

Droit pénal et droit constitutionnel

Janvier 2007 - Source : Services du Conseil constitutionnel

Aucune discipline juridique ne peut être aujourd'hui enseignée sans se référer aux principes constitutionnels qui la fondent. Le droit pénal n'a pas échappé à ce mouvement, et le professeur Philip a pu parler, dès 1985, de la "constitutionnalisation" du droit pénal français¹. Le fait que toutes les disciplines juridiques aient été affectées par ce phénomène tient à l'élargissement du « bloc de constitutionnalité », c'est-à-dire des textes auxquels le Conseil constitutionnel se réfère pour apprécier la constitutionnalité des lois.

Jusque dans les années 1970, la Constitution était en effet essentiellement considérée comme un document déterminant le régime politique et décrivant le fonctionnement des institutions. Même si l'élargissement du bloc de constitutionnalité a été amorcé dès avant la décision du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association, cette décision a conféré à ce phénomène une portée inédite, « *car l'insertion dans le bloc de constitutionnalité de toute une série de règles ou de principes intéressant les droits et libertés en modifie la nature* »². Le Conseil constitutionnel a ainsi attribué valeur constitutionnelle aux textes auxquels la Constitution du 4 octobre 1958 fait référence dans son Préambule et qui ont été approuvés comme tels par le peuple français. Appartiennent donc désormais au « bloc de constitutionnalité » non seulement les articles de la Constitution proprement dite, mais aussi la Déclaration de 1789, les principes politiques économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps contenus dans le Préambule de la Constitution de 1946, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, auxquels ce Préambule se réfère, ainsi que, depuis la révision constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, la Charte de l'environnement de 2004, qui a d'ailleurs été invoquée récemment par des prévenus dans divers procès pénaux³.

C'est ce qui explique que le Conseil constitutionnel dispose ainsi de « normes de références » dont le nombre et la richesse conceptuelle lui permettent de couvrir 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 qui met à l'épreuve les

¹ L. Philip, *Revue de science criminelle*, 1985, p. 711 – Une conférence s'est tenue le 16 mars 2006 à la Cour de cassation sur le thème : *Force ou faiblesse de la constitutionnalisation du droit pénal*. Les allocutions prononcées peuvent être consultées sur le site internet de la Cour de cassation : http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2006_55/penale_2006_8480.html

² Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 13^e éd., p. 254

³ Notamment les « faucheurs d'OGM », le tribunal correctionnel d'Orléans ayant prononcé leur relaxe par jugement du 9 décembre 2005 en raison de l'état de nécessité, jugement au demeurant infirmé par la cour d'appel d'Orléans par arrêt du 27 juin 2006.

libertés fondamentales, dont le Conseil se veut le gardien. 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.

Chacune de ces dispositions a permis au Conseil constitutionnel de préciser les contours constitutionnels du droit pénal, à telle enseigne que l'article préliminaire du code de procédure pénale, institué par la loi du 15 juin 2000, est directement inspiré des principes mis en évidence par la jurisprudence du Conseil.

L'apport de la jurisprudence constitutionnelle est trop étendu pour pouvoir être intégralement présenté en quelques pages. La contribution qui suit est donc limitée aux principes constitutionnels concernant le droit pénal de fond, à partir de deux grands principes que sont le principe de légalité et le principe de nécessité.

I. PRINCIPE DE LÉGALITÉ :

En droit constitutionnel, le principe de légalité recouvre deux idées essentielles :

- d'une part, la définition des infractions et des peines qui leur sont applicables relève de la compétence législative, sauf à préciser que la Constitution elle-même prévoit une exception, puisqu'en application de ses articles 34 et 37, une compétence est reconnue au règlement en matière contraventionnelle ;

- d'autre part, 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. C'est ce qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, sauf à préciser que le Conseil constitutionnel a parfois également rattaché le principe de légalité à l'article 7 de la Déclaration (*n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, cons. 22*).

A) La loi, source principale du droit pénal

L'article 8 de la Déclaration de 1789 dispose : *"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"*.

Le principe ainsi exprimé implique que le législateur a seul le pouvoir de fixer les incriminations et les peines.

Sous l'empire de la Constitution de 1958, ce pouvoir connaît toutefois une limitation importante.

En effet, l'article 34 de la Constitution dispose que la loi fixe les règles concernant la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables. La détermination des contraventions et des peines qui leur sont applicables ont, par voie de conséquence, un caractère réglementaire.

Le domaine abandonné au pouvoir réglementaire n'est cependant pas sans limite. Il a été défini de façon rigoureuse par le Conseil constitutionnel qui, dans sa décision n° 73-80 L du 28 novembre 1973, 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"*⁴.

Cette décision n'a pas été rendue dans le cadre de l'appréciation de la conformité d'une loi à la Constitution (art. 61, alinéa 2, de la Constitution), mais dans le cadre d'une procédure de « déclassement » en vertu de laquelle le Conseil doit apprécier la nature législative ou réglementaire des dispositions dont il est saisi (article 37, alinéa 2), à l'exclusion de toute appréciation de la conformité à la Constitution.

La décision du Conseil a mis longtemps à s'imposer et une telle résistance est historiquement intéressante car elle paraît aujourd'hui difficilement imaginable.

En effet, 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, constatait, dans un arrêt du 26 février 1974 (Bull. crim. n° 82), que les articles du code de la route édictant des peines d'emprisonnement et d'amende applicables aux contraventions de police, entraient dans les prévisions de dispositions du Code pénal et du Code de procédure pénale qui avaient valeur législative. Elle en déduisait que ces dispositions s'imposaient aux juridictions de l'ordre judiciaire *"qui ne sont pas juges de leur constitutionnalité"*.

⁴ Pour un exemple récent concernant la problématique relative à la nature de l'acte (décret en Conseil d'Etat ou non) qui doit définir les contraventions, v. décision n° REF du 24 mars 2005, sur des requêtes présentées par Monsieur Stéphane HAUCHEMAILLE et par Monsieur Alain MEYET (Hauchemaille 17 ou Hauchemaille Meyet), cons. 17.

Ce n'est que progressivement que le droit positif s'est aligné sur la position du Conseil constitutionnel.

Tout d'abord, un décret du 11 septembre 1985 a réservé l'emprisonnement aux contraventions des quatrième et cinquième classes. Ensuite, le nouveau code pénal a supprimé les peines privatives de liberté en matière contraventionnelle (art. 131-13). Afin d'assurer une application immédiate de ce principe, la loi du 19 juillet 1993, qui reportait l'entrée en vigueur de ce code au 1^{er} mars 1994, avait d'ailleurs prévu la suppression immédiate des dispositions de l'ancien code qui prévoyaient l'emprisonnement en matière contraventionnelle.

B) Autres conséquences du principe de légalité

En dehors du principe qui vient d'être exposé, l'article 8 de la déclaration de 1789 emporte deux conséquences principales :

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

1) Clarté et précision de la loi pénale

La qualité de la loi constitue depuis quelques années l'un des « chevaux de bataille » du Conseil constitutionnel. L'expression la plus achevée des exigences constitutionnelles au regard desquelles il exerce son appréciation figure dans le considérant 9 de la décision du 27 juillet 2006⁵, qui a légèrement modifié les considérants de principe énoncés dans une précédente décision du 29 juillet 2004⁶ en les allégeant de toute référence au « principe de clarté » de la loi qui alourdissait inutilement la rédaction.

⁵ n° 2006-540 DC, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI) : « 9. Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ».

⁶ n° 2004-500 DC, Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales : « 12. Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La loi est l'expression de la volonté générale » ; qu'il résulte de cet article comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative ; - 13. Considérant, de plus, qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi,

L'énoncé de ces exigences est parfois complété par un rappel des pouvoirs du juge en matière d'interprétation et d'appréciation, ainsi que de leur limite (n° 2004-509 DC, 13 janvier 2005, loi de programmation pour la cohésion sociale, cons. 25⁷).

En matière pénale, le Conseil exerçait toutefois depuis longtemps un contrôle d'autant plus vigilant que la liberté individuelle était en jeu.

Il convient d'insister sur le fait qu'en cette matière, la clarté de la loi demeure une exigence spécifique, qui n'est pas affectée par la modification apportée au considérant de principe sur la qualité de la loi.

