contrôle de constitutionnalité, JCP G - 2010 - n° 24.

⁴⁷ Séance du 3 févr. 1849, Procès verbaux de l'Assemblée nationale, t. VII, p 646

⁴⁸ N. Molfessis, La jurisprudence supra-constitutionnelle, JCP G 2012, n°1039, p1955

⁴⁹ De Lamy, Bertrand (2012) Un nouveau procédé de constitutionnalisation du droit pénal : la QPC (premier bilan). *in* Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert. LexisNexis, p 379

la marge de manoeuvre du juge en réduisant à néant une interprétation lentement construite parce que reconnue contraire à la Constitution. Ces craintes peuvent être justifiées puisque le danger de voir le Conseil constitutionnel se comporter en Cour suprême⁵⁰ a été dénoncé à de nombreuses reprises, le risque étant de voir la QPC se transformer en voie de recours juridictionnelle contre les décisions des cours suprêmes administratives et judiciaires. Ce n'est pourtant pas ce qu'ont voulu le législateur organique et le constituant, aller dans ce sens serait développer une interprétation contra-constitutionnelle.

Les critiques généralement convergentes des auteurs ont dénoncé le statut autonomiste que la Cour de Cassation tentait de donner à sa jurisprudence, une jurisprudence particulièrement large puisqu'il n'est pas seulement question de création prétorienne, comme la théorie de la peine justifiée, mais également d'une simple interprétation. Cette position aboutit finalement à empêcher le justiciable de dénoncer les lacunes de la loi⁵¹. Le contrôle de constitutionnalité se trouve alors privé de tout intérêt puisqu'il est évident que c'est l'imprécision du texte qui laisse place aux plus grandes interprétations. Outre la neutralisation de la réforme, cette solution aboutissait à un genre paradoxal de déni de justice : au terme de l'article 5 du code civil «le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice», or en présence d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur une interprétation jurisprudentielle, l'obscurité, au motif qu'elle aurait été comblée par une interprétation permettrait d'éconduire le justiciable.

2 / Une solution à rebours des conceptions contemporaines de la «loi»

La Cour se retranche derrière une distinction «byzantine» entre le texte et son interprétation, entre le caractère constitutif et déclaratif de la jurisprudence . En 1967, Henri Battifol débutait déjà sa Note sur les revirements de jurisprudence par l'affirmation suivante «Les discussions sur le point de savoir si la jurisprudence est source de droit ont beaucoup plus pour objet aujourd'hui, le choix entre les raisons de répondre affirmativement que l'hésitation sur l'affirmative»⁵². Il est vrai que l'absence d'application de la règle du précédent permet d'expliquer qu'un principe général d'interprétation du droit ne puisse être considéré comme un règle de droit véritable, même si sa valeur est proche de celle de la loi. La Cour a souvent conforté cette fiction d'absence de pouvoir créateur de droit de ses décisions, c'est pour une telle raison que l'on considère traditionnellement que la jurisprudence ne peut servir de base à un pourvoi en cassation. Par ce caractère déclaratif elle a notamment pu légitimer l'effet rétroactif de ses décisions, avec une formule désormais célèbre «le principe de non rétroactivité ne s'applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle»⁵³. Mais cette tendance tend à s'amenuiser sous l'influence croissante de

⁵⁰ Rousseau Dominique, Le Conseil constitutionnel, Cour suprême ?, Regards sur l'actualité, n° 368, février 2011, p. 36-4

⁵¹ J. Decherpy, L'incidence de la QPC sur le Droit pénal de fond, RPDP 2012, n°1

⁵² H.Battifol, Note sur les revirements de jurisprudence, Arch. phil. du. dr., 1967, p 335 in Rapport sur les revirement de jurisprudence remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet, 30 novembre 2004.

⁵³ Cass, Crim, 30 janvier 2002, n°01-82.593, D2003 p 173 ; Cass, soc, 28 janvier 2004, n°02-40.173.

la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme relative à la prévisibilité et à la sécurité juridique⁵⁴. L'article 7 de la convention consacre le principe de la Légalité mais la notion de loi est «banalisée»⁵⁵ par le juge européen. La «loi» englobe « le droit écrit comme le droit non écrit et implique des conditions qualitatives», la condition de prévisibilité est remplie «lorsque l'individu peut savoir à partir du libellé de la clause pertinente, et au besoin à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale»⁵⁶. La jurisprudence fait donc partie intégrante de la «loi» au sens de la jurisprudence européenne. Le refus de transmettre une QPC sur son interprétation est totalement dénué de sens au regard de l'évolution contemporaine du principe de la légalité. Il est regrettable que le juge vienne à nouveau se cacher derrière ce débat qui semblait pourtant clos. Comme il a été très justement souligné «la seule possibilité d'améliorer un système juridique au sein duquel la jurisprudence joue un rôle prépondérant est de reconnaître un tel rôle pour en permettre l'aménagement»⁵⁷, une telle reconnaissance visant à ce que la jurisprudence, par statut ne soit pas soustraite au contrôle croissant des normes de notre système juridique. Fort heureusement cette dichotomie entre la loi et l'interprétation jurisprudentielle n'a pas été maintenue(II).

II / INTERPRÉTATION ASSOUPLE DE LA DISPOSITION « APPLICABLE AU LITIGE »

Les critiques unanimes ont finalement été entendues par la Cour de cassation qui a admis de transmettre une question portant sur une interprétation jurisprudentielle constante. Cette solution de compromis (A), rejoint la théorie italienne du «droit vivant» et semble par ailleurs permettre de concilier le pouvoir d'interprétation du juge de droit commun et le rôle de censeur de la loi du juge constitutionnel (B).

A/ Une solution de compromis

Face à la menace du législateur de modifier voire de supprimer le filtre (1), le juge de cassation a été contraint de capituler (2).

1 / La menace du législateur

Comme le dit justement Guy Carcassonne, la QPC est «fille du parlement»⁵⁸, cette paternité impliquant pour les assemblées de veiller à la pérennité de la QPC en modifiant si nécessaire sa

⁵⁴ CEDH, Pessino c. France, 10 octobre 2006, D2007,124, note D Roets : revirement de jurisprudence non prévisible.

⁵⁵ F. Sudre, droit européen et international des droits de l'homme 10^e édition, puf 2011, p489.

⁵⁶ CEDH, S.W c/ Royaume -Uni, 22 novembre 1995.

⁵⁷ Rapport sur les revirements de jurisprudence remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet, 30 novembre 2004.

⁵⁸ Guy Carcassonne, « Le Parlement et la QPC », Pouvoirs, n° 137 ; La question prioritaire de constitutionnalité, Seuil, 2011, p. 75.

procédure. C'est ainsi que le Parlement est intervenu à peine quatre mois après l'entrée en vigueur de la QPC par l'adoption de la loi organique du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la constitution⁵⁹. L'article 12 de cette loi vient supprimer la formation spéciale de la Cour de cassation, depuis le 24 juillet il revient donc à chaque chambre de la cour de statuer sur le renvoi d'une question au Conseil constitutionnel, comme le font, depuis l'origine les diverses formations du Conseil d'État. Cette modification a été justifiée par la lourdeur des charges confiées au Premier Président et à l'Assemblée, le Président aurait en effet dû cumuler ses fonctions avec celles de Président de la formation ad hoc et de Président de deux des trois formations du Conseil Supérieur de la Magistrature réformé. Mais il ne s'agit que de prétextes visant à mettre fin au dysfonctionnement que constitue l'absence de renvoi. Cette réforme de la réforme n'était peut être pas la solution la plus appropriée ni la plus délicate pour inciter la Cour à transmettre les questions portant sur son interprétation, et la réaction de Philippe Waquet, Doyen honoraire de la Cour de Cassation en est une bonne illustration : «Et que dire de cette invraisemblable réforme(...) On peut prévoir un beau désordre qui jettera injustement le discrédit sur la Cour de Cassation, alors que celle ci ne peut parler que d'une seule voix sur des problème de constitutionnalité des lois»⁶⁰

En octobre 2010 un rapport de la commission des lois est venu dresser un premier bilan de l'évaluation du nouveau mécanisme⁶¹. Le rapport Warsmann identifie sept questions que pose l'application de la loi organique du 10 décembre 2009 par les juridictions, six d'entre elles concernent de façon directe ou indirecte la Cour de cassation, notamment la possibilité de modifier les critères du filtre ou la création d'une procédure de nouvel examen des décisions de non renvoi au Conseil Constitutionnel. Le président de la commission des lois, Monsieur Warsmann, après avoir rappelé la position du Conseil d'Etat qui contrairement à la Cour de Cassation, admet que la contrôle *a posteriori* porte non seulement sur la loi mais sur son interprétation a déclaré «La sagesse consiste, me semble-t-il, à considérer que la mission du Conseil constitutionnel est de vérifier la conformité des textes à la Constitution : une disposition n'étant par exemple déclarée conforme que sous réserve d'écarter telle ou telle interprétation sous réserve de telle interprétation précise». Dans son rapport, Monsieur Warsmann laisse entendre que la persistance après la suppression de la formation spéciale, du refus de la Cour de Cassation de renvoyer une question portant sur l'interprétation par la jurisprudence d'une disposition législative pourrait justifier une nouvelle intervention du législateur organique⁶².

⁵⁹ Loi organique n°2010-830 du 22 juillet 2010

⁶⁰ P.Waquet, Question pertinente sur la convenance de la QPC, Recueil Dalloz 2010, p 1951

⁶¹ AN, rapport n° 2838 de J.-L. Warsmann sur l'évaluation de la loi organique n° 2009-1523 du 10 déc. 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, déposé le 5 oct. 2010.

⁶²*ibid.*

2 / La capitulation du juge

Par un arrêt du 8 juillet 2010 la Cour de Cassation, siégeant en Assemblée plénière a renvoyé au Conseil une question portant sur la conformité de l'article 365 du code civil dans l'interprétation que lui confère sa jurisprudence⁶³. Si cette transmission a été qualifiée «d'évolution bienvenue»⁶⁴, il convient également de rappeler la particularité de cette disposition pour nuancer quelque peu l'enthousiasme qu'a pu susciter cette apparente soumission de la Cour : l'article 365 fixe les règles de dévolution de l'autorité parentale à l'égard d'un enfant mineur faisant l'objet d'une adoption simple. Depuis un arrêt du 20 février 2007⁶⁵ la Cour de cassation juge de manière constante que le transfert à l'adoptant des droits d'autorité parentale qui résulteraient de l'adoption par le concubin ou le partenaire homosexuel du parent biologique est contraire à l'intérêt de l'enfant, cette jurisprudence venant en réalité prohiber toute adoption par le concubin ou le partenaire de même sexe que le parent. Compte tenu des difficultés du droit français à reconnaître un statut juridique aux couples homosexuels, cette transmission par la Cour de cassation apparaît essentiellement politique, sa jurisprudence, compte tenu de l'état du droit à l'époque de la décision, n'étant aucunement menacée par la sanction constitutionnelle.

Cette transmission a été l'occasion pour le Conseil de soumettre explicitement l'interprétation des juridictions suprêmes à son contrôle. Dans sa décision du 6 octobre 2010, le Conseil constitutionnel a jugé «qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition »⁶⁶. Les commentaires de la décisions sont particulièrement explicites : si la création de la QPC a institué un contrôle *a posteriori* abstrait des dispositions législatives, elle a reconnu aux justiciables le droit de contester la constitutionnalité d'une disposition législative «applicable au litige ». Ainsi, le justiciable ne s'est pas vu reconnaître le droit de contester une norme dans une abstraction théorique qui serait distincte de l'application qui est susceptible d'en être faite dans le litige où il est partie : le requérant qui pose une QPC a le droit que soit examinée la constitutionnalité d'une disposition législative telle qu'elle est interprétée ou appliquée, c'est-à-dire compte tenu de la portée effective que lui confère une interprétation jurisprudentielle constante.⁶⁷ Cette solution semble inspirée de la Doctrine du «droit vivant» particulièrement développée par la Cour Constitutionnelle italienne⁶⁸. Il s'agit pour le juge constitutionnel de prendre en considération l'interprétation de la loi consolidée par les cours suprêmes administratives et judiciaires, dans la mesure où cette interprétation est compatible avec la Constitution.

⁶³ Arrêt n° 12143 du 8 juillet 2010 (10-10.385)

⁶⁴ Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel 2013 p. 23, Olivier Dord, La QPC et le Parlement : une bienveillance réciproque

⁶⁵ Civ 1ère, 20 février 2007, n° 06-15647, D. Vigneau Recueil Dalloz 2007 p. 1047, J. Hauser RTD Civ. 2007 p. 325

⁶⁶ Décis. n° 2010-39 QPC du 06 octobre 2010, voir n°2010-52 QPC du 14 octobre 2010 sur transmission du Conseil d'Etat

⁶⁷ www.conseil-constitutionnel.fr, CCC, Cahier n° 30

⁶⁸ Cour const. italienne, 15 juin 1956, n°3/1956, §6. V.G Zagrebelsky (ancien président de la cour constitutionnelle) La Doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité, D 2011, p529

La Chambre criminelle s'est finalement soumise à cette solution en acceptant le 19 janvier 2011 de renvoyer des questions visant à contester l'absence de motivation des arrêts d'assises⁶⁹ mais sans accepter expressément de soumettre sa jurisprudence au Conseil constitutionnel, la Cour considère que la question fréquemment posée présente un caractère nouveau et constitue ainsi un changement de circonstances. C'est donc sous la fréquence des questions que la Cour a finalement cédé, sans pour autant considérer que cette question présente un caractère sérieux.

Le dialogue tendu entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel a semblé trouver un terme dans les arrêts de l'Assemblée plénière du 20 mai 2011. Les requérants contestaient la jurisprudence constante de la Cour de cassation en matière d'abus de bien sociaux et d'abus de confiance relative à la connexité (l'interruption de la prescription intervenue dans la poursuite d'une infraction jouant à l'égard de toutes les infractions connexes) et au report du point de départ de la prescription de l'action publique en raison du caractère clandestin ou occulte de ces deux infractions.⁷⁰ Outre la violation des articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, consacrant respectivement le principe de légalité et de nécessité, deux requérants ont développé une argumentation surprenante fondée sur l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Face aux réticences de la Cour à transmettre une question portant sur sa jurisprudence, ils ont mis en cause son impartialité à statuer sur sa propre jurisprudence⁷¹. Cet argument insultant ne pouvait prospérer. La Cour s'est fondée sur l'article L. 411 1 du code de l'organisation judiciaire au terme duquel il n'y a pour toute la République, qu'une Cour de cassation et «que, dès lors, la requête dirigée contre la Cour, dans son ensemble, ne peut être accueillie». Le Conseil d'Etat a d'ailleurs adopté, quelques mois plus tard, une position similaire, la circonstance qu'il ait antérieurement fixé sur certains points, dans ses formations contentieuses, l'interprétation à donner de dispositions législatives qui font l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, ne faisant pas obstacle à ce qu'il statue, conformément à ce que lui prescrit l'article 61-1 de la Constitution, sur le bien-fondé du renvoi de la question au Conseil constitutionnel⁷². Le Premier président de la Cour de cassation n'a pas manqué de réagir à cette attaque frontale et impolie «Il n'est pas possible, en effet, de mettre en cause la Cour de cassation dans son ensemble, alors même qu'il n'existe aucune autre juridiction du même ordre et de même nature qui pourrait se prononcer. Poussé jusqu'à l'absurde, un tel raisonnement mettrait d'ailleurs la Cour dans l'impossibilité d'accomplir sa mission, dès lors que les justiciables invoquent le plus souvent devant elle sa propre jurisprudence, qui

⁶⁹ Crim 19 janvier 2011, n°10-85.159 et 10-85.305, D 2011 J-B Perrier.

⁷⁰ Cass Ass. plén., 20 mai 2011, n° 11-90.032, 11-90.025, 11-90.042, 11-90.033 ; D 2011 p 1426, 1775 et 2231 ; RSC 2011 p 611 et 656 ; RSC 2012 p 221.

⁷¹ *ibid.*

⁷² CE, 12 septembre 2011, n° 34.74-44.

n'est pas figée»⁷³. Comme le souligne Monsieur le Professeur Drago ce serait faire à la Cour de Cassation «un mauvais procès que de considérer l'appréciation de sa propre jurisprudence comme un manque d'impartialité (...) Cette attaque en règle est le fruit d'une réelle malhonnêteté intellectuelle et juridique qui voudrait faire croire que l'exercice même de la fonction de cassation est contraire à l'impartialité objective»⁷⁴. La Cour s'est ensuite prononcée sur le «sérieux» de la question au sens de l'article 23-4. Répondant aux moyens d'inconstitutionnalité soulevés par les requérants⁷⁵, elle ne reconnaît pas dans les règles de prescription de l'action publique un Principe fondamental reconnu par les Lois de la République. Elle juge ensuite que les règles relatives au point de départ de la prescription et à l'incidence que la connexité des infractions peut exercer sur elle, satisfont au principe de prévisibilité, en ce qu'elles «sont anciennes, connues, constantes et reposent sur des critères précis et objectifs»⁷⁶. La Cour de cassation est ainsi venue apprécier elle-même la prévisibilité de sa jurisprudence au regard de la prévisibilité de la loi. Bien que la Cour ne reconnaisse pas expressément que « tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition», la jurisprudence est clairement incluse dans l'objet de la QPC. Au delà de l'analyse juridique de la Cour, il faut rappeler le contexte politique de cette décision justifiant un non renvoi : ces questions prioritaires de constitutionnalité invoquées intervenaient à l'occasion du procès sur les emplois présumés fictifs de la mairie de Paris et la forte connotation politique de la composition actuelle du Conseil constitutionnel ne pouvait laisser insensible la Cour de cassation, même si certains membres du Conseil avaient déjà fait savoir qu'ils s'abstiendraient d'y siéger dans l'hypothèse d'une telle transmission.

B / Des solutions a priori complémentaires

Comme l'annonçait Monsieur le Professeur Rousseau «il faut s'attendre à quelques beaux débats sur la signification de l'expressions «constante» » : faudrait-il une certaine durée pour que la jurisprudence soit dite stabilisée ? Et laquelle ? Et les inflexions ou revirements de jurisprudence constitueront-ils un changement de circonstance de droit pouvant ouvrir à une nouvelle question prioritaire de constitutionnalité ?»⁷⁷ Le Conseil constitutionnel est venu apporter quelques précisions au fil des décisions. Il apparaît ainsi que les solutions du Conseil et de la Cour de cassation peuvent se

⁷³ Communiqué de la Première présidence relatif aux arrêts n° 595 à 598 du 20 mai 2011 rendus par la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière.

⁷⁴ G. Drago, QPC et jurisprudence constante : fin de partie ? *Gaz.Pal.*07/06/2011, n°158, page 12

⁷⁵ notamment F 11-90.025 : « Les dispositions des articles 7 et 8 du code de procédure pénale qui, telles qu'interprétées de façon constante par références à l'article 203 du même code, permettent l'extension des effets d'un acte interruptif de prescription à l'égard d'une infraction aux infractions qui lui sont connexes, portent-elles atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit et plus exactement au principe fondamental reconnu par les lois de la République de prescription de l'action publique, ainsi qu'aux principes de prévisibilité et de légalité de la loi, garantis par l'article 8 de la déclaration des droits de l'Homme ? »

⁷⁶ Pour une analyse au regard du contrôle de constitutionnalité opéré par la Cour. *infra p 46*.

⁷⁷ D. Rousseau «Les conditions de recevabilité de la QPC», *La Question Prioritaire de Constitutionnalité*, Sous la direction de Jean-Baptiste PERRIER, PUAM 2011, p100

concilier, consacrant un sorte de «théorie du droit vivant» à la française, le Conseil limitant néanmoins la portée d'une telle pratique.

1 / Un droit vivant à la française

La position de la Cour de cassation et celle du Conseil constitutionnel peuvent théoriquement se combiner⁷⁸ : la Cour de cassation est chargée de veiller à ce que l'interprétation des textes soit conforme à la Constitution, et elle ne soumet la question de sa constitutionnalité qu'en cas de difficulté sérieuse. Il semble ainsi que la «théorie du droit vivant» ait été consacrée par le Conseil Constitutionnel. Il convient d'apprécier le contenu de cette Doctrine *stricto sensu* avant de préciser la position adoptée par le Conseil Constitutionnel.

Selon cette Doctrine, la Cour constitutionnelle se prononce sur la «norme législative» visant le texte tel qu'interprété par une jurisprudence consolidée. Dans la cas italien, il est constant que la norme vivante se «fait» au gré d'orientations interprétatives qui ne sont pas exclusivement d'origine jurisprudentielle. C'est le cas du juge constitutionnel italien lorsqu'il doit «vérifier la constitutionnalité du “sens appliqué” de la disposition, c'est-à-dire du sens construit au fil de l'application faite par la jurisprudence d'abord, mais également par l'administration publique et les groupes sociaux »⁷⁹. L'interprétation des cours suprêmes n'est donc pas la seule source de ce droit vivant, certains auteurs allant même jusqu'à distinguer un «droit législatif en vigueur» et un «droit socialement vivant». Le droit vivant n'est donc que l'objet du contrôle de constitutionnalité, objet qui pourra ensuite être déclaré conforme ou contraire aux normes invoquées. Cette Doctrine traduit un fort respect de la Cour de cassation par la Cour constitutionnelle italienne puisque cette dernière s'estime liée par l'interprétation donnée par le juge de cassation. Il faut bien noter que cette Doctrine a été consacrée par la Cour constitutionnelle en raison de son impuissance à imposer sa propre interprétation de la loi à la Cour de cassation⁸⁰. Dès lors si la Cour constitutionnelle estime que la norme et donc l'interprétation jurisprudentielle est contraire à la constitution, elle ne peut que censurer la loi (sous réserves de quelques aménagements)⁸¹.

La situation française est tout autre puisque les décisions du Conseil constitutionnel sont revêtues d'une autorité *erga omnes*, une substitution d'interprétation peut intervenir par le biais de réserves d'interprétation sans que l'interprétation inconstitutionnelle ne conduise à l'abrogation de la disposition interprétée. Il faut donc se méfier des commentaires largement favorables à une consécration du droit

⁷⁸ Cappelletti Aurélie, Thèse de doctorat, La constitutionnalisation du droit pénal : pour une étude du droit pénal constitutionnel, décembre 2011, n°228 et s.

⁷⁹ J.-J. PARDINI - CCC n° 22 (Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel) - juin 2007

⁸⁰ P. Deumier, QPC : La question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du pouvoir d'interprétation), RDT Civ 2010, p504

⁸¹ V.G. Zabrelsky, La Doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité, Constitutions, 2010/1. 9

vivant. C'est au contraire vers une position plus souple que s'est orienté le Conseil constitutionnel, il a ainsi posé les bases d'une jurisprudence seulement comparable à la Doctrine italienne du droit vivant. Rapporté au cas français, il serait souhaitable qu'il ne s'agisse que d'un contrôle restreint, comparable à «l'erreur manifeste d'appréciation»⁸² lorsque les Cours suprêmes ont élaboré une interprétation manifestement contraire à une règle constitutionnelle explicite. Mais toutes les difficultés ne sont pas pour autant résolues, la Cour de cassation ayant pu légitimement élaborer une jurisprudence constante sans prendre en considération le critère de sa constitutionnalité puisqu'elle n'est pas juge constitutionnel. Les réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel faisant l'objet de développement ultérieur, nous nous attacherons simplement ici à l'étude du droit vivant comme objet du contrôle.

2 / L'objet du contrôle de constitutionnalité re-dessiné par le Conseil constitutionnel

Le Conseil est venu préciser les contours de la notion de jurisprudence constante ainsi que le contenu et la portée qu'il entend lui donner.

a) Auteur d'une jurisprudence constante

Le conseil constitutionnel est venu préciser que seule la jurisprudence des Cours suprêmes peut être source de droit vivant. Il vient explicitement exclure l'interprétation des juges du fond ainsi que celle de la source administrative⁸³ puisqu'il ne s'agirait pas de l'interprétation ultime de la loi. Dans une décision du 8 avril 2011, alors qu'un requérant critiquait l'interprétation donnée par la Cour nationale du droit d'asile d'une disposition du code de l'entrée de séjour des étrangers et du droit d'asile, le Conseil a jugé que «si, en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition, la jurisprudence dégagée par la Cour nationale du droit d'asile n'a pas été soumise au Conseil d'État ; qu'il appartient à ce dernier, placé au sommet de l'ordre juridictionnel administratif, de s'assurer que cette jurisprudence garantit le droit au recours rappelé au considérant 87 de la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993». Par cette décision, le Conseil vient reconnaître la primauté des juridictions suprêmes pour apprécier la constitutionnalité de l'interprétation des textes, il montre ainsi qu'il ne tend pas nécessairement à imposer son hégémonie sur l'organisation juridictionnelle. Comme le souligne Monsieur Prétot, conseiller à la Cour de cassation, «on ne saurait trop souligner l'importance de cette décision qui non seulement confère exclusivement à la Cour de Cassation et au Conseil d'Etat le pouvoir de fixer, chacun en ce qui le concerne l'interprétation constante des dispositions législatives, mais qui, en leur assignant le soin de pourvoir à l'interprétation des lois dans le respect des dispositions, règles et principes de valeurs constitutionnelles, leur reconnaît, implicitement mais nécessairement, compétence

⁸² G. Drago, QPC et jurisprudence constante : fin de partie ? Gaz.Pal.07/06/2011, n°158, page 12

⁸³ Contrairement à la solution italienne

pour apprécier, certes dans les limites de l'interprétation, la conformité des lois à la Constitution»⁸⁴. Si cette solution semble logique du point de vue de la hiérarchie judiciaire, elle prive cependant le justiciable de la possibilité de contester la constitutionnalité d'interprétations qui pour différentes raisons ne pourraient être portées devant les Cours suprêmes.

b) Constance de l'interprétation

Une jurisprudence consolidée nécessite une certaine répétition. Dans plusieurs décisions, le juge constitutionnel a retenu cette constance au motif que plusieurs arrêts concordants avaient été rendus par les Cours suprêmes. Mais si ce critère quantitatif était rassurant, il n'a cependant pas été maintenu par le Conseil. Ce dernier a pu considérer qu'un seul arrêt suffisait pour que l'interprétation soit prise en compte dans le contrôle de constitutionnalité de la loi.⁸⁵ Cette solution contraste fortement avec la définition que la Cour de cassation a donné dans ses arrêt du 20 mai 2011 lorsqu'elle juge qu'une jurisprudence est constante et donc prévisible lorsque les règles "sont anciennes, connues, constantes et reposent sur des critères précis et objectifs".

c) Prise en compte de jurisprudence constante par le Conseil constitutionnel

Jusqu'à présent le Conseil Constitutionnel n'a pas eu l'occasion de s'appuyer clairement sur une jurisprudence constante de la Cour de Cassation pour considérer que les dispositions législatives, telles qu'elles sont interprétées, sont conformes à la Constitution. Bien qu'il soit délicat de décrypter clairement la manière dont le Conseil appréhende la jurisprudence des Cours suprêmes, le Conseil ne semble prendre en compte la jurisprudence constante que légèrement. En effet la jurisprudence constante peut dans certains cas être visée mais sans nécessairement servir de fondement à la décision. Ce n'est finalement qu'en consultant les commentaires des décisions qu'on peut constater que le Conseil prend en considération presque systématiquement la jurisprudence pour apprécier une dispositions législative dans son contexte.

1° Jurisprudence visée dans la décision : Sur la question de la motivation des arrêts de la Cour d'assises le Conseil s'est d'abord appuyé sur la jurisprudence constante de la Cour de cassation constatant «qu'il ressort de la jurisprudence constante de la Cour de cassation relative à ces articles que les arrêts de la cour d'assises statuant sur l'action publique ne comportent pas d'autres énonciations relatives à la culpabilité que celles qu'en leur intime conviction les magistrats et les jurés composant la cour d'assises ont données aux questions posées conformément au dispositif de la décision de renvoi et à celles soumises à la

⁸⁴ X. Prétot, Rapport commun aux question prioritaires de constitutionnalité n° 11-90.025, n° 11-90.032, n° 11-90.033 et n° 11-90.042 (relatives à la prescription de l'action publique), www.courdecassation.fr, pages 30.

⁸⁵ Décis. n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010 «Considérant que, par la décision du 27 juillet 2009 susvisée, le Conseil d'État a jugé» ; Décis. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011 «que ces dispositions doivent être regardées comme figurant au nombre des dispositions législatives dont il résulte, comme la Cour de cassation l'a rappelé dans l'arrêt du 13 mars 2007»

discussion des parties»⁸⁶, cependant il a essentiellement examiné les dispositions litigieuses dans leur contexte législatif pour finalement conclure qu'elles étaient conformes..

2° Jurisprudence visé dans les commentaires de la décisions : Par une décision du 17 décembre 2010, le Conseil constitutionnel est venu abroger les deuxième et troisième phrases du premier alinéa de l'article 207 du code de procédure pénale⁸⁷. Ces dispositions reconnaissaient la faculté à la Chambre de l'instruction de se réserver le contentieux de la détention provisoire non seulement lorsqu'elle a décidé du placement en détention provisoire, mais également lorsqu'elle infirme une ordonnance de mise en liberté ou de refus de prolongation de détention provisoire. Les commentaires⁸⁸ rappellent expressément l'évolution jurisprudentielle⁸⁹ et législative⁹⁰ ayant conduit à l'adoption de ces dispositions dont le but louable était d'éviter une succession de divergences entre la chambre de l'instruction, le juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention. Cet argument n'a cependant pas convaincu le Conseil constitutionnel qui a censuré ce pouvoir «discrétionnaire».

Il faut en revanche noter que le Conseil a pu s'appuyer expressément sur la jurisprudence constante du Conseil d'Etat pour conclure à la conformité d'une disposition législative à la Constitution. Il a notamment jugé «qu'il ressort d'une jurisprudence constante du Conseil d'État, que, pour un militaire, la perte du grade constitue une peine» afin d'examiner la disposition litigieuse au regard de l'art 8 de la Déclaration de 1789⁹¹. En matière disciplinaire, la jurisprudence du Conseil d'Etat a inspiré le Conseil constitutionnel et permis de conforter la constitutionnalité de dispositions législatives⁹².

d) Exclusion d'un droit vivant d'origine réglementaire

La possibilité d'un droit vivant d'origine réglementaire semble également avoir été exclue par le Conseil constitutionnel. Dans deux décisions⁹³ contestant la constitutionnalité de dispositions législatives à la lumière de la portée effective que leur conféraient des dispositions réglementaires les appliquant, le Conseil est venu préciser qu'il ne lui appartient pas «d'examiner les mesures réglementaires prises pour l'application de cet article». L'originalité réside dans le fait que les justiciables se sont inspirés de la position du Conseil relative à une interprétation jurisprudentielle constante : les requérants demandaient

⁸⁶ Décis. n° 2011-113/115 QPC du 01 avril 2011, cons.6

⁸⁷ Décis. n° 2010-81 QPC du 17 décembre 2010

⁸⁸ NCC n° 30.

⁸⁹ Notamment Cass. crim. 24 novembre 1977, n° 77-92803, Bull crim n° 370, p. 946, *Léger*.

⁹⁰ loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, dite « Perben II

⁹¹ Décis. n° 2011-218 QPC du 03 février 2012

⁹² Décis. n° 2011-199 QPC du 25 novembre 2011 sur la discipline des vétérinaires.

⁹³ Décis. n° 2011-169 QPC du 30 septembre 2011 consid 9 ; Décis. n° 2011-190 QPC du 21 octobre 2011.

au Conseil de donner une portée plus large à sa jurisprudence selon laquelle l'auteur de la QPC a le droit de « contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère » à la disposition législative faisant l'objet de la QPC. Selon eux, le Conseil constitutionnel aurait dû contrôler la « portée effective » que l'application de la disposition par le pouvoir réglementaire a conféré à la disposition législative.⁹⁴

Selon la formule employée dans le commentaire de la décision : L'interprétation de la loi par le Conseil d'État et la Cour de cassation, d'une part, et son application, d'autre part, ne peuvent pas être traitées de la même façon par le Conseil constitutionnel : l'interprétation n'est pas séparable de la norme interprétée. Elle s'y incorpore et se confond avec elle. En revanche, l'application de la loi s'en distingue et peut d'ailleurs être censurée par le juge compétent lorsqu'elle ne lui est pas conforme. Si l'argumentation des plaideurs était astucieuse, la position du Conseil nous semble tout à fait justifiée, notamment en matière pénale puisqu'au terme de l'article 111-5 « Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis ». Le procès pénal supporte mal d'être interrompu par des questions incidentes et il faut se réjouir que la QPC reste étrangère au contrôle de la légalité des actes réglementaires par le juge pénal⁹⁵. Cependant, le problème de l'incompétence négative du législateur, en ce qu'il abandonne certaines questions au pouvoir réglementaire, est également un moyen pour la Cour de refuser le renvoi et d'apprécier elle-même la constitutionnalité des incriminations, en jugeant qu'elles sont claires et précises en raison de l'éclatement de leur définition⁹⁶.

e) Réception seulement «intellectuelle» par les chambres de la Cour de cassation

Il semble désormais que la Cour s'interroge davantage sur la portée de sa jurisprudence, s'attachant à vérifier que son interprétation ou son application de la loi assure que les droits et libertés sont constitutionnellement garantis de manière effective. Ce souci correspond d'ailleurs à l'esprit général de la QPC, celle d'une appréciation de la conformité de la loi *in abstracto* et *erga omnes*. Or le plus souvent, sous couvert de QPC notamment incidentes, les requérant ne sollicitent pas nécessairement l'abrogation de la loi mais son interprétation ou son application en leur faveur. On peut noter que les chambres civiles⁹⁷ et commerciales sont venues s'interroger sur l'existence d'une jurisprudence constante. La chambre commerciale a notamment refusé de transmettre une QPC en considérant qu'elle est sans objet au motif qu'il n'existe pas, en l'état, d'interprétation jurisprudentielle constante des

⁹⁴ Commentaire Décision n° 2011-190 QPC du 21 octobre 2011 M. Bruno L. et autre (Frais irrépétibles devant les juridictions pénales) www.conseil-constitutionnel.fr

⁹⁵ Y. Mayaud, Droit pénal général, ed. PUF 2010, p 132

⁹⁶ *infra* p36 «Le renvoi à des dispositions réglementaires»

⁹⁷ Cass, 2ème civ, 12 octobre 2011, n°11.14-490

disposition législatives contestées⁹⁸. S'il ne s'agit que d'un nouveau moyen de ne pas transmettre une question prioritaire de constitutionnalité, les chambres ont au moins l'honnêteté intellectuelle d'intégrer l'impératif catégorique constitutionnel. Mais la question est loin d'être résolue, on relèvera que dans un arrêt du 28 novembre 2012, la chambre sociale de la Cour de cassation, tout en reprenant la règle posée par le Conseil constitutionnel selon laquelle «en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition» juge que «la contestation doit concerner la portée donnée à une disposition législative précise par l'interprétions qu'en fait la juridiction suprême de l'un ou l'autre ordre» mais que la question est irrecevable si elle porte sur la contestation «d'une règle jurisprudentielle énoncée au vue des textes législatifs»⁹⁹. Un nouvel obstacle se dessine à la transmission des question, la clarté de la question posée, comme en témoigne un arrêt de la Chambre criminelle du 21 décembre 2012. Ainsi s'agissant d'une question portant sur des dispositions du Code de commerce «dans l'interprétation jurisprudentielle qui en est donnée de façon constante, et spécialement dans le jugement intimé» la Cour juge que «la formulation de la question ne met pas la cour en mesure d'en vérifier le sens et la portée»¹⁰⁰. A l'aspect réducteur du filtre, s'ajoute ainsi un caractère arbitraire (Section II).

Section II / Un filtre arbitraire

Un accord semblait avoir été trouvé entre le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation relativement aux questions portant sur une interprétation constante. Le filtre opaque opéré par la Cour semblait donc se dissoudre. Mais si la cour a renoncé à son interprétation littérale de la loi organique, un autre ressort de la loi organique lui permet de refuser de transmettre les questions et d'instrumentaliser le filtre (I), le caractère sérieux de la question. Si cette pratique est si critiquée, un étude comparée (II) montrera que ce risque était prévisible.

I / UN FILTRE INSTRUMENTALISÉ

En appréciant strictement et quelque peu arbitrairement le caractère sérieux de la question, la Cour est venue neutraliser la notion de jurisprudence constante, notion de compromis qui semblait pourtant porteuse (A). La Cour de cassation développe par ailleurs de nouvelles alternatives à la transmission, tel que le revirement de jurisprudence, lui permettant de rejeter le sérieux d'une question (B).

⁹⁸ Cass, Com, 21 février 2012, n° 11-14.490 absences de jurisprudence constante interdisant après la clôture de la liquidation judiciaire, l'action des créanciers tendant à engager la responsabilité civile professionnelle de l'ancien liquidateur du fait de ses fautes personnelles.

⁹⁹ Cass. soc, 28 novembre 2012, n°11-17.941 au sujet de l'interprétation des règles relatives aux clauses de non concurrence en matière de travail énoncées au visa des article 1134 du code civil et 1121-1 du code de travail.

¹⁰⁰ Cass. crim, 21 décembre 2012, n°12-86.645.

A / Neutralisation de la notion de jurisprudence constante

La Cour vient refuser de transmettre une question portant sur une jurisprudence constante en déniait tout caractère sérieux à la question (1). Cette pratique regrettable peut également menacer le principe de la légalité formelle compte tenu de l'utilisation des arrêts de non-renvoi que font les juges du fond (2).

1/ Le défaut de sérieux de la question

La Cour a utilisé deux tendances pour refuser de transmettre les questions portant sur son interprétation. Soit elle conclut d'elle même que sa jurisprudence est conforme à la constitution, soit elle utilise son interprétation de la loi pour conclure que cette dernière est conforme à la constitution. La notion de jurisprudence constante apparaît alors comme un prétexte pour dénier tout caractère sérieux à la question.

a) Une notion évitée

La Chambre criminelle refuse de transmettre de prétendues «interprétations jurisprudentielles constantes» de disposition législative en expliquant pourquoi elles sont conformes à la Constitution mais sans se prononcer sur l'existence réelle d'une jurisprudence constante. On peut relever plusieurs questions dans lesquelles les justiciables visent expressément des dispositions interprétées : «Les dispositions de l'article 480-1 du code de procédure pénale (solidarité des restitutions et des dommages et intérêts des personnes condamnées pour un même délit), telles qu'interprétées de façon constante par la Cour de cassation»¹⁰¹, «L'article 498 du code de procédure pénale (délai d'appel de dix jours à compter du prononcé du jugement), compte tenu de la jurisprudence constante de la Cour de Cassation»¹⁰², «L'article 186 du code de procédure pénale et l'interprétation jurisprudentielle constante y afférente»¹⁰³ ou «l'article 186 interprété comme»¹⁰⁴. Il ne s'agit que de quelques exemples parmi une multitude de questions visant l'interprétation de la Cour¹⁰⁵, il apparaît clairement que la QPC porte autant sur la disposition législative que sur son interprétation jurisprudentielle. Certaines questions sont même particulièrement agressives et attaquent frontalement la jurisprudence de la Cour, c'est notamment de la cas d'une question portant sur l'article 132-9 du code pénal (relatif à la récidive légale) : «L'article 132-9 du code pénal et la

¹⁰¹ Crim, 6 avril 2011, n° 10-85.470.

¹⁰² Crim, 10 mai 2011, n°11-90.019.

¹⁰³ Crim 7 juin 2011, n°11-90.043.

¹⁰⁴ Crim 26 février 2013 n° 12-82.985.

¹⁰⁵ V. également Crim 16 juin 2011, n° 11-81.628 sur la portée de l'interprétation constante de l'article 186 al 1 CPP ; Crim 21 juin 2011 n°11-90.046 sur l'interprétation constante des articles 23,29, 35 et 53 de la Loi du 29 juillet 1881 ; Crim 13 septembre 2011 n°11-90.077 interprétation constante de l'article 537 al 3 CPP ; Crim 4 avril 2012, n° 11-90.100 sur l'interprétation constante des articles L26 et L34 du livre des procédures fiscales ;

jurisprudence y afférente, alors que ladite jurisprudence n'est pas en adéquation avec les textes dont elle découle, sont-ils contraire à la Constitution (...) puisque la jurisprudence de la Chambre criminelle méconnaît la lettre et l'esprit du texte dont elle s'inspire, ne tenant aucun compte des conditions posées par le législateur»¹⁰⁶. Pourtant, dans tous les cas cités, la Cour s'est contentée de répondre que «la question ne présente pas de caractère sérieux», en venant au mieux paraphraser la disposition législative pour montrer en quoi elle est conforme à la Constitution. Il est évident que dans certains cas, la Cour vient sanctionner l'utilisation abusive de la question prioritaire de constitutionnalité. Mais cette motivation silencieuse sur la portée de l'interprétation laisse perplexe. On peut notamment rappeler que devant les juridictions du fond il est de jurisprudence constante que les «juges doivent statuer sur tous les chefs de conclusion dont il sont saisis»¹⁰⁷ de nature à «influer sur la solution du litige»¹⁰⁸, le défaut de motivation ou son insuffisance étant par ailleurs un moyen de cassation au terme de l'article 593 du code de procédure pénale. Bien que la Cour de cassation ait le monopole de ce contrôle, il est regrettable qu'elle ne se conforme pas aux obligations qu'elle impose pourtant aux juridictions du fond et excipe volontairement la question portant sur son interprétation jurisprudentielle. Même si la question ne présente pas plus de caractère sérieux au regard de l'interprétation qu'en donne la Cour, une motivation explicite serait un gain indéniable de clarté, tant pour le justiciable que pour le juriste.

b) Une notion utilisée

Dans d'autres décisions, la Cour n'évade pas la question portant sur sa jurisprudence mais vient conclure d'elle même que sa jurisprudence est suffisamment claire et précise au sens de l'article 8 de la Constitution. Il faut rappeler la désormais célèbre QPC portant sur les règles de prescription et l'incidence que la connexité peut exercer sur ces dernières en matière d'abus de bien sociaux¹⁰⁹, la cour ayant estimé que son interprétation est connue, ancienne, constante, repose sur des critères précis et objectifs et en conclut que ces règles ne sont pas contraires à la Constitution. La Chambre criminelle s'est prononcée de la même manière à propos de dispositions du Code de l'environnement en estimant que «les textes susvisés sont interprétés par la jurisprudence de telle sorte qu'ils ne portent pas atteinte à la Constitution»¹¹⁰.

Dans d'autres hypothèses, alors que la jurisprudence constante n'est pas expressément critiquée par les requérants, la Cour vient l'utiliser pour soutenir que la disposition litigieuse, telle qu'interprétée

¹⁰⁶ Requête N 12-86.585 , arrêt Crim, 12 décembre 2012, 12-85.585.

¹⁰⁷ Crim 19 octobre 1934 : DH 1934. 543.

¹⁰⁸ Crim, 9 mai 1994 : Bull crim n° 173.

¹⁰⁹ Ass Plen, 20 mai 2011, n °11-90.025.

¹¹⁰ Crim, 5 octobre 2010, n° 10-83.090 à propos des articles L214-1 L214-3 L216-8 L341-1 L341-10 et L341-19 du code de l'environnement.

est conforme à la Constitution. Dans un arrêt du 30 novembre 2010¹¹¹, tandis que les requérants s'interrogeaient sur la constitutionnalité de l'article 121-1 II du Code de la consommation dans sa rédaction issue de la loi du 3 janvier 2008 au regard des exigences de clarté et de précision de la loi, la Cour a estimé que «la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que la notion de contretemps, déjà dégagée par la jurisprudence en droit interne, est une notion claire». Le 23 novembre 2010¹¹² la Cour a conclu que l'interprétation des articles 81, dernier alinéa, 82-3 et 186-1, troisième, quatrième et cinquième alinéas du Code de procédure pénale garantissait l'accès effectif au juge et les droits de la défense tandis que les requérants dénonçaient les pouvoirs du juge d'instruction tels qu'ils résultent de ces articles, sans mentionner aucunement la jurisprudence.

2/ Une neutralisation perpétuelle

Depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité le 1er mars 2010, sur 1520 dossiers de renvoi adressés par le Conseil d'État et la Cour de cassation, 1206 dont près de 800 provenant de la Cour de cassation, sont des dossiers de non-renvoi (79,3%)¹¹³. La neutralisation de la notion de «jurisprudence constante» et du caractère sérieux de la question ne peuvent que contribuer à ce nombre important de non-renvoi. Il importe alors de se demander si ces arrêts peuvent avoir des conséquences au delà du procès concerné et si les juridictions du fond, en tant qu'elles sont soumises aux Cours suprêmes doivent tenir compte d'un arrêt de non renvoi lorsqu'elles seront amenée à examiner une QPC identique¹¹⁴. La situation peut sembler absurde lorsque le non-renvoi tient au défaut de condition de recevabilité de pure forme (telle que l'absence d'écrit distinct et motivé), mais elle prend toute son importance lorsqu'il tient au défaut de caractère sérieux. Les arrêts de non-renvoi au juge constitutionnel se sont vu reconnaître une simple autorité relative de chose jugée, la règle du précédent est par ailleurs prohibée par l'article 5 du code civil. Il semble ainsi que «le double filtre voulu par le législateur impose un contrôle complet et sérieux de la question, nonobstant toute décision antérieure rendue par la Cour de cassation sur la disposition législative contestée»¹¹⁵.

Les juridictions du fond se réfèrent parfois expressément à des arrêts de non-renvoi mais cela semble témoigner davantage d'un souci pédagogique ou d'une volonté d'éviter un futur pourvoi en cassation que de la reconnaissance d'un précédent. On peut notamment citer une décision de la Cour d'Appel de Grenoble qui, rejetant une QPC pour faute de mémoire distinct, vient pourtant préciser «En tout état de cause, dans un précédent arrêt du 19 novembre 2010, la Cour a sursis à statuer dans l'attente

¹¹¹ Crim 30 novembre 2010 n° 10-90.076.

¹¹² Crim 23 novembre 2010 n° 10-86.067.

¹¹³ «Mars 2013 : 3 ans de QPC - quelques chiffres» www.conseil-constitutionnel.fr.

¹¹⁴ N. Jaqueminot, L'utilisation par les juges du fond des arrêts de non renvoi d'une QPC, JDA 2012, p2097.

¹¹⁵ L.Briand, L'office du juge du fond et les QPC jugées non sérieuses par les cours suprêmes, Gaz. Pal., 4-6 décembre 2011, n° 338-340, p. 15-17.

de la décision du Conseil Constitutionnel saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (...) et a rejeté la demande de transmission au Conseil de la question prioritaire de constitutionnalité portant sur (...)»¹¹⁶. Ces précisions n'étaient pas nécessaires puisque la QPC était d'ores et déjà irrecevable.

