

# L'application de la Constitution par la Cour de cassation : la jurisprudence de la chambre criminelle

Dominique COMMARET - Avocat général à la Cour de cassation

CAHIER DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 22 (DOSSIER : LE RÉALISME EN DROIT CONSTITUTIONNEL) - JUIN 2007

(1)

La Chambre criminelle ne déroge pas aux grandes orientations de la jurisprudence de la Cour de cassation dans ses rapports aux principes contenus dans le bloc de constitutionnalité et aux décisions du Conseil constitutionnel :

- Tout comme les autres chambres, elle reconnaît la suprématie de ces normes en les appliquant au domaine pénal, parfois directement et de manière explicite, le plus souvent indirectement et de manière implicite ;
- De même considère-t-elle, depuis le 18 Fructidor An V <sup>(2)</sup>, qu'il « n'appartient pas aux juridictions de l'ordre judiciaire de se prononcer sur la constitutionnalité des traités non plus que de la loi » <sup>(3)</sup>. Faisant application de la théorie de l'écran législatif, elle s'est donc naturellement interdit de remettre en cause la validité de règlements prévoyant des peines d'emprisonnement contraventionnelles, car une solution différente l'eût conduite à porter une appréciation sur la constitutionnalité des art. 464 et 465 de l'ancien code pénal qui le permettait alors (Cass. crim., 26 févr. 1974, Bull. crim., n° 82), et ce malgré la position contraire exprimée par le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 23 novembre 1973. Elle n'a pas non plus censuré l'usage des dispositions introduites aux articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale (CPP) par la loi du 29 décembre 1972, qui permettaient au président de la juridiction de décider de manière discrétionnaire du jugement, à juge unique ou en collégialité, de certaines infractions, malgré l'atteinte à l'égalité des justiciables qu'avait soulignée la décision du Conseil constitutionnel du 23 juillet 1975 <sup>(4)</sup>;
- Mais tout comme les autres chambres, ses arrêts et les travaux préparatoires qui les précèdent s'inspirent largement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans le choix des solutions retenues.

Pour autant, ses particularismes sont loin d'être négligeables.

D'abord parce que, de manière prétorienne <sup>(5)</sup> et sans équivalent dans le champ du contentieux civil si ce n'est peut-être par le biais de la théorie de la voie de fait et de l'excès de pouvoir, elle s'est arrogée le droit de contrôler la légalité et donc la constitutionnalité des actes administratifs, lorsque la solution du procès pénal qui lui était soumis dépendait de la régularité de la décision prise par l'autorité administrative, avant que ce pouvoir ne soit consacré par l'article 111-5 du code pénal (CP) <sup>(6)</sup>.

Ensuite parce que la Constitution de 1958, quoique peu prolixe sur le terrain du fonctionnement de la justice et des principes directeurs du procès, contient des règles de mise en jeu de la responsabilité pénale du chef de l'État, des membres du gouvernement et des parlementaires, règles qui ont trouvé matière à s'appliquer avec la disparition de l'immunité de fait des notables.

Mais surtout parce que la place spécifique du droit pénal dans le champ constitutionnel tient à la fois à la matière qu'il traite, à sa sensibilité politique et au rôle attendu du juge répressif dans la protection des libertés :

- Le droit pénal général et la procédure pénale se sont édifiés sur un certain nombre de principes directeurs, qui ont une dimension constitutionnelle irréductible dès lors qu'avant leur insertion dans les dispositions techniques des codes précités, ils ont été énoncés dans les articles 5, 7, 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (DDHC) et intégrés dans le bloc de constitutionnalité par les interprétations dynamiques du Conseil constitutionnel ;
  - Le droit pénal spécial est lui aussi arrimé au droit constitutionnel dans les interdits qu'il exprime puisque le code pénal n'est autre, pour une grande part, qu'une compilation des incriminations et sanctions des atteintes apportées à l'exercice des droits-libertés contenus dans le bloc de constitutionnalité ;
  - Le juge pénal est, dans leur déclinaison quotidienne, ce tiers indépendant et impartial qui doit apprécier les sanctions de leur non-respect tout en assurant, dans le même temps, sa mission d'autorité gardienne de la liberté individuelle, telle que précisée par l'article 66 de la Constitution ;
- Enfin rares sont les lois entrant dans le domaine pénal qui, parce qu'elles sont l'objet d'un consensus politique <sup>(7)</sup>, ne sont pas soumises au

- contrôle préalable de constitutionnalité par l'opposition parlementaire, et donc aux réserves d'interprétation, particulièrement nombreuses notamment dans le domaine processuel, réserves dont l'autorité de chose jugée s'impose au juge de l'ordre judiciaire.

Tout le champ pénal est donc saisi par le droit constitutionnel et l'on s'attendrait à trouver de nombreux visés de textes ou principes appartenant au bloc de constitutionnalité dans le chapeau des arrêts de la Chambre criminelle.

Or tel n'est pas le cas. Sa pratique la porte depuis toujours à privilégier le rappel de textes de niveau législatif s'appliquant spécifiquement au cas précis plutôt que les normes supérieures dont ils découlent. Le contrôle de conventionnalité auquel elle se livre vient également restreindre ou plus exactement dissimuler, sous le visa des dispositions de la CEDH qui les déclinent aussi, le rappel de la valeur constitutionnelle de la plupart de ces normes.

