

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE ET UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

**Le contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*.
Essai comparé sur la protection des droits des justiciables en France et au
Canada.**

**THÈSE EN COTUTELLE
POUR LE DOCTORAT EN DROIT**

Présentée et soutenue publiquement le mardi 30 janvier 2018

par

Chloé CARDILLO

DIRECTRICES DE RECHERCHE

Anne-Marie BOISVERT

Professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

Sylvie CIMAMONTI

Professeure à la Faculté de droit et de science politique de l'Université d'Aix-Marseille

MEMBRES DU JURY

Aurélie CAPPELLO

Maître de conférences en droit privé à l'Université de Bourgogne (Rapporteur)

Jean-François GAUDREAU-DESBIENS

Doyen et professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal (Rapporteur)

Aix-en-Provence 30 JANVIER 2018

L'Université d'Aix-Marseille et l'Université de Montréal n'entendent accorder aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

Je tiens à adresser toute ma gratitude et mes plus vifs remerciements à mes directrices de thèse, Madame le professeur Anne-Marie Boisvert et Madame le professeur Sylvie Cimamonti pour avoir accepté de diriger mes recherches franco-canadiennes. Leur grande disponibilité, leur patience, leurs conseils et leur soutien ont joué un rôle capital dans l'aboutissement de ce travail. Cette codirection fut pour moi un honneur, ainsi qu'une chance.

Je tiens également à remercier Madame Aurélie Cappello et Monsieur le Doyen et le professeur Jean-François Gaudreault-DesBiens de me faire l'honneur de siéger dans le jury de soutenance.

De même, qu'il me soit permis de remercier le personnel de la bibliothèque de l'Université de Montréal. Je remercie en particulier Stéphanie Pham-Dang qui, par ses conseils avisés, m'a permis de m'adapter aux nouvelles ressources documentaires.

J'exprime ma gratitude à Madame Eudoxie Gallardo pour sa bienveillance durant tout mon doctorat et adresse mes sincères remerciements à mes amies de la faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, Méryl Recotillet et Élodie Bosco pour leur soutien durant cette longue traversée transatlantique.

Je remercie enfin mes parents sans qui rien n'aurait été possible.

À mes parents
À l'amitié franco-canadienne

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

. Canadiennes

A.L.D.	Actualité Législative Dalloz
Bull.cass.crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres criminelles
Bull. du B.	Bulletin du Barreau canadien
Bull. Soc. légis. comp.	Bulletin de la Société de législation comparée
C.C.C.	Canadian Criminal Cases
Can. Crim. Law Rev.	Canadian Criminal Law Review = Revue canadienne de droit
Cahiers [C.deD.]	Les Cahiers de droit
C.L.J.	Criminal Law Journal
Crim.L.R.	Criminal Law Review
Dr. pénal	Droit pénal
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
J. Crim. L.	Journal of Criminal Law
J. du Bar.	Journal du Barreau
J.R.	Juridical Review
Osgoode Hall L.J.	Osgoode Hall Law Journal
Ottawa L. Rev.	Ottawa Law Review
R.de d.pén.	Revue de droit pénal
R.D.P.	Résumés de droit pénal
R. du B.	Revue du barreau
R. du B. can	Revue du barreau canadien
R. du N.	La Revue du notariat
Sask. Bar Rev.	Saskatchewan Bar Review
S.C.J.	Supreme Court of Canada Judgments
S.C.L.R.	The Supreme Court Law Review

. Françaises

§	Paragraphe
<i>AJDA</i>	Actualité juridique droit administratif
<i>AJPénal</i>	Actualité juridique pénal
BO	Bulletin Officiel
<i>Bull. ass. plén</i>	Bulletin des arrêts de la Cour cassation rendus en assemblée plénière
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>c/</i>	Contre
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Civ. 1 ^o	Arrêt de la première chambre civile de la Cour cassation
Ass. Plén.	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
Soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
Crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme
ch.	Chambre
chron.	Chronique
CJUE	Cour de justice de l'Union Européenne
CMF	Code monétaire et financier
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
COJ	Code de l'organisation judiciaire
coll.	Collection
comm.	Commentaire
Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>contra</i>	Contraire
corr.	Correctionnel(le)
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale

D. actu.	Dalloz actualité
déc.	Décision
dir.	Sous la direction de
Doc. fr.	Documentation française
<i>DP</i>	Dalloz périodique (dans le recueil Dalloz)
<i>Dr. pén.</i>	Revue Droit pénal
éd.	Edition
Fasc.	Fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>Infra</i>	Ci-dessous
<i>J.-CL</i>	Juris-Classeur
<i>JCP G, E, N</i>	Semaine juridique, édition Générale, Entreprise, Notariale
<i>JORF</i>	Journal officiel de la République Française
Jur.	Jurisprudence
<i>LPA</i>	Revue Les Petites Affiches
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>NCCC</i>	Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel
n°	Numéro
obs.	Observation
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> , cité précédemment
p.	Page
plén.	Plénière
pp.	Page à page
préf.	Préface
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
<i>Rep. Pén.</i>	Revue pénitentiaire et de droit pénal

<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RPD</i>	Revue du droit public
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
<i>RSC</i>	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
<i>S.</i>	Recueil Sirey
<i>s.</i>	Suivant(s)
<i>sect.</i>	Section
<i>suppl.</i>	Supplément
<i>Supra</i>	Ci-dessus
<i>T. corr.</i>	Tribunal correctionnel
<i>TGI</i>	Tribunal de grande instance
<i>v.</i>	Voir
<i>vol.</i>	Volume

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE

La protection des droits des justiciables à l'épreuve de l'objet du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*

Titre I : La protection des droits des justiciables à l'épreuve de l'examen de la contestation constitutionnelle

Chapitre I : La protection des droits des justiciables à l'épreuve de la détermination de la norme objet du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*

Chapitre II : La protection des droits des justiciables à l'épreuve de la détermination de la norme de référence du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*

Titre II : La protection des droits des justiciables à l'épreuve de la résolution de la contestation constitutionnelle

Chapitre I : La protection des droits des justiciables à l'épreuve de l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*

Chapitre II : La protection des droits des justiciables à l'épreuve des effets du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*

SECONDE PARTIE

L'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* au service de la protection des droits des justiciables

Titre I : L'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* au service d'un rapprochement des droits pénaux substantiels

Chapitre I : Le rapprochement quant à l'appréciation des atteintes aux droits et libertés français et canadien par l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*

Chapitre II : Le rapprochement des principes directeurs des droits pénaux substantiels français et canadien par l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*

Titre II : L'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* au service d'un rapprochement des droits pénaux procéduraux

Chapitre I : Le rapprochement des contrôles de constitutionnalités des lois pénales *a posteriori* indirects en cas de contestation constitutionnelle au sein du procès pénal

Chapitre II : Le rapprochement des systèmes de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* par l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. **Le juge « bouche de la loi » ou « oracle vivant de la loi » ?** « Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. »¹ Cette définition de l'office du juge qui puise sa source dans l'esprit des lois de Montesquieu demeure étroitement liée avec une vision stricte de la répartition des pouvoirs, dans laquelle l'office du juge est nécessairement limité². Cette perception très fermée de la répartition des pouvoirs conduit nécessairement à la théorie du « juge inanimé »³ théorisée par Montesquieu ou bien encore, à celle du « juge automate »⁴ chère à Cesare Beccaria. La moindre interprétation du juge, si minime soit-elle, suffirait à déformer l'intention du législateur et à conférer au premier une once de pouvoir législatif. Toute interprétation lui est donc proscrite. En cas de doute sur le sens véritable d'un texte, le juge a l'obligation de se tourner vers celui-là même qui a fait la loi en usant du référé législatif. L'article 12 de la loi des 16 et 24 août 1790 prévoit précisément que les juges « ne pourront pas faire de règlements, mais ils adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle ». En matière pénale, le principe de la légalité criminelle lui-même participe évidemment de ce cantonnement du juge à un rôle passif d'application stricte de la loi pénale. Dès l'origine, ce principe cardinal de la matière pénale a pour but de maintenir le juge dans un asservissement total à la loi puisque la suppression de l'arbitraire judiciaire figure parmi les revendications principales des cahiers de doléances⁵. Dans le droit fil des errements des parlements d'Ancien Régime et de la crainte du pouvoir judiciaire, des principes fondamentaux sont prévus afin que la loi ne devienne pas, entre les mains du juge, un instrument de répression et qu'elle demeure un gage de liberté et d'égalité. Montesquieu et

¹ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, Livre XI, Chapitre VI, *De la Constitution d'Angleterre*, A. Belin, 1817, p. 136.

² MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, Livre XI, Chapitre VI, *De la Constitution d'Angleterre*, *op. cit.*, p. 42.

³ *Ibidem* ; J. PICQ, *Une histoire de l'État en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen Âge à nos jours*, 2015, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, p. 41.

⁴ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, § IV, *Interprétation des lois*, ENS, 2009, p. 153 ; G. CANIVET, *La création du droit par le juge*, *arch. de phil. du droit*, Dalloz, t. 50, 2007, 480 p. ; M.-C. LASSERRE « L'intelligence artificielle au service du droit : la justice prédictive, la justice du futur ? », *LPA*, n° 130, 30 juin 2017, pp. 6-11.

⁵ V.-Y. CARTUYVELS, *D'où vient le Code pénal ? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIIIème siècle*, Paris, Bruxelles, éd. De Boeck-Wesmael, 1996, p. 34 s.

Beccaria l'entendent bien ainsi. Le premier estime que, « les jugements doivent [...] être fixes à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans une société, sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte »⁶. Le second affirme pour sa part que « le pouvoir d'interpréter les lois pénales ne peut pas être confié (...) aux juges des affaires criminelles, pour la bonne raison qu'ils ne sont pas législateurs »⁷. Malgré tout, les pouvoirs du juge vont croissant, soit, que le législateur s'aperçoive lui-même du caractère impraticable du système, soit que le juge s'octroie, seul, les pouvoirs, qui sont les siens aujourd'hui. L'abandon du référé législatif en 1837⁸ imposé par sa rigidité et sa lourdeur marque un tournant majeur dans l'histoire de la fonction judiciaire. Dès lors, en effet, que le juge se voit chargé d'interpréter la loi, il se voit doté d'un pouvoir dont les limites tiennent exclusivement de son bon vouloir. Néanmoins, en matière pénale, le principe de légalité criminelle et son corollaire déniaient tout pouvoir créateur du juge, expliquent que son office continue d'être strictement envisagé et qu'il s'oppose à celui des juges de *common law*, que Blackstone, dans *Commentaries on the laws of England*⁹, définit comme un « oracle vivant de la loi » plutôt qu'une « bouche de la loi ». Cela engendre directement des répercussions sur le raisonnement juridique. Dans les pays de droit écrit auxquels la France se rattache, le raisonnement juridique se constitue par syllogisme et la solution est déductive. Inversement, dans les pays de tradition de *common law*, le raisonnement juridique serait lui affaire d'analogie et de précédent et pour tout dire de casuistique¹⁰. En outre, l'office du juge français a pour premier effet que la jurisprudence ne possède pas, en principe, valeur normative, contrairement à ce qui prévaut au Canada. Et pourtant, en pratique, depuis le 1^{er} mars 2010, date de l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité dans le paysage juridictionnel français, les juges judiciaires français ont tendance à ressembler à leurs homologues canadiens. En effet, la mise en œuvre du nouveau moyen constitutionnel réaffirme la tendance du juge à défaire des normes en usant de son pouvoir normatif. Force est de constater que ce pouvoir existait bel et bien avant la

⁶ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, Livre XI, Chapitre VI, *De la Constitution d'Angleterre*, *op. cit.*

⁷ BECCARIA, *Des délits et des peines*, § IV, *Interprétation des lois*, *op. cit.*, p. 153.

⁸ X. LABBÉE, *Introduction générale au droit : pour une approche éthique*, Presses Universitaires du Septentrion, 3^e éd., 2005, p. 52.

⁹ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, vol. 1, 2007, 569 p.

¹⁰ W. LLOYD, *Legal reason. The use of analogy in Legal Argument*, New York : Cambridge University Press., 2005, pp. 123–146.

naissance de la question prioritaire de constitutionnalité. Seulement, ce pouvoir normatif jurisprudentiel des juges n'apparaissait pas de manière aussi tangible que le démontre la jeune question prioritaire de constitutionnalité. Depuis l'entrée en vigueur de cette dernière, l'exercice optimal du filtrage des contestations constitutionnelles par la Cour de cassation, ses relations avec le Conseil constitutionnel, l'utilisation de l'argument constitutionnel par les justiciables prouvent que le contrôle de constitutionnalité de la loi, en l'occurrence pénale, est en pleine transformation. La question prioritaire de constitutionnalité renouvelle ainsi la problématique de la mutation du juge judiciaire français en tant que « bouche de la Constitution » à l'image de son homologue canadien. L'application de la Constitution par le juge de cassation représente un thème ancien. L'étude des décisions de la chambre criminelle de la Cour de cassation alors que le contrôle de constitutionnalité n'était encore que préalable, révélait déjà l'application directe et explicite des principes constitutionnels par le juge de cassation¹¹. Seulement, l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité modernise ce sujet et autorise l'étude comparée de droit pénal constitutionnel en France et au Canada. Sur le fondement de ces premières interrogations, il convient de retracer le phénomène de constitutionnalisation des droits pénaux français et canadien (I), de délimiter plus précisément le cadre de la recherche comparée de droit pénal constitutionnel (II) avant de proposer une problématique (III) et d'exposer le plan de la recherche qui guidera l'étude comparée portant sur : « Le contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*. Essai comparé sur la protection des droits des justiciables pénaux en France et au Canada ».

¹¹ *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, colloque des 9 et 10 décembre 1984, PUAM, 1995, L'application de la Constitution par les Cours suprêmes, colloque du 4 octobre 2006, (sous la dir. de G. DRAGO), Dalloz, 2007 ; D. COMMARET, « L'application de la Constitution par la Cour de cassation : la jurisprudence de la chambre criminelle », *NCCC*, n° 22, juin 2007 ; F. DESPORTES, « La protection, par les juridictions judiciaires des droits et libertés proclamés par la convention européenne des droits de l'homme, rencontre avec la Cour suprême du Canada », *BICC*, 15 mars 2003, n° 573, B. DE LAMY, « Les principes constitutionnels dans la jurisprudence judiciaire », *RDP*, 2002, n° 3, p. 781.