Mais certaines décisions de juges du fond, bien qu'isolées, sont critiquables au regard de l'utilisation des arrêt de non-renvoi. C'est le cas de la Cour Administrative d'Appel de Nantes qui affirme péremptoirement, alors qu'il n'y avait pas d'identité de parties que «le Conseil d'Etat statuant au contentieux a (...) décidé qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée»¹¹⁷. Ainsi le refus de transmission d'une QPC précédemment opposé par le tribunal administratif portant sur le même article, ne peut être contesté . Un arrêt de la Cour d'Appel de Paris est également surprenant, elle vient s'appuyer sur un refus de transmission de la Cour de cassation du 5 avril 2011 pour affirmer que «la question, jugée dépourvue de caractère sérieux par la Cour de cassation, n'a pas vocation à être transmise au Conseil constitutionnel (...) il en résulte que la transmission doit être rejetée»¹¹⁸. La Cour se fonde notamment sur l'article 126-5 du code de procédure civile, qui dispose que que les juges du fond ne sont pas tenus de transmettre une QPC qui met en cause, par les même motifs une dispositions dont les Cours suprêmes sont déjà saisies¹¹⁹. Or en l'espèce, il n'y avait pas de question pendante devant la Cour de cassation. C'est une menace évidente pour le principe de la légalité et le fonctionnement de la QPC de confondre la question dont une juridiction est saisie et celle dont elle a été saisie.

Face à cette instrumentalisation du filtre, un bilan plutôt pessimiste peut-être dressé. Il serait déraisonnable de mettre en cause les compétences des magistrats pour apprécier le sérieux d'une question, en effet «peut-on raisonnablement imaginer qu'une formation juridictionnelle composée des plus hauts magistrats de France soigneusement sélectionnés par le Conseil de la magistrature, bafoue délibérément la Loi que ces hauts magistrats ont pour mission d'appliquer»¹²⁰. Mais d'un point de vue, qui nous l'espérons restera théorique, il pourrait devenir très fréquent que la Cour refuse de transmettre une question portant sur son interprétation, ou utilise son interprétation pour refuser de transmettre, puis, que ce refus soit enregistré par les juridictions du fond qui refuseraient à leur tour de transmettre une question. Ce cercle, loin d'être vertueux, atteste d'un nouveau déclin de la légalité, tant au plan matériel que formel. Une dispositions législative échappera ainsi à tout contrôle de constitutionnalité, les différents juges venant pallier éternellement les déficiences du législateur. Cette neutralisation perpétuelle se

¹¹⁶ CA Grenoble 15 avril 2011 n° 09/04587

¹¹⁷ CAA Nantes, 4ème chambre, 17 juin 2011, inédit au recueil Lebon.

¹¹⁸ CA Paris - Paris - PÔLE 05 CH. 11 - 11/08991 - 18 novembre 2011

¹¹⁹ la même disposition se retrouve dans le code de procédure pénale à l'article R 49-26

¹²⁰ op. cit. Justice, droits fondamentaux, La Cour de cassation, chap 13, p152.

manifeste également dans les nouvelles alternatives à la transmission que la Cour de cassation développe (B).

B / Nouvelles alternatives à la transmission

Afin d'éviter de transmettre la question au Conseil constitutionnel, la Cour invite les juridictions du fond à appliquer les dispositions législatives de façon conforme à la Constitution(1). La Cour va même jusqu'à opérer des revirements de jurisprudence afin de nier tout caractère sérieux à une QPC (2).

1 / Invitation à une application conforme

La Cour estime parfois qu'il n'est pas nécessaire de transmettre une QPC au Conseil constitutionnel, il lui suffit d'inviter les juges à interpréter et appliquer la loi de manière conforme à la Constitution. Cette attitude s'est manifestée principalement au regard des droits de la défense, du principe du contradictoire et du droit au juge.

Un requérant soutenait que le deuxième alinéa de l'article 665 du Code de procédure pénal, relatif au renvoi d'une juridiction à une autre dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, n'était pas conforme aux articles 6 et 16 de la Déclaration de 1789 en ce qu'il ne prévoit pas que la requête aux fins de renvoi soit signifiée aux parties ni que celles-ci puissent déposer un mémoire au greffe de la Cour de cassation. L'ancienne formation spécialisée a refusé de transmettre au motif «qu'il appartient à la chambre criminelle de veiller, lors de l'examen de la requête aux fins de renvoi dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, conformément à l'article préliminaire, au respect du principe de la contradiction»¹²¹. Tirant les conséquences de cet arrêt, la Chambre criminelle, à peine deux mois après la décision de la Cour de cassation, a rendu deux arrêts renvoyant à une audience ultérieure l'examen d'une requête fondée sur l'article 665 afin que celle-ci soit notifiée aux parties et qu'elles soient informées de leur droit de déposer un mémoire au greffe de la Cour dans un délai de huit jours suivant la notification¹²².

La formation spécialisée a été saisie le 16 juillet 2010 d'une question portant sur l'article 417, alinéas 1 et 2, du code de procédure pénale. Le requérant avançait que ces dispositions sont contraires au principe constitutionnel des droits de la défense en ce que, en dehors de l'hypothèse du prévenu atteint d'une infirmité de nature à compromettre sa défense (alinéa 4) qui est obligatoirement assisté d'un défenseur, elles ne font pas obligation à la juridiction correctionnelle devant laquelle il comparaît sans

¹²¹ Cass QPC 8 juillet 2010, n°10-90.048.

¹²² Crim, 2 septembre 2010, n° 10-86.257, Bull. crim. 2010, n° 130.

avocat, de l'informer qu'il a la faculté d'être assisté, au besoin sur commission d'office, se bornant à prévoir que ladite commission est subordonnée à une demande expresse dudit prévenu.

La formation spécialisée de la Cour de cassation a refusé de transmettre cette question au Conseil en jugeant qu'elle n'était pas sérieuse au motif que «l'exercice de la faculté de se faire assister par un défenseur, prévue par l'article 417, alinéas 1 et 2, du code de procédure pénale implique pour être effective que le prévenu a été préalablement informé de cette faculté»¹²³. Le 24 novembre¹²⁴ suivant, la Cour reprenait cette motivation et censurait en conséquence, au visa des articles 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 14 § 3 d du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 6 § 3 c de la Convention européenne des droits de l'homme et 417 du code de procédure pénale, l'arrêt d'une Chambre des appels correctionnels qui avait statué à l'égard d'un prévenu comparant seul, sans constater qu'il avait été informé de son droit d'être assisté d'un avocat. Cette tendance à venir affirmer une interprétation conforme n'est pas exclusive de la Cour de cassation, il faut noter que dans un arrêt «Pierre» du 14 septembre 2011, le Conseil d'Etat a adopté une position assez semblable en venant préciser son interprétation des articles L123-3 5° et L123-4 du code rural et de la pêche maritime.

Les Cours suprêmes viennent ainsi pallier les déficiences du texte législatif en invitant les juges à appliquer la loi dans le respect des principes constitutionnels. Deux lectures sont possibles des ces décisions, une lecture enthousiaste comme celle de Monsieur Maziau qui estime que «ces décisions illustrent nettement la possibilité pour le juge du filtre d'exploiter toutes les potentialités de celui-ci afin de ne pas renvoyer au juge constitutionnel une question qu'il est à même de résoudre»¹²⁵ et une lecture plus en retrait comme celle de Monsieur Disant selon lequel «Même si ces décisions sont convaincantes sur le fond, on peut penser qu'il serait de bonne politique jurisprudentielle que les questions de constitutionnalité touchant directement aux garanties juridictionnelles et à la composition des juridictions soient tranchées par le Conseil constitutionnel»¹²⁶. Il nous semble important de rappeler que l'article préliminaire du code de procédure pénale impose à l'autorité judiciaire de respecter le principe du contradictoire et de veiller à l'information et à la garantie des droits des victimes au cours de toute procédure pénale. La Cour de cassation en imposant une interprétation conforme aux principes directeur du procès pénal ne nous semble pas avoir outrepassé son simple rôle de filtre.

¹²³ Cass, QPC 16 juillet 2010, 10-80.551; M. Disant NCCC 2011 p. 236 ; J. Danet RSC 2011 p151.

¹²⁴ Crim, 24 novembre 2010, 10-80.551.

¹²⁵ N. Maziau « Nouveaux développements dans la mise en oeuvre de la question prioritaire de constitutionnalité : le filtre au service des évolutions jurisprudentielle de la Cour de Cassation», Recueil Dalloz 2011 p 2811

¹²⁶ Mathieu Disant , «Les juges de la QPC et les principes constitutionnels en matière de Justice», NCCC 2011 p. 236

2/ Reirements de jurisprudence

Dans trois décisions remarquées, la Chambre criminelle est allée encore plus loin dans l'exploitation de la «potentialité du filtre» en l'utilisant comme outil d'évolution de sa jurisprudence.

La première décision en date du 5 octobre 2011 était relative à l'article 716-4 du code de procédure pénale¹²⁷ qui énumère les mesures privatives de libertés ouvrant droit à déduction de la durée de la peine prononcée, mais sans viser l'incarcération subie à l'étranger à titre provisoire à raison de faits ultérieurement jugés par une juridiction nationale saisie sur dénonciation officielle. Le requérant critiquait la disposition au regard des article 1er, 7 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et de l'article 66 de la constitution. La Cour oppose au contraire que la question ne présente «pas de caractère sérieux dès lors que l'article 716-4 du code de procédure pénale n'exclut pas de son domaine d'application la détention provisoire subie à l'étranger pour des faits jugés en France, mais prévoit au contraire, en termes généraux, que quand il y a eu détention provisoire à quelque stade que ce soit de la procédure, cette détention est intégralement déduite de la durée de la peine prononcée, ce qui inclut l'hypothèse visée par la question». Il s'agit d'un complet revirement de jurisprudence, la Cour jugeant traditionnellement que «aucune disposition légale ou conventionnelle ne permet d'imputer sur l'exécution d'une peine privative de liberté prononcée par une juridiction nationale, saisie sur dénonciation officielle des faits, pour un crime ou un délit commis par un citoyen français sur le territoire d'un Etat étranger, la durée de l'incarcération subie dans ce pays(...) »¹²⁸. Il semblerait que la Cour se soit inspirée de la jurisprudence dégagée par le Conseil relative au principe de proportionnalité découlant du principe de légalité des délits et des peines. En procédant de la sorte, la Cour assure, par le filtre, la mise en conformité de sa jurisprudence avec la Constitution sans qu'il soit besoin pour le Conseil d'intervenir.

La cour a procédé à un autre revirement dans une décision du 12 avril 2012¹²⁹ portant sur l'article 132-5 alinéa 5 du code pénal (régime de confusion des peines). Depuis un arrêt du 24 janvier 2007¹³⁰, l'interprétation constante de la Chambre criminelle conduisait à ce qu'une personne ayant commis des faits pénalement répréhensibles, pendant une période durant laquelle elle a été mineure puis majeure était plus sévèrement punie qu'une personne ayant commis exactement les mêmes faits mais ayant exclusivement été majeure durant cette période. En effet la cour jugeait que lorsque deux condamnations comportant chacune une peine d'emprisonnement avec sursis partiel sont confondues, «les deux parties d'emprisonnement sans sursis doivent être exécutées cumulativement dans la limite de la durée totale de la peine absorbante». La QPC soulevée posait le problème de constitutionnalité de la disposition

¹²⁷ Crim QPC 5 octobre 2011, 11-90.087 Bull crim 2011, n° 19.

¹²⁸ Crim. 21 oct. 1997, 97-81.099

¹²⁹ Crim, 12 avril 2012, 12-90.004 Recueil Dalloz 2012 p1833 N. Maziau ; Recueil Dalloz 2012 p. 2917 Roujou de Boubée, Gaz Pal n°139-143, 18-22 mai 2012, p 17 à 19 , R. Mésa.

¹³⁰ Crim 27 janvier 2007, Bull crim n°21, D 2007 p728 ; AJ pénal 2007 p146,obs M.Herzog-Evans

législative critiquée au regard du principe d'égalité devant la loi pénale ainsi qu'au regard du Principe fondamental reconnu par les lois de la République de Spécificité de la justice des mineurs¹³¹. La Cour retient que la question n'est pas sérieuse et vient modifier sa jurisprudence : elle a alors décidé que lorsque deux condamnations à l'emprisonnement assorties ou non d'un sursis partiel ont été prononcées et que la confusion totale a été accordée, seule doit être exécutée la partie d'emprisonnement sans sursis la plus longue.

Il faut enfin citer la décision de la Chambre criminelle du 26 juin 2012. Il était reproché à l'article 206 du code de procédure pénale de permettre à la chambre de l'instruction de prononcer la nullité de tous les actes de la procédure qu'elle estime irréguliers sans que les parties puissent préalablement connaître les actes susceptibles d'être annulés et sans qu'il leur soit donné la possibilité de faire valoir leurs observations. La chambre criminelle n'a pas transmis la question, en précisant «qu'il appartient à la chambre de l'instruction de veiller lors de l'application de l'article 206 comme de l'article 174 (relatif aux nullités de l'information) du code de procédure pénale, au respect du principe de la contradiction»¹³². La chambre criminelle a donc élargi l'exigence du respect du contradictoire et est revenue sur une jurisprudence auparavant plus restrictive.

Cette nouvelle pratique est-elle une solution bienvenue ? Si certains auteurs se réjouissent de ces revirements, qui seraient un moyen efficace de combiner la QPC et le filtrage de la Cour de cassation¹³³, le revirement de jurisprudence est souvent considéré par la Doctrine comme une atteinte à la sécurité juridique, en ce qu'il «prend toutes les apparences de l'opération arbitraire»¹³⁴. D'un point de vue pratique, ces revirements sont à saluer puisque la Cour veille à la conformité de son interprétation avec les principes constitutionnels. Mais il est surprenant que la Cour profite justement d'une QPC pour opérer ce revirement, et par la même occasion conserver le monopole de l'interprétation de la loi. Les principes de sécurité et de prévisibilité de la loi sont loin d'être renforcés par cette pratique.

Les débats sur le caractère sérieux de la question sont finalement apparus totalement vains. Il est pourtant surprenant que compte tenu de l'exemple des cours constitutionnelles étrangères (II), le législateur n'ait pu envisager que ce «caractère sérieux» allait devenir un instrument de puissance du juge, devenant lui-même auteur de la légalité.

¹³¹ PFRLR reconnu par le Conseil constitutionnel décision n°2002-461 DC du 29 août 2002 Loi d'orientation et de programmation pour la justice.

¹³² Crim, QPC 26 juin 2012, 12-80.319

¹³³ *op cit* note 97 N. Maziau D 2012

¹³⁴ Thierry DI MANNO - CCC n° 20 (Dossier : Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel) - juin 2006.

II / UN FILTRE À COMPARER

Le rôle et la puissance des Cours Constitutionnelles européennes varient en fonction du contexte politique et historique de leur introduction (A), justifiant une moindre méfiance à l'égard de ces garants de l'état de droit. Mais au regard des expériences étrangères, le double filtre français, justement en raison des difficultés qu'il peut provoquer semble être une réelle exception difficile à justifier (B).

A / L'exception du double filtre français

Il existe de nombreuses différences quant aux auteurs de la saisine et aux textes normatifs objets du contrôle (le contrôle espagnol pouvant notamment porter sur une loi mais également sur les traités internationaux, les règlements des Assemblées et les actes de l'exécutif ayant force législative). Parmi les critères de transmission par les juridictions à la Cour constitutionnelle, une constante se retrouve dans tous les systèmes (avec quelques différences de rédaction) : le caractère déterminant de la question pour la résolution du litige. Notre étude s'attachera davantage à la question du filtre et de l'équivalent de notre caractère «sérieux» afin de montrer que les dangers d'un double filtre étaient prévisibles et que le choix français est une exception.

1/ Espagne

Le Tribunal constitutionnel espagnol est considéré comme la clef de voûte de cet état *sui generis* en raison de son caractère «régional et autonome», il est notamment chargé de veiller à la constitutionnalité des normes édictées par les organes de l'Etat et ceux des communautés autonomes. En ce qui concerne la protection des droits et libertés garantis par la constitution le tribunal peut-être saisi de plusieurs manières dont deux nous intéressent particulièrement.

En dehors de toute action contentieuse, le Tribunal peut être saisi par recours *d'amparo*, le recours pour la protection des droits et libertés dont le régime résulte de la loi organique n° 2 du 3 octobre 1979 (articles 41 à 47). Il est destiné à obtenir le rétablissement ou la préservation des droits essentiels reconnus par les articles 14 à 29 de la constitution (sûreté, liberté de conscience...). Il peut être introduit en dehors de toute action contentieuse mais seulement après épuisement des voies de recours juridictionnel. Il est ouvert à la personne concernée, au défenseur du peuple (homologue de l'ancien Médiateur de la République, aujourd'hui Défenseur des Droits), et le Ministère public.

Le tribunal peut aussi être saisi directement (c'est-à-dire sans double filtrage), d'une question préjudicielle à l'occasion d'un procès, soit d'office, soit à la demande d'une partie par un juge au sujet de la constitutionnalité d'une disposition. Tandis que nos juridictions du fond doivent vérifier que «la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux», que nos Cours suprêmes vérifient «que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux», le juge espagnol saisi d'une question préjudicielle doit simplement

«nourrir des doutes raisonnables quant à la constitutionnalité de la norme qu'il doit appliquer au litige»¹³⁵. L'absence de filtrage et le critère a priori plus souple que le caractère sérieux en font un recours beaucoup plus ouvert et fortement ancré dans le paysage constitutionnel espagnol.

2/ Italie

Dans le cas italien, l'article 134 de la Constitution précise que la Cour doit statuer sur «les controverses relatives à la légitimité constitutionnelle des lois et des actes ayant force de loi de l'Etat et de ses régions». Il existe une question préjudicielle soulevée dans le cadre d'une action contentieuse appelée couramment «procès incident de constitutionnalité». La question doit être soulevée par un juge au cours d'un procès¹³⁶, la Cour constitutionnelle donne une interprétation particulièrement large visant les «autorités juridictionnelles, des organes qui, mêmes s'ils sont normalement étrangers à l'organisation de la justice sont investis d'une manière exceptionnelles de la fonction de statuer pour assurer l'application objective de la loi, et, à cette fin, placés dans une position *super partes*». La question peut être soulevée d'office par le juge ou à l'initiative d'une partie. Enfin, elle ne doit pas «être manifestement infondée», ainsi le juge du fond n'apprécie pas le sérieux de la question mais vérifie simplement qu'il existe un soupçon d'inconstitutionnalité.

3 / Allemagne

Enfin la cour constitutionnelle Allemande, instauré en 1949 est également doté d'un contrôle concret des lois portant seulement sur les lois introduites après 1949. Les Cours constitutionnelles des Länder exercent également la justice constitutionnelle, elles ont pour mission de veiller à l'application correcte des règles contenues dans leurs Constitutions propres. Un système de double filtre avait été mis en place initialement mais un blocage comparable à celui provoqué par nos juridictions suprêmes a conduit à la suppression dès 1956 d'un filtrage par les Cours avant la saisine de la Cour de Karlsruhe. La Cour peut être saisie directement par un citoyen : en vertu de la Loi Fondamentale « quiconque estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux »¹³⁷ peut introduire un recours individuel devant la Cour constitutionnelle fédérale. La question préjudicielle peut également être opérée par un Tribunal d'une manière originale puisque le tribunal peut rendre une déclaration de conformité à la Loi fondamentale¹³⁸. Lorsqu'il rend une décision de conformité, l'une des parties au

¹³⁵ P. BON - CCC n° 2, Présentation du Tribunal constitutionnel espagnol, mai 1997.

¹³⁶ art 1 Loi constitutionnelle n°1 du 9 février 1948

¹³⁷ l'article 93, al. 1, n° 4a de la Loi fondamentale.

¹³⁸ Soit le tribunal est convaincu de l'inconstitutionnalité de la loi qu'il doit appliquer au litige dont il est saisi alors que celle-ci est entrée en vigueur après la promulgation de la Loi fondamentale; dans ce cas, il doit poser une question préjudicielle (Vorlage) à la Cour constitutionnelle fédérale. Ou bien, le tribunal a jugé que la loi postérieure était compatible avec la Loi fondamentale ou encore il a exercé un contrôle incident sur la constitutionnalité d'une loi antérieure à 1949 ou d'un règlement et il a abouti soit à une déclaration de conformité, soit à une déclaration de non-conformité de la règle de droit contrôlée.

procès a la possibilité de contester le jugement devant la Cour constitutionnelle fédérale, celle-ci se prononcera alors sur la question de la constitutionnalité de la règle de droit appliquée au procès¹³⁹. Le tribunal doit enfin démontrer que la disposition est inconstitutionnelle et non se contenter de «doute» ou du caractère «sérieux» de la question.

B / Réflexions comparatistes

Cette brève présentation des systèmes européens de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* révèle que les difficultés liées aux filtres ne sont ni des questions nouvelles ni des questions propres au contrôle *a posteriori* français, les expériences étrangères témoignent que l'examen du caractère sérieux soulève les mêmes difficultés¹⁴⁰. Mais la situation française reste unique dans l'histoire des Cours constitutionnelles européennes, ce qui explique en partie son particularisme. En effet la réforme du 23 juillet 2008 s'est davantage inscrite dans le cadre d'un programme politique (bien que le projet ait été soutenu depuis longtemps) que dans le cadre d'une réaction à un régime anti-démocratique afin de garantir l'Etat de droit ¹⁴¹. Il convient de rappeler que c'est à la suite du décès de Franco le 20 novembre 1975 entraînant la chute de son gouvernement autoritaire que, en 1978, la nouvelle Constitution Espagnole et son gardien, le Tribunal Constitutionnel ont pu être mis en place. Le contrôle constitutionnel Italien a été mis en oeuvre par les Lois constitutionnelles n° du 9 février 1948 et n° 87 du 11 mars 1953 en réaction au régime fasciste de Mussolini, tandis qu'en Allemagne c'est la Loi fondamentale du 23 mai 1949 et la loi du 12 mars 1951 qui mettent en place la Cour constitutionnelle allemande lors du rétablissement de la démocratie après la république de Weimar. Les Cours constitutionnelles ont dès l'origine été reconnues comme les interprètes privilégiés de la constitutionnalité des lois ce qui justifie que le filtre des juridiction soit restreint.

Si le filtre est un élément indispensable pour éviter l'engorgement des Cours Constitutionnelles, les modalités en sont très variées et les exemples ne manquaient pas pour le législateur français. Le système français apparaît comme un entre-deux peu satisfaisant. Tandis que les systèmes Italien et Espagnol prévoient des critères souples, afin de faciliter les transmissions et de garantir le monopole du contrôle à une Cour constitutionnelle, le système Allemand a choisi l'option opposée, un filtre rigide mais dont le corollaire est de doter officiellement les tribunaux d'un contrôle de constitutionnalité. Il convient ainsi de noter que l'expérience allemande de double filtre a été supprimée dès 1956, comme ce fut le cas en Ukraine et en Moldavie¹⁴². Faut-il dès lors souhaiter que l'expérience du filtre allemand se répète afin de prévenir toute réticence de la Cour de cassation ? Les difficultés liées au filtrage ne seraient elle pas

¹³⁹ Michel FROMONT, CCC n° 15, janvier 2004, Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne

¹⁴⁰ P.Deumier, QPC : la question fondamentale d'interprétation (à propos du filtrage) RTD civ. 2010, p504

¹⁴¹ «La QPC perspectives comparatistes», La Question Prioritaire de Constitutionnalité, Sous la direction de Jean-Baptiste PERRIER, PUAM 2011, p37

¹⁴² P.Deumier, QPC : la question fondamentale d'interprétation (à propos du filtrage) RTD civ. 2010, p504

simplement déplacées au niveau des juridictions du fond ? Plus simplement les difficultés proviennent-elles réellement des critères du filtre ou s'agit-il de la question plus traditionnelle du statut de la Cour de cassation ou du Conseil d'état, alors amplifiée sur fond de rapport de pouvoir ? Une proposition de loi du 9 juillet 2010 ¹⁴³ a envisagé la suppression du double filtre, il a également été proposé d'aligner les critères mis en oeuvre par les Hautes juridictions sur ceux appliqués par les juges du fond. Une autre solution plus nuancée était également exposée, la possibilité pour les parties de contester devant le Conseil constitutionnel un refus de transmission. Mais à n'en pas douter le Conseil Constitutionnel se transformerait dans ce cas en Cour suprême particulièrement puissante. Le système autrichien permettant à la Cour de s'auto-saisir de certaines questions est un autre exemple vers lequel se tournent les constitutionnalistes.

Si ces débats autour des critères du filtrage par les juges peuvent sembler théoriques, l'impact est loin d'être négligeable puisque des pans entiers du droit pénal peuvent échapper au contrôle du Conseil constitutionnel. En permettant au juge de cassation de devenir maître du contrôle de constitutionnalité, le filtre des questions prioritaires de constitutionnalité devient un instrument au service de la création du droit (Chapitre II).

¹⁴³ Proposition de loi organique modifiant la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution déposée au Sénat par le sénateur Hiest le 9 juillet 2010

CHAPITRE II / UN FILTRE CRÉATEUR

*La loi gouvernerait mal si elle gouvernait trop*¹⁴⁴

Portalis annonçait déjà que «les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout»¹⁴⁵. Si dans une acception stricte du principe légaliste, la loi devrait être la source fondamentale de notre droit pénal, il est aujourd'hui convenu que cette dernière est concurrencée par d'autres sources infra et supra législatives. La Cour européenne des droit de l'homme retient elle même une conception souple du principe de la légalité. Elle admet que les «lois n'ont pas besoin d'être d'une certitude absolue, la certitude s'accompagnant souvent d'une rigidité excessive», et qu'ainsi «beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique»¹⁴⁶. Cet éclatement a été parfaitement enregistré par le juge pénal dans son rôle de filtre des QPC. Se retranchant prudemment derrière la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la Chambre criminelle vient opérer un contrôle de constitutionnalité caché (Section I). Bien que cette utilisation du précédent constitutionnel limite la transmission de nombreuses QPC, cette pratique est moins contestable que le contrôle de constitutionnalité avoué qu'opère le juge pénal en confrontant lui même la disposition aux normes constitutionnelles (Section II).

Section I / Un contrôle de constitutionnalité caché

La Chambre criminelle vient décerner un brevet de constitutionnalité par deux types de renvois, accentuant davantage le déclin de la légalité formelle. Outre l'influence du juge européen, le juge pénal vient s'inspirer de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel en effectuant des renvois tacites (I) à la jurisprudence constitutionnelle et d'autres exprès (II).

¹⁴⁴ P-A Frenet, «Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil», Tome 9, Paris 1827, p 33 citation reproduite in Sourieux Jean-Louis, Le bon législateur selon Portalis, Mélanges Jestaz, Libres propos sur les sources du droit, Dalloz, 2006, pp. 515-518

¹⁴⁵ «Discours préliminaire sur le projet de Code civil» de Jean-Etienne-Marie PORTALIS (Extrait de ce discours, présenté le 1er pluviôse an IX)

¹⁴⁶ CEDH 26 avril 1979, Sunday Times c/ Royaume-Uni req 6538/74, § 49 ; 2 août 1984 Malone c/ Royaume-Uni req 8691/79, §66 ; 21 octobre 2008 Salihoglu c/ Turquie, req 1606/03, §26 ; 6 octobre 2011, Soros c/ France req 50425/06.

I / UN RENVOI TACITE À LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

S'inspirant de la jurisprudence constitutionnelle développée dans le cadre du contrôle *a priori*, le juge pénal vient pallier les lacunes de la loi par renvoi à des normes internationales (A) ou de nature réglementaire (B).

A/ Renvoi à des disposition internationales

Dans la décision du 2 mars 2004¹⁴⁷, le Conseil constitutionnel est venu sauver la notion de «bande organisée» en ayant recours à la jurisprudence de la Chambre criminelle et à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, ratifiée par la France. Il admet donc que la disposition qu'il examine soit complétée par des éléments qui lui sont extérieurs, assouplissant la conception classique de la légalité. Il semblerait que cette décision ait inspiré la Cour de cassation qui, adoptant le même raisonnement, refuse de transmettre des questions prioritaires de constitutionnalité.

Dans une décision retentissante du 7 mai 2010¹⁴⁸, la Cour de Cassation a refusé de transmettre une question relative au délit de contestation des crimes contre l'humanité. Il était soutenu que l'article 24 *bis*¹⁴⁹ de la Loi du 18 juillet 1881 sur la liberté de la presse était contraire au principe de la légalité des délits et des peines ainsi que de la liberté d'opinion et d'expression¹⁵⁰. Pour juger la question dépourvue de caractère sérieux et refuser de la renvoyer au Conseil constitutionnel, les hauts magistrats ont estimé que «l'incrimination critiquée se réfère à des textes régulièrement introduits en droit interne, définissant de façon claire et précise l'infraction de contestation de l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du Statut du Tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par des membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale, infraction dont la répression, dès lors, ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de liberté d'expression et d'opinion». Cette QPC a été posée à l'occasion d'un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris le 21 janvier 2008 ayant condamné l'hebdomadaire *Rivarol* et Monsieur *Le Pen* pour contestation de crimes contre l'humanité, le président du *Front National* ayant déclaré que l'occupation allemande en France «n'avait pas été particulièrement inhumaine même s'il y eut des bavures, inévitables dans un pays de 550 000 kilomètres carrés» .

¹⁴⁷ Décision n° 2004-492 DC du 02 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

¹⁴⁸ Cass, QPC, 7 mai 2010, 09-80.774, Pierre de Montalivet NCCC 2010 p. 256 ; Jacques Francillon, RSC 2011 p 640 ; Bertrand de Lamy, RSC 2011, p 178 ; Pascale Deumier RTD Civ. 2010 p. 504.

¹⁴⁹ Seront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l'article 24 ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale. (...)

¹⁵⁰ Art. 10 et 11 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789

Le contrôle de constitutionnalité de la Loi dite *Gayssot*¹⁵¹ était pourtant très attendu et la réponse surprenante de la Cour de cassation n'a pas manqué de décevoir les juristes et historiens, qui tout en reconnaissant le but louable poursuivi par le législateur ont maintes fois dénoncé une atteinte injustifiée à la liberté d'expression au nom d'une vérité officielle. Il convient de rappeler que cette loi avait été adoptée malgré l'opposition du Sénat et sans avoir été déférée au Conseil constitutionnel¹⁵². Elle aboutit, en raison du principe de la légalité et de l'interprétation stricte, à ce que la contestation de crime contre l'humanité ne soit punissable que lorsque les propos ou écrits litigieux sont en rapport avec l'holocauste et les crimes commis pendant la Seconde guerre mondiale (crimes définis article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945). Il faut encore que ces crimes aient été commis par certaines personnes déterminées. Il en résulte que la négation d'autres crimes contre l'humanité, tel que des crimes en rapport avec les génocide Arménien de 1915, Rwandais de 1994 ou encore les atrocités commises lors des guerres coloniales, échappent à la répression.

La Cour de cassation a fait l'objet de deux reproches principaux. Il a été très justement dénoncé qu'elle vienne elle-même apprécier la constitutionnalité de la décision en affirmant péremptoirement que l'infraction «ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de liberté d'expression et d'opinion». C'est ensuite sa motivation par renvoi, conduisant à un éclatement de la légalité, qui était critiquée. Seul ce second aspect sera ici étudié¹⁵³.

Le brevet de constitutionnalité est décerné en référence à «des textes régulièrement introduits en droit interne». Or comme le souligne le Professeur De Lamy «Il y a de quoi être surpris : en quoi l'introduction régulière d'un texte en droit interne purge-t-elle tout grief d'inconstitutionnalité ? Le respect des libertés d'expression et d'opinion se résume-t-il aux exigences de la légalité criminelle ?». C'est ainsi la motivation lacunaire de la Cour de cassation qui est critiquée, l'introduction régulière en droit interne n'étant pas synonyme du respect des exigences de clarté et de précision de la loi pénale. La cour aurait pu justifier sa décision d'une façon plus astucieuse qui lui aurait valu moins de critiques, elle aurait pu invoquer la réserve de l'article 10 de la Déclaration de 1789 qui protège la liberté d'expression « sous réserve que sa manifestation ne trouble pas l'ordre public », l'article 11 disposant que c'est au législateur de prévoir des abus à la liberté de communication ou encore le principe du respect de la dignité de la personne humaine¹⁵⁴ au terme duquel «tout être humain sans distinction de race, de religion ou de

¹⁵¹ Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe

¹⁵² P. de Montalivet, QPC sur la loi incriminant le négacionisme, NCCC 2010, p 256

¹⁵³ Pour une analyse au regard du contrôle de constitutionnalité opéré par la Cour *infra* p 46

¹⁵⁴ Principe dégagé par le Conseil constitutionnel à partir du Préambule de 1946, Décis. n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

croyance, possède des droits inaliénables et sacrés»¹⁵⁵. La même question a été posée à d'autres reprises à la Cour de cassation qui a opposé exactement la même réponse¹⁵⁶. Il faut espérer que la persistance des questions l'incitera à transmettre la question au Conseil constitutionnel, comme ce fut le cas pour la question portant sur la motivation des arrêts de cours d'assises¹⁵⁷. Enfin il faut noter que dans sa décision du 28 février 2012¹⁵⁸ le Conseil a censuré dans le cadre de son contrôle *a priori* une disposition visant à instaurer un article 24 ter dans la loi de 1881 punissant ceux qui ont contesté ou minimisé de façon outrancière par des moyens publics d'expression «l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide définis à l'article 211-1 du code pénal et reconnus comme tels par la loi française». Cette décision montre que les abus à la liberté d'expression doivent être prévus par la loi, conformément à la légalité criminelle. Or ici l'incrimination procédait par renvoi aux «crimes reconnus comme tels par la loi française», une reconnaissance étant dépourvue de portée normative. Si le conseil censure le renvoi à une disposition dépourvue de portée normative, il semble également qu'il contrôle particulièrement cette technique du renvoi en matière d'infraction d'expression. Face à cette décision, la motivation de la Cour de cassation apparaît plus que bancale.

La Haute juridiction a consacré la même constitutionnalité par renvoi dans un arrêt du 30 novembre 2010¹⁵⁹ en considérant au sujet de l'article L121-II du code de la consommation, «que la notion de contretemps, déjà dégagée par la jurisprudence en droit interne, est une notion claire, transposée de l'article 7.2 de la Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005». C'est à nouveau l'absence de motivation de la Cour qui peut lui être reprochée : en quoi la transposition d'une directive en droit interne purge-t-elle de tout reproche d'inconstitutionnalité ?

Si le renvoi à des normes d'origine conventionnelle peut être toléré, compte tenu de leur place dans la hiérarchie des normes, il en va différemment des normes réglementaires auxquelles le juge se réfère également (B).

B / Renvoi à des dispositions réglementaires

Rappelons que la Constitution du 4 octobre 1958, dans ses articles 34 et 37 a fixé la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et réglementaire. Ce partage des pouvoirs se retrouve aux articles

¹⁵⁵ B. de Lamy, Un nouveau procédé de constitutionnalisation du droit pénal: la QPC. Bilan critique. Mélanges JH Robert, 2012, p 379.

¹⁵⁶ Crim 10 octobre 2012 n°12-81.505 (irrecevabilité) ; Crim 5 décembre 2012 n°12-86.382 ;

¹⁵⁷ Crim, 19 janvier 2011, 10-85.305 «attendu que la question, fréquemment invoquée devant la Cour de cassation et portant sur la constitutionnalité des dispositions du code de procédure pénale dont il se déduit l'absence de motivation des arrêts de cours d'assises statuant, avec ou sans jury, sur l'action publique, présente un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce critère alternatif de saisine ; D'où il suit qu'il y a lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel»

¹⁵⁸ Décis. n° 2012-647 DC du 28 février 2012 Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi consid 4 et 5 : AJDA 2012. 411 ; D. 2012. 987, note J. Roux ; NCCC 2012, p67.

¹⁵⁹ Crim, 30 novembre 2010, 90.076.

111-2 et 111-3 du code pénal, qui consacre la primauté de la loi en matière de crimes et délits et confie au pouvoir réglementaire le soin de définir les contraventions. Même si le Conseil constitutionnel est censé veiller au respect de cette répartition, il est de plus en plus fréquent que le législateur délègue sa compétence au pouvoir réglementaire et que la loi renvoie à un règlement pour la définition d'un crime ou d'un délit, ou pour la précision du domaine d'une infraction¹⁶⁰.

La Cour de cassation a pu se prononcer sur ce thème dans un arrêt du 11 janvier 2011¹⁶¹. Il était avancé que les articles 222-37 et 222-41 du code pénal ainsi que l'article L. 5132-7 du code de la santé publique, ne définissant pas la notion de «stupéfiant» étaient contraires à l'article 34 de la Constitution qui impose que la loi détermine les crimes et les peines qui leur sont applicables. La Cour a jugé la question dépourvue de sérieux au motif que les textes renvoient à «une définition des stupéfiants donnée par voie réglementaire en conformité avec la Convention unique sur les stupéfiants du 30 mars 1961 à laquelle la France a adhéré avec l'autorisation du législateur». Il semble donc possible en matière de crimes et de délits de recourir, pour éclairer l'incrimination, à des éléments tirés d'un texte infra-législatif. La Cour s'inscrit ici directement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En effet le Conseil a statué le 9 décembre 2011¹⁶² sur une question portant sur la conformité de l'article L235-1 I du code de la route¹⁶³ qui sanctionne la conduite d'un véhicule lorsqu'il a été fait usage de stupéfiants par le conducteur ou l'accompagnateur d'un élève conducteur. Le requérant avançait «qu'en ne prévoyant ni taux de substance illicite détectable dans le sang ni durée entre la prise de stupéfiants et la conduite, ces dispositions portent atteinte au principe de légalité des délits et des peines ainsi qu'au principe de nécessité des peines». Mais le Conseil a jugé cet article conforme à la Constitution. L'absence de fixation d'un seuil, comme il en existe pourtant en matière de «conduite sous l'emprise d'un état alcoolique»¹⁶⁴ ne constitue pas une atteinte au principe de la légalité puisqu'il ne s'agit pas de déterminer si la personne est sous «l'emprise» ou «l'influence» de stupéfiant, ni de savoir si ce taux ne produit pas d'effet sur l'organisme parce qu'il serait insignifiant, mais seulement de constater «l'usage» qui est en lui même répréhensible. Le Conseil précise par ailleurs «il appartient au pouvoir réglementaire, sous le contrôle du juge compétent, de fixer, en l'état des connaissances scientifiques, médicales et techniques, les seuils minima de détection témoignant de l'usage de stupéfiants». Il est vrai que lors des débats parlementaires, il a été envisagé d'incriminer la conduite sous «l'emprise ou l'usage de stupéfiant»¹⁶⁵, définition qui aurait nécessité un taux précis. Mais telle qu'incriminée, l'infraction n'est constituée que si les analyses

¹⁶⁰ Ch Claveri-Rousset, La légalité criminelle, Dr. pénal 2011.

¹⁶¹ Crim, 11 janvier 2011, 10-90.116, J.Huet, JCP 2011 347.

¹⁶² Décis. n° 2011-204 QPC du 09 décembre 2011 ; J-H Robert Dr. pénal, février 2012, n° 2, p. 31 ; J-P Cere, AJ Pénal, février 2012, n° 2, p. 96-97.

¹⁶³ Infractions instituées par la Loi n° 2003-87 du 3 février 2003 relative à la conduite sous l'influence de substances ou plantes classées comme stupéfiants.

¹⁶⁴ article L234-1 du code de la route

¹⁶⁵ Richard Dell'Agnola, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles sur la proposition de loi relative à la conduite automobile sous l'influence de drogues illicites et psychotropes, Assemblée nationale, XIIe législature, n° 235, 2 octobre 2002, p. 22.

sanguines révèlent la trace de produits stupéfiants dans le sang. Il s'agit donc d'un critère objectif qui exclut l'arbitraire et l'imprécision dans la répression.

Plus récemment la clarté et la précision de l'article 66-4 de la loi du 31 décembre 1971, étaient mises en cause en ce qu'il ne définit pas les termes de «démarchages, consultations et d'actes en matière juridique». La Cour a de la même manière considéré que «l'interprétation de l'article 66-4 de la loi du 31 décembre 1971, qui définit, notamment par renvoi à l'article 1er du décret n° 72-785 du 25 août 1972, de manière suffisamment claire et précise le délit de démarchage en matière juridique, entre dans l'office du juge pénal»¹⁶⁶. La chambre criminelle vient ainsi préciser le contenu de l'article par un double renvoi : à la matière réglementaire et à son pouvoir d'interprétation. Il faut enfin citer une question particulièrement claire concernant le droit pénal de la presse : «Le renvoi, figurant à l'article 39 sexies de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, à des catégories de fonctionnaires appartenant à des services ou unités désignés par arrêtés du ministre intéressé, constitue-t-il un cas d'incompétence négative du législateur violant l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 ; et est-il contraire (...) aux exigences de clarté et de précision de la loi pénale garanties par les articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ?», la Cour a également jugé la question dépourvue de sérieux¹⁶⁷.

Le moyen relatif à l'incompétence du législateur a ainsi été soulevé à de nombreuses reprises par les justiciables, ces derniers venant critiquer la délégation qu'il opère envers le pouvoir réglementaire. Il n'a cependant aucune chance de progresser. En effet le Conseil constitutionnel admet depuis longtemps «qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur d'ériger en infractions le manquement à des obligations qui ne résultent pas directement de la loi elle-même». Il en résulte que si le principe de la création d'un crime ou d'un délit appartient au législateur, il peut décider que les obligations pénalement sanctionnées seront posées par une autre norme de rang inférieur¹⁶⁸. Cette solution est peu respectueuse de l'article 34 de la Constitution selon lequel «la loi fixe les règles concernant la détermination des crimes ou des délits», le terme «détermination» signifiant clairement qu'il s'agit d'arrêter des limites et de les fixer avec précision. Rappelons qu'en 1999 le Conseil a considéré que l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi constituent un « objectif de valeur constitutionnelle »¹⁶⁹, objectif qui s'éloigne de plus en plus tandis qu'un principe de «textualité»¹⁷⁰ vient remplacer celui de légalité.

Si la cour vient s'inspirer de la jurisprudence constitutionnelle lorsqu'elle juge une disposition conforme au principe de la légalité en par renvoi à des normes autres que législatives, elle vient

¹⁶⁶ Crim 5 décembre 2012, 12-90. 062

¹⁶⁷ Crim, 6 décembre 2011, 11-90.091

¹⁶⁸ B. de Lamy, La conception constitutionnelle de la légalité pénale et les aléas de la jurisprudence de la chambre criminelle. RSC p. 221

¹⁶⁹ Décis. n° 99-421 DC du 16 déc. 1999

¹⁷⁰ *op. cit.* André Giudicelli, Le principe de la légalité en droit pénal français, RSC 2007 p. 509

confronter expressément des dispositions à des décisions constitutionnelles antérieures afin de ne pas renvoyer la question au conseil (II).

II / UN RENVOI EXPRÈS À LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

En renvoyant expressément à une décision du Conseil relative à la disposition contestée, la Cour de cassation neutralise la condition de «nouveau» de la question, ainsi que la difficile question du changement de circonstances. Mais en opérant ce contrôle de constitutionnalité indirect, le juge opère un renvoi hâtif (A) qui se révèle bien souvent être factice (B).

A / Un renvoi hâtif

Rappelons qu'outre le caractère sérieux, la question, pour être transmise, doit également être nouvelle. L'interdiction de renouveler une QPC ayant fait l'objet d'une décision de rejet est posée par les articles 23-2, 23-4 et 23-5 de la loi organique. Devant les juridictions relevant de la Cour de cassation et du Conseil d'état, le sérieux¹⁷¹ de la question et la nouveauté sont des critères cumulatifs. Cette nouveauté signifie que la disposition ne doit pas avoir déjà été «déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances»¹⁷². Le Conseil constitutionnel est venu préciser que l'expression «changement de circonstances» concerne des changements de portée générale, à la fois les circonstances de droit et de fait¹⁷³, et non les circonstances propres au cas d'espèce qui a donné lieu à l'instance à l'occasion de laquelle la QPC a été soulevée. Devant les cours suprêmes, les critères sont alternatifs puisque la question doit être «nouvelle» ou présenter «un caractère sérieux»¹⁷⁴. Le Conseil a précisé que la «question nouvelle» ne s'apprécie pas au regard de la disposition législative contestée (sinon, toute disposition qui n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel serait toujours nouvelle), mais de la disposition constitutionnelle à laquelle elle est confrontée. Il a donc estimé que toute question de constitutionnalité invoquant une norme constitutionnelle que le Conseil constitutionnel n'a jamais eu à interpréter devait être qualifiée de «nouvelle»¹⁷⁵. Ainsi une disposition législative ayant déjà fait l'objet d'une QPC de rejet devrait normalement pouvoir être contestée au regard d'un autre principe constitutionnel ou d'une autre interprétation d'un même principe. Or dans la plupart des décisions, la Cour juge que la «question n'est

¹⁷¹ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, art 23-2, 2° «La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.»

¹⁷² Loi organique *ibid*, Art. 23-2,2°

¹⁷³ Décis. n° 2009-595 DC du 03 décembre 2009 Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, consid 13 «*qu'en réservant le cas du " changement des circonstances ", elle (la loi organique) conduit à ce qu'une disposition législative déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel soit de nouveau soumise à son examen lorsqu'un tel réexamen est justifié par les changements intervenus, depuis la précédente décision, dans les normes de constitutionnalité applicables ou dans les circonstances, de droit ou de fait, qui affectent la portée de la disposition législative critiquée.*»

¹⁷⁴ Loi organique *ibid*. Art 23-5 al 3

¹⁷⁵ CCC, Cahier n° 28. Commentaire de la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009

pas nouvelle» et ne s'attache qu'au caractère sérieux de cette question. Quant au changement de circonstances, même s'il ne doit *a priori* intervenir que dans des circonstances exceptionnelles afin de ne pas aboutir à une instabilité juridique, on peut craindre qu'il soit également neutralisé par les juridictions. Une tendance fâcheuse se dessine, la Cour de cassation ayant tendance à plaquer un «attendu de principe» face à toute question portant sur une disposition qui aurait déjà été examinée par le Conseil.

L'existence d'un changement de circonstances à notamment été soulevé après l'abrogation de l'infraction de harcèlement sexuel. Depuis la décision du Conseil constitutionnel du 4 mai 2012 abrogeant l'article 222-33 du code pénal incriminant le harcèlement sexuel¹⁷⁶ de nombreux plaideurs ont invoqué un changement de circonstances de droit justifiant le réexamen des différentes incriminations de harcèlement. Or, on sait qu'un changement intervenu dans l'interprétation d'une norme constitutionnelle par le Conseil peut caractériser un tel «changement de circonstances», ce qui a été admis après l'abrogation du régime de la garde à vue lorsqu'il s'est agi d'examiner l'article 393 du code de procédure pénale¹⁷⁷. Il doit toutefois s'agir d'un véritable changement de cap jurisprudentiel et pas seulement d'une précision apportée aux solutions jusque là admises¹⁷⁸.

