

Les dernières peines accessoires à l'épreuve du Conseil constitutionnel

Catherine TZUTZUIANO, Doctorante en droit pénal (allocation ministérielle)- Monitrice de l'enseignement supérieur à l'Université du Sud Toulon-Var, CDPC-JCE (CNRS UMR 6201)

Le droit répressif entretient des liens particuliers avec le droit constitutionnel notamment avec les droits et libertés fondamentaux garantis par la Constitution. Qualifié de « paradoxe pénal » par Madame Mireille Delmas-Marty¹, le droit pénal assume des fonctions « de bouclier et d'épée »² des droits fondamentaux³, cette branche du droit ne peut donc rester en marge d'une thématique relative à la « circulation entre le droit constitutionnel et les autres branches du droit interne »⁴.

Un regard vers nos voisins européens nous permet de constater le lien étroit unissant le droit constitutionnel à la matière pénale. Lors de la réforme du code de procédure pénale en Italie, la garantie du respect des droits de l'homme fut présentée comme une nécessité. En ce sens que « la mise en œuvre des principes de la Constitution, la conformité du Code aux clauses des conventions internationales, en ce qui concerne les droits de la personne et la procédure pénale est prescrite comme absolument essentielle par le préambule de la loi qui a conféré au gouvernement la délégation de rédiger le nouveau code (loi n°81 de 1987) »⁵. Ou encore en Allemagne, où l'influence de la Loi fondamentale *Grundgesetz* sur la matière pénale est indéniable. Cet encadrement constitutionnel de la matière est bien établi et apprécié⁶. La Cour

¹ M. DELMAS-MARTY, « Le paradoxe pénal », *Libertés et droits fondamentaux*, M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac (Dir.), Paris, Seuil, 1996, p. 368.

² J.A.E. VERVAELE, « Régulation et répression au sein de l'Etat providence : la fonction « bouclier » et la fonction « épée » du droit pénal en déséquilibre », *Déviance et Société*, 1997, p. 123.

³ *Les droits de l'Homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, sous la direction de Yves CARTUYVELS, Hugues DUMONT, François OST, Michel VAN DE KERCHOVE, Sébastien VAN DROOGHENBROECK. Parution juin 2007, aux éditions Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles (F.U.S.L.) & Bruylant, 634 pages.

⁴ Thématique de recherche du VIII^e Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Nancy, 16-18 juin 2011.

⁵ M. CHIAVARIO, « Le procès pénal en Italie », In M. DELMAS-MARTY (Sous la direction de), *Procès pénal et droits de l'homme vers une conscience européenne*, Les voies du droit, Paris, PUF, 1992, p. 76.

⁶ H. JUNG, « Le procès pénal en RFA », In M. DELMAS-MARTY (Sous la direction de), *Procès pénal et droits de l'homme vers une conscience européenne*, Les voies du droit, Paris, PUF, 1992, p. 115.

constitutionnelle s'est maintes fois prononcée sur la constitutionnalité des prescriptions en matière pénale.

En France, certains principes ont été dégagés du corps même de la Constitution⁷. Mais le « processus de constitutionnalisation »⁸ s'est réellement développé avec l'accroissement du « bloc de constitutionnalité »⁹. A partir du 16 juillet 1971 le Conseil constitutionnel disposa du matériel nécessaire et utile pour mettre en place ce processus de constitutionnalisation mais également d'un accroissement des possibilités de recours depuis la réforme du 29 octobre 1974¹⁰. La justice constitutionnelle n'est plus prononcée en se référant seulement au corps même de la Constitution mais s'étend à des normes constitutionnelles consacrant des droits et libertés fondamentaux. Par l'affirmation d'un bloc de constitutionnalité, cette justice prit une autre dimension, les droits et libertés pénétrant l'ensemble des branches du droit, le droit constitutionnel allait les irriguer. Dès lors, bon nombre de principes applicables au droit pénal vont être dégagés tantôt de la Déclaration des Droits de l'Homme¹¹ tantôt des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR)¹².

C'est ainsi que, progressivement, le Conseil constitutionnel va déduire du principe de nécessité et proportionnalité des peines, celui de l'individualisation de la sanction. Ce principe connu du droit pénal, consacré constitutionnellement par la décision du 22 juillet 2005 relative à la *loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*¹³, repose sur l'idée qu'une peine adaptée sera mieux

⁷ L'article 34 de la Constitution consacrant la compétence du législateur en matière de définition des infractions et en matière de procédure pénale et d'amnistie. De cet article le Conseil constitutionnel retiendra la non-conformité de la peine privative de liberté en matière contraventionnelle, cette matière relevant en vertu de l'article 37 de la Constitution de la compétence du pouvoir réglementaire Décision n° 73-80 L du 28 novembre 1973, *Rec.* 45. L'article 64 garantit l'indépendance et l'inamovibilité des magistrats ou encore l'article 66 de la Constitution qui assure une protection de la liberté individuelle.

⁸ L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », In *La constitutionnalisation des branches du droit*, B. MATHIEU et M. VERPEAUX (sous la direction de), Actes de l'atelier du IIIe Congrès de l'Association française des constitutionnalistes, Coll. Droit public positif, PUAM, Economica, Paris, 1998, p. 183.

⁹ L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges C. Eisenmann*, 1975, p. 33.

¹⁰ L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », In *La constitutionnalisation des branches du droit*, B. MATHIEU et M. VERPEAUX (sous la direction de), Actes de l'atelier du IIIe Congrès de l'Association française des constitutionnalistes, Coll. Droit public positif, PUAM, Economica, Paris, 1998, p. 184.

¹¹ L'article VII de la DDHC intéresse le principe de légalité des délits et des peines, l'article VIII en ce qui concerne la non rétroactivité des lois pénales et le principe de nécessité des peines, ou encore l'article IX concernant la présomption d'innocence.

¹² Principalement les droits de la défense et la liberté individuelle. Cette dernière étant rattachée aujourd'hui à l'article 66 de la Constitution.

¹³ Décision DC n° 2005-520 du 22 juillet 2005, *Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, *Rec.* 118.

exécutée et pourra davantage permettre la réinsertion du délinquant. Il revient donc au juge, en application de ce principe, d'adapter la peine légalement prévue aux circonstances de l'espèce et à la personnalité du délinquant. Toute peine fixe voire figée, inadaptable, est donc contraire à ce principe. Or telle est la situation des peines accessoires.

Les peines accessoires, pour reprendre les termes de Monsieur Yves Mayaud, sont ces peines « dont l'originalité est de s'adosser à une condamnation indépendamment de son prononcé, en relevant d'une application automatique »¹⁴. Leur régime d'application conduit à ne laisser aucune marge d'appréciation et à nier tout pouvoir d'individualisation de la sanction par le juge. Alors que celui-ci prononce une peine dite principale à l'encontre de l'auteur d'une infraction, peine qu'il adapte, en vertu de l'article 132-24 du code pénal¹⁵, aux circonstances de l'espèce et à la personnalité du délinquant, cette peine sera accompagnée d'une peine accessoire automatique, inadaptable.

