

TOULOUSE  
CAPITOLE  
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

*A la recherche de la peine perdue en droit constitutionnel (dossier 7)*

BOTTON ANTOINE

Référence de publication : BOTTON (A.), « A la recherche de la peine perdue en droit constitutionnel (dossier 7) », *Droit pénal* (9), 2015.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail- publi@ut-capitole.fr

## A la recherche de la peine perdue en droit constitutionnel (dossier 7)

**La recherche de la peine en droit constitutionnel suppose, au préalable, de déterminer la notion constitutionnelle de « punition ». Cette opération réalisée, il revient ensuite de distinguer, au sein de cette catégorie de « punition », la peine *stricto sensu* de la sanction ayant le caractère d'une punition.**

1. - Partir à la recherche de la peine perdue en droit constitutionnel implique de procéder par déduction, la définition de cette notion se réalisant négativement. Précisément, la lecture d'une seule décision du Conseil constitutionnel, serait-elle d'une importance reconnue, ne permet pas de se faire une idée de la notion « constitutionnelle » de la peine. Et cela pour une raison simple : le conseil n'a jamais ressenti le besoin de déterminer expressément ce qu'est une peine. À cette démarche directe, qui fut celle de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>Note 1</sup>, le conseil a préféré une approche plus indirecte, donc plus sibylline, consistant à ne jamais donner de définition positive de la peine, laissant ainsi aux commentateurs de ses décisions le soin d'en effectuer une lecture, souvent en creux. Il s'agira donc de procéder ici à une véritable recherche.

2. - Malgré ces spécificités, définir la notion constitutionnelle de « peine » revêt un enjeu analogue à celui de la détermination de son équivalent européen : fixer le champ matériel du contrôle de la législation pénale. Pour être plus précis, cet enjeu réside principalement dans la question de l'applicabilité de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 aux termes duquel : « *La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ». Cet article 8 consacre ainsi le principe de légalité ainsi que le principe de nécessité des peines ; principes disposant de nombreux corollaires. Rappelons à cet égard que découlent du premier, le principe de légalité, celui de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères – expressément consacré dans la suite de l'article 8 – ou encore l'exigence de clarté et de précision de la loi pénale. Du second, le principe de nécessité des peines, ceux de proportionnalité comme d'individualisation des peines.

3. - Ces précisions faites, la détermination du champ d'applicabilité – ou plutôt d'inapplicabilité – de l'article 8 de la Déclaration de 1789 devrait ainsi, si l'on s'en tient à sa lettre, permettre de savoir ce que le conseil entend exactement par « peine ». Malheureusement, là encore le conseil n'aide pas le chercheur de « peine » puisque loin de s'en tenir justement aux termes de l'article, il a décidé d'en étendre le champ d'application par le biais d'une notion voisine, donc distincte, de celle de peine : la notion de « sanction ayant le caractère d'une punition ». Pour rappel, les juges constitutionnels ont effectivement admis, dès leur décision « Loi de finances rectificative pour 1982 » du 30 décembre 1982 que l'article 8 de la Déclaration de 1789 « ne concerne pas seulement les peines appliquées par les juridictions répressives, mais s'étend nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition »<sup>Note 2</sup>. Cette extension du domaine de la norme de contrôle ayant pour effet direct d'étendre le domaine de notre recherche ou plus exactement, d'en dicter la méthode.

4. - De fait, déterminer le champ d'applicabilité de l'article 8 ne pouvant constituer une fin en soi – du fait de la dualité de notions utilisées par le conseil –, elle ne peut qu'en être une étape, un passage obligé. Plus clairement, la fixation du domaine de cette disposition constitutionnelle ne donne qu'une idée de la catégorie à laquelle appartient la peine ; celle de punition regroupant peine et sanction ayant le caractère

d'une punition. Cette catégorie connue, il sera alors possible d'en distinguer les composantes, c'est-à-dire la peine, objet de recherche, de la sanction ayant le caractère d'une punition. En sorte que la recherche de la notion constitutionnelle de peine (2) passe nécessairement, selon nous, par la découverte de celle de punition (1).

