





Le contrôle de compatibilité avec la constitution en matière de droit pénal

Anne Jennequin

La législation pénale oscille, au gré des alternances, entre répression et éducation. La loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs s'inscrit dans une démarche résolument répressive, en complétant les lois n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales et n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance. Réitération d'une infraction après une condamnation définitive, la récidive légale est perçue comme « une atteinte intolérable à la sécurité des personnes et des biens qui doit être combattue aussi efficacement que possible, qu'elle soit le fait de majeurs ou de mineurs » (exposé des motifs du projet de loi). Le législateur poursuit à cet effet trois objectifs essentiels : l'instauration de peines minimales de privation de liberté, l'adaptation du régime de l'atténuation de la responsabilité des mineurs et enfin l'établissement d'un suivi médical et judiciaire obligatoire pour les personnes condamnées pour certaines infractions. Le régime de la peine varie par ailleurs en fonction de l'état de récidive, selon que les faits ont été commis en état de récidive légale ou une nouvelle fois en état de récidive légale.

La loi a été déférée au Conseil constitutionnel par des parlementaires invoquant, à l'appui de leur saisine, la violation des principes de nécessité et d'individualisation des peines contenus à l'article 8 de la Déclaration de 1789, du principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) en matière de justice des mineurs consacré par la décision n° 2002-461 DC (Cons. const. 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, n° 2002-461 DC, Rec. 204 ; AJDI 2002. 708  ; D. 2003. 1127, obs. L. Domingo et S. Nicot  ; v., aussi, Cons. const. 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, n° 2003-467 DC, Rec. 211 ; D. 2004. 1273, obs. S. Nicot  ; Cons. const. 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, n° 2004-492 DC, Rec. 66 ; D. 2004. SC. 2756 ), de la compétence de l'autorité judiciaire, des droits de la défense ainsi que du droit à un procès équitable. Le Conseil choisit toutefois de ne développer son contrôle qu'au regard des trois premières normes de référence invoquées, préférant écarter plus rapidement les autres moyens.

Par la décision n° 2007-554 DC du 9 août 2007, le Conseil substitue au contrôle de la stricte conformité de la loi à la Constitution un simple contrôle de compatibilité et reconnaît ainsi une certaine marge de manoeuvre au législateur : celui-ci n'est pas soumis à un respect scrupuleux des principes constitutionnels, il est seulement tenu de ne pas dépasser un seuil de tolérance dans la non-conformité. L'exigence de conformité à la Constitution est alors considérablement assouplie : au rapport de stricte conformité se substitue un rapport de simple compatibilité (E. Zoller, *Droit constitutionnel*, PUF, coll. Droit fondamental, 1998, p. 253).

Fondée sur les caractères de la législation pénale, la simple exigence de compatibilité à la Constitution débouche en l'espèce sur une déclaration de conformité.

L'exigence de compatibilité avec la Constitution fondée sur les caractères de la législation pénale

Les caractères de la législation pénale, qui ne sont d'ailleurs pas spécifiques à cette matière, commandent un assouplissement de l'exigence de conformité à la Constitution. D'une part, la forte politisation de la législation pénale impose au Conseil la préservation du pouvoir d'appréciation du législateur. D'autre part, la judiciarisation de la matière pénale, c'est-à-dire l'intervention systématique du juge judiciaire dans le prononcé et l'application des peines,

permet de ne pas faire du législateur le seul et unique garant du respect des principes constitutionnels.

Un contrôle préservant le pouvoir d'appréciation du législateur

L'article 34 de la Constitution confère au seul législateur compétence pour fixer « les règles concernant la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ». Le Parlement détient ainsi un large pouvoir d'appréciation que le Conseil constitutionnel préserve à la fois en lui reconnaissant compétence pour opérer lui-même la conciliation des principes constitutionnels et en restreignant son contrôle sur la nécessité des peines.