Face à leur évidente contradiction avec le principe d'individualisation des peines, ces peines furent supprimées du code pénal de 1992. Affirmant à l'article 132-17 du code pénal qu' : « aucune peine ne peut-être appliquée si la juridiction ne l'a expressément prononcée », le législateur a donné le coup de grâce aux peines accessoires... contenues dans le code pénal. Hors de ce code, certaines d'entre elles ont survécu et survivent notamment dans le code électoral, le code de la route, le code de la santé publique, le code général des impôts, le code des assurances, le code monétaire et financier, le code de commerce.... Ces peines automatiques constituent encore et toujours des éléments de l'arsenal répressif français qui, sans l'intervention du législateur, contreviennent aux principes de nécessité, proportionnalité et d'individualisation des sanctions sans possibilité de les voir disparaître, jusqu'à l'instauration de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité.

¹⁴ Y. MAYAUD, « L'incapacité de l'article L.7 du Code électoral, ou d'une peine justement redoutée... », *RLCT* 2007, n°30, p. 84.

¹⁵ Aux termes de cet article : « Dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Lorsque la juridiction prononce une peine d'amende, elle détermine son montant en tenant compte également des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction. 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. En matière correctionnelle, en dehors des condamnations en récidive légale prononcées en application de l'article 132-19-1, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate ; dans ce cas, la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux articles 132-25 à 132-28 ».

L'article 7 du code électoral en est un exemple typique qui ne manqua pas de faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, constituant d'ailleurs la première décision QPC rendue par le Conseil constitutionnel en matière pénale¹⁶ et caractérisant à l'occasion ce phénomène de « constitutionnalisation du droit pénal »¹⁷.

Si le processus de constitutionnalisation existait avant l'institution de la question prioritaire de constitutionnalité, par l'adoption de cette procédure, cette idée prend tout son sens.

Dans ce contexte, se dessine une constitutionnalisation complète et effective de l'ensemble des branches du droit, du droit pénal en particulier, de la sanction¹⁸ pour l'étude qui nous intéresse.

Au moyen de cette nouvelle procédure, le Conseil constitutionnel va pouvoir remédier à la présence de ces peines contraires au principe d'individualisation en procédant à un toilettage des dernières peines accessoires. Ces peines qui ont pu passer à travers les mailles du filet constitutionnel lors de leur institution, ne peuvent plus voguer librement dans l'arsenal répressif français. L'arsenal répressif français en vigueur ne peut demeurer en ignorant les conséquences dégagées du principe d'individualisation posé par le Conseil constitutionnel. Ces peines accessoires toujours en vigueur après l'adoption du code pénal¹⁹ allaient être balayées par le Conseil constitutionnel caractérisant ainsi son influence réelle sur le droit positif. Le Conseil constitutionnel poursuit ainsi la défense des droits et libertés garantis par la Constitution, défense qui ne se limite plus à l'énoncé de principes, mais se réalise à travers une éventuelle correction du droit en vigueur lorsque ce principe n'est pas respecté. Le phénomène de constitutionnalisation se réalise explicitement au moyen d'un processus actif

¹⁶ Décision n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010, M. Stéphane A. et autres [article L. 7 du code électoral], publiée au JORF du 12 juin 2010, p. 10849 ; v. *Droit pénal*, « Les peines accessoires sur le grill des QPC », 2010, comm. 84, obs. J.-H. Robert ; *AJDA*, « Inconstitutionnalité de l'article L. 7 du code électoral », 2010, p. 1831, obs. B. Malignier ; *AJ Pénal*, « Inconstitutionnalité de la non-inscription de plein droit sur les listes électorales en cas de condamnation pénale », 2010, p. 392, obs. J.-B. Perrier.

¹⁷ L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale- Vers un droit constitutionnel pénal », In *Droit pénal contemporain- Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Paris, Editions Cujas, 1989, pp. 169-210.

¹⁸ S. SCIORTINO BAYART, *Recherches sur le droit constitutionnel de la sanction pénale*, Louis Favoreu (Sous la direction de), Université d'Aix Marseille III, 2000, 470 p.

¹⁹ Notamment à l'article L. 322-2 du Code des assurances qui entraîne l'incapacité d'être assureur ; à l'article L. 123-11-3 du Code de commerce qui entraîne l'incapacité d'exercer l'activité de domiciliation ; à l'article L. 241-3 et L. 241-7 du Code de la construction et de l'habitation qui entraîne l'incapacité de participer à une société de promotion immobilière ; à l'article L. 4211-2 du Code de la défense qui entraîne l'incapacité d'être militaire réserviste ; l'article L. 231-6 du Code monétaire et financier qui entraîne l'incapacité d'exercer pour les dirigeants de société de gestion ; à l'article L. 500-1 du Code monétaire et financier qui entraîne l'incapacité d'exercer l'activité de prestataire de services financiers.

de consécration du principe mais également de respect de ses exigences au sein du droit en vigueur.

Cette étude sera l'occasion d'observer ce processus de constitutionnalisation. Plus exactement, il s'agira de savoir si l'effectivité des droits et libertés fondamentaux garantis par la Constitution est assurée, en se demandant si les voies d'accès à la justice constitutionnelle assurent la réalisation concrète de ce qui est abstraitement énoncé, faisant de l'influence du droit constitutionnel sur les autres branches du droit une réalité.

Au préalable, il s'agira d'observer que la constitutionnalisation crée une interaction entre les branches du droit. En ce sens que, le droit constitutionnel se trouve influencé par les autres branches du droit qu'il irrigue. Certes le processus de constitutionnalisation traduit l'influence du droit constitutionnel sur les autres branches du droit mais il ne faut pas occulter que celui-ci en les irrigant va, implicitement, s'y adapter. L'appréhension de principes applicables à la matière pénale ne se fait pas indépendamment du droit pénal et de la doctrine pénaliste.

C'est ainsi que, progressivement, le principe d'individualisation des peines s'est construit et constitutionnalisé (I) pour aujourd'hui conduire à la suppression de ces peines accessoires contraires aux exigences constitutionnelles. De par leur non-conformité à ce principe constitutionnel, elles sont aujourd'hui peu à peu éliminées du droit pénal positif. Leur élimination se réalise soit par leur suppression pure et simple, soit par une censure de leur fixité absolue. Dans ce dernier cas de figure, le juge constitutionnel pourra déclarer conforme à la Constitution une peine obligatoire à condition que son « intensité »²⁰ soit modulable, que le juge de jugement dispose de la possibilité d'individualiser cette peine en adaptant certains de ses aspects. Le Conseil constitutionnel maîtrise et précise, ainsi, les exigences imposées par le principe d'individualisation des peines (II).

I) L'identification constitutionnelle du principe d'individualisation des peines

Elaboré par les travaux de l'école positiviste italienne, le principe d'individualisation des peines s'est développé et précisé au sein de la matière pénale, y trouvant une place toujours plus importante (A). Principe à l'origine propre au droit pénal, le Conseil constitutionnel par

²⁰ J.-B. PERRIER, « Peines automatiques d'annulation du permis de conduire et de publication de décision de la condamnation », *AJ Pénal*, 2010, p. 501.

une certaine adaptation aux nouvelles figures de la pénalité²¹ parvint progressivement à sa consécration qui, bien qu'aboutie seulement en 2005, était déjà bien présent dans la jurisprudence constitutionnelle au travers des principes de nécessité et proportionnalité des peines (B).