Pourtant, quoique généralement tue, la référence constitutionnelle n'est jamais absente de la réflexion du juge de cassation, ce qui peut être aisément démontré en examinant successivement, non seulement les applications explicites des textes et principes à valeur constitutionnelle (I), mais aussi leur influence silencieuse mais certaine dans les choix décisionnels de la Chambre criminelle (II).

## I. Les applications explicites des normes et principes constitutionnels

### A. Lors de la mise en jeu de la responsabilité pénale du chef de l'État, des membres du gouvernement, des parlementaires et diplomates

C'est bien entendu, lorsque se pose la question du statut pénal du chef de l'État, des membres du gouvernement et des parlementaires, que l'on trouve le plus grand nombre de références explicites aux dispositions constitutionnelles et un plein contrôle de la bonne application de ces règles au demeurant relativement imprécises, contrôle qui est parfois susceptible de déboucher sur une interprétation différente de celle donnée par le Conseil.

Ainsi dans son arrêt Breisacher du 10 octobre 2001 (Ass. plén., 2001, n° 11 <sup>(8)</sup>), l'Assemblée plénière de la Cour de cassation avait à se prononcer sur l'audition éventuelle comme témoin du président de la République, dans une procédure qui le visait directement pour des faits commis avant son mandat, alors que trois ans auparavant, le Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 54 de la Constitution pour dire si le traité portant statut de la Cour pénale internationale, signé à Rome en juillet 1998, comportait des clauses contraires à la Constitution, avait déjà abordé le statut pénal du chef de l'État.

La Cour de cassation s'est d'abord interrogée sur l'autorité de chose jugée des décisions du juge constitutionnel. Reprenant une formule de ce dernier mais la complétant, elle affirme : « si l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel s'attache non seulement aux dispositifs, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire <sup>(9)</sup>, ces décisions ne s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles qu'en ce qui concerne le texte soumis à l'examen du Conseil ». Observant qu'en l'espèce la décision du 22 janvier 1999 n'avait statué que sur la possibilité de déférer le président de la République à la Cour pénale internationale pour y répondre des crimes de la compétence de cette cour, elle en conclut qu'« il appartient, dès lors, aux juridictions de l'ordre judiciaire de déterminer si le président de la République peut être entendu en qualité de témoin ou être poursuivi devant elles pour y répondre de toute autre infraction commise en dehors de l'exercice de ses fonctions ». Autrement dit, elle distingue l'autorité absolue de chose jugée qui s'attache à l'analyse du texte soumis à l'examen du Conseil, la condition d'identité d'objet étant remplie, de l'autorité de chose interprétée dont est revêtue sa jurisprudence.

Abordant ensuite la question du statut pénal du président de la République, elle confirme, dans le droit fil de la décision du Conseil, l'immunité juridictionnelle temporaire dont bénéficie le chef de l'État pendant la durée de son mandat, en se fondant sur l'article 3 et le titre II de la Constitution : « étant élu directement par le peuple pour assurer, notamment, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État, le président de la République ne peut, pendant la durée de son mandat, être entendu comme témoin assisté, ni être mis en examen, cité ou renvoyé pour une infraction quelconque devant une juridiction pénale de droit commun ; ... il n'est pas davantage soumis à l'obligation de comparaître en tant que témoin prévue par l'article 101 du code de procédure pénale, dès lors que cette obligation est assortie par l'article 109 dudit code d'une mesure de contrainte par la force publique et qu'elle est pénalement sanctionnée ».

En revanche, alors que le Conseil constitutionnel avait opté pour une conception extensive du privilège de juridiction, en réservant à la Haute Cour de justice le soin de connaître non seulement des actes de haute trahison, mais aussi des actes détachables de ses fonctions commis pendant ou antérieurement à son mandat présidentiel, et ce pendant toute la durée de celui-ci, l'Assemblée plénière considère au contraire que les faits étrangers à sa fonction ne relèvent que des juridictions de droit commun, leur poursuite étant suspendue durant son mandat : « la Haute Cour de justice n'étant compétente que pour connaître des actes de haute trahison du président de la République commis dans l'exercice de ses fonctions, les poursuites pour tous les autres actes devant les juridictions pénales de droit commun ne peuvent être exercées pendant la

durée du mandat présidentiel, la prescription de l'action publique étant alors suspendue ».

La Constitution accorde également un statut protecteur aux membres du gouvernement et à ceux des assemblées parlementaires.

Il s'agit d'un privilège de juridiction pour les membres du gouvernement, justiciables, depuis l'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 (art. 68-1), de la Cour de justice de la République, pour les actes accomplis dans leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis.

La Cour de cassation a eu à plusieurs reprises l'occasion de préciser que la compétence de la Cour de justice ne concernait que les actes ayant un lien direct avec la conduite des affaires de l'État dépendant du ministère de la personne poursuivie, tous les autres étant de la compétence des juridictions de droit commun : au visa de l'article 68-1 de la Constitution et sur un pourvoi du procureur général de Montpellier, elle a cassé une décision de chambre d'accusation qui avait étendu le bénéfice de ces dispositions, rappelant que, « selon ce texte, la compétence de la Cour de justice de la République est limitée aux actes constituant des crimes ou délits commis par des ministres dans l'exercice de leurs fonctions et qui ont un rapport direct avec la conduite des affaires de l'État relevant de leurs attributions et ne s'étend pas aux faits commis à l'occasion d'une activité ministérielle », pas plus qu'aux comportements relevant de la vie privée ou des mandats électifs locaux (Cass. crim., 13 déc. 2000, Toubon, Bull. crim., n° 375 ; dans le même sens, 26 juin 1995, Carignon, Bull. crim., n° 235 ; 6 févr. 1997, Noir, Bull. crim., n° 48).