La Cour de cassation devait donc s'interroger sur le point de savoir si la décision du 4 mai 2012, constitue un changement de circonstance de droit justifiant un nouvel examen de l'article 222-33-2 du code pénal et L1152-1 du code du travail relatifs au harcèlement moral. Les différentes chambres ont finalement jugé «que les dispositions contestées ont déjà été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de sa décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 relative à la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale ; qu'il n'y a pas lieu de les soumettre à nouveau à son examen en l'absence de changements intervenus, depuis la précédente décision, dans les normes de constitutionnalité applicables ou dans les circonstances, de droit ou de fait, de nature à affecter la portée des dispositions législatives critiquées ; qu'en particulier, les dispositions discutées ne sont pas affectées par la décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012 ayant déclaré contraire à la Constitution l'article 222-33 du code pénal réprimant le délit de harcèlement sexuel, dont les éléments constitutifs n'étaient pas suffisamment définis»¹⁷⁹. La déclaration antérieure de conformité a été déterminante dans l'appréciation de la Cour de cassation. Si dans le cas du harcèlement moral la Chambre criminelle a eu raison de relever l'absence de changement de circonstances, il semble cependant que les différentes Chambres aient adopté une motivation récurrente qu'elles opposent dès qu'une QPC est posée sur une disposition qui a déjà été déclarée conforme : «La disposition contestée a déjà été déclarée conforme dans les motifs et le dispositifs de la décision n° (...) du (...) par le Conseil constitutionnel :

¹⁷⁶Décis. n° 2012-240 QPC du 04 mai 2012 *cf partie II*.

¹⁷⁷ Décis. n° 2011-125 QPC du 6 mai 2011

¹⁷⁸ Décis. n° 2010-104 QPC du 17 mars 2011

¹⁷⁹Crim. 11 juillet 2012 n°11-88.114 ; crim. 25 juillet 2012 n°11-89.125 ; crim. 4 septembre 2012 n°12-80.222, crim. 12 septembre 2012 n°12-80.374 ; crim.18 septembre 2012 n°12-90.054 et au sujet de l'article L1152-1 du code du travail Soc 11 juillet 2012 n012-40.051.

qu'aucun changement de circonstances de droit ou de fait n'est intervenu depuis qui, affectant la portée de la disposition législative critiquée, en justifierait le réexamen. D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité»¹⁸⁰.

D'une façon encore plus surprenante et fort heureusement plus rare, la Cour de cassation, en renvoyant à une décision du conseil constitutionnel, consacre une «constitutionnalité par ricochet»¹⁸¹. Ainsi dans un arrêt du 19 mai 2010¹⁸², saisie d'une question visant à contester la constitutionnalité de l'article 698-6 du code de procédure pénale, la Cour a considéré que le Conseil avait validé cette disposition lors de l'examen, dans sa décision du 3 septembre 1986, de l'article 706-25 du même code, lequel renvoie à la disposition contestée¹⁸³. Il est loin d'être certain que cette appréciation large de «l'existence d'une déclaration antérieure de constitutionnalité» soit conforme à l'esprit du législateur organique, c'est ainsi un renvoi factice qu'opère la Cour de cassation (B).

B / Un renvoi factice

Le renvoi hâtif par la Cour de cassation aux décisions du Conseil peut sembler factice au regard de la technique de rédaction des décisions constitutionnelles. Revêtues d'un effet *erga omnes*, ces décisions s'imposent nécessairement à la Cour de cassation. Cependant l'étendue d'une déclaration de conformité peut grandement varier d'une décision à une autre comme nous tenterons de le montrer dans les trois situations suivantes.

1/ La portée de la conformité

Il est important de souligner que l'article 23-2 de la loi organique fait référence à une déclaration de conformité à la Constitution «*dans les motifs et le dispositif*». A défaut de précision de la part du législateur sur la catégorie constitutionnelle visée, il convient d'inclure à la fois les décisions relevant du contrôle *a priori* et celles relevant du contrôle *a posteriori*. Dans sa décision n° 2009-595 DC, le Conseil précise que ce critère rappelle l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel énoncée par le dernier alinéa l'article 62 de la Constitution¹⁸⁴. Cette double référence au motif et au dispositif répond par ailleurs à l'évolution des méthodes appliquées par le Conseil constitutionnel depuis 1959 dans la

¹⁸⁰ Crim 13 octobre 2010 n° 10-82.865 ; Crim, 5 juin 2012, n° 11-88.744 ; 1ere civ 10 mars 2011 10-40.071 ; 2ème civ 24 novembre 2011 n° 11-18.390 ; 3ème civ 12 octobre 2011 11-14.184 ; Soc 17 mai 2011 10-26.402 ; Com 12 janvier 2011 10-40.055

¹⁸¹ J.B Perrier, Le non renvoi des questions prioritaire de constitutionnalité par la Cour de cassation, RFDA 2011, p711 et s.

¹⁸² Crim 19 mai 2010 n°09-82.582, D 2010 1356, idid 1352, ibid 2236 ; RSC 2011. 190 B de Lamy

¹⁸³ «Et attendu qu'en déclarant conforme à la Constitution, par sa décision n°86-813 DC du 3 septembre 1986, l'article 706-25 du code de procédure pénale, qui renvoie, pour le jugement des accusés majeurs en matière de terrorisme, aux règles fixées par les dispositions contestées de l'article 698 -6 du même code, le Conseil constitutionnel a nécessairement validé ces dernières dispositions au regard de leur constitutionnalité ; qu'ainsi la question posée ne présente pas un caractère sérieux.»

¹⁸⁴ Notamment article 62 al 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 «Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles».

rédaction de ses décisions sur les lois ordinaires. Normalement les censures du Conseil apparaissent bien à deux reprises, le juge détaillant d'abord son argumentaire pour ensuite récapituler l'ensemble des griefs adressés à cette loi. Cette validation en deux temps est relativement récente, avant 1988 le Conseil avait l'habitude de mentionner l'absence de contrariété des dispositions de la loi dans le seul dispositif de sa décisions. Le conseil utilisait un «considérant balais» pour donner un label de constitutionnalité à l'ensemble des dispositions de la loi n'ayant pas fait l'objet d'une censure¹⁸⁵. Afin de ne pas exclure systématiquement les lois ayant fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité avant 1988, le législateur a exigé que la disposition critiquée n'ait pas été déclarée conforme dans le dispositif mais également dans les motifs¹⁸⁶. Mais est-il cependant rigoureux que la Cour juge qu'une question n'est pas nouvelle au motif qu'un de ces considérant balais a déclaré la disposition conforme ? La Cour de cassation a pu sembler laver ce soupçon en interprétant l'article 23-2 comme s'il disposait que la disposition «n'a pas été spécifiquement est expressément déclarée conforme à la constitution»¹⁸⁷. Mais cette décision a été rendue par la formation spéciale de la Cour et il n'est pas possible d'affirmer que cette interprétation sera strictement observée par la Chambre criminelle. Cette référence louable du législateur au «motif et au dispositif» de la décision rend en réalité le critère de la nouveauté inopérant, offrant encore davantage de possibilités au juge de ne pas renvoyer.

2 / *L'obiter dictum*

Depuis plusieurs années, le Conseil constitutionnel procède fréquemment par *obiter dictum*¹⁸⁸. Comme le relève Madame le Professeur Deumier, «Les décisions du Conseil sont dotées d'une autorité de droit qui irradie du dispositif aux motifs qui en sont le soutien nécessaire, en passant par les réserves d'interprétation, mais sans entraîner l'*obiter dictum* dans son sillage»¹⁸⁹. Dès lors, les motifs de la décision se divisent entre ceux qui s'imposent aux juridictions et ceux qui devront persuader pour être suivis. Or si le Conseil constitutionnel, par *obiter dictum*, souhaite inciter les juridictions à adopter le raisonnement qu'il développe, la Cour de cassation «semble parfois peu convaincue par les opinions ainsi dites en passant»¹⁹⁰. On peut notamment rappeler qu'elle s'est écartée de la position du Conseil constitutionnel indiquée par *obiter dictum* concernant la responsabilité du chef de l'état¹⁹¹. Il n'est pas non plus toujours aisé de distinguer ce qui participe de motifs décisives ou de simples indications dans

¹⁸⁵ V. p. ex. Décis. n° 87-233 DC du 05 janvier 1988, Loi relative aux élections cantonales, «*Les autres dispositions de la loi relative aux élections cantonales sont déclarées conformes à la Constitution*».

¹⁸⁶ La question prioritaire de constitutionnalité, sous la direction de D.Rousseau, Lextenso 1ere édition 2010, p88.

¹⁸⁷ Cass, QPC 16 avril 2010, n°10-40.002 ; JCP G 2010, 464 B.Mathieu.

¹⁸⁸ Lexique des termes juridique, Dalloz : *Expression de la procédure anglaise, qualifie l'argument qui n'est pas invoqué pour fonder la décision. S'applique en principe à un raisonnement dénué de force obligatoire ayant un fondement pédagogique pour éclairer le juge.*

¹⁸⁹ P. Deumier; QPC : La question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du caractère prioritaire), RTD Civ , n° 3, 2010, p. 499-504.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ Cass, ass plén, 10 octobre 2001, Breisacher, n°01-84.922.

les décisions du Conseil constitutionnel. Il serait tout à fait envisageable qu'en renvoyant au motif d'une décision pour refuser de transmettre la question, le juge fasse en réalité référence à un mélange de données normatives et indicatives. Une motivation rigoureuse et fondée nécessiterait de viser expressément l'extrait de la décision constitutionnelle concernée.

3/ Le changement de circonstances constitutionnelles

Parmi les différentes formes de changement de circonstances de droit envisageables¹⁹², la notion de circonstances constitutionnelles est particulièrement délicate. La situation la plus simple et la plus rare est celle d'une modification de la Constitution ou la consécration d'un nouveau principe par le Conseil. Si l'adoption d'un nouveau principe ne pose pas de difficultés, il faut noter qu'une QPC portant sur un fondement constitutionnel différent devrait être recevable. Il s'agirait alors d'une nouvelle lecture constitutionnelle de la disposition justifiant un réexamen. Par exemple si la disposition critiquée a fait l'objet d'une déclaration de constitutionnalité sur le fondement du principe d'égalité, les justiciables pourraient invoquer les dispositions constitutionnelles relatives au principe de la légalité. Mais une interprétation stricte de l'article 23-2 de la part des juges du fond et de cassation, pourrait empêcher toute nouvelle contestation¹⁹³. Une décision de la Chambre criminelle du 5 juin 2012¹⁹⁴ peut être intéressante sur ce point. Les requérants soulevaient la question de la conformité des articles 186 alinéa 4 et 502 du code de procédure pénale au regard du droit à un recours effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, «en ce qu'ils obligent le justiciable à se rendre physiquement au greffe de la juridiction qui a rendu la décision pour y faire enregistrer sa déclaration d'appel et en ce qu'ils ne prévoient pas que les conditions de forme et de délai de l'appel doivent être préalablement portées à la connaissance de la personne concernée». La première branche de la question a été jugée dépourvue de sérieux par la Cour, notamment au regard de sa jurisprudence¹⁹⁵. La constitutionnalité de l'article 186 a été rapidement rejetée par la Cour au motif «que l'article 186 du code de procédure pénale a été déclaré conforme à la Constitution par la décision n° 2011-153 QPC du 13 juillet 2011». Or dans cette décision, le Conseil constitutionnel a estimé que l'article 186 devait être examiné de façon plus générale, au regard de l'équilibre des droits des parties dans la procédure, en tant qu'il encadre le droit d'appel du mis en examen, et de lui seul, dans un régime d'exception¹⁹⁶. Il a soulevé d'office ce grief et déclaré l'article 186 conforme sous réserve. Si le conseil a examiné l'ouverture du droit d'appel au regard des notions d'équité et d'égalité, la question soulevée par les requérants dans l'arrêt du 5 juin 2012 portait

¹⁹²Les auteurs distinguent les circonstances législatives (modification de la loi concernée), jurisprudentielles (revirement de jurisprudence constitutionnelle) et constitutionnelles.

¹⁹³ *op cit* : La question prioritaire de constitutionnalité, p 89.

¹⁹⁴ Crim, 5 juin 2012, 11-88.744.

¹⁹⁵ Crim *ibid* sur l'article 502 «que ce choix du législateur est fondé sur un texte de portée claire, auquel la chambre criminelle a apporté une interprétation permettant une dérogation au principe en cas d'impossibilité, pour la personne concernée, de se conformer à l'obligation légale»

¹⁹⁶ Commentaire de la Décision n° 2011-153 QPC du 13 juillet 2011 M. Samir A.

d'avantage sur la «connaissance» des conditions de formes et délais de l'appel, connaissance participant du principe du contradictoire. Ce n'est pourtant pas au regard du contradictoire que le Conseil a déclaré l'article 186 conforme. Même s'il est possible d'inclure la connaissance dans la notion «d'équilibre du droit des parties», le Conseil n'a pas statué sur cette question dans sa décision du 13 juillet 2011. Il aurait été plus juste de la part de la Cour de cassation qu'elle juge la question dépourvue de caractère sérieux si elle ne tenait pas à la transmettre plutôt que de renvoyer à une décision du Conseil ne traitant pas exactement du point de droit soulevé.

Section II / Un contrôle de constitutionnalité avoué

En venant confronter directement la disposition législative ou son interprétation aux normes constitutionnelles, la Cour de cassation opère un contrôle de constitutionnalité direct (I). Mais sans aller jusqu'au bout de ce contrôle et contribuer à la clarification des principes constitutionnels, la Cour se retranche fréquemment derrière «l'office du juge», contrôlant alors la conformité à la Constitution de manière indirecte (II).

I / UN CONTRÔLE DIRECT

Profitant de son rôle de filtre, la Cour de cassation dépasse parfois la lettre de la loi organique en venant confronter elle-même la disposition critiquée à la Constitution (A). Si cette pratique découle nécessairement du fonctionnement de la QPC, c'est une pratique regrettable lorsqu'elle permet à la Cour de ne pas confronter les présomptions *contra-legem* qu'elle a pu établir (B).

A / Confrontation expresse au principe constitutionnel

D'une manière de plus en plus affirmée (1) la Cour, pour juger une QPC dépourvue de caractère sérieux vient confronter expressément la disposition critiquée au principe constitutionnel. Mais ce contrôle demeure souvent lacunaire, notamment en ce qui concerne les règles de prescription et la liberté d'expression (2).

1/ Un contrôle croissant

Ce pré-examen de la constitutionnalité des dispositions a débuté en dehors de la matière pénales. La première manifestation, timide, est une décision d'Assemblée plénière le 7 mai 2010 refusant de renvoyer la question portant sur la réparation des incendies communiqués¹⁹⁷. La Haute juridiction juge que les dispositions sont dépourvues d'incidence sur l'indemnisation de la victime par son propre assureur

¹⁹⁷ Cass , Ass. plén. 07 mai 2010 n° 09-15.034 , D 2010 , p1075.

de dommages aux biens, qu'il n'est pas porté atteinte au droit de propriété ni au principe selon lequel tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. Ce glissement s'est ensuite révélé dans trois décisions d'Assemblée plénière¹⁹⁸ à l'occasion de l'examen du seuil prévu pour la représentativité syndicale au regard de la liberté syndicale¹⁹⁹. L'assemblée juge alors que ce seuil «ne constitue pas une atteinte au principe de la liberté syndicale et la représentation légitimée par le vote, loin de violer le principe de participation des salariés à la détermination collective de leurs conditions de travail par l'intermédiaire des syndicats, en assure au contraire l'effectivité». Si pour la Cour l'atteinte n'est pas constituée, elle se livre néanmoins à un véritable contrôle de constitutionnalité. Il faut remarquer dans cette décision, que la Cour s'approprie le bloc de constitutionnalité puisque les principes constitutionnels invoqués font parti du Préambule de 1946²⁰⁰.

Dans deux décisions du 22 janvier 2013²⁰¹ la Cour a à nouveau procédé à ce contrôle en appréciant elle même la proportionnalité de l'atteinte, comme le ferait le Conseil constitutionnel. Dans une première hypothèse originale, c'est dans la décision de renvoi que la Chambre criminelle prend parti pour l'inconstitutionnalité. Elle juge ainsi s'agissant des dispositions relatives aux règles de prescription en matière de délit de presse que «la différence de régime instauré en matière de prescription par les dispositions critiquées est susceptible de dépasser ce qui serait nécessaire pour prendre en compte la nature particulière des délits ci-dessus visés au regard des autres infractions de presse, et de porter atteinte au principe d'égalité des citoyens devant la justice». Enfin dans la seconde décision, elle juge que les dispositions législatives relatives à l'interdiction de vente ou de mise à disposition d'objet à caractère pornographique près d'un établissement d'enseignement ne porte pas «à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi». Le Conseil d'état, pour écarter le grief de l'incompétence négative du législateur a même été amené dans le dispositif d'une décision à fixer des directives d'application de la loi²⁰². Ces quelques exemples permettent d'apprécier le contrôle de constitutionnalité croissant des juges suprêmes et notamment du juge de cassation. Or une telle pratique n'est pas à l'abri des critiques, comme en témoignent les décisions relatives à l'article 24 bis de la loi de 1881 et aux règles de prescription de l'action publique.

¹⁹⁸ Cass, Ass. plén , 18 juin 2010, nos 10-40.005, 10-40.006 et 10-40.007 ; D.2010 p 2264 ; RDT civ 2010 p 622 et s. J-F Akandji Kombé et M-F Mazars.

¹⁹⁹ Parmi les critères posés par L2122-1 du code du travail, pour qu'une organisation syndicale soit représentative il faut notamment qu'elle ait obtenu un seuil de 10% des suffrages exprimés lors de certaines élections.

²⁰⁰ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : *alinéa 6. Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix. et alinéa 8. Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises.*

²⁰¹ Première décision : Crim, 22 janvier 2012, n°12-90.064 , Seconde décision : Crim 22 janvier 2013 n°12-90.065.

²⁰² CE, 29 octobre 2012, n°361327 , le Conseil précise que des fédérations sportives délégataires devront mettre en oeuvre les pouvoirs qui leur sont conférés par la loi, sans méconnaître la liberté contractuelle ni la liberté d'entreprendre.

2) Un contrôle lacunaire

La Cour de cassation pourrait jouer un rôle déterminant dans la proclamation des principes constitutionnels. Mais un sentiment d'inachevé demeure face à la motivation incertaine des décisions relatives aux règles de prescription de l'action publique et en matière de liberté d'expression.

a) Prescription

La question portant sur les règles de prescription de l'action publique et l'incidence de la connexité est ici très significative. Étudiée au titre du refus de renvoi d'une interprétation portant sur une interprétation jurisprudentielle constante²⁰³ il convient maintenant de l'aborder au regard des principes constitutionnels invoqués pas la cour de cassation. La cour affirme assez audacieusement «que la prescription de l'action publique ne revêt pas le caractère d'un Principe fondamental reconnu par les lois de la République et ne procède pas des articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 aout 1789, ni d'aucune disposition, règle ou principe constitutionnel». La Cour se livre à un contrôle approfondi allant même jusqu'à affirmer l'inexistence d'un PFRLR. Pourtant du fait de la position différente du Conseil d'Etat et des incertitudes quant à la position du Conseil constitutionnel, la QPC aurait pu avoir un caractère sérieux justifiant sa transmission²⁰⁴. Compte tenu de l'origine prétorienne du droit administratif, il n'est guère surprenant que le Conseil d'Etat ait le pouvoir de dégager des PFRL, c'est notamment le cas dans un Avis rendu le 29 février 1996 au sujet des règles de prescription : «Le Conseil d'Etat considère que l'existence d'une règle de prescription qui est un principe fondamental reconnu par les lois de la République exige que, pour les crimes dont la nature n'est pas d'être imprescriptibles, un délai de prescription soit fixé dans le statut, en fonction de la gravité des crimes commis»²⁰⁵. A l'opposé, le Conseil constitutionnel ne s'est jamais prononcé clairement sur cette question, il a simplement jugé dans une décision du 22 janvier 1999 au sujet du Traité portant statut de la Cour pénal internationale «qu'aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, n'interdit l'imprescriptibilité des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale»²⁰⁶.

La cours refuse également de renvoyer la question au Conseil au motif que le principe de prévisibilité de la loi découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789, n'est pas atteint. Rappelons que la Cour juge «que les règles relatives au point de départ de la prescription de l'action publique et à

²⁰³ *supra* p 9 à 10 Cass Ass. plén., 20 mai 2011, n° 11-90.032, 11-90.025, 11-90.042, 11-90.033 ; D 2011 p 1426, 1775 et 2231 ; RSC 2011 p 611 et 656 ; RSC 2012 p 221.

²⁰⁴ De Lamy Bertrand 2012 *op cit note 135* .

²⁰⁵ Conseil d'Etat, Section de l'intérieur, 29 février 1996, n° 358597, Avis "Cour pénale internationale", 5°.

²⁰⁶ Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999 Traité portant statut de la Cour pénale internationale, consid 20 ; RFDA 1999 p. 285 B. Genevois ; RSC 1999, p 353 obs J-F Seuvic, p497 obs E. Dezeuze, p 614 obs A. Giudicelli.

l'incidence que la connexité peut exercer sur elle, sont anciennes, connues, constantes et reposent sur des critères précis et objectifs». Mais la jurisprudence relative à la prescription de l'action publique est un thème bien délicat. Sans doute les solutions relatives aux infractions en cause dans les arrêts d'Assemblée plénière (abus de confiance et abus de biens sociaux) sont fixes mais la «construction jurisprudentielles d'ensemble tend à fluctuer et demeure incertaine dans son périmètre»²⁰⁷. On pourrait opposer que l'interprétation a toute sa place dans ce domaine puisqu'au terme de l'article 111-4 du code pénal, seule la «loi pénale est d'interprétation stricte» et non la loi pénale de forme. Mais au terme de l'article 34 de la Constitution, la procédure pénale relève de la matière législative, seule la loi pouvant alors prévoir des exceptions ou des dérogations. La notion jurisprudentielle «d'infractions clandestine» préoccupe d'ailleurs le législateur comme en témoigne l'avant projet d'un futur code de procédure pénale du 1er mars 2010 qui entérinait certaines solutions dégagées par la jurisprudence²⁰⁸. Ce projet n'a pas abouti mais l'infraction clandestine a néanmoins bénéficié d'une reconnaissance législative, une loi du 14 mars 2011 venant ajouter un troisième alinéa à l'article 8 du code de procédure pénale à ce sujet²⁰⁹.

b) Liberté d'expression et de communication

Le contrôle de constitutionnalité du juge de cassation s'est particulièrement manifesté en matière d'infraction de presse et au regard de la si précieuse liberté d'expression. La loi de 1881 demeure le texte de référence en matière de presse pour la protection qu'elle lui apporte en définissant la plupart des délits punissables.

Dans la décision du 7 mai 2010 la Cour manifeste ses intentions de procéder à un pré-contrôle de constitutionnalité. Cette décision été mentionnée précédemment sous l'angle de la constitutionnalité par renvoi aux normes internationales que la Cour a opéré²¹⁰ mais après s'être référée aux «textes régulièrement introduits en droit interne» la cour conclut que «la répression, dès lors, ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de liberté d'expression et d'opinion». Le juge se fait ici «juge direct, immédiat et plein de la constitutionnalité en se livrant à une interprétation de la disposition législative comme le ferait le Conseil constitutionnel»²¹¹. Or il n'est pas certain que le Conseil constitutionnel aurait adopté la même solution du fait de l'importance qu'il accorde à cette liberté²¹². Il a notamment jugé que la

²⁰⁷H. Matsopoulou, Questions prioritaires de constitutionnalité et abus de biens sociaux, RSC 2011, p611.

²⁰⁸ Art 121-6 et suivant, Avant projet du futur code de procédure pénale, 1er mars 2010.

²⁰⁹ Loi n°2011-267 du 14 mars 2011 «*Le délai de prescription de l'action publique des délits mentionnés aux articles 223-15-2, 311-3, 311-4, 313-1, 313-2, 314-1, 314-2, 314-3, 314-6 et 321-1 du code pénal, commis à l'encontre d'une personne vulnérable du fait de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou de son état de grossesse, court à compter du jour où l'infraction apparaît à la victime dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique.*»

²¹⁰ *supra* p 31 à 33 Cass, QPC, 7 mai 2010, 09-80.774, Pierre de Montalivet NCCC 2010 p. 256 ; Jacques Francillon, RSC 2011 p 640 ; Bertrand de Lamy, RSC 2011, p 178 ; Pascale Deumier RTD Civ. 2010 p. 504.

²¹¹ D.Rousseau, Vive la QPC ? Oui !, Gaz. Pal. 27 mai 2010 p 16.

²¹² V.p. ex. Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580-DC, AJDA 2009. 1132.

liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son «exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés»²¹³. S'appuyant sur l'article 6 de la Déclaration de 1789 au terme duquel «la loi est l'expression de la volonté générale» et l'article 34 de la Constitution, le Conseil rappelle régulièrement le rôle du législateur dans l'établissement «des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer ; qu'il lui est également loisible, à ce titre, d'instituer des incriminations réprimant les abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication»²¹⁴. Il encadre cette liberté dans un strict contrôle de proportionnalité, les atteintes portées à l'exercice de cette liberté devant «être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi»²¹⁵. Il n'est pas évident que la loi *Gayssot* réponde à l'ensemble de ces conditions²¹⁶.

Or dans l'arrêt du 7 mai 2010, la Cour conclut à la conformité de l'article 24 bis de la loi de 1881 sans l'examiner, du moins explicitement, au regard des principes de proportionnalité, de nécessité et d'adéquation découlant de l'article 11 et de la jurisprudence particulièrement claire du Conseil constitutionnel. Pour Monsieur le Professeur De Lamy la Cour «confond alors le contrôle de la conformité à la légalité criminelle et celui de la compatibilité avec les principes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme»²¹⁷.

Cependant la position de la Cour de cassation semble conforme à celle de la Cour Européenne des droits de l'homme qui juge que la répression des propos négationnistes n'est pas une atteinte disproportionnée à l'article 10 de la convention²¹⁸. Il semblerait que la conventionnalité fasse préjuger de la constitutionnalité de la disposition. Mais cette attitude ne peut laisser pleinement satisfait en raison de l'adoption par la Cour de Strasbourg d'une conception particulièrement extensive de la liberté de la presse, «chien de garde de la démocratie»²¹⁹, pouvant encourager jusqu'à une dépenalisation de la diffamation et de l'injure.

²¹³ C. const., 20 mai 2011, décision n° 2011-131 QPC, cons. n° 3, D. 2011. 1420, obs. S. Lavric ; *ibid.* 2823, obs. G. Roujou de Boubée ; RSC 2011. 401, obs. Y. Mayaud, 28 févr. 2012.

²¹⁴ Décis. n° 2012-647 DC du 28 février 2012 Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi consid 4 et 5 : AJDA 2012. 411 ; D. 2012. 987, note J. Roux ; NCCC 2012, p67.

²¹⁵ *ibid.*

²¹⁶ *supra* p. 32.

²¹⁷ B de Lamy, La Constitution et la liberté de la presse, NCCC 2012, p19.

²¹⁸ CEDH, 24 juin 1996, Marais c/ France, req. 31159/96 ; CEDH, 24 juin 2003, req. 65831/01, D. 2004.

²¹⁹ voir par exemple July et SARL Libération/France, 14 février 2008 : « La marge d'appréciation des autorités nationales se trouve ainsi circonscrite par l'intérêt d'une société démocratique à permettre à la presse de jouer son rôle indispensable de chien de garde »

La Cour de cassation a également refusé la transmission de plusieurs autres questions portant sur les dispositions de la Loi de 1881 au motif qu'aucune ne présentait de caractère sérieux²²⁰. L'article 38 sexies punissant la révélation de l'identité de certains fonctionnaires a par exemple fait l'objet d'un refus de transmission au motif qu'il serait conforme aux articles 8 et 11. Les articles 23, 29, 35 et 53 ainsi que la portée que l'interprétation que la Cour leur confère ont également été mis en cause, sans renvoi. Le filtre redoutable de la Cour de Cassation dans une matière aussi sensible que la liberté d'expression est d'autant plus regrettable. Ces refus de transmission sont des occasions manquées pour le Conseil de se prononcer sans, le plus souvent, que la Haute juridiction motive de manière convaincante ni adéquate. C'est avec regret qu'un reproche similaire peut être adressé à la Cour quant à sa jurisprudence qui crée des présomptions d'intention (B).

B / La préservation de présomptions contraires à la Constitution

Parmi les éléments constitutifs d'une infraction²²¹, l'élément moral est sans doute le plus délicat à appréhender. La dimension morale de l'infraction permet d'apprécier la culpabilité de l'auteur et donc ce qui a dicté psychologiquement le comportement et l'adhésion au dommage qui en est résulté. L'intention ou *dol* est traditionnellement définie comme la volonté tournée vers le résultat. L'article 121-3 du code pénal réserve une place prioritaire à l'intention au cœur de la culpabilité en affirmant «qu'il n'y a pas de crime ou de délit sans intention de le commettre»²²². Ce principe fondamental signifie clairement qu'une personne ne peut voir sa responsabilité engagée, et encore moins être condamnée pour des faits criminels ou délictuels dont il n'est pas prouvé qu'elle les a commis intentionnellement. Les infractions intentionnelles existent néanmoins, «lorsque la loi le prévoit» et selon les distinctions des alinéas 2 et 3 de l'article 121-3²²³. Il en résulte donc que seul le législateur peut créer une infraction non intentionnelle. Ce principe de l'intention est le prolongement en droit interne des principes de la légalité des délits et des peines et de la présomption d'innocence consacrés aux articles 8 et 9 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le Conseil constitutionnel est particulièrement vigilant au respect de la présomption d'innocence. Il en a rappelé l'importance dans plusieurs décisions²²⁴ notamment dans la décision des 19-20 janvier 1981 dite Sécurité et Liberté où il est clairement affirmé que «quelle que soit l'option faite par le procureur de la République entre les diverses procédures de poursuite (...) le jugement de l'affaire au fond appartient à la même juridiction, celle-ci (...) doit statuer sur la culpabilité du prévenu

²²⁰ Crim., 28 sept. 2010, n° 10-90.096 ; Crim., 6 déc. 2011, n° 11-90.091 ; Cass., 31 mai 2010, n° 09-87.578, D. 2010. 1486 ; RSC 2010. 640, obs. J. Francillon ; Cass., 16 juill. 2010, n° 10-90.081, D. 2010. 1944 ; Crim 21 juin 2011 n°11-90.046.

²²¹élément légal, élément matériel, élément moral, résultat.

²²² Y. Mayaud, Droit pénal général, 3ème édition PUF, p 234 et s.

²²³ Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.

²²⁴ Décis. du 9 janv. 1980, n° 79-109 DC ; Décis. du 2 févr. 1995, n° 95-360 DC.

toujours présumé innocent selon des règles de forme et de fond identiques»²²⁵. Ce principe n'est cependant pas absolu, le Conseil ayant admis en 1999²²⁶ que «en principe le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive ; que, toutefois, à titre exceptionnel, de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité». Le Conseil constitutionnel a réaffirmé sa position récemment en indiquant «qu'il résulte des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 que nul ne peut être punissable que de son propre fait ; que, s'agissant des crimes et des délits, la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés ; qu'en conséquence, la définition d'une incrimination, en matière délictuelle, doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral de celle-ci, intentionnel ou non ; qu'enfin, en principe, le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive»²²⁷. Par ces deux décisions, le Conseil a déduit des articles 8 et de la 9 de la Déclaration de 1789 la nécessité de caractériser l'élément intentionnel des délits et des crimes pour prononcer une décision, il a ainsi consacré la valeur constitutionnelle du principe consacré par l'article 121-3 selon lequel « Il n'y a point de crime ou délit sans intention de le commettre».

Cependant, s'affranchissant des principes et exceptions constitutionnelles, et s'engouffrant dans la brèche ouverte par ce «en principe», la Cour de Cassation autorise voire invite les juridictions du fond à faire l'impasse sur la caractérisation de l'élément intentionnel de certaines infractions. Cette pratique de présomption d'intentionnalité s'illustre particulièrement grâce au mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité. En refusant de transmettre des questions au Conseil, la Cour opère alors directement un contrôle de constitutionnalité afin de préserver sa jurisprudence, pourtant manifestement inconstitutionnelle. Cette pratique peut s'illustrer en droit pénal général, en droit pénal spécial et particulièrement dans le droit pénal de la presse.

1/ Responsabilité des personnes morales

La jurisprudence de la Cour de cassation relative à la responsabilité des personnes morales a donné lieu à de vifs débats doctrinaux. L'article 121-2 du code pénal a fait l'objet d'une première QPC le 11 juin 2010, les requérants tenant à faire constater que cet article est contraire «à l'exigence de précision suffisante de la loi pénale en ce qu'il permet de retenir la responsabilité pénale d'une personne morale sans même qu'un fait précis soit imputé à ses organes ou représentants ni même que ceux-ci soient identifiés». Mais se retranchant derrière l'interprétation littérale de la loi organique adoptée initialement la Cour a répondu que «la question posée, sous le couvert de la prétendue imprécision des dispositions

²²⁵ Décis. du 19-20 janv. 1981, n° 81-127 DC, D. 1982, 441, note A. Dekeuwer, JCP 1981-II-19701, note C. Franck.

²²⁶ Décis. n° 99-411 DC du 16 juin 1999 cons 5.

²²⁷ Décis. n° 2010-604 DC du 25 février 2010 .

critiquées, tend en réalité à contester l'application qu'en fait la Cour de cassation, qu'elle ne satisfait pas dès lors aux exigences du texte constitutionnel précité²²⁸. La question a à nouveau été soulevée au regard des principes d'égalité, de la légalité, de la personnalité et de la présomption d'innocence. La cour juge la question dépourvue de caractère sérieux «dès lors que l'article 121-2, alinéa 1er, du code pénal instituant la responsabilité pénale des personnes morales prévoit que cette responsabilité ne peut être engagée que du seul fait d'infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants, qu'il ne contrevient pas au principe de la légalité des délits et des peines et ne comporte aucune dérogation injustifiée au principe d'égalité devant la loi, et qu'enfin, il ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence». Mais ces questions portant sur l'imprécision du texte au regard du principe de légalité mettent en lumière l'interprétation jurisprudentielle quasi *contra legem* qu'ont développée les juridictions répressives. Rappelons qu'au terme de l'article 121-2 les personnes morales peuvent être responsables pénalement «des infractions commises pour leur compte, par leur organes». La lettre de l'article est claire et suppose donc l'identification de la personne physique auteur de l'infraction pour l'imputer par la suite à la personne morale. Or de nombreux arrêts, tout en retenant la responsabilité d'une personne morale n'ont pas procédé à l'identification de la personne physique au motif que l'infraction n'a pu être commise pour le compte de la personne morale que par ses organes ou représentants²²⁹. La solution retenue par la jurisprudence, outre qu'elle permet des ellipses de motivation dans les décisions de condamnation, entraîne un renversement de la charge de la preuve, la personne morale devant montrer que la personne physique n'a pas la qualité d'organe ou de représentant pour agir. La réponse de la Cour dans la décision du 11 juin 2010 montre parfaitement que cette dernière a conscience que c'est sa jurisprudence qui est mise en cause. Cette jurisprudence, outre qu'elle est en contradiction avec la jurisprudence constitutionnelle qui n'admet des présomptions qu'en matière contraventionnelle et sous conditions, semblerait consacrer une sorte d'imputabilité des personnes morales totalement absurde : s'il n'est plus besoin de passer par le relais de la personne physique, la responsabilité peut être imputée directement aux personnes morales qui seraient alors dotées de discernement ?

Cependant si la Doctrine majoritaire a toujours penché en faveur de la thèse de la présomption, cette opinion n'est pas partagée par Monsieur le Professeur Mayaud qui défend un mécanisme d'implication. De récents arrêts viendraient confirmer cette interprétation de la jurisprudence de la Cour de cassation²³⁰. On peut notamment citer l'arrêt de la Chambre criminelle 22 janvier 2013 qui vient casser l'arrêt d'une Cour d'appel au motif que «en prononçant comme elle l'a fait, sans (...) préciser en quoi les infractions qu'elle retenait avaient été commises pour le compte de la société SICRA, par un de ses organes ou

²²⁸ Crim 11 juin 2010 n°09-87.884, B de Lamy La légalité de l'article 121-2 du code pénal : la préservation par la Cour de cassation de sa propre jurisprudence, RSC 2011 p 177 ; C. Mascala, D. 2011 p 1859 ; A.Lepage, Question prioritaire de constitutionnalité (Chronique, Droit pénal général), RPDP no 3, 2010, p. 639-645

²²⁹ V. par ex. Crim. 20 juin 2006, n° 05-85.255, D. 2007. 617, note J.-C. Saint-Pau, 399, obs. G. Roujou de Boubée, et 1624, ; RSC 2006. 825, obs. Y. Mayaud ; Dr. pénal 2006. Comm. 128, obs. M. Véron ; Crim. 1er déc. 2009, n° 09-82.140, D. 2010. 1663, obs. C. Mascala, et 2732, obs. G. Roujou de Boubée ; Crim 28 janvier 2009 n°09-82.140.

²³⁰ Crim. 22 janvier 2013 n° 12-80.022 ; criminelle 2 octobre 2012 n° 11-84.415 Recueil Dalloz 2012 p. 2917 ; Crim 11 avril 2012 n°10-86.974, D.2012. 1381, note J-C Saint Pau ; RSC 2012 A. Cerf-Hollender p 377 ; Crim 11 octobre 2011 n° 10-87. D. 2011. 2841, obs. M. Bombled, note N. Rias ; AJ pénal 2012. 35, note B. Bouloc ; Rev. sociétés 2012. 52, note H. Matsopoulou.

représentants, (la Cour d'appel) a méconnu les textes susvisés et les principes ci-dessus rappelés». Pour Monsieur le Professeur Mayaud, il ne s'agit pas d'un revirement de jurisprudence, comme le présente pourtant la Doctrine majoritaire. Pour cet auteur la Cour n'aurait jamais abandonné le préalable de la commission de l'infraction par les auteurs physiques mais seulement entériné une différence tenant aux circonstances factuelles : en fonction de la structure interne de la personne morale, parce que les délégations de pouvoirs sont parfaites, c'est en toute certitude que l'on peut affirmer que l'infraction n'a pu être commise que par les organes ou représentants. Ainsi dans les arrêts où la Cour affirme que la responsabilité de la personne morale vaut commission par les organes ou représentants, elle viendrait en réalité établir positivement cette commission par implication.

Face à ces deux tendances doctrinales, il nous semble néanmoins important de constater que la Cour de cassation a refusé à deux reprises de transmettre les QPC portant sur l'article 121-2, alors que la Doctrine était favorable à cette transmission. Le Professeur Robert voit dans ces causes d'irrecevabilité, un «aveu remarquable, la Cour de cassation reconnaissant qu'elle a donné de l'article 121-2 une interprétation *praeter legem*»²³¹. Comme l'écrit justement Monsieur le Professeur Mayaud au sujet de ces récents arrêts soigneusement motivés il s'agit d'un «frein» mais non de la «fin de la jurisprudence relative à son (la responsabilité des personnes morales) implication présumée»²³². Qu'il s'agisse d'une présomption ou d'une implication tacite, l'important restera toujours que les juridictions fassent des efforts de motivation !

2/ Travail dissimulé et favoritisme

Ce sont les présomptions d'intentionnalité posées en matière de travail dissimulé et de favoritisme qui reçoivent les plus vives critiques. Ces deux incriminations ont fait l'objet d'un refus de transmission de QPC de la part de la Cour de cassation en ce qui concerne le travail dissimulé et de la part d'une Cour d'appel pour le favoritisme. Il nous semble plus intéressant d'étudier la décision relative au favoritisme, montrant que ce n'est pas uniquement le filtre de la Cour de cassation qui est arbitraire mais également celui des juges du fond quand est en cause une question qui leur déplaît.

Mentionnons simplement que la Cour de cassation en matière de travail dissimulé²³³ déduit en général l'intention de commettre le délit de la seule violation de prescriptions légales ou réglementaires

²³¹ Note sous crim 11 juin 2010, JCP G 2010,n°1030.

²³² Y. Mayaud, Homicide involontaire à la charge d'une personne morale : frein, mais non fin de la jurisprudence relative à son imputation « présumée», RSC 2012 p 825.

²³³ L8221-3 code du travail : «Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'activité, l'exercice à but lucratif d'une activité de production, de transformation, de réparation ou de prestation de services ou l'accomplissement d'actes de commerce par toute personne qui, se soustrayant intentionnellement à ses obligations 1° Soit n'a pas demandé son immatriculation ...(plusieurs registres) 2°Soit n'a pas procédé aux déclarations ... (différents organismes) .

compte tenu des fonctions de l'auteur²³⁴. L'ancien article L. 324-10 du Code du travail commençant par la formule «Est réputé travail dissimulé... », une question prioritaire de constitutionnalité a été soulevée à son encontre, alléguant qu'une telle affirmation instaurerait une présomption de culpabilité, contraire à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 (le reproche aurait été semblable concernant les articles L. 8221-3 ou L. 8221-5 nouveaux dudit code). Mais la Chambre criminelle a refusé de la transmettre au Conseil constitutionnel²³⁵, au motif que «le texte visé, s'agissant d'une infraction intentionnelle, n'emporte aucune atteinte au principe de la présomption d'innocence». S'il est vrai que la rédaction du texte ne pose pas en elle-même de présomption de culpabilité, la Cour de cassation a soigneusement évité de prendre sa jurisprudence en considération.

Le favoritisme est défini à l'article 432-14 du code pénal comme «le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public (...) ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public». A l'image de nombreuses infractions du droit pénal des affaires, les magistrats ont tendance à faire découler le dol spécial du dol général. La conscience et la volonté de favoriser illégalement un candidat sont ainsi, parfois, caractérisées du seul fait que l'auteur ait accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit, c'est-à-dire le fait de violer une règle préexistante²³⁶. La motivation de la cour est significative, elle juge notamment en 2003 que «l'intention coupable est caractérisée du seul fait que l'auteur a accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit», cette position ayant été constamment réaffirmée²³⁷. Cette présomption est manifestement *contra legem* puisque le délit est bien défini par le fait de «procurer ou de tenter de procurer à autrui», la volonté est bien tendue vers l'octroi ou la tentative d'octroi d'un avantage injustifié. Lors des débats parlementaires, le représentant du ministère de la justice avait justement précisé que «le délit de favoritisme n'est pas la pénalisation automatique de toute violation du Code des marchés publics, mais un délit intentionnel (...). Il ne saurait y avoir aucune automaticité ni dans la poursuite ni dans la sanction, et la recherche de l'intention frauduleuse nécessite des investigations»²³⁸. Or la Cour d'Appel de Saint-Denis le 20 février 2012²³⁹ a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'interprétation de

²³⁴ Voir. p. ex Crim 26 septembre 2000 n°00-80.035 «Attendu que X, de par ses fonctions, ne pouvait ignorer les prescriptions légales ou réglementaires en matière de droit du travail ; que la seule constatation d'une violation pour le prévenu aux dites obligations caractérise l'intention coupable exigée par l'article L121-3 du code pénal» ; Crim 9 mai 2001 n°99-86.365.

²³⁵ Crim. 25 juin 2010, no 10-90.068 . Segonds, Un an de droit pénal du travail, Dr. pénal 2010. Chron. 9, no 9.

²³⁶ Rep. Pen. - Favoritisme (Marchés publics) - Jérôme Lasserre Capdeville.

²³⁷ Crim 30 avril 2003 n° 02-83.285 ; Crim. 14 janv. 2004, n 03-83.396 , Bull. crim. no 11 ; RTD com. 2004. 623, obs. B. Bouloc ; Dr. pénal 2004. Comm. 50, obs. M. Véron. ; Crim 14 déc. 2005, no 05-83.898 , Bull. crim. no 333 ; RTD com. 2006. 495, obs. B. Bouloc ; Crim 20 mai 2009, n 08-87.354 .

²³⁸ Réponse ministérielle JO Sénat Q, 25 mai 2000, p 1881.

²³⁹ Saint-Denis, 20 février 2012, n° RG 11/00234.

l'article 432-14 . Elle a jugé la question dépourvue de caractère sérieux au motif que «la Cour de cassation ne fait pas abstraction de tout élément intentionnel de l'infraction [...] en ce qu'elle rappelle de façon constante que l'infraction doit avoir été commise "sciemment" ou "en connaissance de cause" » de sorte que « la conscience de la violation d'une disposition légale ou réglementaire relative à l'attribution des marchés publics et de l'octroi d'un avantage injustifié suffit à traduire l'intention de favoriser la commission de l'infraction ». Elle ne dit cependant pas que cette conscience est déduite de la matérialité des faits. La question est pourtant sérieuse, on peut s'interroger sur la position du Conseil. Compte tenu de l'insécurité juridique et de l'aléa judiciaire induis par la jurisprudence dominante il importe que le Conseil puisse se prononcer rapidement sur cette présomption d'intentionnalité manifestement contraire à la volonté du législateur et des principes constitutionnels.²⁴⁰

3) Droit pénal de la presse

La Cour a refusé à deux reprises de transmettre une question portant sur présomption de mauvaise foi en matière de diffamation. Dans une première décision, c'était l'article 35 de la loi du 29 juillet relatif à l'exception de vérité en matière de diffamation qui était mis en cause²⁴¹. Le requérant s'interrogeait sur la conformité à la constitution de la présomption de mauvaise foi posée par les juridictions au regard de la liberté d'expression et de la présomption d'innocence. La cour juge la question dépourvue de sérieux au motif qu'elle «tend, en réalité, non à contester la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation au regard du caractère spécifique de la diffamation». Cette référence à la jurisprudence est à replacer dans l'opposition initiale de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel quant à l'étendue du contrôle. Dans la seconde décision du 16 juillet 2012²⁴² c'est l'article 31 de cette même loi relatif à la diffamation publique qui était visé en ce «qu'il méconnaît le principe d'égalité, par rapport aux règles régissant la diffamation envers particuliers, de même que le principe de nécessité et de proportionnalité des peines, et, enfin, celui de la présomption d'innocence conjuguée à la règle du contrôle et de la responsabilité des agents publics». La cour juge à nouveau la question dépourvue de caractère sérieux, elle balaye rapidement les arguments fondés sur la rupture d'égalité et la disproportion et précise in fine «qu'enfin, toute personne poursuivie sur le fondement de l'article 31 de la loi du 29 juillet 1881 est admise à rapporter la preuve de sa bonne foi».

Il faut rappeler que la jurisprudence a consacré de longue date une présomption selon laquelle les imputation diffamatoires sont réputées faite de mauvaise foi avec l'intention de nuire et qu'elles

²⁴⁰M Desplanques et E. Daoud, Les présomptions d'intentionnalité posées par la Cour de cassation : une pratique anti-constitutionnelle, Constitutions n°2 avril-juin 2012, p 321 et suivants.

²⁴¹ Crim, 31 mai 2010, 09-87.578 ; CCE 2010. comm. 90, note A. Lepage ; JCP 2010. 1258. 3, obs. B. de Lamy ; D. 2010. 1486 ; RSC 2011 p. 640, note J Francillon.