A) Un principe connu du droit pénal

Les travaux de l'école positiviste italienne ont apporté un enseignement particulier en matière de répression ; celle-ci doit être organisée non pas eu égard à l'infraction commise mais par la prise en compte de la personnalité du délinquant et de sa dangerosité. Prônant un déterminisme absolu, l'école positiviste refuse tout critère rétributif à la sanction. Au terme de cette doctrine, des mesures *ante delictum* devraient être instituées. Bien que toutes ces propositions n'aient pas été retenues, la doctrine positiviste a produit deux apports essentiels en droit positif²². Elle a conduit à l'institution de mesures de sûreté mais aussi à la prise en compte de la personnalité du délinquant lors du prononcé d'une condamnation, participant ainsi à l'élaboration du principe d'individualisation des peines.

Défendu ardemment par Saleilles²³ au XIX et XX^{ème} siècle, le principe d'individualisation des peines met en exergue une nouvelle fonction de la peine, une fonction de rééducation et réinsertion. Saleilles et Cuhe tenteront de concilier les anciennes fonctions de la peine avec cette dernière ; souhaitant une peine recouvrant à la fois l'idée de déterminisme, développée par l'école positiviste, et la recherche d'intimidation collective. Cette tendance à prendre davantage en compte la personnalité du délinquant fait glisser le droit pénal vers une conception plus subjective. L'une des premières manifestations en sera l'instauration des circonstances atténuantes lors de l'adoption du code pénal de 1810.

Le principe d'individualisation des peines sera défendu par la doctrine de Défense sociale Nouvelle. Développée au lendemain de la seconde guerre mondiale notamment par

²¹ I. DREAN-RIVETTE, *La personnalisation de la peine dans le code pénal*, Traité de sciences criminelles, l'Harmattan, 2005, p. 66.

²² N. TABERT, *L'influence du positivisme juridique sur la matière pénale moderne*, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, PUAM, 2007, 239 p.

²³ R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, Etude de criminalité sociale, 1898. V. également, R. OTTENHOF (Sous la direction de), *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, Criminologie et sciences de l'homme, érès, 2001, 288 p.

Gramatica, la Défense sociale Nouvelle fonde ce principe sur celui de dignité²⁴. A la sortie de la guerre, le principe de dignité prend tout son sens et va conduire à écarter l'idée d'une simple punition sans aider ni traiter le condamné et humaniser la peine. Ces idées seront soutenues, par la suite, par Marc Ancel qui en 1954 véhicule l'idée, qui apparaît aujourd'hui comme un lieu commun, selon laquelle le délinquant doit être remis dans le droit chemin par un traitement approprié, respectueux de sa dignité, avec l'assistance nécessaire. Il s'agit d'une réadaptation du délinquant en calquant la peine sur la personnalité de celui-ci.

Défendant la nouvelle fonction de réadaptation et réinsertion assignée à la peine, ce principe est envisagé comme le moyen permettant de délivrer le délinquant du risque de récidive. Avec le développement de ce principe, celui-ci prit une place de plus en plus importante dans la matière pénale, impulsant certaines réformes comme, entre autres, les lois du 24 décembre 1953 et du 31 décembre 1970 qui institueront des mesures possibles en vue du traitement des prévenus adonnés aux stupéfiants, ou la loi du 15 avril 1954 en ce qui concerne les alcooliques dangereux pour autrui ou encore la loi du 11 juillet 1975 qui introduit la possibilité de relèvement par le juge de certaines condamnations.

Afin de pouvoir concrétiser ce principe, il a fallu consacrer le rôle d'un intervenant : le juge. Il devient l'acteur indispensable à la réalisation des objectifs de la peine, il devient donc nécessaire de lui reconnaître des pouvoirs de modulation et d'adaptation de la peine légalement prévue. Car l'individualisation de la peine « par définition même ne peut être opérée légalement, elle doit avant tout être judiciaire »²⁵. En présence de ce principe, le juge qui individualisait la peine comprise entre un minimum et un maximum légalement prévus, se trouve aujourd'hui plus largement investi, seul le maximum de la peine étant légalement déterminé²⁶. Dans les limites de ce plafond le juge prononce la peine la plus adaptée au cas présent, c'est à dire eu égard aux circonstances de l'espèce et à la personnalité du délinquant, pouvant même conduire au prononcé d'une peine symbolique.

On comprend dès lors que les peines dites automatiques et par définition obligatoires soient incompatibles avec ce principe, en ce qu'elles nient tout pouvoir de modulation du juge. C'est

²⁴ Principe posé dans la décision du Conseil constitutionnel n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, *Rec.* 100.

²⁵ G. TARDE, Préface de L'individualisation de la peine de R. Saleilles, Alcan, 1898.

²⁶ Une nuance est à apporter avec l'instauration des peines dites « planchers » lors de l'adoption de la loi n°2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, parue au JO du 11 août 2007 ainsi que la loi n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure dite loi « LOPPSI 2 », concernant les primo délinquants, parue au JO du 15 mars 2011. Ce type de peine étant par définition incompatible avec le principe d'individualisation des peines.

pourquoi en 1992 lors de l'adoption du code pénal par les lois du 22 juillet et 16 décembre, le législateur affirme le principe de personnalisation des peines à l'article 132-24 et, par conséquence logique, la disparition des peines accessoires. Ces peines qui sont en « quelque sorte l'appendice de la peine principale dont elles découlent nécessairement, le juge n'ayant point le pouvoir de les écarter »²⁷ doivent disparaître de l'arsenal répressif au nom du principe d'individualisation.

Le code pénal actuel contient donc deux dispositions très explicites sur cette nécessité de modulation et d'adaptation de la peine, l'article 132-17, consacrant l'interdiction des peines automatiques en ce qu'il prévoit qu'*« Aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a expressément prononcée. La juridiction peut ne prononcer que l'une des peines encourues pour l'infraction dont elle est saisie »* conjugué à l'article 132-24, affirmant le principe de personnalisation des peines en ces termes : *« Dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Lorsque la juridiction prononce une peine d'amende, elle détermine son montant en tenant compte également des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction. 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. En matière correctionnelle, en dehors des condamnations en récidive légale prononcées en application de l'article 132-19-1, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate ; dans ce cas, la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux articles 132-25 à 132-28 ».*

Le Code pénal de 1992 consacre ce principe et élimine les incompatibilités existantes en affirmant que toutes peines devraient être adaptées, individualisées, qu'il s'agisse de peines principales, ou complémentaires ; de sanctions privatives de liberté ou de droits ou de sanctions pécuniaires ; ou encore qu'elles soient prononcées à l'encontre de personnes physiques ou de personnes morales. C'est notamment à propos de ce dernier point que le terme individualisation fut préféré à celui de personnalisation qui semblait exclure les personnes morales. C'est encore en vertu de ce principe qu'au stade de l'exécution de la sanction pénale, l'aménagement de la peine est permis qu'il s'agisse d'un aménagement du quantum et/ou de la nature même de la peine, conduisant à une peine exécutée différente de celle prononcée.

