

Droit pénal et droit constitutionnel

*(Exposé fait lors de la visite au Conseil
d'un groupe de magistrats judiciaires)*

Aucune discipline juridique ne peut aujourd'hui être enseignée sans que soient énoncés les principes constitutionnels qui la fondent. Cette "constitutionnalisation", conséquence de l'intervention du Conseil constitutionnel dans l'ensemble des matières juridiques, touche non seulement le droit public mais aussi le droit privé. Cette variété des droits saisis par la Constitution tient à l'évolution du contenu du bloc de constitutionnalité, c'est-à-dire des textes auxquels le Conseil constitutionnel a recours pour apprécier la constitutionnalité des lois.

Le droit constitutionnel a changé de nature ; il ne s'agit plus seulement d'une discipline dont l'objet est de décrire le fonctionnement des institutions et cette transformation est liée à l'élargissement du contenu du "bloc de constitutionnalité". Jusqu'aux années 1970 la Constitution était avant tout considérée comme un document déterminant le régime politique et décrivant le fonctionnement des institutions. A partir de 1970, le Conseil constitutionnel a en effet attribué, par diverses décisions, valeur constitutionnelle, de manière générale, aux textes auxquels la Constitution du 4 octobre 1958 fait référence dans son Préambule. Font donc désormais partie du bloc de constitutionnalité chacun des articles de la Constitution, la Déclaration de 1789, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et les principes politiques économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps contenus dans le Préambule de la Constitution de 1946.

Le Conseil constitutionnel dispose ainsi de sources de contrôle très importantes par leur nombre, très riches par leurs qualités et sans doute par leurs potentialités qui lui permettent de couvrir sans difficultés l'ensemble des activités du législateur.

Il n'est donc pas étonnant que le droit constitutionnel et le droit pénal se soient rencontrés, d'autant que le droit pénal est un droit "à risque" pour les libertés ; ce n'est pas un hasard si plusieurs articles de la Déclaration des Droits de l'Homme et

du Citoyen se rapportent directement au droit pénal : article 8, (principes de légalité des peines et de non-rétroactivité), article 9, (présomption d'innocence)... principes qui s'inspirent de ceux dégagés par Cesare de Beccaria dans son *traité des délits et des peines* publié en 1764, dont les idées furent largement reprises par Montesquieu.

Chacune de ces dispositions a permis au Conseil constitutionnel de préciser le contour constitutionnel du droit pénal. Parmi les actions essentielles du droit constitutionnel sur le droit pénal entendu au sens large, l'on peut dégager deux lignes directrices : celle qui tend à éviter un développement excessif de la matière répressive et celle qui tend à limiter l'arbitraire ; la procédure pénale est essentiellement concernée par ce second objectif.

On se limitera, dans cette présentation, aux principes constitutionnels concernant le droit répressif au sens strict : le principe de légalité et le principe de nécessité.

I. PRINCIPE DE LÉGALITÉ :

Le principe de légalité couvre en droit constitutionnel deux choses : d'une part la compétence législative pour définir les infractions et les peines qui leur sont applicables, ce domaine de la loi étant au demeurant limité par la Constitution elle-même puisqu'en application des articles 34 et 37 de la Constitution, une compétence est reconnue au règlement en matière contraventionnelle ; d'autre part, il signifie, conformément à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, que les lois doivent définir les incriminations et les peines en termes clairs et précis et ne peuvent s'appliquer qu'à des infractions commises postérieurement à leur entrée en vigueur.

A) La loi, source principale du droit pénal

Le principe de légalité posé par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, qui impliquait clairement que le législateur avait seul le pouvoir de fixer des incriminations et des peines, connaît depuis la Constitution de 1958 une limitation importante : en effet, en application de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur

sont applicables ; les contraventions ont par voie de conséquence un caractère réglementaire. Ce domaine laissé au pouvoir réglementaire a été défini de façon rigoureuse par le Conseil constitutionnel. En effet, dans la décision n° 73-80 L du 28 novembre 1973, il a indiqué que la "détermination des contraventions et des peines qui leur sont applicables est du domaine réglementaire lorsque lesdites peines ne comportent pas de mesures privatives de liberté".

Cette décision a été rendue sur le fondement de l'article 37, alinéa 2, de la Constitution, le Conseil constitutionnel ayant été saisi d'une demande tendant à apprécier la nature législative ou réglementaire de certaines dispositions.