²⁴² Crim 16 juillet 2010 n°10-90.081 ; CCE 2010. comm. 114, note A. Lepage ; JCP 2010. 1258. 4, obs. B. de Lamy.

impliquent l'intention coupable de leur auteur²⁴³. Cette présomption ne peut céder qu'en présence de faits justificatifs : l'exception de vérité et l'exception de bonne foi.

La justification de la cour pour refuser le caractère sérieux de la question, semble conforme à la jurisprudence européenne²⁴⁴ et aux solutions que la Cour de cassation a pu développer lors de son contrôle de conventionnalité. La Cour a par exemple affirmé que «le principe selon lequel l'intention de nuire est attaché de plein droit aux imputations diffamatoires n'est pas incompatible avec les dispositions (...) des articles 6 et 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales, lesquelles ne mettent pas obstacle aux présomptions de droit ou de fait en matière pénale dès lors qu'il est possible d'apporter la preuve contraire et que les droits de la défense sont assurés»²⁴⁵.

Cependant la difficulté relative au sens de la notion de «bonne foi» semble persister. Comme le soulève Madame le Professeur Lepage, «rapporter la preuve de la bonne foi consisterait à établir que le diffamateur n'était pas de mauvaise foi. Pourtant compte tenu de la nature des propos diffamatoires, il est quasiment impossible de renverser cette présomption, tant l'intention fait corps implicitement mais nécessairement avec de tels propos»²⁴⁶. La bonne foi en matière de diffamation semble donc distincte de l'envers de la mauvaise foi. Face à un fait justificatif prétorien dont le contenu est relativement flou, il semble que la présomption de mauvaise foi posée par la juridiction confine à la présomption irréfutable, pourtant prohibée par le Conseil constitutionnel (avec la nuance pour les contraventions). Comme ce fut le cas pour la question portant sur l'article 24 bis de la loi de 1881, la conventionnalité de la disposition et de son interprétation laissent la Cour de cassation présager de sa constitutionnalité²⁴⁷. Si l'interprétation du juge participe de la légalité, comme semble l'affirmer la Cour en matière de diffamation, le recours à cet «office du juge pénal» permet indirectement de contrôler la constitutionnalité d'une disposition et de soustraire des dispositions au contrôle du Conseil (II).

II / UN CONTROLE INDIRECT

Comme le relève H. Kelsen, «si un organe juridique doit appliquer le droit, il faut nécessairement qu'il établisse le sens des normes qu'il a mission d'appliquer, il faut nécessairement qu'il interprète ces normes». Dire du juge, qu'il n'est que la bouche qui prononce une application mécaniste de la loi, comme si celle-ci était par essence inévitablement «claire», n'est que donner une vision simpliste de son office. Si

²⁴³ V. p. ex. Crim. 24 juin 1920, DP 1920. 1. 48 ; Crim 15 oct. 1985, Bull. crim. n° 315 ; Crim 29 nov. 1994, n° 382, D. 1997. Somm. 74, obs. Ch. Bigot, RSC 1995. 571, obs. B. Bouloc.

²⁴⁴ Rapp. CEDH, 11 mai 2010, Fleury c. France, req. n° 29784/06, cet arrêt ayant été rendu dans une espèce comparable où le requérant n'avait pas apporté la preuve de la véracité de ses dires et n'était pas non plus de bonne foi, et ayant conclu à l'unanimité à la non violation de l'art. 10 de la Convention EDH.

²⁴⁵ Crim 16 mars 1993, n° 91-81.819.

²⁴⁶ Lepage, Agathe, Question prioritaire de constitutionnalité (Chronique, Droit pénal général), RPDP, n° 3, 2010, p. 639-645.

²⁴⁷ *supra* p.47.

la sécurité juridique commande une certaine unité des principes d'interprétation du droit pénal²⁴⁸, le juge pénal rejette fréquemment le grief tiré de la méconnaissance du principe de la légalité au motif que l'interprétation d'une disposition «entre nécessairement dans l'office du juge». En présence de questions manifestement abusives ou dilatoires cette réponse est plus que justifiée²⁴⁹. La QPC est ainsi l'occasion de s'interroger sur ce qui entre réellement dans l'office du juge en tant que filtre, sur ce qui participe d'un office injustifié et d'un contrôle de constitutionnalité indirect (A) et au contraire de ce qui participe d'un office justifiable malgré les lacunes de la loi (B).

A / Un office injustifié

Dans de nombreuses hypothèses, il semblerait que le seul fait qu'une infraction ait donné lieu à une jurisprudence abondante, permette au juge pénal de refuser de renvoyer une question au Conseil constitutionnel. Sans pouvoir être exhaustif, il convient de présenter quelques hypothèses où la référence à l'office du juge peut sembler injustifiée (blanchiment et abus d'autorité dirigé contre l'administration, 1 et 2) et même injustifiable en ce qui concerne les délits d'entrave (3) .

1/ Le blanchiment

Une première question a été soulevée au sujet de l'infraction spéciale de blanchiment du produit d'un trafic de stupéfiant incriminé par l'article 222-38 du code pénal. Les requérants critiquaient la constitutionnalité de cet article au regard des articles «5, 8 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, 34 de la Constitution, au principe de légalité des délits, ainsi qu'aux principes de clarté de la loi, de prévisibilité juridique et de sécurité juridique en ce qu'il qualifie de blanchiment du produit des infractions mentionnées aux articles 222-34 à 222-37 du code pénal tout concours apporté à une opération de placement, de dissimulation de conversion du produit de l'une de ces infractions sans précision suffisante sur les contours de l'infraction». La cour a jugé l'incrimination conforme au principe de la légalité au motif que «les dispositions de l'article 222-38 du code pénal (...) définissent de manière suffisamment claire et précise les opérations qu'elles répriment, chacune de ces opérations étant spécifiquement qualifiée»²⁵⁰. Il faut toutefois noter que les termes de placement, dissimulation et de conversion empruntent autant au vocabulaire économique qu'au vocabulaire juridique, ce qui leur confère une précision approximative et un contenu variable selon les commentateurs²⁵¹.

²⁴⁸ B de Lamy, Un nouveau procédé de constitutionnalisation du droit pénal : la QPC. Bilan critique, Mél. JH Robert, LexisNexis 2012, p 377.

²⁴⁹ V. p. ex. Crim 20 novembre 2012 n°12-82.218. question portant sur la notion «d'animal dangereux» dont la confiscation peut être prononcée à titre de peine complémentaire prévue par l'article 131-21-1. La cour juge a très bon escient «qu'il entre nécessairement dans l'office du juge d'apprécier, au cas par cas, la dangerosité de chaque animal notamment au regard des dispositions des articles L211-11 et L211-12 du code rural».

²⁵⁰ Crim, 12 septembre 2012, 12-80.374.

²⁵¹ Répertoire de droit pénal et de procédure pénale - Blanchiment «19. Définitions des faits de blanchiment immédiat»- Marc SEGONDS - janvier 2013 www.dalloz.fr.

Une autre forme d'incrimination du blanchiment a été examinée devant la Cour de cassation. Il s'agit d'une question portant sur l'article 324-1 al. 2 du Code pénal qui assimile au blanchiment le fait «d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit». Les auteurs de la question prétendent que cet article est contraire au principe de la légalité des délits et des peines «en tant qu'il sanctionne l'auteur du blanchiment du produit d'une infraction qu'il a lui-même commise, bien qu'il ne vise que «le fait de», visant nécessairement un tiers complice». La cour a à nouveau répondu que l'infraction est définie «en termes suffisamment clairs et précis pour permettre son interprétation et sa sanction, qui entrent dans l'office du juge pénal, sans risque d'arbitraire, et ne portent pas atteinte au principe de légalité des délits et des peines».

Au delà de ces prétentions il nous semble que l'article 324-1 dans ces deux alinéas mériterait de faire l'objet du contrôle de constitutionnalité. Cette incrimination a été introduite dans la précipitation par une Loi du 13 mai 1996²⁵² afin de transposer une convention du Conseil de l'Europe signée à Strasbourg le 8 novembre 1990. Mais cette incrimination souffre plusieurs critiques. Le terme même de blanchiment est impropre (il s'agirait plus justement d'une «aide au blanchiment»), l'élément matériel est relativement flou («le fait de faciliter par tout moyen») enfin et surtout, la généralité de la formule employée à l'alinéa 2 pourrait absorber celle de son alinéa 1²⁵³. Il est regrettable que la Cour se réfugie derrière l'office du juge. Il serait même envisageable que la Cour consacre à nouveau une constitutionnalité par renvoi à un texte international²⁵⁴. Notons brièvement que «l'intrusion croissante» des normes européennes en matière pénale menace particulièrement le principe de la légalité matérielle, compte tenu de la rédaction souvent approximative des textes européens.

2/ L'abus d'autorité dirigé contre l'administration

L'article 432-1 du code pénal qui réprime le «fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions, de prendre des mesures destinées à faire échec à l'exécution de la loi» a fait l'objet de plusieurs QPC qui ont toutes donné lieu à un refus de transmission²⁵⁵. Les requérants ont d'abord dénoncé l'imprécision de tous les éléments constitutifs de l'infraction, puis la notion de «loi» qui pourrait être entendue au sens formel comme matériel, et enfin la notion de «mesure». La Cour a jugé à chaque reprise que l'incrimination est rédigée en termes précis et

²⁵² Loi 16 mai 1996 n° 96-392 relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic de stupéfiants.

²⁵³ E. Dreyer, Droit pénal spécial, 2^e édition, ellipse, p 568 à 570 «Les différentes formes d'aide au blanchiment».

²⁵⁴ La Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, signée à Bruxelles le 21 septembre 2005 est venue préciser les termes employés par la Convention de 1990.

²⁵⁵ Crim 11 juillet 2012 n°11-88.664 n° 4480 ; Crim 22 août 2012 ,12-90.043 n° 4707 ; Crim 12 septembre 2012 n°12-80.374 ; Crim 19 décembre 2012, 11-88.664.

dépourvus d'ambiguïté. Il faut rappeler que l'ancien article 188 du code pénal était plus précis²⁵⁶, la rédaction actuelle issue de la réforme du code pénal a limité la répression aux seules personnes dépositaires de l'autorité publique et aux seules mesures destinées à faire échec à l'exécution de la loi. En s'abstenant de définir les mesures, le législateur pourrait par exemple exposer à des poursuites pénales les autorités administratives prenant des décisions ensuite annulées par le tribunal administratif. Cet article n'est cependant pas le fondement de nombreuses poursuites, il semble même que l'ancien article n'ait jamais été appliqué²⁵⁷. Le professeur Michèle-Laure Rassat observe que la formule «prendre des mesures» ne paraît pas «d'une particulière clarté»²⁵⁸. La question a d'ailleurs été regardée comme suffisamment sérieuse par Monsieur Boccon-Gibod, avocat général lors de l'affaire ayant donné lieu au refus de transmission du 19 décembre 2012²⁵⁹. Ce texte ne semble pas pouvoir échapper au grief du manque de clarté, ce n'est qu'en adoptant une interprétation extensive que le juge pénal pourrait combler les lacunes de cet articles, l'office du juge étant dépassé.

3 / Délits d'entrave

Deux questions concernant les délits d'entrave ont été soumises à la Cour de cassation. La théorie générale de l'infraction fait une place à ce type de définition, il s'agit «d'infractions ouvertes» c'est à dire d'infractions qui se prêtent à des applications très largement comprises, avec des conséquences peu favorables au justiciable²⁶⁰. En effet ces incriminations sont définies par «Le fait d'entraver...» ou «Le fait d'apporter une entrave à...». Ces rédactions ne sont pas sans rappeler celle de l'ancien harcèlement sexuel, réduit pas la Loi du 17 janvier 2002 au «fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de natures sexuelle». Or on sait que cette définition lacunaire n'a pas résisté à la censure du Conseil constitutionnel²⁶¹. C'est en présence de ce genre de définitions que la question prioritaire de constitutionnalité pourrait avoir un effet particulièrement bénéfique. Une première question qui semblait pourtant tout à fait justifiée n'a pas été transmise au Conseil mais cette fois en raison d'une ordonnance de non lieu à statuer²⁶². Elle portait sur les articles L. 2328-1 et L. 2323-6 du Code du travail incriminant le délit d'entrave à la constitution de comités représentatif des salariés. C'est ensuite l'article 431-1 visant «le fait d'entraver (...) la liberté d'expression» qui a été confronté au filtre de la Cour de cassation. La question portait sur les modalités de cette entrave, notamment les violences et voies de faits qui, comme le

²⁵⁶ «Tout fonctionnaire public, agent ou préposé du Gouvernement, de quelque état et grade qu'il soit, qui aura requis ou ordonné, fait requérir ou ordonner l'action ou l'emploi de la force publique contre l'exécution d'une loi ou contre la perception d'une contribution légale, ou contre l'exécution soit d'une ordonnance ou mandat de justice, soit de tout autre ordre émané de l'autorité légitime(...)»

²⁵⁷ M.Garçon, Code pénal annoté,p 466.

²⁵⁸ M-L Rassat, Droit pénal spécial, Dalloz, 6è édition , n°1081.

²⁵⁹ Consultation du rapport lors du «stage de découverte» sous la direction de Monsieur Boccon-Gibod, semaine du 17 au 21 décembre 2012.

²⁶⁰ Y.Mayaud, Droit pénal général , 3ème édition PUF, p32.

²⁶¹ Décision n°2012-240 QPC du 4 mai 2012 , *supra p. 88 et s.*

²⁶² Crim, 6 juillet 2011,n° 11-80.232.

soulèvent les requérants «ne sont définies nulle part par la loi mais dont la définition est soumise aux juges». La Cour juge pourtant que «l'interprétation de l'article 431-1, alinéa 2, du code pénal, qui définit de manière intelligible et accessible le délit d'entrave à la liberté d'expression, entre dans l'office du juge pénal, les termes de violences ou de voies de fait, qui constituent l'un des éléments constitutifs de cette infraction, étant suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits et des peines»²⁶³. Certes la question ne portait pas directement sur le «fait d'entraver» mais la transmission de cette question aurait été particulièrement justifiée, ces infractions étant une des plus intolérables manifestations du déclin de la légalité matérielle en raison de leur définition et vague et incomplète. La solution est tout autre face à des dispositions claires et précises, la référence à l'office du juge étant justifiable et permettant de lutter contre les questions dilatoires (B).

B / Un office justifiable

L'interprétation entre nécessairement dans l'office du juge pénal quand elle se concilie avec une incrimination «définie de manière suffisamment claire et précise», toute la difficulté est donc de distinguer une incrimination dont l'imprécision porte atteinte au principe de légalité et celle dont l'appréciation, malgré une part d'interprétation ne conduit pas le juge à se substituer au législateur. Certains refus de transmission, bien que les infractions de soient pas toujours définies avec précision semblent justifiables et même justifiées par l'office du juge. C'est notamment le cas de diverses infractions à connotation sexuelle (1), des violences (2) et de l'atteinte au secret professionnel (3).

I / Les infractions sexuelles

La protection de la liberté sexuelle semble être un terrain propice à la question prioritaire de constitutionnalité. Rappelons que le Conseil constitutionnel, dans des décisions retentissantes et bienvenues a abrogé l'ancien article 222-33 relatif au harcèlement sexuel, l'article 222-31-1 relatif aux viols et agressions sexuelles incestueux ainsi que l'article 227-27-2 concernant les atteintes sexuelles incestueuses²⁶⁴. On aurait pu songer que ces décisions encourageraient la Cour à transmettre les questions portant sur des infractions proches mais il n'en est cependant rien. Dans un arrêt du 3 octobre 2012, tandis que les requérants dénonçaient l'article 222-22 du code pénal qui ne définit pas la notion «d'atteinte sexuelle» constitutive du délit d'agression sexuelle, la cour répond que «l'interprétation de l'article 222-22 du code pénal qui définit de manière suffisamment claire et précise le délit d'agression sexuelle, entre dans l'office du juge pénal»²⁶⁵.

²⁶³ Crim 22 août 2012, 12-90.043.

²⁶⁴ respectivement Décision n°2012-240 QPC du 4 mai 2012 ; Décisions n°2011-163 QPC 16 septembre 2011 ; Décision n° 2011-222 QPC du 17 février 2012 *infra* p 88 et s.

²⁶⁵ Crim 3 octobre 2012 n°12-90.052.

C'est en réalité au regard de la section que cet article ouvre, que la notion d'atteinte manque de clarté : cette section, relative aux agressions sexuelles, regroupe à la fois des atteintes nécessitant un contact entre l'auteur et sa victime²⁶⁶ et d'autres atteintes qui au contraire n'en nécessitent aucun²⁶⁷. Ces dernières incriminations semblent d'ailleurs davantage porter atteinte à la dignité de la personne (Chapitre V du Livre II du Code pénal) qu'à son intégrité physique ou psychique, comme le laisse pourtant présager l'intitulé du Chapitre II dans lequel elles sont contenues. La codification passe nécessairement par un travail de sélection et une recherche de cohérence. Or il peut être soutenu que l'absence de clarté de la section rejaillit finalement sur la notion d'atteinte. Une conception contraire pourrait être proposée : si le terme d'atteinte figurant à l'article 222-22 alinéa 1 peut sembler flou, il s'agirait surtout d'un «alinéa d'introduction» avant d'entrer dans les diverses modalités de cette atteinte aux alinéas et articles suivants, selon qu'elle est commise avec ou sans pénétration, par violence, contrainte, menace ou surprises. Monsieur le Professeur Dreyer relève cependant un «impressionnisme apparent de ces notions»²⁶⁸, traduisant nécessairement un manque de clarté au regard de l'article 8 de la Déclaration de 1789. C'est finalement à nouveau la motivation lacunaire de la cour qui est gênante, même si elle renvoie implicitement à sa jurisprudence abondante sur la question, cette QPC aurait été l'occasion de donner une définition claire de l'atteinte.

Mais dans une décision bien plus surprenante, la question de l'office du juge apparaît particulièrement gênante. La conformité aux principes de légalité, de clarté de la loi, de prévisibilité juridique et de sécurité juridique des articles 222-24 5° et 222-28 3° du code pénal a été soulevée. Ces articles créent une circonstance aggravante du viol et de l'agression sexuelle lorsque ces infractions sont commises «par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions», sans définir les critères de l'autorité, et ce, alors même que toute fonction n'emporte pas nécessairement un lien d'autorité avec la victime. La Cour juge pourtant la question dépourvue de sérieux, au motif que «la circonstance aggravante d'abus d'autorité suppose, pour être caractérisée, l'existence entre l'auteur présumé de l'infraction et la victime, une relation de subordination ou de dépendance de droit ou de fait ; que ces critères suffisamment précis et soumis au contrôle de la Cour de cassation excluent tout arbitraire»²⁶⁹. Cet arrêt est diamétralement opposé à l'arrêt du 22 juin 2011 par lequel la Cour avait transmis au Conseil la QPC relative à la définition de l'ascendant ou de la famille donnée par l'article 222-31-1. La Cour reprend la même motivation que celle ayant justifié le renvoi des textes incriminant l'inceste au Conseil, mais si dans cette hypothèse le texte était porteur d'arbitraire, le contrôle du juge vient par contre exclure tout arbitraire en ce qui concerne la circonstance aggravante d'abus d'autorité. Pour comprendre la décision il faut analyser la jurisprudence de la Cour qui exige que la notion d'abus d'autorité soit

²⁶⁶ Le viol définit à l'article 222-23 et s. , les «autres agressions sexuelles» articles 222-27 et suivants

²⁶⁷ L'ancien inceste étant incriminé aux article 222-31-1 et s., l'exhibition sexuelle et le harcèlement sexuel article 222-32 et s.

²⁶⁸ E.Dreyer, Droit pénal spécial, Ellipse 2ème édition 2012, «La liberté sexuelle» p132.

²⁶⁹ Crim, 1 septembre 2011, 11-84.268.

suffisamment précisée et bien distincte de l'acte matériel de violence, contrainte, menace ou surprise, ce qui suppose en pratique de poser deux questions distinctes au jury, l'une concernant la qualité du coupable et l'autre relative à l'acte incriminé. Si le refus de transmission de la Cour peut être justifié, cette motivation ne permet pas de fixer les frontières entre ce qui est manifestement contraire au principe de la légalité et ce qui au contraire participe de l'office du juge. C'est finalement le critère de renvoi qui est flou, voire arbitraire !

Enfin, toujours dans le domaine des infractions à caractère sexuel, c'est à l'article 227-33 incriminant le délit d'enregistrement ou fixation d'images, ou représentation à caractère pornographique de mineurs que la Cour de cassation a décerné un brevet de constitutionnalité. Dans un arrêt du 6 juin 2012²⁷⁰, la Cour a estimé que l'interprétation de cet article, «qui définit de manière suffisamment claire et précise le délit d'enregistrement ou fixation d'images ou représentations pornographiques de mineurs, entre dans l'office du juge pénal, de sorte qu'il n'est porté aucune atteinte au principe de légalité des délits et des peines». L'argument essentiel de la question était que le texte manquait de précision en ne définissant pas les notions de «caractère pornographique» et «d'aspect physique d'un mineur» (une question portant sur la preuve de l'âge du mineur était également soulevée). En suivant le commentaire de Monsieur le Professeur Véron, il faut remarquer que la Cour estime que la notion «d'image à caractère pornographique» est suffisamment claire et précise alors que le Conseil constitutionnel est d'un avis contraire pour les notions «d'inceste» et de «harcèlement sexuel». La notion de «pornographie» ne paraît pourtant pas d'un extrême précision²⁷¹. Quant à la notion «d'aspect physique d'un mineur», elle permet d'étendre le champ d'application de l'infraction quand la personne n'est pas mineure mais que son aspect physique prête à confusion. Cette extension est conforme à la *ratio legis* de l'incrimination à savoir la lutte contre la pédopornographie et toute forme d'incitation à l'égard de celle-ci²⁷². Il nous semble que l'appréciation de la représentation d'une personne entre effectivement dans l'office du juge. Mais au-delà de la légalité, c'est peut-être au regard du principe d'égalité que la QPC aurait pu prospérer puisque le dernier alinéa introduit une distinction entre les auteurs : celui qui aura diffusé une image réelle d'un mineur peut être exempté en rapportant la preuve de la majorité tandis que le texte ne le prévoit pas pour celui qui aura diffusé la représentation imaginaire d'un mineur²⁷³.

²⁷⁰ Crim, 6 juin 2012, n°12-90.016, 3756 ; Dr. pénal n°9 septembre 2012, comm 118 M.Véron ; CCE n°9 septembre 2012 comm 98 A.Lepage.

²⁷¹ M. Véron, Définition claire et précise du caractère pornographique, Dr pénal n°9 Septembre 2012, comm 118.

²⁷² A. Lepage, QPC et article 227-33 du Code pénal, CCE septembre 2012 comm.98,

²⁷³ Art 227-23 al 7.

2/ Les violences

Deux questions ont été soulevées au sujet des infractions de violences prévues aux articles 222-11, 222-12 et 222-19²⁷⁴ au motif que l'élément matériel ne serait pas déterminé de façon «objective» et qu'elles ne précisent pas les critères permettant de déterminer l'incapacité totale de travail ni d'en calculer la durée notamment lorsqu'elles sont la conséquence d'un trouble dépressif. La Cour dans les deux cas a répondu sur le second grief, «que l'appréciation de l'existence d'une incapacité totale de travail et de la durée de celle-ci, qui conditionne les poursuites relève de l'office du juge», cependant elle ne s'est pas prononcée sur les exigences de clarté et de précision de la notion de violence. Sans doute faut-il en conclure que la jurisprudence abondante en la matière apporte suffisamment de précisions sans qu'il soit utile pour la Cour de la rappeler.

3 / L'atteinte au secret professionnel

Dans une décision du 5 septembre 2012²⁷⁵ la Cour de cassation a refusé de transmettre une question portant sur l'article 226-13 du Code pénal en considérant que la notion d'information à caractère secret est définie de façon suffisamment claire et précise et que l'interprétation dudit article entre dans l'office du juge pénal. Cette question ne semblait pourtant pas illégitime puisque l'atteinte au secret professionnel est souvent décrite comme l'incrimination la plus complexe de notre droit. L'information à caractère secret est nécessairement une notion large. Elle doit être arrivée à la connaissance du professionnel de manière confidentielle mais l'article 226-13 est rédigé de façon suffisamment «compréhensive» pour imposer au professionnel non seulement une obligation de secret concernant des informations volontairement transmises mais également à l'égard de celles qu'il découvre lui même dans l'exercice de son activité²⁷⁶. Cette notion peut se prêter à de nombreuses interprétations mais il ne semble pas possible de reprocher ici une défaillance du législateur²⁷⁷, il semble même impossible que la Cour justifie le renvoi d'une autre manière qu'en se référant à son pouvoir d'interprétation de façon large, tant la notion est porteuse.

Au terme de cette étude du fonctionnement du filtre, nous ne pouvons que constater que la question prioritaire de constitutionnalité contribue à la mutation du principe de la légalité formelle décrite en introduction. Outre la dimension formelle de la légalité, la dimension matérielle est également touchée par le contrôle *a posteriori* (II).

²⁷⁴ Crim 2 mai 2012 n°12-90.012 et Crim 3 avril 2012 n°12-90.005.

²⁷⁵ Crim 5 septembre 2012, n°12-90.045, CCE n°11, Novembre 2012, comm 127.

²⁷⁶ E. Dreyer, Droit pénal spécial, Ellipse 2ème ed, p192.

²⁷⁷ A. Lepage, CCE n°11, Novembre 2012, com 127.

PARTIE II / LA QPC, REMÈDE PARTIEL AU DÉCLIN DE LA LÉGALITÉ MATÉRIELLE

La légalité matérielle aurait pu être un terrain particulièrement fertile pour la question prioritaire de constitutionnalité. Comme l'a si justement écrit Monsieur le Professeur Malaury, «plus un droit devient complexe et abondant, plus il est inintelligible, secret et donc arbitraire et injuste»²⁷⁸. Tandis que le code pénal issu de la réforme n'a pas été soumis au contrôle *a priori*, que la Doctrine fustige l'obscurité de certaines incriminations, un contrôle avancé de la clarté et de la nécessité des incriminations était attendu. Mais c'est finalement un contrôle timide et relativement prévisible que le Conseil effectue sur les incriminations (Chapitre I). Face à la définition d'une incrimination et la prévision de la peine qui y est attachée, le Conseil se limite à un contrôle de la disproportion manifeste. C'est notamment pour cette raison que c'est sur le fondement de la nécessité des peines, de la proportionnalité et du pouvoir d'individualisation du juge qui en découle, que la question prioritaire peut jouer un rôle déterminant (Chapitre II).

²⁷⁸ *op. cit.* Ph. Malaurie, Les enjeux de la codifications, AJDA 1997, p 644.

CHAPITRE I / QPC ET INCRIMINATIONS

«L'acte de légiférer est un art qui ne souffre plus l'approximation»²⁷⁹

Si l'acte de légiférer est un art qui ne souffre plus l'approximation, la question prioritaire de constitutionnalité devrait permettre de remédier à la pénalisation contemporaine, souvent abusive et mal maîtrisée. Mais c'est un bilan très contrasté qu'il faut en réalité dresser. Le contrôle du Conseil peut sembler limité de deux façons différentes : le Conseil opère un contrôle réduit de la nécessité des incriminations et il neutralise lui même la portée de la QPC par la pratique des réserves d'interprétation (Section I). Le contrôle de la clarté et de la précision des incriminations est également minimal (Section II), se limitant à une sorte de contrôle de «l'erreur manifeste de rédaction».

Section I / Un contrôle limité

Déjà énoncé par Beccarria, le principe de nécessité est un corollaire naturel du principe de la légalité. Mais l'acte d'incriminer étant éminemment politique, le Conseil constitutionnel se refuse encore à utiliser la question prioritaire de constitutionnalité pour amener le législateur à une utilisation raisonnée de son pouvoir (I). Le contrôle du Conseil constitutionnel est également limité par la pratique des réserves d'interprétation, pratique qu'il a étendue à son contrôle *a posteriori* (II).

I / LES LIMITES DU CONTROLE DE LA NÉCESSITÉ DES INCRIMINATIONS

Refusant de substituer son appréciation à celle du législateur, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle réduit de la nécessité d'incriminer (A). Ce n'est qu'en ce qui concerne la proportionnalité de l'atteinte aux libertés que provoque une incrimination, que la question prioritaire de constitutionnalité joue un rôle (B).

A / La nécessité de ne pas contrôler

Parce que la loi est l'expression de la volonté générale²⁸⁰, elle seule jouit de la légitimité d'incriminer un comportement. Cette souveraineté n'est cependant pas exempte de contrainte, l'article 8

²⁷⁹ D.Guérin , harcèlement sexuel une copie à refaire pour le législateur Droit pénal ,Juin 2012 , n° 6.

²⁸⁰ Art 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 aout 1789.

de la Déclaration de 1789 montre les limites du pouvoir législatif en lui imposant le respect d'un devoir de nécessité en déclarant que «la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires». Un autre devoir, sans doute trop évident pour être consacré dans le bloc de constitutionnalité est classiquement exprimé : celui de qualité de la loi. Mais la clarté des principes reste tributaire de l'interprétation des juges, et comme l'estimait le sénateur américain Charles Evans Hughes «nous vivons sous l'empire d'une Constitution, mais la Constitution n'est que ce que la Cour suprême dit qu'elle est», conception reprise en France par Michel Troper²⁸¹. La QPC permet de révéler davantage ce rôle d'interprète du Conseil constitutionnel et tout particulièrement en ce qui concerne le principe de la nécessité. Rappelons que l'article 8 précise que la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires. Mais si la formule employée ne vise que les peines, elles sont si étroitement liées à la définition des infractions que ce principe ne peut que rejaillir sur le processus d'incrimination en son entier. Cependant même s'il est habilité à confronter la loi au principe de nécessité, le Conseil constitutionnel a toujours opté pour un contrôle restreint de la nécessité. Outre l'article 8, un autre fondement pourrait être utilisé pour contrôler l'utilité même d'une incrimination. En effet l'article 5 de la Déclaration des Droits dispose que «la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société». Cet article permettrait au Conseil de tenir un discours particulier parmi les autres gardiens de la légalité que sont le juge pénal, par son contrôle de conventionnalité et de constitutionnalité négatif, ou encore le juge européen. Mais le pouvoir d'incriminer touche à des considérations politiques dans lesquelles le Conseil ne veut pas s'aventurer²⁸², un contrôle fondé sur l'article 5 de la Déclaration serait sans doute trop frontal.

Dans des hypothèses de contrôle *a priori*, le Conseil est néanmoins venu vérifier que le législateur fait un bon usage de son pouvoir d'incriminer, il a notamment rappelé qu'il lui appartenait de contrôler «que les atteintes portées à l'exercice des libertés constitutionnellement garanties étaient adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi»²⁸³. L'exemple le plus célèbre est celui de la censure de l'incrimination de «l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irrégulier d'un étranger»²⁸⁴. Mais le plus souvent le Conseil se satisfait de l'objectif affiché par la loi et se détourne de l'obligation que toute loi d'incrimination soit une réponse indispensable et salutaire. L'incrimination de l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public²⁸⁵ est une récente manifestation de la prudence du Conseil à contrôler la nécessité d'une incrimination. Comme le montre très justement Madame le Professeur Lazerges, l'examen d'un certain nombre d'infractions nouvelles dont les définitions floues renvoient à des comportements très variés, mais ayant pour point commun d'être stigmatisés par les

²⁸¹ M. Troper, *Le gouvernement des juges, mode d'emploi* : PUF, 2007.

²⁸² B. de Lamy, *Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, NCC n° 26 - Août 2009 .

²⁸³ Cons. const. 21 février 2008, dec 2008-562 DC consid 13.

²⁸⁴ Cons. const 16 juillet 1996 dec 96-377 DC ; D1997 p 69 note Mercuzot ; JCP 1996 II , note Nguyen Van Tuong.

²⁸⁵ Prévues par l'article 1 de la Loi n°2010-1192 du 11 octobre 2011 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

médias à la suite de faits divers, autorise à s'interroger sur l'émergence et le développement rapide d'une fonction nouvelle de la loi pénale : la fonction déclarative²⁸⁶. Il est donc finalement peu surprenant que la QPC ne se soit pas encore révélée comme un moyen de contrôler la nécessité d'incriminer, une question ne semble d'ailleurs avoir aucune chance de prospérer sur ce fondement. Ainsi, en remplaçant un mot par un autre, c'est plutôt sur la proportionnalité de l'incrimination que le contrôle peut s'opérer(B).

B / De la nécessité à la proportionnalité

Si le Conseil est particulièrement prudent lorsqu'il contrôle la nécessité d'incriminer (1), il fait heureusement parfois preuve d'une belle audace (2).

1 / Un contrôle prudent

Bien que le terme soit moins porteur que celui de nécessité, le contrôle de la proportionnalité est plus facilement utilisé par le Conseil dans son contrôle de l'atteinte portée par le législateur aux libertés individuelles. Les QPC formulées témoignent de la volonté de dénoncer et de censurer certains déséquilibres. La Cour de cassation est parfois venue évaluer elle même la proportionnalité d'une incrimination, d'une façon quelque peu péremptoire, pour refuser la transmission au Conseil. Elle affirme régulièrement que les limitations apportées par le législateur répondent «sans disproportion» à des impératifs «d'ordre public», «de sécurité» ou encore et «de santé publique»²⁸⁷. Mais fort heureusement, le filtre réducteur de la Cour n'a pas empêché la transmissions de toute question portant sur la proportionnalité d'une incrimination.

Il faut noter, et peut-être regretter, que le Conseil reprend dans une large mesure la jurisprudence qu'il a pu dégager dans le cadre de son contrôle *a priori* ²⁸⁸. Il rappelle toujours qu'il ne saurait se substituer au législateur, en particulier pour apprécier l'intérêt général. Il vérifie seulement que ce dernier a opéré dans ses choix une conciliation entre diverses exigences qui n'est pas manifestement contraire à la Constitution. Le législateur dispose ainsi d'une marge de manoeuvre importante dès lors qu'aucune exigence constitutionnelle n'a été privée de garanties légales.

²⁸⁶ C.Lazerges, De la fonction déclarative de la loi pénale, RSC 2004,p 194

²⁸⁷ Par exemple : Crim 9 mars 2011 n°10-87.103 (art 441-10 code pénal) ; Crim 9 mars 2011 n°10-87.542 (art 1er, 2 et 3 de la Loi du 21 mai 1836) , crim 1er juin 2011 n°11-90.039 (C. santé publique art L3352-3, L3332-2, L3355-4 et L3355-6)

²⁸⁸ Décis. nos 86-210 DC du 29 juillet 1986, Loi portant réforme du régime juridique de la presse, cons. 2 ; 86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, cons. 4 ; 2002-461 DC du 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, cons. 67 ; 2003-483 DC du 14 août 2003, Loi portant réforme des retraites, cons. 7 ; 2004-494 DC du 29 avril 2004, Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, cons. 16 ; 2007-546 DC du 25 janvier 2007, Loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-1040 du 26 août 2005 relative à l'organisation de certaines professions de santé et à la répression de l'usurpation de titres et de l'exercice illégal de ces professions et modifiant le code de la santé publique, cons. 13 ; 2009-599 DC du 29 décembre 2009, Loi de finances pour 2010, cons. 101 ; 2010-605 DC préc., cons. 23.

C'est au regard de la liberté d'entreprendre, protégée par l'article 4 de la Déclaration de 1789, que sont intervenus les premiers contrôles de proportionnalité *a posteriori* d'une incrimination et de ses sanctions. Le premier arrêt en ce sens portait sur le monopole d'exploitation des jeux de hasard reconnu à la française de jeux, aux fêtes foraines et aux casinos²⁸⁹. Le texte était critiqué au motif que la reconnaissance de ce monopole, assurée par des sanctions pénales de nature correctionnelles, porterait une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre. Le Conseil, dans une décision du 18 octobre 2010²⁹⁰ a rappelé qu'il est loisible au législateur d'instituer des limites à la liberté d'entreprendre sous réserve qu'elles ne soient pas manifestement disproportionnées à l'objectif poursuivi. Il a ensuite conclu que les dispositions ne portaient atteinte ni à la liberté d'entreprendre, ni au principe de nécessité et de proportionnalité des peines. Le Conseil a particulièrement insisté sur les objectifs poursuivis par le législateur : «il a souhaité assurer l'intégrité, la sécurité et la fiabilité des opérations de jeux, veiller à la transparence de leur exploitation, prévenir les risques (...) d'adresse à des fins frauduleuses ou criminelles et lutter contre le blanchiment d'argent ; que, eu égard aux objectifs qu'il s'est assignés, le législateur a adopté des mesures propres à assurer une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre le principe de la liberté d'entreprendre et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public». C'est ensuite la réglementation des courses et paris hippiques²⁹¹, également encadrée par des sanctions pénales, qui a été déférée au Conseil. Les requérants dénonçaient la clarté et la précision du texte, sa nécessité ainsi que la proportionnalité de ses sanctions. Mais le contrôle s'est à nouveau révélé infructueux. Le texte a été jugé clair et précis, malgré le grief d'incompétence négative du législateur. Quant à la nécessité de l'incrimination et de ses sanctions, le Conseil s'est à nouveau attaché aux objectifs du législateur (notamment «mettre un terme aux abus et aux scandales liés au développement excessif des courses hippiques» et «prévenir le risque de dépendance au jeu») pour en conclure que les dispositions contestées sont de nature à assurer une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre le principe de la liberté d'entreprendre et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public²⁹². La liberté d'entreprendre ne semble donc souffrir d'aucune atteinte disproportionnée de la part du législateur, et ce malgré une dernière QPC en matière d'interdiction d'ouverture le dimanche des établissements commerciaux des départements de l'Alsace et de la Moselle²⁹³, départements pourtant soumis à une législation parfois dérogoire²⁹⁴.

²⁸⁹ Il faut noter que la question transmise portait sur l'article 2 issu de la loi n°83-628 du 12 juillet 1983. Les dispositions de la loi ont été modifiées par la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne. Le Conseil a cependant jugé que la modification ou l'abrogation ultérieure de la disposition contestée ne fait pas disparaître l'atteinte éventuelle aux droits et libertés que le justiciable tend à contester.

²⁹⁰ Décis. n° 2010-55 QPC du 18 octobre 2010.

²⁹¹ Loi du 2 juin 1891 ayant pour objet de réglementer l'autorisation et le fonctionnement des courses de chevaux.

²⁹² Décis. n° 2010-73 QPC du 03 décembre 2010.

²⁹³ Décis. n° 2011-157 QPC du 05 août 2011.

²⁹⁴ Notamment en raison de l'article 3 de la loi du 17 octobre 1919, relative au régime transitoire de l'Alsace et de la Lorraine.

C'est également en terme de nécessité que peut être appréciée la décision du 21 décembre 2012²⁹⁵ du Conseil constitutionnel relative à la tauromachie. L'article 521-1 du code pénal incrimine certains mauvais traitements exercés sur les animaux, mais l'alinéa 4 introduit une exception pour les courses de taureaux, lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée. Les requérants dénonçaient la rupture d'égalité provoquée par cet alinéa ainsi que le manque de clarté et de précision de la notion de «tradition locale ininterrompue».

Bien que ces deux griefs aient été rejetés par le Conseil²⁹⁶, la question aurait pu être posée différemment afin de mieux exploiter le principe de la légalité. Monsieur Maréchal propose notamment de soutenir que le législateur, en renvoyant aux «traditions locales» pour déterminer les conditions de l'irresponsabilité pénale en matière de courses de taureaux, méconnaîtrait le principe de la légalité en vertu duquel les règles du droit pénal trouvent leur source dans la loi ou du moins dans les normes écrites²⁹⁷. Mais cet argument aurait peu de chance de prospérer, le Conseil ayant d'ailleurs répondu à cette question en relevant qu'il appartient au juge d'apprécier la notion de tradition locale. Mais c'est éventuellement au regard de la nécessité de la cause d'irresponsabilité qu'il conviendrait d'apprécier la décision. En l'espèce, l'absence de responsabilité tirée de l'existence d'une tradition locale est justifiée par la préservation du patrimoine culturel²⁹⁸. L'atteinte à l'intégrité de l'animal ne semble pas alors disproportionnée et cède devant cette considération d'intérêt général qu'est la préservation de particularismes régionaux. Ce type de décision renvoie finalement à la notion d'ordre public pénal et ses «exceptions proportionnées» opérées par le législateur et tolérées par le Conseil. Il est évident que le Conseil ne peut substituer sa propre appréciation à celle du Parlement mais il pourrait contribuer au maintien de l'ordre public pénal général. Au regard de l'évolution des moeurs, de la protection croissante de l'animal en droit pénal, le Conseil aurait pu juger que cette irresponsabilité n'était plus nécessaire. En outre si la tradition locale peut justifier des actes cruels envers les animaux, pourquoi ne pourrait-elle pas justifier certaines pratiques résultant de traditions culturelles telles que l'excision, pourtant retenue comme violence volontaire ayant entraîné une mutilation dans certaines décisions²⁹⁹ ? Une trop grande timidité du Conseil constitutionnel quant au contrôle de la nécessité des incriminations et de leur proportionnalité est une porte ouverte à l'arbitraire.

²⁹⁵ Décis. n° 2012-271 QPC du 21 septembre 2012, A.Lepage RPDP, juillet-septembre 2012, n° 3, p. 632-636 ; P. Conte RPDP octobre-décembre 2012, n° 4, p. 905-907 ; C.Lacroix AJ pénal Pénal, novembre 2012, n° II, p. 597-598.

²⁹⁶ Il a jugé que l'exclusion de responsabilité pénale instituée n'est applicable que dans les parties du territoire national où l'existence d'une telle tradition ininterrompue est établie et pour les seuls actes qui relèvent de cette tradition, qu'ainsi la rupture d'égalité et la différence de traitement instaurée par le législateur entre agissements de même nature accomplis dans des zones géographiques différentes est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. Quand au grief du manque de clarté il a considéré que la disposition était non équivoque et qu'il appartenait aux juridictions compétentes d'apprécier les situation.

²⁹⁷ J-Y Maréchal, La tradition tauromachique devant le Conseil constitutionnel : la réponse contestable à une question mal posée, Dr. pén. n° 12, Décembre 2012, étude 25.

²⁹⁸ La QCP a été soulevée dans le cadre d'une procédure en annulation d'une décision par laquelle le ministre de la Culture et de la Communication avait inscrit, en application de l'article 12 de la convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, la corrida au patrimoine immatériel de la France.

²⁹⁹ Crim, 29 septembre 1993, 93-80.370.

La motivation du Conseil quant aux buts poursuivis par le législateur est en général assez longue mais n'utilise pas rigoureusement le bien juridique protégé par la loi pénale³⁰⁰. Il est regrettable qu'il fasse facilement recours à la notion «d'ordre public» pour justifier toutes les ingérences du législateur, même si elles s'avèrent justifiées. Le contrôle de la proportionnalité d'une incrimination par le biais de la QPC ne vient donc pas bouleverser la matière pénale. Mais grâce à ces décisions infructueuses, une certaine hiérarchie apparaît entre les libertés protégées. Si le législateur ne porte pas d'atteinte manifestement disproportionnée à la liberté d'entreprendre, la liberté d'expression a été un terrain plus fertile au contrôle de proportionnalité.

2 / Un contrôle audacieux

Une décision marquante témoigne enfin d'une certaine audace du Conseil. Par une décision du 15 mars 2011³⁰¹, la Cour de cassation a renvoyé au Conseil une question prioritaire de constitutionnalité visant à contester les dispositions de l'article 35, alinéa 3b de la Loi du 1881 sur la liberté de la presse. L'article 35 énonce d'abord que la vérité des faits diffamatoires peut être rapportée. Mais ce principe n'est pas de portée générale, le texte prévoit des exceptions notamment «lorsque l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix années» (article 35 al3 b). C'est dans un souci de paix sociale, notamment «parce qu'il appartient parfaitement au législateur de décréter que la paix sociale passe par l'oubli des écarts passés et que commet un délit celui qui ravive des plaies que la loi ou le temps ont déjà cicatrisées »³⁰², que l'ordonnance du 6 mai 1944 relative à la répression des délits de presse est venue restreindre ce mode de preuve³⁰³. Ce souci était tout a fait compréhensible dans un contexte troublé, où les problèmes d'épurations commençait à se poser et où la guerre n'était pas encore terminée. Mais à l'heure actuelle, cette disposition n'est peut être plus tout à fait nécessaire, notamment dans le contexte actuel où c'est le droit à l'oubli numérique qui fait débat.

Cette disposition souffrait de nombreuses critiques, tant de la part des historiens, des juristes que de la part de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle apparaissait comme un véritable handicap pour les historiens qui se trouvaient par exemple dans l'impossibilité d'évoquer les événements du passé dans le cadre de procès, portant pourtant fréquemment sur des faits de plus de dix ans. Il avait même été proposé d'introduire une «exception de recherche historique»³⁰⁴. Cette impossibilité de rapporter la

³⁰⁰ J. Dechepy, L'incidence de la question prioritaire de constitutionnalité sur le droit pénal de fond, RPDP 2012. 53.

³⁰¹ Crim, 15 mars 2011, RSC 2011 p401 note Y. Mayaud ; Légipresse 2011, no 282, p. 204 ; Dr. pénal 2011 comm. 74.

³⁰² J.-P. Doucet, « Note sous TC Saint-Denis de la Réunion, 15 mai 1984 », Gaz. Pal. 1984, jurisp. 472.

³⁰³ L'impossibilité de rapporter la preuve des faits allégués était toutefois écartée lorsque les allégations faisaient référence à des agressions ou des atteintes sexuelles commises sur un mineur en vertu de la Loi du 17 juin 1998.

³⁰⁴ D. de Bellescize, L'histoire, otage de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ?, article in: Clés Pour Le Siècle, Dalloz, Paris, , 2000.

preuve de faits diffamatoires de plus de dix ans n'était pas non saluée par les juristes, notamment au regard du processus démocratique. Monsieur le Professeur Levasseur considérait ainsi que «le régime actuel de l'*exceptio veritatis*, en particulier à raison de la limitation dans le temps assignée à son exercice, ne permet (...) pas le contrôle démocratique qui devrait normalement pouvoir s'exercer sur l'aptitude technique et la rectitude morale de ceux à qui sont confiés des pouvoirs importants dans la cité ou qui ambitionnent de recevoir de tels pouvoirs»³⁰⁵. Enfin, la Cour Européenne s'était montrée plusieurs fois réticente à cette disposition, elle a notamment jugé que «cette impossibilité de faire jouer cette exception constitue une mesure excessive pour protéger la réputation et les droits d'une personne, même lorsqu'il s'agit d'un chef d'Etat ou de gouvernement»³⁰⁶. Dans l'arrêt *Mamère c/ France* du 17 février 2007 la Cour condamne ouvertement le dispositif français. Dans un passage particulièrement incisif, la Cour note qu'elle «perçoit la logique d'une limite temporelle de cette nature d'un point de vue général, dans la mesure où, plus des allégations portent sur des circonstances anciennes, plus il est difficile d'évaluer leur véracité». Elle estime cependant que « lorsqu'il s'agit d'événements qui s'inscrivent dans l'Histoire ou relèvent de la Science, il peut au contraire sembler qu'au fil du temps, le débat se nourrit de nouvelles données susceptibles de permettre une meilleure compréhension de la réalité des choses»³⁰⁷. La France quelques mois après cet arrêt, a été invitée par la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, à modifier sa législation. En effet un rapport du 27 juin 2007 intitulé «Vers une dépenalisation de la Diffamation»³⁰⁸ incite fortement la France à abroger cet article.