## 1. À la recherche de la punition

5. - À l'examen de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la notion de punition semble très large, qui comprend les sanctions pénales *stricto sensu* mais aussi les sanctions administratives<sup>Note 3</sup>, disciplinaires<sup>Note 4</sup>, fiscales<sup>Note 5</sup> et civiques<sup>Note 6</sup>. À cet égard, le conseil a même envisagé, au titre de l'article 8 de la Déclaration de 1789, la clarté et la précision de la notion de « déséquilibre significatif » en droit de la concurrence ; notion de « déséquilibre significatif » conditionnant la condamnation à une amende civile prévue par le Code de commerce<sup>Note 7</sup>. Cette multiplicité de sanctions considérées comme des punitions rend alors assez difficile l'appréhension des critères d'appartenance à la catégorie des punitions. Cela étant, l'analyse de certaines décisions du conseil permettent tout de même de déterminer, d'une part, ce que cette punition n'est pas et, d'autre part, malgré l'absence de définition expresse, ce qu'elle est.

6. - Dans une première perspective, celle d'une définition négative de la punition, il convient de constater que, pour le conseil, la punition doit être distinguée tant de la « mesure de sûreté » que de la mesure d'ordre disciplinaire. S'agissant de la distinction entre punition et mesure de sûreté, il faut évoquer la fameuse décision du 21 février 2008 relative à la rétention de sûreté<sup>Note 8</sup>. Le conseil, à cette occasion, a indiqué quels caractères de la rétention de sûreté empêchaient de la considérer comme une « punition ». Ainsi, selon lui, plusieurs raisons font que cette rétention n'est pas une punition : elle « repose non sur la culpabilité de la personne condamnée par la cour d'assises, mais sur sa particulière dangerosité », elle « n'est mise en œuvre qu'après l'accomplissement de la peine par le condamné » et, pour finir, « elle a pour but d'empêcher et de prévenir la récidive par des personnes souffrant d'un trouble grave de la personnalité ». De sorte que le conseil a fait sienne la traditionnelle et très discutée distinction entre la « peine » *lato sensu*, tournée vers le passé et sanctionnant la faute commise, et la « mesure de sûreté », regardant l'avenir et tentant de neutraliser la dangerosité d'un agent<sup>Note 9</sup>. Cette distinction, au demeurant convenue, a été, comme chacun sait, passablement altérée par l'absence d'incidence sur le contrôle de la rétention de sûreté ; le conseil lui ayant finalement appliqué les exigences constitutionnelles de la punition (en l'occurrence le principe de non-rétroactivité de la loi pénale). Aussi faut-il revenir sur une autre distinction, celle entre punition et mesure disciplinaire, afin de s'assurer de ce que n'est pas, aux yeux du conseil, une punition.

7. - À titre d'exemple de cette seconde distinction, le conseil a jugé que la déchéance de plein droit des fonctions de juge au tribunal de commerce en cas de condamnation pénale « *pour des agissements contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs* » (C. com., art. L. 723-2) ne revêt aucun caractère punitif ; cette déchéance ayant seulement « pour objet d'assurer que les professionnels appelés à exercer les fonctions de juge au tribunal de commerce ou à élire ces juges présentent les garanties d'intégrité et de moralité indispensables à l'exercice de fonctions juridictionnelles »<sup>Note 10</sup>. Suivant un même raisonnement, il a également considéré que l'exclusion d'un notaire destitué des chambres, organismes et

conseils régissant sa profession ne constitue pas une sanction ayant le caractère d'une punition<sup>Note 11</sup>. Ces mesures, appartenant à la discipline d'une profession ou d'une fonction, ont donc une visée de moralisation de cette profession ou fonction. Tel ne sera cependant pas le cas des mesures qui, bien que résultant d'une procédure disciplinaire, touche l'individu non en sa qualité de professionnel mais bien en celle de citoyen. Il faut à ce titre mentionner la privation de droits civiques du notaire qui découlait automatiquement de sa destitution. Le conseil ayant, à l'occasion de la décision précitée<sup>Note 12</sup>, logiquement qualifié cette privation de « sanction ayant le caractère d'une punition ».