²⁷ M. GIACOPELLI, « Le sauvetage des peines complémentaires obligatoires par le Conseil constitutionnel », *RFDC*, n°1, 2011, p. 152.

Ce principe, que l'on pourrait qualifier de principe propre au droit pénal en ce qu'il fut élaboré par la doctrine pénaliste et consacré légalement au sein du code pénal, n'est pas pour autant un illustre inconnu en droit constitutionnel. Certes ce principe ne fut constitutionnellement consacré que tardivement mais pour autant, par touches éparses, au fil de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel en avait affirmé les principaux traits. Cette situation est caractéristique d'un phénomène d'adaptation du droit constitutionnel aux autres branches du droit qu'il irrigue. Le Conseil constitutionnel s'est progressivement « imprégné »²⁸ de ce principe, longtemps émergent²⁹, qu'il déduit du principe de nécessité et proportionnalité des peines pour finalement le consacrer constitutionnellement comme un principe autonome.

B) Un principe consacré constitutionnellement

Progressivement le Conseil constitutionnel va conférer valeur constitutionnelle à ce principe d'individualisation de la sanction. Non existant en l'état dans le bloc de constitutionnalité, le Conseil ne pouvait que procéder par étapes.

A la base du raisonnement des juges constitutionnels se trouve le principe de nécessité. Ce principe de nécessité des peines est affirmé à l'article 5 et surtout à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen de 1789 en ce que «*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.* ». On le trouve affirmé avec force dans la décision des 19 et 20 janvier 1981 relative à la loi « Sécurité-Liberté » à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel, bien qu'effectuant un contrôle restreint de la nécessité des incriminations et des peines, n'en refuse pas pour autant tout contrôle, se réservant la possibilité de censurer « les dispositions législatives prévoyant des peines manifestement disproportionnées par rapport aux faits reprochés ».

²⁸ T. DI MANNO, « Réserves d'interprétation et « droit vivant » », In *La constitutionnalisation des branches du droit*, B. MATHIEU et M. VERPEAUX (sous la direction de), Actes de l'atelier du IIIe Congrès de l'Association française des constitutionnalistes, Coll. Droit public positif, PUAM, Economica, Paris, 1998, p. 42.

²⁹ M. GIACOPELLI, « Le sauvetage des peines complémentaires obligatoires par le Conseil constitutionnel », *RFDC*, n°1, 2011, p. 151.

Puis très vite, le principe de nécessité, sous-tendant la notion développée par Beccaria de « parcimonie punitive »³⁰, va conduire à l'apparition du principe de proportionnalité des peines. Cette seconde étape est concrétisée avec la décision n° 86-215 DC du 3 septembre 1986. Le Conseil avait en l'espèce conclu à l'absence de disproportion manifeste. L'année suivante³¹ il avait censuré une disposition du code général des impôts³², estimant que la sanction prévue pourrait revêtir un caractère manifestement disproportionné. A cette occasion, il fut précisé que ce principe ne concernait pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives, mais s'étendait à toute sanction ayant le caractère d'une punition³³.

Un pas fut réellement franchi, toujours fondé sur le principe de proportionnalité, le 13 août 1993. Il s'agissait en l'espèce de l'article 14 de la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France qui instituait une mesure d'interdiction du territoire. Cette mesure, certes qualifiée par le Conseil de « mesure de police »³⁴ et non de sanction pénale, recouvre tout de même une particularité ; elle est automatique. En effet, comme l'a considéré le Conseil, aux termes de cette disposition : « tout arrêté de reconduite à la frontière entraîne automatiquement une sanction d'interdiction du territoire d'une durée d'un an ». Or en vertu du principe de proportionnalité consacré à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen applicable à ces mesures, le Conseil censura cette interdiction de plein droit du territoire pour une durée d'un an à compter de la reconduite à la frontière³⁵. Plus précisément le Conseil censura l'automatisme de cette mesure. Cette décision constitue le point de départ des censures de l'automatisme de certaines mesures et *in fine* laisse entrevoir la consécration de l'une des principales exigences du principe d'individualisation des peines.

³⁰ P. AUDEGEAN, « Genèse et signification des *Délits et des Peines* de Beccaria », In, Le droit pénal, *Archives de philosophie du droit*, Tome 53, Paris, Dalloz, 2010, p. 21.

³¹ Décision n° 87-237 du 30 décembre 1987, loi de finances pour 1998, *Rec.*, p. 63, *R.F.D.A.*, 1988, 350, comm. B. Genevois ; *R.A.*, 1988, 136, comm. T. Lambert.

³² Cette disposition prévoyait que le montant de l'amende fiscale encourue en cas de divulgation du montant du revenu d'une personne, en violation des dispositions de l'article L. 111 du Livre des procédures fiscales, serait égale au montant des revenus divulgués.

³³ Application de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 à la notion de sanction : Cons. Const., n° 82-155 DC, 30 déc. 1982, *Rec.* 88 ; n° 87-237 DC, 30 déc. 1987, *Rec.* 63 ; n° 89-268 DC, 29 déc. 1989, *Rec.* 110 ; n° 90-285 DC, 28 déc. 1990, *Rec.* 95.

³⁴ Ces mesures de par leur caractère « non-sanctionnateur » ne sont pas considérées par le Conseil constitutionnel comme des « sanctions », et lesquelles dès lors n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

³⁵ Décision n° 93-325 DC, 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*, JO 18 août 1993, p. 11722 ; *Rec.*, p. 224, 48^e et 49^e consid.

Par sa décision du 20 janvier 1994 n° 93-334 DC relative à l'institution de peine incompressible³⁶, le Conseil va poursuivre son raisonnement jurisprudentiel en retenant que le principe de nécessité et proportionnalité des peines s'étend également aux mesures de sûreté qui accompagnent les peines. Il va surtout à cette occasion donner « une âme au code »³⁷ pénal de 1992 en précisant les fonctions de la peine. Le Conseil, considérant que « l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion », reprend alors les différentes fonctions assignées à la peine telles qu'elles apparaissent en droit pénal depuis les travaux de l'école positiviste à aujourd'hui. Sans consacrer expressément un principe d'individualisation des peines, le Conseil consacre ici la raison d'être de ce principe : favoriser l'amendement du délinquant et préparer son éventuelle réinsertion.

Toujours sans le nommer, le Conseil met en œuvre ce principe dans sa décision n° 99-410 du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*. Se fondant sur le principe de nécessité des peines, il déclara certaines incapacités électorales inconstitutionnelles.