Comme tout droit ou liberté à valeur constitutionnelle, les principes applicables en matière pénale n'ont pas de caractère absolu et doivent être conciliés par le Parlement. Il en est ainsi du principe d'individualisation des peines (cons. n° 13). Il n'implique pas, d'une part, que « la peine soit exclusivement déterminée en fonction de la personnalité de l'auteur de l'infraction ». Dans la décision *Sécurité et Liberté*, le Conseil constitutionnel fonde d'ailleurs une telle interprétation du principe sur le refus de conférer au juge un pouvoir arbitraire lui permettant de ne pas appliquer la loi pénale (Cons. const. 20 janv. 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, n° 80-121 DC, Rec. 15, cons. n° 16). Il ne fait, d'autre part, pas obstacle à ce que le législateur fixe des règles assurant une répression effective des infractions. Bien que le Conseil ne le rappelle pas dans la présente décision, le PFRLR relatif à la justice des mineurs n'a pas davantage une portée absolue, dans la mesure où il doit être concilié avec « la nécessité de rechercher les auteurs d'infractions et de prévenir les atteintes à l'ordre public, et notamment la sécurité des personnes et des biens, qui sont nécessaires à la sauvegarde de droits constitutionnels » (n° 2002-461 DC, préc. ; Cons. const. 3 mars 2007, *Loi relative à la prévention de la délinquance*, n° 2007-553 DC). Le législateur peut, dès lors, renforcer le dispositif répressif au détriment des mesures éducatives, dès lors que la répression des infractions l'exige.

La lutte contre la récidive, objet de la loi déferée, a sans doute motivé l'assouplissement de l'exigence de conformité à la Constitution pour donner au législateur les moyens d'atteindre ses objectifs. Au regard de la particulière gravité des infractions concernées et de l'état de récidive multiple dans lequel elles sont commises, le Conseil admet en effet la conciliation du principe d'individualisation des peines avec les autres fondements de la répression pénale (cons. n° 15).

Par ailleurs et plus spécifiquement, le contrôle de la nécessité des peines est susceptible de conduire le Conseil constitutionnel à apprécier l'opportunité des choix politiques opérés par le législateur et à se faire ainsi « le censeur d'une politique qu'il appartient au Parlement de définir » (B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, p. 295). Or, selon la formule consacrée dans les décisions n° 74-54 DC (Cons. const. 15 janv. 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, Rec. 19) et 80-127 DC (préc.), « l'article 61 ne [lui] confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen » (cons. n° 7). Pour ne pas « substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la gravité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci » (Cons. const. 25 juill. 1984, *Communication audiovisuelle*, n° 84-176 DC, Rec. 55 ; Cons. const. 20 janv. 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, n° 92-316 DC, Rec. 14), le Conseil ne peut dès lors opérer qu'un contrôle restreint sur la nécessité des peines, limité à la disproportion manifeste (cons. n° 8). Pour l'examen des dispositions instaurant des peines minimales pour les infractions commises une nouvelle fois en état de récidive légale, le Conseil constitutionnel procède à un bilan, à une confrontation des moyens mis en oeuvre à la fin poursuivie. Constatant la gravité des infractions concernées et de la nouvelle récidive légale, il en conclut que l'instauration de peines minimales d'emprisonnement à environ un tiers de la peine encourue n'est pas manifestement disproportionnée (cons. n° 10 et 11).

Si le souci de respecter le pouvoir d'appréciation du législateur se comprend aisément, une

telle limitation du contrôle est regrettable. En imposant que la peine instituée soit adaptée à la gravité de l'infraction, le principe de nécessité implique naturellement une proportionnalité de la peine. L'article 8 de la Déclaration de 1789 devrait fonder un « contrôle renforcé de la proportionnalité manifeste » de la peine (P.-E. Spitz, A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 96-377 DC du 16 juillet 1996 sur la loi tendant à renforcer la répression du terrorisme, RFDA 1997. 540). C'est pourtant un contrôle de l'absence de disproportion manifeste de la peine par rapport à l'infraction qui est opéré. La violation du principe de nécessité des peines n'a depuis lors été constatée qu'à trois reprises (Cons. const. 30 déc. 1987, *Loi de finances pour 1988*, n° 87-237 DC, Rec. 63 ; Cons. const. 20 juill. 1993, *Loi réformant le code de la nationalité*, n° 93-321 DC, Rec. 196 ; Cons. const. 30 déc. 1997, *Loi de finances pour 1998*, 97-395 DC, Rec. 333).

Si le Conseil constitutionnel prend en considération le pouvoir d'appréciation du législateur en amont de son contrôle, il tient également compte de la liberté d'appréciation du juge judiciaire qui interviendra en aval.