**8.** - Somme toute, à s'en tenir à ces deux distinctions, la « peine » au sens constitutionnel apparaît donc, en creux, comme une mesure qui ne vise pas l'avenir, que ce soit pour éviter la récidive ou, plus généralement, pour moraliser l'exercice d'une fonction ou d'une profession. Si bien que, positivement définie, une punition consiste, pour le conseil, en la sanction d'un individu en raison de la commission passée d'une infraction à la loi, pénale ou autre. L'adhésion à cette définition non pas fruste mais classique de la punition se vérifie d'ailleurs à la lecture de certaines décisions mettant en œuvre, sans les énoncer, les critères constitutionnels de la punition. Il suffira d'évoquer ici une question de constitutionnalité dans laquelle le conseil avait à juger de l'applicabilité de l'article 8 de la Déclaration de 1789 concernant une mesure administrative de retrait d'indemnisation en cas de décision administrative d'abattage de cheptels pour cause de maladie. Sans entrer dans les détails de cette décision, le conseil a, pour qualifier la mesure de « punition », expressément relevé que le « droit d'indemnisation, naissant de la décision d'abattage, peut être retiré en tout ou partie au propriétaire du cheptel) qui a commis une infraction » aux règles zoosanitaires. Le conseil mettant ainsi en exergue les deux éléments de la définition classique de la punition : la sanction (en l'occurrence le retrait du droit d'indemnisation) et sa cause (une infraction aux règles prescrites en la matière). En définitive, la punition semble donc consister, pour le conseil, dans la sanction infligée en considération d'un comportement infractionnel passé et ce, quelle que soit la nature de l'organe de sanction. Cette indifférence organique devant précisément cesser lorsqu'on s'intéresse à la notion constitutionnelle de « peine ».

## 2. À la recherche de la peine

**9.** - Le moins que l'on puisse dire, c'est qu'une fois la « punition » trouvée, la recherche de la notion constitutionnelle de peine ne paraît *a priori* soulever aucune espèce de difficulté. Pour le Conseil, la peine est la punition prononcée par une juridiction pénale, les sanctions ayant le caractère d'une punition consistant, à l'inverse, dans les punitions infligées par d'autres autorités, administratives pour l'essentiel. C'est ce qui ressort, sans aucune ambiguïté, de sa formule récurrente suivant laquelle les principes de l'article 8 de la Déclaration de 1789 « ne concernent pas seulement les peines appliquées par les juridictions répressives, mais s'étend nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition »<sup>Note 13</sup>. Est-ce à dire pour autant que notre étude s'achève ici ? À l'évidence non. La recherche et la détermination de la notion constitutionnelle de « peine » supposent effectivement de s'arrêter sur trois points essentiels à nos yeux.

**10.** - Tout d'abord, la recherche de la « peine » est-elle seulement utile en droit constitutionnel ? En effet, le champ d'applicabilité de l'article 8 ne se limitant plus à la « peine » depuis la décision de principe de décembre 1982, sert-il encore à quelque chose de caractériser cette « peine » en droit constitutionnel ?

La recherche de la « punition » n'est-elle pas suffisante de ce point de vue ? À ces questions remettant en cause l'intérêt et, par là même, l'existence d'une notion « constitutionnelle » de peine, il faut répondre par la négative. Il faut effectivement noter que les « sanctions ayant le caractère d'une punition », bien qu'objet d'un contrôle de constitutionnalité au regard de l'article 8 de la Déclaration de 1789, ne suivent pas exactement le même régime que les peines *stricto sensu*. Rappelons à cet égard que le conseil juge constamment, dans le cadre de son contrôle *a priori*<sup>Note 14</sup> et *a posteriori*<sup>Note 15</sup>, qu'« appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements »<sup>Note 16</sup>. De sorte que la distinction entre les « peines » et les « sanctions ayant le caractère d'une punition » est loin d'être illusoire, puisqu'elle est effective s'agissant, tout du moins, de l'exigence de clarté et de précision de la loi pénale. Dans cette perspective, malgré l'extension du champ de contrôle relatif à cet article 8, le conseil n'a nullement remis en cause la nécessaire distinction entre la peine *stricto sensu* et la « sanction ayant le caractère d'une punition », conférant ainsi à la « peine » un enjeu et, par là même, une teneur constitutionnels.

