

L'avancée de la conception matérielle de la légalité criminelle a été mise en lumière par des travaux récents (not. : D. Zerouki, *La légalité criminelle, enrichissement de la conception formelle par une conception matérielle*, thèse, Université Lyon III, 2001 - V. Fernandez, *Les qualités de la loi, contribution à l'étude de la légalité criminelle*, thèse, Université Toulouse I, 2003). Les deux décisions ci-dessus rapportées en sont une nouvelle illustration : l'une est rendue par la Cour européenne des droits de l'homme et concerne la France, l'autre émane du Conseil constitutionnel et témoigne de sa réceptivité aux influences européennes.

L'art. 93-3 de la loi du 29 juill. 1982, sur la communication audiovisuelle, prévoit la responsabilité du directeur de la publication ou du codirecteur de la publication comme auteur principal, pour l'une des infractions prévues par le chapitre IV de la loi du 29 juill. 1881, « lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public ». Le requérant se plaint devant la Cour de Strasbourg d'une violation de l'art. 7 Conv. EDH, garantissant le principe légaliste, pour avoir été condamné sur ce fondement alors qu'il n'y avait pas eu enregistrement préalable du message litigieux. En effet, les propos, constitutifs de diffamation publique envers un fonctionnaire, ont été tenus en direct puis répétés régulièrement conformément au principe de fonctionnement de cette station de radio d'informations. La Chambre criminelle de la Cour de cassation (8 juin 1999, Bull. crim., n° 128 ; D. 1999, IR p. 193 ¹ ; Rev. science crim. 2000, p. 194, B. Bouloc ² ; Dr. pén. 1999, Comm. n° 141, M. Véron), se prononçant pour la première fois sur ce point, explique, dans une formule de principe, que le message diffusé de façon répétitive sur les ondes doit être considéré comme ayant fait l'objet d'une fixation préalable à la communication au public au sens de l'art. 93-3 précité. L'objet de ce texte est de permettre au directeur de publication d'exercer un contrôle sur l'information avant sa diffusion au public, or, la répétition de la diffusion permettait, en l'espèce, ce contrôle. La répétition vaut fixation. L'interprétation adoptée par les juges internes était bien téléologique. Le juge européen remarque, d'ailleurs, que le directeur de publication n'a pas été condamné au titre du premier communiqué diffusé, qui constituait, finalement, seulement « une fixation préalable » du message au regard des diffusions suivantes. Mais, dès lors qu'il était en mesure d'exercer le contrôle requis, le droit pénal retrouve son emprise.

Quand bien même la jurisprudence interne n'aurait pas, préalablement aux faits de l'espèce, éclairé le point de droit contesté par le requérant, la juridiction européenne conclut qu'il n'en reste pas moins que l'art. 7 de la Convention ne proscribit pas la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible », proclamant une fois encore le rôle de la jurisprudence en droit pénal (§ 20 de l'arrêt ; déjà, CEDH 22 nov. 1995, *C. R. et S. W. c/ Royaume-Uni*, RTD civ. 1996, p. 512, obs. J.-P. Marguénaud ³ ; Rev. science crim. 1996, p. 473, obs. R. Koering-Joulin ⁴ ; 15 nov. 1996, *Cantoni c/ France*, D. 1997, Somm. p. 202, obs. C. Henry ⁵ ; Rev. science crim. 1997, p. 462, obs. R. Koering-Joulin ⁶ ; JCP 1997, I, 4000, n° 31, obs. F. Sudre).

Le juge européen admet donc la portée rétroactive d'une solution jurisprudentielle plus sévère dès lors qu'elle est conforme à l'esprit du texte pénal interprété et que le requérant ne peut totalement s'étonner des conséquences reconnues à ses actes. La Chambre criminelle a également adopté ce point de vue en affirmant que le principe de non-rétroactivité ne s'applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle (Cass. crim. 30 janv. 2002, D. 2003, Somm. p. 173, et nos obs. ⁷ ; Rev. science crim. 2002, p. 581, obs. B. Bouloc ⁸).