Quant aux parlementaires, ils bénéficient d'une irresponsabilité absolue, pour les « opinions ou votes émis par eux dans l'exercice de leurs fonctions », et d'une inviolabilité limitée, qui n'interdit pas leur mise en examen, leur assignation ou leur renvoi devant une juridiction de jugement, mais qui prohibe toute arrestation ainsi que toute mesure restrictive de liberté si elle n'est pas autorisée par le bureau de l'assemblée dont ils font partie, sauf crime ou délit flagrant. La Chambre criminelle invite fermement les juridictions du fond à contrôler, y compris d'office, le respect des dispositions de l'article 26 de la Constitution. C'est ainsi que, notamment sur un moyen relevé d'office visant ce texte, elle a censuré un arrêt qui avait omis de statuer sur les conclusions déposées par le prévenu, élu député, en rappelant que l'exception de nullité tirée de la violation de l'alinéa 2 « commande une décision immédiate sur les circonstances de fait et de droit dans lesquelles a été délivrée une citation visant un membre de l'Assemblée nationale et que faute d'une telle décision, il pourrait s'ensuivre une violation des lois constitutionnelles » (Cass. crim., 5 juill. 1983, Bull. crim., n° 215).

Elle vérifie qu'aucune mesure coercitive n'est prise à l'encontre d'un parlementaire sans l'autorisation de l'assemblée (Cass. crim., 28 mars 2001, Bull. crim., n° 82, à propos du renvoi d'un député devant une cour d'assises). Elle a eu l'occasion de préciser que la disposition constitutionnelle ne soumet la présentation de la demande d'autorisation de poursuite ou d'arrestation d'un membre du Parlement à aucun délai et ne prévoit pas que l'autorisation, lorsque elle est accordée, soit subordonnée à une condition (Cass. crim., 19 déc. 1994, Bull. crim., n° 421).

\*

Son contrôle s'étend naturellement, par application de l'article 55 de la Constitution, aux privilèges et immunités réservés aux parlementaires européens et aux diplomates à raison des engagements internationaux de la France, lorsqu'ils sont poursuivis devant les juridictions répressives françaises (Cass. crim., 4 févr. 1997, Bull. crim., n° 45, à propos de la condamnation d'un député à une peine d'emprisonnement en partie ferme ; 14 mai 2002, Bull. crim., n° 111, relativement à des poursuites engagées contre un membre du Parlement européen ; 12 avr. 2005, Bull. crim., nos 126 et 127, à propos d'un diplomate ayant exercé ses fonctions à l'Unesco et d'un parlementaire européen).

Il lui arrive même de viser, non pas un texte précis mais « les principes généraux du droit international ». C'est ainsi qu'à propos du crash du DC 10 d'UTA dans le désert du Ténéré et des poursuites visant le Colonel Khadafi, sous la qualification de complicité de destruction d'un bien par l'effet d'une substance explosive ayant entraîné la mort d'autrui, en relation avec une entreprise terroriste, la Chambre criminelle a rappelé qu'en l'état du droit international, « le crime dénoncé, quelle qu'en soit la gravité, ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'État étrangers en exercice » (Cass. crim., 13 mars 2001, Bull. crim., n° 64).

Mais l'application directe et explicite de ces principes par le juge de cassation va bien au-delà de ces différents statuts pénaux. Elle s'impose parfois en procédure pénale et en droit pénal général lorsqu'aucune disposition technique n'exprime suffisamment la force et la généralité du principe constitutionnel.

## B. En procédure pénale

Le premier arrêt s'adossant directement à la Constitution est du 24 novembre 1989 (Ass. plén. B, n° 2) : au visa notamment de l'article 66 de la Constitution, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation condamne l'utilisation d'écoutes téléphoniques effectuées par la police judiciaire sans ordre ni contrôle effectif d'un juge d'instruction. Elle précédera ainsi de quelques mois la condamnation de la France par la Cour européenne de

Strasbourg dans les arrêts Huvig et Kruslin du 24 avril 1990, au visa de l'article 8 CEDH, puis la promulgation de la loi 91-646 du 10 juillet 1991, qui légalise les interceptions téléphoniques en les encadrant de manière stricte.

Il faudra attendre ensuite le 13 décembre 2005 (Bull. crim., n° 330) pour que la Chambre criminelle récidive et énonce, au visa de l'article 34, qu'une cour d'appel ne peut utiliser les dispositions de procédure civile, qui sont de nature réglementaire, pour répondre à une requête en interprétation d'un précédent arrêt.

De fait, c'est essentiellement par le rappel des dispositions de la DDHC et des principes généraux ou des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République que le juge de cassation applique directement les normes constitutionnelles lorsqu'il ne peut rattacher la solution qu'elles imposent à aucune disposition précise <sup>(10)</sup>.