A cette occasion le Conseil constitutionnel ne va pas se contenter de contrôler la conformité à la Constitution de la loi qui lui est soumise mais va également apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives déjà en vigueur. A cette date le contrôle *a posteriori* n'existant pas, une loi entrée en vigueur ne pouvait faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Cependant le Conseil considéra que la disposition nouvelle modifiant la disposition en vigueur, cette dernière peut alors faire l'objet d'un contrôle, solution posée en ces termes : « la conformité à la Constitution d'une loi déjà promulguée peut-être appréciée à l'occasion de l'examen des dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine ». Le Conseil va donc contrôler la constitutionnalité de l'article 194 (et 195) de la loi du 25 janvier 1985, déclarant inconstitutionnelle, la peine d'inéligibilité du fait de son caractère automatique contraire au principe de nécessité des peines en retenant que « *le principe de nécessité des peines implique que l'incapacité d'exercer une fonction publique élective ne peut être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à l'espèce* ». C'est donc par un « phénomène d'attraction »³⁸ qu'à

³⁶ Décision n° 93-334 DC, 20 janvier 1994, JO 26 janvier 1994 p. 1380, Rec., p. 27, *RFDC*, 1994, p. 353, note T. S. Renoux, *D.* 1995, Som. Com. P. 293 et 340.

³⁷ B. BOULOC, *Le nouveau Code pénal, enjeux et perspectives*, Dalloz, 1994, p. 112.

³⁸ N. MOLFESSIS, « Sources du droit en droit interne », *RTD civ.*, n°3, juill.-sept. 1999, p. 726.

travers l'examen d'une loi non encore promulguée, le Conseil déclarait l'inconstitutionnalité de dispositions en vigueur alors que le contrôle *a posteriori* n'existait pas encore.

Le principe d'individualisation des peines apparaît donc en filigrane de ces décisions. Le Conseil censure l'automatisme de certaines mesures, automatisme contraire au principe de nécessité et de proportionnalité des peines. Cette automatisme est également contraire à certaines finalités de la peine comme l'amendement et la réinsertion du délinquant. On perçoit clairement au terme de l'analyse de ces décisions que le droit constitutionnel s'adapte au droit pénal lorsqu'il en précise les principes qui lui sont applicables. Cette adaptation, «imprégnation»³⁹ du droit constitutionnel par le droit pénal atteindra en matière de sanction son point d'orgue avec la décision n°2005-520 DC du 22 juillet 2005, *Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*. Dans cette décision, le Conseil affirma la valeur constitutionnelle du principe d'individualisation des peines.

Il reste à préciser que ce principe d'individualisation des peines n'empêche pas, de la part du législateur, une répression effective des infractions et cela n'implique pas que la peine soit exclusivement déterminée par la personnalité de l'auteur de l'infraction, comme le Conseil l'a précisé dans sa décision n°2007-554 DC du 9 août 2007, *Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*. Cette dernière décision au-delà des deux critères habituels du principe d'individualisation en établit un troisième. Le Conseil introduit à côté des « circonstances de l'infraction » et de « la personnalité de son auteur », un troisième critère spécifique en présence d'un cas de récidive ; le juge doit individualiser la peine en tenant compte des « garanties d'insertion ou de réinsertion de celui-ci ».

Tout en élaborant ce principe, en en faisant un principe autonome, le Conseil constitutionnel procède à la constitutionnalisation du droit pénal. La Constitution et la jurisprudence qui en découle sont dotées d'une valeur coercitive même pour l'activité du législateur. « La loi, jadis mesure exclusive de toute chose dans le domaine du droit, cède ainsi le pas à la constitution et devient elle-même objet de mesurage »⁴⁰ caractérisant ainsi le phénomène de circulation et de

³⁹ L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale- Vers un droit constitutionnel pénal », In *Droit pénal contemporain- Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Paris, Editions Cujas, 1989, pp. 169.

⁴⁰ G. ZAGREBELSKY, *Le droit en douceur, Il diritto mite*, Traduit de l'italien par Michel Leroy, Coll. Droit public positif, PUAM, Economica, Paris, 2000, p. 41.

constitutionnalisation qui peut se définir comme « la juridicisation, de la politique et l'effectivité des normes constitutionnelles dans l'ensemble des branches du droit »⁴¹.

La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 dite de numérisation de l'économie, est un exemple de cette assimilation de la jurisprudence constitutionnelle par le législateur. Par cette loi, le législateur est venu modifier la nature de mesures d'incapacités générales commerciales existantes. Il s'agissait là de peines accessoires dont le législateur a modifié la nature, les transformant en peines complémentaires facultatives, peines au régime d'application respectueux du principe d'individualisation. Mais en l'absence d'une telle démarche, les peines accessoires demeurent.

L'effectivité des normes constitutionnelles s'opère donc par un contrôle *a priori* des lois déferées qui à l'occasion de leur examen de conformité ont permis la consécration constitutionnelle du principe d'individualisation des peines. L'effectivité des principes constitutionnellement consacrés se réalise dès lors qu'il y a de la justice constitutionnelle, et donc *a fortiori*, elle se trouve renforcée depuis l'institution de la QPC. Il ne s'agit pas seulement de définir un principe assurant le respect des droits fondamentaux puis d'en perdre la maîtrise par la suite ; le Conseil constitutionnel maîtrise le devenir effectif des principes qu'il consacre. La question prioritaire de constitutionnalité lui permettant d'apporter certaines précisions sur les exigences imposées par les principes consacrés. Tel est le cas des peines accessoires, zones d'inconstitutionnalité contre lesquelles le Conseil constitutionnel va pouvoir lutter par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité.

II) Précisions constitutionnelles relatives aux exigences du principe d'individualisation des peines

Le contrôle *a priori* se présente comme un conflit entre textes normatifs indépendants de leur application effective à des cas concrets⁴². L'idée d'un droit à « une seule face »⁴³ domine donc en l'absence de recours devant le Conseil constitutionnel. L'intérêt majeur de la procédure de

⁴¹ B. MATHIEU et M. VERPEAUX, Avant-Propos, In *La constitutionnalisation des branches du droit*, B. MATHIEU et M. VERPEAUX (sous la direction de), Actes de l'atelier du IIIe Congrès de l'Association française des constitutionnalistes, Coll. Droit public positif, PUAM, Economica, Paris, 1998, p. 6.

⁴² G. ZAGREBELSKY, *Le droit en douceur, Il diritto mite*, Traduit de l'italien par Michel Leroy, Coll. Droit public positif, PUAM, Economica, Paris, 2000, p. 60.

⁴³ G. ZAGREBELSKY, *Le droit en douceur, Il diritto mite*, Traduit de l'italien par Michel Leroy, Coll. Droit public positif, PUAM, Economica, Paris, 2000, p. 60.

question prioritaire de constitutionnalité réside dans un premier ou nouvel examen⁴⁴ des dispositions passées au travers des mailles du contrôle de constitutionnalité, permettant alors d'apporter les précisions relatives aux exigences des principes posés abstraitement. En matière d'individualisation des peines, ces exigences se traduisent notamment par l'élimination des dernières zones d'inconstitutionnalité que sont les peines accessoires. Purgeant l'arsenal répressif des inconstitutionnalités survivantes, il est permis de conclure par là à un renforcement du processus de constitutionnalisation (A). Cette élimination reste cependant limitée aux seules peines accessoires, un traitement constitutionnel différent étant réservé à leurs « proches parentes » : les peines complémentaires obligatoires (B).