Quelles ont été les suites de cette "petite phrase", pour reprendre l'expression du doyen Vedel dans un article du 5 décembre 1973 du journal "Le Monde" ? Alors que certaines juridictions commençaient à faire application de cette jurisprudence, le garde des sceaux, dans une circulaire du 18 janvier 1974, recommandait aux magistrats du Parquet de continuer à réclamer, en matière contraventionnelle, le prononcé de peines privatives de liberté.

La Cour de cassation, quant à elle, suivant les conclusions du Procureur général Touffait, rappelait, dans un arrêt du 26 février 1974, que les articles du code de la route édictant des peines d'emprisonnement et d'amende, pénalités applicables aux contraventions de police, s'imposaient aux juridictions de l'ordre judiciaire "qui ne sont pas juges de leur constitutionnalité".

Le droit positif allait pourtant suivre progressivement dans son évolution la position dégagée par le Conseil constitutionnel.

Un décret du 11 septembre 1985 allait réserver l'emprisonnement aux contraventions des quatrième et cinquième classes. Puis la loi du 19 juillet 1993, par laquelle était reportée l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, supprimait l'emprisonnement en matière contraventionnelle.

Le nouveau code pénal a entériné la suppression des peines privatives de liberté en matière contraventionnelle.

B) Autres aspects du principe de légalité

Il découle de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, en vertu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, que le principe de légalité vise deux choses :

- l'obligation pour le législateur de définir les incriminations en termes clairs et précis ;
- le principe de non-rétroactivité des lois pénales.

L'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est en effet ainsi rédigé : " La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ".

a) En premier lieu le Conseil constitutionnel a lutté contre "l'élasticité" des incriminations. Ce qui est en jeu ici, c'est la liberté individuelle mais aussi, selon certains pénalistes, l'effet de l'exemplarité et de la prévention. Le Conseil constitutionnel a déduit du principe de légalité posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789 la "nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire" ; cette formule est celle de la décision rendue les 19 et 20 janvier 1981 (n° 80-127 DC) au sujet de la loi dite "sécurité-liberté". Au cas d'espèce, les dispositions de la loi n'ont pas été considérées comme méconnaissant le principe de la légalité des délits et des peines. Mais il est des cas dans lesquels le Conseil a censuré des dispositions comme contraires à ce principe.

Ce contrôle très précis de la "qualité de la rédaction de la loi" apparaît dans la décision du 18 janvier 1985 (n° 84-183 DC) rendue à propos de la loi relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises. L'article litigieux était ainsi rédigé : "Est puni des peines prévues par le 2ème alinéa de l'article 408 du code pénal tout administrateur, représentant des créanciers, liquidateur ou commissaire à l'exécution du plan qui se rend coupable de malversation dans l'exercice de sa mission". Le Conseil a considéré que le législateur, eu égard au principe précédemment rappelé, devait définir les éléments constitutifs en des termes

clairs et précis et qu'en l'espèce les éléments constitutifs du délit de malversation n'étaient pas déterminés. A de multiples reprises depuis cette décision, le Conseil constitutionnel a rappelé le principe ainsi dégagé sans, la plupart du temps, censurer les dispositions pénales critiquées (cf. notamment n° 86-213 DC du 3 septembre 1986 et n° 96-377 DC du 16 juillet 1996). Toutefois, dans une décision récente (n° 98-399 DC du 5 mai 1998), il a estimé que le législateur avait porté atteinte au principe de légalité des délits et des peines.

b) Principe de non-rétroactivité :

Le Conseil constitutionnel veille au respect du principe de non-rétroactivité des lois, principe exprimé par l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

En réalité, ce principe de non-rétroactivité est limité aux lois répressives plus sévères ; on y reviendra à l'occasion de la présentation du principe de nécessité des peines.

La valeur du principe de non-rétroactivité a été reconnue bien avant les Constitutions de 1946 et de 1958. Il était déjà affirmé par l'article 4 du code pénal de 1810. Aujourd'hui, l'article 112-1 du code pénal lui consacre ses deux premiers alinéas. Ce n'est pas pour autant que l'apport de la jurisprudence du Conseil constitutionnel peut être qualifié d'inutile.