Un contrôle tenant compte de l'intervention ultérieure du juge judiciaire

L'intervention ultérieure du juge judiciaire pour le prononcé de la peine comme pour l'aménagement de son application est une exigence constitutionnelle au titre de l'article 66 de la Constitution. Le législateur n'est dès lors pas le seul à même de garantir le respect des principes constitutionnels applicables en matière pénale, puisque le juge adapte la peine aux circonstances de l'infraction et à la personnalité de l'auteur. En mettant en exergue dans la décision du 9 août 2007 les dispositions autorisant la juridiction compétente à ne pas appliquer les peines instituées par le législateur (cons. n° 9, 14, 16, 17, 18 25, 31 et 32), le Conseil constitutionnel érige le juge en garant de la conformité des peines aux différentes normes de référence applicables en matière répressive. Un tel renvoi au juge judiciaire ne doit pas pour autant faire échapper le législateur au respect des principes qui s'imposent à lui.

Or, le Conseil constitutionnel se fonde précisément sur l'intervention ultérieure du juge judiciaire pour renoncer à contrôler la nécessité de la peine telle que déterminée par le législateur. Examinant les peines minimales prévues pour les infractions commises en état de récidive, il relève ainsi que « la juridiction peut prononcer une peine inférieure notamment en considération des circonstances de l'infraction [et] que, dès lors, il n'est pas porté atteinte au principe de nécessité des peines ». L'adéquation de la peine à l'infraction commise n'est donc pas évaluée en elle-même, de manière objective. Le Conseil constitutionnel se place au contraire délibérément sur le terrain du prononcé de la peine et compte sur l'intervention du juge judiciaire qui pourra adapter la peine aux circonstances concrètes de l'infraction et à la personnalité de l'auteur. Le législateur peut dès lors instituer des peines non nécessaires, sans encourir la censure, pour autant qu'il prévoie la possibilité pour le juge judiciaire de prononcer une peine plus légère. Ce raisonnement confirme une position adoptée dans deux décisions n° 94-345 DC (29 juill. 1994, *Loi relative à l'emploi de la langue française*, Rec. 106) et 96-377 DC (16 juill. 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme*, Rec. 87). Une telle interprétation est contestable : en disposant que « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires », l'article 8 de la Déclaration de 1789 exige que la proportionnalité à l'infraction soit inhérente à la peine et ne fait nullement référence à l'intervention du juge pour réaliser cette adéquation. Les peines instituées par la loi doivent donc être nécessaires en elles-mêmes sans qu'un juge, à l'occasion de la condamnation, n'ait à les rendre effectivement proportionnées (F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel devant la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique*, RD publ. 1996. 1250).

Une telle lecture conduit donc à neutraliser le principe de nécessité des peines, dans la mesure où celui-ci ne peut plus fonder la non conformité de la disposition législative à la Constitution, dès lors que le juge n'est pas tenu d'appliquer la peine ainsi établie.

Le Conseil constitutionnel se prévaut donc des caractères de la législation pénale pour substituer à l'exigence de stricte conformité à la Constitution une exigence de simple compatibilité. Il reconnaît par là-même au législateur une marge de manoeuvre importante,

puisque en l'espèce les dispositions législatives ne sont pas jugées contraires à la Constitution.

L'absence d'incompatibilité des dispositions législatives avec la Constitution

L'assouplissement de l'exigence de conformité à la Constitution permet de fonder la constitutionnalité des dispositions législatives contestées. Le Conseil admet la compatibilité de la réduction de la liberté d'appréciation du juge judiciaire avec le principe d'individualisation des peines ainsi que la compatibilité de l'alignement sur les majeurs des mineurs de plus de seize ans avec le PFRLR relatif à la justice des mineurs.

La réduction de la liberté d'appréciation du juge judiciaire compatible avec le principe d'individualisation des peines

L'examen des dispositions législatives au regard du principe d'individualisation des peines témoigne sans conteste d'une évolution vers un contrôle de compatibilité : la stricte conformité à la Constitution n'apparaît plus exigée.

Lorsque les crimes et délits ont été commis en état de nouvelle récidive, la liberté d'appréciation de la juridiction pénale est considérablement réduite.