I. LE PHÉNOMÈNE DE CONSTITUTIONNALISATION DES DROITS PÉNAUX FRANÇAIS ET CANADIEN

2. **Les emprises progressives des Constitutions française et canadienne sur les droits pénaux français et canadien.** « Il s'est trouvé bien peu de gens pour envisager et combattre la cruauté des châtiments et l'irrégularité des procédures criminelles, cette partie si essentielle de la législation, et si négligée dans presque toute l'Europe »¹². Les dires de l'éminent pénaliste Cesare Beccaria inauguraient en 1764, le désir d'encadrer le pouvoir de l'État à travers le respect des droits accordés à chaque individu en France. L'étude comparée amène inexorablement à interroger les rapports entretenus entre les droits pénaux et les Constitutions de part et d'autre de l'Atlantique. La Constitution canadienne ne confère pas explicitement aux tribunaux un pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois, mais ce rôle fût assumé par les tribunaux dans la tradition d'abord des tribunaux anglais, puis, plus tard, selon un modèle s'apparentant au modèle américain. En revanche, en France, le contrôle de constitutionnalité des lois est expressément dévolu par la Constitution à une cour constitutionnelle – soit le Conseil constitutionnel – d'où l'existence d'un contrôle institutionnel de constitutionnalité des lois en France et non pas juridictionnel. Par conséquent, les contrôles de constitutionnalité des lois *a posteriori* en France et au Canada, étant respectivement institutionnel, l'autre juridictionnel, les rapports entretenus entre la Constitution et le droit pénal devraient nécessairement s'exprimer de manière différente. En France, la philosophie générale du Traité des « Délits et des peines » de Cesare Beccaria publié en 1764 inspirera, à son tour, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 qui témoigne, à n'en point douter, de la première rencontre entre le droit pénal, soit un « droit pénal à haut risque »¹³, et le droit constitutionnel, soit « un droit protecteur » des droits et libertés fondamentaux des sujets de droit. Le droit pénal représente la matière certainement la plus saisie par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Les articles intéressant directement la matière pénale sont,

¹² C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, GF-Flammarion, 1965, p. 60.

¹³ D. MAYER, « L'apport du droit constitutionnel au droit pénal en France », *RSC*, 1988, p. 439.

principalement¹⁴, les articles 7¹⁵, 8¹⁶ et 9¹⁷. Néanmoins, un texte juridique peut rester « lettre morte » si aucun mécanisme de contrôle n'est institué pour veiller à son respect. Au milieu du XVIII^{ème} siècle, en France, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 demeure sans valeur juridique dans la mesure où aucun contrôle juridictionnel de la loi, notamment en matière pénale, n'est prévu dans l'ordre juridique français. Il n'existe aucun moyen juridique externe de contraindre le pouvoir législatif à se conformer aux droits et libertés fondamentaux consacrés dans ladite Déclaration. C'est qu'en effet, jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle, la Loi règne en maître et demeure son propre « contrôleur ». Partant, à cette époque, la France se caractérise comme un « État légal »¹⁸. C'est le temps du « légicentrisme français »¹⁹ et de la crainte du juge issue des vestiges des dérives de l'Ancien Régime. Pourtant, à la même époque, outre-Atlantique, une tout autre philosophie émerge.

3. Les bases originelles du constitutionnalisme canadien. Le contrôle juridictionnel de constitutionnalité de la loi, notamment pénale, s'impose comme une évidence au Canada. L'explication principale de ce phénomène tient sans doute à l'appartenance du système juridique canadien à la tradition de *common law*. À l'issue de la guerre de Sept ans (1756-1763) remportée par l'Angleterre contre la France²⁰, le Canada, devient Colonie britannique, et, épouse, à bien des égards, les formes institutionnelles de la métropole anglaise²¹. Le pouvoir judiciaire britannique se caractérise entre autres, par son unité juridictionnelle. Celle-ci s'est ainsi

¹⁴ D'autres articles de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen intéressent la matière pénale indirectement ou partiellement notamment les articles 2, 4, 5, 6, 10, 11, 12 et 16.

¹⁵ « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites ».

¹⁶ « 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 ».

¹⁷ « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ».

¹⁸ L. FAVOREU, X. PHILIPPE, « Quelle place la Constitution fait-elle au Conseil constitutionnel ? », <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-de-1958-en-20-questions/quelle-place-la-constitution-fait-elle-au-conseil-constitutionnel.17365.html>.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Traité de Paris du 10 février 1763 et Proclamation royale de 1763*, in J.-Y. MORIN, J. WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec. Du régime français à nos jours*, tome 1, Montréal, Thémis, 1994, pp. 634-639.

²¹ R. PELLETIER, *Le Québec et le fédéralisme canadien : un regard critique*, coll. « Prisme », Québec, Les Presses de l'Université de l'Université Laval, 2008, p. 18 ; J.-Y. MORIN, J. WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec. Du régime français à nos jours*, *op. cit.* p. 42.

naturellement transposée au Canada. Il en résulte un pouvoir judiciaire avec de larges compétences où tant les tribunaux judiciaires, de droit commun ou spécialisés, de première instance ou d'appel, que la Cour suprême du Canada, qui entend les appels en dernière instance, sont habilités à vérifier la constitutionnalité des lois ou des règlements. Cependant, outre-Atlantique, l'expérience coloniale a encouragé l'émancipation du système juridique canadien à l'endroit du modèle britannique. En effet, la nature des relations coloniales au Canada eut pour principalement conséquence d'écarter le principe de la souveraineté parlementaire du Royaume-Uni qui caractérise la métropole anglaise²², en faveur d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois canadiennes tant au niveau fédéral que provincial. Par conséquent, très tôt, les tribunaux canadiens ont pris l'habitude de contrôler *a posteriori* la conformité des lois canadiennes aux normes hiérarchiquement supérieures issues du droit britannique²³. Le Canada se trouve alors juridiquement soumis au droit britannique tout en bénéficiant, sur le plan politique, d'une certaine marge de manœuvre. Dans un second temps, l'élargissement du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* au Canada a été impulsé par la création en 1867, d'une union fédérale. En effet, aussi bien un partage des compétences entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales qu'une série de dispositions en matière linguistique et religieuse visant à protéger les droits des minorités nationales sous-tendaient la fédération. Enfin, le mouvement de juridictionnalisation du contrôle la constitutionnalité des lois canadiennes a été renforcé par l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui engendre un double mouvement de constitutionnalisation du droit. En effet, celle-ci met un terme à la primauté des lois britanniques sur celles édictées tant par l'État fédéral que les États fédérés canadiens et, par la consécration simultanée de la *Charte canadienne des droits et libertés de 1982*, engendre un élargissement des normes de référence à partir desquelles s'exercent le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois *a posteriori*. Ce pouvoir d'intervention judiciaire provient en grande partie de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*²⁴, qui déclare que la Constitution du Canada

²² A. DUFFY, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni. Recherche sur le Human Rights Act 1998 et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme*, thèse Aix-Marseille, LGDJ, 2006, p. 38.

²³ *Statut de Westminster de 1931*, 22 George V, c. 4 (R.-U.) art. 2, 4 et 7 ; *Loi sur la validité des lois coloniales*, 28-29 Vict., c. 63 (R.-U), dans *Statutes at Large*, vol. XXVII (1866), pp. 72-73.

²⁴ *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, c.11.

est la loi suprême du Canada, et qu'elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de tout autre règle de droit. Cet article a un caractère impératif. Par conséquent, lorsqu'un tribunal canadien arrive à la conclusion qu'une disposition ne respecte pas la Constitution, il doit la déclarer inopérante. En définitive, si une volonté commune de canaliser la puissance étatique s'impose de part et d'autre de l'Atlantique, force est de constater que les procédés utilisés ne sont pas les mêmes. En France, si la loi s'impose comme le meilleur rempart contre l'arbitraire et les excès de la puissance étatique, au Canada, c'est la Constitution par l'intermédiaire du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois qui est privilégiée afin de faire prévaloir la protection des droits et libertés fondamentaux. Ainsi, les canadiens posèrent rapidement les bases du constitutionnalisme là, où, en France, il fallut attendre le milieu du XXème siècle afin d'en voir les prémices.

- 4. Le passage latent de l'État légal à l'État de droit en France.** Si, l'idée que renferme le concept d'État de droit est bien présente en France au XVIIIème siècle, l'évolution de la France d'un État légal à un État de droit ne prendra son essor qu'au milieu du XXème siècle lorsque, au lendemain de la seconde guerre mondiale, la suprématie de la loi est remise en cause. La progression de la France en ce sens sera néanmoins latente. En effet, un État de droit se compose d'une dimension formelle et substantielle²⁵. La dimension formelle²⁶ renvoie directement au principe de la hiérarchie des normes au sommet de laquelle se trouve la Constitution. Cette norme suprême qui conditionne la validité de la loi, à laquelle sont subordonnés les actes du pouvoir exécutif²⁷. Cependant, si la dimension formelle est une composante essentielle de l'État de droit elle n'est pas pour autant suffisante. En effet, « il ne suffit pas que la Constitution soit placée au sommet de la hiérarchie des normes et que son respect soit assuré, il faut encore qu'elle ait un certain contenu, qu'elle marque l'adhésion de l'État à certaines valeurs humanistes jugées naturelles, universelles et inviolables »²⁸. L'État de droit français s'est ainsi imposé par strates constitutionnelles successives. Une première évolution est franchie avec la

²⁵ M. TROPER, « Le concept de l'Etat de droit », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, 1993, n° 24, p. 23.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, thèse Université Panthéon-Assas Paris II, 2014, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, tome 58, p. 7.

²⁸ A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, *op. cit.*, p. 7

Constitution du 27 octobre 1946, adoptée par l'Assemblée nationale du 29 septembre et par référendum le 13 octobre. Dans son Préambule, elle « réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » et « proclame, en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps », un certain nombre de principes politiques, économiques et sociaux. Si, la dimension matérielle de l'État de droit est garantie par la Constitution du 27 octobre 1946, celle-ci ne consacre pas pour autant un contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois. La dimension formelle de l'État de droit français ne sera garantie qu'avec la Constitution du 4 octobre 1958 qui marque un tournant majeur dans l'histoire constitutionnelle française. C'est elle qui a créé le Conseil constitutionnel. En vertu de son article 61, ce dernier est chargé du contrôle de constitutionnalité des lois avant leur promulgation. Les lois organiques lui sont obligatoirement déférées alors qu'il s'agit d'une faculté pour les lois ordinaires. La saisine du Conseil constitutionnel demeure néanmoins restreinte. En effet, en vertu de l'article 61 de la Constitution, seul le Président de la République, le Premier Ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat peuvent déclencher la « machine constitutionnelle ». En 1974, cette saisine sera élargie à soixante sénateurs ou soixante députés²⁹. Dans l'esprit des constituants de la Vème République, le contrôle de constitutionnalité des lois était essentiellement un contrôle du respect par le Parlement de l'article 34 de la Constitution, qui définit le domaine de la loi. Partant, la fonction dévolue au Conseil constitutionnel par la Constitution dans sa rédaction initiale lui conférerait un rôle de « juge de la répartition des compétences »³⁰. Le Conseil constitutionnel incarnait principalement un « organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics »³¹. Par conséquent, primitivement, la Constitution du 4 octobre 1958 ne répondait que partiellement aux exigences de l'État de droit dans la mesure où aucun encadrement matériel du pouvoir de l'État n'était prévu. Sur ce point, la décision *Liberté d'association* du 16

²⁹ L. constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution, *JORF*, 30 octobre 1974, p. 11035 ; A. LEVADE, « La révision du 23 juillet 2008 : temps et contretemps », *RFDC*, 2009/2, n° 78, p. 299-316 ; v. numéro spécial, *Du nouveau dans la Constitution ? Commentaire article par article du projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République*, *LPA*, 2008, n° 97, pp. 5-111.

³⁰ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2006, 25^e éd., p. 507.

³¹ Cons. const., 6 nov. 1962, n° 62-20 DC, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, *JORF*, p. 10778, *Rec.*, p. 27.

juillet 1971³² marque un tournant majeur en conférant au Conseil constitutionnel une seconde fonction, celle d'un contrôle substantiel des lois au regard du préambule de la Constitution de 1958, de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et du Préambule de la Constitution de 1946. Elle marque ainsi le début du phénomène de constitutionnalisation du droit en France.

Malgré cette évolution du contentieux constitutionnel français, force est de constater que le constitutionnalisme français n'équivaut pas à celui qui s'impose à la même époque, au Canada. Il faudra attendre la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008³³ consacrée par la loi organique du 10 décembre 2009³⁴ pour que le Conseil constitutionnel puisse être saisi *a posteriori*. Au surplus, avant cette date, la France se démarquait par rapport aux pays européens voisins notamment, l'Allemagne³⁵ ou l'Espagne³⁶, au sein desquels un droit de saisine *a posteriori* était prévu. Pourtant, en France, l'idée d'instaurer un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois représente une idée ancienne. Cette vision avait été formulée dès les années 1960 par le doyen Louis Favoreu³⁷, en 1991 par le doyen Georges Vedel³⁸, puis à la fin des années 1990³⁹ mais sans succès. De fait, il aura fallu attendre trois tentatives, menées sur vingt années, avant que le Constituant français de 2008 admette, pour la première fois en droit français, le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité.

³² Cons. const., 16 juill. 1971, n° 71-44 DC, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, *JORF* 18 juill. 1971, p. 7114, *Rec.*, p. 29. ; *GDCC*, 16e éd., n° 6. ; *D.* 1974. 83, chron. HAMON ; *AJDA*, 1971, p. 537, note RIVERO ; *RFDA* 2014, p. 5, note BOUDOU ; *RDP*, 1971, p. 1171, note ROBERT.

³³ L. constitutionnelle n° 2008-724, 23 juill. 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, *JORF*, 24 juill. 2008, n° 171 ; A. LEVADE, « La révision du 23 juillet 2008 : temps et contretemps » ; v. numéro spécial, *Du nouveau dans la Constitution ? Commentaire article par article du projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République*.

³⁴ L. n° 2009-1523, 10 déc. 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *JORF*, 11 déc. 2009, n° 287, p. 21379. ; comm. déc. n° 2009-595 DC du 3 déc. 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *NCCC*, n° 28.

³⁵ Art. 93, *Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne*, du 23 mai 1949 ; V. HAAK, « Quelques aspects du contrôle de la constitutionnalité des lois exercé par la Cour constitutionnelle de la République Fédérale d'Allemagne », *RIDC*, 1961, vol. 13, n° 1, pp. 78-88.

³⁶ Art. 163 de la *Loi organique n° 2/179 portant sur le Tribunal constitutionnel*, du 3 octobre 1979 ; F. ALVAREZ-OSSORIO, « Juge ordinaire et doute d'inconstitutionnalité – Quelques questions sur le doute d'inconstitutionnalité en Espagne », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*. (sous la dir. L. GAY.), Bruylant, 2013, p. 91.

³⁷ L. FAVOREU, « Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale », *RDP*, 1984, n° 5, pp. 1147-1201.

³⁸ G. CARCASSONNE, O. DUHAMEL, *QPC. La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, 2011 p. 25.

³⁹ V. le projet de loi constitutionnelle portant révision des articles 61, 62 et 63 de la Constitution et instituant un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception n° 1203 déposé à l'Assemblée nationale le 30 mars 1990 ainsi que le projet de loi constitutionnelle portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VII, VIII, IX et X (dispositions modifiant le titre VII) en date du 10 mars 1993.