En effet, la loi claire évite « l'arbitraire » du juge et aussi la rigueur non nécessaire dans la recherche des auteurs d'infractions (n° 84-176 DC, 25 juillet 1984, cons. 6 ; n° 96-377 DC, 16 juillet 1996, cons. 11), le juge étant d'ailleurs soumis au principe d'interprétation stricte de la loi pénale (n° 96-377 DC, 16 juillet 1996, cons. 11 ; n° 98-399 DC, 5 mai 1998, cons. 8). Ce qui est également en jeu, c'est l'efficacité du rôle préventif du droit pénal.

La décision fondatrice est à cet égard la décision rendue les 19 et 20 janvier 1981 (n° 80-127 DC) à propos de la loi dite "sécurité-liberté"⁸.

L'expression la plus récente et la plus achevée de la jurisprudence du Conseil figure dans la décision précitée du 27 juillet 2006 (cons. 10) : « *Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la Déclaration de 1789 : " 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 " ; que l'article 34 de la Constitution dispose : " La loi fixe les règles concernant... la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables... " ; qu'il résulte de ces dispositions que le législateur*

qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ».

⁷ Le conseil a complété les considérants précédents en indiquant « *que, pour autant, (les autorités administratives et juridictionnelles) conservent le pouvoir d'appréciation et, en cas de besoin, d'interprétation inhérent à l'application d'une règle de portée générale à des situations particulières* »

⁸ Le Conseil constitutionnel a énoncé à cette occasion (cons. 7) « *qu'il (...) résulte (de 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 motivation a été souvent reprise depuis, et parfois complétée par l'indication que cette exigence résulte non seulement des dispositions de l'article 8 de la Déclaration, mais aussi de l'article 34 de la Constitution (n° 84-176 DC, 25 juillet 1984, cons. 6 ; n° 98-399, 5 mai 1998, cons. 7 ; n° 2001-455, 12 janvier 2002, cons. 82 ; n° 2004-492, 2 mars 2004, cons. 5).

est tenu de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis ; que cette exigence s'impose non seulement pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions ».

Dans le cas d'espèce qui lui était soumis en 1981, le Conseil a jugé que les dispositions de la loi définissant les différents délits de menaces, qui étaient contestées, « *n'étaient ni obscures ni imprécises* », que certains des mots utilisés avaient une « *acception juridique certaine* », que les « *éléments constitutifs (étaient) énoncés sans ambiguïté* ». Il a même considéré que l'expression « *par quelque moyen que ce soit* », qui tendait à viser tous les modes d'expression des menaces, mais qui pouvait paraître vague, « *(n'introduisait) aucun élément d'incertitude dans la définition des infractions* » (cons. 8 ; *idem pour les délits de dégradations volontaires, cons. 9*).

Tels sont les critères et les expressions que le Conseil a ultérieurement utilisés lorsqu'il a été conduit à s'interroger sur la constitutionnalité de dispositions pénales (cf. aussi la désignation « *de manière non équivoque* » de l'auteur d'une infraction, n° 86-210 DC, 29 juillet 1986, cons. 26).

a) Dans la plupart des cas, le Conseil constitutionnel a conclu, comme en 1981, que les exigences de clarté et précision étaient respectées (n° 84-176 DC, 25 juillet 1984, cons. 6 à 8, sur les délits en matière de communication audiovisuelle ; n° 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, cons. 20, 23, 63, sur les délits en matière de presse ; n° 86-213 DC, 3 septembre 1986, cons. 6, en matière de terrorisme ; n° 92-307 DC, 27 février 1992, cons. 27, en matière d'infractions à la législation sur les étrangers ; n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, cons. 62 sur le délit de racolage public ; n° 2003-484 DC, 20 novembre 1983, cons. 43 sur le mariage constitutif d'une infraction à la législation sur les étrangers ; n° 2004-492, 2 mars 2004, cons. 5 et 14, sur la loi dite Perben II, notamment à propos de la notion de bande organisée ; n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, cons. 56 sur le délit de mise à disposition de logiciel « *manifestement destiné* » à la divulgation d'œuvres protégées).

Il importe de souligner que cette jurisprudence ne fait pas obstacle à ce qu'une incrimination puisse se référer soit à d'autres dispositions légales du droit interne, pourvu que celles-ci soient elles-mêmes précises (n° 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, cons. 89), soit à des dispositions légales de droit étranger (ainsi, l'article 21, alinéa 1, de l'ordonnance du 2 novembre 1945, peut comporter une

⁹ « 8. Considérant, d'une part, que les termes de "personne", "entreprise de presse", "contrôle" sont définis de façon suffisamment précise pour que les dispositions de caractère pénal qui s'y réfèrent, directement ou indirectement, ne méconnaissent pas, de ce seul chef, le principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines. »

disposition selon laquelle « *la situation irrégulière de l'étranger est appréciée au regard de la législation de l'Etat membre ou de l'Etat partie intéressé* » - n° 2003-484 DC, 20 novembre 2003, cons. 42).

b) Le Conseil n'hésite toutefois pas à déclarer contraires à la Constitution les dispositions qui ne satisfont pas au principe de clarté et de précision. Les décisions en ce sens sont certes moins nombreuses que les déclarations de conformité, mais la décision du 27 juillet 2006¹⁰ sur la loi relative aux droits d'auteur comporte plusieurs censures de ce chef. Il convient d'y ajouter les censures prononcées sur le fondement de la rupture d'égalité devant la loi pénale, et notamment celle des dispositions qui rendaient passibles de contravention et non plus de délit, les actes de contrefaçon commis au moyen d'un logiciel de pair à pair¹¹.

La première censure est intervenue en 1984, à propos d'une disposition qui laissait incertaine la détermination de l'auteur d'une infraction (n° 84-181, 11 octobre 1984, cons. 32).

Dans une décision du 18 janvier 1985 (n° 84-183 DC, cons. 11 à 13), le Conseil a également censuré une disposition établissant le délit de malversation fautive pour le législateur d'en avoir déterminé les éléments constitutifs. La simple lecture de la disposition en cause permet de mesurer combien la solution était justifiée : "*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*".

Une nouvelle censure est intervenue dans une décision du 5 mai 1998 (n° 98-399, cons. 7). Une disposition de la loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile prévoyait que les dispositions concernant la responsabilité des personnes morales en matière d'infractions à la législation sur les étrangers ne seraient pas applicables notamment « *aux associations à but non lucratif à vocation humanitaire dont la liste est fixée par arrêté du ministre de l'intérieur...* ». Le Conseil a considéré que la notion de « vocation humanitaire » n'était précisée par aucune loi et que le législateur faisait

¹⁰ n° 2005-540

¹¹ n° 2006-540, cons. 65 : « *Considérant qu'au regard de l'atteinte portée au droit d'auteur ou aux droits voisins, les personnes qui se livrent, à des fins personnelles, à la reproduction non autorisée ou à la communication au public d'objets protégés au titre de ces droits sont placées dans la même situation, qu'elles utilisent un logiciel d'échange de pair à pair ou d'autres services de communication au public en ligne ; que les particularités des réseaux d'échange de pair à pair ne permettent pas de justifier la différence de traitement qu'instaure la disposition contestée ; que, dès lors, l'article 24 de la loi déferée est contraire au principe de l'égalité devant la loi pénale ; qu'il y a lieu, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, de le déclarer contraire à la Constitution* ».

dépendre le champ d'application de la loi pénale de décisions administratives, en méconnaissance du principe de légalité.

L'exemple le plus récent de censure figure dans la décision précitée du 27 juillet 2006. L'article 21 de la loi sur les droits d'auteur créait l'incrimination d'édition ou la communication de « *logiciel manifestement destiné à la mise à disposition non autorisée d'oeuvres ou d'objets protégés* », mais prévoyait dans son dernier alinéa que ces dispositions n'étaient « *pas applicables aux logiciels destinés au travail collaboratif, à la recherche ou à l'échange de fichiers ou d'objets non soumis à la rémunération du droit d'auteur* ». Le Conseil a notamment considéré que la notion de « *travail collaboratif* » n'était pas suffisamment claire et précise et que le dernier alinéa dans son ensemble n'était « *ni utile à la délimitation du champ de l'infraction définie par les trois premiers alinéas (...), ni exhaustif quant aux agissements qu'ils excluent nécessairement* » (cons. 57).