Le premier exemple de cet appel aux principes est fourni par un arrêt du 17 octobre 1984 (Doré, Bull. crim., n° 183): la Chambre criminelle y affirme que, malgré les termes de l'article 16 de la loi du 10 mars 1927 interdisant tout recours contre l'avis motivé de la chambre d'accusation sur une demande d'extradition, les « principes généraux du droit » permettent d'admettre « le pourvoi en cassation lorsque celui-ci est fondé sur une violation de la loi qui, à la supposer établie, serait de nature à priver la décision rendue des conditions essentielles de son existence légale ». En l'occurrence, il n'était pas établi que la personne visée dans la demande d'extradition ou son avocat aient eu la parole en dernier. Il y avait donc là une violation substantielle de l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, le respect des droits de la défense. La Chambre criminelle a encore réitéré cet appel aux principes :

– lorsqu'elle a déduit « de l'article 199 CPP et des principes généraux du droit, que, devant la chambre d'accusation, la personne mise en examen doit avoir la parole en dernier lorsqu'elle est présente aux débats ; qu'il en est de même de son avocat dès lors que celui-ci a demandé à présenter des observations sommaires » (Cass. crim., 28 mai 2002, Bull. crim., n° 119);

– et surtout lorsque, modifiant sa jurisprudence antérieure, elle a déduit du « principe du respect des droits de la défense », dont elle a exprimé, nettement cette fois-ci, la « valeur constitutionnelle », qu'il ne peut être pénalement reproché à un journaliste de produire des pièces couvertes par un secret (le secret de l'instruction par exemple), si cette production n'a d'autre objet que de lui permettre d'assurer sa propre défense, dans une instance engagée à son encontre (Cass. crim., 11 juin 2002, Bull. crim., n° 132 <sup>(11)</sup>).

\*

Un mot, toujours en procédure pénale, de l'adjonction, en tête du code de procédure pénale, d'un article préliminaire, opérée par la loi du 15 juin 2000.

Certains auteurs se sont en effet interrogés sur le point de savoir s'il ne permettrait pas au juge répressif un certain contrôle de « légalité » des lois procédurales <sup>(12)</sup>. Force était d'observer en effet que la formulation de certains de ses alinéas était directement inspirée des décisions du Conseil constitutionnel <sup>(13)</sup> qui, lui-même, s'est appuyé sur l'article préliminaire, dans sa décision 2004-492 du 2 mars 2004, pour soumettre l'usage des « mesures d'investigation spéciales » désormais permises pour « constater des crimes et délits d'une gravité et d'une complexité particulière, ... en rassembler les preuves et... en rechercher les auteurs » aux principes de nécessité, de proportionnalité, et à l'absence de discrimination injustifiée.

En réalité il n'en est rien : les décisions prises par la Chambre criminelle au visa de l'article préliminaire ont certes permis de réaffirmer certains principes à valeur constitutionnelle faisant partie de ce que Louis Favoreu appelle les droits-garanties <sup>(14)</sup>, tels le respect du contradictoire, la séparation des autorités de poursuite, d'instruction et de jugement, la loyauté des preuves, l'effectivité du contrôle de l'autorité judiciaire sur les mesures restrictives de liberté. Elles ont même étendu par ce biais la portée normative des principes d'équité du procès, du droit de faire examiner sa condamnation par une juridiction supérieure, l'équilibre des droits des parties ou le respect du délai raisonnable <sup>(15)</sup>. Mais, bien qu'elles visent parfois l'article préliminaire de manière univoque, faute de disposition textuelle précise sur la question posée, elles n'ont jamais évincé une disposition législative précise par application d'un principe opposé qui aurait été tiré de l'article préliminaire. L'article préliminaire n'est donc pas un moyen détourné de censurer l'inconstitutionnalité d'une loi de procédure.

## C. En droit pénal général

Le principe de légalité des délits et des peines est la pierre angulaire du droit pénal général. Posé par l'article 8 DDHC, il a été repris et décliné dans les articles 111-1 et suivants du code pénal de 1993 et impose à l'évidence au juge de ne prononcer que des peines légalement applicables à la date à laquelle est commise l'infraction (Cass. crim., 31 mars 2005, Bull. crim., n° 114 ; 24 janv. 2006, Bull. crim., n° 25).

Mais il impose aussi au législateur de rédiger des textes « en termes suffisamment clairs et précis » <sup>(16)</sup> et « dans des conditions qui permettent au juge, auquel le principe de légalité impose d'interpréter strictement la loi pénale, de se prononcer sans que son appréciation puisse encourir la critique d'arbitraire » <sup>(17)</sup>. La Chambre criminelle reprend donc régulièrement les termes du Conseil constitutionnel et les prolonge, affirmant que « toute infraction doit être définie en termes clairs et précis pour exclure l'arbitraire et permettre au prévenu de connaître exactement la nature et la cause de l'accusation portée contre lui » (Cass. crim., 1<sup>er</sup> févr. 1990, Bull. crim., n° 56) et refusant toute interprétation extensive d'une qualification.

Lorsque l'imprécision concerne les textes réglementaires, elle les écarte par le biais de l'exception d'illégalité. C'est ainsi qu'elle a estimé, au visa notamment des articles 8 DDHC, 34 et 37 de la Constitution, et 111-3 CP, que l'article 126 E de l'annexe IV du code général des impôts, qui se borne à imposer aux propriétaires d'appareils automatiques déposés chez des tiers de tenir « un répertoire dont la forme est déterminée par le service des impôts », lequel ne dispose pas du pouvoir réglementaire, « ne saurait, en raison de son imprécision, servir de fondement à une poursuite » (Cass. crim., 27 mars 1995, Bull. crim., n° 125).