5. L'historique de la question prioritaire de constitutionnalité. Le succès de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a permis de mener à son terme un processus entamé vingt ans plus tôt avec l'invitation lancée au pouvoir constituant par Robert Badinter, alors président du Conseil constitutionnel, de « reconnaître au citoyen la possibilité de soulever, dans le cadre d'un procès, une exception d'inconstitutionnalité contre une loi dont le Conseil n'a pas été saisi »⁴⁰. Précisant sa suggestion, il ajoutait : « Il appartiendrait à chacune des juridictions suprêmes, Conseil d'État ou Cour de cassation, d'apprécier si on est en présence d'un problème sérieux de constitutionnalité et de renvoyer dans ce cas la question au Conseil constitutionnel, qui en déciderait dans un délai très court »⁴¹. Par cette invitation, l'ancien garde des Sceaux reprenait ainsi l'idée, déjà débattue lors des travaux préparatoires à l'établissement de la Constitution du 4 octobre 1958, que le Conseil constitutionnel connaisse de « l'inconstitutionnalité d'une loi sur la demande de la Cour de cassation ou du Conseil d'État statuant au contentieux, pour autant que ladite loi constitue la cause d'un jugement à rendre par la juridiction dont émane la demande »⁴². Reprenant l'idée en 1988, le secrétaire général du Conseil constitutionnel, Bruno Genevois, se prononce en faveur d'« une procédure de renvoi au Conseil constitutionnel, aux fins de constatation de l'inconstitutionnalité des termes d'une loi promulguée »⁴³ qui, selon lui, « offrirait, en outre, l'avantage de permettre au justiciable d'être directement associé à la protection de ses droits fondamentaux »⁴⁴. Bruno Genevois, anticipant les potentielles objections qui pourraient être formulées, élabore, trente ans plus tôt, les principes de la réforme constitutionnelle de 2008. Ainsi, il recommande de réserver « la possibilité de renvoi, à titre préjudiciel, au Conseil d'État et à la Cour de cassation », afin de pallier

⁴⁰ R. BADINTER, *Le Monde*, 3 mars 1989.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, t. I, p. 385. La tentative d'instaurer un contrôle de constitutionnalité des lois promulguées remonte même avant la création du Conseil constitutionnel. Déjà sous la III^{ème} République, des parlementaires avaient déposé des propositions de loi constitutionnelle introduisant un contrôle juridictionnel *a posteriori* de la loi. En ce sens, v. M. VERPEAUX, « Le contrôle de la loi par la voie de l'exception dans les propositions parlementaires sous la III^{ème} République », *RFDC* 1990, p. 688. Sans attendre une révision que condamnaient les rapports de force politiques au sein des chambres, plusieurs auteurs avaient appelé à ce que les tribunaux ordinaires s'emparent de ce contrôle et accueillent les recours en inconstitutionnalité de la loi. En ce sens, v. P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999, pp. 232-236.

⁴³ B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, éd. STH, 1988, p. 394.

⁴⁴ *Ibidem*.

le risque d'encombrement du Conseil constitutionnel. Il suggère encore de limiter le contrôle de la loi promulguée « au regard des seules règles de fond posées par la Constitution et son préambule » et d'autoriser « le Conseil constitutionnel à déterminer lui-même ceux des effets de la loi inconstitutionnelle qui doivent être maintenus, compte tenu des circonstances de l'espèce et des exigences de la sécurité juridique »⁴⁵ afin de préserver la sécurité juridique. Convaincu par Robert Badinter, le président François Mitterrand fera sien le projet de réforme secrété par le Conseil constitutionnel en se déclarant « partisan d'une révision constitutionnelle qui permettrait à tout Français de saisir le Conseil constitutionnel s'il estime ses droits fondamentaux méconnus »⁴⁶. L'idée se concrétisera avec l'adoption en Conseil des ministres, le 30 mars 1990, d'un projet de loi constitutionnelle « portant révision des articles 61, 62, et 63 de la Constitution et instituant un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception »⁴⁷, complété par un projet de loi organique « modifiant l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel »⁴⁸. Si la majorité à l'Assemblée nationale se résout à la réforme, en revanche le Sénat contraint le gouvernement à l'abandonner. Si ce refus tient à l'opposition politique du Sénat à l'endroit du président François Mitterrand, les sénateurs craignaient une atteinte supplémentaire portée à l'autorité de la loi, après la première extension de la saisine du Conseil constitutionnel opérée en 1974. Malgré ce premier échec, le débat rebondit lorsque le comité consultatif pour la révision de la Constitution, présidé par le doyen Georges Vedel, reprend à son

⁴⁵*Ibidem.*

⁴⁶D. ROUSSEAU, *Le Consulat Sarkozy*, Odile Jacob, 2012, p. 117 : « Dans l'immédiat, personnellement, je serais partisan d'une révision constitutionnelle qui permettrait à tout Français de saisir le Conseil constitutionnel s'il estime ses droits fondamentaux méconnus.[...] J'ai déjà adopté une mesure de ce genre lorsque j'ai fait accepter par la France (ce qui avait été refusé auparavant) d'adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme.[...] Bien entendu, il faudrait associer les institutions existantes (Conseil d'Etat, Cour de cassation) pour la démarche qui conviendrait [...]. Ce n'est pas une question de majorité politique. Bien au-delà de la majorité présidentielle, il y a des bons citoyens, il y a de braves gens, qui se trouvent à droite, qui se trouvent à gauche, qui sont aussi soucieux que moi des droits de l'homme et qui comprendront fort bien que ce serait un très grand progrès démocratique, en retournant à la base et en permettant, en somme, à chaque Français de ne pas s'adresser à des intermédiaires mais de dire lui-même : " Mon droit fondamental (liberté, égalité, tout ce qui est contenu dans les grands principes inscrits dans la Constitution) est méconnu, il est transgressé ? Eh bien ! Je demande justice moi-même ! " », F. MITTERRAND, TF1 et A. 2, 14 juill. 1989.

⁴⁷Projet n° 1203, AN, IXe législature ; v. *RFDC* 4/1990, n° spéc.; F. LUCHAIRE, « Le contrôle de la loi promulguée sur renvoi des juridictions : une réforme constitutionnelle différée », *RDP*, nov.-déc. 1990, p. 1625-1651 ; G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, Thémis droit, 2006, 2e éd., pp. 582-607.

⁴⁸Projet n° 1204, AN, IXème législature ; v. *RFDC* 4/1990, n° spéc. ; F. LUCHAIRE, « Le contrôle de la loi promulguée sur renvoi des juridictions : une réforme constitutionnelle différée », *RDP*, nov.-déc. 1990, p. 1625-1651; G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, pp. 582-607.

compte la réforme constitutionnelle envisagée dans son rapport du 15 février 1993⁴⁹, avant que ne s'ensuive le dépôt d'un projet de loi constitutionnelle⁵⁰. Toutefois, fidèle à sa position, le Sénat contraindra une nouvelle fois le gouvernement à l'abandonner. Suivant la demande du gouvernement d'Edouard Balladur, la majorité à l'Assemblée nationale, nouvellement élue, s'aligne sur la position de la haute assemblée et le projet est une nouvelle fois repoussé. À cette époque-là, la révision constitutionnelle semblait bel et bien compromise. Cependant, en refusant aux citoyens français de contester, devant le juge en charge de son litige, la constitutionnalité d'une disposition législative applicable à son affaire parce qu'elle porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution alors que ces mêmes lois pouvaient être écartées par le juge comme étant contraires aux engagements internationaux de la France, la Constitution était moins bien protégée que les normes internationales aux yeux des citoyens⁵¹. *In fine*, par le déploiement de ses effets, le contrôle de conventionnalité provoqua, en réaction, la réforme constitutionnelle de 2008. Une évolution a été amorcée avec le rapport Balladur - du nom de l'ancien Premier ministre Édouard Balladur - qui était le président du « comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^o République »⁵². Ce rapport a été finalement adopté en 2008, sans heurts, dans une quasi-indifférence et dont l'extrême continuité des trois projets de révision débattus au Parlement depuis 1990 peut être relevée. Les travaux du Comité ont ainsi débouché sur la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 « Loi de modernisation des institutions de la V^o République »⁵³ qui a introduit dans la Constitution française ce qu'on dénomme désormais la « Question Prioritaire de Constitutionnalité » dans l'article 61-1 et qui a introduit un article 62 alinéa 2 qui traite des conséquences de la question de constitutionnalité lorsque cela débouche sur une censure du Conseil constitutionnel. Cette nouvelle disposition énonce que « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative

⁴⁹ G. VEDEL, *Propositions pour une révision de la Constitution : rapport au président de la République*, Documentation française, 1993, pp. 54-55.

⁵⁰ Projet 10 mars 1993, n° 231, AN, IXe Législature.

⁵¹ Argument d'ailleurs repris en filigrane dans la lettre de mission de Nicolas Sarkozy adressée au Comité Balladur le 18 juillet 2007.

⁵² *Ibidem*. p. 26.

⁵³ L. constitutionnelle n° 2008-724, 23 juill. 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, *JORF*, 24 juill. 2008, n° 171 ; A. LEVADE, « La révision du 23 juillet 2008 : temps et contretemps » ; v. numéro spécial, Du nouveau dans la Constitution ? Commentaire article par article du projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République, *op. cit.*

porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ». Autrement dit, la question prioritaire de constitutionnalité confère le droit à toute personne qui est partie à un procès de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Si les conditions de recevabilité de la question sont réunies, il appartient au Conseil constitutionnel, saisi sur renvoi par le Conseil d'État ou la Cour de cassation de se prononcer et, le cas échéant, d'abroger la disposition législative. Ainsi, le 1^{er} mars 2010, un nouveau mécanisme permettant de s'assurer de la conformité du droit pénal à la Constitution émerge dans le paysage juridictionnel français. La question prioritaire de constitutionnalité renforce inexorablement le mouvement de « constitutionnalisation-conformité »⁵⁴, dans le sens où le droit pénal est rendu constitutionnel c'est-à-dire, conforme à la Constitution. L'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité offre alors un nouveau souffle à l'ordre juridique français en opérant, particulièrement, un renforcement du phénomène de constitutionnalisation du droit pénal. En effet, le nouveau mécanisme d'épuration de normes inconstitutionnelles de l'ordre juridique permet aux juridictions de première instance et d'appel, qui exercent pleinement les prérogatives qui leur ont été confiées par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 et la loi organique du 10 décembre 2009, de s'investir dans l'application au quotidien du droit constitutionnel, participant à une mise en œuvre effective de la question prioritaire de constitutionnalité, non seulement en filtrant les questions fantaisistes ou dilatoires, mais également en réalisant une analyse approfondie des moyens d'inconstitutionnalité, ne renvoyant à la Cour de cassation ou au Conseil d'État que ceux leur semblant présenter des chances raisonnables de succès. En cela, l'utilisation des principes constitutionnels dans la jurisprudence des juges répressifs se trouve renforcée, ouvrant de surcroît, de nouveaux horizons aux juges judiciaires. Véritable pont juridique, la question prioritaire de constitutionnalité ouvre la voie à la comparaison des contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France et au Canada.

⁵⁴ A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, op.cit., p. 18.

II. LE CADRE DE L'ÉTUDE COMPARÉE DE DROIT PÉNAL CONSTITUTIONNEL

6. **Construction des hypothèses de recherche.** Une comparaison se construit. La construction des hypothèses de recherche permet d'identifier les raisons essentielles qui sous-tendent l'étude comparée de droit constitutionnel-pénal dont le traitement nécessite l'utilisation d'outils méthodologiques adaptés. Partant, seront envisagés successivement le pourquoi (A) et le comment (B) de la comparaison franco-canadienne.

A. POURQUOI COMPARER ?

7. **La consécration d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en France.** « La loi du 8 octobre 1830, délibérée et promulguée dans les formes constitutionnelles prescrites par la Charte, fait la règle des tribunaux et ne peut être attaquée devant eux pour cause d'inconstitutionnalité », jugeait la chambre criminelle de la Cour de cassation le 11 mai 1833⁵⁵. Par cet attendu, était ainsi marqué le refus traditionnel et constant des tribunaux français d'exercer un quelconque contrôle de constitutionnalité des lois. Cependant, il semblerait que la préconisation d'Alexis de Tocqueville de confier le contrôle de constitutionnalité des lois aux juges judiciaires ou administratifs⁵⁶ se réalise avec l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité en France.
8. **L'apport de la question prioritaire de constitutionnalité et la matière pénale.** Le succès de ce nouveau moyen de protection offert aux justiciables peut être attesté par les nombreuses questions prioritaires de constitutionnalité soulevées dès les premiers mois de sa mise en œuvre, et la matière pénale n'a pas été épargnée, loin s'en faut, étant donné les rapports étroits que la matière répressive entretient avec les droits et libertés fondamentaux. Depuis son avènement, il peut être mis à l'actif de la question prioritaire de constitutionnalité une transformation substantielle de la

⁵⁵ Cass. Crim. 11 mai 1833, « Paulin », *Bull. crim.*, 1833, n° 182.

⁵⁶ A. DE TOCQUEVILLE, « *De la démocratie en Amérique I* », Paris: éd. Gallimard, 1992. Coll. *Bibliothèque de la Pléiade*, tome I, pp. 1 à 506.

matière pénale au bénéfice d'un renforcement des droits et libertés fondamentaux des parties au procès pénal. Le Conseil constitutionnel réaffirme en effet les principes constitutionnels directeurs du procès pénal à travers chaque question prioritaire de constitutionnalité dans une optique d'amélioration de la politique pénale. Les Sages enregistrent, au 31 mars 2017, 548 questions prioritaires de constitutionnalité, toutes disciplines confondues⁵⁷, et ce, depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité le 1er mars 2010. Rapidement, le nouveau moyen d'inconstitutionnalité octroyé aux justiciables a innervé la matière pénale et le Conseil constitutionnel a été sollicité aussi bien par des questions relatives à la procédure qu'à la matière pénale de fond. La question prioritaire de constitutionnalité est ainsi devenue cette nouvelle arme dont se sont emparés les avocats⁵⁸. En effet, les normes constitutionnelles trouvent à côté de leur intérêt théorique, un intérêt pratique dans la mesure où les décisions du Conseil peuvent avoir un effet immédiat et déterminant dans le procès pénal. Il est évident que le droit pénal, la procédure pénale et le droit constitutionnel se rejoignent. Les trois matières interviennent, en effet, dans le domaine sensible des libertés. Cependant, l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité interroge sur sa place en droit pénal⁵⁹. Une définition large du droit pénal semble devoir être ici retenue⁶⁰. En ce sens, le droit pénal se définit comme « "l'ensemble des règles juridiques qui organisent la réaction de l'État vis-à-vis des infractions et des délinquants"⁶¹. Plus précisément, il regroupe l'ensemble des règles de fond qui déterminent les infractions, les peines qui leur sont applicables et les conditions de la responsabilité pénale, ainsi que les règles de forme relatives à la constatation et à la prévention des infractions, à la poursuite et au jugement de leurs auteurs et à l'application des peines »⁶². Si l'on se réfère à la jurisprudence constitutionnelle, il faudrait encore y ajouter l'ensemble des sanctions ayant le caractère d'une punition, prononcées par des autorités non juridictionnelles⁶³. Le droit constitutionnel, quant

⁵⁷ Bilan statistique au 31 mars 2017, Source : NCCC, n° 55-56 - juin 2017, Site du Conseil constitutionnel.