Dans la même décision, le Conseil a encore censuré la disposition qui exonérait de toute responsabilité pénale les auteurs des nouvelles infractions de contournement ou d'altération des mesures techniques destinées à empêcher les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin, lorsque ces faits avaient été effectués à des fins « *d'interopérabilité* ». Il a en effet estimé que le législateur n'avait pas défini « *en des termes clairs et précis le sens qu'il attribuait à cette notion dans ce contexte particulier* », alors qu'il s'agissait d'un élément qui « *conditionne le champ d'application de la loi pénale* » (cons. 61).

c) Enfin, il convient de souligner qu'en matière de légalité de délits et des peines, le Conseil utilise, comme en toutes autres matières, la technique des réserves d'interprétation. Rappelons que cette technique lui permet de déclarer une disposition conforme à la Constitution, à condition que cette disposition soit interprétée ou appliquée de la façon qu'il indique. L'autorité de la chose interprétée s'y attache.

La réserve d'interprétation peut concerner l'ensemble des éléments constitutifs des crimes ou délits, qu'il s'agisse des éléments matériels ou de l'élément moral.

- Pour ce qui concerne les éléments matériels des crimes ou délits :

Une réserve d'interprétation a permis au Conseil d'éviter la censure de la disposition qui instituait le délit de harcèlement moral (article 222-33-2 du code pénal).

Le délit était ainsi défini : " *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, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ".

Le Conseil a énoncé « *que, si l'article L. 122-49 nouveau du code du travail n'a pas précisé les " droits " du salarié auxquels les agissements incriminés sont susceptibles de porter atteinte, il doit être regardé comme ayant visé les droits de la personne au travail, tels qu'ils sont énoncés à l'article L. 120-2 du code du travail* ». C'est sous cette réserve qu'il a rejeté les griefs tirés tant du défaut de clarté de la loi que de la méconnaissance du principe de légalité des délits (n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, cons. 82¹² et 83).

On peut citer un autre exemple de réserve à propos du délit d'outrage aux emblèmes nationaux (n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, cons. 104 et 106).

Le dernier exemple en date figure dans la décision précitée du 27 juillet 2006. Une disposition de la loi relative au droit d'auteur exonérait de toute responsabilité pénale les auteurs des nouvelles infractions de contournement ou d'altération des mesures techniques dont il a été précédemment question, lorsque ces faits avaient été effectués à des fins « *de recherche* »¹³. Contrairement à ce qu'il a fait à propos de l'interopérabilité, le Conseil n'a pas censuré, car le sens du mot « *recherche* » pouvait être éclairé par la directive dont la loi avait pour objet d'assurer la transposition et par les travaux préparatoires. Il a donc indiqué que la recherche « *doit s'entendre de la recherche scientifique en cryptographie et à condition qu'elle ne tende pas à porter préjudice aux titulaires des droits* »¹⁴.

- pour ce qui concerne l'élément moral des crimes ou délits :

Le Conseil vérifie le respect du principe de valeur constitutionnelle selon lequel la définition des crimes et délits comporte un élément intentionnel (n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, cons. 64 et 65) ou plus exactement, un élément moral, intentionnel ou non (n° 99-411 DC, 16 juin 1999, cons. 16).

Confronté à un texte qui ne comportait pas de précision sur ce point, le Conseil a procédé, dans un premier temps, par réserve d'interprétation. Aussi a-t-il considéré qu' « *en l'absence de précision sur l'élément moral de l'infraction prévue à l'article L. 4-1 du code de la route, il appartiendra au juge de faire application des dispositions générales de l'article 121-3 du code pénal aux termes desquelles "il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le*

¹² Considérant, en premier lieu, que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de la légalité des délits et des peines, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour permettre la détermination des auteurs d'infractions et pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines

¹³ Nouveaux articles L. 335-3-1 et L. 335-4-1 et L. 335-3-2 et L. 335-4-2 du code de la propriété intellectuelle

¹⁴ n° 2006-540 DC, cons. 62

commettre », ce qu'il a qualifié lui-même de « *stricte réserve d'interprétation* » (n° 99-411 DC, 16 juin 1999, cons. 17).

Postérieurement, soit il s'est borné à constater qu' « *est de plein droit applicable le principe énoncé à l'article 121-3 du code pénal selon lequel il n'y a point de délit sans intention de le commettre* » (n° 2003-484, 20 novembre 2003, cons. 42), soit il a rappelé ce principe sous forme d'une réserve (n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, cons. 73 et 75, à propos de l'article 322-4-1 du code pénal, relatif à l'installation sur le terrain d'autrui).

2) Principe de non-rétroactivité

La jurisprudence du Conseil constitutionnel a moins innové sur la définition du principe de non-rétroactivité que sur son champ d'application.

a) Définition du principe

Le Conseil constitutionnel veille au respect du principe de non-rétroactivité des lois, exprimé par l'article 8 de la Déclaration de 1789.

En réalité, le champ d'application du principe de non-rétroactivité est limité aux lois répressives plus sévères. Le problème de la rétroactivité de loi répressive plus douce (*rétroactivité in mitius*), qui est davantage lié au principe de nécessité des peines, sera abordé à l'occasion de la présentation de ce principe.

Le principe de non-rétroactivité a été reconnu bien avant les Constitutions de 1946 et de 1958. Déjà affirmé par l'article 4 du code pénal de 1810, il est aujourd'hui encore inscrit dans les deux premiers alinéas de l'article 112-1 du code pénal.

En reconnaissant sa valeur constitutionnelle, le Conseil en a fait un instrument de contrôle de l'activité du législateur.

Ainsi, le Conseil a été contraint de rappeler que « *s'il est du pouvoir du législateur de fixer les règles d'entrée en vigueur des dispositions qu'il édicte, il lui appartient toutefois de ne pas porter atteinte au principe de valeur constitutionnelle de non rétroactivité de la loi pénale plus sévère* ».

Il a tiré de ce principe des conséquences diverses. Pour neutraliser un article de loi qui fixait l'entrée en vigueur de l'ensemble des articles de cette loi, y compris ceux qui étaient de nature pénale, à une date précise (le 1er janvier 1997), qui devait s'avérer antérieure à la date de promulgation de cette loi, il a conditionné la déclaration de conformité de la loi à la Constitution à une réserve d'interprétation aux termes de laquelle « *les dispositions pénales (...) ne peuvent*

s'appliquer qu'aux faits commis après la date de promulgation de la loi » (n° 96-387DC, 21 janvier 1997, cons. 20 et 21). Quelques mois plus tôt, confronté à une disposition de même nature, le Conseil avait opté pour la solution plus radicale de la censure (n° 96-377DC, 16 juillet 1996, loi tendant à renforcer la répression du terrorisme, cons. 29 et 30).

Mais c'est au regard du champ d'application du principe que la jurisprudence du Conseil est la plus intéressante.

b) Champ d'application du principe de non-rétroactivité

Le Conseil a étendu le principe, d'une part, au sein de la matière pénale proprement dite, d'autre part, à l'extérieur de cette matière

1° Au sein du droit pénal, le champ d'application du principe de non-rétroactivité doit être apprécié en fonction de la distinction opérée par le Conseil entre :

- d'une part, les peines et sanctions ayant le caractère de punition, d'un côté, l'exécution des peines, de l'autre ;
 - d'autre part, les peines et sanctions ayant le caractère de punition, d'un côté, les mesures de police, de l'autre.
- *Peines et sanctions ayant le caractère de punition/ mesures d'exécution des peines*

Les normes relatives aux peines et sanctions ayant le caractère de punition sont en principe seules soumises au principe de non-rétroactivité de la loi plus sévère tandis que celles relatives à l'exécution des peines ne le sont pas.

Il existe toutefois une exception : lorsqu'une mesure relative à l'exécution des peines est prononcée par une juridiction de jugement et qu'elle est liée à l'appréciation de la culpabilité, le principe de non-rétroactivité de la loi plus sévère s'applique. C'est en cela que le Conseil a procédé à une extension du champ d'application du principe, extension qui ne concerne, en pratique et en l'état de la législation, que la « période de sûreté ».

Cette jurisprudence s'articule autour de cinq grandes décisions dont les plus importantes sont celle du 3 septembre 1986 (n° 86-215 DC, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*) et du 8 décembre 2005¹⁵.