A) L'élimination des dernières zones d'inconstitutionnalité par la censure des dernières peines accessoires

Caractérisant une effectivité totale du droit constitutionnel, la procédure de question prioritaire de constitutionnalité devient le complément du contrôle *a priori* s'inscrivant comme un moyen de conjurer l'inaction du législateur. A l'occasion de sa décision n° 95-363 DC du 11 janvier 1995, *Loi relative au financement de la vie politique*, rétablissant l'article 7 du code électoral qui prévoit une incapacité électorale, le Conseil constitutionnel par une formule générale laissait sous entendre qu' « aucun de ces articles ne porte atteinte à une règle ou un principe de valeur constitutionnelle ». La réponse à la question de la constitutionnalité de l'article 7 du code électoral semblait avoir été donnée. Passé le filtre du Conseil constitutionnel et en l'absence d'abrogation de celle-ci par le législateur, cette peine était en quelque sorte intouchable.

Toute la complémentarité de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité avec le contrôle *a priori* apparaît clairement ici. Le principe d'individualisation restait inopérant en ce qui concerne les peines accessoires en vigueur, figurant hors du code pénal. Le principe était alors inefficace. Avec l'institution de la question prioritaire de constitutionnalité, ce principe ne peut plus rester figé dans l'abstrait, cette abstraction disparaît. L'utilisation de cette procédure parachève le phénomène de constitutionnalisation. Le principe devient effectif, l'un des premiers objectifs de la réforme QPC semble en voie d'être atteint : purger l'ordre juridique de ses inconstitutionnalités.

⁴⁴ Sous réserve de respect des conditions de recevabilité de la QPC formulée.

La question de la constitutionnalité de l'article 7 du code électoral n'étant pas nouvelle, elle suscitait toujours de la part des avocats des demandes, vaines en vérité⁴⁵ en l'absence de question prioritaire de constitutionnalité, de reconnaître l'inconstitutionnalité de cette incapacité. Si le doute sur la constitutionnalité de cette incapacité envahissait les juristes, avocats et juges, comme les parlementaires, en l'absence de question prioritaire de constitutionnalité et face à l'inaction du législateur, cette incapacité subsiste dans l'arsenal répressif français. Cette disposition était appliquée avec fermeté par les juridictions suprêmes, entraînant pour la personne touchée par une telle incapacité, l'impossibilité de prétendre par exemple à l'application de l'article L. 228 du code électoral prévoyant l'éligibilité au conseil municipal de tous les électeurs de la commune et les citoyens inscrits au rôle des contributions directes. Dans le même sens, la personne touchée par cette incapacité et toujours sous mandat devait démissionner d'office.

Cette fermeté des juridictions suprêmes s'expliquait également par la position de la Cour européenne sur la question. D'une manière générale, en présence du seul contrôle *a priori*, les droits fondamentaux en action étaient davantage protégés par les juridictions internationales notamment la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁶. Concernant la question relative à la conventionnalité des peines accessoires, la Cour européenne déclara ces peines conformes aux dispositions de la Convention. Si l'on a pu dire que les exigences constitutionnelles sont parfois intégrées via le contrôle de conventionnalité opéré par les juridictions ordinaires du fait que « les normes constitutionnelles ont quasiment toutes un équivalent dans les principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme, et que c'est finalement par le contrôle de conventionnalité que le juge pénal intègre les principes constitutionnels dans le mécanisme du jugement », en matière de peines obligatoires et de principe d'individualisation des peines, il n'en est rien.

La Cour européenne des droits de l'homme adopte en la matière une solution très éloignée du principe d'individualisation des peines, en retenant notamment à l'occasion de sa décision du 2 juillet 2002, *Gôtkan c/France*⁴⁷ que les peines accessoires ne sont pas incompatibles avec les principes de la Convention puisque ces interdictions ou déchéances peuvent faire l'objet

⁴⁵ B. MALIGNER, « Inconstitutionnalité de l'article L. 7 du code électoral », *AJDA*, n°32, Dalloz, 2010, p. 1832.

⁴⁶ R. KOERING-JOULIN, « La phase préparatoire du procès pénal : grandes lignes de la jurisprudence européenne », In M. DELMAS-MARTY (Sous la direction de), *Procès pénal et droits de l'homme vers une conscience européenne*, Les voies du droit, PUF, Paris, 1992, p. 47.

⁴⁷ CEDH, 2 juillet 2002, *Gôtkan c/ France*, req. n° 33402/96.

d'une procédure de relèvement. D'une manière générale, la Cour européenne considère, dès lors que cette peine suit une peine principale prononcée par un tribunal impartial et indépendant, que celle-ci est conforme à la Convention. Les juridictions suprêmes françaises n'avaient pas d'autre choix que d'appliquer fermement cette incapacité non contraire à l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme dès lors qu'elle est subordonnée à la reconnaissance de culpabilité de l'une des infractions pour lesquelles une telle incapacité est encourue, par un tribunal indépendant et impartial, d'autant que la juridiction pénale peut relever l'auteur de ces infractions de cette incapacité, en application de l'article 775-1 du code de procédure pénale.

C'est dans ce contexte qu'interviennent la procédure de question prioritaire de constitutionnalité et la question relative à la constitutionnalité de l'article 7 du code électoral. Le Conseil constitutionnel devient le seul organe capable d'assurer la protection de ce principe. Le 11 juin 2010, le Conseil constitutionnel censure cette peine accessoire de privation du droit de vote pour une durée de cinq années à compter de la date à laquelle la condamnation est devenue définitive et d'inéligibilité d'une durée atteignant dix ans pour les députés, les sénateurs ainsi que les représentants de la France au Parlement européen, sur le fondement du principe d'individualisation des peines, considérant que le relèvement de l'incapacité pouvant intervenir en la matière, aussi bien par le jugement prononçant la sanction pénale que postérieurement⁴⁸, est insuffisant à assurer l'individualisation de la peine. On comprend dès lors que le relèvement de l'incapacité n'est pas suffisant pour pouvoir regarder le texte comme conforme à la Constitution. Par le même raisonnement, le Conseil constitutionnel déclara le 10 décembre 2010 dans sa décision n°2010-72/75/82 QPC⁴⁹, concernant la peine obligatoire de publication et d'affichage du jugement de condamnation pour des faits de fraudes fiscales, le quatrième alinéa de l'article 1741 du code général des impôts contraire à la Constitution du fait de l'impossibilité totale pour le juge de jugement de moduler et adapter la peine ou d'en faire varier son intensité.

Palliant l'inaction du législateur et la largesse de la solution retenue par la Cour européenne, cette jurisprudence permet d'affirmer que « la question prioritaire de constitutionnalité permet de purger l'ordre juridique des dispositions contraires aux droits garantis par la Constitution,

⁴⁸ B. MALIGNER, « Inconstitutionnalité de l'article L. 7 du code électoral », *AJDA*, n°32, Dalloz, 2010, p. 1835.