Paradoxalement, bien que selon une jurisprudence constante, l'interdiction de rapporter la vérité des imputations diffamatoires de plus de dix ans s'impose aux parties et au juge, et que ce dernier soit même obligé de la relever d'office³⁰⁹, les juridictions françaises avaient trouvé des artifices pour contourner exceptionnellement l'interdit. Des témoins dénoncés au titre de la preuve de la vérité sont parfois entendu au titre de la bonne foi³¹⁰ ou des films d'époque peuvent d'être visionnés à l'audience³¹¹.

Le contrôle *a posteriori* de l'article 35 alinéa 3b avait donc été largement annoncé, et même devancé par les juridictions. Dans sa décision du 20 mai 2011, le Conseil relève que si la restriction à la liberté d'expression poursuit un objectif d'intérêt général de recherche de la paix sociale, «cette interdiction vise sans distinction, dès lors qu'ils se réfèrent à des faits qui remontent à plus de dix ans, tous

³⁰⁵ G. Levasseur, « Réflexions sur l'*exceptio veritatis* », Mél. Chavanne, Litec, Paris, 1990, p. 111, spéc. p. 128.

³⁰⁶ CEDH, *Colombani c/ France* du 25 juin 2002 req n°51279/99 (§66) . A la suite de la condamnation de la France, l'article 36 de la loi de 1881 relative à l'offense à chefs d'États étrangers a été abrogé par la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite « loi Perben 2 »

³⁰⁷ CEDH, *Mamère c/ France*, 7 novembre 2006 , req n°12697/03 (§24).

³⁰⁸ Doc. 11305, 25 juin 2007, Vers une dépenalisation de la diffamation, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, site du Conseil de l'Europe, <http://hub.coe.int/fr/>

³⁰⁹ Voir p. ex. Crim 24 novembre 1960, n.92-79.059 ; Crim 19 novembre 1985 n°85-95.502

³¹⁰ TGI Paris, 17e ch. corr. 24 nov. 1969, Min. public et Faulques c/ Servan Schreiber et autres, JCP 1970. 16217

³¹¹ TGI Paris, 1re ch. 1re sect., 26 juin 1985, Hardy c/ Dame Aubrac, Gaz. Pal. 28 sept. 1985.

les propos ou écrits résultant de travaux historiques ou scientifiques ainsi que les imputations se référant à des événements dont le rappel ou le commentaire s'inscrivent dans un débat public d'intérêt général ; que, par son caractère général et absolu, cette interdiction porte à la liberté d'expression une atteinte qui n'est pas proportionnée au but poursuivi»³¹². C'est donc le caractère général et absolu du texte qui est condamné et non le principe même d'une restriction de la liberté. Cette décision est pour le moment le seul exemple d'une censure frontale de la disproportion d'un texte et par ricochet, de son absence de nécessité.

Comme toute décision, celle-ci a connu ses détracteurs, dénonçant notamment que le Conseil se ferait «historien», qu'une réserve d'interprétation aurait été suffisante ou encore que la «quête de la vérité prend des proportions en rupture avec la protection de la personne». Mais il semble surtout qu'un enseignement peut être tiré de cette décision : la proportionnalité remplace activement la nécessité pour imposer une tempérance au législateur. Une incrimination peut avoir eu une utilité évidente mais être aujourd'hui tout à fait excessive parce que l'objectif qu'elle poursuit ne peut plus justifier la teneur de la restriction qu'elle impose. La QPC peut ainsi jouer activement son rôle de garde-fou contre l'excès.

La décision du 20 mai 2011 est à saluer, mais elle demeure cependant isolée. Or comme l'écrivait très justement Paul Ricoeur cité en introduction du Rapport Coulon³¹³, «les valeurs ne sont pas des essences éternelles». Ce rapport, dans une réflexion plus générale que le droit pénal des affaires *stricto sensu*, avait déjà montré que plusieurs milliers des incriminations recensées dans le code ne sont pas utilisées. Les critiques relatives à l'inflation législative et à une pénalisation abusive et incohérente ne manquent pas. D'autant que la multiplication hâtive des incriminations ne s'accompagne pas en général du respect des exigences de clarté et de précision de la loi pénale. Un contrôle accru de la nécessité d'une incrimination, même s'il se révèle parfois politique aurait été bienvenu de la part du Conseil, il est d'ailleurs le seul à pouvoir l'exercer en toute légitimité. Mais le contrôle restreint de la nécessité des incriminations n'est pas l'unique manifestation des limites de la question prioritaire de constitutionnalité. Le Conseil procède régulièrement par réserve d'interprétation, pratique qui vient certes sauver des incriminations de la censure, mais au prix d'un manque de clarté et de cohérence (II).

II / UN CONTROLE NEUTRALISÉ PAR LA PRATIQUE DES RÉSERVES D'INTERPRÉTATION

L'interprétation d'un texte en matière criminelle renvoie principalement à l'interprétation juridictionnelle. Mais il arrive que l'interprétation de la règle de droit criminelle soit formulée par des

³¹² Cons. const., 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC, D. 2011. 1420, obs. S. Lavric ; *ibid.* 2823, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, S. Mirabail et T. Potaszkin ; *ibid.* 2012. 765, obs. E. Dreyer ; AJ pénal 2011. 414, obs. J.-B. Perrier ; Constitutions 2011. 388, obs. D. de Bellescize ; *ibid.* 537, obs. A. Darsonville ; RSC 2011. 401, obs. Y. Mayaud, Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans [consid. 5 et 6], JO 20 mai 2011, p. 8890.

³¹³ Rapport Coulon, La Dépénalisation de la vie des affaires, février 2008.

organes non juridictionnels, notamment de la part de l'organe qui a créé la règle juridique. Le législateur peut ainsi prendre des Lois interprétatives afin de détailler certains concepts³¹⁴. A cette interprétation authentique «par nature», la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel est désignée par certains auteurs d'interprétation authentique par «assimilation»³¹⁵. Cette réserve est une source atypique du droit criminel puisqu'il ne s'agit ni la loi ni de la jurisprudence. Parfois qualifiée de «vecteur de cohérence vertical» ou de «garde-fou contre l'excès»³¹⁶ elle offre une troisième voie au Conseil entre la censure et la conformité, lui permettant de sauver une disposition. Cette pratique est une pure création prétorienne puisqu'elle n'a jamais été envisagée au titre des effets des décisions du Conseil constitutionnel prévus à l'article 62 de la Constitution, qu'il s'agisse du contrôle *a priori* ou *a posteriori*. Il s'agit d'une pratique controversée (A) qui, dans le cadre du contrôle *a posteriori* aboutit à des solutions surprenantes (B) et sources d'insécurité.

A / Une pratique controversée

Fréquemment utilisée dans le cadre de son contrôle *a priori*, la réserve a été étendue au contrôle *a posteriori*. Une présentation des principes de cette pratique (1) permettra d'en apprécier les enjeux, notamment le problème délicat de son autorité et de sa place au sein des sources de la légalité (2).

1 / Principes généraux de la réserve d'interprétation constitutionnelle

La réserve est utilisée de façon constante dans le cadre du contrôle *a priori* sur le fondement de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution. Elle est apparue dès la décision des 17, 18, et 24 juin 1959³¹⁷ dans le contentieux constitutionnel et a connu un accroissement quantitatif qui doit malheureusement se conjuguer à une dégradation qualitative. Comment en effet admettre qu'une loi soit conforme à la Constitution lorsque le Conseil procède à sept réserves d'interprétation comme ce fut le cas dans sa décision du 2 mars 2004 relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité³¹⁸ ! Le principe de la légalité est ici atteint dans ses deux composantes : dans sa dimension matérielle puisque une telle loi ne peut être claire et précise si elle doit être réécrite par le Conseil, et dans sa dimension formelle quand Conseil devient un véritable législateur négatif. Ce type de décisions, dans le cadre du contrôle *a priori*, démontre la volonté du Conseil de concilier l'exigence de constitutionnalité des réformes de la justice pénale avec les aspirations de rupture politique souvent générées par les

³¹⁴ C'est notamment le cas de la section du code pénal intitulée *De la définitions de certaines circonstances entraînant l'aggravation, la diminution ou l'exemption de peine*, articles 132-71 à 132-80, qui consacre par exemple la définition légale de la bande organisée, de la préméditation, de l'effraction, ou encore de l'escalade.

³¹⁵ G. Royer, La réserve d'interprétation constitutionnelle en droit criminel, RCS 2008 p 825.

³¹⁶ *ibid.*

³¹⁷ Décis. n° 59-2 DC du 24 juin 1959 Règlement de l'Assemblée nationale, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, D.2009, p. 26-40

³¹⁸ Décis. n° 2004-492 DC du 02 mars 2004 ; JCP G, 2004 , pp. 597-601 note F. Le Guhenec ; RSC 2004 pp. 725-736 note C. Lazerges .

alternances politiques. La loi du 2 mars 2004 en est une manifestation puisque le législateur a voulu lutter contre un type de «criminalité organisée» en inscrivant une procédure dérogatoire, fortement attentatoire aux libertés. Ne pouvant censurer ce choix de politique criminelle, le Conseil vient seulement l'encadrer pour faire coïncider les objectifs politiques et juridiques. Cette position mesurée, regrettable de la part de l'organe gardien des droits fondamentaux se retrouve également dans les décisions QPC³¹⁹. Il faut nuancer quelque peu ce propos en fonction du type de réserve utilisée.

Trois catégories de réserves sont traditionnellement distinguées : la réserve constructive³²⁰, dans laquelle le juge constitutionnel ajoute au texte les conditions qui lui manquent pour être conforme à la Constitution, la réserve neutralisante qui vient gommer l'effet nocif de certaines dispositions³²¹, et la réserve directive³²² qui indique au juge ce que doit être sa conduite dans l'application du texte attaqué. Mais les réserves sont bien souvent imprécises et amplifient le mouvement offrant au juge le pouvoir de redessiner la loi. Or si la question prioritaire de constitutionnalité doit justement permettre de restaurer le justiciable dans ses droits et libertés fondamentaux, il aurait été souhaitable que le Conseil n'étende pas ce procédé bancal de «conformité sous réserve» à son contrôle exercé sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution. Il l'a pourtant réalisé dans une décision de principe du 18 juin 2010 relative à la faute inexcusable de l'employeur³²³. Dans le cadre de la QPC, le Conseil a prononcé des réserves appartenant à chacune des catégories énoncées. Dans cette décision du 18 juin 2010 le Conseil utilise une formule constructive³²⁴ et vient ajouter à l'article L 452-3 du code de la sécurité sociale une condition qui n'était pas prévue. Dans une décision du 16 septembre 2010³²⁵ relative au fichier national automatisé des empreintes génétiques³²⁶, il procède par réserve d'interprétation directive à destination des organes

³¹⁹ *supra* p 85.

³²⁰ V. par ex. Décis. n° 80-127 DC du 20 janvier 1981 Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes : le conseil impose au magistrat, n'ayant pas nécessairement la qualité de juge d'instruction, qui décide de prolonger une garde à vue, d'avoir examiné le dossier de la personnes privées de la liberté d'aller et venir.

³²¹ Même décision : la loi créait un délit d'entrave à la circulation des train, le Conseil est venu exclure du champ d'application de l'infraction les personnes exerçant légalement leur droit de grève, même s'il perturbe la circulation du train.

³²² Décis. n° 2008-562 DC du 21 février 2008 Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : le législateur prévoit qu'une personne peut être privée de sa liberté d'aller et venir au terme de l'exécution de sa peine. Le Conseil vient préciser que cette mesure ne peut être jugée nécessaire que si l'individu a pu bénéficier des soins adaptés aux troubles de sa personnalité durant l'exécution de sa peine, et qu'il appartient à la juridiction régionale de la rétention de sûreté d'y veiller.

³²³ Décision n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010, Époux L. [Faute inexcusable de l'employeur].

³²⁴ *ibid*, consid. 18 «considérant (...) qu'en présence d'une faute inexcusable de l'employeur, les dispositions *ne sauraient toutefois*, sans porter une atteinte disproportionnée au droit des victimes d'actes fautifs, *faire obstacle* à».

³²⁵ Décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010 M. Jean-Victor C. [Fichier empreintes génétiques], consid. 18 «que le dernier alinéa de l'article 706-54 renvoie au décret le soin de préciser notamment la durée de conservation des informations enregistrées ; que, dès lors, *il appartient au pouvoir réglementaire de proportionner la durée de conservation de ces données personnelles*, compte tenu de l'objet du fichier, à la nature ou à la gravité des infractions concernées *tout en adaptant* ces modalités aux spécificités de la délinquance des mineurs»
consid.19 «que l'expression crime ou délit ici employée par le législateur *doit être interprétée* comme renvoyant aux infractions énumérées par l'article 706-55 du code de procédure pénale» ;

³²⁶ Conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des deuxième et troisième alinéas de l'article 706-54 du code de procédure pénale, de l'article 706-55 et du premier alinéa du paragraphe II de l'article 706-56 du même code ainsi que de l'article 29 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003.

d'application de la loi, et par réserve constructive à l'intention du juge. Enfin, dans la décision du 6 août 2010³²⁷, il pose une réserve d'interprétation restrictive au sujet de l'article L952-6-1 du Code de l'éducation sur le recrutement des enseignants-chercheurs.

2/ L'autorité des réserves d'interprétation, tributaire du juge et du législateur

L'article 62 alinéa 3 de la constitution dispose que «les décisions du Conseil Constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles». Cette disposition n'a pas été modifiée par la réforme du 23 juillet 1958 et s'applique aux décisions dans le cadre des contrôles *a priori* et *a posteriori*. Les réserves qui apparaissent non seulement dans les motifs mais également dans le dispositif de la décision devraient donc s'imposer de manière indiscutable à tous les organes d'application, qu'il s'agisse du juge ou de l'administration. Or comme le souligne le Monsieur Professeur Royer, cet article «n'est pas sans inspirer un certain sentiment pathétique de frustration». Ecrite avant que la QPC n'entre en vigueur, cette déclaration n'a rien perdu de son acuité. Il notait que cette disposition ne rassemble pas les attributs de l'autorité de la chose jugée tel que l'article 1351 du code civil les définit à travers l'identité d'objet, de cause et de parties et qui ne s'adresse à aucun ordre de juridiction. Il en conclut que «dépourvue de sanction formelle, l'autorité des réserves a toutes les chances de dépendre de la bienveillance du juge ordinaire qui agit sous sa propre responsabilité devant le sort qu'il convient de donner à un texte de loi en fonction des exigences concrètes qui lui sont soumises»³²⁸. Cette bienveillance risque d'être très délicate dans le cadre du contrôle *a posteriori* : lorsque le Conseil pose une réserve *a priori*, son interprétation est première et les juridictions sont invitées à y adhérer, au contraire dans le cadre de la QPC, surtout depuis que la Cour de Cassation admet (en principe) de transmettre une question portant sur une jurisprudence constante, le contrôle peut s'avérer brutal, le Conseil venant imposer une interprétation en opposition avec celle des juridictions.

Il est difficile de mesurer l'autorité des réserves d'interprétation constitutionnelle dans l'ordre juridique interne. La réserve n'atteint réellement son but que lorsqu'elle est consacrée par le juge judiciaire ou le législateur. L'attitude la plus respectueuse pour le juge consiste à faire une référence explicite à la réserve d'interprétation constitutionnelle dans sa décision. Cette forme d'allégeance a pu être observée de la part des Chambres civiles et commerciales de la Cour de cassation³²⁹, on peut noter un

³²⁷ Décision n° 2010-20/21 QPC du 06 août 2010, M. Jean C. et autres Loi Université, consid. 16 «Considérant que le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs s'oppose à ce que le président de l'université fonde son appréciation sur des motifs étrangers à l'administration de l'université et, en particulier, sur la qualification scientifique des candidats retenus à l'issue de la procédure de sélection» .

³²⁸ op cit G. Royer.

³²⁹ Cass, 1^{er} civ, 22 mars 2005 n° 04-50.024 «Il résulte de l'article 66 de la constitution (...) de l'article L. 554-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, et ayant fait l'objet d'une réserve d'interprétation par la décision du Conseil constitutionnel n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003».

arrêt de la Première chambre civile du 22 mars 2005 qui vient hisser la réserve au rang des visas d'une cassation. La Chambre criminelle ne semblait pourtant pas encline à s'engager dans cette voie bien qu'un arrêt du 31 janvier 2012 mentionne une réserve du Conseil dégagée dans le cadre de son contrôle *a posteriori*³³⁰. Il serait facile de critiquer la réticence habituelle de la Chambre criminelle à l'égard des décisions du Conseil constitutionnel, mais il est important de rappeler qu'au terme de l'article 1020³³¹ du code de procédure civile «l'arrêt vise la règle de droit sur laquelle la cassation est fondée». Il est ainsi difficile d'ériger la réserve au rang de la catégorie juridique des règles de droit puisqu'elle vient justement préciser le sens d'une disposition législative susceptible d'être contraire à la Constitution.

La réserve d'interprétation est également une manifestation du rôle du Conseil en tant que législateur négatif. Afin d'encadrer les effets potentiellement perturbateurs de ces réserves, le Conseil délivre en général un véritable «guide de l'exécution» au sein des commentaires autorisés, dépassant largement la lettre de l'article 62 de la Constitution. La technique de la modulation des effets de ses décisions dans le temps est également étendue aux réserves d'interprétation. C'est notamment le cas dans la décisions du 17 décembre 2010 relative à l'article 148 du code de procédure pénale en matière de détention provisoire³³². Les sages précisent cette que réserve n'est applicable qu'aux demandes de mise en liberté formées à compter de la décision, c'est à dire le 19 décembre 2010³³³. Ces précisions quant aux modalités d'application d'une réserve témoignent de la volonté du Conseil de conférer une portée normative à ce type de décisions. Or, outre la prise en compte aléatoire par les juridictions, ce n'est que par une consécration législative que la réserve participe réellement des sources de la légalité. C'est par exemple le cas de la réserve énoncée dans la décisions du 18 juin 2010 en matière de réparation intégrale des préjudices subis par les victimes d'accident du travail et de maladies professionnelles en cas de faute inexcusable de l'employeur : une proposition de loi reprenant les cinq points³³⁴ développés par le Conseil dans les commentaires autorisés a été déposée le 6 juillet 2010³³⁵.

³³⁰ *supra*, p 81.

³³¹ tel qu'issu du Décret n° 2008-484 du 22 mai 2008 relatif à la procédure devant la Cour de cassation.

³³² Décision n° 2010-62 QPC du 17 décembre 2010 M. David M. Détention provisoire : procédure devant le juge des libertés et de la détention, cons. 7 «Considérant, *toutefois*, que l'équilibre des droits des parties interdit que le juge des libertés et de la détention puisse rejeter la demande de mise en liberté sans que le demandeur ou son avocat ait pu avoir communication de l'avis du juge d'instruction et des réquisitions du ministère public ; que, sous cette réserve d'interprétation, applicable aux demandes de mise en liberté formées à compter de la publication de la présente décision, l'article 148 du code de procédure pénale ne méconnaît pas les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789»

³³³ Toutefois, comme il s'agit d'une question d'interprétation il est envisageable qu'elles aient un effet immédiat, c'est à dire qu'elle soit applicable dès la publication, au delà des seules instances en cours et donc à toutes les situations dont les effets ne sont pas encore achevés avant cette publication. Il convient de se référer précisément à chaque décision pour apprécier la portée ponctuelle que souhaite lui donner le conseil.

³³⁴ Commentaire de la décis. n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010 NCCC Cahier n° 29

³³⁵ Sénat, Prop. de loi n°613 du 6 juillet 2010, déposée par M. Jean-Pierre Godefroy et autres, sénateurs.

Au vu de ces développements, la réserve d'interprétation apparaît difficilement conciliable avec la légalité criminelle. Deux décisions retentissantes dans le cadre du contrôle *a posteriori* révéleront l'insécurité juridique que provoque cette pratique (B).

B / Une pratique source d'insécurité

Grâce au fameux «dialogue des juges», la réserve d'interprétation *a posteriori* a pu permettre de sauver les dispositions relatives à la responsabilité du créateur ou animateur de forum de discussion. Si cette décision est un indéniable gain de clarté (1), elle est cependant tempérée par l'atteinte au principe de la légalité formelle et la diversification des sources du droit criminel, source d'insécurité, que cette réserve provoque. Cette diversification serait tolérable si d'autres réserves, justifiées par des considérations pratiques ne venaient affaiblir l'essence de la légalité et ses corollaires, notamment la rétroactivité *in mitius* (2).

1/ Un gain de clarté

L'administrateur du forum de discussion est un nouvel acteur de l'internet, mais en raison d'une législation peu claire et d'une jurisprudence cherchant des responsables des délits du droit pénal des médias, il est devenu un «producteur», bien qu'il s'agisse le plus souvent de non professionnels de la communication. La recherche récente de la responsabilité du «producteur de site internet» tient à la particularité d'internet. En effet les auteurs sont le plus souvent anonymes et les contenus de leurs messages sont rarement modérés. La loi du 29 juillet 1982³³⁶ sur la communication audiovisuelle, qui s'applique également au domaine d'internet, prévoit dans son article 93-2 que «tout service de communication au public par voie électronique est tenu d'avoir un directeur de la publication», il est précisé que «lorsque le service est fourni par une personne physique, le directeur de la publication est cette personne physique». La notion de «service» n'est pourtant pas précisée, et peut paraître excessive pour un particulier cherchant à créer une discussion sur un sujet donné. L'article 93-3 prévoit ensuite une responsabilité en cascade, telle que la loi de 1881 le prévoit pour la presse écrite. Sont ainsi responsables principaux des délits de presse, le directeur de la publication ou le co-directeur³³⁷, à défaut l'auteur et à défaut de l'auteur le producteur³³⁸. Une loi du 12 juin 2009³³⁹ est venue atténuer cette responsabilité en précisant que le directeur de publication d'un site de discussion ouvert aux messages des internautes ne peut être responsable des délits de presse «s'il est établi qu'il n'avait pas effectivement connaissance du

³³⁶ Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle

³³⁷ art 93-3 al 1 le directeur de la publication ou, dans le cas prévu au deuxième alinéa de l'article 93-2 de la présente loi, le codirecteur de la publication sera poursuivi comme auteur principal, lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public.

³³⁸ art 93-3 al 2.

³³⁹ Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.

message avant sa mise en ligne ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il a agi promptement pour retirer ce message».

La Cour de cassation a rapidement assimilé le créateur ou l'animateur d'un site de discussion au producteur au sens de la loi sur la communication audiovisuelle. Dans deux arrêts du 16 février 2010³⁴⁰, transposant sa solution dégagée pour la diffusion de message télématique³⁴¹, elle affirme que à défaut de poursuites contre l'auteur du message, le producteur du service peut être poursuivi comme auteur principal, même si ce message n'a pas été fixé préalablement à sa communication au public. Elle va donc jusqu'à affirmer que le directeur de publication, dont la responsabilité ne pourrait être engagée en cette qualité en l'absence de fixation préalable, peut être responsable en tant que producteur. Il s'agit alors d'une responsabilité de plein droit qui favorise la répression. La définition du producteur a été donnée par la Cour dans un de ses arrêts³⁴², elle précise que «la personne ayant pris l'initiative de créer un service de communication au public par voie électronique en vue d'échanger des opinions sur des thèmes définis à l'avance (...)» peut «être poursuivie en sa qualité de producteur, sans pouvoir opposer un défaut de surveillance du message incriminé». Une telle solution apparaît manifestement contraire au principe selon lequel «le législateur ne saurait instaurer de présomptions de responsabilité en matière répressive», ces présomptions étant tolérées en matière contraventionnelle³⁴³. S'il peut y avoir une présomption d'intention en matière d'infraction de presse, c'est à la condition que le prévenu conserve la possibilité de rapporter la preuve de sa bonne foi³⁴⁴. Or face à un auteur anonyme, qui a éventuellement pu dissimuler son identité sur internet par un pseudonyme et de fausses informations, la preuve de la bonne foi n'est pas loin d'une *probatio diabolica*.

La Chambre criminelle a été saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 93-3. Il était soutenu que la responsabilité de plein droit était contraire aux articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789, qu'il instaurait une rupture d'égalité contraire à l'article 6 en créant une distinction injustifiée entre le directeur de publication et le producteur sur internet, et enfin que le flou de la notion de producteur était contraire au principe de la légalité. La chambre a fort heureusement transmis cette question au Conseil par un arrêt du 21 juin 2011³⁴⁵ sans pour autant reprendre le grief tiré du manque de précision de la notion de producteur (son interprétation entrerait-elle dans «l'office du juge»³⁴⁶ ?).

³⁴⁰ Crim. 16 février 2010, 2 arrêts, n° 08-86.301 et 09-81.064 ; D. 2010. 1653, chron. E. Degorce, et 2206, note E. Dreyer ; AJ pénal 2010. 285, obs. G. Royer ; Dr. pénal 2010, comm. n° 80, note M. Véron ; JCP 2010, n° 873, note J. Huet.

³⁴¹ Crim. 8 déc. 1998 n°97-83.709, JCP 1999. II. 10135, note J.-Y. Lassalle ; Gaz. Pal. 1999. 2. Somm. 583, note A. Cousin.

³⁴² *prec.* Crim 16 fevr. 2010 n° 09-81.064.

³⁴³ *supra* p 49 à 51.

³⁴⁴ E. Dreyer, Réserve sur la responsabilité pénale du producteur en ligne, JCP G n°46, Novembre 2011, p 1247.

³⁴⁵ Crim 21 juin 2011 n°11-80.010, n° 3877 ; Constitutions 2011. 398, obs. D. de Bellescize ; CCE. n° 9, septembre 2011, comm. 80, obs. A. Lepage ; RSC 2011 p 647 note J. Francillon.

³⁴⁶ *supra* p.57 et s.

Dans une décision du 16 septembre 2011³⁴⁷, alors que la censure était attendue d'une partie de la Doctrine, le Conseil procède par réserve d'interprétation et décide que «les dispositions contestées ne sauraient, sans instaurer une présomption irréfragable de responsabilité pénale en méconnaissance des exigences constitutionnelles précitées, être interprétées comme permettant que le créateur ou l'animateur d'un site de communication au public en ligne, mettant à la disposition du public des messages adressés par des internautes, voie sa responsabilité pénale engagée en qualité de producteur à raison du seul contenu d'un message dont il n'avait pas connaissance avant la mise en ligne». Il en résulte que s'il est établi que le producteur n'avait pas connaissance du message avant sa mise en ligne, sa responsabilité ne peut pas être engagée à raison de sa seule qualité. Pour Monsieur le Professeur Dreyer «il est déplorable qu'en se plaçant sur le terrain de l'interprétation, les sages de la rue Montpensier donnent le sentiment de combattre l'interprétation dégagée par la Cour de cassation, plutôt que le texte interprété qui est seul à l'origine de la difficulté»³⁴⁸.

Le Conseil vient condamner les solutions de la jurisprudence mais ne résout en rien la difficulté : il vient insister sur le fait que le prévenu doit pouvoir rapporter la preuve de sa bonne foi mais c'est justement parce que la Cour ne pouvait l'accorder sur le fondement de l'article 93-3 qu'elle a déféré la question. Mais la décision ne s'est pas limitée au producteur et le Conseil a dépassé la question posée en statuant sur l'interprétation à donner de l'article 93-3 alinéa 5 relatif au directeur de publication. Il précise dans son sixième considérant que le producteur «ne peut s'exonérer des sanctions pénales qu'il encourt qu'en désignant l'auteur du message ou en démontrant que la responsabilité pénale du directeur de la publication est encourue». S'agissant d'un message qui n'a pas fait l'objet d'une fixation préalable, la responsabilité du directeur de publication sera encourue s'il n'a pas réagi promptement après avoir été saisi par un tiers. Cette solution tranchée d'office par le Conseil peut pourtant sembler contraire à la logique du droit de la presse puisque c'est un comportement postérieur à la publication qui lui est assimilé³⁴⁹. Or assimiler la publicité et la passivité, soit l'action et l'omission est particulièrement critiquable au regard du principe de la légalité.

La Chambre criminelle devait faire application de cette réserve d'interprétation. Elle ne s'est pas dérobée et a réécrit l'article 93-3 comme l'y invitait le Conseil. Dans un arrêt du 31 janvier 2012³⁵⁰ elle vient même poser des conditions plus strictes que le Conseil. La Cour, reprenant dans son visa la réserve d'interprétation posée par le Conseil, vient préciser que la responsabilité pénale du producteur n'est engagée, à raison du contenu de ces messages, que s'il est établi qu'il en avait connaissance avant leur

³⁴⁷ Décision n° 2011-164 QPC du 16 septembre 2011 ; RSC 2011, n°3, p. 647-651 note J. Francillon ; JCP G n°46, Novembre 2011, p 1247 note E. Dreyer ; Légipresse, décembre 2011, n° 289, p. 688-692 A. Fourlon.

³⁴⁸ *ibid* E. Dreyer, JCP G n°46, Novembre 2011, p 1247

³⁴⁹ Seule la publication consomme les délits de diffamation et d'injure

³⁵⁰ Crim 31 janvier 2012 , n°11-80.010 ; D.2012. p. 1249 et p 2343.

mise en ligne ou que, dans le cas contraire, il s'est abstenu d'agir promptement pour les retirer dès le moment où il en a eu connaissance. Ainsi la Cour ajoute une condition permettant de retenir la responsabilité du producteur si, informé après la mise en ligne, il n'a pas pris les mesures nécessaires. La Cour ne disposait pourtant d'un pouvoir de réécriture de l'article 93-3 que dans la limite de la réserve constitutionnelle. La solution de la Cour révèle peut-être simplement la logique de la décision du Conseil : en effet si le Conseil précise que le créateur ou l'animateur ne saurait voir sa responsabilité engagée à raison du seul contenu d'un message dont il n'avait pas connaissance avant sa mise en ligne, il faut en déduire *a contrario* que la responsabilité peut être retenue s'il en avait connaissance avant la mise en ligne. La réserve du Conseil est également prise en compte dans un arrêt du 30 octobre 2012³⁵¹, la Chambre criminelle venant casser l'arrêt d'une Cour d'appel qui n'avait pas recherché si le «producteur» avait eu connaissance, préalablement à sa mise en ligne, du contenu de ce message ou si, dans le cas contraire, il s'était abstenu d'agir avec promptitude pour le retirer dès qu'il en avait eu connaissance.

Il est indéniable que l'article 93-3 gagne en clarté et en précision. Au delà du seul principe de la légalité, cette solution est respectueuse des droits de la défense puisque les atteintes à la présomption d'innocence et au principe d'égalité devant la loi, du fait de la responsabilité à raison d'une qualité, disparaissent. Mais par ce «dialogue des juges», salubre pour le fond du droit, les juges constitutionnels et de cassation viennent ajouter à la loi, pour reprendre la formule consacrée, «une condition qu'elle ne prévoit pas». Il est regrettable que la légalité matérielle ne puisse être respectée qu'au mépris de la légalité formelle.

2/ Affaiblissement des principes

Au terme de l'article 112-1 du code pénal, «sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis (...) Toutefois, les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes». Le principe de la rétroactivité *in mitius* est une manifestation emblématique du principe de faveur qui domine tout le droit pénal libéral. Pourtant ce principe n'est évoqué ni dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 ni dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Postérieurement à ces deux textes, le principe a été consacré à l'article 15§1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques³⁵² et à l'article 49§1 de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne³⁵³. Ce principe avait déjà été dégagé par le Conseil constitutionnel en application du principe de nécessité : dans

³⁵¹ Crim 30 octobre 2012 n° 10-88.825.

³⁵² Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.

³⁵³ Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée lors du Conseil européen de Nice le 7 décembre 2000.

sa décision des 19 et 20 janvier 1981³⁵⁴ le Conseil déduit de l'article 8 de la Déclaration de 1789 que «le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne la loi pénale plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires». Ce principe a été rappelé dans une décision du 21 février 1992 à l'occasion de l'examen de la loi du 25 février 1992 concernant le Statut de la magistrature³⁵⁵. Ainsi, en tant que corollaire du principe de la légalité, l'application de la loi pénale dans le temps a toujours fait l'objet d'une appréciation approfondie par le Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle *a priori*. Cependant une décision du 3 décembre 2010³⁵⁶ vient semer un trouble inquiétant.

Les requérants, poursuivis pour le délit de revente à perte, se prévalaient de l'application immédiate de la nouvelle définition du seuil, telle que posée par la loi du 2 août 2005³⁵⁷. Cette loi posait une définition plus favorable du seuil réduisant les hypothèses dans lesquelles l'infraction était constituée. Mais cette même loi imposait, pour les infractions déjà commises, de retenir le seuil applicable lors de la commission de l'infraction, et ce jusqu'au 31 décembre 2006 alors que le nouveau seuil était applicable à compter du 1er janvier 2006³⁵⁸. La dérogation au principe de rétroactivité *in mitius* était expressément prévue par l'article 47 IV.

Certaines juridictions du fond, ayant conscience du caractère plus doux de la loi nouvelle ont parfois dérogé au texte pour appliquer la loi nouvelle³⁵⁹. Mais les juridictions d'appel ont au contraire estimé que le report de l'application de la loi nouvelle était conforme aux objectifs législatifs de sauvegarde de la compétitivité économique des entreprises et de maintien d'une offre concurrente. Les divergences jurisprudentielles révélaient le caractère sérieux de la question justifiant un renvoi au Conseil constitutionnel³⁶⁰.

La décision du Conseil s'annonce respectueuse des principes puisqu'il commence par rappeler la portée du principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce. Mais il l'assortit immédiatement d'une

³⁵⁴ Décis. n° 80-127 DC du 20 janvier 1981 Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes ; §75 ; A. Dekeuwer Dalloz, 1982, Jur., p. 441 ; J. Rivéro AJ droit administratif, 1981, p. 275 ; C. Franck JCP 1981, II, 19701.

³⁵⁵ Décis. n°92-305 DC du 21 février 1992.

³⁵⁶ Décis. n° 2010-74 QPC du 03 décembre 2010 ; E. Dreyer JCP G 2011, n°4, p. 167-169 ; J-B Perrier AJ Pénal, 2011, n°1, p. 30-31 ; J-Y Chevallier RPDP janvier-mars 2012, n° 1, p. 141-143 ; C. Mascala, D. juillet 2011, n° 27, p. 1861-1862.

³⁵⁷ art. 47 IV de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

³⁵⁸ art. 47 IV de la loi du 2 août 2005 «Par dérogation aux articles 112-1 et 112-4 du code pénal, l'infraction à l'article L. 442-2 du code de commerce commise avant le 31 décembre 2006 est jugée, et l'exécution des sanctions prononcées se poursuit, selon la disposition en vigueur lors de sa commission»

³⁵⁹ TGI d'Évry, jugement n° 108 du 26 juin 2007, en se fondant sur les dispositions du pacte international relatif aux droits civils et politiques et le principe de rétroactivité *in mitius* ; TGI de Paris, son jugement n° 1 du 11 octobre 2007, en se fondant sur le principe de la rétroactivité *in mitius*.

³⁶⁰ Crim, arrêt n° 5257 du 22 septembre 2010.

exception «sauf à ce que la répression antérieure plus sévère soit inhérente aux règles auxquelles la loi nouvelle s'est substituée, le principe de nécessité des peines implique que la loi pénale plus douce soit rendue immédiatement applicable aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée»³⁶¹. Il conclut à la conformité de l'article 47 IV.

Ainsi par une réserve qu'on pourrait qualifier de laconique, le Conseil introduit une exception importante au principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce dès lors qu'elle est «inhérente aux règles auxquelles la loi nouvelle s'est substituée». Le terme «inhérent» en lui-même ne remplit pas les exigences de clarté et précisions que le Conseil impose pourtant au législateur. Les commentaires autorisés de la décision n'apportent guère plus de satisfaction³⁶². Il est avancé que la poursuite de la répression était inséparable du régime instauré antérieurement, dans sa dernière version, par la «loi Galland» de 1996. Dès lors, le législateur pouvait prendre les mesures prévues dans le paragraphe IV de l'article 47 de la loi du 2 août 2005, pour assurer l'effectivité de la législation économique antérieure et éviter que ceux qui ont obtenu, contre la loi, un avantage concurrentiel par la revente à perte soient exonérés de poursuites.

Cette solution rejoint le débat sur la portée du principe de rétroactivité *in mitius* en matière économique : le législateur craint que les nombreuses loi temporaires soient tenues en échec par la rétroactivité. On redoute que des délinquants bien informés puissent, avant le terme convenu, s'exonérer du respect de leur terme sans craindre d'être condamnés en raison de l'application d'une loi nouvelle plus douce³⁶³. Le Conseil estime donc que le législateur peut se faire «maître du champ d'application temporel de la loi nouvelle»³⁶⁴ en raison de la finalité de la loi ancienne. Comme le relève Madame le Professeur Mascala, cette solution ne peut que susciter des inquiétudes, car toute loi pénale ancienne, que son domaine soit économique ou non, contient des sanctions qui à l'époque où elle a été adoptée étaient jugées nécessaires et inhérentes à sa finalité. Ainsi, à supposer qu'il était légitime en l'espèce de déroger à la rétroactivité *in mitius*, la formule est dangereuse parce que beaucoup trop générale. Il convient sûrement de considérer que cette solution s'applique au seul domaine économique dans le prolongement de l'ancienne Doctrine. Elle est néanmoins difficilement compatible avec la conception de la CEDH qui reconnaît expressément le principe de la rétroactivité *in mitius*³⁶⁵.

³⁶¹ Décision n° 2010-74 QPC du 03 décembre 2010, consid. 3.

³⁶² NCCC, Cahier n° 30.

³⁶³ E. Dreyer, Limitation constitutionnelle de la rétroactivité *in mitius*, JCP G n°4, 24 janvier 2011, p 82.

³⁶⁴ C. Mascala, Recueil Dalloz 2011, p1859

³⁶⁵ V. p. ex. CEDH 17 septembre 2009, n°10249/03. La Cour juge que le refus d'appliquer la loi plus douce sévère « équivaldrait [...] à ignorer tout changement législatif favorable à l'accusé intervenu avant le jugement et à continuer à infliger des peines que l'Etat, et la collectivité qu'il représente, considèrent désormais comme excessives » (§ 108)

Cette décision révèle toute l'ambiguïté des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel. Soucieux de préserver la politique criminelle du législateur, le Conseil vient tolérer une atteinte «acceptable» au principe constitutionnel. Mais cette attitude porte néanmoins un discrédit sur la question prioritaire de constitutionnalité qui aboutit en l'espèce à faire primer des considérations d'ordre économique sur le principe de légalité. C'est finalement la légitimité de la sanction pénale qui est ébranlée en admettant que son régime varie suivant les domaines où elle intervient.

Les deux exemples présentés révèlent les extrêmes auxquels la réserve d'interprétation constitutionnelle peut mener. Si l'article 93-3 a gagné en clarté par la réécriture opérée par le Conseil et la Cour de Cassation, la rétroactivité *in mitius* reçoit une acception variable de la part du Conseil qui affaiblit nécessairement sa portée. Au vu de la profusion et de la disparité des questions prioritaires de constitutionnalité, il est à craindre que les principes constitutionnels, et notamment le principe de la légalité, deviennent finalement «lettre morte»³⁶⁶. Le contrôle des exigences de clarté et de précision des incriminations est également minimal sanctionnant une sorte «d'erreur manifeste de rédaction» (Section II).

Section II / Un contrôle minimal

Si l'intervention d'une loi est nécessaire au principe légaliste, celle-ci n'est pas suffisante. Cette loi doit répondre à des objectifs de modération et de précision rédactionnelle pour ne pas être la source d'abus contre lesquels elle doit justement lutter. Comme l'écrit très justement Monsieur le Professeur Conte «l'Etat de droit commence avec la volonté de nommer exactement ce que l'on désigne»³⁶⁷ et c'est au Conseil constitutionnel que revient la tâche de contrôler la qualité d'intervention du législateur. Habituellement fondé sur l'article 8 de la Déclaration de 1789, le principe de la légalité se voit parfois reconnaître une assise sur l'article 7 de cette même Déclaration³⁶⁸, article qui impose mesure et prévisibilité à l'arme pénale. Le contrôle du respect de la légalité de la part des Sages de la rue Montpensier est devenu plus exigeant : si le Conseil a d'abord admis que le législateur délègue sa compétence au pouvoir réglementaire³⁶⁹, cette souplesse a ensuite disparu pour demander au législateur «de fixer lui même, le champ d'application de la loi pénale, de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour permettre la détermination des auteurs d'infractions et exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, et de fixer dans les mêmes conditions le champ d'application des

³⁶⁶ X. Magon, La QPC révélateur des limites du droit constitutionnel ? Lecture contrariée et contradictoire, D. 2012 p 2030.

³⁶⁷ P. Conte, *Invenias disjecti membra criminis* : lecture critique de la nouvelle définition du harcèlement sexuel, Droit pénal - Novembre 2012 - n° 1.

³⁶⁸ DDHC, article 7 «Nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant ; il se rend coupable par la résistance»

³⁶⁹ voir *supra* p 37 et 38 Décis. n° 82-145 DC du 10 novembre 1982, cons 3.

immunités qu'il instaure»³⁷⁰. D'autre part, dans le silence des textes de la Constitution, la jurisprudence a dégagé des normes constitutionnelles qu'elle désigne comme des objectifs assignés au législateur. Tel est le cas de «l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi»³⁷¹, déduit des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits qui impose au législateur, «afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et non équivoques». Face à une telle assise constitutionnelle, la clarté et la précision de la loi pénale devrait être un terrain fertile pour la QPC. Mais ce contrôle est finalement minime : outre le filtre des juges de cassation, il faut noter que les «objectifs à valeur constitutionnelle» ne peuvent être invoqués à l'appui d'une QPC dès lors que, adressés au législateur, il ne créent pas directement de droit au profit des particuliers. Ce n'est finalement que dans des cas d'atteinte manifeste au principe de la légalité que la censure du Conseil est intervenue. Mais ces abrogations prévisibles (I) ne sont pas sans répercussions sur la loi et le procès pénal, et posent de nouvelles questions (II).

I / DES ABROGATIONS PRÉVISIBLES

L'abrogation du harcèlement sexuel et de l'inceste élève le mécanisme de la QPC au rang d'instrument de contrôle de l'activité parlementaire. C'est en effet la négligence du législateur qui est sanctionnée dans ces deux hypothèses : dans le premier cas il a laissé la définition du harcèlement sexuel se réduire progressivement à une peau de chagrin malgré les nombreuses critiques de la Doctrine (A), dans le second cas «il a choisi d'endosser le rôle non taillé pour lui de thérapeute par les mots de la loi»³⁷² en instituant une «qualification» de compassion (B).

A / Sanction du dépouillement

Saisi par la Cour de cassation le 29 février 2012 d'une question relative à la conformité de la définition du harcèlement sexuel au principe de la légalité des délits et des peines, le Conseil, dans une décision très attendue du 4 mai 2012³⁷³ a abrogé le délit prévu à l'article 222-33 du code pénal. Si la décision du Conseil constitutionnel a été saluée (2), elle n'est cependant pas surprenante tant les vices de rédaction avaient été dénoncés par la Doctrine (1) .

1/ Un dépouillement progressif

³⁷⁰ Décis. n° 98-399 DC du 05 mai 1998, cons. 7 ; n°2000-433 DC du 27 juillet 2000 cons. 61

³⁷¹ Décis. n°99-421 DC du 19 décembre 1999 cons.20 ; n°2001-455 DC 12 janvier 2008 cons 8,9 et 30 .

³⁷² A. Lepage, Réflexions sur l'introduction de l'inceste dans le code pénal par la loi du 8 février 2010, JCP G, 22 mars 2010, n°12. étude 335.

³⁷³ Décis. n° 2012-240 QPC du 04 mai 2012 M. Gérard D. [Définition du délit de harcèlement sexuel] ; S. Detraz, D. 2012. 1372 ; G. Roujou de Boubée, D. 2012. 1344 ; A. Lepage, À propos de l'abrogation de l'article 222-33 du code pénal, JCP G. 2012. 662 ; M. Véron , Droit Pénal, juin 2012, n° 6, p. 32-33 ; V. Malabat, RPDP avril-juin 2012, n° 2, p. 389-397 ; X. Pin, même revue, p. 367-373 ; E. Dreyer Gaz. Pal. 27-28 juillet 2012, n° 209-210. - p. 3 , Y. Mayaud , RSC, Avril-juin 2012, n° 2, p. 380-387 ; P. Conte Droit pénal - Novembre 2012 - n° 1.

Issu de la réforme du code pénal, l'infraction de harcèlement sexuel bénéficiait d'une définition précise au terme de laquelle elle était «le fait de harceler autrui en usant d'ordres, de menaces ou de contraintes dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions». Tant les moyens que la qualité de l'auteur étaient définis, venant asseoir la répression sur des exigences porteuses. Mais cette définition a été progressivement dépouillée, aboutissant à vider l'incrimination de sa substance. La loi du 17 juin 1998³⁷⁴ a d'abord introduit, à côté des moyens existants, les «pressions graves» exercées sur les victimes. Ce rajout avait pour but de bien distinguer les figures et les circonstances distinctes du délit. L'incrimination n'en devenait cependant guère plus claire, tant la nuance entre la contrainte et les pressions est délicate, la première notion pouvant tout à fait absorber la seconde. L'intérêt était néanmoins d'avoir reproduit la définition existant dans le code du travail³⁷⁵, afin de favoriser la cohérence des deux disciplines. L'assise des poursuites est demeurée *a priori* conforme au principe de la légalité, jusqu'à la loi du 17 janvier 2002 de modernisation sociale³⁷⁶. Le nouvel article 222-33 issu de cette loi ramenait l'élément matériel de l'infraction au seul fait «de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle» sans viser un quelconque abus d'autorité ni un moyen de commettre le harcèlement. La Doctrine n'a pas manqué de réagir à cette double amputation, Monsieur Roets parlant de «l'inquiétante métamorphose du délit de harcèlement sexuel»³⁷⁷ et Monsieur le Professeur Conte d'«Une nouvelle fleur de légistique : le crime en bouton»³⁷⁸. Monsieur Conte faisait notamment remarquer que la suppression de l'abus d'autorité ne justifiait pas celle des moyens puisqu'une personne hiérarchiquement inférieure peut tout à fait menacer celui qui la commande, or si l'abus d'autorité postule les moyens, l'inverse n'est pas vérifié. Il était possible de discuter la réalité de la suppression des moyens au regard de la section dans laquelle se trouve l'article 222-33. Cette section relative aux agressions sexuelles s'ouvre en effet par l'article 222-22 qui définit ces agressions comme atteintes commises par «violence, contrainte, menace ou surprise». Le silence du législateur aurait pu s'expliquer par un renvoi implicite à cette disposition dotée d'une portée générale. Mais en l'absence de contact entre l'auteur et la victime, le harcèlement sexuel ne pouvait figurer parmi les agressions sexuelles mentionnée à l'article 222-22. Seule la notion de «harcèlement» *stricto sensu* pouvait encore sauver l'incrimination puisque dans le langage courant il est défini par «le fait de soumettre sans répit à de petites attaques réitérées»³⁷⁹. Cette répétition, présente dans les rédactions antérieures, renvoyait plus clairement à une infraction d'habitude, or la définition lacunaire issue de la loi de 2002 laissait présager qu'un seul acte puisse être constitutif d'un harcèlement. La suppression des moyens risquait

³⁷⁴ Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.