⁵⁸ T.-S. RENOUX, *La QPC. Principes généraux, pratique et droit du contentieux.*, (sous la dir. X. MAGNON), 2^e éd., LexisNexis, 2013, p. 4.

⁵⁹ S. CIMAMONTI, *Droit pénal général et question prioritaire de constitutionnalité*, « Cours de droit pénal général, Master II Recherche, « Sciences criminelles », 2016-2017, p. 1.

⁶⁰ A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel.*, *op. cit.*, p. 1.

⁶¹ J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 18. éd. Référence, 2010, p. 16.

⁶² A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel.*, *op. cit.*, p. 1

⁶³ *Ibidem.*

à lui, représente le droit de la Constitution. Selon l'acception normative⁶⁴ du terme, la Constitution est « entendue comme un droit au-dessus du gouvernement, un ensemble de règles juridiques qui lui est supérieur »⁶⁵. Si, de prime abord, c'est « un rapport de soumission qui relie le droit pénal à la Constitution »⁶⁶, la question prioritaire de constitutionnalité rétablit un rapport de complémentarité entre le droit pénal et le droit constitutionnel dans la mesure où les effets du moyen d'inconstitutionnalité français peuvent influencer le procès en cours.

9. La question prioritaire de constitutionnalité et la spécificité des lois pénales.

Dans la mesure où la question prioritaire de constitutionnalité peut avoir des effets déterminants sur le procès pénal, ce nouveau moyen d'inconstitutionnalité doit redoubler d'efficacité étant donné les liens étroits entretenus par la matière pénale avec les droits et libertés fondamentaux. Le droit pénal a pour vocation première de régir les relations individuelles entre les hommes. Afin de maintenir l'ordre public, le droit pénal réduit la liberté de chacun. En cela, il représente un droit de contrainte, un droit « à haut risque pour les libertés »⁶⁷. Pour devenir un droit pénal légitime et humaniste, le droit pénal doit être encadré par des limites et des garanties contre tout arbitraire et excès de la puissance étatique. Ce point d'équilibre concourant à la légitimité du droit pénal est à rechercher dans le droit constitutionnel. En effet, « C'est dans la Constitution que le droit pénal trouvera ses limites et c'est par la Constitution qu'il deviendra un droit pénal satisfaisant, porteur d'un équilibre raisonnable entre les exigences répressives et la préservation des libertés »⁶⁸. Dans cette perspective, la particularité de la matière pénale commande une mise en œuvre spécifique de la question prioritaire de constitutionnalité. Or, cette dernière fait l'objet d'un contrôle essentiellement abstrait, alors que la protection des droits et libertés fondamentaux requerrait plutôt un contrôle concret. La jeune question prioritaire de constitutionnalité présente en effet des failles qui empêchent une protection pleine et entière des droits fondamentaux des justiciables au procès pénal.

⁶⁴ E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, PUF, 2e éd., Droit fondamental, Droit politique et théorique, 1998, p. 9 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 1999, p. 300.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel.*, *op. cit.*, p. 1

⁶⁷ D. MAYER, « L'apport du droit constitutionnel au droit pénal en France », *RSC*, 1988, p. 439.

⁶⁸ A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel.*, *op. cit.*, p. 2.

Le système constitutionnel canadien est sur ce point révélateur de solutions prometteuses dans une optique d'amélioration du système de la question prioritaire de constitutionnalité, d'où l'intérêt du droit comparé.

10. Les justifications du droit comparé canadien. « Connaître les systèmes étrangers, c'est avoir des points de repère pour mieux comprendre le sien »⁶⁹. La question prioritaire de constitutionnalité, entrée en vigueur dans le paysage juridictionnel français en 2010, est récente. L'intérêt de s'appuyer sur des exemples antérieurs, notamment canadiens, est primordial afin d'anticiper certaines évolutions potentielles de la nouvelle voie de droit en France. En effet, au Canada, le contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* s'exerce, au regard de la *Loi constitutionnelle de 1982*, concernant la protection des droits et libertés, depuis plus de trente ans⁷⁰. Afin de mener à bien la comparaison, il convient de tenir compte des contextes propres à chaque pays. Des différences importantes entre les deux modèles à comparer sont en effet notables. Tout d'abord, une multitude de juges canadiens, même si pas tous les juges, sont compétents pour trancher la question de constitutionnalité. Ensuite, une autre différence résulte des conceptions des contrôles de constitutionnalité *a posteriori*. En effet, si en France, le contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* demeure essentiellement « abstrait et objectif »⁷¹, au Canada, s'opère un contrôle *a posteriori* concret. En ce sens, il demeure en France un contrôle destiné à assurer la perfection juridique de la loi. En revanche, au Canada, il est plutôt exercé dans un contexte procédural « subjectif » permettant d'assurer principalement la protection des situations subjectives des justiciables garanties par la Constitution. Cette divergence quant à la conception du contrôle se répercute au sein des normes contrôlées. En effet, en France, la loi *stricto sensu* représente l'objet du contrôle. En revanche, au Canada, c'est moins la loi pénale en tant que telle qui est examinée à la lumière de la Constitution canadienne, que l'application effective de la loi pénale. S'il est encore tôt pour déceler des évolutions franches dans le contentieux de la question prioritaire de

⁶⁹ E. ZOLLER, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *Droits*, 32-2000, p. 122.

⁷⁰ Ceci dit, le contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* s'exerce depuis 1867 en ce qui a trait au contrôle de la constitutionnalité de la loi au regard du partage des compétences respectives dans le régime fédéral. Et avant cela, il a déjà été dit, on vérifiait la conformité des lois coloniales.

⁷¹ A. VIDAL-NAQUET, « Quelles techniques juridictionnelles pour la QPC ? », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé.*, (sous la dir. de L. GAY), Bruylant, 2013, p. 190.

constitutionnalité, l'exercice optimal du filtrage des contestations constitutionnelles par la Cour de cassation témoigne d'un potentiel rapprochement des systèmes de contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* français et canadien. Pour vérifier la pertinence de cette hypothèse de recherche franco-canadienne, il convient d'utiliser les outils méthodologiques appropriés.

B. COMMENT COMPARER ?

11. La réalité du droit positif français sous l'angle du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*. La construction du raisonnement suppose d'adopter une ou plusieurs méthode(s) spécifique(s) et des outils scientifiques nécessaires. L'approche choisie afin d'identifier les éventuelles lacunes de la récente question prioritaire de constitutionnalité dans l'optique de son amélioration à l'aune du droit canadien suppose l'utilisation du droit positif. L'analyse du droit positif apparaît comme la méthode la plus adaptée afin de mettre en exergue les contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* de « substitution »⁷² opérés par le juge suprême de l'ordre judiciaire par l'intermédiaire de la fameuse question prioritaire de constitutionnalité. Le droit positif se définit dès lors en tant que droit « posé » ou « en vigueur ». Parmi les éléments de droit positif, le matériau jurisprudentiel formera la pierre angulaire de l'argumentation. Au sein du corpus jurisprudentiel, il sera privilégié, outre-Atlantique, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada et, pour ce qui est de la France, celle du Conseil constitutionnel français et de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Au sein de l'étude à venir, ce seront les décisions QPC de renvoi et de non-renvoi de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui constitueront la source formelle de référence. Chronologiquement, les décisions QPC de renvoi des juges criminels au Conseil constitutionnel permettront de se focaliser sur les décisions QPC rendues par les Sages. En revanche, l'intérêt principal de l'étude des arrêts QPC de non-renvoi résidera dans l'analyse du pouvoir

⁷² M. JEOL, « Les techniques de substitution », in *La Cour de cassation et la Constitution de la république*, actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994, organisé par la Cour de cassation et le Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, PUAM, 1995, p. 71.

de correction des inconstitutionnalités des lois pénales par le juge suprême français. Cependant, en France comme au Canada, les décisions de justice des juridictions judiciaires inférieures, d'appel et de première instance, seront également étudiées. Certes, de part et d'autre de l'Atlantique, les décisions des juridictions inférieures sont toujours rendues sous réserve d'appel ou de pourvoi en cassation. Mais, en l'absence d'utilisation de ces voies de recours, ces décisions de juridictions inférieures ou d'appel font définitivement droit. Au surplus, les conditions d'exercice de la question prioritaire de constitutionnalité octroient une nouvelle « casquette constitutionnelle » aux juridictions judiciaires inférieures créant un partage du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* entre les juges *a quo* et le Conseil constitutionnel, partage d'autant plus accessible avec notamment, les différentes « chroniques de jurisprudence constitutionnelle », enrichies par certains professeurs⁷³ et les premières thèses entreprises sur la question prioritaire de constitutionnalité⁷⁴. Ainsi, afin de cerner au plus près la réalité du droit positif français sous l'angle du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*, le recours classique au droit positif sera dans un premier temps privilégié. Par ailleurs, dans la mesure où l'étude de recherche entreprise tente de se définir comme une étude prospective, les problématiques liées au droit constitutionnel et au droit pénal, devront conjointement s'étudier sous une approche comparatiste. Ici, l'enseignement de l'expérience canadienne s'apparentera à un appel à l'innovation. Le choix de la méthode comparée permettra dans le travail de recherche entrepris de tester des solutions et de comparer leurs mérites avant de décider laquelle généraliser.

12. Une approche comparatiste. D'un point de vue méthodologique, se pose la question de la délimitation de l'objet de la recherche. Cette étude est centrée sur l'expérience canadienne du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*. Plus précisément, c'est celui exercé par la Cour suprême du Canada qui sera au centre des recherches. Ce choix se justifie au regard du rôle joué par le plus

⁷³ La dernière version en date étant celle-ci : B. MATHIEU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *JCP G*, 24 juillet 2017, n° 30, pp. 1481-1484.; D. ROUSSEAU, X. DOMINO, « Chronique de jurisprudence de la question prioritaire de constitutionnalité », *Gaz. Pal.*, 4 juill. 2017, n° 25, p. 29.

⁷⁴ S. BENZIMA, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2017, 772 p. ; O. HASENFRATZ, *QPC [Question prioritaire de constitutionnalité] et procédure pénale : Etats des lieux et perspectives*, Université Montpellier I, 2012.

Haut tribunal du pays. Au Canada, s'exerce un contrôle de constitutionnalité diffus⁷⁵ dans la mesure où tout juge, peut contrôler la constitutionnalité des lois fédérales et étatiques⁷⁶. Le contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* s'exerce ainsi sous l'autorité régulatrice de la Cour suprême du Canada. Cette dernière, en tant que tribunal général d'appel pour tout le Canada⁷⁷, statue ainsi en dernier ressort s'agissant tant des lois fédérales que provinciales. Les juges suprêmes canadiens traitent un nombre conséquent d'affaires, en moyenne cent vingt-cinq pourvois par année⁷⁸. Les statistiques les plus récentes fournies par la Cour indiquent que 80 % d'affaires concernent le droit pénal ou le droit lié à la *Charte* en contexte pénal⁷⁹. Par un effet d'entonnoir, la Cour suprême du Canada n'accepte de se prononcer uniquement sur les contestations constitutionnelles qui revêtent un intérêt de nature nationale⁸⁰. Le plus Haut tribunal du pays présente encore la particularité de cumuler les fonctions du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation, pour ce qui est de l'ordre judiciaire français. Il n'existe pas, au Canada, à proprement parler, de Cour constitutionnelle, au sens où la Cour suprême du Canada n'est pas une « juridiction créée pour connaître spécifiquement ou exclusivement du contentieux constitutionnel »⁸¹. C'est néanmoins, dans son rôle de Cour constitutionnelle que nous appréhendons son office. À ce stade de la réflexion, la délimitation de l'objet de la recherche entreprise permet de considérer l'étude comme une thèse de droit étranger et non encore, comme une thèse de droit comparé⁸². En effet, le qualificatif « comparé » ne peut être retenu que si l'objet de la recherche représente une comparaison directe des systèmes juridiques français et canadien. Afin d'obtenir ce label, la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité dans son entier sera appréhendée à l'aune de l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* effectué par la Cour suprême du Canada. L'ordre de comparaison

⁷⁵ P. TAILLON, F. HENAULT, « Des faits décisifs ! Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité au Québec et au Canada », in *Pluralisme des garanties et des juges et droits fondamentaux*, *AJJC*, 2013, p. 25.

⁷⁶ A.-M. BOISVERT, « Vingt-cinq ans de droit pénal canadien « constitutionnalisé » : La désillusion ? », in *Le juge constitutionnel et la proportionnalité. Juge constitutionnel et droit pénal*, *AJJC*, 2009, p. 455.

⁷⁷ Article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Statistiques sur l'activité de la Cour suprême du Canada (source : statistiques 2006 à 2016, Catégorie 3 : Appels entendus, site officiel de la Cour suprême du Canada : <http://www.scc-csc.ca/case-dossier/stat/cat3-fra.aspx#cat3b>).

⁸⁰ A.-M. BOISVERT, « Vingt-cinq ans de droit pénal canadien « constitutionnalisé » : La désillusion ? », in *Le juge constitutionnel et la proportionnalité. Juge constitutionnel et droit pénal*, *op. cit.*, p. 455.

⁸¹ L. FAVOREU, W. WASTOR, *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, Paris, 2011, pp. 3 et 4.