Une peine inférieure ne pourra tout d'abord être prononcée que si, aux termes de la loi, l'auteur de l'infraction présente des « garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion ». Le législateur invite ainsi la juridiction à apprécier ces garanties avec beaucoup de sévérité. Le Conseil constitutionnel relève cependant que la loi n'exclut pas toute personnalisation des peines : dès lors que la juridiction se trouve en présence d'un auteur présentant des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion, elle retrouve une certaine marge de manoeuvre et peut adapter la peine aux circonstances de l'infraction et à la personnalité de son auteur (cons. n° 16).

L'adaptation de la peine connaît ensuite des limites puisqu'il est fait interdiction à la juridiction pénale de prononcer une peine autre que l'emprisonnement pour certains délits particulièrement graves en cas de nouvelle récidive. Ces restrictions importantes apportées à la possibilité d'individualiser la peine auraient pu sans aucun doute conduire le Conseil constitutionnel à censurer les dispositions législatives : si la personnalisation de la peine est encore théoriquement possible, elle a néanmoins vocation à ne s'appliquer qu'à titre exceptionnel et dans des limites déterminées. L'individualisation des peines ne peut dans ces conditions être mise en oeuvre que de manière dérogatoire. Le Conseil ne retient pas cette restriction : il met en avant la possibilité pour la juridiction de prononcer une peine autre que l'emprisonnement, sans préciser que la loi l'exclut formellement pour certains délits (cons. n° 15).

Enfin, si le maintien de la possibilité pour la juridiction de prononcer un sursis avec mise à l'épreuve et de tenir compte de l'état psychique ou neuropsychique de l'auteur de l'infraction permet incontestablement une personnalisation de la peine (cons. n° 17 et 18), cette dernière est cependant appelée à ne recevoir que peu d'applications en pratique. L'altération du discernement ne se constate d'une part pas aisément ; le sursis à l'exécution de la peine est d'autre part difficilement envisageable pour des faits d'une particulière gravité commis une nouvelle fois en état de récidive légale. Ces hypothèses ne sont, dès lors, pas à même de maintenir une réelle liberté d'appréciation au profit de la juridiction pénale et ne convainquent guère de la conformité au principe d'individualisation des peines.

Le Conseil constitutionnel semble, dès lors, s'attacher davantage au maintien d'une possible individualisation des peines qu'aux importantes limitations portées par la loi à cette possibilité. C'est donc moins la réalité de la liberté d'appréciation du juge judiciaire que l'intervention d'une décision juridictionnelle qui est déterminante pour le Conseil. Le renvoi, quasi-systématique dans la décision du 9 août, à l'appréciation du juge judiciaire apparaît purement formel.

L'interdiction des peines automatiques, incluse dans le principe d'individualisation des peines,

fait dès lors office d'exigence a minima, en tant qu'elle garantit au juge la possibilité d'adapter la peine aux circonstances de l'infraction et à la personnalité de son auteur (Cons. const. 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, n° 93-325 DC, Rec. 224 ; Cons. const. 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, n° 99-410 DC, Rec. 51 ; AJDA 1999. 379  ; D. 2000. SC. 116  ; Cons. const. 27 juill. 2000, *Loi modifiant la loi 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, n° 2000-433 DC, Rec. 121 ; D. 2001. SC. 1838, obs. N. Jacquinot ). En ce sens, le Conseil relève la possibilité pour la juridiction ou le juge de l'application des peines de ne pas prononcer une injonction de soins ou de ne pas priver les personnes incarcérées refusant de se soumettre à un traitement du bénéfice de réductions de peine (cons. n° 31) ; il note en outre que les dispositions « font toujours intervenir une décision juridictionnelle » (cons. n° 32). Il écarte donc le moyen tiré de l'automatisme de l'injonction de soins.

Ce glissement du contrôle de la conformité à la compatibilité se constate encore à l'occasion de l'examen des dispositions législatives au regard du PFRLR en matière de justice des mineurs.

L'alignement sur les majeurs des mineurs de plus de seize ans compatible avec le PFRLR relatif à la justice des mineurs

Le PFRLR relatif à la justice des mineurs ne s'oppose pas à ce qu'une loi écarte le bénéfice de l'atténuation de la responsabilité pénale pour les mineurs les plus âgés et à ce qu'elle renforce le dispositif répressif.

Le PFRLR ne fait pas obstacle à la multiplication des dérogations au principe de l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs.