³⁷⁵ ancien article L122-46 (L1153-1 et L1155-2) issu de la Loi 92-1179 du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail.

³⁷⁶ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale.

³⁷⁷ D. 2002 Chron 2059.

³⁷⁸ JCP G, 24 Juillet 2002, n° 30.

³⁷⁹ Le Nouveau Petit Robert

également de faciliter la répression de la tentative : si un seul acte était désormais suffisant, tout acte de séduction pouvait être interprété comme étant accompli dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle et pouvait caractériser un commencement d'exécution³⁸⁰. Dans une anticipation répressive³⁸¹ poussée à bout, «une invitation à dîner, l'envoi de roses rouges» pouvaient caractériser une tentative de harcèlement sexuel. Même si les juridictions ont conservé une interprétation stricte du harcèlement sexuel³⁸², l'incrimination ne bénéficiait plus d'un support suffisant de matérialité pour être conforme à la légalité.

Le changement introduit par la loi du 17 janvier 2002 était d'autant plus critiqué que cette même loi avait introduit l'incrimination de harcèlement moral³⁸³ définie à l'article 222-33-2 comme «le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel». La notion de répétition était bien présente. Alors que la définition du harcèlement moral avait fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori*, le Conseil ayant jugé la formule suffisamment claire³⁸⁴, les auteurs de la saisine n'avaient pas soulevé, à l'époque de grief contre la nouvelle rédaction du harcèlement sexuel.

Une proposition de loi du 27 octobre 2009³⁸⁵ avait tenté de modifier le texte, l'article 19 s'inspirant de la Directive n° 2002/73/CE du 23 septembre 2002 définissant le harcèlement sexuel comme «tout agissement à connotation sexuelle subi par une personne et ayant pour effet ou pour objet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant». Cette proposition avait pourtant été rejetée par la Commission des lois au motif bien surprenant qu'elle ne serait pas conforme au principe de la légalité ! Il faut noter enfin que le harcèlement moral au sein du couple a été ajouté par la loi du 9 juillet 2010³⁸⁶. La définition du nouvel article 222-33-2-1 est particulièrement proche de celle du harcèlement moral et fait ainsi référence expressément à des agissements répétés.

³⁸⁰ article 121-4, c. pén. «Est auteur de l'infraction la personne qui 2° tente de commettre un crime ou, dans les cas prévu par la loi, un délit»

³⁸¹ Y. Mayaud, Droit pénal général, PUF 3ème édition 2010, p 271 et s.

³⁸² V. p. ex. Crim 10 novembre 2004 n°03-87.986 : cassation de l'arrêt ayant condamné pour harcèlement sexuel un enseignant ayant dit à son élève «qu'il l'aimait, l'avait invité à le rejoindre dans son bureau, et l'avait serrée dans ses bras», la cour invitant à rechercher la qualification d'atteinte sexuelle.

³⁸³ C.pén art.222-33-2 ; C. trav nouvelle rédaction L1152-1

³⁸⁴ Décis. n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 ; Buck RSC 2002 p 673.

³⁸⁵ Prop. de loi n°212 renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes, devenue la loi 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants.

³⁸⁶ *op. cit.* Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 .

Face à l'absence de contrôle *a priori* et aux nombreuses critiques, la question était nécessairement nouvelle et sérieuse, permettant son examen *a posteriori* grâce au renvoi de la Chambre criminelle. La Cour³⁸⁸ a transmis la question en retenant que «la définition du harcèlement sexuel pourrait être considérée comme insuffisamment claire et précise, dès lors que le législateur s'est abstenu de définir le ou les actes qui doivent être regardés comme constitutifs du harcèlement sexuel». L'avocat général considérait au contraire que la Cour aurait pu éviter la transmission en «donnant dans sa décision les éléments propres à remédier aux insuffisances de la loi». Il est vrai que face à d'autres incriminations tout aussi floues (telles que le faux ou les délits d'entrave), la Cour renvoie aisément à sa jurisprudence pour pallier le manque de clarté dénoncé. Remarquons que si l'incrimination fut dénoncée à l'origine comme offrant au juge un pouvoir d'appréciation excessif et aux salariés victimes un moyen de pression contre leurs employeurs, ces abus ne se sont pas produits.

L'«abrogation fatale» a donc été prononcée le 4 mai 2012, le Conseil jugeant «que l'article 222-33 du code pénal permet que le délit de harcèlement sexuel soit punissable sans que les éléments constitutifs de l'infraction soient suffisamment définis ; qu'ainsi, ces dispositions méconnaissent le principe de légalité des délits et des peines et doivent être déclarées contraires à la Constitution». Suivant la règle selon laquelle la déclaration d'inconstitutionnalité doit en principe bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil a jugé que cette censure était applicable immédiatement à compter de la publication de sa décision à toutes les affaires non jugées définitivement (consid.7).

Les effets de cette décision sur la loi et le procès pénal seront traités dans les développements suivants, il faut cependant s'arrêter un instant sur la portée de cette décision. Il convient de nuancer l'enthousiasme qu'elle a pu provoquer. Il serait excessif de considérer qu'il s'agit d'un retour à l'orthodoxie générale permettant enfin de garantir l'effectivité du principe de légalité. D'autres définitions tout aussi lacunaires ne font pas l'objet de la même censure, ni du même intérêt, telle que la «corruption de mineur», ou encore les «autres» agressions sexuelles. La motivation du Conseil est suffisamment précise et restrictive pour ne pas avoir de portée générale. C'est peut être moins le «flou» de l'incrimination qui a fait l'objet de la censure que la dégradation que le législateur a lui même provoquée, en privant progressivement l'incrimination de ses éléments de définition³⁸⁹. La partialité du Conseil a également été évoquée compte tenu des liens unissant le requérant, ancien secrétaire d'Etat, et certains membres du Conseil. Mais l'abrogation était suffisamment dictée par la Doctrine pour ne pas avoir besoin

³⁸⁷ *op cit.* Y Mayaud, Le délit de harcèlement sexuel : histoire d'une abrogation fatale, RSC avril juin 2012

³⁸⁸ Crim. 29 février 2012, n°11-85.377.

³⁸⁹ E. Dreyer, Rancoeur et Droit pénal, Gaz. Pal. 2! juillet 2012, p3.

d'un motif personnel, cette situation appelle néanmoins à la création d'une véritable procédure de récusation à défaut de modification de la composition du Conseil³⁹⁰.

B / Sanction de la compassion

Si l'inceste est un phénomène social ancien et connu, noyau des réflexions de Claude Lévi-Strauss, ce terme était pourtant jusqu'à récemment absent de notre droit positif. Supprimé de notre arsenal répressif à la Révolution, il a été réintroduit dans le code pénal par la loi du 8 février 2010³⁹¹ principalement dans le but de reconnaître la souffrance des victimes. Bien que le terme ne soit pas employé dans notre ordre juridique, l'inceste étaient indirectement pris en compte tant par la législation civile que pénale. Au titre des empêchements à mariage et des dispositions relatives à la filiation³⁹², le droit civil refuse de reconnaître un statut juridique à une relation incestueuse. Le Conseil constitutionnel a expressément reconnu la valeur de cet interdit lorsqu'il a examiné les dispositions relatives au Pacte civil de solidarité : il a jugé que certains empêchements traduisent la volonté du législateur «de prendre en compte l'intérêt général tenant à la prohibition de l'inceste»³⁹³. En matière pénale plusieurs qualifications, circonstances aggravantes ou éléments constitutifs de l'infraction, permettent de réprimer des actes incestueux. La qualité d'ascendant de l'auteur ou son autorité sur la victime est érigée en circonstance aggravante du viol, des agressions sexuelles et l'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans³⁹⁴ constitutive d'une mise en péril. Lorsque le mineur a plus de quinze ans et qu'il n'est pas émancipé par le mariage, l'atteinte sexuelle n'est réprimée que lorsqu'elle est commise par un ascendant ou par une personne ayant autorité sur le mineur ou qui abuse de l'autorité que lui confère ses fonction, cette qualité étant alors un élément constitutif de l'infraction³⁹⁵.

Face à cette prise en compte indirecte de l'inceste par la législation et la jurisprudence du Conseil plutôt favorable à la lutte contre cet interdit ancestral, ce n'est pas le principe même de l'incrimination de l'inceste qui a posé des difficultés. Ce sont les modalités prévues par la Loi du 8 février 2010 ainsi que leur conformité au principe de la légalité qui se sont révélées problématiques, justifiant le recours au mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité. Il convient de présenter ladite loi et ses incohérences (1) pour mieux mesurer la portée de la décision du Conseil (2).

³⁹⁰ J-B Perrier, Harcèlement sexuel : précision sur l'abrogation en raison de l'imprécision, AJ Pénal 2012, p 482.

³⁹¹ Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux.

³⁹² Interdiction du mariage en ligne directe, entre tous les ascendants et descendants et alliés dans la même ligne (art 161 c. civ.), en ligne collatérale entre le frère et la soeur (article 162). Il s'agit d'empêchements absolus à mariage (le président de la république ne peut accorder de dispense). Empêchement relatifs entre l'oncle et la nièce ou la tante et le neveu (art 163). Interdiction d'établir le second lien de filiation lorsqu'il existe entre les pères et mères un des empêchements absolus à mariage (art. 310-2).

³⁹³ Décision n°99-419 DC du 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité, cons.55.

³⁹⁴ Viol : 222-23 4°, Autres agressions sexuelles : 222-28 2° et 222-30 2°, Atteinte sexuelle sur mineur de 15 ans : 227-26 1°.

³⁹⁵ article 227-27.

1/ Une loi source d'incohérence

S'inspirant peut-être des autres états européens, tels que l'Allemagne où l'inceste est incriminé de façon générale, ou encore de l'Angleterre et du Pays de Galles qui prévoient une présomption d'abus sur le mineurs de seize ans, et très certainement touché par les victimes dont la situation douloureuse n'est pas reconnue, le législateur a voulu «inscrire l'inceste dans le code pénal». Après une première proposition avortée du 4 novembre 2004³⁹⁶, une nouvelle proposition du 18 mars 2009³⁹⁷ a finalement abouti au vote de la loi du 8 février 2010 introduisant de nouvelles dispositions. La proposition de loi s'inscrivait dans une logique différente du dispositif qui a finalement été retenu, puisqu'après avoir défini très précisément le périmètre des relations incestueuses, elle faisait de cette qualification une circonstance aggravante pour l'atteinte sexuelle, et créait une nouvelle catégorie de viol incestueux (avec comme sous-entendu, le viol même consenti). Mais la loi du 8 février 2010 a opté pour une solution différente en introduisant les articles 222-31-1 et 222-31-1 (pour l'agression sexuelle et le viol) et l'article 227-27-2 (pour l'atteinte sexuelle). Les infractions sont ainsi qualifiées d'incestueuses lorsqu'elles sont commises «au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une soeur ou par tout autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait». Cette même loi est également venue introduire un article 222-22-1 définissant la contrainte morale comme pouvant résulter «de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celle-ci exerce sur cette victime». Des dispositions du code de procédure pénale ont également été introduites³⁹⁸.

Comme l'indique le titre de la loi, il n'y a pas de création d'une nouvelle infraction d'inceste mais l'ajout d'une nouvelle «qualification» bien que le terme soit inapproprié. La circulaire de la Direction des affaires criminelles et des grâces du ministère de la Justice³⁹⁹ précise à ce propos que les nouveaux articles «créent une forme de surqualification d'inceste» qui se superpose aux autres qualifications et circonstances aggravantes existantes. Il ne s'agit pas d'une nouvelle infraction, les peines encourues ne sont pas modifiées, seul l'adjectif incestueux sera inscrit au casier judiciaire. Cette loi a donc été voulue seulement interprétative, et ce afin «d'éviter les écueils dus à l'application de la loi dans le temps (...) et de perfectionner le système plutôt que de le chambouler»⁴⁰⁰. Le législateur a souhaité contourner le principe de non rétroactivité des lois pénales plus sévères afin de pouvoir appliquer la nouvelle «qualification» aux affaires en cours. Mais cette absence voulue par le législateur de valeur répressive du

³⁹⁶ Prop. de loi n°1896 visant à ériger l'inceste en infraction spécifique dans le code pénal.

³⁹⁷ Prop. de loi n°1538 visant à identifier, prévenir, détecter et lutter contre l'inceste sur les mineurs et à améliorer l'accompagnement médical et social des victimes de M-L Fort, 18 mars 2009.

³⁹⁸ CPP: art. 2-3 action des associations ; 356 délibération en cour d'assises ; 706-50 désignation d'un administrateur ad hoc.

³⁹⁹ Circ. du Directeur des affaires criminelles et de grâces n° JUSD1003942C du 9 février 2010, p4.

⁴⁰⁰ C. Estrosi, Faut-il ériger l'inceste en infraction spécifique ? Mission parlementaire, La Documentation française, juillet 2005, p42-43.

terme «incestueux» est suffisamment surprenante pour faire naître un désordre terminologique⁴⁰¹. Si c'est au regard du principe de la légalité que le texte a été abrogé (2), la loi du 8 février 2010 provoque d'autres entorses aux principes constitutionnels. Il nous semble important de les présenter brièvement.

a) *Inceste et égalité*

Bien que cette loi n'ait *a priori* qu'une portée symbolique, elle introduisait une distinction particulièrement gênante. L'intitulé lui-même de la loi précise que l'inceste ne peut être commis que sur les «mineurs». Bien que les atteintes sexuelles sans contrainte, violence, menace, ni contrainte ne puissent être commises que sur les mineurs de quinze ans⁴⁰², et qu'ainsi le nouvel article 227-27-2 ne puisse encourir la critique, l'article 222-31-1 ne conçoit également les agressions sexuelles qu'à l'égard d'une personne mineure. En pratique, si deux soeurs de 16 et 20 ans avaient été violées par leur père, seule la première pourrait «bénéficier» de la qualification de viol incestueux. Rappelons que le Conseil constitutionnel juge que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. Refuser la «qualification» d'agression incestueuse à une jeune fille au prétexte qu'elle est majeure poursuivrait-il un motif d'intérêt général ? Une QPC fondée sur la rupture d'égalité provoquée par cette loi aurait eu toutes les chances de prospérer.

b) *Contrainte et Non bis in idem*

Au terme du nouvel article 222-22-1 la contrainte morale peut «résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celle-ci exerce sur cette victime». Outre la mauvaise rédaction, la conjonction de coordination «et» devant être interprétée comme un «ou», ce nouvel article aboutit à des incohérences menaçantes pour le principe de la légalité. Il est constamment prohibé en droit pénal, notamment en application du principe *non bis in idem*, de retenir le même fait pour caractériser un élément constitutif de l'infraction et une circonstance aggravante. En toute rigueur, la contrainte est un élément constitutif de l'agression sexuelle tandis que la minorité de quinze ans, et l'autorité de droit ou de fait constituent des circonstances aggravantes⁴⁰³. Or en visant dans le nouvel article 222-22-1 la différence d'âge et l'autorité, le législateur introduit une confusion entre les éléments constitutifs et les circonstances aggravantes. La loi du 8 février 2010 consacre ainsi «la grande entrée du monde d'Hergé dans notre législation, (...) car poursuivre l'auteur d'un viol ou d'une agression sexuelle commis par une contrainte morale fondée sur l'autorité de droit ou

⁴⁰¹ A.Lepage, La définition des agressions sexuelles incestueuses n'est pas conforme au principe de la légalité en raison de son imprécision, JCP G n°43, 24 octobre 2011.

⁴⁰² article 227-25 du code pénal.

⁴⁰³ Viol : 222-24 2°, 4° et 5° ; «autres agressions sexuelles» 222-29 1°, 222-30 2° et 3°.

de fait exercée sur la victime, avec la circonstance aggravante d'autorité de droit ou de fait exercée sur la victime, c'est un peu comme si l'on poursuivait le meurtrier en retenant la circonstance aggravante de la mort de la victime»⁴⁰⁴.

La circulaire du 9 février 2010⁴⁰⁵ affirme pourtant qu'il ne s'agit que d'une «clarification» qui «ne fait que consacrer les jurisprudences les plus récentes des juridictions du fond et de la Cour de cassation». Un arrêt de la chambre criminelle du 3 septembre 2008⁴⁰⁶ est cité comme exemple, cet arrêt ne fait pourtant que rappeler le principe de l'appréciation souveraine des juridictions du fond⁴⁰⁷. La prise en compte du jeune âge de la victime dans l'appréciation de la contrainte est une question délicate qui a pu sembler donner des divergences de jurisprudence. La Chambre criminelle a censuré à plusieurs reprises des décisions qui se sont appuyées sur une ou plusieurs circonstances aggravantes pour se déterminer quant à la contrainte, menace ou surprise indispensable à la reconnaissance de l'agression elle-même. Elle a ensuite assoupli sa solution admettant que, pour déclarer un prévenu coupable d'agression sexuelle sur trois mineurs âgés de un an et demi à cinq ans, «l'état de contrainte relève du très jeune âge des enfants qui les rendait incapables de réaliser la nature et la gravité des actes qui leur étaient imposés»⁴⁰⁸. Mais comme le souligne Monsieur le Professeur Mayaud, il ne faut pas voir de revirement dans cette solution. Seul le «très jeune âge» est visé, renvoyant à une insuffisance manifeste de discernement, il est donc la preuve en soi de ce que la victime a subi malgré elle.

Ainsi, loin d'apporter une simple clarification sans portée normative, la loi du 8 février 2010 face à une victime mineure, vient faciliter la qualification d'agression sexuelle par rapport à celle d'atteinte sexuelle constitutive d'un simple «mise en péril» du mineur⁴⁰⁹. Bien que les questions prioritaires n'aient porté que sur la «surqualification» d'inceste, une question portant sur l'article 222-22-1 serait justifiée. Le principe *non bis in idem*, le principe de légalité, notamment quant aux termes de «différence d'âge» qui n'est ni un principe clair ni un principe pertinent, ou encore le principe de nécessité s'avèreraient des fondements pertinents.

⁴⁰⁴ C. Guéry, Définir ou bégayer : la contrainte morale après la loi sur l'inceste, AJ pénal 2010 p126.

⁴⁰⁵ Circ. de la DACG n° CRIM-10-3/E8 du 9 février 2010 relative à la présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi du n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux.

⁴⁰⁶ Crim. 3 décembre 2008 n° 08 84092 rejetant un pourvoi contre un arrêt de renvoi aux assises pour des acte infligés à un mineur «à la faveur de la contrainte morale au regard de la différence d'âge avec le mise en cause».

⁴⁰⁷ *Ibid* Crim 3 décembre 2008 : Pour renvoyer un homme devant la Cour d'assises sous l'accusation de viol sur mineur âgé de 8 à 10 ans, une chambre de l'instruction a retenu que les actes d'agressions commis par l'oncle d'un ami de la victime «après des jeux, séances de chatouilles ou pincements» n'avaient «pu être réalisés qu'à la faveur de la surprise ainsi créée, et de la contrainte morale au regard de la différence d'âge avec le mis en examen»

⁴⁰⁸ Crim 7 décembre 2005 n°05-81.316, RSC 2006 p319 Y. Mayaud.

⁴⁰⁹ A. Lepage, Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le code pénal par la Loi du 8 février 2010, JCP G n°12, 22 Mars 2010, n°35.

2/ L'imprécision de la notion de famille et ses conséquences

Il convient d'étudier les motifs adoptés par le Conseil pour abroger les «surqualifications d'inceste» (1) avant d'étudier les perspectives que ces décisions ouvrent (2).

a / L'abrogation

C'est par deux décisions remarquées du 16 septembre 2011⁴¹⁰ et du 17 février 2012⁴¹¹ relatives respectueusement aux agressions et aux atteintes incestueuses que le Conseil est venu corriger les excès de compassion du législateur. Les requérants, dans le pourvoi ayant donné lieu à la première décision, invoquaient la violation de nombreuses dispositions constitutionnelles : les articles 5, 8 et 16 de la Déclaration de 1789, 34 de la Constitution ainsi que les principes de clarté de la loi, de prévisibilité et de sécurité juridique. Mais ce n'est qu'au regard du principe de la légalité que la Cour a transmis la question. Dans les deux cas, elle a estimé que la question était sérieuse et qu'il y avait lieu de la transmettre au Conseil en ce que la famille au sein de laquelle doivent être commis les actes incestueux n'était pas définie avec suffisamment de précisions pour exclure l'arbitraire.

Le Conseil a retenu le même considérant dans les deux espèces, il juge que «s'il était loisible au législateur d'instituer une qualification pénale particulière pour désigner les agissements sexuels incestueux, il ne pouvait, sans méconnaître le principe de légalité des délits et des peines, s'abstenir de désigner précisément les personnes qui doivent être regardées, au sens de cette qualification, comme membres de la famille ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre grief, la disposition contestée doit être déclarée contraire à la Constitution». Il prévoit également les mêmes effets aux deux abrogations, l'abrogation est immédiate, à compter de la publication, aucune condamnation ne peut donc plus retenir la qualification de crime ou de délit « incestueux ». Il va même au delà des pouvoirs que lui confère l'article 62 de la Constitution en imposant que, en présence d'une affaire définitivement jugée à cette date, la mention de cette qualification ne puisse plus figurer au casier judiciaire.

Il faut remarquer que le Conseil emploie le verbe «désigner» ou encore «qualification pénale particulière» traduisant la nature *sui generis* et confuse des dispositions relatives à l'inceste. Lors de la première décision de septembre 2011, le débat s'est d'ailleurs noué autour de la nature particulière de ces dispositions. Le Secrétariat général du Gouvernement soutenait que la finalité de cette «fausse incrimination» était purement statistique, le requérant opposait au contraire qu'il s'agissait bien d'une loi de fond. S'inspirant de la théorie des actes de langage de John L. Austin, le requérant tendait à démontrer

⁴¹⁰ Décision n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011, M. Claude N. Définition des délits et crimes incestueux ; M. Véron Droit pénal, novembre 2011, n° 11, p.19-20 ; A. lepage JCP G 24 octobre 2011, n° 43-44, p. 1930-1932 ; C. Porteron AJ pénal décembre 2011, n° 12, p. 588-589 ; S. Detraz Gaz. Pal. N° 13-14 janvier 2012, n° 13-14, p. 35-36 ; P. Bonfils, Droit de la famille, juin 2012, n° 6, p. 35-36.

⁴¹¹ Décision n° 2011-222 QPC du 17 février 2012, M. Bruno L. Définition du délit d'atteintes sexuelles incestueuses.

que l'auteur de fait incestueux est frappé d'une infamie spécifique, l'énoncé étant alors «performatif» et non simplement «constatif». Le terme incestueux exprimerait l'opprobre de toute la société et ce sceau d'infamie constituerait alors, à lui seul, une sorte de peine complémentaire qui ne dit pas son nom⁴¹².

C'est face à l'imprécision de la notion très générale de «la famille» que le couperet constitutionnel est tombé. Sans reprendre les arguments qui ont déjà été présentés, la définition qui était proposée était à la fois trop large et trop étroite, héritière d'une conception hésitante de la famille. La proposition de loi initiale de Madame Marie-Louise Fort énumérait les auteurs d'actes incestueux. Elle n'a cependant pas été retenue de crainte que l'inscription d'une liste non exhaustive conduise à l'exclusion du champ de l'inceste des cas pourtant vécus comme tels par les victimes⁴¹³. Ce choix était préférable puisque définir l'inceste implique nécessairement de définir la famille, exercice délicat compte tenu de sa nature protéiforme. La jurisprudence avait alors la lourde tâche de déterminer jusqu'où un fait pouvait être «commis au sein de la famille». Rappelons que le principe de l'autonomie du droit pénal justifie qu'il ne s'attache pas aux définitions données par la langue courante et les autres disciplines du droit, mais comment expliquer que le «concubin d'un membre de la famille», qui n'a pourtant aucun lien de sang avec la victime, puisse être auteur d'inceste. La référence aux ascendants, frères et sœurs était également superflue car évidente (cas correspondant à l'inceste absolu du droit civil), tandis que la référence au concubin d'un membre de la famille, devant avoir une autorité de droit ou de fait, contribuait à altérer la notion d'inceste sans avoir l'avantage de lui donner plus de précision. Or s'il n'existe pas de définition stricte de la famille en droit civil, Monsieur Bénabent décrivant «une institution dont chacun connaît intuitivement le contenu, une réalité économique, sociologique et juridique»⁴¹⁴ le Conseil montre que cette imprécision ne peut convenir au droit pénal. Comme dans le cas du harcèlement, pourtant utilisé dans la langue courante, le Conseil révèle qu'il ne sanctionne pas seulement les notions nouvelles et méconnues qu'il appartient au législateur de définir, il vise également les notions courantes mais trop imprécises pour pouvoir fonder le champ d'application de la loi pénale. La notion de membre de la famille était à ce point imprécise qu'il faut supposer que le législateur avait délégué au juge le pouvoir d'user de cette qualification selon les circonstances et la conception qu'il donne à la famille. Ce n'est pourtant absolument pas concevable en droit pénal⁴¹⁵ compte tenu du principe de l'interprétation stricte. Cette décision est également conforme à la portée que donne la Cour européenne des droits de l'homme au principe de la légalité : elle admet que «la prévisibilité de la loi ne s'oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer les conséquences pouvant résulter

⁴¹² Commentaire autorisé sur le site du conseil constitutionnel.

⁴¹³ O. Baldes, Le retour de l'inceste dans le Code pénal : pourquoi faire ?, Droit pénal - Avril 2010 - n° 4

⁴¹⁴ A. Bénabent, Droit de la Famille, Montchrestien 2010, p 1.

⁴¹⁵ C. Porteron, Le respect de la légalité : un rappel évident...mais nécessaire. AJ pénal 2011 p588.

d'un acte déterminé»⁴¹⁶, or en l'espèce, l'assistance d'un conseil éclairé aurait été de peu d'intérêt pour définir la notion de famille.

Le Conseil n'a pas eu besoin d'examiner les autres griefs soulevés par le requérant. Il aurait été intéressant qu'il statue également sur la question de la rétroactivité car en voulant éviter l'écueil de la non rétroactivité le législateur viole finalement celui de la légalité des délits et des peines. D'autre part, au regard de l'article 34, le requérant soulignait qu'une loi d'affichage est nécessairement contraire à la Constitution comme violant le domaine de la loi⁴¹⁷. Il est probable que le Conseil aurait rappelé qu'il ne lui appartient pas de se substituer au législateur, mais une référence à la nécessité d'une disposition pénale aurait été applaudie, et aurait peut-être appelé le législateur à plus de prudence lorsqu'il vient donner à la loi pénale un rôle qui n'est pas le sien.

b / Les perspectives

Les deux décisions du Conseil ont permis de retourner à la situation antérieure, la qualité d'ascendant ou de personne ayant une autorité de droit ou de fait étant traitée soit au titre des circonstances aggravantes, soit au titre de l'élément constitutif. Mais le grief d'inconstitutionnalité pourrait être reproché à ces termes puisque cette circonstance est tout aussi étendue que la «surqualification» d'inceste. Rappelons⁴¹⁸ qu'une QPC a été formulée le 1er septembre 2011 soutenant que ces textes, en ne définissant pas la notion d'abus d'autorité, sont contraires au principe de la légalité. La Cour a considéré que cette question n'avait pas lieu d'être transmise, jugeant que la circonstance aggravante reste soumise au contrôle des juridictions et qu'elle doit être constatée de façon précise pour garantir sa légitimité et sa légalité, contrairement à l'élément constitutif, ce qui est surprenant. Pourtant, comme le souligne Madame le Professeur Baldes «si l'application du principe de légalité des délits et des peines est circonscrite, le Conseil, en acceptant de l'appliquer à la qualification pénale particulière de l'inceste ne se prononce pas sur la nature de cette disposition»⁴¹⁹. L'abrogation de l'inceste ouvre finalement la question de l'étendue du principe de légalité et de ses substituts. La loi du 8 février 2010 ne laisse derrière elle que la seule et regrettable définition de la contrainte morale. Le contrôle de la Cour de cassation sera-t-il suffisant pour assurer la légalité de cet article ? Une QPC sera-t-elle nécessaire ? «L'incertitude quant au moyen qui permettra la déclaration de la légalité de la disposition en cause pose alors un problème de sécurité juridique»⁴²⁰. Il a été soutenu qu'il serait plus juste de reprendre cette définition de la contrainte morale et de poser une réelle présomption d'absence de consentement pour les

⁴¹⁶ v. *supra* p 32, notamment CEDH, 6 octobre 2011, *Soros c/ France* req n° 50425/06.

⁴¹⁷ P de Combes de Nayves, *Loi sur l'inceste : peut mieux faire*, *Constitutions* 2012 p91.

⁴¹⁸ v. *supra* p63.

⁴¹⁹ O. Baldes, *Revue française de droit constitutionnel* 2012/2 (n° 90), p423.

⁴²⁰ *ibid.*

mineurs d'un certain âge. Mais une telle solution, bien que la loi du 8 février 2010 ait déjà introduit une certaine présomption de contrainte, reviendrait à poser une présomption de culpabilité, formellement prohibée par le Conseil constitutionnel en matière criminelle et délictuelle.

Au delà du regrettable épisode de l'inceste, c'est la constitutionnalité de nombre des infractions familiales qui est soulevée. Ces incriminations recourent fréquemment à des notions imprécises, telles que celles de couple et de famille. Bien qu'elles soient intrinsèques au champ d'application de ces infractions, ces notions risquent de fonder facilement une contestation relative à leur conformité au principe de la légalité⁴²¹. On peut notamment citer l'article 132-80 en vertu duquel la sanction est alourdie dès lors que l'infraction est commise «en raison de relations ayant existé entre l'auteur des faits et la victime». Cette circonstance aggravante avait été critiquée en Doctrine en raison de sa relative imprécision. Une question prioritaire a été soulevée mais la Cour dans un arrêt du 12 octobre 2012⁴²² a jugé la question dépourvue de sérieux au motif que l'appréciation de la circonstance aggravante relève des juges du fond, comme elle avait pu le juger pour l'abus d'autorité.

L'abrogation du harcèlement sexuel et de l'inceste contribuent à clarifier la matière pénale et à poser des limites au législateur, conformément aux attentes de la Doctrine, dont le rôle fondamental se révèle particulièrement ici. Mais le mécanisme même de l'abrogation soulève de nouvelles questions (II).

II / DES CONSÉQUENCES INATTENDUES

L'abrogation entraîne nécessairement la disparition de la disposition de l'ordre juridique. Tant le procès pénal (A) que le processus législatif (B) sont alors bouleversés par ce «vide législatif».

A / Les conséquences sur le procès pénal

Ne portant que sur la «disposition législative» soumise au Conseil, l'abrogation ne peut avoir de conséquences sur les doublons ou les dispositions connexes qui mériteraient également d'être abrogées (1). Outre les limites du mécanisme pouvant temporairement nuire à la cohérence du droit pénal, c'est le principe de sécurité juridique qui peut être malmené par la création d'une vide juridique (2).

1/ Les limites du mécanisme

Les questions prioritaires relatives au harcèlement et à l'inceste ont montré clairement les limites du mécanisme. En ce qui concerne les dispositions de la Loi du 8 février 2010, il a fallu que deux

⁴²¹ A. Bonnet, Les infractions familiales et leur constitutionnalité, AJ Famille 2012 p 603.

⁴²² Crim 12 octobre 2011 n°11-85.474 ; AJ famille 2011, 547 obs L.Briand

questions distinctes soient soulevées pour que les agressions incestueuses puis les atteintes incestueuses disparaissent. Après la décision du 16 septembre 2011, le Garde des Sceaux, par une dépêche du 20 septembre 2011 avait donné instruction au Parquet de ne plus retenir la qualification pénale d'inceste dans les poursuites pour atteintes. Les deux définitions étant semblables, l'inconstitutionnalité de l'article 222-31-1 emportait nécessairement celle de l'article 227-27-2.

La même critique peut être formulée relativement au harcèlement sexuel puisque l'abrogation de l'article 222-33 était sans incidence sur la définition tout autant lacunaire des articles L1153-1 et L1155-2 du code du travail relatif au harcèlement sexuel au travail. Certains auteurs ont cependant opposé que le code du travail, prohibant le harcèlement dans des termes proches du code pénal, n'est pas un texte pénal comme directement soumis au principe de la légalité criminelle. L'article 1153-1 serait un peu plus précis que l'article 222-33 car son champ est limité quant aux personnes, employeurs et salariés de droit privé et au personnel des personnes publiques employées dans des conditions du droit privé, l'invocation du principe de la légalité criminelle serait alors inadaptée⁴²³. Mais cet argument tiré d'une légalité à géométrie variable ne nous semble pas particulièrement rigoureux. Un meilleur argument pourrait être tiré du fait que la loi de ratification de l'ordonnance du 12 mars 2007, portant recodification du code du travail, avait été soumise *a priori* au Conseil constitutionnel et en était sortie avec succès⁴²⁴. C'est d'ailleurs cet argument qu'a opposé la Chambre sociale pour refuser de transmettre une QPC, au motif qu'aucun changement de droit ou de fait n'était intervenu depuis pour en justifier le réexamen⁴²⁵. Le législateur est néanmoins intervenu, mettant à un terme à toute supposition.

2/ Les craintes du vide législatif

Si la disparition de l'inceste n'a pas provoqué de trouble majeur à la sécurité juridique ce n'est pas le cas de celle du harcèlement sexuel qui a déchaîné les foudres des journalistes et des associations de défense. L'abrogation du harcèlement sexuel est immédiate, c'est à dire applicable immédiatement à compter de la publication de sa décision à toutes les affaires non jugées définitivement. Face à cette disparition abrupte, les mouvements féministes n'ont pas hésité à parler d'une décision honteuse et inqualifiable. Elles ont surtout affirmé que la décision du Conseil constitutionnel avait créé un vide juridique et que les auteurs de harcèlement sexuel jouissaient d'une totale impunité. Cette crainte appelle des précisions sur le pouvoir de modulation dont dispose le Conseil constitutionnel ainsi que le rôle de la requalification.

⁴²³ A.Cerf-Hollender, Imprécis et imprévisible délit de harcèlement sexuel, RSC 2012 p 380.

⁴²⁴ Décision n° 2007-561 DC du 17 janvier 2008 Loi ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative).

⁴²⁵ Soc. 17 mai 2011 n°10-26.402.

L'article 62 de la Constitution tel que modifié par la révision du 23 juillet 2008 précise que le conseil «détermine les conditions et les limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause». Ce pouvoir de modulation permet au conseil de faire produire des effets immédiats ou rétroactifs à une censure, et quelle que soit la solution choisie, abrogation immédiate ou différée, effet immédiat ou annulation⁴²⁶, il est toujours possible pour le Conseil de préciser les effets dans le temps et les conséquences de la censure⁴²⁷. Il a été craint qu'une décision d'inconstitutionnalité puisse remettre en cause la chose définitivement jugée. Or l'article 62 al. 2 n'apporte guère de précision puisque le Conseil semble pouvoir déterminer librement les effets qu'il souhaite. Il convient de comparer les pouvoirs du Conseil à ceux du Conseil d'Etat lorsqu'il annule un décret, cette annulation ne permet pas de revenir sur les situations juridiques individuelles acquises sous l'empire dudit décret. Le parallèle avec les dispositions classiques en matière pénale semble le plus juste, notamment l'article 112-4 al. 2 du code pénal qui précise que la peine cesse de recevoir exécution quand elle a été prononcée pour un fait qui, en vertu d'une loi postérieure au jugement, n'a plus le caractère d'une infraction pénale⁴²⁸. Mais une précision du Conseil sera évidemment nécessaire, comme il l'a notamment fait lors de la censure de l'inceste, ou encore lorsqu'il prévoit que l'abrogation de l'article L. 7 du Code électoral permet aux intéressés de demander, à compter du jour de publication de la décision, leur inscription immédiate sur la liste électorale dans les conditions déterminées par la loi⁴²⁹. Notons d'ailleurs qu'en ce qui concerne l'abrogation de l'inceste, la Cour de cassation a tiré immédiatement les conséquences de cette abrogation : dans trois arrêts du 11 octobre 2011 consécutifs à des condamnations prononcées par des Cours d'assises sous cette qualification, elle casse les décisions en précisant que «aucune condamnation ne peut retenir la qualification de crime ou délit incestueux prévue par ce texte abrogé»⁴³⁰.

Le Conseil a parfois choisi de différer une abrogation en fonction des circonstances : soit l'abrogation crée un vide juridique, à défaut d'autres dispositions législatives susceptibles d'être appliquées⁴³¹, soit elle conduit à une application problématique des dispositions législatives antérieures⁴³².

⁴²⁶ QPC - La question prioritaire de constitutionnalité, Pratique et contentieux, Litec professionnel 2011 sous la direction de X.Magnon, p24 et s.

⁴²⁷ Il ne faut pas se fier à la qualification de la censure mais procéder à une analyse autonome des effets produits par la censure tels qu'ils sont explicités par le juge.

⁴²⁸ D. de Béchillon, Remettre en cause la chose jugée en application d'une loi inconstitutionnelle, JCP G 1er Mars 2010 - n° 09.

⁴²⁹ Décision n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010.

⁴³⁰ Crim 12 octobre 2011 n° 10-88.885 , n°10-84.992 , n°10-82.842.

⁴³¹ Notamment Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, abrogation des articles 62, 63, 63-1 et 77 du code de procédure pénale et les alinéas 1er à 6 de son article 63-4 relatifs à la garde à vue. T.Renoux RPDP 2010, n°3, p. 629-638 ; *ibid* P. Conte p. 533-535 ; E.Daoud Constitutions, 2011, n° 4, p. 571-585. n°2010-32 QPC à propos des retenues douanières ; n°2010-45 QPC à propos des noms de domaines sur internet.

⁴³² QPC 2010-1 à propos des titulaires étrangers de pensions militaire ou de retraite.

L'abrogation différée doit ainsi permettre au législateur d'adopter de nouvelles dispositions. L'abrogation différée n'est cependant pas toujours synonyme de sécurité juridique, comme en témoigne le «coup d'état jurisprudentiel» de la Cour de cassation relatif à la garde à vue⁴³³. Une censure du Conseil constitutionnel crée nécessairement un effet de surprise et une atteinte aux principes de prévisibilité de la loi et de sécurité juridique. Mais il s'agit des conséquences nécessaires de ce mécanisme, une atteinte ponctuelle étant nécessaire à rétablir les droits fondamentaux à long terme. Il convient de prévenir les troubles pouvant résulter d'une abrogation dans l'attente du relais législatif, comme ce fut le cas lors de la censure du harcèlement sexuel.

b / La nécessaire requalification

En réponse à cette abrogation, Monsieur Mercier, Ministre de la Justice et des libertés, a diffusé le 10 mai 2012 une circulaire⁴³⁴ précisant aux magistrats du Parquet les conséquences de la décision du Conseil. S'agissant des procédures en cours, la circulaire incite les procureurs à examiner si les faits initialement qualifiés de harcèlement sexuel peuvent être poursuivis sous d'autres qualifications : violences volontaires (d'autant que les violences psychologiques et physiques sont assimilées⁴³⁵), tentative d'agression sexuelle ou encore harcèlement moral. Il faudrait dans ce cas que les agissements qui caractérisent le harcèlement sexuel conduisent à une dégradation des conditions de travail de nature à porter atteinte à la santé ou la dignité de la victime pour qu'ils soient interprétés comme une catégorie particulière de harcèlement moral. Il faut également noter que la décision du 4 mai 2012 ne fait pas disparaître le harcèlement comme faute civile et disciplinaire, permettant l'indemnisation de la victime.

Il est important de souligner qu'une décision du Conseil n'empêche pas en soi une requalification des faits. En effet le juge pénal est saisi *in rem* et pèse sur lui un devoir de requalification : «le juge correctionnel, qui n'est pas lié par la qualification donnée à la prévention, ne peut prononcer une décision de relaxe qu'autant qu'il a vérifié que les faits dont il est saisi ne sont constitutifs d'aucune infraction⁴³⁶». Il faut bien évidemment que les faits de l'espèce le permettent. En ce qui concerne le harcèlement cette possibilité est tout à fait envisageable puisque certaines décisions ont déjà requalifié des harcèlements sexuels en agressions sexuelles et inversement⁴³⁷. Ce n'est donc pas le vide législatif qui est à craindre mais plutôt une «débauche d'imagination pour incriminer le harcèlement sur le fondement d'autres textes

⁴³³ Le conseil diffère l'abrogation du régime de la garde à vue de droit commun jusqu'au 1er juillet 2011. La Cour adopte une position similaire dans 3 arrêts du 19 octobre 2010 (10-85.051 ; 10-82.306 ; 10-82.902). Elle fait cependant primer l'article 6 de la Convention Européenne pour annuler toutes la garde à vue antérieures à l'entrée en vigueur de la réforme Ass. plen. 14 avril 2011 n°10-17.049.

⁴³⁴ Circ. CRIM-AP 10-780-D2 du 10 mai 2012.

⁴³⁵ Code pénal art 222-14-3 Loi n°2010-769 du 9 juillet 2010.

⁴³⁶ Crim. , 22 janvier 1997, n° 95-81.186, ; Dr. pénal 1997 comm 78 M. Véron.

⁴³⁷ Crim., 15 juin 2000, n° 99-84.171 ; Crim., 10 novembre 2004, n° 03-87.986, AJ pénal 2005. 72, P. Remillieux ; Dr. pénal 2005, comm. 53, obs. M. Véron.

en vigueur»⁴³⁸ en attendant l'adoption de la loi nouvelle. Certains auteurs⁴³⁹ se sont même demandé s'il était réellement «nécessaire», au sens constitutionnel du terme, de légiférer à nouveau, et s'il ne suffirait pas de créer une circonstance aggravante personnelle tenant à l'intention «sexuelle» de l'auteur des violences psychologiques, du harcèlement téléphonique, voire du harcèlement moral (comparable aux «mobiles racistes ou homophobes» des articles 132-76 et 132-77). Ce n'est cependant pas l'option choisie par le législateur qui est intervenu rapidement.

B / Les effets de la décision sur la loi

Le pouvoir législatif est un acteur à part entière du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Relais nécessaire (1), il peut cependant s'avérer relais insuffisant (2)

1 / Le relais nécessaire du législateur

Le contrôle *a posteriori* renforce considérablement l'influence du Conseil sur le processus législatif. Le Conseil est à même de contrôler les véritables excès législatifs, et ce sur toute la législation en vigueur. Au terme de l'article 62 al. 3 de la Constitution, les décisions du Conseil «s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles», le Conseil est ainsi doté d'un véritable pouvoir d'injonction à l'égard du Parlement des juges *a quo*. A l'égard du Parlement, l'abrogation d'une disposition tend à créer un véritable obligation de résultat, lui imposant à l'avenir de légiférer dans la préservation des droits et libertés garantis par la Constitution. Outre le contrôle des juges constitutionnels, l'activité parlementaire est directement soumise au regard des justiciables : le contrôle à «double détente» du Conseil est possible en matière de QPC et rien n'interdit à un justiciable de soulever une question prioritaire contre des dispositions législatives adoptées par le Parlement en exécution d'une abrogation du Conseil⁴⁴⁰. Si ce nouveau «dialogue des institutions» porte nécessairement atteinte au principe de la légalité formelle, la loi nouvelle étant adoptée sous la dictée du Conseil, il faut espérer que le relais législatif sera de qualité et servira les exigences de la légalité matérielle. Il est essentiel que la frontière entre la décision juridictionnelle et la décision politique soit respectée.

Il est des cas où le Gouvernement et le Parlement prennent acte de l'abrogation mais sans avoir à en tirer de conséquences en terme de modifications législatives, c'est notamment le cas lorsque le Conseil livre un mode d'emploi de sa décision agissant alors comme un véritable législateur négatif. La décision la plus significative est celle abrogeant l'article 90 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande relatif à la composition du Tribunal maritime commercial. Le Conseil précise d'abord que l'abrogation est

⁴³⁸ M. Véron, La création d'un vide juridique ? Droit pénal - Juin 2012 - n° 6 .

⁴³⁹ *op.cit.* note 388 A. Cerf Hollender.

⁴⁴⁰ O.Dord, La QPC et le Parlement : une bienveillance réciproque, NCCC n° 38 janvier 2013.

immédiate (donc applicable à toutes les infractions non jugées définitivement au jour de la publication de la décision). Il détermine ensuite les règles transitoires en précisant que les tribunaux maritimes commerciaux siégeront dans la composition des juridictions pénales de droit commun pour exercer la compétence que leur reconnaît le code disciplinaire et pénal de la marine marchande⁴⁴¹. Mais dans la plupart des hypothèses, l'intervention du législateur est nécessaire. Un véritable décalage apparaît alors entre les exigences de la justice, immédiate et pratique, et celles de la législation qui doivent prendre en considération la sécurité juridique, l'application de la loi dans le temps, et le temps des Politiques qui n'est pas celui des juges⁴⁴². L'abrogation différée de la Garde à vue avait déjà montré les difficultés auxquelles la QPC expose le législateur, l'abrogation du harcèlement sexuel montre de façon encore plus incisive les incohérences auxquelles peut finalement aboutir le contrôle *a posteriori*.

2 / Le législateur, relais insuffisant

L'abrogation abrupte du harcèlement sexuel a contraint le législateur à intervenir rapidement, les principes de nécessité et de rétroactivité de la loi pénale s'opposant à une abrogation différée. La nouvelle version du harcèlement sexuel a été adoptée par une loi du 6 août 2012⁴⁴³. Cette loi ne s'est cependant pas limitée au harcèlement sexuel, un nouvel article 225-1-1 relatif aux discriminations a été introduit, il vient sanctionner par référence à l'article 222-33 «toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel», les dispositions du code du travail ont également été modifiées. Mais si le législateur a fait preuve d'un certain volontarisme, il n'est toujours pas un auteur pour considérer que la nouvelle définition de l'incrimination du harcèlement sexuel, pourtant bien plus précise que la précédente suffit à satisfaire aux exigences de ce que doit être une bonne loi pénale⁴⁴⁴.