⁸² O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC*, vol. 53, n° 2, 2001, pp. 281-282.

précité détient son importance. En effet, un travail de droit comparé peut recouvrir plusieurs acceptions. D'abord, il peut s'agir d'un travail comparatif descriptif lorsque ce dernier « entend comprendre un droit ou plusieurs droits étrangers ou plus précisément le sens des concepts utilisés dans les ordres juridiques comparés »⁸³. Ensuite, il peut s'agir d'un travail comparatif normatif lorsque ce dernier « vise à s'inspirer de solutions étrangères de manière à influencer, voire à réformer le droit national »⁸⁴. C'est cette seconde acception qui, caractérisera l'étude de droit comparé franco-canadienne. En effet, ce sont les trente années d'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* au regard de la *Charte canadienne des droits et libertés de 1982* qui ont justifié, le choix de l'étude de droit comparée entreprise. L'expérience canadienne en matière de contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* offre une grille de lecture nouvelle et des pistes indéniables d'amélioration pour la jeune question prioritaire de constitutionnalité. Le recours à « l'argument de droit comparé canadien » permet, plus largement, aux juges de l'ordre juridique français une vision plus complète des réponses possibles aux lacunes du nouveau moyen de constitutionnalité français. Dans cette perspective, l'approche du droit comparé incite à une réflexion critique du droit constitutionnel pénal français comme l'enseigne le professeur Horatia Muir-Watt : « regardons ailleurs, comparons, interrogeons-nous sur les alternatives pour élargir la perspective traditionnelle, enrichir le discours juridique et lutter contre les habitudes de pensée sclérosantes »⁸⁵. Cette compréhension du système juridique canadien a été renforcée par deux années de recherches à l'Université de droit de Montréal. Ces expériences sur « le terrain » nous ont, entre autres, permis de saisir la culture juridique sous-tendant le système canadien. En effet, pour le juriste français, les systèmes de droit de *common law* représente une tradition juridique profondément étrangère : « [...] nous ne sommes pas chez nous, nous ne nous sentons pas chez nous, comme nous nous sentons toujours un peu chez nous dans tous les droits, mêmes étrangers, qui ont subi la discipline du droit romain [...] »⁸⁶. Le droit pénal canadien, considéré comme relevant du droit public, appartient à la tradition juridique de *common law* de sorte que les principes fondamentaux régissant

⁸³ M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)*, Économica, 2010, p. 82.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ H. MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 3-2000, p. 506.

⁸⁶ P. LEGRAND, G. SAMUEL, *Introduction au common law*, Paris, La Découverte, 2008, p. 4.

le processus pénal dans son entier ainsi que le droit constitutionnel canadien relèvent de cette tradition⁸⁷. Afin de contrer la résistance à ce changement juridico-culturel, les recherches comparées entreprises sur le territoire canadien se sont efforcées d'appréhender les soubassements du droit pénal canadien afin d'en saisir les structures fondamentales.

13. Les outils méthodologiques. L'approche de droit comparé ne serait pas pleinement appréhendée si les ressources documentaires provenant du Canada n'étaient pas précisées. Les principaux articles de doctrine canadienne utilisés dans l'étude sont accessibles à travers les opérateurs de recherches *WestlawNext Canada* et *Heinonline*. Les décisions de jurisprudence canadienne sont accessibles principalement par *CanLII* et *WestlawNext Canada*. En sus, de ce consortium, toute la jurisprudence canadienne, c'est-à-dire, de toutes les cours confondues, est en accès libre. En cas de questions juridiques plus « techniques », les référentiels *CAIJ* et *LexisNexis Quicklaw* ont représenté des appareils documentaires essentiels. Par ailleurs, la bibliothèque de l'Université de Montréal met à la disposition des chercheurs les recueils de jurisprudence de la Cour suprême du Canada, ce qui représente un apport inestimable. Enfin, les conférences annuelles des doctorants organisées par la Faculté des études supérieures et postdoctorales de l'Université de Montréal offrent la possibilité aux étudiants-chercheurs d'échanger sur leurs thématiques de thèse dans un environnement à la fois sérieux et agréable. C'est qu'en effet, les parlures canadiennes et québécoises y participent grandement. Une « table ronde » également organisée par la Faculté des études supérieures et postdoctorales de l'Université de Montréal dans le centre-ville avec les professionnels du droit canadien, c'est-à-dire les professeurs, les magistrats et les avocats, a été un atout majeur dans l'apprentissage et la prise nécessaire de recul dans l'appréhension du droit pénal et constitutionnel canadien. Du côté du pays originel, le caractère public des audiences du Haut Conseil représente un atout indispensable. Outre que cela donne l'impression d'un accès au prétoire des Sages, la publicité des audiences constitutionnelles donne vie à un organe désincarné et permet de sentir d'un peu plus près la justice fondamentale qui est rendue par les Sages. Au surplus, les nombreux colloques organisés à travers toute la France depuis

⁸⁷ A.-M. BOISVERT, « Vingt-cinq ans de droit pénal canadien « constitutionnalisé » : La désillusion ? », in *Le juge constitutionnel et la proportionnalité. Juge constitutionnel et droit pénal*, op.cit, p. 453.

l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité, n'ont fait qu'alimenter, tout au long de cette longue traversée juridique franco-canadienne, l'intérêt suscité par ce nouveau-né juridique français. En définitive, l'approche de droit comparé amène à s'intéresser en dernier lieu au contenu même de la recherche franco-canadienne entreprise.

III. LA PROBLÉMATIQUE DE L'ÉTUDE COMPARÉE DE DROIT CONSTITUTIONNEL-PÉNAL

14. La délimitation de l'étude comparée de droit constitutionnel-pénal. Les développements précédents permettent de délimiter les aspects fondamentaux de la recherche de droit comparé entreprise et d'exposer la problématique de celle-ci. La finalité de ce travail ne vise pas à apporter une réponse définitive quant à l'évolution possible que pourrait revêtir dans un futur plus ou moins proche, la question prioritaire de constitutionnalité. En effet, les limites du droit comparé exigent de comparer et non de privilégier un système juridique sur un autre⁸⁸. Néanmoins, il est possible d'adhérer à certaines hypothèses juridiques et, partant, d'envisager plusieurs pistes d'évolution du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France à la lueur de l'expérience canadienne. Si, le travail de recherches ne peut aboutir à une résolution définitive de la problématique de thèse, l'apprentissage de l'expérience canadienne en matière de contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* autorise certains « emprunts juridiques »⁸⁹ afin de suggérer certaines réformes de la jeune question prioritaire de constitutionnalité dans une optique d'amélioration des droits des justiciables pénaux. La question prioritaire de constitutionnalité jette un véritable pont juridique entre la France et le Canada et autorise à appréhender le système juridique canadien, à « pénétrer à l'intérieur du système et essayer de le comprendre au sens étymologique, c'est-à-dire le « prendre avec soi »⁹⁰. La voie de la comparaison franco-canadienne étant tracée, de nombreux champs « constitutionnels-pénaux »

⁸⁸ P. BELIVEAU, J. PRADEL, *La justice pénale dans les droits canadien et français : Étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire*, éd. Yvon Blais, 2^e éd., 2007, p. 754.

⁸⁹ M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)*, « Leçon 6. « Les emprunts juridiques », p. 143.

⁹⁰ E. ZOLLER, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *Droits*, 32-2000, p. 132.

devraient être traversés. Il a donc fallu organiser la réflexion autour d'une architecture capable de mobiliser tant les spécificités des contrôles de constitutionnalité des lois *a posteriori* français et canadien que celles se rapportant aux systèmes juridiques pénaux de part et d'autre de l'Atlantique. « La connaissance du droit peut être envisagée d'un double point de vue : s'impliquer dans l'élaboration du droit (critique du droit national et de ses représentations en s'appuyant sur le comparatisme) ou, au contraire, se placer en dehors du droit (critique sur le travail mené par les comparatistes) »⁹¹. La première partie de la thèse se rattache à cette première option. En effet, l'approche comparée sert une analyse critique du droit positif français. Cette critique « constructive » du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France à l'aune du modèle canadien « déconstruit » la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité en vue de sa re-construction dans l'optique d'une amélioration de la protection des droits des justiciables pénaux. Plus précisément, la thèse franco-canadienne vise à s'interroger sur la problématique suivante : **quelle réforme constitutionnelle serait susceptible d'améliorer le contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* afin d'assurer une protection pleine et entière des droits des justiciables au procès pénal tout en préservant, à chaque phase du procès, la stabilité de l'ordre juridique interne ?** Pour tenter d'y répondre, l'étude franco-canadienne s'orientera dans deux directions. Dans une première partie, il conviendra d'éprouver le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité afin, dans un second temps, de déterminer les limites éventuelles de cette dernière. Ce travail de « déconstruction » de la question prioritaire de constitutionnalité au sein du procès pénal autorise *in fine*, la comparaison avec le système de contrôle *a posteriori* canadien. Celle-ci réalisée, une divergence fondamentale quant à l'objet du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France et au Canada apparaît. Plus précisément, la protection des droits du justiciable pénal semble plus ou moins garantie selon l'objet du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France et au Canada. Autrement dit, selon que les juges constitutionnels se prononcent sur la constitutionnalité de la loi pénale *stricto sensu* ou sur la constitutionnalité de son application dans un cas particulier, la protection des droits du justiciable pénal se trouve renforcée. Mise « à l'épreuve » de l'objet du contrôle de constitutionnalité de

⁹¹ M.-C. PONTHEAUX, *Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)*, Leçon 4 « Un procédé de connaissance critique », *op. cit.*, p. 97.

lois pénales *a posteriori*, la protection des droits des justiciables pénaux franco-canadien se trouve plus ou moins garantie (**Première partie**). Par conséquent, au regard des limites de la question prioritaire de constitutionnalité exposées à travers l'étude de la divergence des objets des contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France et au Canada, la comparaison permet d'affirmer qu'un contrôle de constitutionnalité concret des lois pénales *a posteriori*, tel qu'exercé au Canada, semble plus enclin à protéger les droits du justiciable pénal. Partant, dans l'optique d'une amélioration des droits du justiciable pénal, une évolution du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en France, à l'image du système canadien, est-elle possible et à quelles conditions ? La seconde partie de la thèse s'attelle à répondre à cette interrogation. Dans l'affirmative, quel(s) serai(en)t le(s) juge(s) dans l'ordre juridictionnel judiciaire qui pourrai(en)t être compétent(s) pour contrôler la constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* ? S'il est encore trop tôt pour déceler des évolutions franches dans le contentieux de la question prioritaire de constitutionnalité, l'exercice des contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France et au Canada témoigne d'un potentiel rapprochement desdits contrôles. Ainsi, la seconde partie de la thèse s'attèle, en s'appuyant sur les similarités quant à l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France et au Canada, à identifier les tenants et les aboutissants d'une telle convergence dans l'optique d'une amélioration de la protection des droits des justiciables pénaux et, à se demander si, *in fine*, cette confluence peut être mise *au service* de cette dernière (**Seconde Partie**).

PREMIÈRE PARTIE

LA PROTECTION DES DROITS DES JUSTICIABLES À L'ÉPREUVE DE L'OBJET DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS PÉNALES A *POSTERIORI*

15. La divergence de conception du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en France et au Canada. Selon la conception du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, dite abstraite ou concrète, la protection des droits et libertés fondamentaux des justiciables garantie par la Constitution, en même temps que la sauvegarde de la légalité constitutionnelle, sera plus ou moins préservée par les juges constitutionnels français et canadiens. De même, une fragmentation plus ou moins franche du procès pénal en résultera. L'étude comparée des deux modèles étrangers retenus met en exergue une différence importante qu'il convient d'emblée de mentionner. Si, en France, le contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* demeure largement abstrait, au Canada s'exerce un contrôle *a posteriori* concret. En ce sens, la vérification quant à la constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France demeure un contrôle destiné à assurer, principalement, la perfection juridique de la loi. En revanche, au Canada, le contrôle de conformité des lois pénales *a posteriori* concernant la protection des droits et libertés⁹², serait plutôt exercé dans un contexte procédural « subjectif » permettant d'assurer principalement la protection des situations subjectives des justiciables garanties par la *Loi constitutionnelle de 1982*⁹³. Il en découle donc une divergence quant à l'objet du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. En France, le Conseil constitutionnel se prononce essentiellement sur la constitutionnalité des dispositions pénales quand, au Canada, le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* porte, avant tout, sur l'application de ces dernières dans un cas particulier. Il découle donc de cette divergence, une protection asymétrique⁹⁴ des normes pénales. Cette divergence quant à la garantie des droits subjectifs des demandeurs aux moyens d'inconstitutionnalité, se vérifie tant au stade de l'examen de la contestation constitutionnelle au sein du procès pénal (Titre I) qu'au stade de sa résolution par le Conseil constitutionnel et les juges canadiens (Titre II).

⁹² Le contrôle de la constitutionnalité en ce qui concerne le fédéralisme n'est pas principalement destiné à protéger des situations subjectives.

⁹³ *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, R.-U., c. 11, art. 11 d) et *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 et 31 Vict., R.-U., c. 3, art. 96-100.

⁹⁴ En ce sens, si, au Canada, les juges canadiens peuvent se prononcer tant sur la constitutionnalité de la loi *stricto sensu* que sur celle de son application dans un cas particulier, en France, au contraire, le Conseil constitutionnel ne se prononce que sur la constitutionnalité de la disposition législative.

Titre I. La protection des droits des justiciables pénaux à l'épreuve de l'examen de la contestation constitutionnelle

16. L'appréhension divergente des contestations constitutionnelles au sein du procès pénal. L'étude comparée du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France et au Canada nécessite de déterminer les deux pôles de référence au regard desquels ce contrôle s'effectue. Cette étape, nécessaire et logique, conduit à déterminer tant la norme objet du contrôle que la norme de référence de ce dernier. Dans cette perspective, il convient de se référer aux assises textuelles des mécanismes permettant de garantir les droits et libertés fondamentaux de part et d'autre de l'Atlantique. En France, l'article 61-1 de la Constitution dispose que « lorsque ou à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'état ou de la Cour de cassation »⁹⁵. Au Canada, l'assise constitutionnelle du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* se trouve au sein de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁹⁶. Le paragraphe premier de cet article énonce que « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». Le second paragraphe précise que : « La Constitution du Canada comprend : a) la présente loi (i.e. la *Loi constitutionnelle de 1982*); b) les textes législatifs et les décrets figurant à l'annexe; c) les modifications des textes législatifs et des décrets mentionnés aux alinéas a) ou b) ». Cette disposition désigne, comme faisant partie de la Constitution, la *Loi constitutionnelle de 1982*, la *Loi constitutionnelle de 1867*, ainsi que les modifications subséquentes apportées à ces lois. À la lecture de ces derniers textes, un constat logique et général s'impose : un label de constitutionnalité ne pourra être conféré par les juges constitutionnels français et canadien qu'au prix d'une conciliation entre la norme objet du contrôle *a posteriori* et la norme de référence dudit contrôle. Cependant, selon la conception abstraite ou concrète dudit contrôle, la conciliation des normes constitutionnelles antagonistes effectuée par les juges

⁹⁵ Art. 61-1 Const. 4 oct. 1958, institué par LO. n° 2009-152, 10 déc. 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

⁹⁶ Art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, R.-U., c. 11, art. 11 d) et *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 et 31 Vict., R.-U., c. 3, art. 96-100.

constitutionnels de part et d'autre de l'Atlantique, est plus ou moins guidée par un souci de préservation des situations subjectives des justiciables pénaux. Il en découle donc une protection asymétrique des normes pénales lors de la détermination de la norme objet du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* (Chapitre I), mais, également, lors de la détermination de la norme de référence dudit contrôle (Chapitre II).