⁴⁹ Décision n° 2010-72/75/82 QPC du 10 décembre 2010, M. Alain D. et autres, publiée au JORF du 11 décembre 2010, p. 21710.

la question prioritaire se pose en alternative efficace et donc crédible au contrôle de conventionnalité »⁵⁰.

Ces décisions révèlent parfaitement ce que l'on peut définir comme un nouvel élan dans le processus de constitutionnalisation, à travers le passage d'une acceptation des principes à une consolidation de leur mise en œuvre effective. A l'instar de la Cour européenne, le Conseil constitutionnel pourrait affirmer que le but de la Constitution (à l'origine Convention) « consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs ».

Il reste que purger l'ordre juridique de ses inconstitutionnalités ne signifie pas seulement procéder à leur élimination mais semble également signifier : « apporter des précisions quant à l'application de ce principe ». Comme nous allons le voir en ce qui concerne les peines complémentaires obligatoires, leur caractère obligatoire n'est pas nécessairement contraire au principe d'individualisation ; tout est fonction des pouvoirs, même minimes, reconnus à la juridiction lors leur prononcé. Ces précisions du Conseil constitutionnel permettent de purger la disposition de son vice d'inconstitutionnalité toute en la confrontant non plus au principe d'individualisation des peines mais en la rapprochant du principe de nécessité des peines renforçant ainsi l'autonomie de chacun de ces principes.

B) Peines complémentaires obligatoires, la boîte de pandore bien vite refermée⁵¹

Dans le sillage de ces décisions, certains plaideurs et juristes ont imaginé pouvoir contester la constitutionnalité des peines complémentaires obligatoires. Pour comprendre cette assimilation, il faut au préalable préciser la nature et le régime de ces peines et les comparer aux peines accessoires. Ces deux types de peine ont un régime d'application similaire. Il apparaît d'ailleurs que, dans l'esprit du législateur, ces peines soient assimilables aux peines accessoires, notamment de par l'emploi de la formule « de plein droit », formule qui pour la doctrine constitue le critère de reconnaissance de la peine accessoire⁵².

⁵⁰ J.-B. PERRIER, *Jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière pénale*, 2010.

⁵¹ M. GIACOPELLI, « Le sauvetage des peines complémentaires obligatoires par le Conseil constitutionnel », *RFDC*, n°1, 2011, p. 154.

⁵² M. GIACOPELLI, « Le sauvetage des peines complémentaires obligatoires par le Conseil constitutionnel », *RFDC*, n°1, 2011, p. 153.

Les peines complémentaires sont de type facultatives ou obligatoires. Ces dernières dites obligatoires se distinguent des peines accessoires en ce qu'elles doivent être prononcées par le tribunal. Pour autant la distinction n'est que nuance car le tribunal est tenu de l'ordonner. Dès lors, « la peine complémentaire présente une filiation certaine avec la peine accessoire »⁵³. La subtilité de la distinction réside dans le fait que, si le tribunal omet de prononcer cette peine complémentaire obligatoire, elle ne sera pas appliquée (en principe la cassation est encourue dans ce cas) alors que la peine accessoire l'est inévitablement.

Dès lors concernant les peines complémentaires obligatoires d'annulation du permis de conduire⁵⁴, relative à certaines infractions au code de la route commises en état de récidive, ou celle d'affichage de la condamnation⁵⁵ en droit de la consommation, la question de leur constitutionnalité se posait. Le même sort que celui subi par les peines accessoires leur semblait réservé. La voie était ouverte sur une série d'inconstitutionnalités. Lors de la transmission de la question au Conseil constitutionnel, la Cour de cassation qualifia d'office la peine d'annulation du permis de conduire de peine complémentaire obligatoire, alors qu'elle ne formula aucune qualification à propos de la peine de publication de la décision de condamnation. Pour autant cela ne fait aucun doute, il s'agit d'une peine complémentaire en ce que le « juge **ordonne** la publication du jugement ».

Malgré ce rapprochement certain, par ses décisions n° 2010- 40 QPC⁵⁶ et n° 2010- 41 QPC⁵⁷ du 29 septembre 2010, le Conseil constitutionnel n'a pas souhaité poursuivre l'élimination de l'arsenal répressif français de ces peines qui sont pourtant, incontestablement, difficilement

⁵³ M. GIACOPELLI, « Le sauvetage des peines complémentaires obligatoires par le Conseil constitutionnel », *RFDC*, n°1, 2011, p. 154.

⁵⁴ L'article L. 234-13 du code de la route, prévoit que « toute condamnation pour l'une des infractions prévues aux articles L. 234-1 et L. 234-8, commise en état de récidive au sens de l'article 132-10 du code pénal, donne lieu de plein droit à l'annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant trois ans au plus ».

⁵⁵ Dans le cas présent, une société avait été déclarée coupable pour publicité trompeuse, et de ce fait avait été condamnée à la publication de la décision, en application de l'article L. 121-4 du code de la consommation.

⁵⁶ Décision n°2010-40 QPC du 29 septembre 2010, M. Thierry B., publiée au JORF du 30 septembre 2010, p. 17782 ; v. A. Lepage et H. Matsopoulou, « De peines complémentaires obligatoires déclarées conformes aux principes constitutionnels », *JCP G*, 2010, p. 2168 ; Dalloz, « Constitutionnalité de la peine de publication du jugement de condamnation », 2010, p. 2221 ; *AJ Pénal*, « Constitutionnalité des peines automatiques d'annulation du permis de conduire et de publication de la décision de condamnation », 2010, p. 501, obs. J.-B. Perrier ; *Droit pénal*, « Pronostics déçus », 2010, comm. 122, obs. J.-H. Robert.

⁵⁷ Décision n° 2010-41 QPC du 29 septembre 2010, Société Cdiscount et autre, publiée au JORF du 30 septembre 2010, p. 17783 ; v. A. Lepage et H. Matsopoulou, « Des peines complémentaires obligatoires déclarées aux principes constitutionnels », *préc.*; *AJ Pénal*, « Constitutionnalité des peines automatiques d'annulation du permis de conduire et de publication de la décision de condamnation », *préc.*; *Droit pénal*, « Pronostics déçus », *préc.*

conciliables avec le principe d'individualisation de la peine. Le Conseil constitutionnel mit fin à toutes les certitudes en la matière.

La question qui se pose est dès lors de savoir par quel raisonnement le Conseil constitutionnel aboutit à des solutions différentes dans des situations qui, pour bon nombre de juristes, semblaient similaires.

Par un comparatif des décisions rendues on observe deux éléments fondateurs du raisonnement des juges. En réalité pour éviter de procéder à une confrontation directe avec le principe d'individualisation des peines, le Conseil constitutionnel fonde son raisonnement sur le principe de nécessité des peines. Figurant au considérant n°4 de ces décisions, le principe d'individualisation n'est évoqué que par la suite, au considérant n°5, semble-t-il « comme un appoint accessoire »⁵⁸.