En revanche, c'est sans viser les dispositions à valeur constitutionnelle mais en les appliquant implicitement qu'elle a :

– écarté l'usage de l'article R. 362-4 du code des communes, qui, en sanctionnant « toutes infractions aux dispositions des articles L. 362-1 et L. 362-4-1 dudit code, ne met pas le juge pénal en mesure de s'assurer que les faits poursuivis sont ceux que l'autorité réglementaire a entendu réprimer » (Cass. crim., 1<sup>er</sup> févr. 1990, Bull. crim., n° 56),

– ou encore évincé l'article 1 du décret du 28 juillet 1988 sanctionnant de manière trop vague « les infractions aux dispositions des arrêtés pris en application de l'article L. 162-38 du code de la sécurité sociale » (Cass. crim., 30 nov. 1992, Dr. pén. 1993, comm. n° 45).

Lorsque l'obscurité concerne des lois, l'impossibilité d'exercer un véritable contrôle de constitutionnalité la conduit à biaiser. C'est donc à travers le contrôle de conventionnalité et au visa de l'article 7 CEDH qu'elle a jugé contraire au principe de légalité l'article 38, alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 incriminant de manière trop vague la publication par tous moyens de photographies ayant pour objet la reproduction de tout ou partie des circonstances d'un crime (Cass. crim., 20 févr. 2001<sup>(18)</sup>), ou encore l'infraction de non-respect de l'obligation posée par l'article 426 du code général des impôts, texte qui avait été abrogé par une loi du 3 juillet 1970 sans être expressément rétabli par le législateur (Cass. crim., 16 janv. 2002, Bull. crim., n° 6).

\*

Le droit à ne pas être jugé ou puni deux fois pour les mêmes faits découle également de l'article 8 DDHC. La Chambre criminelle sanctionne généralement la méconnaissance de cette règle aux visas de l'article 4.1 du Protocole n° 7 additionnel à la Conv. EDH et de l'article 6, alinéa 1 CPP (Cass. crim., 19 janv. 2005, Bull. crim., n° 25). Mais il lui est arrivé de censurer un arrêt de cour d'assises au motif qu'un « même fait ne peut entraîner une double déclaration de culpabilité ni être retenu comme un élément constitutif d'un crime et comme circonstance aggravante d'une autre infraction » au seul visa du « principe non bis in idem » (Cass. crim., 6 janv. 1999, Bull. crim., n° 6).

En revanche, le respect des principes de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère <sup>(19)</sup> et de rétroactivité de la loi nouvelle plus douce <sup>(20)</sup>, également affirmés par l'article 8 DDHC et corollaires du principe de légalité, est assuré par elle au seul visa des articles 112-1 et suivants CP qui les reprennent. La Chambre criminelle vient ainsi, par un arrêt du 25 avril 2006 (Bull. crim., n° 110), de rejeter le pourvoi du procureur général de Paris qui soutenait, conformément aux termes de la circulaire d'application de la Direction des Affaires criminelles en date du 14 mai 2004, qu'étaient immédiatement applicables à une personne condamnée avant l'entrée en vigueur de la loi du 9 mars 2004, les dispositions du dernier alinéa de l'article 775-1 CPP interdisant désormais au condamné pour l'une des agressions sexuelles commises sur un mineur et prévues par l'article 706-47 CPP de demander au tribunal de prononcer l'exclusion de la condamnation du bulletin n° 2 du casier judiciaire. La Cour a considéré au contraire, en suivant d'ailleurs les conclusions de son avocat général, que l'exclusion d'une mention au bulletin n° 2, dès lors qu'elle ne concerne pas seulement les modalités de son enregistrement au casier judiciaire du condamné mais emporte également relèvement de toutes les interdictions, déchéances ou incapacités de quelque nature qu'elles soient résultant de cette condamnation (art. 775-1 CPP), a « pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par les décisions de condamnation » et ne peut concerner que les condamnations prononcées postérieurement à l'entrée en vigueur de cette disposition, conformément à l'article 112-2 3° CP aux termes duquel ne sont immédiatement applicables les lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines que si elles n'ont pas pour résultat d'aggraver les peines prononcées par la décision de condamnation.

Est à signaler également un arrêt du 13 décembre 1990 (Bull. crim., n° 431) aux termes duquel la « règle du double degré de juridiction », dont le mémoire avait souligné la valeur constitutionnelle, « fait obstacle à ce que la partie civile, quelle que soit la raison pour laquelle elle n'a pas été partie au jugement de première instance, intervienne pour la première fois en cause d'appel ».

## II. L'application implicite des normes et principes constitutionnels

Leur application implicite est au contraire quotidienne. Elle résulte soit du contrôle de qualification opéré sur les incriminations constituant de simples déclinaisons législatives des normes constitutionnelles, soit du contrôle de conventionnalité comme substitut du contrôle de constitutionnalité, soit encore de l'impact des réserves d'interprétation.

### A. Le contrôle de qualification des incriminations déclinant des normes constitutionnelles

En droit pénal spécial, le contrôle de qualification est l'un des champs privilégiés de la mise en œuvre silencieuse des principes à valeur constitutionnelle.

Je n'en donnerai que deux exemples, mais on peut les multiplier à l'infini.