En effet, il arrive au législateur de ne pas respecter ce principe et le Conseil constitutionnel est toujours vigilant sur cette question.

Mais là n'est pas l'apport le plus important de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Il résulte de la décision n° 86-215 DC du 3 septembre 1986 portant sur la loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance que le principe de non-rétroactivité ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives, mais s'étend à la "période de sûreté", dont peut être assortie une condamnation en application de l'article 132-23 du code pénal (article 720-2 ancien du code de procédure pénale) ; la loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance en

certaines de ses articles augmentait la durée de la période de sûreté ; le texte prévoyait que les articles en cause ne seraient applicables qu'aux condamnations prononcées postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi ; le Conseil constitutionnel, par une réserve d'interprétation, a précisé la portée de cette formule au regard du principe de la non-rétroactivité : "le principe de non-rétroactivité ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étend à la période de sûreté qui, bien que relative à l'exécution de la peine, n'en relève pas moins de la décision de la juridiction de jugement qui dans les conditions déterminées par la loi peut en faire varier la durée en même temps qu'elle se prononce sur la culpabilité du prévenu ou de l'accusé ; l'appréciation de cette culpabilité ne peut conformément au principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère être effectuée qu'au regard de la législation en vigueur à la date des faits ; aussi la référence faite par le législateur aux condamnations prononcées postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi doit s'entendre des condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à cette date".

Le (nouveau code) pénal a tiré les conséquences de cette décision. Il résulte en effet de l'article 112-2 que "sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur : les lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines" mais que "toutefois, lorsqu'elles auraient pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation, elles ne sont applicables qu'aux condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à leur entrée en vigueur".

Mais c'est surtout à propos des "punitions" de caractère non pénal que la jurisprudence du Conseil constitutionnel a été la plus novatrice en ce qui concerne la portée du principe de légalité des délits et des peines.

Il résulte en effet de sa jurisprudence que "le principe de non-rétroactivité ne concerne pas seulement les peines appliquées par les juridictions répressives mais s'étend nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire".

Ne sont pas considérées par le Conseil constitutionnel comme des sanctions ayant le caractère d'une punition les mesures auxquelles sont assignés des objectifs différents de ceux de la sanction pénale. Il en est ainsi :

- de certaines mesures de police comme la délivrance de titres de séjour aux étrangers ;
- des majorations de droits et intérêts de retard.

Au contraire, doivent respecter le principe de légalité : les sanctions fiscales et les sanctions administratives (n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 à propos du C.S.A.).

II. LE PRINCIPE DE NÉCESSITÉ

Ce principe est affirmé par l'article 5 et surtout par l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

L'un de ses aspects est le principe de l'application immédiate de la loi pénale plus douce (rétroactivité *in mitius*).

Si une loi établit des sanctions plus douces, elle s'applique immédiatement, les infractions commises antérieurement étant passibles des nouvelles peines. Ce principe a été dégagé avec force dans la décision rendue en 1981 à propos de la loi "sécurité-liberté" ; un article de cette loi avait pour objet d'exclure de l'application de la loi nouvelle certaines infractions ayant donné lieu à un jugement sur le fond en dernier ressort avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi et il excluait ainsi la rétroactivité de la loi pénale plus douce pour les affaires pendantes devant la Cour de cassation. Pour le Conseil, le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne, la loi pénale nouvelle 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.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel effectue ce que l'on peut appeler un contrôle restreint de la nécessité des incriminations et des peines.

Il estime, selon une formule classique depuis la décision des 19-20 janvier 1981 (loi sécurité-liberté), "qu'il ne lui appartient pas de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci".

Néanmoins, le Conseil constitutionnel ne refuse pas tout contrôle, puisqu'il se réserve la possibilité de censurer "les dispositions législatives prévoyant des peines manifestement disproportionnées par rapport aux faits reprochés".

C'est là un héritage direct de la jurisprudence classique de la juridiction administrative en matière d'erreur manifeste.

A) Le principe de proportionnalité :

Cette apparition du principe de proportionnalité des peines date de 1986 (décision n° 86-215 DC du 3 septembre 1986, déjà citée ; au cas d'espèce, le Conseil avait constaté l'absence de disproportion manifeste).