Chapitre I : La protection des droits des justiciables pénaux à l'épreuve de la détermination de la norme objet du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*

17. Aux origines de la divergence quant aux systèmes de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. C'est sans doute à propos du thème de la détermination de la norme « objet » du contrôle *a posteriori*, que s'accuse essentiellement la différence entre les deux saisines *a posteriori*. Alors, en effet, que le contrôle *a posteriori* en France demeure un contrôle abstrait en ce que la loi pénale *stricto sensu* représente l'objet dudit contrôle, c'est l'application effective de la loi pénale qui est examinée à la lumière de la Constitution canadienne de 1982⁹⁷, et qui confère, dans une certaine mesure, l'aspect concret au contrôle *a posteriori* au Canada. Mais si la détermination de la norme « objet » du contrôle distingue les deux systèmes de contrôle *a posteriori* (Section I), l'identification des finalités respectives desdits contrôles accentue, encore, cette divergence (Section II). En ce sens, une logique antagoniste sous-tend respectivement les deux systèmes. Si les effets du contrôle *a posteriori* en France doivent principalement inférer sur le droit objectif pour préserver au mieux les droits subjectifs, cette logique semble être inversée au Canada. Outre-Atlantique, lorsqu'une contestation constitutionnelle est soulevée, la préservation des intérêts des parties au procès pénal semble être la première finalité recherchée. Si ces principales divergences sont connues et participent de la distinction plus générale entre les systèmes de droit « romano-germanique » et ceux de « *common law* »⁹⁸, l'étude approfondie de la détermination de la norme « objet » du contrôle *a posteriori*, semble être un préalable indispensable tant celle-ci préfigure le système de protection des droits et libertés fondamentaux des justiciables au procès pénal par le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en France et au Canada.

⁹⁷ *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, R.-U., c. 11, art. 11 d) et *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 et 31 Vict., R.-U., c. 3, art. 96-100.

⁹⁸ G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains : Introduction au droit comparé.*, 3^e éd., 2015, LGDJ, 418 p. ; M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, 1^e éd., 1996, Paris, Dalloz, 140 p. ; M. FROMONT, *Grands systèmes de droit étranger*, 7^e éd., 2013, Paris, Dalloz, 288 p. ; R. DAVID, J.-C. SAUFFREY-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., 1988, Paris, Dalloz, 600 p. ; L. FAVOREU, *Les Cours constitutionnelles*, 3^e éd., coll. Que sais-je ?, 1996, Paris, PUF, 128 p.

Section I. La protection des droits des justiciables pénaux à l'épreuve des fondements de la norme « objet » du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*

18. Les assises constitutionnelles du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Les assises constitutionnelles des contrôles *a posteriori* en France et au Canada, sont consacrées respectivement aux articles 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁹⁹. À la lecture de ces textes, il ressort que les deux Constitutions sont, respectivement, imprécises sur le point de savoir ce que recouvre l'objet du contrôle. En effet, l'article 61-1 de la Constitution¹⁰⁰, énonce que le Conseil constitutionnel est chargé de contrôler la constitutionnalité de « dispositions législatives » dont il est allégué qu'elles portent atteinte aux droits et libertés à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction. « Faussement claire »¹⁰¹, la notion de « disposition législative » ne rend pas réellement compte de la pratique juridictionnelle dans la mesure où l'interprétation jurisprudentielle des dispositions législatives peut également être contestée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité. Par ailleurs, l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dispose que la Constitution rend inopérantes les « dispositions » incompatibles de toute autre règle de droit. On ne peut que regretter cette imprécision législative, tant il apparaît que la détermination des normes « objet » du contrôle révèle une divergence de conception du contrôle *a posteriori* exercé en France et au Canada (§1). En effet, le trait saillant du contrôle *a posteriori* canadien résulte de sa nature concrète au sens où c'est la constitutionnalité de l'application des dispositions pénales dans un cas particulier qui est examinée à l'aune de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cependant, cette caractéristique n'est pas retranscrite dans le droit positif canadien. Par conséquent, il convient d'étudier la pratique juridictionnelle canadienne afin de saisir les tenants et les aboutissants d'une telle conception. En retenant telle ou telle nature, un système de contrôle *a posteriori* divergent émerge de part et d'autre de l'Atlantique. Plus exactement, la conception abstraite ou concrète des contrôles de constitutionnalité des lois *a posteriori* emportent des aspects caractéristiques inhérents aux systèmes de contrôle

⁹⁹ Art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, R.-U., c. 11, art. 11 d) et *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 et 31 Vict., R.-U., c. 3, art. 96-100.

¹⁰⁰ Art. 61-1 LO. n° 2009-1523, 10 déc. 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

¹⁰¹T.-S. RENOUX, *La question prioritaire de constitutionnalité. Principes généraux, pratique et droit du contentieux*, 2^e éd., 2013, LexisNexis, p. 65.

a posteriori. En outre, il en découle certaines conséquences pour lesdits systèmes (§2).

§1 : La divergence de conceptions du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*

19. La catégorisation des systèmes de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. La distinction entre contrôles *a posteriori* concret et abstrait de la constitutionnalité des lois en général et, des lois pénales en particulier, apparaît à la lueur de la pratique juridictionnelle. Cette distinction conserve son importance tant la classification des systèmes de justice constitutionnelle s'effectue principalement autour de cette alternative. La doctrine s'accorde en effet pour déduire la nature « concrète » ou « abstraite » du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de la logique « subjective » ou « objective » qui sous-tend ledit contrôle. Suivant ce postulat, l'étude comparée des deux systèmes de saisine *a posteriori*, témoigne d'une divergence de conceptions du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* (A), qui n'est pas sans incidence sur l'objet desdits contrôles (B) au regard desquels s'effectue, en France et au Canada, l'examen de la constitutionnalité de la disposition contestée.

A. L'identification de la divergence quant à la nature du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*

20. Les approches conceptuelles subjective et objective du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Deux approches conceptuelles permettent de qualifier la nature du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. La première correspond à l'approche « pragmatique », dite aussi « subjective »¹⁰², et confère, dans une certaine mesure, au contrôle de constitutionnalité *a posteriori* son caractère concret. La seconde approche « objective » induit plutôt le caractère abstrait du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Dans cette perspective, le contentieux objectif est appréhendé comme « un moyen de redressement du droit objectif, et ceci

¹⁰² F. HENAULT, P. TAILLON, « Des faits décisifs ! Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité au Québec et au Canada », in *Pluralisme des garanties et des juges et droits fondamentaux. Les droits culturels*, *op.cit.*, p. 29 et s.

par le biais d'un "procès fait à un acte" dans l'intérêt premier de l'ordonnement juridique [...]. C'est donc l'intérêt général qui est au cœur du contentieux objectif, ce qui [explique] le rôle secondaire des parties dans ce type de contentieux. Au contraire, le contentieux subjectif est destiné à préserver un intérêt individuel, à réparer la violation d'un droit subjectif. Il s'agit d'un procès entre des parties »¹⁰³. Selon ce parallélisme entre la logique « subjective et concrète » et la logique « objective et abstraite » opérée par la doctrine¹⁰⁴, il est permis de constater que la France et le Canada se rattachent respectivement à ces deux conceptions du contrôle *a posteriori*. Forts de la tradition de la *common law*¹⁰⁵, les juges canadiens en acceptant de contrôler l'application des lois pénales à l'occasion d'un litige pratiquent le contrôle concret. Avant de définir ce que recouvre l'expression « contrôle concret de constitutionnalité », il convient de déterminer dans quelle mesure, au Canada, la tradition juridique nationale se trouve être à l'origine du contrôle concret de constitutionnalité *a posteriori*. Dans cette perspective, il convient, dans un premier temps, de définir précisément le concept de *common law* (1), avant d'envisager son rôle eu égard à la nature du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* (2).

1) Le concept de *common law*

21. Le concept multiforme de *common law*. Plusieurs acceptions permettent de définir le concept de *common law*. Dans un premier sens, ce concept renvoie au droit ancestral du Roi, celui qui était dispensé dans les cours royales siégeant à Westminster¹⁰⁶. Par ailleurs, en droit contemporain anglais, cela représente la jurisprudence, autrement dit l'ensemble des décisions des cours de justice, qui s'oppose à la loi et au règlement dans un sens large¹⁰⁷. Le concept de *common law*

¹⁰³ Th. DI MANNO, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, Économica-PUAM, coll. Droit public positif, Aix-en-Provence-Paris, 1997, p. 41 et s.

¹⁰⁴ M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, *op. cit.*, p. 41 et s. ; G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 3^e éd., 2011, coll. Thémis Droit, PUF, p. 41 et s. ; C. GREWE, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français », *Pouvoirs*, n° 137, avril 2011, p. 143 et s.

¹⁰⁵ L'emploi du féminin se justifie eu égard à son utilisation par la Cour suprême du Canada. Il s'agit de la version officielle.

¹⁰⁶ J. BULLIER, *La common law*, coll. Connaissance du droit, 3^e éd., 2012, p. 11 et s.

¹⁰⁷ J. BULLIER, *La common law*, *op. cit.*, p. 12 et s.

est encore employé en opposition au domaine du droit issu de l'*equity* et du législatif. Il permet, enfin, d'établir la distinction entre les systèmes de droit des pays anglophones par rapport aux droits de tous les pays latins et germaniques¹⁰⁸. La seconde acception du concept de *common law*, c'est-à-dire celle qui renvoie au corpus jurisprudentiel comme source autonome du droit, retiendra davantage l'attention dans la mesure où cette dernière permet de mettre l'accent sur la nature « judiciaire »¹⁰⁹ du droit de *common law*. En ce sens, c'est auprès des prétoires des acteurs de la justice que les premières règles de la *common law* ont été élaborées. Aujourd'hui, ce droit de professionnels, ce droit concret car issu de la pratique juridictionnelle forme dans une certaine mesure, la *common law*, ce qui permet au professeur anglophone Bullier de souligner que la *common law* représente un « système issu du pragmatisme des praticiens »¹¹⁰. Par ailleurs, la nature expérimentale de la *common law* justifierait un raisonnement juridique spécifique adopté par les juges anglais et par les juges canadiens lors du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. En effet, par le biais de l'héritage colonial britannique, la *common law* innerve aujourd'hui le droit public canadien qui peut se définir comme un « ensemble des règles juridiques qui gouvernent l'organisation et le fonctionnement de l'État et de ses composantes, les rapports entre l'État et les citoyens et entre les États. Il regroupe le droit administratif, le droit constitutionnel, le droit fiscal, le droit international public et le droit pénal »¹¹¹. Qui plus est, la tradition de la *common law* emporte une théorie spécifique du raisonnement juridique.

22. La théorie spécifique du raisonnement juridique de la *common law*. Bien que « la théorie stricte du concept de *common law* ne confère au juge qu'un rôle subalterne chargé de découvrir un droit préexistant sans jamais le créer »¹¹², force est de constater que les normes de *common law* invitent - si ce n'est obligent - les juges de ce droit spécifique à emprunter une méthodologie juridique pragmatique.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ H. REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd., Wilson & LaFleur, 2008, p. 85 et s.

¹¹² P. BELIVEAU, M. VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 16^e éd., éd. Yvon Blais, 2009, p. 44 et s.

Partant du postulat que la *common law* représente une « théorie réaliste du droit »¹¹³, la solution des juges confrontés à un problème devra nécessairement être rendue à la lumière des faits de l'espèce. Contrairement aux juristes de tradition romaniste qui considèrent que « les faits de l'espèce n'ont jamais marqué que le point de départ d'un raisonnement judiciaire permettant à la cour de s'en servir comme marchepied sur la voie de la formulation d'une proposition normative »¹¹⁴, les faits de l'espèce représentent le point névralgique autour desquels sont articulées puis fondées les décisions de tradition de la *common law*. C'est ainsi que se vérifie l'assertion de Charlotte Girard : « En tant que méthode de raisonnement juridique, le *common law* autorise le passage d'un cas particulier à un autre cas particulier sans la médiation d'un principe général, mais seulement par le rapprochement des faits. Ce mécanisme de mise en rapport de faits correspond tout bonnement à de la casuistique, méthode par excellence du juge de *common law*. Méthode empirique s'il en est, le raisonnement juridique du juge de *common law* fait de lui un réaliste au sens où les faits sont la matière première de la décision »¹¹⁵. Dans cette perspective, le concept de *common law* représente bel et bien un mode d'élaboration du droit par les faits de l'espèce.

23. La transposition de la casuistique dans le contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Fort de la tradition de la *common law*, il est permis de supposer que le juge canadien lors de son contrôle de constitutionnalité *a posteriori* aura davantage tendance à justifier ses décisions constitutionnelles au regard des faits de l'espèce que son homologue français. En effet, l'analyse « pragmatique » du droit étant profondément enracinée dans la tradition juridique nationale au Canada du fait de l'héritage de la *common law*, il semblerait logique que l'exercice du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en soit également imprégné. Les dires des professeurs François Henault et Patrick Taillon confortent dans une certaine mesure l'hypothèse lorsqu'ils comparent la tendance du juge constitutionnel canadien à pratiquer le contrôle concret sans trop s'interroger sur les tenants et aboutissants d'une telle

¹¹³ C. GIRARD, « Le réalisme du juge constitutionnel britannique : un réalisme doucement réformé », in *Études et doctrine : Le réalisme en droit constitutionnel*, NCCC, juin 2007, n° 22, pp. 172-177.

¹¹⁴ P. LEGRAND, G. SAMUEL, *Introduction au common law*, éd. La Découverte, Paris, 2008, coll. Repères, p. 75 et s.

¹¹⁵ C. GIRARD, « Le réalisme du juge constitutionnel britannique : un réalisme doucement réformé », in *Études et doctrine : Le réalisme en droit constitutionnel*, op. cit., pp. 172-177.

approche, « à la manière de Monsieur Jourdain propageant inconsciemment sa "prose" dans la célèbre pièce de Molière¹¹⁶»¹¹⁷. Influencé par la méthode empirique propre à la tradition de *common law*, le contrôle concret de constitutionnalité *a posteriori* au Canada répondrait à un certain « pragmatisme » dans le sens « pollockien » du terme. Sous l'angle du pragmatisme, le professeur anglophone Frédérick Pollock conçoit que le droit, de manière générale, poursuit une visée particulière. En ce sens, l'auteur énonce que «le droit n'existe pas pour le contentement scientifique de l'esprit juridique, mais pour la commodité des gens qui intentent des recours en justice ou qui en font l'objet »¹¹⁸. Re transcrite dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, cette orientation du droit vers la satisfaction première des intérêts des justiciables, justifierait la prise en compte des considérations factuelles au sein des arrêts rendus *a posteriori* par les juges canadiens¹¹⁹. En témoigne, à l'étape préliminaire d'une demande de déclaration d'inconstitutionnalité, l'obligation imposée aux justiciables canadiens d'alléguer les faits de l'espèce justifiant cette contestation. Dans cette perspective, le juge Cory dans l'arrêt *Mackay*¹²⁰ a pu souligner que : « Les décisions relatives à la *Charte* ne doivent pas être rendues dans un vide factuel. Essayer de le faire banaliserait la *Charte* et produirait inévitablement des opinions mal motivées. La présentation des faits n'est pas, comme l'a dit l'intimé, une simple formalité ; au contraire, elle est essentielle à un bon examen des questions relatives à la *Charte*. Un intimé ne peut pas, en consentant simplement à ce que l'on se passe de contexte factuel, attendre ni exiger d'un tribunal qu'il examine une question comme celle-ci dans un vide factuel. Les décisions relatives à la *Charte* ne peuvent pas être fondées sur des hypothèses non étayées qui ont été formulées par des avocats enthousiastes ». Par ailleurs, l'utilisation de la méthode inductive, axée sur la prise en compte des faits, participe, dans une certaine mesure, à la détermination du caractère concret du contrôle *a posteriori* exercé au Canada.