C'est dès lors sur le terrain du principe de nécessité des peines et non pas celui de l'individualisation des peines qu'il faut se placer. Le Conseil constitutionnel analyse donc l'objectif recherché par le législateur et si la peine envisagée est nécessaire et proportionnée à la réalisation de cet objectif. Répondant à une conception objective du droit pénal, le Conseil rappelle que le principe d'individualisation ne fait pas obstacle à ce que le législateur fixe des règles assurant une répression effective des infractions⁵⁹. Cette formulation utilisée au considérant 3 de la décision n°2010-40 QPC du 29 septembre 2010 est appuyée, confortée par le considérant suivant reconnaissant que cette peine est « directement liée » à un comportement délictuel et que son objectif est de « garantir la sécurité routière, améliorer la prévention et renforcer la répression des atteintes à la sécurité des biens et des personnes provoquées par la conduite sous l'influence de l'alcool ». Se référant à l'objectif poursuivi par le législateur, l'annulation du permis de conduire répond à la fonction préventive de la sanction.

Le même raisonnement a été suivi s'agissant de la décision n° 2010-41 QPC du 29 septembre 2010. Le principe de nécessité est à rapprocher de l'idée de justification, d'adéquation de la peine. Face à ce principe, le Conseil se limite à censurer l'erreur manifeste d'appréciation⁶⁰. Ce principe est donc utilisé par le Conseil constitutionnel avec une « extrême prudence dans

⁵⁸ J.-H. ROBERT, « Pronostics déçus », *Droit pénal*, n°11, Novembre 2010, p. 42.

⁵⁹ Cette formulation se retrouvait déjà dans sa décision n° 2007-554 DC, 9 août 2007, *Rec.*

⁶⁰ N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 287, 1997, p. 212.

le contrôle de son application »⁶¹ du fait qu' « 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 »⁶². En l'espèce, l'objectif poursuivi par le législateur à travers la publication de la décision de condamnation étant d'assurer la fonction réparatrice de la sanction pénale⁶³.

Pour ne pas totalement occulter le principe d'individualisation des peines, le Conseil constitutionnel rappelle l'existence de certains procédés d'aménagement de la peine mis à la disposition du juge ; le relèvement et la dispense de peine. Aux termes de l'article 132-21⁶⁴ du code pénal, le relèvement permet au juge d'abrèger, dans des conditions très strictes⁶⁵, sur requête, la durée de l'interdiction, déchéance ou incapacité frappant la personne condamnée. Le juge répressif peut décider de cette abréviation dans le jugement de condamnation ou par jugement ultérieur. Or ce relèvement est applicable aux peines complémentaires obligatoires comme aux peines accessoires, ce procédé d'individualisation n'explique donc pas la différence de solution opérée par le juge constitutionnel entre ces deux types de peines.

En ce sens, le Conseil utilise l'expression, « en outre », afin de justifier la différence de raisonnement d'avec sa décision précédente du 11 juin 2010. A cette occasion, il avait conclu à la violation du principe d'individualisation de la peine malgré la possibilité de relèvement de la peine accessoire, ce relèvement étant insuffisant à en assurer le respect.

La dispense de peine⁶⁶ apparaît comme le seul justificatif à cette différence de traitement, cette mesure étant applicable aux seules peines complémentaires obligatoires. Cependant, face

⁶¹ M. VAN DE KERCHOVE, « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *RSC*, Octobre/Décembre 2008, p. 821.

⁶² Cons. Const. n° 80-127, 20 janv. 1981; n° 86-215, 3 sept. 1986 ; n° 93-334, 20 janv. 1994; n° 97-389, 22 avr. 1997 ; n° 99-411, 16 juin 1999 ; n° 2007-554 DC, 9 août 2007.

⁶³ M. GIACOPELLI, « Le sauvetage des peines complémentaires obligatoires par le Conseil constitutionnel », *RFDC*, n°1, 2011, p. 155.

⁶⁴ « L'interdiction de tout ou partie des droits civiques, civils et de famille mentionnés à l'article 131-26 ne peut, nonobstant toute disposition contraire, résulter de plein droit d'une condamnation pénale. Toute personne frappée d'une interdiction, déchéance ou incapacité quelconque qui résulte de plein droit, en application de dispositions particulières, d'une condamnation pénale, peut, par le jugement de condamnation ou par jugement ultérieur, être relevée en tout ou partie, y compris en ce qui concerne la durée, de cette interdiction, déchéance ou incapacité, dans les conditions fixées par le code de procédure pénale ».

⁶⁵ N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 287, 1997, p. 214.

⁶⁶ Prévus à l'article 132-59 du code pénal, la dispense de peine nécessite la réunion de trois éléments : le reclassement acquis du coupable, la réparation du dommage causé et la cessation du trouble résultant de l'infraction. Le prononcé de cette dispense de peine est une faculté laissée à la libre appréciation des juges du fond.

à l'impact limité de ces outils d'individualisation, le Conseil va procéder à un examen du degré de liberté d'individualisation reconnue au juge en la matière, et préciser ainsi les exigences découlant du principe d'individualisation des peines. Les juges constitutionnels estiment que la petite liberté accordée au juge quant à la détermination des modalités d'exécution de la peine suffit à caractériser un respect du principe d'individualisation. Cet argument semble insuffisant et fragile mais il faut alors comprendre qu'une peine obligatoire est possible et n'est pas contraire au principe d'individualisation dès lors que le juge dispose d'une possibilité d'adaptation ne serait-ce qu'en terme de quantum ou de modalités d'exécution. Seules les peines automatiques autant en terme de prononcé que de détermination des modalités d'exécution de la peine sont donc contraires aux droits et libertés garantis par la Constitution. Car en réalité, peu importe que la juridiction dispose d'une réelle possibilité de modulation, la peine sera conforme au principe même si cette marge d'appréciation reconnue au juge est infime.

Le Conseil constitutionnel limite ainsi l'impact de sa décision d'inconstitutionnalité de l'article 7 du code électoral en substituant au principe d'individualisation, le principe de nécessité des peines. S'inscrivant dans une conception objective issue de la pensée utilitariste, le Conseil apprécie la nécessité de la peine eu égard à la gravité de l'infraction. Il recourt ainsi à un raisonnement téléologique, en appréciant la nécessité et proportionnalité de la peine eu égard à l'objectif visé par le législateur évitant toute contrariété avec l'intérêt général poursuivi par le législateur. Nous renvoyant de la sorte à sa décision du 20 janvier 1981, à l'occasion de laquelle il avait posé les limites du principe de l'individualisation des peines en retenant que le principe d'individualisation des peines n'implique pas que « la nécessité des peines doive être appréciée du seul point de vue de la personnalité du condamné » et 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 ».

« C'est une forme de compromis qu'opère (ici) le Conseil constitutionnel, entre les dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et les contraintes qui pèsent sur un organe dont on pourrait craindre qu'il ne porte pas trop atteinte à la souveraineté du

législateur »⁶⁷. C'est surtout à ce prix que le Conseil constitutionnel parviendra à concilier protection effective des droits fondamentaux et sécurité juridique.

⁶⁷ N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 287, 1997, p. 215.