Le harcèlement sexuel est désormais défini comme «le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui, soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante». Lui est immédiatement assimilé, par le même article 222-33, «le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers». Plusieurs circonstances aggravantes tenant aux qualités de l'auteur et de la victime sont ensuite définies. Mais votée sous la pression des associations de victimes, et directement inspirée de la directive européenne du 5

⁴⁴¹ Décision n° 2010-10 QPC du 02 juillet 2010 Consorts C. et autres [Tribunaux maritimes commerciaux], J-B Perrier, JCP G n°40, octobre 2010, p. 1825-1827.

⁴⁴² G. Drago, L'influence de la QPC sur le Parlement où la loi sous la dictée du Conseil constitutionnel, Jus Politicum, revue de droit politique n°6, www.juspoliticum.com

⁴⁴³ Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.

⁴⁴⁴ G. Beaussonie, Loi relative au harcèlement sexuel, RSC 2013 p 906.

juillet 2006⁴⁴⁵, cet article propose deux versions du harcèlement en matière sexuelle mais aucune ne correspond à un véritable harcèlement sexuel. Sans être exhaustif, il convient de souligner quelques incohérences majeures de ce travail hâtif et à nouveau dicté par des considérations politiques, incohérences particulièrement dénoncées par Messieurs les Professeurs Conte et Beaussonie⁴⁴⁶.

L'incrimination de ce qui devrait être le harcèlement sexuel proprement dit envisage plusieurs résultats : les propos ou comportements peuvent alternativement provoquer une atteinte à la dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant ou créer une situation intimidante, hostile ou offensante. L'accumulation de termes (dégradant, humiliant, intimidant..) semble redondante au regard de l'atteinte à la dignité de la victime. Une confusion est également introduite quant à l'appréciation à donner : la référence à «une situation» devrait inciter le juge à apprécier objectivement la situation, au regard de l'ensemble des circonstances, mais dans la première proposition c'est la dignité de la victime («sa») qui est expressément visée, ce qui suppose donc une appréciation subjective de l'atteinte au regard des sentiments de la victime. Mais le plus surprenant est l'absence de référence à la volonté de l'auteur d'obtenir une satisfaction sexuelle. Certes les moyens doivent avoir une «connotation sexuelle» mais la loi n'exige pas de mobile sexuel proprement dit. Cette lacune par rapport à la version antérieure procède de la volonté des associations. Il a notamment été expliqué que dans la réalité des faits, le harceleur tient à humilier sa victime pour le plaisir que la relation d'emprise qu'il lui impose lui procure. Une référence au but sexuel du harcèlement aurait été trop restrictive. La directive européenne se prononce également en ces termes, mais rien n'imposait au législateur de la suivre à la lettre. Le harcèlement sexuel tel qu'il résulte de la loi du 6 août 2012 se rapproche en définitive très fortement du harcèlement moral. Or si des plaideurs ont tenté de dénoncer à plusieurs reprises le caractère trop général du harcèlement moral, la Cour de cassation a systématiquement refusé de transmettre les questions au Conseil, précisant que la décision du 6 mai 2012 n'avait produit aucun changement de circonstance de droit justifiant un nouvel examen⁴⁴⁷. Au regard de la cohérence du livre II du Code pénal, la référence à la dignité de la personne aurait également justifié que l'infraction soit définitivement déplacée du chapitre II vers le chapitre V.

L'infraction assimilée au harcèlement tend davantage à réprimer les situations de chantage odieux. Elle incrimine celui qui use de toute forme de pressions dans le but d'obtenir un acte de nature sexuelle. Outre l'imprécision du terme de «pressions graves» que la jurisprudence aura la lourde tâche de définir, c'est la référence au but «réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle» qui est problématique. Cette précision tend à favoriser la preuve du harcèlement, le juge devant recourir à une faisceau d'indices lorsque le prévenu nie délibérément avoir commis les faits ou prétend les avoir commis dans un autre but.

⁴⁴⁵ Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail ; art 2, d).

⁴⁴⁶ P. Conte, *Invenias disjecti membra criminis* : lecture critique de la nouvelle définition du harcèlement sexuel, *Droit pénal* - Novembre 2012 - n° 1. ; *op cit* note 413 G Beaussonie note.

⁴⁴⁷ voir *supra* p 39 et 40.

Mais s'il s'avérait que le texte et l'interprétation des juges permettent de condamner un prévenu alors que la finalité sexuelle de son acte n'est qu'apparente, la situation serait équivalente à une présomption d'intention. Présomption même irréfragable tant la preuve de l'absence d'intention est délicate. Enfin dans certaines hypothèses l'incrimination assimilée au harcèlement pourrait entrer en concours avec le nouveau cas de discrimination incriminé à l'article 225-1-1.

L'abrogation tant attendue du harcèlement sexuel semble finalement réduite à néant par la réaction bien trop hâtive du législateur. Il faut néanmoins apprécier que la nouvelle version du harcèlement sexuel impose des agissements répétés, gain indéniable de légalité au regard de sa version ancienne. Une saisine *a priori* aurait été évidemment bienvenue, et des voix s'élèvent déjà suggérant une prochaine question prioritaire de constitutionnalité. Mais force est de constater qu'il est finalement impossible de dire qu'une loi pourra un jour être perçue comme une bonne loi. Fort heureusement en matière pénale, et plus qu'ailleurs «la Doctrine monte fébrilement la garde»⁴⁴⁸, seul contre-pouvoir aux malfaçons législatives et juridictionnelles. Les critiques doctrinales semblent d'ailleurs être parfois entendues par le Conseil constitutionnel quant à la nature et au régime des peines (chapitre 2).

⁴⁴⁸ *ibid* note 409 G.Beaussonie.

CHAPITRE II / QPC ET SANCTIONS

«*Tout châtement est inique s'il n'est pas nécessaire*»⁴⁴⁹

Si la question prioritaire de constitutionnalité ne permet pas ou très peu à la jurisprudence du Conseil relative à la «notion de peine» de gagner en clarté (Section I), ce mécanisme pourrait en revanche provoquer un indéniable gain de légalité (Section II) en purgeant la matière pénale des peines automatiques.

Section I / Une perte de clarté

L'enjeu de la qualification de «peine» ou de «sanction» est bien évidemment celle de l'application des garanties de la matière pénale. Mais prorogeant la dilution de la notion de peine initiée dans le cadre du contrôle *a priori* (I) le Conseil fait échapper nombre de dispositions au principe de nécessité et de proportionnalité. C'est notamment le cas de la catégorie des «sanctions n'ayant pas le caractère d'une punition» (II).

I / LA DILUTION DE LA NOTION DE PEINE

Le Conseil constitutionnel tend à distinguer, tant dans le cadre du contrôle *a priori* que du contrôle *a posteriori*, les «peines» proprement dites des «sanctions ayant le caractère d'une punition». Si le principe de la légalité et ses corollaires que sont la nécessité et la proportionnalité, sont applicables aux deux catégories, la jurisprudence constitutionnelle est loin d'être limpide et frôle dangereusement l'atteinte au principe de sécurité juridique. La question prioritaire de constitutionnalité, loin de clarifier la question, contribue à alimenter la confusion entre la notion de peine (A) et celle de sanction ayant le caractère d'une punition (B).

A / Nature et contour de la peine

C'est à partir de la notion de peine, notion cardinale de la matière pénale, que les garanties fondamentales ont vocation à s'appliquer. Au terme de l'article 8 de la Déclaration de 1789, c'est au législateur qu'il revient de n'établir que des peines évidemment et strictement nécessaires, sous réserve de

⁴⁴⁹ Beccaria, Traité des Délits et des Peines.

la compétence réglementaire en matière contraventionnelle. Traditionnellement définies comme des sanctions punitives infligées par une juridiction répressive au nom de la société à l'auteur d'une infraction, les peines se déclinent selon leur gravité et en fonction de la classification des infractions, en peines criminelles, correctionnelles et contraventionnelles. Or si l'objet de la nécessité n'est autre que la peine, toutes les sanctions ne s'y apparentent pas. Cette nuance permet de sauver nombre de sanctions qui ne tiendraient pas si elles étaient confrontées au principe de nécessité. C'est d'abord la Cour européenne des droits l'homme qui est venue étendre les garanties de la matière pénale aux sanctions n'ayant pas le caractère d'une punition. Elle définit la «matière pénale» au sens de l'article 6§1 par trois critères généraux et alternatifs⁴⁵⁰ : la qualification donnée par le droit interne de l'Etat en cause (qui n'a qu'une valeur relative), la nature même de l'infraction (à savoir la transgression d'une norme générale ayant un caractère à la fois dissuasif et répressif) et la gravité de la sanction encourue. Cette conception extensive de la «matière pénale» lui permet ainsi d'étendre les garanties de l'article 6§1 à de nombreuses «sanctions» pourtant extérieures au «droit pénal» de l'Etat concerné⁴⁵¹. Dans la lignée de la jurisprudence de la Cour européenne, le Conseil constitutionnel a rapidement admis que la peine ne peut se limiter de manière formelle à la qualification donnée par le législateur. Le Conseil constitutionnel a pu juger qu'il n'est nullement lié par la qualification que le législateur a entendu retenir⁴⁵² et que «les principes de base du droit répressif fondés sur l'article 8 de la Déclaration de 1789, s'appliquent à toute sanction ayant le caractère d'une punition quand bien même cette sanction n'aurait pas été prononcée par une autorité juridictionnelle»⁴⁵³. Une «matière pénale» se dégage donc également en droit interne, justifiant l'application des grands principes du droit pénal à ces sanctions présentant un caractère autre qu'une punition. Cette jurisprudence est reconduite en matière de question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil ayant notamment jugé que le droit à un recours effectif, le droit à un procès équitable ainsi que les droits de la défense sont applicables lorsqu'est en cause une sanction ayant le caractère d'une punition⁴⁵⁴. Contrairement à la Cour européenne, le Conseil n'a jamais formulé de véritable définition de la peine, il semble tout aussi rarement énoncer de véritables caractères de la peine qui seraient susceptibles de contribuer à la distinguer d'autres types de mesures⁴⁵⁵. La liberté d'appréciation des juges de la rue Montpensier est très grande et on ne peut s'empêcher de penser qu'ils utilisent les notions de peines et de sanctions en des sens différents suivant les objectifs qu'ils souhaitent atteindre. L'entrée en vigueur de la QPC n'a pas conduit à plus de rigueur.

⁴⁵⁰ CEDH, 8 juin 1976, Engels req n° 5100/71.

⁴⁵¹ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^{ème} ed., PUF, p 390 et s. V. p. ex CEDH, 28 juin 1984, Campbell et Fell c/ Royaume-Uni sanctions disciplinaires pénitentiaires ; CEDH, 24 février 1994, Bendenoun c/ France sanctions fiscales ; CEDH, 21 février 1984 Oztürk c/ RFA sanctions administratives .

⁴⁵² Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 24, p. 14.

⁴⁵³ Décis. n°82-237 DC, du 30 décembre 1987, Loi de finance rectificative pour 1987 ; Décis. n°89-268 DC, du 29 décembre 1989 sur l'extension des pouvoirs de la COB.

⁴⁵⁴ Décis. n° 2010-38 QPC du 29 septembre 2010 M. Jean-Yves G. Amende forfaitaire et droit au recours, J-P Cere AJ pénal 2010, n° 12, p. 555-556.

⁴⁵⁵ M. Van de Kerchove, *Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français*, RSC 2008 p. 805.

B / Les sanctions ayant le caractère d'une punition

Le Conseil reconnaît l'application des garanties de la matière aux sanctions ayant le caractère de punition en dehors du droit pénal. Cependant s'il les soumet au même régime, le domaine de ces sanctions restes tributaire de l'appréciation du Conseil.

Le Conseil a ainsi reconnu applicable le principe de la légalité à l'amende civile prévue par l'article L.442-6 du Code de commerce prononçable à la demande du Ministre de l'économie lorsqu'un partenaire économique a été soumis par l'autre à des obligations créant un déséquilibre significatif⁴⁵⁶. La disposition était attaquée au regard des exigences de clarté et de précision de la loi pénale, notamment la notion de «déséquilibre significatif». Le conseil reconnaît également qu'il s'agit d'une «sanction de nature pécuniaire» à laquelle les garanties de l'article 8 sont applicables et juge que la disposition est définie dans des termes suffisamment clairs et précis. Dans une décision plus surprenante, il juge que les majorations de 40 et 80% appliquées en vertu de l'article 1729 du Code général des impôts par l'administration fiscale en cas de mauvaise foi, manoeuvre frauduleuse ou abus de droit «constituent une sanction financière dont la nature est directement liée à celle de l'infraction»⁴⁵⁷ justifiant l'application des garanties de l'article 8. Mais une telle motivation signifierait qu'une peine est légitime dès lors que sa nature est liée à celle de l'infraction à laquelle elle se trouve associée. Comme le souligne Monsieur le Professeur Dreyer, en adoptant une interprétation stricte de cette motivation il serait légitime que les châtiments corporels soient rétablis en matière de violence et la peine de mort en cas d'homicide⁴⁵⁸. La «matière pénale» que tente de dessiner le Conseil est difficile à appréhender. Il semble possible de définir la sanction ayant le caractère d'une punition au regard de sa fonction, et non foncièrement de son caractère punitif. La sanction ayant le caractère d'une punition n'aurait ni le but de réparer ni celui de faire cesser le trouble né d'un comportement. Mais cette analyse est contestable car la fonction de la peine est démultipliée par la jurisprudence Constitutionnelle⁴⁵⁹. Il juge notamment que «l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion». Il est étrange que peine et sanction aient des finalités différentes alors qu'elles relèvent toute deux de la «matière pénale». Le Conseil sème également le trouble lorsqu'il qu'il mélange les notions : il qualifie notamment de sanction l'amende forfaitaire encourue en matière routière alors

⁴⁵⁶ Décis. n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011 Établissements Darty et Fils, Déséquilibre significatif dans les relations commerciales, Y. Picod, D 2011, n° 6, p. 415-418.

⁴⁵⁷ Décis. n° 2010-103 QPC du 17 mars 2011 Société SERAS II, Majoration fiscale de 40 % pour mauvaise foi ; F. Perrotin, Les petites affiches, 5 avril 2011, n° 67, p. 3-5

⁴⁵⁸ op. cit. E. Dreyer, Le Conseil constitutionnel et la «matière pénale». La QPC est les attentes déçues.

⁴⁵⁹ Décis. n°93-334 DC du 20 janvier 1994

qu'il s'agit *a priori* d'une peine⁴⁶⁰. Ces contradictions révèlent que le Conseil poursuit un but étranger au droit pénal. Il fragilise également le droit pénal en admettant qu'il existe dans la «matière pénale» des sanctions se caractérisant par leur caractère punitif mais qui ne sont pas des peines. Il aurait sûrement été plus juste de considérer que la notion de peine englobe celle de sanction ayant le caractère d'une punition, car tout en les soumettant à des principes communs, il semble les dissocier.

II / LES SANCTIONS N'AYANT PAS LE CARACTÈRE D'UNE PUNITION

Au regard de la jurisprudence constitutionnelle, c'est la finalité de la sanction qui détermine son caractère répressif ou non. Le Conseil s'est ainsi engagé dans une jurisprudence originale qui aboutit à écarter l'application de l'article 8 en présence de sanctions non punitives (A) et en particulier pour les sanctions fiscales (B). Si les garanties constitutionnelles de la matière pénale sont ainsi écartées, ces notions de sanctions non punitives portent également atteinte aux exigences de clarté et de précision de la loi pénale.

A / Des sanctions à finalité non punitive

Selon les distinctions du Conseil constitutionnel, certaines interdictions, déchéances ou incapacités attachées de plein droit à des condamnations pénales, n'auraient pas de finalité punitive mais au contraire préventive et elles échappent ainsi aux garanties de l'article 8. Déjà développée dans les décisions relatives aux mesures de contrainte, dans le cadre d'une surveillance judiciaire ou d'une mesure de sûreté⁴⁶¹, cette jurisprudence est reconduite en matière de question prioritaire de constitutionnalité.

Ainsi la déchéance des juges consulaires issue des premier et troisième alinéa de l'article L723-2 du Code de commerce et de son article L724-7 a été jugée «sans caractère répressif», mais ayant pour objet «d'assurer que les professionnels appelés à exercer leur fonction de juge au tribunal de commerce ou à élire ces juges, présentent les garanties d'intégrité et de moralité indispensable à l'exercice de fonctions juridictionnelles»⁴⁶². De la même manière, l'incapacité et l'interdiction professionnelle des articles L3336-2 et L3336-3 du Code de la santé publique «ont pour objet d'empêcher que l'exploitation d'un débit de boissons soit confiée à des personnes qui ne présentent pas les garanties de moralité suffisantes requises pour exercer cette profession» et ainsi «elles n'instituent pas des sanctions ayant le caractère d'une punition»⁴⁶³. Il en est de même de l'inéligibilité définitive de notaires aux chambres et organismes professionnels qui tend, non pas à assurer une répression supplémentaire des professionnels à

⁴⁶⁰ *ibid* note 422 Décision n° 2010-38 QPC du 29 septembre 2010

⁴⁶¹ Respectivement : Décis. n° 2004-492 DC du 02 mars 2004 inscription au FJNAIS ; Décis. n° 2005-527 DC du 08 décembre 2005 traitement de la récidive des infractions pénales ; Décis. n° 2008-562 DC du 21 février 2008 rétention de sûreté.

⁴⁶² Décis. n° 2011-114 QPC du 01 avril 2011 M. Didier P. Déchéance de plein droit des juges consulaires.

⁴⁶³ Décis. n° 2011-132 QPC du 20 mai 2011 M. Ion C. Incapacité et interdiction d'exploiter un débit de boissons.

mais garantir la moralité des professionnels siégeant dans les organismes représentatifs de la profession en excluant ceux qui ont fait l'objet de condamnations pénales sévères⁴⁶⁴. La Cour de cassation adopte la même distinction, dans un arrêt du 6 avril 2011⁴⁶⁵, la Chambre criminelle a jugé que l'interdiction de soumissionner prévue à l'article 8-1 du Code des marchés publics «n'institue pas de sanction ayant le caractère de punition mais a pour objet d'assurer l'intégrité et la moralité des candidats à l'accès aux marchés prévus par ce texte».

Une décision révèle pourtant le paradoxe de la jurisprudence que le Conseil essaie de construire. Le Conseil se prononçait au sujet de dispositions du Code électoral permettant au juge de prononcer l'inéligibilité et le refus de remboursement des dépenses électorales de candidats qui n'auraient pas respecté les règles de financement des campagnes électorales. Il considère d'abord que cette disposition n'institue pas une sanction ayant le caractère d'une punition, les garanties de l'article 8 n'ayant pas à s'appliquer. Il ajoute pourtant, au regard des pouvoirs d'individualisation du juge, «qu'en tout état de cause, cette disposition ne méconnaît pas les principes de proportionnalité et d'individualisation des peines».⁴⁶⁶ Faut-il dès lors en déduire que les garanties de la matière pénale s'appliquent à une mesure dont le Conseil refuse pourtant de reconnaître le caractère punitif ?

Ainsi, loin d'être punitive, l'interdiction apparaît comme préventive, voire éducative afin de protéger la «moralité fonctionnelle» de certaines activités. Il est vrai que la plupart de ces dispositions s'appliquent à des «professionnels», figure délicate quelles que soient les branches du droit. Il serait compréhensible que ces «sanctions n'ayant pas le caractère d'une punition» poursuivent des objectifs de régulation et non de répression justifiant qu'elles échappent aux garanties de l'article 8. Mais si leur fonction «préventive» est admise, la question n'en est pas pour autant résolue. Cette référence à un but préventif est de nature à re-légitimer une grande partie des peines accessoires pourtant officiellement exclue du code pénal⁴⁶⁷. C'est également oublier que ces «sanctions n'ayant pas le caractère d'une punition» sont la conséquence d'une condamnation pénale en raison d'un crime ou d'un délit particulier et qu'elles affectent l'auteur d'une infraction. Les peines traditionnelles ont également un rôle préventif et ce critère ne permet pas de distinguer clairement ce qui relève du punitif ou non. C'est finalement le problème des limites de cette nouvelle régulation qui se pose. Enfin le Conseil préfère mettre en avant le souci de moraliser une profession, mais il n'explique pas pourquoi cet objectif fait échapper la mesure à l'emprise des garanties pénales. Il semble pourtant admis que l'une des fonctions du droit pénal technique est justement d'asseoir cette moralisation⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ Décis. n° 2011-211 QPC du 27 janvier 2012 M. Éric M. Discipline des notaires.

⁴⁶⁵ Crim 6 avril 2011, n°11-90.009.

⁴⁶⁶ Décis. n° 2011-117 QPC du 08 avril 2011 M. Jean-Paul H. Financement des campagnes électorales et inéligibilité, cons.10 et cons.11.

⁴⁶⁷ infra.

⁴⁶⁸ B de Lamy, Actualité de la constitutionnalisation des peines : maintien d'un clair obscur, RSC 2012 p 230.

Au delà de cet impératif de moralisation, le Conseil adopte également une interprétation restrictive de la notion de peine dans une matière particulièrement sujette à l'influence du politique : la matière fiscale (B).

B / L'interprétation restrictive de la notion de «sanctions» fiscales

Le Conseil constitutionnel, étend depuis 1982⁴⁶⁹ aux sanctions fiscales les principes constitutionnels applicables en matière répressive. La qualification d'une obligation pécuniaire au profit de l'administration fiscale s'opère traditionnellement au moyen d'une distinction entre la sanction présentant un caractère punitif et le versement de nature indemnitaire (1). La sanction à caractère punitif doit également tendre à empêcher la réitération des agissements qu'elles vise. Cour de cassation et Conseil d'Etat se sont également prononcés en ce sens par avis⁴⁷⁰. Mais en dépit de cette apparente clarté, la distinction laisse subsister quelques doutes, notamment quant à la nature de l'impôt (2). L'application des garanties de l'article 8 est donc tributaire de l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel.

1 / Sanction fiscale «indemnitaire»

Ainsi lorsqu'il apparaît qu'une majoration de retard «a pour objet la compensation du préjudice subi par l'État du fait du paiement tardif des impôts directs», elle ne revêt pas le caractère d'une punition⁴⁷¹. Le Conseil juge ainsi au sujet de la majoration imposée par l'article 1730 du CGI alors qu'elle dépasse très largement ce qui est nécessaire à la réparation du préjudice. Selon le commentaire publié au Cahier du Conseil constitutionnel, cette décision procède de la combinaison de l'article 1730 avec d'autres dispositions (art 1727 CGI et art L. 209 Livre de Procédures Fiscales). Mais on peut s'interroger sur cette méthode qui consiste à déduire la nature d'une obligation pécuniaire par référence au contexte législatif dans lequel elle s'insère, elle aboutit, pour des comportements pourtant identiques, à retenir des qualifications différentes dépendant d'éléments extérieurs. Dans une décision du 11 juin 2010 relative aux pénalités fiscales fixées par l'article 414 du code des douanes, prévoyant une amende allant de une à cinq fois la valeur de l'objet de la fraude, la Cour de Cassation adopte quant à elle un compromis habile et juge que ces pénalités «ont un caractère mixte répressif et indemnitaire de nature à répondre proportionnellement aux manquements constatés et aux préjudices qui en résultent»⁴⁷². La reconnaissance d'une double nature aux sanctions fiscales et pénales présente l'inconvénient de permettre aux tribunaux de retenir leur caractère civil pour exclure l'application des règles normales du droit pénal sans avoir à

⁴⁶⁹ Décis. n° 82-155 DC du 30 décembre 1982, Loi de finances rectificative pour 1982, cons. 34.

⁴⁷⁰ Conseil d'État, section, avis, 31 mars 1995, Ministre du budget c/ SARL Auto-Industrie Méric et autre, n°164008 ; section, avis, 5 avril 1996, Houdmond, n° 176611. Cour de cassation, chambre commerciale, avis, 29 avril 1997, Ferreira, n° 95-20001.

⁴⁷¹ Décis. n°2011-124 QPC du 29 avril 2011. Mme Catherine B. Majoration de 10 % pour retard de paiement de l'impôt.

⁴⁷² Crim 11 juin 2010 09-85.874 ; Crim 26 janvier 2011 n°10-85.341.

s'en expliquer davantage⁴⁷³. Il faut rappeler qu'antérieurement, la Cour de cassation n'avait pas souhaité répondre à la question de la disproportion des amendes fiscales prononcées par le juge répressif en jugeant que «le principe conventionnel de proportionnalité des peines ne peut être invoqué en matière de contributions directes, les sanctions ayant le double caractère de peines et de réparations civiles» et que «l'appréciation de la proportionnalité relève du contrôle de constitutionnalité et échappe à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire»⁴⁷⁴. A défaut de clarifier la théorie de sanctions mixtes, la Cour de cassation effectue ouvertement le contrôle de constitutionnalité qu'elle refusait de faire auparavant.

2/ La frontière délicate entre l'impôt et la sanction

La nature de l'impôt est également un terrain fertile pour les questions prioritaires de constitutionnalité : lorsque l'impôt se transforme en outil de dissuasion au service d'une politique fiscale, il devient difficile de le distinguer de la sanction. Il est évidemment dans la nature de l'impôt de rendre certaines activités «onéreuses» en raison d'un motif d'intérêt général, même si ce dernier est parfois difficile à déterminer. Mais lorsque le législateur édicte un impôt dans le but d'empêcher la commission ou la répétition de certains actes, impôt et sanction sont alors synonymes au sens du droit constitutionnel⁴⁷⁵. Certains auteurs prônent une interprétation large de la notion de sanction, afin d'englober l'impôt le plus souvent possible. Mais derrière des considérations d'intérêt général qui confinent à l'arbitraire, le Conseil constitutionnel adopte plutôt une interprétation restrictive.

C'est notamment ce qui ressort d'une décision du 13 janvier 2011⁴⁷⁶ statuant sur la nature de la cotisation de 2% des rémunérations versées par les employeurs n'ayant pas suffisamment procédé aux investissements pour développer l'effort de construction⁴⁷⁷. L'absence de paiement de cette cotisation est elle-même passible de sanction. Le Conseil juge que ladite cotisation ne constitue pas une sanction ayant le caractère d'une punition au sens de l'article 8 de la Déclaration de 1789. Cette décision est intéressante puisque le Conseil d'Etat avait dans sa décision de renvoi estimé que la cotisation était «susceptible d'être regardée comme une sanction ayant pour objet de réprimer le non-respect par l'employeur de ses obligations»⁴⁷⁸. C'est parce que la cotisation a pour objet de développer l'effort de construction que la notion d'impôt est alors privilégiée. L'interprétation stricte de la notion de sanction est encore confirmée par plusieurs décisions, portant notamment sur l'article 155A⁴⁷⁹ du CGI relatif à l'évasion fiscale, ou de

⁴⁷³ S. Detraz, Constitutionnalité du minimum légal de l'amende douanière, RSC 2011 p 634.

⁴⁷⁴ Crim 22 septembre 2007 n°03-84.898 ; Crim 12 décembre 2007, n°07-82.353 B de Lamy, RSC 2009 p162.

⁴⁷⁵ D. Gutmann, Sanctions fiscales et Constitution, NCC 2011 p41.

⁴⁷⁶ Décis. n° 2010-84 QPC du 13 janvier 2011 SNC Eiffage Construction Val de Seine Cotisation « 1 % logement »

⁴⁷⁷ art. L313-1 du Code de la construction et de l'habitation.

⁴⁷⁸ Conseil d'Etat, 13 octobre 2010, n° 341536-341830.

⁴⁷⁹ Décision n° 2010-70 QPC du 26 novembre 2010.

l'article L16.B⁴⁸⁰ des procédures fiscales relatif au cadre des visites et saisies des agents de l'administration fiscale. Mais c'est une décision relative à la solidarité des dirigeants dans le paiement de la pénalité due en cas de distribution des revenus à des personnes dont l'identité n'est pas dévoilée à l'administration (art 1754 V 3° CGI)⁴⁸¹ qui doit retenir notre attention. Cette décision aurait été l'occasion pour le Conseil de se prononcer sur le caractère personnel de la responsabilité. Eludant la question, il juge que la responsabilité solidaire n'est pas une sanction ayant le caractère d'une punition et que, par suite, les principes constitutionnels applicables à une telle sanction ne peuvent être invoqués. En pratique, bien qu'il dispose d'une action contre la société, c'est toujours le dirigeant qui supporte la charge de l'amende, amende considérable pouvant s'élever jusqu'à 100% des sommes versées. L'action récursoire sur laquelle se fonde le Conseil n'est qu'une garantie bien illusoire⁴⁸² contre une société insolvable. Il est regrettable que le souci de préserver les finances publiques ait conduit le Conseil à nier l'essence punitive d'un tel mécanisme.

En adoptant une conception très restrictive de la notion de sanction fiscale le Conseil exclut de son contrôle un grand nombre de règles. Si les justiciables ne peuvent se fonder sur les principes constitutionnels du droit répressif, la seule possibilité reste une action fondée sur une rupture d'égalité non justifiée par des différences de situations. Mais là encore les actions se heurteront aux motifs d'intérêt général librement appréciés par le législateur. Si la question prioritaire de constitutionnalité ne permet pas préciser la notion de peine, elle a par contre joué un rôle remarquable quant au régime applicable en présence de véritables sanctions (Section II).

Section II / Un gain de légalité

Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* se révèle particulièrement efficace sur la nature et le régime des peines. Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le principe de nécessité de peines implique non seulement leur proportionnalité, entendue comme un certain «rapport de correspondance entre la gravité de l'infraction et la gravité de la peine encourue», mais encore qu'elles ne soient appliquées que si un juge les a expressément prononcées en tenant compte des circonstances propres à l'espèce⁴⁸³. Le Conseil, craignant d'apprécier les choix politiques du législateur, s'est toujours montré très prudent quant au contrôle de la nécessité de peines, préférant s'assurer des pouvoirs de modulation du juge. Ainsi «l'adéquation de la peine à l'infraction commise n'est pas évaluée en elle-même, de manière objective, au regard des prévisions objectives de la loi, mais à l'aune de sa possible modulation par le

⁴⁸⁰ Décision n° 2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010.

⁴⁸¹ Décision n° 2010-90 QPC du 21 janvier 2011,

⁴⁸² E. Dreyer, Le Conseil constitutionnel et la «matière pénale». La QPC est les attentes déçues, JCP G n°37, 12 septembre 2011, p 976.

⁴⁸³ Cons. const. 15 mars 1999, n°99-410 DC ; D 2000.116 obs Roujou de Boubée ; RTD civ 1999 . 724 obs. N. Molfessis.

juge au moment de sa détermination concrète au vu des circonstances de l'espèce»⁴⁸⁴. La QPC n'a pas bouleversé le traditionnel contrôle de proportionnalité de la peines (I), elle crée en revanche une nouvelle dynamique en ce qui concerne le principe d'individualisation de la peine (II).

I / UN CONTRÔLE CLASSIQUE DE LA PROPORTIONNALITÉ DES PEINES

En rappelant brièvement la conception du contrôle de proportionnalité des peines dressée par le Conseil (A), il sera aisé d'observer que la question prioritaire de constitutionnalité n'a pas modifié les habitudes des Sages qui maintiennent leur contrôle restreint (B).

A / Le contrôle a priori de la proportionnalité des peines

Ne pouvant substituer son appréciation à celle du législateur, le Conseil substitue au contrôle de la nécessité d'une peine, entendue comme l'appréciation de l'utilité générale de cette sanction, un contrôle de la proportionnalité. Le Conseil a ainsi déduit le principe de proportionnalité de la peine de l'article 8 de la déclaration de 1789 et juge «qu'en vertu de l'article 8 de la Déclaration de 1789, la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ; que le principe de proportionnalité qui en découle implique que (...)»⁴⁸⁵. Il a rapidement admis que son contrôle se limite à celui de la disproportion manifeste⁴⁸⁶. Ce contrôle limité ne l'a conduit à censurer une qualification pénale qu'une seule fois⁴⁸⁷ et à censurer des peines qu'à deux reprises⁴⁸⁸. Ainsi le Conseil a-t-il jugé que, par le fait d'avoir incriminé, au titre d'acte de terrorisme, un simple comportement d'aide directe ou indirecte à des personnes en situation irrégulière, alors que «ce comportement n'est pas en relation immédiate avec la commission de l'acte terroriste », le «législateur a entaché son appréciation d'une disproportion manifeste».

Les critiques relatives à l'absence de contrôle de la nécessité des incriminations se retrouvent face à ce contrôle restreint de la nécessité des sanctions : le conseil vient rechercher des équilibres entre la protection des droits et le maintien de l'ordre public. La meilleure preuve en est que la «bonne administration de la justice» est reconnue comme un objectif à valeur constitutionnelle⁴⁸⁹, justifiant la grande liberté du législateur dans la détermination des peines. Cet assouplissement est regrettable puisque le Conseil ignore les termes clairs de l'article 8, article qui devrait au contraire l'amener à un contrôle

⁴⁸⁴ L. Leturmy, Constitutionnalité des peines accessoires et des peines complémentaires obligatoires, une conception à repenser du principe d'individualisation, AJ pénal 2011 p 280.

⁴⁸⁵ Décis. n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 Loi de modernisation sociale, cons.85.

⁴⁸⁶ Cons. const. n°81-127 DC des 19 et 20 janvier 1981.

⁴⁸⁷ Décis. n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire, cons. 7 à 9 .

⁴⁸⁸ Décis. n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, Loi de finances pour 1988, cons. 16 et 17

⁴⁸⁹ Décis. n° 2010-62 QPC du 17 décembre 2010, cons.6.

approfondi de l'activité du législateur en matière pénale, car «ce n'est pas l'absence de nécessité évidente de la peine qui doit être sanctionnée mais toute peine dont la nécessité n'apparaît pas de manière évidente»⁴⁹⁰.

B / Le contrôle a posteriori de la proportionnalité des peines

Sans surprise, le Conseil constitutionnel a conservé un contrôle restreint de la proportionnalité dans le cadre de la QPC (1). Mais confronté à la question des peines planchers, et manifestement mal à l'aise, il affirme le respect des exigences de proportionnalité par le prisme du pouvoir de modulation du juge (2) mêlant maladroitement nécessité et individualisation.

1/ La prorogation d'un contrôle restreint

La proportionnalité étant un mode de contrôle familier au Conseil constitutionnel, il n'est guère surprenant qu'il ait pu faire preuve d'une certaine audace dès ses premières décisions QPC. Le Conseil a été saisi d'une question portant sur la confiscation du véhicule appartenant à une personne poursuivie pour une contravention de 5ème classe, prévue par l'article R.413-14-1 du code de la route⁴⁹¹. La peine instituée, en ce qu'elle peut conduire à une atteinte patrimoniale sans commune mesure avec le maximum de la peine d'amende encourue, pourrait être considérée comme manifestement excessive. Malgré l'évidente disproportion, le Conseil a dû conclure à la conformité de la disposition en raison de son origine réglementaire⁴⁹². Cependant les sages profitent de l'occasion pour rappeler les termes de l'article 131-21 du code pénal, prévoyant les principes directeurs applicables à la peine complémentaire de confiscation, et concluent que l'article en son entier est conforme au principe de proportionnalité. Une distinction aurait pourtant pu être suggérée entre la confiscation du produit de l'infraction qui apparaît proportionnée à ses effets et la confiscation de la chose qui a servi à commettre l'infraction dont la valeur peut être sans rapport avec la gravité (imaginons par exemple qu'à l'occasion d'un simple délit routier, un tracteur et sa remorque puissent être confisqués). La précipitation avec laquelle cette question a été tranchée suggère que le Conseil a voulu décourager les justiciables de poser des questions sur le même thème.

Le Conseil a ensuite jugé que la sanction d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende pour un refus de prélèvement biologique destiné à alimenter le FNAEG, peine doublée quand le refus est opposé par une personne condamnée pour crime⁴⁹³, n'est manifestement pas disproportionnée sans

⁴⁹⁰ op. cit. note 449 E. Dreyer, Le Conseil constitutionnel et la «matière pénale».

⁴⁹¹ Crim, 14 septembre 2010, n°10-90.090.

⁴⁹² prec. Décision n° 2010-66 QPC du 26 novembre 2010 ; J-H Robert JCP G 2011, n°1-2, p. 33-37

⁴⁹³ art. 706-54, 706-55 et 706-56 du code de procédure pénale qui instituent le fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG)

apporter davantage d'explications⁴⁹⁴. Le Conseil a déjà eu à connaître des peines attachées au refus de se soumettre à un prélèvement biologique à propos de l'article 30 de la loi pour la sécurité intérieure⁴⁹⁵. Il avait alors jugé que compte tenu de la gravité des faits susceptibles d'avoir été commis, le législateur n'a pas fixé un quantum disproportionné pour le refus de prélèvement. Cependant il avait apporté une nuance en précisant qu'il appartiendrait à la juridiction répressive, lors du prononcé de la peine sanctionnant ce refus, de proportionner cette dernière à celle qui pourrait être infligée pour le crime ou le délit à l'occasion duquel le prélèvement a été demandé. Il est regrettable que cette réserve d'interprétation ne soit pas reprise, il faut supposer que le principe d'individualisation des peines qui découle de l'article 8 de la Déclaration de 1789 et s'impose dans le silence de la loi autorise en toute hypothèse le juge à faire varier celles-ci.

Se fondant sur la nature du comportement incriminé, le Conseil juge proportionnée l'annulation du permis de conduire pour des infractions graves commises en état de récidive. Il considère ainsi que l'article L.234-13 du code de la route ne viole pas le principe de nécessité au motif que «en instituant une peine obligatoire directement liée à un comportement délictuel commis à l'occasion de la conduite d'un véhicule, le législateur vise, aux fins de garantir la sécurité routière, à améliorer la prévention et renforcer la répression des atteintes à la sécurité des biens et des personnes provoquées par la conduite sous l'influence de l'alcool»⁴⁹⁶. De la même manière, il juge que la publication de la décision de condamnation instaurée par l'article L121-4 du Code de la consommation tend à «renforcer la répression des délits de publicité mensongères et à assurer l'information du public de la commission de tels délits»⁴⁹⁷. Il semble ainsi que l'existence de la proximité matérielle entre le fait délictuel et la peine peut constituer un fait justificatif d'une répression plus automatique. C'est une voie bien hasardeuse que de contrôler le lien entre la peine et l'infraction pour en apprécier la nécessité.

La Cour de cassation a certainement pris acte de la volonté du Conseil de ne pas contrôler la nécessité d'une peine en elle-même. Elle juge dénuée de caractère sérieux la question portant sur l'absence de nécessité des peines attachées au délit de tolérance habituelle de la prostitution dans un lieu ouvert au public au motif que «les peines réprimant l'infraction de proxénétisme dans un établissement ouvert au public, prévue à l'article 225-10 2° du code pénal, sont strictement et évidemment nécessaires»⁴⁹⁸. La Cour a également refusé de transmettre une question portant sur la non conformité à l'article 8 du délit de diffamation publique de l'article 31 de la loi du 19 juillet 1881. Cette disposition introduit une différence de traitement entre les fonctionnaires publics et les particuliers victimes de ces

⁴⁹⁴ Décis. QPC n°2010-25, 16 septembre 2010. J. Danet 2010, AJ pénal n°12, p. 545-548

⁴⁹⁵ Décis. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 ; Revue du droit public, 2003 (4), pp. 1147-1162 C.Lazerges et D.Rousseau.

⁴⁹⁶ Décision n° 2010-40 QPC du 29 septembre 2010 ; A.Lepage JCP G 2010, n°47, p. 2168-2171.

⁴⁹⁷ Décis n° n° 2010-41 QPC du 29 septembre 2010.

⁴⁹⁸ Crim, 18 juin 2010, 09-88.372.D. 2010. 1944 , A. Lepage RPDP n° 3, 2010, p. 639-64

agissements. La Cour refuse de transmettre la question au motif que «si l'amende encourue pour la diffamation publique envers un fonctionnaire public est plus élevée que celle encourue pour la diffamation publique envers un particulier, elle sanctionne, sans disproportion manifeste, l'atteinte portée non seulement à celui qui est visé par les propos incriminés, mais aussi à la fonction qu'il incarne».

2 / Les peines plancher

La délicate question des peines plancher a également fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité. Le Conseil a été saisi le 16 septembre 2011 de la conformité à la constitution de l'amende forfaitaire prévue à l'article 530-1 du code de procédure pénale qui impose au juge de prononcer une peine minimale en cas de condamnation pour certaines contraventions. Les peines plancher ont été réintroduites progressivement par le législateur pour tenter de réagir au déclin des condamnations. Le Conseil avait été saisi de différentes lois dans le cadre du contrôle *a priori* notamment au regard des principes de nécessité et d'individualisation. Le Conseil constitutionnel se montre particulièrement conciliant avec les dispositifs législatifs qui tendent à prononcer une peine qui ne soit ni trop faible, ni symbolique⁴⁹⁹. Il a ainsi déclaré conformes à la Constitution les dispositions de la loi du 10 août 2007⁵⁰⁰ qui instaurent des peines plancher pour les délinquants et criminels récidivistes et celles de la loi du 14 mars 2011⁵⁰¹ qui instaurent des peines plancher pour les auteurs de certains crimes et délits, même en l'absence de récidive.

Le Conseil n'avait cependant pas encore eu l'occasion de statuer sur la disposition renvoyée. Sans beaucoup de surprise, on note qu'il juge «que l'instauration d'un minimum de peine d'amende applicable aux contraventions les moins graves ne méconnaît pas, en elle-même, le principe de nécessité des peines»⁵⁰². Le Conseil s'appuie sur le pouvoir d'individualisation dont dispose le juge qui peut «proportionner le montant de l'amende à la gravité de la contravention commise, à la personnalité de son auteur et à ses ressources». Il justifie également le caractère nécessaire des peines plancher par les objectifs de bonne administration de la justice et de répression effective. Il prend ainsi en considération la *ratio legis* de l'article 530-1 qui est de «faire obstacle à la multiplication des contestations dilatoires» et en a déduit qu'il s'agissait d'un motif légitime propre à justifier les minima contestés en tant du moins qu'ils

⁴⁹⁹ J. Dechepy, L' incidence de la " Question prioritaire de constitutionnalité " sur le droit pénal de fond, RPDP N°. 1, 2012, p77.

⁵⁰⁰ Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, et décisis. n° 2007-554 DC du 9 août 2007, cons. 2 à 20.

⁵⁰¹ Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure et décisis. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, cons. 22 à 24.

⁵⁰² Décisis. n° 2011-162 QPC du 16 septembre 2011, J-H Robert Dr. pénal novembre 2011, n° 11, p. 24-25

concernent « les contraventions les moins graves », celles des quatre premières classes⁵⁰³. Cette décision ne fait que confirmer la jurisprudence déjà établie par le Conseil mais elle conduit néanmoins à une certaine confusion entre les notions d'individualisation et de proportionnalité : il est difficile à la lecture de la décision de déterminer si ce sont les pouvoirs d'individualisation du juge qui permettent d'assurer que les peines plancher sont conformes au principe de la nécessité ou si c'est au regard des « motifs légitimes » du législateur que les peines sont proportionnées. Individualisation et nécessité en sortent relativisés⁵⁰⁴. L'individualisation va pourtant permettre de renforcer le principe de la légalité en ce qui concerne le régime applicables au peines (II).

II / UN CONTRÔLE CROISSANT DE L'INDIVIDUALISATION

Le Conseil constitutionnel a progressivement reconnu une place prépondérante au pouvoir d'individualisation du juge. Tandis qu'il refusait initialement que le principe de nécessité des peines ne soit apprécié que « du seul point de vue de la personnalité du condamné »⁵⁰⁵, le principe d'individualisation, « qui découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » a été érigé au rang des principes constitutionnels dans une décision du 22 juillet 2005⁵⁰⁶. Le Conseil veille à ce que le juge puisse prendre en compte la personnalité du condamné et les circonstances de la commission de l'infraction tout en veillant à ce que le législateur « fixe des règles assurant une répression effective des infractions »⁵⁰⁷. Au sein de la pluralité de peines dont dispose le juge (A), ce sont les peines accessoires (B) et les peines complémentaires (C) qui ont retenu l'attention du Conseil.

A / Distinctions préliminaires

Une pluralité de peines encourues sont à la disposition du juge pour venir au soutien des condamnations qu'il prononce. Pour apprécier la jurisprudence constitutionnelle relative au principe d'individualisation, il convient de rappeler brièvement la distinction entre les peines principales, les peines complémentaires et les peines accessoires⁵⁰⁸.

⁵⁰³ Même argument que celui de la CEDH au sujet de la procédure de l'amende forfaitaire, et plus spécialement l'obligation de verser un cautionnement en application de 529-10, 2° du Code de procédure pénale : elle a en effet décidé que, quoique ce dispositif entrave l'accès au juge, il poursuit un but légitime qui est de « prévenir l'exercice de recours abusifs et dilatoires » et d'éviter « l'encombrement excessif du rôle du tribunal de police dans le domaine de la circulation routière qui concerne l'ensemble de la population et se prête à des contestations fréquentes » CEDH, 29 avr. 2008, Thomas c/ France : Rev. sc. crim. 2008, p. 697, obs. J.-P. Marguenaud.

⁵⁰⁴ J.-P. Céré, Le Conseil constitutionnel valide « l'amende plancher », AJ pénal 2011 p526.

⁵⁰⁵ Décis. n°80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981,.

⁵⁰⁶ Décis. n° 2005-520 DC du 22 juillet 2005.

⁵⁰⁷ Décis. n°2007-554 DC du 9 août 2007.

⁵⁰⁸ Y. Mayaud, Droit pénal général, 3è ed, p533 à 537 .

Le droit pénal classique a toujours érigé la privation de liberté et l'amende en peines principales. Face aux ravages de l'emprisonnement, la politique pénale a nécessairement évolué, le législateur est venu définir, aux articles 131-1 à 131-8-1 du code pénal des peines de «substitution» ou «alternatives». Si les peines encourues demeurent officiellement les peines principales, les peines prononcées sont le plus souvent des peines de substitution. L'article 132-14 du code pénal relatif au mode de la personnalisation est très explicite en matière correctionnelle puisqu'il rend la privation de liberté exceptionnelle.

Les peines complémentaires peuvent être prononcées en même temps que les peines principales ou les peines substituées. Poursuivant en général un but préventif, ces peines emportent le plus souvent interdiction, déchéance, retrait d'un droit, injonction, affichage d'une décision etc⁵⁰⁹. Les peines complémentaires peuvent être obligatoires ou facultatives. Une peine complémentaire obligatoire doit toujours être prononcée par le juge et cette absence de prononcé est un manquement à la loi susceptible de cassation.

Enfin les peines accessoires sont elles aussi des peines secondaires mais obéissent à un mécanisme différent. Ces peines n'ont pas à être prononcées, la condamnation entraînant leur application automatique, et ce, même si le juge ignorait leur existence. Difficilement conciliable avec une politique d'individualisation, elles ont disparu du code pénal en application de l'article 132-17 imposant qu'aucune peine ne puisse être appliquée si la juridiction ne l'a pas expressément prononcée. Cependant si elles ont officiellement disparu du code pénal, il était impossible d'abroger en une seule fois toutes les dispositions figurant dans d'autres lois ou codes. Le législateur a ainsi prévu une procédure spéciale de compensation : le relèvement⁵¹⁰.