Dans un second temps (décision n° 87-237 DC du 30 décembre 1987 sur la loi de finances pour 1988), il a censuré la disposition du code général des impôts qui prescrivait que l'amende fiscale en oeuvre en cas de divulgation du montant du revenu d'une personne en violation des dispositions de l'article L. 111 du livre des procédures fiscales, serait en toute hypothèse égale au montant des revenus divulgués. Le Conseil a jugé que cette disposition édictait une sanction qui, dans nombre de cas, pourrait revêtir un caractère manifestement disproportionné.

L'existence d'une disproportion a également été retenue dans d'autres hypothèses, qui ne concernent pas le droit pénal au sens strict (cf. notamment décision n° 93-321 DC du 20 juillet 1993, et n° 93-325 DC du 13 août 1993). Par ailleurs, dans une décision récente, (n° 96-377 DC du 16 juillet 1996), le Conseil constitutionnel a considéré que le législateur avait entaché son appréciation d'une disproportion manifeste en insérant dans la liste des infractions susceptibles de constituer des actes de terrorisme l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

Le principe de nécessité a également permis au Conseil constitutionnel de se prononcer sur la règle du non-cumul des peines, dans un cas très spécifique, celui du cumul des sanctions pénales et administratives. La règle du non-cumul des peines est en effet limitée à cette hypothèse, puisque dans la décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982 (blocage des prix et des revenus), le Conseil constitutionnel a indiqué que la règle du non-cumul des peines en matière de crimes et délits constitue un principe de valeur législative, auquel une loi peut déroger. Ainsi s'agissant du cumul des sanctions pénales et administratives, il a indiqué que "le principe de proportionnalité implique, qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues" (cf. notamment la décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 : COB).

B) Champ d'application du principe de nécessité :

Dans la décision n° 87-237 DC du 30 décembre 1987 (déjà citée), le Conseil constitutionnel a indiqué que la règle de nécessité des peines ne concernait pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives, mais s'étendait à toute sanction ayant le caractère d'une punition.

Plus intéressante (et discutée), est la question de l'application du principe de nécessité aux dispositions relatives à l'exécution des peines.

Il convient de citer ici la très importante décision du 20 janvier 1994 n° 93-334 DC sur la peine incompressible.

Les sénateurs requérants faisaient grief à la loi de n'avoir pas respecté le principe de nécessité des peines en prévoyant une peine incompressible de 30 ans, suivie d'une procédure diligentée par le juge de l'application des peines, sans recours éventuel du condamné contre le refus éventuel de ce magistrat de déclencher cette procédure.

Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel a rappelé que le principe de nécessité des peines ne concernait pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendait au régime des mesures de sûreté qui les assortissent. Au cas d'espèce, il a conclu à l'absence de disproportion manifeste.

Dans un second temps, il a considéré 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".

Enfin, dans un troisième temps, par une sorte d'interprétation neutralisante, il a indiqué que la disposition qui prévoit l'intervention du juge de l'application des peines doit "être entendue comme ouvrant au ministère public et au condamné le droit de saisir le juge d'application des peines", cette procédure pouvant être renouvelée.

De l'ensemble de ces éléments, le Conseil constitutionnel a déduit l'absence de violation du principe de nécessité.

L'aspect le plus intéressant de cette décision, (celui qui a été le plus largement commenté et parfois critiqué) est l'affirmation d'une fonction constitutionnelle de l'exécution des peines privatives de liberté (cf supra).

Les éléments ainsi dégagés par le Conseil constitutionnel, les missions assignées à la peine (protection de la société, punition du coupable, amendement du condamné, préparation de son éventuelle réinsertion) apparaissent comme autant de règles conformes à ce que doit être le droit pénal dans un Etat de droit.

Bibliographie :

- Groupe d'Études et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle (Aix-Marseille - GERJC) / édit. sc. - Cour de Cassation / édit. sc. - La Cour de cassation et la Constitution de la République. Actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994. - Aix : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995 (Diffusion Documentation Française).
- Danièle MAYER - L'apport du droit constitutionnel au droit pénal en France - Revue de Science Criminelle, 1988, p. 439.
- Loïc PHILIP - La constitutionnalisation du droit pénal français - Revue de Science Criminelle, 1985, p. 711.
- Jacques LE CALVEZ - Les principes constitutionnels en droit pénal - JCP 1985, I, 3198