L'article 5 de la loi déferée a ainsi sensiblement atténué la portée du principe de l'excuse de minorité. Il étend, d'une part, les cas où la diminution de moitié de la peine pour les mineurs de plus de seize ans peut être refusée aux délits commis avec la circonstance aggravante de violences et en état de récidive. Il prévoit, d'autre part, que cette atténuation de la peine ne s'applique pas aux mineurs de plus de seize ans lorsque certains crimes ou délits ont été commis en état de nouvelle récidive, sauf décision contraire de la juridiction compétente. L'atténuation de la peine devient dès lors l'exception et son exclusion le principe. La diminution de la peine à raison de la minorité du délinquant ne peut être réalisée que par une décision en ce sens de la juridiction compétente.

Le Conseil estime cependant que « les dispositions critiquées maintiennent le principe selon lequel, sauf exception justifiée par l'espèce, les mineurs de plus de seize ans bénéficient d'une atténuation de la peine » (cons. n° 25). Il ne tient donc nullement compte de ce que la multiplication des cas dans lesquels le principe peut être écarté par la juridiction compétente ainsi que l'exclusion du bénéfice de la diminution de la peine pour certaines infractions commises en état de nouvelle récidive sauf décision contraire peuvent considérablement entamer le principe d'atténuation de la responsabilité pénale, au point d'en diminuer la portée. Dans la décision n° 2007-553 DC (préc.), le Conseil avait retenu un considérant identique alors que la loi qui lui était déferée étendait considérablement les cas où le bénéfice de l'atténuation de la peine pouvait être écarté par la juridiction compétente.

L'interprétation du principe d'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs impose alors seulement au législateur d'instituer pour les mineurs des peines plus légères que pour les majeurs (J. Roux, La reconnaissance par le Conseil constitutionnel du principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif à la justice des mineurs à propos de la décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, RD publ. 2002. 1735). En revanche, l'atténuation en fonction de l'âge, faute de précision de la part du Conseil constitutionnel, est laissée à la libre appréciation du législateur. Ce dernier peut ainsi, sans encourir la censure, décider d'exclure les mineurs les plus âgés du bénéfice de la diminution de la peine.

La nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants,

composante du PFRLR relatif à la justice des mineurs, ne s'oppose pas davantage à ce que le législateur renforce le dispositif de lutte contre la récidive des mineurs, en privilégiant les peines d'emprisonnement et de réclusion. Elle ne signifie pas en effet que « les mesures contraignantes ou les sanctions devraient toujours être évitées au profit de mesures purement éducatives » (cons. n° 24). Au contraire, peuvent être prononcées à l'égard des mineurs, en cas de nécessité, des mesures de placement, de surveillance, de retenue et même la détention pour les mineurs de plus de treize ans. Le PFRLR relatif à la justice des mineurs n'exclut donc pas d'emblée le prononcé d'une sanction pénale à l'encontre de mineurs. Le Conseil constitutionnel estime que l'alignement sur les majeurs des mineurs de plus de seize ans lorsqu'ils ont commis certains crimes ou délits en état de nouvelle récidive ne remet pas en cause le primat de l'éducatif sur le répressif, dès lors que les peines minimales ne seront appliquées qu'autant qu'elles sont nécessaires et pourront être écartées au profit de mesures éducatives (cons. n° 25).

Si le PFRLR consacré en 2002 concerne spécifiquement les mineurs, il ne leur accorde pas dès lors une protection particulière (J. Roux, préc., p. 1742 et s.). Sa redondance par rapport aux principes contenus dans l'article 8 de la Déclaration de 1789 apparaît d'ailleurs clairement dans la décision du 9 août 2007 : la même motivation et, partant, la même déclaration de conformité à la Constitution peuvent se réclamer du contrôle de la nécessité et de l'individualisation des peines (cons. n° 27).

La forte politisation de la matière pénale et l'intervention ultérieure et systématique du juge judiciaire expliquent sans doute un certain aménagement de l'exigence de conformité à la Constitution. Il est néanmoins regrettable que le Conseil constitutionnel dresse de telles limites à son propre contrôle dans un domaine mettant particulièrement en péril la liberté individuelle. La protection offerte aux garanties constitutionnelles semble bien mince, lorsqu'elle devrait être substantielle.

Mots clés :

CONSTITUTION * Contrôle de constitutionnalité * Conformité * Compatibilité