¹⁵ En ce qui concerne les trois autres décisions : celle du 22 novembre 1978 pose la distinction entre les dispositions relatives aux « modalités d'exécution des peines » et celles relatives au « prononcé des peines » (n° 78-98 DC, loi modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale en matière d'exécution des peines

La décision du 3 septembre 1986 a été rendue à propos d'une loi dont il était prévu que deux articles relatifs à la période de sûreté (art. 10 et 12), « *ne (seraient) applicables qu'aux condamnations prononcées postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi* », expression qui n'excluait pas leur application à des faits commis antérieurement, mais jugés postérieurement, à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ¹⁶. Le Conseil a relevé que, « *bien que relative à l'exécution de la peine, (la période de sûreté) 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* » (cons. 3 et 23) ». Au moyen d'une réserve d'interprétation neutralisante, le Conseil a jugé que « *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* » et a conclu que la disposition relative à l'entrée en vigueur devait s'entendre comme autorisant l'application des nouvelles dispositions aux « *condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement* » à cette entrée en vigueur (cons. 22 à 24)¹⁷.

privatives de liberté, cons. 4 et 5) pour en déduire que les principes applicables aux condamnations ne s'appliquaient pas à la phase de l'exécution

Dans une autre décision du 3 septembre 1986 sur la loi relative à l'application des peines (n° 86-214 DC), le Conseil a jugé que le législateur pouvait qualifier de « *mesures d'administration judiciaire* » les décisions prises par le juge d'application des peines et « *qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'exclut que les modalités d'exécution des peines privatives de liberté soient décidées par des autorités autres que des juridictions* » (cons. 2). Il était prévu que les dispositions de cette loi relative aux réductions de peine s'appliqueraient aux personnes condamnées après le 1^{er} octobre 1986, et donc y compris à celles condamnées pour des faits commis antérieurement. En s'abstenant de censurer ces dispositions, le Conseil a tiré les conséquences de la distinction entre les mesures de simple exécution des peines et celles qui sont liées à la déclaration de culpabilité et sont prononcées par la juridiction de jugement. Dans la décision sur la loi instituant une peine incompressible, le Conseil a jugé que les principes de l'article 8 de la Déclaration de 1789 « *ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent au régime des mesures de sûreté qui les assortissent* » (n° 93-334 DC du 20 janvier 1994, Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, cons. 9 et 10). Cette décision s'inspirait de la décision du 3 septembre 1986 sur la période de sûreté. Le Conseil constitutionnel n'y a admis la constitutionnalité de la « peine incompressible » qu'à raison des mécanismes de réversibilité et d'individualisation résultant de l'intervention du juge d'application des peines au bout de trente ans et s'est assuré que la date d'entrée en vigueur de la disposition respectait bien le principe de non-rétroactivité. En l'espèce, la mesure en cause, qualifiée de « mesure de sûreté » consistait en une modalité de l'exécution des peines privatives de liberté.

¹⁶ Cette disposition avait, au demeurant, fait l'objet d'une divergence de vue entre le Sénat et l'Assemblée Nationale, le Sénat ayant vainement marqué sa préférence pour une application aux faits commis postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi.

¹⁷ F. Desportes et F. Le Guehrec soulignent « *que cette mesure n'est pas une mesure d'exécution de peine, mais un élément de la peine elle-même, son prononcé supposant « une appréciation de la culpabilité du prévenu ». Cette décision signifiait donc, non que toutes les mesures relatives à l'exécution des peines devaient être soumises aux règles applicables aux lois de fond, mais que certaines mesures d'exécution étaient en réalité des lois de fond devant, comme telles, être soumises au principe de la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère* » (Droit pénal général, n° 361).

Faisant de cette décision une interprétation contestable, le législateur de l'actuel code pénal a posé le principe selon lequel les lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines, lorsqu'elles rendent plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation, ne sont applicables qu'aux condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à leur entrée en vigueur (art. 112-2 du code pénal, 3°).¹⁸

Toutefois, il avait toujours été admis en Doctrine que le principe de non-rétroactivité de la loi plus sévère n'avait, en matière d'exécution de peines, qu'une valeur législative, et qu'il pouvait donc être écarté par la loi, sans que la Constitution soit pour autant méconnue (*V. notamment W. Jeandidier¹⁹, J. Pradel²⁰; c'était aussi la position exprimée dans la circulaire de la Chancellerie du 14 mai 1993, relative à l'application des dispositions législatives du code pénal*).

Le Conseil a eu l'occasion de se prononcer expressément sur cette question dans sa décision du 8 décembre 2005 (*n° 2005-527 DC, Loi relative à au traitement de la récidive des infractions pénales*). Il y a rappelé de la manière la plus nette que la distinction entre peines et mesures d'exécution des peines était toujours pertinente et en a précisé la portée.

La loi en cause instituait une mesure de « surveillance judiciaire » qui permet, à leur libération, de soumettre des condamnés présentant un risque élevé de récidive à diverses obligations, notamment le placement sous surveillance électronique mobile.

Le Conseil a tout d'abord constaté que la surveillance judiciaire était une modalité d'exécution de la peine, étant limitée à la durée des réductions de peine dont bénéficie le condamné.

Il a ensuite relevé que cette modalité d'exécution de la peine n'était ni prononcée par une juridiction de jugement, ni liée à l'appréciation de la

¹⁸ La rédaction de cette disposition, spécialement en ce qui concerne le domaine d'application du principe de non-rétroactivité, a été marquée par une opposition entre l'Assemblée nationale et le Sénat, chacune des deux assemblées interprétant de manière différente la décision du Conseil. Le Sénat proposait la rédaction actuelle, autrement dit une application large du principe. Il faisait valoir que les critères retenus par le Conseil à propos de la période de sûreté, notamment le rôle de la juridiction de jugement, se retrouvaient dans d'autres mesures d'exécution des peines. L'Assemblée Nationale estimait que, sans écarter l'interprétation du Sénat, la décision du Conseil ne l'impliquait pas nécessairement. Afin de concilier cette décision avec la jurisprudence de la chambre criminelle qui affirmait de longue date l'application immédiate aux situations en cours des lois relatives à l'exécution des peines, elle préférait ne poser le principe de non-rétroactivité que pour la période de sûreté. Elle excluait ainsi son application aux mesures d'exécution des peines autres que la période de sûreté, car ces mesures (par ex. les réductions de peines ou les permissions de sortie) ne sont pas des décisions prises par la juridiction de jugement au moment où elle prononce la condamnation. Le Sénat l'a finalement emporté.

¹⁹ W. Jeandidier, *Juris-Classeur, Application de la loi pénale dans le temps*, fasc. 20, n° 83

²⁰ *Droit pénal général*, n° 215

culpabilité²¹ et qu'elle avait pour seul but de prévenir la récidive. Il en a conclu qu'elle ne constituait ni une peine, ni une sanction²².

Il en a alors tiré la conséquence que le législateur avait pu, sans méconnaître le principe de non-rétroactivité, prévoir l'application du nouveau régime de la « surveillance judiciaire » à des personnes condamnées pour des faits commis antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi²³.

En rejetant le recours, le Conseil constitutionnel, a clairement affirmé la valeur seulement législative de la règle, figurant au 3^o de l'article 112-2 du code pénal²⁴. Le législateur peut donc, comme c'était le cas en l'espèce, y déroger sans méconnaître les exigences de l'article 8 de la Déclaration de 1789 (sauf, bien sûr, dans les hypothèses où la modalité d'exécution de la peine constituerait par elle-même une peine ou une sanction).

- *Peines et sanctions ayant le caractère d'une punition/mesures de police*

Un exemple récent de cette distinction peut être donné avec le fichier judiciaire national automatisé des auteurs des infractions sexuelles (FIJAIS). Ce fichier n'a pas été considéré comme une sanction ayant le caractère d'une punition.

Le Conseil a en effet considéré que l'inscription de personnes sur ce fichier « *ne constitue pas une sanction mais une mesure de police* » en ce qu'elle « *a pour objet (...), de prévenir le renouvellement de ces infractions et de faciliter l'identification de leurs auteurs* » (cons. 74). Il a donc refusé d'examiner la disposition légale sur le fondement du principe de nécessité des peines (art. 8 de la Déclaration de 1789), comme l'y invitaient les requérants, mais a toutefois

²¹ Ce qui la distinguait de la période de sûreté, qui réunissait, elle, ces caractères, comme le Conseil l'avait constaté dans sa décision n° 86-215 du 3 septembre 1986 précitée

²² La décision du Conseil a pu être critiquée comme « stupéfiante » au motif qu'elle romprait avec sa jurisprudence antérieure (cf. Ch. Lazerges, RSC 2006, L'électronique au service de la politique criminelle) mais les observations qui précèdent attestent du souci qu'a eu le Conseil de ne pas se démarquer de sa jurisprudence antérieure.

²³ Il importe de rappeler que si le principe de non-rétroactivité n'est pas applicable, la mesure n'en est pas moins soumise au contrôle du Conseil au regard du principe de la « rigueur non nécessaire » posé par l'article 9 de la Déclaration de 1789. Le Conseil a estimé en l'espèce que la surveillance judiciaire n'imposait pas de rigueur qui ne soit nécessaire.