**11.** - Ensuite, la peine comprend-elle, suivant le conseil, ses modalités d'exécution ? Dit autrement, les lois d'exécution des peines sont-elles soumises au contrôle de l'article 8 de la Déclaration de 1789 ? On a légitimement pu le penser un certain temps, à la lecture notamment d'une décision du 20 janvier 1994<sup>Note 17</sup> ayant statué sur la conformité constitutionnelle de l'institution d'une peine de réclusion criminelle à perpétuité incompressible pour certains assassinats. Sans s'intéresser ici au problème de fond, il convient juste d'observer que le conseil a, dans cette décision, considéré que « les principes ainsi énoncés (tirés de l'article 8 de la Déclaration de 1789) ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent au régime des mesures de sûreté qui les assortissent ». Pareille confusion entre la peine et les mesures d'exécution qui l'entourent semble toutefois avoir vécu. Le conseil a ainsi jugé, dans une décision du 11 juillet 2014<sup>Note 18</sup>, que le retrait de crédit de réduction de peine pour mauvaise conduite ne constituait pas, en lui-même, une peine mais une simple modalité d'exécution de la peine prononcée par le juge ; la législation relative à ce retrait ne relevant alors aucunement de l'article 8 de la Déclaration de 1789. Dès lors, la dissociation entre peine et mesures d'exécution conduit ici à refuser de contrôler des dispositions ayant un effet sur la durée effective et, partant, la sévérité de la peine subie, ce qui conduit à s'interroger sur la légitimité d'une telle distinction. Dans cette perspective, il faut noter que la Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt *Del rio Prada c/ Espagne* d'octobre 2013<sup>Note 19</sup>, semble justement, dans cette hypothèse d'effet de la mesure d'exécution sur la portée de la peine, avoir abandonné la distinction peine/mesure d'exécution de la peine ; distinction qu'elle avait pourtant clairement opérée dans un précédent arrêt *Kafkaris c/ Chypre*<sup>Note 20</sup>. Si bien qu'on espère que, sur ce modèle européen, le conseil fera entrer dans sa définition de la « peine » certaines de ses modalités d'exécution, tout du moins lorsqu'elles ont un effet substantiel sur l'intensité de la peine subie. En effet, quelle est la cohérence d'une jurisprudence soumettant au contrôle constitutionnel la question du retrait d'indemnisation en cas d'abattage de cheptel et l'excluant, par ailleurs, dans l'hypothèse d'un retrait, cette fois-ci, de crédit de réduction d'une peine privative de liberté ? Aucune, sauf à penser, bien sûr, que le droit de propriété mérite une plus grande protection constitutionnelle que la liberté individuelle.

**12.** - Enfin, au regard de la décision du conseil du 18 mars 2015 relative au cumul de poursuites manquement d'initié/délictueux d'initié<sup>Note 21</sup>, comment ne pas s'interroger sur l'avenir de cette définition constitutionnelle de la peine, organique donc distincte de celle de « sanction ayant le caractère d'une