Lorsqu'elle approuve, en 1997, une cour d'appel déclarant coupable de discrimination le propriétaire d'un logement qui, apprenant que l'un des preneurs était atteint du sida, avait imposé à ses cocontractants, deux jours avant la remise des clés et la prise de possession des lieux, des obligations supplémentaires dont la nature et le délai d'exécution exorbitants n'avaient d'autre justification que cet état de santé (Cass. crim., 25 nov. 1997, Bull. crim., n° 399), lorsqu'elle valide, en 2002, la déclaration de culpabilité prononcée contre le maire de Vitrolles et son adjoint des chefs de discrimination raciale, provocation à la discrimination et à la haine raciale et complicité, à la suite du vote, par le conseil municipal et à l'initiative de ces deux élus, d'une « délibération instituant une prime de naissance subordonnée à la condition que l'un des parents soit de nationalité française ou ressortissant européen » (Cass. crim., 2 déc. 2002, Bull. crim., n° 227), la Chambre criminelle et avant elle, les juridictions du fond donnent une interprétation de la loi conforme au principe d'égalité contenu dans l'article 1<sup>er</sup> DDHC et repris dans l'article 1 de la Constitution de 1958.

Lorsqu'elle fustige « le fait de louer, à titre onéreux, à une famille de trois personnes dont un enfant et une femme enceinte, un logement de 20 m<sup>2</sup> qui, contrevenant aux dispositions du règlement sanitaire départemental, présente une humidité et des conditions de chauffage mettant en péril la santé des occupants » (Cass. crim., 11 févr. 1998, Bull. crim., n° 53), lorsqu'elle rejette le pourvoi d'un employeur insultant et humiliant publiquement ses salariées en profitant de leur « situation de vulnérabilité sociale et économique résultant de leur absence de qualification et de la situation particulièrement difficile de l'emploi, en milieu rural et... dans le secteur de la confection » (Cass. crim., 4 mars 2003, Bull. crim., n° 58) ou, plus nettement encore, lorsqu'elle censure, sur le pourvoi du procureur général de Caen, un arrêt qui avait qualifié de « mode paternaliste de gestion » des violences, brimades, injures et autres vexations infligées par la directrice d'un magasin à des salariées se trouvant soit sous contrat de qualification, soit dans des situations familiales, psychologiques ou sociologiques rendant impossible une recherche d'emploi dans le bassin d'activité concerné (Cass. crim., 23 avr. 2003, Bull. crim., n° 85), la Chambre criminelle exprime encore, à travers ces arrêts, une conception exigeante du principe de dignité inscrit au Préambule de la Constitution de 1946 et inclus dans le bloc de constitutionnalité par les décisions du Conseil constitutionnel des 27 juillet 1994 et 19 janvier 1995.

### B. Le contrôle de conventionnalité comme substitut du contrôle de constitutionnalité

Là aussi les exemples sont légion. Ainsi, c'est toujours le principe de dignité que la Chambre criminelle applique « en douce et en contrebande »<sup>(21)</sup> mais avec fermeté, dans un arrêt du 2 décembre 1998 (Bull. crim., n° 327), lorsque sur un pourvoi dans l'intérêt de la loi, formé à l'audience par l'avocat général, faute de recours du procureur général près la cour d'appel, contre une décision de non-lieu rendue sur constitution de partie civile des parents des jeunes autistes victimes de violences volontaires, elle rappelle, au visa de l'article 3 CEDH, que « ne peuvent constituer des mesures éducatives des traitements dégradants imposés aux jeunes pensionnaires d'une institution spécialisée par son personnel éducatif ».

Pour assurer l'effectivité du droit d'accès à un juge ou du droit au recours, c'est par le détour de l'article 6.1 CEDH :

- qu'elle affirme, contra legem et malgré les termes de l'article 698-2 CPP en vigueur jusqu'à la loi du 10 novembre 1999, le droit d'une victime à se constituer partie civile du chef de dénonciation calomnieuse contre des militaires, alors que ce droit était alors réservé aux seules victimes de délits intentionnels ou non intentionnels emportant décès, mutilation ou infirmité permanente (Cass. crim., 19 juin 2001, Bull. crim., n° 147);
- qu'elle écarte l'application de l'article 374, § 1 du code des douanes permettant à la juridiction répressive de prononcer la confiscation d'un objet ayant servi à masquer une fraude douanière sans que le propriétaire de cet objet n'ait été appelé à la barre (Cass. crim., 29 nov. 2000, Bull. crim., n° 356);

– en encore qu'elle confirme le droit au recours de toute personne condamnée par une juridiction répressive en première instance, même si elle n'a pas été partie au procès – il s'agissait en l'espèce d'un assureur non appelé à l'instance mais condamné, avec le prévenu, à payer des dommages-intérêts à la victime (Cass. crim., 7 oct. 2003, Bull. crim., n° 181).

De même est-ce au visa de l'article 6.3 CEDH et pour rendre effectif le principe d'égalité des armes, qu'elle écarte l'application du dernier alinéa de l'article 546 CPP, aujourd'hui abrogé, disposition qui, jusqu'en 1999, réservait au seul procureur général le droit de faire appel de tous les jugements rendus en matière de police (Cass. crim., 6 mai 1997, Bull. crim., n° 170 ; 21 mai 1997, Bull. crim., n° 191).

Et, dans un autre registre, celui de la protection de la liberté individuelle, c'est au visa de l'article 5.3 CEDH que la Chambre criminelle, répondant à un moyen fondé sur la violation des articles 66 de la Constitution et 7 DDHC, censure une décision ayant admis à tort que l'on pouvait soumettre une personne à des mesures de garde à vue successives pour une période totale excédant la durée maximale de garde à vue autorisée par la loi, à l'occasion de faits distincts (Cass. crim., 17 mars 2004, Bull. crim., n° 69).