²⁴ Sur la portée même de cette disposition, on peut souligner la réflexion de F. Stasiak, à propos de la nouvelle rédaction de l'article 721, alinéa 1^{er} du code de procédure pénale : « *Si la jurisprudence a exclu l'application immédiate de la loi nouvelle à propos du sursis avec mise à l'épreuve ou de la période de sûreté, il ne saurait en aller de même des réductions de peines, même ordinaires, qui n'influent que sur le quantum de la peine exécutée et ne peuvent, en aucun cas, aggraver la peine prononcée par la juridiction de jugement. Certes, « un telle interprétation viendrait priver de tout intérêt cette disposition, en raison de l'extrême rareté des lois qui allongent les peines via leur exécution* » (M. Herzog-Evans, Quantum du crédit de réduction de peine et bug juridique » AJ Pénal, 2005, p. 448), mais le texte interprété est clair et correspond indubitablement à l'intention du législateur » (De l'art d'interpréter la loi, l'article 721, alinéa 1^{er} du code de procédure pénale, AJ Pénal, 2006p. 210).

vérifié que cette inscription ne constituait pas une rigueur non nécessaire (au sens de l'article 9 de la Déclaration). Insistons sur ce point : si l'exclusion de la qualification de « sanction » a pour effet d'exclure tout contrôle au regard des exigences posées par l'article 8, y compris la non rétroactivité de la loi pénale plus sévère, elle n'a pas pour autant pour effet d'exclure tout contrôle de la part du Conseil puisqu'au contraire un contrôle subsiste au regard de l'article 9²⁵ de la Déclaration²⁶.

Dans cette même décision, le Conseil a indiqué que « *l'obligation faite aux personnes inscrites de faire connaître périodiquement l'adresse de leur domicile ou de leur résidence ne constitue pas une sanction, mais une mesure de police destinée à prévenir le renouvellement d'infractions et à faciliter l'identification de leurs auteurs* » (n° 2004-492 DC, du 2 mars 2004, Loi dite Perben II, cons. 91).

La définition ainsi donnée de la mesure de police, en tant qu'elle tend à prévenir le renouvellement des infractions, est proche de celle de « mesure de sûreté » bien connue de la doctrine pénale²⁷ et de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Cette dernière a, elle aussi, postérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, écarté le principe de non-rétroactivité à propos d'une incapacité attachée à certaines condamnations, édictées par le texte régissant les conditions d'accès à la profession d'agent immobilier, qu'elle a qualifiée de « *mesure de sûreté qui, dès l'entrée en vigueur de la loi qui l'institue, frappe la personne antérieurement condamnée* » (Cass. Crim. 26 novembre 1997 : Bull. crim. n° 404²⁸).

2° Extension du champ d'application du principe de non-rétroactivité en dehors de la matière pénale

Selon le Conseil, « *le principe de non-rétroactivité (formulé à l'article 8 de la Déclaration de 1789) ne concerne pas seulement les peines appliquées par les*

²⁵ Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.

²⁶ Un tel contrôle a d'ailleurs été exercé à propos de la mesure précitée de surveillance judiciaire, cf. note 17

²⁷ La mesure de sûreté est une mesure « *tendant à faire cesser une situation dangereuse indépendamment de toute idée de faute* » (J-P. Céré, Peine (nature et prononcé), Répertoire Pénal Dalloz - Desportes et Le Guéhec, Droit pénal général, 12^{ème} éd. 2005, n° 752). Il s'agit d'une « *simple précaution de protection sociale destinée à prévenir la récidive d'un délinquant ou à neutraliser l'état dangereux* », « *dépourvue de tout but rétributif ou expiatoire* » et « *choisie en considération de (son) action potentielle sur l'élimination de l'élément dangereux* » (Merle et Vitu, Traité de droit criminel, n° 610). Elle a un caractère essentiellement préventif et l'état dangereux qu'elle doit pallier « *est apprécié (...) distinctement de l'infraction commise et sans égard à la culpabilité du délinquant* » (J-P Céré précité).

²⁸ D. 1998, p. 495, note Rebut

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" (n° 82-155DC, 30 décembre 1982, loi de finances rectificative pour 1982, cons. 33 et 34) ou, selon une formulation plus atténuée, « même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire » (n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, loi relative à la liberté de communication, cons. 36. - Il semble d'ailleurs que le Conseil n'utilise plus cette incise, V. n° 2004-504 DC, 12 août 2004, loi relative à l'assurance-maladie, cons. 24).

Ont ainsi été considérées comme une punition soumise au principe de non-rétroactivité :

- les sanctions fiscales (n° 97-390 DC, 19 novembre 1997, loi organique relative à la fiscalité applicable en Polynésie française, cons. 14), comme l'amende fiscale de 100 euros prévue en cas de la fourniture, faite de mauvaise foi, de renseignements inexacts pour obtenir le versement d'un acompte de la prime pour l'emploi (n° 2003-489 DC, 29 décembre 2003, loi de finances pour 2004, cons 8 à 13).

- les sanctions administratives (par exemple, les sanctions que peut infliger le Conseil supérieur de l'audiovisuel : n° 88-248DC, 17 janvier 1989, loi relative à la liberté de communication, cons. 36 à 39 ; ou encore, la pénalité financière que peut prononcer le directeur d'un organisme local d'assurance maladie à l'encontre des professionnels de santé ou des assurés en cas d'inobservation des règles ayant abouti des demandes de remboursement ou des remboursements indus : n° 2004-504 DC, 12 août 2004, loi relative à l'assurance-maladie, cons. 22 à 27).

N'ont en revanche pas été considérées comme des sanctions ayant le caractère d'une punition²⁹ :

- en matière fiscale, des « majorations de droits et (...) intérêts de retard ayant le caractère d'une réparation pécuniaire » (n° 82-155 DC, 30 décembre 1982, loi de finances rectificative pour 1982, cons. 33 et 34) ou les dispositions qui suppriment une exonération fiscale (n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, loi de finances pour 1990) ;
- en matière sociale, la majoration d'une cotisation sociale (n° 92-311 DC, 29 juillet 1992, cons. 3 et 6) ;

²⁹ Il est toutefois difficile d'apprécier si les mesures en cause constituaient, pour le Conseil, des sanctions, mais dénuées de valeur punitive, ou si elles ne constituaient pas même des sanctions.

- certaines mesures de police relatives aux titres de séjour des étrangers (retrait de la carte de séjour pour des motifs d'ordre public, *n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, loi pour la sécurité intérieure*).

II. LE PRINCIPE DE NÉCESSITÉ DES PEINES

Ce principe est affirmé par l'article 5³⁰ et surtout par l'article 8³¹ de la Déclaration de 1789. Le principe de nécessité que mentionne l'article 9, précédemment évoqué, est, quant à lui, d'une portée entièrement distincte puisqu'il se rapporte aux mesures destinées à s'assurer d'une personne avant qu'elle n'ait été déclarée coupable.

A) Champ d'application du principe de nécessité

Le principe de nécessité concerne évidemment les peines prononcées par les juridictions répressives, mais il ne s'applique pas uniquement à elles.

Ainsi le Conseil a-t-il précisé qu'il s'appliquait également :

- à toute sanction ayant le caractère d'une punition, par exemple une amende fiscale instituée en cas de divulgation du montant du revenu d'une personne (*n° 87-237 DC du 30 décembre 1987*) ;
- aux incapacités qui sont attachées du fait de la loi aux peines prononcées par l'autorité judiciaire ou qui découlent de décisions prises par une autorité administrative (*n° 93-321 du 20 juillet 1993, cons. 12* : en l'espèce, perte du droit d'acquérir la nationalité française en cas de prononcé de certaines peines ou mesures, comme un arrêté d'expulsion) ;
- à la période de sûreté qui, comme on l'a vu, « *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* » (*n° 86-215 du 3 septembre 1986, cons. 3* ; *n° 93-334 DC du 20 janvier 1994, cons. 12*³²) ;

³⁰ La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.

³¹ 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.

³² Considérant que le principe ainsi énoncé 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

Dans cette dernière décision, le Conseil constitutionnel a en outre affirmé la fonction constitutionnelle de l'exécution des peines privatives de liberté et en a précisé les finalités : *" 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"*.