punition » ? En effet, dans cette décision, le conseil a considéré que les peines prononcées par le juge pénal en matière de délit d'initié et les sanctions ayant le caractère d'une punition décidées par l'Autorité des marchés financiers en matière de manquement d'initié ne sont, nous le citons, « pas de nature différente »<sup>Note 22</sup>. La distinction entre peine et sanction ayant le caractère d'une punition est-elle dès lors menacée ? Ce serait sans doute beaucoup s'avancer puisque cela supposerait que le terme « nature » soit utilisé pour ce qu'il est par le conseil. Or, à y regarder de plus près, entre les sanctions prononcées par les deux organes, il existe bel et bien une différence de nature que le conseil prend d'ailleurs soin de relever : peine d'emprisonnement possible devant le juge pénal ; sanctions pécuniaires manifestement plus sévères devant l'Autorité des marchés financiers. Dès lors, qu'est-ce qu'entend le conseil par identité de nature ? Assez étrangement, une identité de sévérité : pour lui, les arsenaux punitifs devant les deux organes étant identiques en leur sévérité, ils sont donc identiques en leur nature<sup>Note 23</sup>. Aussi, loin d'assurer la fusion des notions de « peine » et de « sanctions ayant le caractère d'une punition », la décision de mars 2015 en brouille encore plus les rapports, laissant entendre que leur identité dépend de leur sévérité respective. Cette décision, et la confusion notionnelle qui y préside, fait alors naître un souhait dont l'expression nous servira de conclusion.

**13.** - Au terme de cette brève, donc incomplète, recherche de la peine en droit constitutionnel, qu'il nous soit effectivement permis d'espérer l'abandon du dyptique peine/sanction ayant le caractère d'une punition au profit d'une notion unique de « peine » ne tenant aucun compte de l'autorité de répression. Au-delà du rapprochement d'avec la méthode employée par la Cour de Strasbourg – ce qui n'est pas une vertu en soi –, une telle perspective présenterait essentiellement deux avantages. D'une part, le conseil s'en tiendrait finalement à la lettre de la norme de contrôle, l'article 8 de la Déclaration de 1789 ne visant que les « peines ». D'autre part, l'adoption d'une notion unique de « peine » mettrait automatiquement un terme à la regrettable jurisprudence, évoquée plus haut, consistant à soumettre les lois prévoyant des « sanctions ayant le caractère d'une punition » à une exigence allégée de clarté et de précision.

### *Notes de bas de page*

Note 1 CEDH, 9 févr. 1995, n° 17440/90, Welch c/ Royaume-Uni. – CEDH, 8 juin 1995, n° 15917/89, Jamil c/ France : JurisData n° 1995-604219.

Note 2 Cons. const., 30 déc. 1982, n° 82-155 DC, consid. 33 : JO 31 déc. 1982, loi n° 82-1152 du 30 décembre 1982 de finances rectificative pour 1982.

Note 3 V. notamment, Cons. const., 13 janv. 2012, n° 2011-210 QPC : JurisData n° 2012-000166 ; JO 14 janv. 2012, révocation des fonctions de maire. – Cons. const., 20 juill. 2012, n° 2012-266 QPC : JurisData n° 2012-016576 ; JO 21 juill. 2012, décision de retrait de l'indemnité due en cas de décision administrative d'abattage d'un cheptel décision ministérielle de retrait de l'indemnité due après l'abattage d'un cheptel sur ordre de l'Administration en cas d'infraction aux règles zoosanitaires ayant contribué à la situation à l'origine de l'élimination des animaux.

Note 4 V. notamment, Cons. const., 27 janv. 2012, n° 2011-211 QPC : JurisData n° 2012-000879 ; JO 28 janv. 2012, discipline des notaires. – Cons. const., 17 janv. 2013, n° 2012-289 QPC : JurisData n° 2013-000685 ; JO 18 janv. 2013, discipline des médecins.

Note 5 V. notamment, Cons. const., 17 mars 2011, n° 2011-103 QPC : JO 18 mars 2011, majoration fiscale de 40 % pour mauvaise foi. – Cons. const., 17 mars 2011, n° 2011-104 QPC : JO 18 mars 2011, majoration fiscale de 80 % pour activité occulte. – Cons. const., 17 mars 2011, n° 2011-105/106 QPC :

JO 18 mars 2011, majoration fiscale de 40 % après mise en demeure. – Cons. const., 10 févr. 2012, n° 2011-220 QPC : JurisData n° 2012-001573 ; JO 11 févr. 2012, majoration fiscale de 40% pour non-déclaration de comptes bancaires à l'étranger ou de sommes transférées vers ou depuis l'étranger. – Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-239 QPC : JurisData n° 2012-011398 ; JO 5 mai 2012, transmission des amendes, majorations et intérêts dus par un contribuable défunt ou une société dissoute.