### C. L'impact des réserves d'interprétation

Les réserves d'interprétation conditionnant la conformité de la loi à la Constitution, qui sont insérées dans nombre de décisions depuis le 10 octobre 1984, influent fortement sur le sens des arrêts de la Chambre criminelle puisqu'ils ont autorité de chose jugée. Dès lors, si elle n'est pas juge de la constitutionnalité des lois, la Chambre criminelle appréhende leur mise en application au regard de ces réserves. Leur impact se fait particulièrement sentir sur le prononcé des nullités comme dans l'interprétation de certaines notions.

Ainsi, dans une affaire où le procureur général de Toulouse s'était pourvu contre un arrêt constatant l'irrégularité d'un contrôle d'identité préventif, effectué place du Capitole, à 14 heures 30, l'avocat général, dans ses conclusions, avait suggéré à la chambre d'examiner l'arrêt critiqué au prisme de la décision 93-323 DC du 5 août 1993 et notamment de la réserve exprimée dans les termes suivants : « l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé ce contrôle ». Et la Chambre criminelle a rejeté le pourvoi, observant que « ni la référence abstraite à de nombreuses infractions ni aucune circonstance particulière à l'espèce n'étaient de nature à motiver un contrôle d'identité au sens de l'article 78-2, alinéa 3 CPP » (Cass. crim., 17 déc. 1996, Bull. crim., n° 470).

En matière de garde à vue, la notion d'information « dans les meilleurs délais » de l'autorité judiciaire contenue dans les articles 77 et 154 CPP, dans leur rédaction antérieure à la loi du 15 juin 2000 a été définie par le Conseil constitutionnel comme prescrivant une information qui, « si elle ne pouvait être immédiate pour des raisons objectives tenant aux nécessités de l'enquête, devait s'effectuer dans le plus bref délai possible de manière à assurer la sauvegarde des droits reconnus à la personne gardée à vue et le contrôle effectif de l'autorité judiciaire sur la mesure restrictive de liberté »<sup>(22)</sup>. C'est dans le droit fil de cette réserve que la Chambre criminelle, revenant sur une jurisprudence antérieure moins exigeante, a estimé que tout retard injustifié dans la mise en œuvre de l'obligation d'informer l'autorité judiciaire de l'existence d'une mesure de garde à vue portait « nécessairement atteinte aux intérêts de la personne gardée à vue » ; elle devait entraîner la nullité de la mesure et, par voie de conséquence, l'annulation des auditions et autres actes d'investigation effectués durant son déroulement (Cass. crim., 24 nov. 1998, Bull. crim., n° 314 ; 20 févr. 2000 Bull. crim., nos 92 et 93).

C'est également en considération de la nécessité d'un contrôle effectif par l'autorité judiciaire de l'ensemble des mesures restrictives de droit, reprise et développée par le Conseil constitutionnel notamment dans le considérant 6 de sa décision 2004-492 du 2 mars 2004, que, plus récemment, la Chambre criminelle, au visa de l'article 77-1-1 CPP a modifié sa doctrine et estimé que devaient être annulées les réquisitions adressées par un officier de police judiciaire à un opérateur téléphonique et tendant à la remise de documents issus d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, au cours d'une enquête préliminaire, lorsqu'elles n'étaient pas préalablement soumises à l'autorisation du procureur de la République (Cass. crim., 1<sup>er</sup> sept. 2005, Bull. crim., n° 211 ; 6 déc. 2005, Bull. crim., n° 319).

Un dernier exemple : lorsque, le 1<sup>er</sup> mars 2006 (Bull. crim., n° 59), la Chambre criminelle examine, dans la procédure engagée contre les avocats d'une personne détenue, la régularité des mesures de sonorisation du parloir de cette dernière au regard des exigences de l'article 8 CEDH et du principe de loyauté des preuves, seuls visés dans le moyen développé par le demandeur, le rapport établi par le conseiller désigné par le président de la Chambre criminelle pour étudier ce dossier consacre une part importante de ses développements au rappel des exigences du Conseil constitutionnel émises dans les § 64 à 66 de sa décision du 2 mars 2004 relativement à cette mesure. Et pour conclure au rejet du pourvoi, l'arrêt examine si la mesure répond point par point aux réserves du Conseil, vérifiant notamment que l'interception réalisée remplit les conditions de forme exigées par les articles 706-96 à 706-102 CPP, a été ordonnée pour une durée limitée par un juge d'instruction, placée en permanence sous son autorité et son contrôle et répond à des exigences de stricte nécessité compte tenu de la gravité de l'infraction de blanchiment poursuivie.

Il arrive même que la Cour de cassation supplée le caractère lacunaire d'une décision du Conseil constitutionnel : c'est ainsi que ce dernier n'ayant pas relevé d'office, comme il en avait le pouvoir, la maladresse rédactionnelle du nouvel article 721 CPP relatif au calcul des réductions de

peine dans sa décision 2004-492 DC du 2 mars 2004, la Cour de cassation a été saisie pour avis le 3 avril 2006 (Bull. crim., 2006, avis n° 1) et a dû préciser que la formule « et de sept jours » figurant dans ce texte ne pouvait « s'appliquer qu'aux condamnés à une peine de moins de un an ou, pour les peines supérieures à un an, à la partie de peine inférieure à une année pleine ».