Cette définition de l'exécution des peines peut être utilement comparée avec la définition du but de la peine telle qu'elle résulte de l'article 4 de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, qui a modifié l'article 132-24 du code pénal : *« La nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions. »*

B) La mise en œuvre du principe de nécessité en matière d'incriminations et de peines

1) La nature et les critères du contrôle

En 1981, le Conseil a posé pour principe que, dans le cadre de sa mission du contrôle de constitutionnalité, *« il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci, alors qu'aucune disposition du titre Ier de la loi n'est manifestement contraire au principe posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789 »* (n° 19-20 janvier 1981, loi dite « sécurité-liberté » ; cf. aussi n° 84-176 DC du 25 juillet 1984, communication audiovisuelle).

Il manifestait par là sa volonté de n'exercer qu'un contrôle restreint sur le respect du principe de nécessité des peines, tout en se réservant la possibilité de sanctionner une erreur manifeste.

Il a précisé plus tard que cette erreur manifeste résidait dans une disproportion entre la peine encourue et l'infraction.

En 1986, il a en effet énoncé *« qu'en l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci »* (n° 86-215 du 3 septembre 1986, cons. 7 ; principe repris dans n° 92-316 du 20 janvier

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

1993, cons. 32 et sous une formulation approchante dans n° 93-334 DC du 20 janvier 1994, cons. 10 ; n° 2003-467 du 13 mars 2003, cons. 72, etc.)

Cette position prudente du Conseil quant à l'appréciation laissée au législateur est constante, y compris en dehors de la matière pénale.

Il a d'ailleurs conclu à plusieurs reprises que les dispositions des lois qui lui étaient soumises n'étaient pas « *manifestement contraires au principe posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789* » (ex. n° 86-215 du 3 septembre 1986, cons. 7).

2) L'application des critères

Même si elles sont rares, les décisions de censure existent.

Ainsi, en se fondant expressément sur les dispositions de l'article 8 de la Déclaration de 1789, 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'infraction d'aide à l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger en France prévu par l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, loi tendant à renforcer la répression du terrorisme, cons. 1 à 9).

La grande majorité des décisions consiste toutefois en des constats de constitutionnalité.

En matière de détermination des infractions et des peines, le Conseil a ainsi considéré comme non-contraires à la Constitution :

- les dispositions rétablissant l'incrimination de participation à une association de malfaiteurs au cas où une telle association tend à la réalisation de délits limitativement énumérés, passible d'une peine d'emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 5 000 F à 100 000 F (n° 86-215 du 3 septembre 1986, cons. 5) ;
- les dispositions renforçant la répression des violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner, commises avec circonstances aggravantes et punissables de cinq à vingt ans de réclusion criminelle (n° 86-215 du 3 septembre 1986, cons. 6) ;
- « eu égard à la nature des activités économiques et des intérêts commerciaux en cause », les dispositions punissant les infractions en matière de prestations de publicité d'une peine d'amende dont le maximum est, selon la nature de l'infraction, fixé à 200 000 F ou à 2 000 000 F (n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, cons. 32) ;
- les dispositions qui portent de 5 000 à 10.000 francs le montant maximum de l'amende encourue par l'entreprise de transport routier qui achemine sur le territoire français un étranger en situation *irrégulière* (n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. 36 et 39) ;
- l'article qui punit de 50 000 Francs d'amende et 6 mois d'emprisonnement l'entrave à l'accomplissement des missions des agents chargés de rechercher et de constater les infractions à la loi relative à l'emploi de la langue française (n° 94-345 DC du 29 juillet 1994, cons. 26 à 28) ;
- les dispositions qui portent à cinq ans d'emprisonnement et 500 000 francs d'amende ou sept ans d'emprisonnement et 700 000 francs d'amende la répression des violences volontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours selon que deux ou trois circonstances aggravantes sont réunies (n° 94-345 DC du 16 juillet 1996, cons. 25) ;

- les dispositions qui portent à deux ans d'emprisonnement et 200 000 francs d'amende, ou cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 francs d'amende en cas de menace de mort ou de menace d'atteinte aux biens dangereuse pour les personnes, certaines formes de menaces de commettre un crime ou un délit contre les personnes ou les biens commises au préjudice des « agents publics » (*n° 94-345 DC du 16 juillet 1996, cons. 26*) ;
- les dispositions qui portent à six mois d'emprisonnement et de 50 000 francs d'amende l'outrage aggravé visant une personne chargée d'une mission de service public et à un an d'emprisonnement et 100 000 francs d'amende l'outrage aggravé adressé à une personne dépositaire de l'autorité publique (*n° 94-345 DC du 16 juillet 1996, cons. 27*) ;
- la disposition qui rend le titulaire du certificat d'immatriculation d'un véhicule redevable de l'amende encourue, mais qui ne le tient pas pour responsable de l'infraction et qui, notamment, ne donne pas lieu à inscription au casier judiciaire, n'est pas pris en compte au titre de la récidive et n'entraîne pas de retrait de points affectés au permis de conduire (*n° 99-411 DC du 16 juin 1999, cons. 8*) ;
- la disposition instaurant le délit de récidive de la contravention de grand excès de vitesse (*n° 99-411 DC du 16 juin 1999, cons. 13 à 15, la motivation de la décision étant particulièrement détaillée, cf. ci-après*) ;
- de la perte du nombre de points affecté au permis de conduire, quantifiée de façon variable en fonction de la gravité des infractions (*n° 99-411 DC du 16 juin 1999, cons. 22*) ;
- la double incrimination dans le code pénal et le code du travail du harcèlement sexuel (*n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, cons. 76 à 86, sous réserve du principe de proportionnalité des peines, qui implique que, lorsque plusieurs dispositions pénales sont susceptibles de fonder la condamnation d'un seul et même fait, les sanctions subies ne peuvent excéder le maximum légal le plus élevé*).

En matière d'exécution des peines, il a également considéré comme n'étant pas manifestement contraires à l'article 8 :

- les dispositions fixant notamment la durée de la période de sûreté, durant laquelle les condamnés ne peuvent bénéficier des dispositions concernant le fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, les permissions de sortir, la semi-liberté et la libération conditionnelle, à la moitié de la peine ou à 15 ans, voire 30 ans (*n° 86-215 du 3 septembre 1986, cons. 8 à 12*) ;
- les dispositions instaurant la « peine incompressible » (*n° 93-334 DC du 20 janvier 1994, cons. 7 à 15*).

Il a jugé de même en ce qui concerne :

- les incapacités, par exemple, pour la perte du droit d'acquérir la nationalité française en cas de prononcé de certaines peines ou mesures, « eu égard à la nature des infractions concernées ainsi qu'à la nature et à la durée des peines qui doivent avoir été prononcées par la juridiction répressive » ainsi qu'à la nature des mesures administratives en cause (*n° 93-321 du 20 juillet 1993, cons. 13 et 14*) ;
- les sanctions administratives (retrait de la carte de séjour temporaire et la carte de résident à tout employeur qui emploie des étrangers en situation irrégulière) qui ne revêtent pas un caractère automatique et dont la mise en oeuvre est placée sous le contrôle du juge administratif qui peut prononcer un sursis à exécution, et ce, même compte tenu des sanctions pénales qui peuvent être le cas échéant applicables (*n° 97-398 DC du 22 avril 1997, cons. 28 et 31*).

C) Les autres domaines de mise en œuvre du principe de nécessité

1) Le non-cumul des peines

Dans la décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982 (Blocage des prix et des revenus, cons. 13), 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 donc déroger sans méconnaître la Constitution.

Le cumul des sanctions pénales et administratives est lui aussi possible, dans les limites du principe de proportionnalité que le Conseil a fait découler de l'article 8 de la Déclaration de 1789.

A l'occasion de l'examen de la loi qui renforçait les pouvoirs de sanction de la Commission des opérations de bourse, il a en effet émis une réserve selon laquelle *"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"* (n° 89-260 du 28 juillet 1989, cons. 22 et 23 – principe rappelé depuis en des termes identiques, n° 97-395DC du 30 décembre 1997, Loi de finances pour 1998, cons. 41, à propos d'une amende fiscale destinée à sanctionner la délivrance d'une fausse facture).