Note 6 Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC : JurisData n° 2010-030606 ; JO 12 juin 2010, article L. 7 du Code électoral. – Cons. const., 27 janv. 2012, préc..

Note 7 Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC consid. 3 et 4 : JurisData n° 2011-014563 ; JO 14 janv. 2011, déséquilibre significatif dans les relations commerciales, clarté et précision de la notion de « déséquilibre significatif », conditionnant une condamnation à une amende civile prévue à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

Note 8 Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, consid. 9 : JurisData n° 2008-010653 ; JO 26 févr. 2008, loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

Note 9 Sur cette distinction entre peine et mesure de sûreté, V. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. I, *Droit pénal général* : Cujas, 7e éd. 1997, p. 824 s.

Note 10 C. com., art. L. 723-2. – Cons. const., 1er avr. 2011, n° 2011-114 QPC, consid. 5 : JurisData n° 2011-015522 ; JO 2 avr. 2011, déchéance de plein droit des juges consulaires.

Note 11 Cons. const., 27 janv. 2012, préc., consid. 4.

Note 12 Idem. – Cons. const., 27 janv. 2012, préc., consid. 5.

Note 13 Cons. const., 30 déc. 1982, n° 82-155 DC, consid. 33, loi de finances rectificative pour 1982 préc., même consid..

Note 14 Cons. const., 17 janv. 1989, n° 88-248 DC, consid. 37 : JurisData n° 1989-300022 ; JO 18 janv. 1989, loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

Note 15 Cons. const., 20 juill. 2012, n° 2012-266, préc., consid. 6, décision de retrait de l'indemnité due en cas de décision administrative d'abattage d'un cheptel..

Note 16 Formule tirée de Cons. const., 17 janv. 1989, préc., et reprise, de manière quasi-identique, dans celle du 20 juillet 2012 – Par ailleurs, pour une utilisation de la formule en matière disciplinaire, V. Cons. const., 25 nov. 2011, n° 2011-199 QPC, consid. 7 : JurisData n° 2011-026275 ; JO 26 nov. 2011, discipline des vétérinaires.

Note 17 Cons. const., 20 janv. 1994, n° 93-334 DC, consid. 10 : JO 26 janv. 1994, loi n° 94-89 instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale.

Note 18 Cons. const., n° 2014-408 QPC 11 juill. 2014, consid. 7 : JurisData n° 2014-016583 ; JO 13 juill. 2014, retrait de crédit de réduction de peine en cas de mauvaise conduite du condamné en détention. – V. le commentaire de V. Peltier : *Rev. pénit.* 2014, p. 932.

Note 19 CEDH, gde ch., 21 oct. 2013, n° 42750/09, *Del Rio Prada c/ Espagne* : JurisData n° 2013-026185.

Note 20 CEDH, 12 févr. 2008, n° 21906/04, *Kafkaris c/ Chypre*.

Note 21 Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC : JurisData n° 2015-005120 ; JO 20 mars 2015 ; JCP G 2015, 368, F. Sudre ; JCP G 2015, 369, J.-H. Robert ; D. 2015, p. 894, note A.-V. Le Fur et D. Schmidt ; *Rev. sociétés* 2015, p. 380, note H. Matsopoulou, cumul de poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié. – V. également sur cette décision, O. Décima, *Le fantôme de ne bis in idem* : D. 2015, p. 874.

Note 22 Cons. const., 18 mars 2015, préc., consid. 26 in fine.

Note 23 V. à cet égard, le commentaire officiel de la décision, p.22-23.