B / OPC et peines accessoires

Avant même l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, la «chasse aux peines accessoires»⁵¹¹ avait débuté. Dans une décision du 15 mars 1999, le Conseil avait ainsi déclaré contraire à la Constitution l'article 194 de la loi du 25 janvier 1985, emportant incapacité d'exercer une fonction élective publique. Le législateur avait également contribué à ce mouvement, notamment par la loi du 4 août 2008⁵¹² qui a fait perdre leur caractère accessoire aux incapacités d'exercer une profession commerciale ou industrielle. Le contrôle *a posteriori* du Conseil ne fait que rejoindre ce mouvement favorable au pouvoir d'individualisation du juge.

⁵⁰⁹ CP art. 131-10, 131-16, 131,17, 131,43.

⁵¹⁰ CP art.132-21 al 1; CPP art 702-1 et 703.

⁵¹¹ J-M Brigant, La chasse aux peines accessoires est ouverte !, JCP AC 12 Juillet 2010 - n° 28

⁵¹² Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, ancien art.L128-1 et s. aujourd'hui abrogés.

Dans une décision du 11 juin 2010⁵¹³ le Conseil a censuré l'article L.7 du code électoral qui prévoyait l'exclusion de plein droit des listes électorales pendant un délai de cinq ans à compter de la date à laquelle la condamnation était devenue définitive des personnes condamnées pour différentes atteintes à l'administration publique⁵¹⁴. L'article L.7 était issu d'une loi du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie politique. La Doctrine avait été surprise que cette loi, votée quelque temps après la réforme du Code pénal prévoit une peine accessoire, pourtant bannie du Code pénal. Le Conseil d'Etat⁵¹⁵ avait pourtant jugé l'article L7 conforme à la Convention européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel⁵¹⁶ lui-même avait validé la loi d'un considérant balais. La Cour de cassation avait pu juger que l'article L.7 était une «dérogation» et était conforme à l'article 6§1 de la Convention européenne dès lors que la sanction électorale était «subordonnée à la reconnaissance de la culpabilité par le juge pénal, de l'auteur de l'infraction»⁵¹⁷.

Comme la radiation prévue par l'article L.7 n'était pas une «simple mesure de sûreté destinée à moraliser» le monde politique, mais une véritable punition à but répressif, la qualification de peine entraînait nécessairement l'application de l'article 8. Le Conseil juge ainsi «que le principe d'individualisation des peines qui découle de cet article implique que la peine emportant l'interdiction d'être inscrit sur une liste électorale et l'incapacité d'exercer une fonction publique élective qui en résulte ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce». Si dans sa décision de 1999, le Conseil avait estimé que «le principe de nécessité des peines implique que l'incapacité d'exercer une fonction publique élective ne peut être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à l'espèce», il s'appuie particulièrement sur le principe d'individualisation dans cette décision du 11 juin 2010 en précisant que «cette peine privative de l'exercice du droit de suffrage est attachée de plein droit à diverses condamnations pénales sans que le juge qui décide de ces mesures ait à la prononcer expressément» et qu'il «ne peut davantage en faire varier la durée». Enfin la possibilité d'un relèvement de cette peine accessoire dans les conditions définies à l'article 132-21 du code pénal «ne suffit pas à assurer le respect des exigences qui découlent du principe d'individualisation des peines». Il est vrai que le relèvement ne peut mettre un terme qu'à *posteriori* et sur demande de l'intéressé (art 702-1 CPP). Dès lors, «peut-on réellement parler d'individualisation de la peine quand le juge intervient après la condamnation ?»⁵¹⁸.

⁵¹³ Décis. n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010 ; J-H Robert JCP G Droit pénal, 2010, n° 7-8, p. 31-33 ; A. Darsonville Constitutions, 2011, n° 4, p. 531-537 ; B. Maligner ADJA 2010, n°32, p. 1831-1837.

⁵¹⁴ CP art. 432-10 à 432-16, 433-1, 433-2, 433 3 et 433-4 du code pénal ou pour le délit de recel de l'une de ces infractions, défini par les articles 321 1 et 321-2 du code pénal

⁵¹⁵ CE, 1er juillet 2005, deux arrêts AJP 2005 p326.

⁵¹⁶ Décis. n° 95-363 DC 11 janvier 1995.

⁵¹⁷ Cass. 2ème civ. , 1 mars 2001, Bull. civ. II, n°33 ; 2ème civ., 18 décembre 2003, Bull. civ. II n°24.

⁵¹⁸ A.Darsonville, Droit pénal : les peines accessoires et les peines complémentaires obligatoires, Constitutions 2010 p.531.

La portée de cette décision est néanmoins à relativiser. Certes elle présente l'atout majeur de mettre un terme à la jurisprudence contraire des juridictions judiciaires et administratives, mais cette décision a très certainement un arrière plan politique. Monsieur le Professeur Robert décrit d'ailleurs une certaine «bienveillance du Conseil à l'égard des victimes de L.7»⁵¹⁹, bienveillance qui se retrouve dans les effets que le Conseil donne à sa décision en permettant aux personnes radiées dans le passé de demander immédiatement leur inscription sur la liste électorale.

Une autre peine accessoire a été censurée par le Conseil : dans une décision du 3 février 2012⁵²⁰ il a statué sur la sanction de perte de grade prévue dans l'article L311-7 du Code de justice militaire dans sa rédaction antérieure à la loi du 13 décembre 2011⁵²¹. Dans sa rédaction applicable, les dispositions de l'article L.311-7 combinées avec celles de l'article L. 4139-14 du Code de la défense étaient particulièrement sévères, la perte de grade étant définitive et entraînant la cessation de l'état militaire. Le Conseil a observé que la peine jouait de plein droit, et que la faculté laissée au juge d'exclure expressément sa mention au bulletin n° 2 du casier judiciaire, lorsqu'il prononce la décision, ne saurait à elle seule assurer le respect des exigences qui découlent du principe d'individualisation des peines. Mais il n'est pas certain que la nouvelle version du texte soit conforme à la Constitution. En effet, il est désormais énoncé que «toute condamnation à une peine d'interdiction des droits civiques ou d'interdiction d'exercer une fonction publique, prononcée par quelque juridiction que ce soit contre tout militaire, entraîne perte du grade». En conséquence, la perte du grade conserve l'aspect d'une peine accessoire, avec cette particularité qu'elle résulte du prononcé de peines complémentaires⁵²².

Le contrôle des peines accessoires permet réellement à la question prioritaire de constitutionnalité de jouer le rôle assigné par la réforme : restaurer le citoyen dans ses droits fondamentaux. Par cette stricte appréciation de la nécessité et du pouvoir d'individualisation du juge, c'est le principe de la légalité lui-même qui sort grandit de cette jurisprudence. La QPC, en permettant au Conseil d'abroger les peines accessoires extérieures au code pénal, devient même un complément de la réforme, un outil au service de la cohérence du droit pénal. Mais ce gain de légalité doit être tempéré : de nombreuses déchéances ou interdictions sont prévues par des textes «non-répressifs» dont l'objet est d'organiser et d'assurer la moralité de certaines professions, l'article 8 ne leur est donc pas applicable. Il a d'ailleurs été regretté que le Conseil n'ait pas profité de sa décision du 11 juin 2010 pour se prononcer sur le principe même des peines accessoires⁵²³. L'enthousiasme suscité par l'abrogation de l'article L.7 a également été atténué par

⁵¹⁹ J-H Robert, Les peines accessoires sur le gril de QPC, Dr. pen. n°7 juillet 2010, comm.84.

⁵²⁰ Décis. n° 2011-218 QPC du 03 février 2012, S.Detraz, Gaz. Pal. 20-21 avril 2012, n° 111-112, p. 31-32.

⁵²¹ loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles .

⁵²² S.Detraz, Chronique de jurisprudence, Gaz. Pal 21 avril 2012 n° 112, P. 26.

⁵²³ X.Pin, RPDP 2010 n°2.

les distinctions quelque peu obscures que le Conseil dessine entre les peines accessoires et les peines complémentaires obligatoires (B) .

C / OPC et peines complémentaires obligatoires

Les peines complémentaires obligatoires et les peines accessoires présentent des points communs, notamment en ce que le juge est tenu de les appliquer même s'il ne les trouve pas adaptées à la personnalité du condamné. La seule nuance tient à ce que les peines complémentaires doivent effectivement être prononcées par le juge, mais son pouvoir d'individualisation n'est pas plus étendu qu'en matière de peines accessoires. Il aurait donc semblé cohérent que les «peines complémentaires passent sur le gril» comme a pu l'écrire le Professeur Robert au sujet des peines accessoires. En réalité, c'est plutôt un phénomène de «flux, reflux, flux»⁵²⁴ comme l'a décrit très justement Monsieur le Professeur Bouloc, les décisions constitutionnelles n'étant pas vraiment cohérentes.

Le Conseil a ainsi été amené à se prononcer sur les peines complémentaires obligatoires prévues par les articles L234-14 du Code de la route et L121-4 du Code de la consommation, entraînant respectivement l'annulation du permis de conduire et la publication obligatoire de la décision de condamnation en matière de pratiques commerciales trompeuses. Bien que les requérants dénoncent ces peines, tant au regard de leur proportionnalité que du pouvoir de modulation du juge, la Cour de cassation a reformulé les questions de façon à mettre en avant que «le juge est tenu d'ordonner» ces peines⁵²⁵. Comme la Cour a pu souhaiter préserver sa jurisprudence, coeur de l'office du juge, du contrôle du Conseil, c'est le pouvoir de personnalisation qu'elle vient ici défendre. Il est dans l'intérêt des magistrats de transmettre les questions portant sur ces peines «quasi-automatiques», limitant drastiquement le pouvoir du juge. Contre toute attente la décision du Conseil est décevante⁵²⁶. Dans ces deux décisions de juillet et septembre 2010 il a rappelé l'importance du principe d'individualisation et que ce principe «implique» que chacune de ces peines «ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce». Mais il rappelle ensuite que ces deux infractions instituent des sanctions servant à la fois à la répression et la prévention et qu'elles sont directement liées au comportement délictueux⁵²⁷. Il est pourtant permis de penser que l'article L.7 du Code électoral poursuivait des objectifs analogues. Le Conseil l'a néanmoins déclaré non conforme au principe d'individualisation des peines⁵²⁸. Les Sages observent surtout que le juge n'est pas privé de tout

⁵²⁴ B.Bouloc , Flux, reflux, flux en matière de peine obligatoire, D. 2011 p. 929.

⁵²⁵ Cass QPC 8 juillet 2010, n° 10-80.203 et Cass QPC 8 juillet 2010 n°10-90.077.

⁵²⁶ Décis. n° 2010-40 QPC du 29 septembre 2010 ; Décis. n° 2010-41 QPC du 29 septembre 2010 ; A.Lepage JCP G n°47, 22 novembre 2010, p. 2168-2171 ; B. Bouloc Dalloz, n°1, 6 janvier 2011 ; M-C Sordino, Gaz. Pal 2010, n°336, p. 19-23 .

⁵²⁷ *supra p.*

⁵²⁸ A.Lepage et H.Mastopoulou , Des peines complémentaires obligatoires déclarées conformes au principes constitutionnels, JCP G 22 Novembre 2010 - n° 47.

pouvoir d'individualisation, il peut recourir aux «dispositions du Code pénal relatives à la dispense et relevé de peines» et conserve une faculté de modulation de la peine : il peut fixer la durée d'annulation du permis de conduire dans la limite du maximum de trois ans, et en application de l'article 131-35 du code pénal il lui appartient de déterminer les modalités de la peine d'affichage ou de diffusion de la décision prononcée. Il faut évidemment se demander en quoi la possibilité de faire varier la durée d'une peine confère au juge un pouvoir d'individualisation suffisant, quand son caractère obligatoire heurte l'idée même d'individualisation. La décision du Conseil est assez limitée en pratique. L'article L234-13 du code de la route entraîne un double effet pour le condamné : l'annulation du permis de conduire et l'interdiction d'en solliciter un pendant trois ans. Ce n'est que sur cette seconde conséquence que la modulation peut intervenir. De même, en ce qui concerne la publication de la décision de condamnation, il semble que les juges constitutionnels aient confondu publication et diffusion : l'article L131-35 du code pénal ne vise que la diffusion et l'affichage de la décision et n'envisage pas la publication⁵²⁹. La Cour de cassation vise d'ailleurs à bien différencier publication et diffusion. Enfin la dispense et le relèvement sont incompatibles puisqu'ils ne concernent pas le même type de peine, la décision du Conseil se fondant sur ces facultés semble donc artificielle⁵³⁰. Le pouvoir d'individualisation est bien modeste mais il semble suffisant au Conseil. Il faut cependant admettre que si les juges constitutionnels avaient relevé toutes les limites au pouvoir d'individualisation du juge, l'ensemble des peines complémentaires obligatoires aurait été susceptible d'une abrogation, constituant une atteinte au principe de sécurité juridique.

Ces deux décisions sont d'autant plus surprenantes que le Conseil a adopté des solutions opposées pour d'autres peines complémentaires. Dans une décision du 10 décembre 2010⁵³¹ il a abrogé l'article 1741 du Code général des impôts sur le fondement de l'atteinte au principe d'individualisation. Ce texte imposait la publication de la décision en cas de condamnation pour fraude fiscale. Eu égard à la décision relative à l'article L121-4 du code de commerce on aurait pu s'attendre à ce que le Conseil interprète largement le pouvoir de modulation dont dispose le juge. Mais il n'en est rien, le Conseil observe que le juge «est tenu d'ordonner la publication du jugement de condamnation au Journal officiel ; qu'il doit également ordonner l'affichage du jugement ; qu'il ne peut faire varier la durée de cet affichage fixée à trois mois par la disposition contestée ; qu'il ne peut davantage modifier les modalités de cet affichage prévu» et surtout que « s'il peut décider que la publication et l'affichage seront faits de façon intégrale ou par extraits, cette faculté ne saurait, à elle seule, permettre que soit assuré le respect des exigences qui découlent du principe d'individualisation des peines». Il semble ainsi que le pouvoir de modulation du juge ait été trop réduit. Cette décision beaucoup plus satisfaisante n'était en réalité qu'un repli stratégique puisque dans une décision du 17 mars 2011 «l'individualisation judiciaire de la peine semble avoir été

⁵²⁹ *op cit.* A. Darsonville, Droit pénal : les peines accessoires et les peines complémentaires obligatoires.

⁵³⁰ *op. cit.* E. Dreyer, Le Conseil constitutionnel et la «matière pénale».

⁵³¹ Décis. n° 2010-72/75/82 QPC du 10 décembre 2010 ; J-B Perrier AJ pénal n° 2, p. 76-77 ; B.Bouloc D2011, n° 13, p. 929-930 ; S.Detraz RSC juillet / septembre 2011, nO3, p. 624-627.

ramenée au degré zéro par le Conseil»⁵³². La question portait sur la majoration du montant des droits de 40% que l'administration fiscale peut appliquer à un contribuable de mauvaise foi en application de l'article 1729 du CGI. Le Conseil relève que «la loi elle-même a assuré la modulation des peines en fonction de la gravité des comportements réprimés»⁵³³. Il est vrai que ce même article prévoit une majoration de 80 % si le contribuable s'est rendu coupable de manoeuvres frauduleuses ou d'abus de droit. Le Conseil relève que le juge «peut ainsi proportionner les pénalités selon la gravité des agissements commis par le contribuable» et en conclut que le taux de 40 % n'est pas manifestement disproportionné. Cette décision est surprenante puisque le juge peut seulement vérifier que la peine est applicable ou non, il ne peut décider de la réduire. Dans ces conditions la peine ne s'impose-t-elle pas au juge ?

Il semble possible de dégager plusieurs critères de la jurisprudence constitutionnelle : la peine est-elle ou non prononcée par le juge ? Ce critère conduit à la censure des peines accessoires, mais non de toute peine obligatoire. Le juge a-t-il la faculté de faire varier le quantum de la peine ? Enfin la peine obligatoire en cause est-elle directement liée au comportement réprimé ? Mais aux yeux du Conseil, le principe d'individualisation est loin d'être absolu et doit être concilié avec des exigences de valeur constitutionnelle comme la sauvegarde de l'ordre public ou la nécessaire répression des crimes et délits. Des erreurs d'appréciation juridiques, notamment quant au fonctionnement de la relève et de la dispense de peine, s'ajoutent au manque de cohérence de la jurisprudence présentée.

⁵³² *op. cit.* E. dreyer.

⁵³³ Décis. n° 2010-103 QPC du 17 mars 2011.

CONCLUSION

Au terme de cette étude de l'impact de la question prioritaire de constitutionnalité sur le principe de la légalité, un bilan plutôt contrasté peut être dressé. Annoncée comme une révolution juridique au service du justiciable et d'un *corpus* législatif ainsi débarrassé de dispositions constitutionnellement discutables⁵³⁴, la QPC ne s'est pas encore révélée être le remède miracle au déclin de la légalité. Ce mécanisme agirait davantage comme un catalyseur du déclin de la légalité formelle en raison du bouleversement qu'elle provoque sur l'organisation juridictionnelle. Sortant de son contrôle abstrait pour s'intéresser aux lois qui s'appliquent et entrer directement en contact avec les juges judiciaires et administratifs, le Conseil constitutionnel semble vivre sa «cinquième mue»⁵³⁵ pour devenir une véritable Cour constitutionnelle, acteur incontournable de la légalité. La séparation des pouvoirs et le principe de légalité imposent de repenser la place et la composition du Conseil.

Il est constant que «la politique est saisie par le droit»⁵³⁶, et que la loi dans une V^e République fondée sur le fait majoritaire, ne reflète plus la volonté générale mais celle d'une majorité politique face à la minorité parlementaire. La QPC s'inscrit dans ce mouvement et consacre une conception de la Constitution comme instrument de limitation du pouvoir, en tant qu'«acte de défiance puisqu'elle prescrit des limites à l'autorité»⁵³⁷. Si certaines décisions du Conseil constitutionnel sont remarquables, comment pourtant ne pas nourrir de doutes quant à l'impartialité de cette juridiction ? Comment justifier l'affirmation de Jean-Louis Debré le 7 janvier 2013 «le Conseil constitutionnel est une institution indépendante, qui n'a de leçon à recevoir de personne» alors que cette déclaration fait suite à une des décisions les plus politiques du Conseil⁵³⁸. Le mode de nomination des membres⁵³⁹ demeure préoccupant pour qui souhaite parler de Cour constitutionnelle à proprement parler. Il est souhaitable que la proposition du Rapport Jospin consistant en la suppression de la présence «de droit» des anciens Présidents de la République soit adoptée afin d'atténuer l'accusation d'organe politique ainsi que la suspicion de conflits d'intérêts. Alors que le domaine pénal s'affranchit des dernières emprises politiques sous l'impulsion d'une Europe de la justice et des libertés fondamentales, le gardien national des principes supérieurs serait-il paradoxalement, le dernier à résister à cette évolution essentielle ?

⁵³⁴ B. De Lamy, Un nouveau procédé de constitutionnalisation du droit pénal : la QPC bilan critique, mel Robert, LexisNexis, 2012.

⁵³⁵ C. Tukov, La 5^e mue du Conseil constitutionnel, JCP G n°8, février 2013

⁵³⁶ L. Favoreu, La politique saisie par le droit. Alternance, cohabitation et Conseil Constitutionnel, éd Economica, 1988

⁵³⁷ B. Constant in P. Raynaud et S. Rials, Dictionnaire de philosophie politique, PUF 1996, p121.

⁵³⁸ Décis. 2012-662 DC du 29 décembre 2012 relative à la Loi de finances pour 2013. Le Conseil censure le taux marginal d'imposition de 75% jugé confiscatoire.

⁵³⁹ Constitution art 56. Neuf membres, trois nommés par le Président de la République, trois par le Président du Sénat, trois par le Président de l'Assemblée Nationale. En sus, les anciens présidents de la république sont membres de droit à vie. Le Président de la République a voix prépondérante en cas de partage.

BIBLIOGRAPHIE

I / DISPOSITIONS TEXTUELLES

A/ Principales dispositions constitutionnelles

- Constitution du 4 Octobre 1958.
- Déclaration des droits de l'homme et du citoyen adoptée le 27 août 1789 par l'Assemblée constituante.
- Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.
- Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.
- Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 complétée par la Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.
- Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.
- Loi organique n°2010-830 du 22 juillet 2010.

B/ Dispositions internationales

- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen signée à Rome le 4 novembre 1950, ratifiée par la France le 3 mai 1974.

Article 7 : Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international (...).

- Pacte international relatifs aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966, entrée en vigueur à l'égard de la France le 4 février 1981.

Article 15 : Nul ne sera condamné pour des actions ou des omissions qui ne constitueraient pas un acte délictueux, d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises.

- Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée lors du Conseil européen de Nice le 7 décembre 2000, dont les dispositions sont reconnues par l'article 6 du Traité sur l'Union Européenne.

Article 49 : ibid art 7 Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen.

- Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime du 8 novembre 1990
- Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.
- Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, signée à Bruxelles le 21 septembre 2005.

- Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Rapport intitulé «Vers une dépénalisation de la diffamation», Doc. 11305, 25 juin 2007.

C / Lois et propositions de lois

1 / Propositions de lois

- Proposition de loi n°1896 visant à ériger l'inceste dans en infraction spécifique dans le code pénal.
- Proposition de loi n°1538 visant à identifier, prévenir, détecter et lutter contre l'inceste sur les mineurs et à améliorer l'accompagnement médical et social des victimes de M-L Fort, 18 mars 2009.
- Proposition de loi organique modifiant la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution déposée au Sénat par le sénateur Hyeat le 9 juillet 2010.
- Proposition de loi n°613 du 6 juillet 2010, déposée par M. Jean-Pierre Godefroy et autres, sénateurs relative à la réparation intégrale des préjudices subis par les victimes d'accident du travail et de maladies professionnelles en cas de faute inexcusable de l'employeur.
- Proposition de loi n°212 renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes, devenue la loi 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants.

2 / Lois

- Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.
- Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe.
- Loi n° 96-392 du 16 mai 1996 relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic de stupéfiants.
- Loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.
- Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale.
- Loi n°2003-87 du 3 février 2003 relative à la conduite sous l'influence de substances ou plantes classées comme stupéfiants.
- Loi n°2004-204 du 9 mars 2004, dite «Perben II».
- Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.
- Loi n°2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs.
- Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.
- Loi n°2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.
- Loi n°2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux.
- Loi n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.
- Loi n°2010-1192 du 11 octobre 2011 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

- Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles.
- Loi n°2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.

C / Divers (circulaires, missions, rapports parlementaires)

- Assemblée Nationale, Rapport n°1898, du 3 septembre 2009.
- Circulaire de la Direction des affaires criminelles et des grâces n°CRIM-10-3/E8 du 9 février 2010 relative à la présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux.
- Circulaire CRIM-AP 10-780-D2 du 10 mai 2012 diffusée par le Ministre de la Justice précisant les effets de l'abrogation du harcèlement sexuel sur les procès en cours.
- Richard Dell'Agnola, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles sur la proposition de loi relative à la conduite automobile sous l'influence de drogues illicites et psychotropes, Assemblée nationale, XIIe législature, n° 235, 2 octobre 2002, p. 22.
- Rapport sur les revirement de jurisprudence remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet, 30 novembre 2004.
- C.Estrosi, Faut-il ériger l'inceste en infraction spécifique ? Mission parlementaire, La Documentation française, juillet 2005, p42-43.
- Rapport Coulon, La Dépenalisation de la vie des affaires, février 2008.
- Séance du Sénat du 13 octobre 2009, Séance 5, 13e, www.sénat.fr.
- AN, rapport n° 2838 de J.-L. Warsmann sur l'évaluation de la loi organique n° 2009-1523 du 10 déc. 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, déposé le 5 oct. 2010.
- Rapport d'activité du Conseil constitutionnel : «Mars 2013 : 3 ans de QPC - quelques chiffres» www.conseil-constitutionnel.fr.

II / OUVRAGES GÉNÉRAUX

A / Droit pénal général :

- Decocq. A, Droit pénal général, Armand Colin, 1971.
- Lomblois. C., Droit pénal général, Hachette supérieur, 1994.
- Mayaud. Y., Droit pénal général, PUF, 3e édition 2010.

B / Droit pénal spécial :

- E. Dreyer, Droit pénal spécial, Ellipse, 2e édition, ellipse.
- M-L Rassat, Droit pénal spécial, Dalloz, 6e édition

C / Divers

- Sous la direction de X. Magnon , QPC-La question prioritaire de constitutionnalité, Pratique et contentieux, Litec professionnel 2011.
- Sous la direction de J-B. Perrier, La question Prioritaire de Constitutionnalité, PUAM, 2011.
- Sous la direction de D.Rousseau, La question prioritaire de constitutionnalité, Lextenso, 2010.
- Sudre. F, Droit européen et international des droits de l'homme, PUF, 10e édition 2011.
- Bénabent. A, Droit de la Famille, Montchrestien 2010.
- Cappello. A., Thèse de doctorat, La constitutionnalisation du droit pénal : pour une étude du droit pénal constitutionnel, décembre 2011.
- Favoreu. L., La politique saisie par le droit. Alternance, cohabitation et Conseil Constitutionnel, éd Economica, 1988
- Raynaud. P. et Rials. S., Dictionnaire de philosophie politique, PUF 1996, p121.
- Le Nouveau Petit Robert.

III / DOCTRINES

A / Mélanges

- Mélange Chavanne, Litec 1990, G. Levasseur, Réflexions sur l'*exceptio veritatis*, p111.
- Mélanges JH Robert, LexisNexis, 2012, B. de Lamy, Un nouveau procédé de constitutionnalisation du droit pénal: la QPC. Bilan critique, p 379.
- Mélanges Jestaz, Dalloz, 2006, J-L. Sourieux, Le bon législateur selon Portalis, p. 515-518
- Mélanges Genevois, Dalloz, 2008, R.Badinter, L'exception d'inconstitutionnalité, p. 39-49

B / Articles de revues et Notes de jurisprudences

- Baldes. O., Le retour de l'inceste dans le Code pénal : pourquoi faire?, Dr. pén., Avril 2010 ,n° 4.
- Beaussonie. G., Loi relative au harcèlement sexuel, RSC 2013 p 906.
- Bon. P. , Présentation du Tribunal constitutionnel espagnol, CCC n° 2, mai 1997.
- Bonnet. A., Les infractions familiales et leur constitutionnalité, AJ Famille 2012 p 603.
- Bonfils. P., Droit de la famille, juin 2012, n° 6, p. 35-36.
- Bouloc. B., Flux, reflux, flux en matière de peine obligatoire, D. 2011 p. 929.
- Briand. L., L'office du juge du fond et les QPC jugées non sérieuses par les cours suprêmes, Gaz. Pal., 4-6 décembre 2011, n° 338-340, p. 15-17.
- Brigant J-M, La chasse aux peines accessoires est ouverte !, JCP AC 12 Juillet 2010 - n° 28.
- Carcassonne. G. , « Le Parlement et la QPC », Pouvoirs, n° 137 ; La question prioritaire de constitutionnalité, Seuil, 2011, p. 75.
- Céré. J-P, Le Conseil constitutionnel valide « l'amende plancher », AJ pénal 2011 p526.
- Cerf-Hollender. A., Imprécis et imprévisible délit de harcèlement sexuel, RSC 2012 p 380.
- Chevallier. J-Y., RPDJ janvier-mars 2012, n° 1, p. 141-143.

- Claveri-Rousset . Ch, La légalité criminelle, Dr. pénal 2011.
- Communiqué de la Première présidence relatif aux arrêts n° 595 à 598 du 20 mai 2011 rendus par la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière.
- Conte. P., Invenias disjecti membra criminis : lecture critique de la nouvelle définition du harcèlement sexuel, Droit pénal - Novembre 2012 - n° 1.
- Conte. P., Droit pénal - Novembre 2012 - n° 1.
- Conte. P, Une nouvelle fleur de légistique : le crime en boutons. À propos de la nouvelle définition du harcèlement sexuel, JCP G, 24 Juillet 2002, n° 30.
- Conseil constitutionnel et QPC, une révolution ? Regard sur l'actualité, La Documentation française, février 2011.
- Cordier F., Avocat général, avis sur les arrêts n°595,596,597 et 598 Ass. Plen. 20/05/2011 www.courdecassation.fr.
- Darsonville. A., Droit pénal : les peines accessoires et les peines complémentaires obligatoires.
- Darsonville. A., RSC 2011. 401, obs.
- Darsonville. A., Droit pénal : les peines accessoires et les peines complémentaires obligatoires, Constitutions 2010 p.531.
- De Béchillon. D., Adage, L'interprétation de la Cour de cassation en peut pas être complètement tenue à l'écart du contrôle de constitutionnalité , JCP G - 2010 - n° 24.
- De Béchillon. D., Remettre en cause la chose jugée en application d'une loi inconstitutionnelle, JCP G 1er Mars 2010 n° 09.
- De Bellescize. D., L'histoire, otage de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ?, article in: Clés Pour Le Siècle, Dalloz, Paris, 2000.
- De Bellescize. D., Constitutions 2011. 388.
- Decherpy. J., L'incidence de la QPC sur le Droit pénal de fond, RPDP 2012, n°1.
- De Combes de Nayves. P., Loi sur l'inceste : peut mieux faire, Constitutions 2012 p91.
- De Montalivet. P., QPC sur la loi incriminant le négacionisme, NCCC 2010, p 256
- De Lamy B. , La conception constitutionnelle de la légalité pénale et les aléas de la jurisprudence de la chambre criminelle. RSC 2012 p. 221
- De Lamy. B., Actualité de la constitutionnalisation des peines : maintien d'un clair obscur, RSC 2012 p 230.
- De Lamy. B., La Constitution et la liberté de la presse, NCCC 2012, p19.
- De Lamy. B., La légalité de l'article 121-2 du code pénal : la préservation par la Cour de cassation de sa propre jurisprudence, RSC 2011 p 177 ;
- Desplanques et Daoud, Les présomptions d'intentionnalité posées par la Cour de cassation : une pratique anti-constitutionnelle, Constitutions n°2 avril-juin 2012, p 321 et suivants.
- Deumier. P., RDT Civ 2010, n°3, page 499-504.
 - La question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage).
 - La question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du caractère prioritaire).
 - La question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du pouvoir d'interprétation).
- Detraz S., Constitutionnalité du minimum légal de l'amende douanière, RSC 2011 p 634.
- Detraz. S., Gaz. Pal. N° 13-14 janvier 2012, n° 13-14, p. 35-36.

- Detraz. S., Chronique de jurisprudence, Gaz. Pal 21 avril 2012 n° 112, P. 26.
- Di Manno. T., CCC n° 20 ,Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel, juin 2006.
- Disant. M., «Les juges de la QPC et les principes constitutionnels en matière de Justice», NCCC 2011 p. 236.
- Dord. O., La QPC et le Parlement : une bienveillance réciproque, NCCC n° 38 janvier 2013, p. 23.
- Dreyer. E., Le Conseil constitutionnel et la «matière pénale». La QPC est les attentes déçues. JCP G n°37, 12 septembre 2011, p 976.
- Dreyer. E., Réserve sur la responsabilité pénale du producteur en ligne, JCP G n°46, Novembre 2011, p 1247.
- Dreyer. E. JCP G n°46, Novembre 2011, p 1247
- Dreyer. E. JCP G 2011, n°4, p. 167-169
- Dreyer. E., Limitation constitutionnelle de la rétroactivité un mitius, JCP G n°4, 24 janvier 2011, p 82.
- Dreyer. E., D. 2012. 765
- Dreyer. E., Rancoeur et Droit pénal, Gaz. Pal. 28 juillet 2012, n° 209-210. - p. 3.
- Drago. G., QPC et jurisprudence constante : fin de partie ? Gaz. Pal., 07/06/2011, n°158, page 12
- Drago. G., L'influence de la QPC sur le Parlement où la loi sous la dictée du Conseil constitutionnel, Jus Politicum, revue de droit politique n°6 octobre 2011.
- Fortis. E., La nécessité de peines, RSC 2012 p 135.
- Francillon. J, RSC 2011, n°3, p. 647-651 note
- Fromont. M., CCC n°15, janvier 2004, Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne.
- Guérin. D., La question prioritaire de constitutionnalité, bilan provisoire et premières interrogations, RPDP n°4, octobre-décembre 2010, p883 et s.
- Guérin. D. , harcèlement sexuel une copie à refaire pour le législateur Dr. pén. - Juin 2012 - n° 6.
- Guéry. C, Définir ou bégayer : la contrainte morale après la loi sur l'inceste, AJ pénal 2010 p126.
- Guidicelli. A. , Le principe de la légalité criminelle en droit pénal français, aspects légistiques et jurisprudentiels, RSC 2007 p.509.
- Gutmann. D., Sanctions fiscales et Constitution, NCC 2011 p41.
- Jaqueminot. N., L'utilisation par les juges du fond des arrêts de non renvoi d'une QPC, AJDA 2012, p2097.
- Lasserre Capdeville. J., Rép. Pén.2013, Favoritisme (Marchés publics) .
- Lazerges. C., De la fonction déclarative de la loi pénale, RSC 2004,p 194
- Lepage. A., Question prioritaire de constitutionnalité (Chronique, Droit pénal général), RPDP, n° 3, 2010, p. 639-645.
- Lepage. A. et Mastopoulou. H. , Des peines complémentaires obligatoires déclarées conformes au principes constitutionnels, JCP G 22 Novembre 2010 - n° 47.
- Lepage. A , Réflexions sur l'introduction de l'inceste dans le code pénal par la loi du 8 février 2010, JCP G, 22 mars 2010, n°12. étude 335.
- Lepage. A., CCE. n° 9, septembre 2011, comm. 80.
- Lepage. A. JCP G 24 octobre 2011, n° 43-44, p. 1930-1932.
- Lepage. A., La définition des agressions sexuelles incestueuse n'est pas conforme au principe de la légalité en raison de son imprécision, JCP G n°43, 24 octobre 2011.

- Lepage. A., A propos de l'abrogation de l'article 222-33 du code pénal, JCP G. 2012. 662.
- Lepage. A. , QPC et article 227-33 du Code pénal, CCE septembre 2012 comm.98,
- Lepage. A. , CCE n°11, Novembre 2012, com 127.
- Leturmy. L., Constitutionnalité des peines accessoires et des peines complémentaires obligatoires, une conception à repenser du principe d'individualisation, AJ pénal 2011 p 280.
- Lévy. D., La QPC : de la culture de la Loi à la culture de la Constitution, in La Documentation française, février 2011.
- Magon. X., La QPC révélateur des limites du droit constitutionnel ? Lecture contrariée et contradictoire , D. 2012 p 2030.
- Malabat. V., RPDP avril-juin 2012, n° 2, p. 389-397 ;
- Malaurie. P., Les enjeux de la codifications, AJDA 1997.
- Maréchal. J-Y., La tradition tauromachique devant le Conseil constitutionnel : la réponse contestable à une question mal posée, Dr. pén. n° 12, Décembre 2012, étude 25.
- Mascala. C., D. 2011 p 1859, p. 1861-1862.
- Matsopoulou. H., Questions prioritaires de constitutionnalité et abus de biens sociaux, RSC 2011, p611.
- Mayaud. Y., ratio legis est incrimination, RSC 1983.
- Mayaud. Y., Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans [consid. 5 et 6], JO 20 mai 2011, p. 8890.
- Mayaud. Y., Homicide involontaire à la charge d'une personne morale : frein, mais non fin de la jurisprudence relative à son imputation «présumée», RSC 2012 p 825.
- Mayaud. Y. , RSC, Avril-juin 2012, n° 2, p. 380-387.
- Mayaud. Y. , Le délit de harcèlement sexuel : histoire d'une abrogation fatale, RSC avril juin 2012
- Mayer. D., L'apport du droit constitutionnel au droit pénal en France, RSC 1998, p 439.
- Maziau. N. « Nouveaux développements dans la mise en oeuvre de la question prioritaire de constitutionnalité : le filtre au service des évolutions jurisprudentielles de la Cour de Cassation», D. 2011 p 2811.
- Molfessis. N., La jurisprudence supra-constitutionem, JCP G 2012, n°1039, p1955.
- Pardini. J.J - CCC n° 22 (Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel), juin 2007.
- Pin. X., RPDP 2010 n°2.
- Pin. X., RPDP avril-juin 2012, p. 367-373.
- Perrier. J-B., JCP G n°40, octobre 2010, p. 1825-1827.
- Perrier. J-B., AJ pénal 2011,p 414.
- Perrier. J-B., AJ Pénal, 2011, n°1, p. 30-31.
- Perrier. J-B., Le non renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation, RFDA 2011, p711 et s.
- Perrier. J-B., Harcèlement sexuel : précision sur l'abrogation en raison de l'imprécision, AJ Pénal 2012, p 482.
- Porteron. C., AJ pénal décembre 2011, n° 12, p. 588-589.
- Porteron. C., Le respect de la légalité : un rappel évident...mais nécessaire. AJ pénal 2011 p588.

- Prétot. X., Rapport commun aux questions prioritaires de constitutionnalité n° 11-90.025, n° 11-90.032, n° 11-90.033 et n° 11-90.042 (relatives à la prescription de l'action publique), www.courdecassation.fr, pages 30.
- Robert. J-H., Les peines accessoires sur le gril de QPC, Dr. pen. n°7 juillet 2010, comm.84.
- Roujou de Boubée. G, Garé. T., Mirabail. S. et Potaszkin. T. , D. 2011. 1420,
- Roujou de Boubée. G, D. 2012. 1344 ;
- Rousseau. D , Vive la QPC ? Oui !, Gaz. Pal. 27 mai 2010 p 16.
- Rousseau .D., Le Conseil constitutionnel, Cour suprême ?, La Documentation française, Regards sur l'actualité, n° 368, février 2011, p. 36-4
- Royer. G., La réserve d'interprétation constitutionnelle en droit criminel, RCS 2008 p 825.
- Segonds. M., Rép. pén., Blanchiment «Définitions des faits de blanchiment immédiat», janvier 2013.
- Tukov. C., La 5e mue du Conseil constitutionnel, JCP G n°8, février 2013.
- Van de Kerchove. M., Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, RSC 2008 p. 805.
- Vedel. G., Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif, CCC n°1 décembre 1996.
- Véron. M., Droit pénal, novembre 2011, n° 11, p.19-20 ;
- Véron. M., La création d'un vide juridique ? Dr. pén., Juin 2012 - n° 6 p. 32-33 .
- Véron. M., Définition claire et précise du caractère pornographique, Dr. pén. n°9 Septembre 2012, comm 118.
- Weber. J-F., Justice, droits fondamentaux, La Documentation française, 2010, La Cour de cassation, chap 13, p 149
- Waquet. P., Question pertinente sur la convenance de la QPC, D.2010, p 1951
- Zabrelsky. V.G, La Doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité, Constitutions, 2010/1. 9

IV / SITES INTERNET

- www.legifrance.gouv.fr
- <http://legimobile.fr> (particulièrement utile pour les décisions de la Cour de cassation non publiée)
- www.courdecassation.fr
- www.conseil-constitutionnel.fr
- www.juspoliticum.com
- www.assemblée-nationale.fr
- www.senat.fr
- <http://hub.coe.int/fr/> (site du Conseil de l'Europe)
- <http://www.echr.coe.int/echr/fr/hudoc> (base de donnée de la jurisprudence de la CEDH)

V / CONFÉRENCES

- Conférence organisée par L'IEJ paris 2 : La QPC, par Monsieur le Professeur Drago.
- Conférence organisée à la Cour de Cassation. Cycle : Les transformations de la justice pénale, «La justice pénale entre respect des traditions nationales et nouvelles exigences de l'Union Européenne», 25 mars 2013.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	6
SOMMAIRE	7
INTRODUCTION	8
Section I / L'introduction délicate de la question prioritaire de constitutionnalité en droit français	9
Section II / L'articulation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité	11
Section III / Le déclin de la légalité	13
<u>PARTIE I / LA OPC, OUTIL DU DÉCLIN DE LA LÉGALITÉ FORMELLE</u>	17
CHAPITRE I / UN FILTRE RÉDUCTEUR	18
Section I / Un filtre opaque	18
I / L'INTERPRÉTATION LITTÉRALE DE LA «DISPOSITION LÉGISLATIVE»	19
A/ <u>La séparation du texte de loi et de son interprétation</u>	19
B/ <u>Une lecture artificiellement formelle de la légalité</u>	20
1 / <u>Une position aux fondements incertains</u>	
2 / <u>Une solution à rebours des conceptions contemporaines de la «loi»</u>	
II / INTERPRÉTATION ASSOUPLE DE LA DISPOSITION « APPLICABLE AU LITIGE» -	23
A/ <u>Une solution de compromis</u>	23
1 / <u>La menace du législateur</u>	
2 / <u>La capitulation du juge</u>	
B / <u>Des solutions a priori complémentaires</u>	27
1 / <u>Un droit vivant à la française :</u>	
2 / <u>L'objet du contrôle de constitutionnalité re-dessiné par le Conseil constitutionnel</u>	
Section II / Un filtre arbitraire	33
I / UN FILTRE INSTRUMENTALISÉ	33
A/ <u>Neutralisation de la notion de jurisprudence constante</u>	34
1/ <u>Le défaut de sérieux de la question</u>	
2/ <u>Une neutralisation perpétuelle</u>	

B / <u>Nouvelles alternatives à la transmission</u> -----	38
1 / <u>Invitation à une application conforme</u>	
2 / <u>Revirements de jurisprudence</u>	
II / UN FILTRE À COMPARER -----	42
A / <u>L'exception du double filtre français</u> -----	42
1/ <u>Espagne</u>	
2 / <u>Italie</u>	
3 / <u>Allemagne</u>	
B / <u>Réflexions comparatistes</u> -----	44
CHAPITRE II / UN FILTRE CRÉATEUR -----	46
Section I / Un contrôle de constitutionnalité caché -----	46
I / UN RENVOI TACITE À LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE -----	47
A / <u>Renvoi à des disposition internationales</u> : -----	47
B / <u>Renvoi à des dispositions règlementaires</u> : -----	49
II / UN RENVOI EXPRÈS À LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE : -----	52
A / <u>Un renvoi hâtif</u> -----	52
B / <u>Un renvoi factice</u> -----	54
1/ <u>La portée de la conformité</u>	
2 / <u>L'obiter dictum</u>	
3/ <u>Le changement de circonstances constitutionnelles</u>	
Section II / Un contrôle de constitutionnalité avoué -----	57
I / UN CONTRÔLE DIRECT -----	57
A / <u>Confrontation expresse au principe constitutionnel</u> -----	57
1/ <u>Un contrôle croissant</u>	
2) <u>Un contrôle lacunaire</u>	
B / <u>La préservation de présomptions contraires à la Constitution</u> -----	62
1 / <u>Responsabilité des personnes morales</u>	
2 / <u>Travail dissimulé et favoritisme</u>	
3 / <u>Droit pénal de la presse</u>	
II / UN CONTROLE INDIRECT -----	68

A / <u>Un office injustifié</u>	69
1 / <u>Le blanchiment</u>	
2 / <u>L'abus d'autorité dirigé contre l'administration</u>	
3 / <u>Délits d'entrave</u>	
B / <u>Un office justifiable</u>	72
1 / <u>Les infractions sexuelles</u>	
2 / <u>Les violences</u>	
3 / <u>L'atteinte au secret professionnel</u>	
<u>PARTIE II / LA OPC, REMÈDE PARTIEL AU DÉCLIN DE LA LÉGALITÉ MATÉRIELLE</u>	76
CHAPITRE I / QPC ET INCRIMINATIONS	77
Section I / Un contrôle limité	77
I / LES LIMITES DU CONTROLE DE LA NÉCESSITÉ DES INCRIMINATIONS	77
A / <u>La nécessité de ne pas contrôler</u>	77
B / <u>De la nécessité à la proportionnalité</u>	79
1 / <u>Un contrôle prudent</u>	
2 / <u>Un contrôle audacieux</u>	
II / UN CONTROLE NEUTRALISÉ PAR LA PRATIQUE DES RÉSERVES D'INTERPRÉTATION	84
A / <u>Une pratique controversée</u>	85
1 / <u>Principes généraux de la réserve d'interprétation constitutionnelle</u>	
2 / <u>L'autorité des réserves d'interprétation, tribunaire du juge et du législateur</u>	
B / <u>Une pratique source d'insécurité</u>	88
1 / <u>Un gain de clarté</u>	
2 / <u>Affaiblissement des principes</u>	
Section II / Un contrôle minimal	95
I / DES ABROGATIONS PRÉVISIBLES	96
A / <u>Sanction du dépouillement</u>	96
1 / <u>Un dépouillement progressif</u>	
2 / <u>«L'abrogation fatale»</u>	
B / <u>Sanction de la compassion</u>	99
1 / <u>Une loi source d'incohérence</u>	
2 / <u>L'imprécision de la notion de famille et ses conséquences</u>	

II / DES CONSÉQUENCES INATTENDUES -----	107
A / <u>Les conséquences sur le procès pénal</u> -----	107
1 / <u>Les limites du mécanisme</u>	
2 / <u>Les craintes du vide législatif</u>	
B / <u>Les effets de la décision sur la loi</u> -----	111
1 / <u>Le relais nécessaire du législateur</u>	
2 / <u>Le législateur, relais insuffisant</u>	
 CHAPITRE II / QPC ET SANCTIONS -----	 115
Section I / Une perte de clarté -----	115
I / LA DILUTION DE LA NOTION DE PEINE -----	115
A / <u>Nature et contour de la peine</u> -----	115
B / <u>Les sanctions ayant le caractère d'une punition</u> -----	117
II / LES SANCTIONS N'AYANT PAS LE CARACTÈRE D'UNE PUNITION -----	118
A / <u>Des sanctions à finalité non punitive</u> -----	118
B / <u>L'interprétation restrictive de la notion de «sanctions» fiscales</u> -----	120
1 / <u>Sanction fiscale « indemnitare »</u>	
2 / <u>La frontière délicate entre l'impôt et la sanction</u>	
Section II / Un gain de légalité -----	122
I / UN CONTRÔLE CLASSIQUE DE LA PROPORTIONNALITÉ DES PEINE -----	123
A / <u>Le contrôle <i>a priori</i> de la proportionnalité des peines</u> -----	123
B / <u>Le contrôle <i>a posteriori</i> de la proportionnalité des peines</u> -----	124
1 / <u>La prorogation d'un contrôle restreint</u>	
2 / <u>Les peines plancher</u>	
II / UN CONTRÔLE CROISSANT DE L'INDIVIDUALISATION -----	127
A / <u>Distinctions préliminaires</u> -----	128
B / <u>QPC et peines accessoires</u> -----	129
C / <u>QPC et peines complémentaires obligatoires</u> -----	131
 CONCLUSION -----	 134
 BIBLIOGRAPHIE -----	 135