La Doctrine a mis en évidence la portée de la jurisprudence du Conseil, tout en l'appelant à la préciser : *« Si le Conseil constitutionnel sanctionne le cumul des sanctions administratives et pénales pour les mêmes faits, ce n'est pas dans leur principe mais dans le risque du prononcé de sanctions disproportionnées par rapport aux faits. Autrement dit, le Conseil constitutionnel ne se fonde pas sur le principe non bis in idem³³. Le Conseil constitutionnel entretient d'ailleurs la confusion sur la valeur du principe non bis in idem. En réalité, le Conseil constitutionnel conforte la jurisprudence ordinaire qui n'étend pas la règle non bis in idem au cumul des sanctions administratives et pénales. Le Conseil constitutionnel admet donc le cumul des sanctions administratives et pénales sous réserve que ce cumul n'aboutisse pas à une sanction disproportionnée »³⁴.*

2) L'individualisation des peines

Le Conseil s'était déjà référé dans ses décisions au « principe d'individualisation des peines », mais sans lui conférer valeur constitutionnelle (n° 80-127DC du 20 janvier 1981, Loi dite « Sécurité et liberté », où le grief tiré de la violation de ce principe est rejeté).

Il avait à l'époque relevé que *« si la législation française a fait une place importante à l'individualisation des peines, elle ne lui a jamais conféré le caractère d'un principe unique et absolu prévalant de façon nécessaire et dans tous les cas sur les autres fondements de la répression pénale ; qu'ainsi, à supposer même que le principe de l'individualisation des peines puisse, dans ces*

³³ V. N. Molfessis, Dimension constitutionnelle des droits et libertés fondamentaux, in Droits et libertés fondamentaux, Economica 1998, p. 66-67

³⁴ Valentine Vüick, Chronique de droit constitutionnel pénal, Rev. sc. crim. 2004, p. 161 – Une importante thèse a été soutenue en 2005 par Juliette Lelieur-Fischer, sur « La règle *ne bis in idem*, Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive ». Elle comporte de nombreux éléments fort intéressants, encore qu'il paraisse difficile de souscrire à la conclusion de l'auteur qui l'analyse comme un droit fondamental de toute personne à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits, droit dont le fondement serait le principe du respect de la dignité humaine, dont le Conseil n'use pourtant qu'avec la plus grande prudence.

limites, être regardé comme l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, il ne saurait mettre obstacle à ce que le législateur, tout en laissant au juge ou aux autorités chargées de déterminer les modalités d'exécution des peines un large pouvoir d'appréciation, fixe des règles assurant une répression effective des infractions » (cons. 16).

Depuis, le rapport de la mission d'information constituée le 4 mars 2004 sur le traitement de la récidive des infractions pénales avait toutefois mis en évidence, dans une exacte synthèse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, que si le principe n'avait jamais été consacré en tant que tel, il découlait des décisions sur la nécessité des peines³⁵.

Le Conseil ne l'avait cependant jamais consacré sous cette appellation comme exigence de valeur constitutionnelle³⁶.

³⁵ « Dans un certain nombre de décisions, le Conseil a tiré du principe de nécessité des peines l'interdiction des peines « automatiques ». Il en est ainsi en matière de reconduite à la frontière puisque le Conseil a considéré que le fait que « tout arrêté de reconduite à la frontière entraîne automatiquement une sanction d'interdiction de territoire pour une durée d'un an sans égard à la gravité du comportement ayant motivé cet arrêté, sans possibilité d'en dispenser l'intéressé ni même d'en faire varier la durée [...] ne répond pas aux exigences de l'article 8 de la déclaration de 1789³⁵. » De même, dans sa décision 99-410 DC du 15 mars 1999, le Conseil a-t-il sanctionné le caractère automatique de la déchéance des droits civils et politiques consécutive à une déclaration de faillite par le juge commercial. Par ailleurs, le juge constitutionnel a fait usage d'une réserve d'interprétation rendant conforme une disposition qui, à défaut aurait été déclarée contraire à la Constitution du fait de l'automatisme de la peine, en considérant « que les peines prévues par ces articles, qui peuvent être prononcées pour un montant ou une durée inférieure par le juge, ne sont pas entachées de disproportion manifeste [NB : contrairement à ce qu'indique le rapport parlementaire, il ne s'agit toutefois pas d'une réserve d'interprétation : cf ; décision 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, cons. 27, à propos du délit d'outrage aggravé]. L'incise du juge constitutionnel, soulignant que le juge conserve la possibilité de prononcer des peines inférieures, mérite d'être relevée et atteste de l'importance que le pouvoir d'appréciation du juge revêt à ses yeux. Comme l'a indiqué à la mission le professeur Jean Pradel, il ressort de l'analyse de cette jurisprudence que, si l'individualisation des peines ne relève pas explicitement de la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, il ne semble pas infondé de considérer qu'elle possède néanmoins une telle valeur tant l'interdiction continue et répétée des peines automatiques par le juge constitutionnel et son attention quant au respect du principe de nécessité et de proportionnalité des peines tendent à s'assurer de l'individualisation de la peine et de son exécution » (Rapport n° 1718, enregistré à l'Assemblée nationale le 7 juillet 2004.

³⁶ A l'occasion d'une exception d'irrecevabilité soutenue à l'Assemblée nationale le 14 décembre 2004, lors de la discussion de la proposition de loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales, des députés avaient soutenu que le principe avait été consacré aussi dans la décision sur la loi Perben II du 2 mars 2004 : « Le principe de l'individualisation de la peine n'est pas inscrit dans le marbre de la Déclaration de 1789 ni, explicitement, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Néanmoins, il est acquis qu'on ne saurait retirer au juge tout pouvoir d'individualisation de la peine. Une valeur constitutionnelle est reconnue à ce principe par le Conseil qui, dans sa décision du 2 mars 2004 relative à la loi tendant à adapter la justice aux évolutions de la criminalité, a tenu à exprimer des réserves. Il n'a validé la procédure du plaider-coupable que sous réserve d'une homologation par le juge, qui pourra la refuser « s'il estime que la nature des faits, la personnalité de l'intéressé, la situation de la victime ou les intérêts de la société justifient une audience correctionnelle ordinaire ».

Cette consécration est venue à son heure, de manière toute naturelle, dans la décision n° 2005-520 DC du 22 juillet 2005 sur la loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (plaider-coupable). Dans cette décision, volontairement lapidaire, le Conseil a indiqué que la loi nouvelle ne méconnaît pas « *le principe d'individualisation des peines qui découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* ».

Sans doute le développement de la jurisprudence du Conseil sur la nécessaire conciliation entre les diverses exigences constitutionnelles a-t-elle favorisé l'éclosion de cette nouvelle exigence puisqu'elle ne se voyait pas reconnaître de la sorte une valeur absolue, insusceptible de conciliation. C'est le caractère attaché à la reconnaissance d'une exigence constitutionnelle, qui avait pu alors paraître absolu, qui avait en effet été avancé un temps par la Doctrine comme constituant un obstacle à une telle reconnaissance³⁷.

c) la rétroactivité de la loi pénale plus douce (rétroactivité *in mitius*)

Comme le rappelle le second alinéa de l'article 112-1 du code pénal, la loi pénale plus douce s'applique immédiatement, même aux faits commis avant son entrée en vigueur, dès lors qu'ils n'ont pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée.

Il s'agit du principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce ou rétroactivité « *in mitius* »³⁸. Ce principe ne figure pas dans la Convention européenne des droits de l'homme. S'il est exprimé à l'article 15§1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques³⁹, il ne concerne que les peines et non les

³⁷ Analysant les considérants de la décision « Sécurité-Liberté », le commentateur au juriscasseur (J. Calvez) indiquait en 1994 : « *Le principe de la nécessité de la peine issu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen n'a pas été interprété par le Conseil constitutionnel comme interdisant au législateur de poursuivre des fins autres que l'individualisation de la sanction pénale. Il lui a, à l'inverse, reconnu la liberté de privilégier, lorsqu'il le souhaite, la punition par rapport à l'individualisation, de prendre en considération plus l'acte délictueux que l'homme qui l'a commis. De ce fait, l'individualisation de la sanction pénale ne constitue pas un principe d'ordre constitutionnel car : « il n'a pas le caractère d'un principe unique et absolu prévalant de façon nécessaire et dans tous les cas sur les autres fondements de la répression pénale ».*

³⁸ On a pu souligner que « *le principe de l'application immédiate ne doit pas, en théorie, être confondu avec la rétroactivité de la loi moins sévère, dite rétroactivité in mitius. Si ce principe revient à appliquer la loi nouvelle à des personnes condamnées avant l'entrée en vigueur de celle-ci, il est selon l'article 112-4 du code pénal « sans effet sur la validité des actes accomplis conformément à la loi ancienne...* (F. Stasiak, De l'art d'interpréter la loi, AJ Pénal ; 2006, p. 210)

³⁹ La 3^{ème} phrase de l'alinéa 1^{er} de l'article 15 du pacte est ainsi rédigée : « *Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier* ». La jurisprudence de la chambre criminelle insiste sur le fait que ces dispositions pacte ne concernent que les sanctions et pas les incriminations : « *Attendu que le prévenu ne saurait faire grief à l'arrêt attaqué d'avoir jugé que l'article 110 de la loi du 17 juillet 1992, selon lequel les dispositions de cette loi n'ont pas d'effet rétroactif sur les infractions commises avant son entrée en vigueur, n'est pas contraire à l'article 15-1 du Pacte international sur les droits*

incriminations. La Cour de justice des communautés européennes l'a reconnu comme l'un des principes généraux du droit communautaire⁴⁰, mais en des termes proches de ceux du Pacte de New-York, puisqu'elle ne fait état que de « *l'application rétroactive de la peine la plus légère* ».