Le Conseil constitutionnel, gardien de la légalité formelle, ne pouvait demeurer totalement sourd aux voix européennes. Dans la décision rendue à propos de la loi Perben II (Cons. const. 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, Rev. science crim. 2004, p. 725, obs. C. Lazerges ⁹ ; Gaz. Pal., 11-15 mars 2004, p. 3, obs. J.-E. Schoettl ; JCP 2004, II, 10048, J.-C. Zarka), les auteurs de la saisine contestaient que la liste des incriminations relevant du crime organisé répondent aux exigences de clarté et de précision normalement requises. Le législateur énumère à l'art. 706-73 c. pr. pén. des infractions pour lesquelles seront mises en oeuvre des règles nouvelles de procédure (J. Pradel, Vers un « aggiornamento » des réponses de la procédure pénale à la criminalité, JCP 2004, I, 134, n° 30 et s. ; B. de Lamy, La loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la Justice aux évolutions de la criminalité, D. 2004, Chron. p. 1910, spéc. p. 1912 et p. 1913 ¹⁰). Par cette méthode, la loi du 9 mars 2004 choisit, non de poser une définition originale du crime organisé, mais de déterminer, parmi les incriminations déjà existantes, celles qui relèveront de la nouvelle procédure. La circonstance aggravante de « bande organisée », déclinée pour la plupart des incriminations retenues, est notamment critiquée comme imprécise.

Le Conseil constitutionnel ne censurera pas le texte examiné. Sa décision intéresse le principe légaliste à deux égards : le fondement de ce principe et sa teneur.

En premier lieu, ce principe n'est pas seulement fondé sur l'art. 8 de la Décl. dr. homme « pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines », comme le rappellent les sages de la rue Montpensier, « mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions » (consid. n° 5 ; V. égal., Cons. const. 16 juill. 1996, n° 96-377 DC, JCP 1996, II, 22709, note N. Van Tuong, consid. n° 8 et n° 9, à propos d'une erreur d'appréciation du législateur ayant pour conséquence non seulement l'aggravation de la peine mais aussi l'application de règles procédurales dérogatoires au droit commun ; RTD civ. 1997, p. 787, obs. N. Molfessis ¹¹ ; AJDA 1997, p. 86, note C. Teitgen-Colly et F. Julien-Laferrrière ¹²). La légalité criminelle n'implique pas seulement que la loi soit claire et précise pour que chacun puisse régler sa conduite en connaissance de cause. Elle comporte une autre exigence tenant au régime mis en oeuvre à propos de l'incrimination en question. En effet, tout aléa dans la définition d'une incrimination pourrait permettre aux autorités de recourir à des mesures spéciales d'investigation qui ne doivent être utilisées que pour des incriminations suffisamment graves et limitativement visées. Il y a ici l'expression de l'éclatement du droit pénal qui, de plus en plus, dessine des règles particulières de procédure pour des incriminations données, tissant un lien plus fort entre le droit pénal spécial et la procédure pénale qui tend également vers la spécialisation.

En second lieu, le Conseil constitutionnel considère que le principe légaliste est respecté pour deux raisons qui doivent être soulignées. Il explique tout d'abord, d'une manière qui est à remarquer, « que la jurisprudence dégagée par les juridictions pénales a apporté les précisions complémentaires utiles pour caractériser la circonstance aggravante de bande organisée, laquelle suppose la préméditation des infractions et une organisation structurée de leurs auteurs ». Le Conseil ajoute ensuite que la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, ratifiée par la France, a adopté une définition voisine de celle retenue par la loi examinée (décret n° 2003-875 du 8 août 2003 portant publication de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, JO 13 sept. 2003, p. 15705 ; V. art 2, a), de la Convention).

Cette analyse du juge de la constitutionnalité n'emporte pas la conviction. Tout d'abord, il ne semble pas que la jurisprudence pénale ait clarifié la notion de crime organisé qui demeure en partie dans l'ombre (V. E. Verny, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, LGDJ, 2002, préface A. Decocq, n° 631). Ensuite, si la définition contenue dans la Convention des Nations Unies paraît en effet satisfaisante, la notion de bande organisée reste éloignée de la formule proposée par ce texte international.

Le Conseil constitutionnel fait évoluer sa conception traditionnelle de la légalité criminelle en prenant en considération les clarifications jurisprudentielles et les précisions issues de textes internationaux. Encore faudrait-il que la jurisprudence, sur le point de droit à éclairer, non seulement existe, mais encore soit d'une qualité suffisante, et que le législateur ait fidèlement transposé des dispositions internationales pertinentes.

Mots clés :

PEINE * Légalité des délits et des peines * Délit de presse * Message * Fixation préalable * Bande organisée * Définition