- (1) Ce texte reprend l'intervention de l'auteur au colloque sur « L'application de la Constitution par les Cours suprêmes. Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation » organisé le 4 oct. 2006, à l'initiative du professeur Guillaume Drago, par l'Institut Cujas, Fédération de recherche en droit public interne, de l'Université Panthéon-Assas, Paris II, avec le concours de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Les actes seront publiés prochainement aux éditions Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires ». La rédaction des Cahiers adresse ses remerciements aux organisateurs de ce colloque pour avoir donné leur autorisation à la publication de cet article dans le présent numéro.
- (2) Jur. gén., v° Lois, n° 478, note 1, et, plus récemment, Cass. crim., 2 févr. 1956, D. 1956, p. 678, note Maynier ; 26 févr. 1974, Schiavon, Bull. crim., n° 81 et 82 ; 27 févr. 1990, Touvier, Bull. crim., n° 96 ; 20 déc. 1994, Bull. crim., n° 424 ; 20 mars 2000, Bull. crim., n° 146.
- (3) Cass. crim., 27 févr. 1990, Touvier, déjà cité.
- (4) JO 24 juill. 1975 ; RD publ., 1975, p. 1313, note Philip (L.) et Favoreu (L.).
- (5) Cass. crim., 3 août 1810, Procureur général impérial, S. chr. 1809-1811.I.224.
- (6) Desportes (F.), Le contrôle de légalité des actes administratifs par le juge pénal au regard de l'article 111-5 du code pénal, in Rapport annuel de la Cour de cassation, 1997, p. 93.
- (7) On peut citer les quatre lois du 22 juill. 1992 formant le nouveau code pénal, la loi du 15 juin 2000, celle du 15 nov. 2001 adoptée en réaction aux attentats terroristes du 11 sept., ainsi que la loi du 4 mars 2002 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.
- (8) Hamon (F.), « À propos du statut pénal du chef de l'État : convergences et divergences entre le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation », RSC 2002, p. 59.
- (9) Cf. Cons. const., n° 62-18 L du 16 janv. 1962, Rec. p. 31 et n° 89-258 DC du 8 juill. 1989, Rec. p. 48.
- (10) Morvan (P.), « Les visas de principes dans la jurisprudence de la Cour de cassation : inventaire d'un droit "hors la loi" », Les petites affiches 2005, n° 113, p. 5.
- (11) Dans le prolongement de cette décision, mais cette fois-ci au seul visa des articles 6 et 10 CEDH, elle affirmera ultérieurement que « le droit à un procès équitable et la liberté d'expression justifient que la personne poursuivie du chef de diffamation soit admise à produire, pour les nécessités de sa défense, les pièces d'une information en cours de nature à établir sa bonne foi ou la vérité des faits diffamatoires » (Cass. crim., 11 févr. 2003, Bull. crim., n° 29).
- (12) Mayer (D.), « Vers un contrôle du législateur par le juge pénal », D. 2001, chr. p. 1643.
- (13) À l'origine du paragraphe I, premier alinéa, troisième alinéa, se trouve à l'évidence la décision 75-56 du 23 juill. 1975 déclarant la faculté offerte au président du tribunal de déterminer les affaires relevant de la composition collégiale et celles confiées au juge unique contraire au principe d'égalité devant la justice. De même la nécessité d'une « décision et d'un contrôle effectif de l'autorité judiciaire » sur les mesures de contrainte dont peut faire l'objet la personne suspectée ou poursuivie, contenue dans le paragraphe III, est directement inspirée de la formulation de la décision 93-323 du 5 août 1993 relative à la réglementation des contrôles d'identité, aux termes de laquelle, s'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties et, d'autre part, les besoins de la recherche des auteurs d'infractions, qui sont nécessaires l'une est l'autre à la sauvegarde des droits de valeur constitutionnelle, « il incombe à l'autorité judiciaire, conformément à l'article 66 de la Constitution, d'exercer un contrôle effectif sur le respect des conditions de forme et de fond par lesquelles le législateur a entendu assurer cette conciliation ».
- (14) Favoreu (L.), Droit Constitutionnel, 7<sup>e</sup> éd., p. 847.
- (15) Commaret (D.), « L'article préliminaire du code de procédure pénale, simple rappel des principes directeurs du procès pénal, disposition créatrice de droit ou moyen de contrôle de la légalité de la loi », in Mélanges Pradel, p. 71 et s. : v. également, Cass. crim., 15 sept. 2004, Bull. crim., n° 210 ; 15 déc. 2004, Bull. crim., n° 324 ; 2 févr. 2005, Bull. crim., n° 41 ; 11 mai 2006, Bull. crim., n° 132.
- (16) Cons. const., 19 et 20 janv. 1981, déc. n° 80-127 DC § 30 ; cf. également, 10 et 11 oct. 1984, déc. n° 84-181 DC ; 27 juill. 2000, déc. n° 2000-433 DC.
- (17) Cons. const., 16 juill. 1996, déc. n° 96-377 DC, à propos de la loi du 22 juill. 1996 sur le terrorisme.
- (18) D. 2001.3001, note Wachsmann et chron. 1643 ; Mayer (D.), Vers un contrôle du législateur par le juge pénal.
- (19) Cons. const., 30 déc. 1982, déc. n° 82-155 DC ; 3 sept. 1986, déc. n° 86-215 DC.
- (20) Cons. const., 19 et 20 janv. 1981, déc. n° 80-127 DC.
- (21) Jeol (M.), « Les techniques de substitution », in La Cour de cassation et la Constitution de la République, Actes du Colloque des 9 et 10 déc. 1994.
- (22) Cons. const., 11 août 1993, déc. 93-326.