Dans sa décision des 19-20 janvier 1981, le Conseil constitutionnel a conféré valeur constitutionnelle à ce principe. Saisi de dispositions qui tendaient à l'écarter, il les a censurées au motif que « *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* » (Décision n° 80-127DC du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes (Sécurité et liberté), cons. 75 – cf. aussi la mention qui en est faite dans la décision n° 92-305 DC, cons. 112⁴¹).

Le Conseil s'étant fondé sur le concept de « nécessité » des peines, des auteurs ont pu en déduire qu'il ne pouvait pas être exclu, surtout dans le domaine de la législation économique, que la survie d'une loi ancienne plus sévère soit considérée dans certains cas comme tout aussi nécessaire que l'entrée en vigueur pour l'avenir des dispositions nouvelles. F. Desportes et F. Le Gunehec écrivent ainsi : « *Dès lors que l'absence de nécessité de la répression constitue le fondement du principe, pourquoi ne pas admettre qu'elle puisse également en constituer la limite ? Lorsque des circonstances objectives qui ne tiennent pas à un caprice du législateur mettent en évidence que la répression demeure nécessaire pour le passé, on devrait admettre que celle-ci puisse se poursuivre en dépit de l'abrogation du texte répressif*⁴² »

Il est arrivé depuis les décisions précitées du Conseil que le législateur adopte des dispositions s'écarter de ce principe.

Ainsi, au cours de l'été 2005, le Conseil a été saisi de la loi en faveur des petites et moyennes entreprises, qui comportait des dispositions écartant expressément le principe de la rétroactivité « in mitius »⁴³. Les requérants ne critiquaient pas

civils et politiques, dès lors que ce dernier texte ne concerne que les sanctions et non les incriminations » (Cass. Crim. , 6 octobre 1984, n° 03-84827).

⁴⁰ CJCE, 3 mai 2005, Berlusconi et autres, Gaz. Pal 20-21 mai 2005, note Soulard.

⁴¹ « *Considérant que, dans les domaines de sa compétence, il est du pouvoir du législateur organique, sous réserve de l'application immédiate de mesures répressives plus douces, de fixer les règles d'entrée en vigueur des dispositions qu'il édicte ; qu'il suit de là que les articles 50 à 53 ne sont pas contraires à la Constitution* ».

⁴² Droit pénal général, 12^e éd. 2005, n° 343. – cf également dans le même sens, Merle et Vitu, Traité de droit criminel, Cujas, t. 1, 6^{me} éd. 1988, n° 242

⁴³ La disposition en cause modifiait le second alinéa de l'article L. 442-2 du code de commerce qui définit le seuil de revente à perte, à partir duquel peut être déterminée la constitution ou non du délit de revente à perte prévu par le premier alinéa. Il résultait de cette modification que le seuil de revente à perte serait plus bas que celui actuellement prévu. La disposition nouvelle était donc moins sévère que la disposition actuellement en vigueur. Le IV de l'article 47 disposait toutefois que « *par dérogation aux articles 112-1 et 112-4 du code pénal,*

ces dispositions et le Conseil, bien que saisi de l'ensemble de la loi, ne s'est pas prononcé sur ce point (*n° 2005-523DC du 29 juillet 2005*).

Le silence du Conseil ne saurait être interprété comme une validation de la disposition en cause. Il est acquis que les décisions du Conseil ne décernent pas de brevet de constitutionnalité à d'autres dispositions que celles sur lesquelles il s'est expressément prononcé. Tout au plus peut-on constater qu'il n'a pas soulevé d'office la question, alors qu'il aurait pu le faire. Mais l'usage ou non, par le Conseil, de ses « pouvoirs d'office » est le produit d'une certaine alchimie entre nature des valeurs en cause, opportunité et contraintes matérielles, et l'on ne saurait rien déduire du fait que le Conseil ne les a pas exercés. Il lui appartiendra, si l'occasion s'en présente, d'apporter une réponse définitive à cette question.

On peut en tout cas relever une évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation vers une interprétation plus exigeante du principe de la rétroactivité *in mitius*, sans doute sous la pression de la jurisprudence du Conseil, en l'état de son expression.

Se refusant à tout contrôle de constitutionnalité, la Cour a longtemps admis qu'une disposition contraire expresse pouvait tenir en échec le principe de la rétroactivité *in mitius*. Ce raisonnement n'était que l'un des nombreux moyens successivement mis en œuvre par la chambre criminelle – souvent sous le feu des critiques doctrinales⁴⁴ - pour limiter les conséquences, sur la répression, des modifications de nature législative ou réglementaire intervenant fréquemment en matière économique, par nature changeante.

Récemment, en matière de délit de favoritisme, dans un souci de respect accru du principe de la rétroactivité *in mitius*, elle a choisi de ne plus se fonder sur des dispositions expresses contraires assurant la survie temporaire de dispositions anciennes⁴⁵. Elle a préféré recourir à la notion de « *support légal de l'incrimination* » en jugeant que la loi qui sanctionne l'infraction à des dispositions réglementaires (et qui est donc le support légal de l'infraction) n'étant pas affectée par la modification de ces dispositions réglementaires même

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 ». Elle avait été justifiée dans les débats parlementaires comme « (*visant*) à éviter que la mise en œuvre progressive des nouvelles règles relatives au seuil de revente à perte ne soit contournée par certains opérateurs, qui souhaiteraient en « anticiper » l'application intégrale, et à éviter que tout dispositif d'abaissement du seuil de revente à perte ne se transforme de fait en amnistie pour une partie des infractions commises (...) » (Rapport AN, p. 186 – V. aussi rapport Sénat, p. 165).

⁴⁴ Qui reprochaient à la cour de ne pas faire application des dispositions du pacte international relatif aux droits civils et politiques.

⁴⁵ Alors même que la circulaire de la chancellerie suggérait de se fonder sur le principe des dispositions contraires expresses, qui en l'espèce avaient été prévues dans les textes réglementaires.

si elles sont plus douces, la répression pouvait se poursuivre sur la base des dispositions réglementaires anciennes⁴⁶. Mais cette solution n'est évidemment possible que lorsque l'incrimination repose sur une loi qui sanctionne la violation de dispositions réglementaires, ce qui n'est pas toujours le cas en matière de réglementation économique.

Il sera intéressant de savoir ce que jugera la Cour de cassation si des poursuites sont intentées pour revente à perte sur le fondement des dispositions anciennes maintenues par la loi sur les petites et moyennes entreprises et si les prévenus invoquent devant elle, faute de pouvoir invoquer les dispositions constitutionnelles ou la Convention européenne des droits de l'homme, les dispositions conventionnelles du Pacte de New-York.

⁴⁶ Cass. Crim. 19 mai 2004 : Bull. crim. n° 131 ; 7 avril 2004 : Bull.crim. n° 93 ; 28 janvier 2004 : Bull.crim. n°23 - Le favoritisme n'est pas la seule matière où le raisonnement est tenu : V. par exemple en matière de tromperie, Cass. Crim, 15 juin 2004, n° 03-84925 : « *Attendu que pour caractériser l'élément légal de l'infraction de tromperie, l'arrêt écarte l'application du décret du 22 janvier 2001, ayant abaissé le seuil de matière sèche requis pour pouvoir bénéficier de l'appellation "roquefort", aux motifs que, d'une part, les faits ont été commis antérieurement à l'entrée en vigueur de ce texte, alors que le seuil minimum était fixé par le décret du 29 décembre 1986, et que, d'autre part, les articles L. 213-1 et L. 216-3 du Code de la consommation, support légal de l'incrimination, n'ont pas été modifiés.* »