¹¹⁶ MOLIÈRE, *Le Bourgeois gentilhomme*, coll. Texte intégral, 1992, Paris, Hachette, 224 p.

¹¹⁷ F. HENAULT, P. TAILLON, « Des faits décisifs ! Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité au Québec et au Canada », in *Pluralisme des garanties et des juges et droits fondamentaux. Les droits culturels.*, op. cit., p. 25 et s.

¹¹⁸ P. LEGRAND, G. SAMUEL, *Introduction au common law*, op. cit., p. 75 et s.

¹¹⁹ *Infra* n° 55, 56.

¹²⁰ *Mackay c. Manitoba*, [1989] 2 RCS 357, §. 9.

2) La définition du contrôle concret de constitutionnalité *a posteriori*

24. Les définitions procédurale et substantielle du contrôle concret. L'expression « contrôle concret de constitutionnalité » peut se définir selon deux acceptions. La première acception, dite « procédurale »¹²¹, permet d'associer le caractère concret du contrôle à l'origine de la contestation constitutionnelle. Parce que celle-ci prend naissance à l'occasion d'un litige donné, le contrôle de constitutionnalité est dit concret. Mais cette première définition ne permet qu'imparfaitement de mener à bien la comparaison du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* exercé de part et d'autre de l'Atlantique. En France comme au Canada, la contestation constitutionnelle prend naissance à l'occasion d'un litige. L'article 61-1 de la Constitution française, qui instaure la nouvelle procédure de contrôle de constitutionnalité sur les lois déjà promulguées, énonce que « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé »¹²². De par le caractère incident du moyen d'inconstitutionnalité consacré par ce texte, le contrôle *a posteriori* exercé par le Conseil constitutionnel peut être qualifié de concret. Mais si cet article retranscrit de prime abord un contrôle concret exercé par le Conseil constitutionnel, l'étude des décisions du Conseil constitutionnel fait apparaître une tout autre réalité. En effet, la majeure partie de la doctrine française¹²³ considère que le Conseil constitutionnel exercerait, dans le prolongement du contrôle *a priori*, un contrôle abstrait de la constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*. Par cette expression, il faut comprendre un contrôle de constitutionnalité de « norme à

¹²¹ L. GAY, « Du contentieux *a priori* au contentieux *a posteriori* : L'occasion manquée d'un contrôle concret de constitutionnalité en France ? », in *Pluralisme des garanties et des juges et droits fondamentaux et les droits culturels*, 2014, p. 55 et s.

¹²² Art. 61-1 LO. n° 2009-1523, 10 déc. 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

¹²³ J.-J. PARDINI, « La prise en compte des faits de l'espèce dans le jugement de la constitutionnalité des lois », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche du droit comparé*, (sous la dir. L. GAY), 2013, Bruylant, p. 224 ; J. BONNET, « Les contrôles *a priori* et *a posteriori* », in *Le Conseil constitutionnel : trois ans de QPC, NCCC*, n° 40, juin 2013, p. 111 et s.; A. VIDAL-NAQUET, « Quelles techniques juridictionnelles pour la QPC ? », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche du droit comparé*, (sous la dir. L. GAY), 2013, Bruylant, p. 176 et s.

norme »¹²⁴. Plus précisément, à travers l'expression de contrôle abstrait, il s'opère « un contrôle de la conformité à la Constitution de la loi en tant que telle, en tant que texte considéré en soi, selon les virtualités normatives qu'il contient, sans référence aux cas concrets qui pourront se présenter, au moment de l'application de la loi par les tribunaux »¹²⁵. Au regard de cette définition, le caractère abstrait du contrôle semble concomitant à l'absence de référence par le Conseil constitutionnel aux données factuelles du litige initial. L'approche procédurale du contrôle de constitutionnalité, ne permettant qu'imparfaitement de rendre compte de l'absence de référence par le Conseil constitutionnel aux données factuelles du litige initial, l'acception substantielle¹²⁶ du « contrôle concret de constitutionnalité » sera privilégiée.

25. La justification de l'approche substantielle du contrôle concret. À travers l'approche substantielle, le contrôle de constitutionnalité est dit « concret » au regard de l'intégration, plus ou moins marquée, des faits de l'espèce dans les décisions prises par les juges constitutionnels. Seule une étude des décisions du Conseil constitutionnel et des juges canadiens semble à même de rendre compte de la place occupée par les faits dans le raisonnement des juges constitutionnels pour régler la contestation constitutionnelle. Là réside une des divergences principales entre les deux systèmes de contrôle *a posteriori* exercé en France et au Canada. Tandis que les considérations factuelles du litige initial conditionnent l'invocation de la contestation constitutionnelle et sa résolution pour les juges canadiens, les faits de l'espèce n'occupent qu'une place secondaire lors de l'invocation de la contestation constitutionnelle de même qu'au moment de sa résolution dans la « procédure QPC ». C'est qu'en effet, sur le vieux continent, au contraire, et selon l'assertion de Charlotte Girard, le passage d'un cas particulier à un autre cas particulier ne se fait jamais sans la référence à un principe général étant donné qu'au sein des pays continentaux et en France plus particulièrement, c'est principalement au regard de la loi que sont rendues l'essentiel des décisions. En France, la loi représente la source

¹²⁴ A. VIDAL-NAQUET, « Quelles techniques juridictionnelles pour la QPC ? », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé.*, op. cit., p. 191 et s.

¹²⁵ G. ZAGREBELSKY, « Aspects abstraits et aspects concrets du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *LPA*, n° 126, 25 juin 2009, p. 12 et s.

¹²⁶ L. GAY, « Du contentieux *a priori* au contentieux *a posteriori* : L'occasion manquée d'un contrôle concret de constitutionnalité en France ? », in *Pluralisme des garanties et des juges et droits fondamentaux et les droits culturels*, op. cit., p. 55 et s.

du droit par excellence lorsque la jurisprudence ne représente qu'« une source secondaire du droit »¹²⁷. Qui plus est, « les règles édictées par la loi étant formulées de manière générale afin de répondre aux diktats du positivisme juridique qui caractérise l'ordre juridique français »¹²⁸, les juges français n'en viennent jamais à une véritable casuistique à l'image de celle qui prévaut en Angleterre et au Canada. La jurisprudence continentale demeure avant tout soucieuse de participer « à l'effort général des autorités de l'ordre juridique de rationaliser et de systématiser le droit »¹²⁹. Dans cette perspective, le juge français, « ne se contente donc pas de poser des solutions particulières, mais les remet en perspective et les intègre dans des doctrines générales »¹³⁰. C'est ainsi que se vérifient les allégations des professeurs Pierre Legrand et Geoffrey Samuel : « Le *common law* ne privilégie donc pas les valeurs de généralisation et d'uniformisation qu'autorise la voie commune du commandement législatif. Il retient plutôt l'individualisation et la particularisation »¹³¹, lorsque « l'idéal de généralité et de cohérence »¹³² guide les professionnels du droit au sein des pays continentaux et notamment en France. En outre, la question de la motivation des arrêts de la Cour de cassation nourrit les réflexions du projet actuel de réforme de la Cour de cassation¹³³. Pour reprendre les mots de son premier Président Bertrand Louvel, la Cour suprême de l'ordre judiciaire s'enliserait dans des « formules lapidaires du syllogisme » lequel nuirait à son « autorité argumentative »¹³⁴. Par conséquent, dans une optique d'amélioration du contrôle de cassation, la réforme de la Cour de cassation propose, en sus d'une extension du contrôle de proportionnalité, d'améliorer la motivation des arrêts en y privilégiant la casuistique. Voici ce que suggère son premier Président : « [...] on attendrait d'elle qu'elle livre désormais "les motifs des motifs" de ses arrêts : on attend en particulier de cette motivation développée qu'elle explique mieux ce qu'est la part du raisonnement proprement juridique entrant dans la décision et celle du

¹²⁷ G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains : Introduction au droit comparé*, op. cit., p. 56 et s.

¹²⁸ R. LEGAIS, *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, 2^e éd., 2008, LexisNexis Litec, coll. Manuels, p. 71 et s.

¹²⁹ G. CUNIBERTI, op. cit., p. 57 et s.; Dans le même sens v. Jamin C., « Juger et motiver : Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », *RTD Civ.* 2015, n° 2, p. 270.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ P. LEGRAND, G. SAMUEL, *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, op. cit., p. 75 et s.

¹³² G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains : Introduction au droit comparé*, op. cit., p. 57 et s.

¹³³ E. DREYER, *La réforme de la Cour de cassation et la matière pénale*, dossier spéc. *Gaz. Pal.*, 2016, n° 34, p. 79.

¹³⁴ C. JAMIN, op. cit., p. 270.

raisonnement sur les incidences de tous ordres qui peuvent en résulter »¹³⁵. Cette évolution quant au rôle de la Cour de cassation autorise à penser qu'un rapprochement avec un système de « démocratie de l'opinion publique »¹³⁶ auquel se rattache, dans une certaine mesure, le système canadien, n'est pas inenvisageable dans un futur plus ou moins proche en France¹³⁷. Ainsi, et, en dépit de la réforme de la Cour de cassation en cours, l'identification des fondements qui sous-tendent les raisonnements juridiques des juges français et canadiens, permet de justifier, dans une certaine mesure, - mais pour combien de temps encore - le rattachement de chaque système à un type de contrôle *a posteriori* spécifique. Dans cette perspective, l'acception substantielle de l'expression « contrôle concret de constitutionnalité », semble représenter l'unique moyen méthodologique de définir, dans toutes ses subtilités, les tenants et les aboutissants de la conception concrète du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Les conceptions abstraites ou concrètes des contrôles de constitutionnalité *a posteriori* français et canadien, justifient à leur tour la divergence quant à l'objet desdits contrôles.

B) L'identification de la divergence quant à l'objet du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*

26. L'interdépendance entre l'objet du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et sa nature. Selon une certaine acception, un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* est dit concret ou abstrait en raison de l'objet sur lequel la contestation constitutionnelle porte¹³⁸. Demande-t-on aux juges constitutionnels de se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions législatives, ou bien sur les effets produits par la loi litigieuse ? La question revêt son importance en ce que la conception même du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* semble en découler. En l'occurrence, en France le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* porte, essentiellement, sur la

¹³⁵ H. BERANGER, « Pour exercer pleinement son office de Cour de suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *entretien avec Louvel. B.*, *JCP G*, 2015, 1122, n° 43, pp. 1906-1912.

¹³⁶ M. LASSER, *Judicial Deliberations - A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford UP, 2004, 396 p.

¹³⁷ Mais, ceci est un tout autre débat qui ne sert pas directement la démonstration entreprise à ce stade de la réflexion.

¹³⁸ A. VIDAL-NAQUET, « Quelles techniques juridictionnelles pour la QPC ? », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé.*, *op. cit.*, p. 197 et s.

loi *stricto sensu* lorsque la constitutionnalité des effets des dispositions législatives critiquées est surtout examinée à l'aune de la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982. Partant, le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en France s'analyse, principalement, comme un contrôle portant sur la validité des normes juridiques (1). En revanche, au Canada, il s'apparente davantage à un contrôle portant sur l'applicabilité des normes juridiques (2).

- 1) Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en France : un contrôle portant sur la validité des normes juridiques

27. L'objet de la loi : unique « vice d'inconstitutionnalité »¹³⁹ potentiel en France.

Concernant le contrôle *a posteriori* incarné en France par la question prioritaire de constitutionnalité, le professeur Michel Fromont relève que le contrôle « ne peut être que purement abstrait car ce qui est demandé au Conseil constitutionnel, ce n'est pas d'apprécier à la lumière de la Constitution les effets produits par l'application d'une règle de droit à l'individu »¹⁴⁰. Le choix de la retranscription de cette formule plutôt qu'une autre, réside dans l'établissement explicite de l'interdépendance du caractère abstrait du contrôle *a posteriori* avec l'objet dudit contrôle. Du point de vue de l'auteur, le contrôle *a posteriori* en France, demeure un contrôle abstrait en ce que la loi *stricto sensu*, en général, représente l'objet dudit contrôle. C'est ce lien entre l'établissement de la conception abstraite du contrôle *a posteriori* et l'objet dudit contrôle qui par ailleurs, permet au professeur Ariane Vidal-Naquet de qualifier le contrôle *a posteriori* tel qu'exercé par le Conseil constitutionnel de contrôle de « norme à norme »¹⁴¹. Par ailleurs, cette abstraction de l'objet se retrouve renforcée par le considérant de principe posé par le Conseil constitutionnel lorsque ce dernier énonce qu'« il contrôle la constitutionnalité de la loi pour elle-même, et non pas la constitutionnalité des effets qu'elle produit lorsqu'elle est appliquée »¹⁴². En

¹³⁹ M. FATIN-ROUGE, K. ROUDIER, « Les suites des décisions rendues par les juridictions », in *La question prioritaire de constitutionnalité*, *op. cit.*, p. 348.

¹⁴⁰ M. FROMONT, « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française », in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de G. Conac*, Economica, 2001, p. 173 et s.

¹⁴¹ A. VIDAL-NAQUET, « Quelles techniques juridictionnelles pour la QPC ? », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé.*, *op. cit.*, p. 191 et s.

¹⁴² Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, M. Daniel W. et autres [Garde à vue], *JORF* 31 juill. 2010, p. 14198 ; au sein de laquelle il énonce que « la méconnaissance éventuelle de [ces exigences constitutionnelles] dans l'application des dispositions législatives précitées n'a pas, en elle-même, pour effet d'entacher ces

revanche, au Canada, c'est moins la loi *stricto sensu* en tant que telle qui est examinée à la lumière de la Constitution canadienne de 1982, que l'application effective de la loi pénale.

2) Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* au Canada : un contrôle portant sur l'applicabilité des normes juridiques

28. L'objet et l'effet d'une loi : deux « vices d'inconstitutionnalité »¹⁴³ potentiels au Canada. L'assise constitutionnelle du contrôle constitutionnel est consacrée par l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁴⁴. Ce dernier dispose que la « Constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». Concernant la nature du contrôle de constitutionnalité, le texte de la Constitution du Canada ne qualifie à aucun moment le contrôle constitutionnel de

dispositions d'inconstitutionnalité» ; O. BACHELET, « La garde à vue, entre inconstitutionnalité virtuelle et inconstitutionnalité réelle », *Gaz. Pal.*, 4-5 août 2010, pp. 14-17 ; C. BÉRALDIN, « La question prioritaire de constitutionnalité et la garde à vue », *LPA*, 2011, n° 89, pp. 55-60 ; C. CHARRIERE-BOURNAZEL, « La garde à vue : le sursaut républicain », *D.*, 2010, n° 29, p. 1928 ; F. CHALTIÉL, « Le régime juridique de la garde à vue est inconstitutionnel », *LPA*, 2010, n° 223, pp. 3-10 ; P. CONTE., « *In Limine*, Cuisine constitutionnelle », *RPDP*, juillet-septembre 2010, n° 3, p. 533-535 ; A. GIUDICELLI, « Le Conseil constitutionnel et la garde à vue : "puisque ces mystères nous dépassent, feignons d'en être l'organisateur" », *RSC*, janvier-mars 2011, n° 1, pp. 139-142 ; N. CATELAN, « La constitutionnalité à géométrie variable des régimes de garde à vue », *RFDC*, 2011, n° 89, pp. 99-110 ; S. LAVRIC, « Inconstitutionnalité du régime de garde à vue », *D.*, 2010, n° 29, p. 1876-1876 ; A. MARON, M. HAAS, « L'article 61-1 de la Constitution efface les articles 62 et suivants du Code de procédure pénale », *RDP* 2010, n° 10, pp. 37-42 ; B. DE LAMY, L'avancée des garanties en matière de garde à vue ou la consécration d'un basculement de la procédure pénale vers la phase policière ?, *RSC*, janvier-mars 2011, n° 1, p. 165-173 ; A.-C. DUBOS, « La garde à vue et le droit de bénéficier de l'assistance d'un avocat », *Bulletin d'information : jurisprudence, doctrine, communications [Cour de cassation]*, 1^{er} déc. 2010, n° 732, p. 6-13 ; C. MASCALA, « Réflexions sur la censure constitutionnelle du régime de certaines gardes à vue », *Politeia*, novembre 2010, n° 17, p. 271-281 ; J.-B. PERRIER, « Une décision empreinte de pragmatisme », *AJPénal*, nov. 2010, n° 11, p. 470-472 ; P. PUIG, « QPC : le changement de circonstances source d'inconstitutionnalité », *RTD. Civ.*, juillet-septembre 2010, n° 3, p. 513-517 ; E. DAOUD, E. MERCINIER, « Garde à vue : faites entrer l'avocat ! », *Constitutions*, octobre-décembre 2010, n° 2010-4, p. 571-585 ; V. LESCLOUS, « Un an de droit de la garde à vue », *Dr. pén.*, sept. 2010, n° 9, p. 36-44 ; O. BACHELET, « La garde à vue, entre inconstitutionnalité virtuelle et inconstitutionnalité réelle », *Gaz Pal.*, 4-5 août 2010, n° 216-217, p. 14-17 ; F. CASAROLA et J. POINAS, « Le point de vue du magistrat (Dossier spécial Garde à vue, la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010) », *Rev. pén.*, juillet-septembre 2010, n° 3, p. 609-621 ; T.-S. RENOUX, « Le point de vue de l'universitaire (Dossier spécial Garde à vue, la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010) », juillet-septembre 2010, n° 3, p. 629-638 ; F. FOURNIÉ, « La garde à vue au Conseil constitutionnel ou l'inconstitutionnalité à effet différé », *Journal spécial des Sociétés*, 2010, n° 46, pp. 9-11 ; G. LATOUR, « Panorama de procédure pénale. Garde à vue. » *D.*, 2010, n° 34, pp. 2259-2260 ; J. PRADEL, « Garde à vue. Droit constitutionnel des libertés. Déclaration de 1789. Droit constitutionnel pénal. Droit constitutionnel processuel. Droit de la défense. Avocat, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. Dalloz, 2011, pp. 531-541.

¹⁴³ M. FATIN-ROUGE, K. ROUDIER, « Les suites des décisions rendues par les juridictions », in *La question prioritaire de constitutionnalité*, *op. cit.*, p. 348.

¹⁴⁴ Art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, R.-U., c. 11, art. 11 d) et *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 et 31 Vict., R.-U., c. 3, art. 96-100.

concret. Ce caractère concret du contrôle de constitutionnalité innerve pourtant les différents stades des procès en général, et le procès pénal en particulier, au sein duquel naît la contestation constitutionnelle. Mais si la Constitution du Canada reste silencieuse à ce sujet, le contrôle concret de constitutionnalité s'impose comme une « évidence » pour reprendre l'expression des professeurs canadiens Patrick Taillon et François Henault¹⁴⁵. Contrairement au cas français, le contrôle *a posteriori* exercé par les juges canadiens peut être qualifié de concret, dans la double acception du terme. En effet, selon l'acception procédurale du terme, le contrôle *a posteriori* est concret en ce que la contestation constitutionnelle prend naissance au sein d'un procès en cours. De même, et selon l'acception substantielle du terme, le contrôle est concret en ce que le juge canadien, juge de l'exception, contrôle la constitutionnalité d'une norme à l'aune de ses effets potentiels. Sur ce point, dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd*¹⁴⁶, le juge Dickson, s'exprimant pour la majorité de la Cour suprême du Canada énonce : « À mon avis, l'objet et l'effet d'une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité; un objet inconstitutionnel ou un effet inconstitutionnel peuvent l'un et l'autre rendre une loi invalide ». Le juge Dickson d'ajouter que « [...] je partage l'avis de l'intimée que le premier critère à appliquer dans la détermination de la constitutionnalité est celui de l'objet de la loi en cause et que ses effets doivent être pris en considération lorsque la loi examinée satisfait ou, à tout le moins, est censée satisfaire à ce premier critère [...]. Donc, si, de par ses répercussions, une loi qui a un objet valable porte atteinte à des droits et libertés, il serait encore possible à un plaideur de tirer argument de ses effets pour la faire déclarer inapplicable, voire même invalide. Bref, le critère des effets n'est nécessaire que pour invalider une loi qui a un objet valable; les effets ne peuvent jamais être invoqués pour sauver une loi dont l'objet n'est pas valable »¹⁴⁷. Ainsi, la constitutionnalité d'une loi au Canada, s'examine tant à l'aune de son objet qu'au regard de ses effets potentiels. Dans cette optique, l'arrêt *Smith*¹⁴⁸ témoigne de l'importance d'adopter un tel raisonnement constitutionnel en pratique. Dans cette affaire, la constitutionnalité du paragraphe 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* était

¹⁴⁵ F. HENAULT, P. TAILLON, « Des faits décisifs ! Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité au Québec et au Canada », in *Pluralisme des garanties et des juges et droits fondamentaux. Les droits culturels.*, op. cit., p. 25 et s.

¹⁴⁶ R. c. *Big M Drug Mart Ltd*, [1985], 1 RCS 295, p. 331.

¹⁴⁷ R. c. *Big M Drug Mart Ltd*, [1985], 1 RCS 295, §. 334.

¹⁴⁸ R. c. *Smith*, [1987] 1 RCS 1045.

mise en cause par le requérant. Ce dernier article prescrit une peine d'emprisonnement minimale de sept ans à l'encontre de celui qui contrevient au paragraphe 5(1) de ladite loi, c'est-à-dire, qui commet le trafic de drogues dures sur le territoire du Canada. En l'espèce, le requérant a reconnu avoir importé sept onces et demie de cocaïne sur le territoire canadien. Cependant, si, l'objet du paragraphe 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, à savoir la lutte contre l'importation et le trafic des drogues dures, est constitutionnel, l'imposition d'une peine minimale d'emprisonnement de sept ans à l'encontre des « petits délinquants » peut s'avérer disproportionnée. Ainsi, dans certains cas, les juges peuvent infliger une peine cruelle et inusitée au sens de l'article 12 de la *Charte*. Par conséquent, le paragraphe 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* est déclaré inconstitutionnel. En somme, l'affaire *Smith* témoigne du champ d'application beaucoup plus large et concret du contrôle *a posteriori* au Canada¹⁴⁹ comparativement à celui qui prévaut en France. Dans une autre optique, le caractère concret du contrôle *a posteriori* au Canada, peut être attesté par l'article 24 de la *Charte canadienne*. Ce dernier texte garantit, en effet, un remède individuel pour pallier les effets inconstitutionnels d'une loi. Plus exactement, il octroie aux justiciables canadiens la possibilité de contester la constitutionnalité des actions gouvernementales c'est-à-dire, par exemple, l'action des agents de l'État. Par opposition, en France, c'est uniquement la constitutionnalité d'une loi en général qui peut être attaquée. Plus particulièrement, en ce qui concerne la matière pénale, la question prioritaire de constitutionnalité peut porter, en droit pénal de fond, sur le texte d'incrimination ou sur la sanction pénale. En droit pénal de forme, le grief d'inconstitutionnalité ne peut être soulevé qu'au regard des textes de procédure pénale. Autrement dit, l'action des fonctionnaires de l'État français ne peut fonder la contestation constitutionnelle. Cette nette différence entre le contrôle *a posteriori* canadien et français découle de la conception même desdits contrôles : le premier contrôle la constitutionnalité des effets produits par l'application des lois, le second se limite à la constitutionnalité des lois *stricto sensu*. En définitive, l'approche substantielle du contrôle concret présentera l'avantage de mettre en évidence la place importante qu'occupent les faits dans le raisonnement

¹⁴⁹ *R. c. Smith*, [1987] 1 *RCS* 1045, §. 52, « Le fait incontesté que l'objet du par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* est constitutionnel n'empêche pas d'analyser ce paragraphe afin de déterminer si la peine minimale prescrite a pour effet, dans certains cas, d'obliger le juge à imposer une peine cruelle et inusitée, et si elle viole ainsi à première vue l'art. 12 ; et, dans l'affirmative, il n'empêche pas de réexaminer, en vertu de l'article premier, cet objet et toute autre considération utile pour déterminer si la loi attaquée peut être sauvegardée ».

des juges canadiens et cela, aussi bien au stade de l'examen de la contestation constitutionnelle où sera décidé de la « justiciabilité »¹⁵⁰ de l'affaire, qu'au stade de la résolution de la contestation constitutionnelle ou enfin, lorsqu'il s'agira pour les juges canadiens de déterminer la portée des déclarations d'inconstitutionnalité. Ainsi, ces premières divergences intéressant les conceptions du contrôle *a posteriori* de part et d'autre de l'Atlantique, expliquent, dans une certaine mesure, les différences tenant au mécanisme du système de contrôle *a posteriori* en France et au Canada.

§2 : Les conséquences de la divergence de conceptions pour le système de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*

29. Les tenants et aboutissants quant à l'adhésion à un système de contrôle *a posteriori*. L'adhésion à un type de contrôle de la constitutionnalité des lois pénales spécifique ne se justifie pas, en France et au Canada, au regard des mêmes raisons (A). En France, le constituant français a entendu adhérer à un type concentré¹⁵¹ de contrôle de la constitutionnalité, tel que défini par l'éminent théoricien Hans Kelsen. Ce type de contrôle peut se caractériser par deux aspects. Le premier intéresse le « juge » compétent pour prononcer les déclarations d'inconstitutionnalité. Le second aspect a trait à l'autorité de la loi. Ainsi, en France, l'exercice du contrôle *a posteriori* n'est confié qu'à un organe - le Conseil constitutionnel -. Le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité conserve donc le monopole du contrôle de constitutionnalité des lois au seul Conseil constitutionnel. En revanche au Canada le contrôle « concret » de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* résulte moins d'une adhésion du Constituant canadien que d'un « héritage » de la tradition britannique tant cette forme de contrôle est enracinée dans la tradition juridique nationale du pays¹⁵². Il en va de même du caractère diffus du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*, qui s'est imposé comme une

¹⁵⁰ F. HENAULT, P. TAILLON, « Des faits décisifs ! Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité au Québec et au Canada », in *Pluralisme des garanties et des juges et droits fondamentaux. Les droits culturels*, *op. cit.*, p. 30 et s.

¹⁵¹ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, pp. 197-257.

¹⁵² F. HENAULT, P. TAILLON, « Des faits décisifs ! Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité au Québec et au Canada », *op. cit.*, p. 25 et s.

évidence au regard notamment de l'organisation de la structure étatique du pays. Par ailleurs, le choix délibéré du constituant français et la structure fédérale du Canada, justifient dans une certaine mesure, l'adhésion à un type de recours d'inconstitutionnalité (B).

A) L'adhésion à un type de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*

30. La pluralité et l'exclusivité de compétence(s) des juges constitutionnels en matière de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* au Canada et en France.

Les divergences entre les systèmes de justice constitutionnelle canadien et français s'accusent, à plus forte raison, au regard du type de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* auquel adhèrent, de part et d'autre de l'Atlantique, les juges constitutionnels. Plus exactement, si une multitude de juges canadiens sont compétents pour contrôler la constitutionnalité des lois *a posteriori* (1), seul le Conseil constitutionnel détient l'exclusivité afin de vérifier la constitutionnalité des dispositions au regard du bloc de constitutionnalité (2).

- 1) La compétence dispersée des juges canadiens en matière de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*

31. La contestation constitutionnelle : les juges canadiens compétents.

Par l'expression contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*, il faut entendre que de multiples juges sont compétents pour trancher la question de constitutionnalité. L'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* n'est cependant pas conféré à « tout » juge. À cet égard, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Seaboyer*¹⁵³, a décidé à l'unanimité qu'un juge de paix chargé d'une enquête préliminaire ne peut déclarer inconstitutionnelle une disposition portant sur la preuve, en l'espèce les articles 276 et 277 du *Code criminel* qui limitent l'admissibilité d'une preuve du comportement sexuel du plaignant d'un crime sexuel. La juge McLachlin, au nom d'une Cour unanime, justifie cette

¹⁵³ *R. c. Seaboyer*, [1991], 2 RCS 577 ; comm. A.-M. BOISVERT, « *R. c. Seaboyer* : au-delà du droit de la preuve », 1992, 37 *RD McGill*, 1110-1134 ; v. comm. F. HOULE, « L'innocence à tout prix! L'affaire *Seaboyer* à la Cour suprême du Canada. », (1992) 5 *Rev. Femmes & D.* 179-201.

exclusion de compétence d'abord, au regard des tâches spécifiques dévolues au juge de paix. Se bornant principalement à déterminer la suffisance d'une preuve pour justifier un renvoi à un procès sur « les règles de preuve existante »¹⁵⁴, la vérification de la constitutionnalité des lois pénales, à ce stade de la procédure, ne se justifie pas. Au surplus, si le juge de paix peut rendre des décisions en matière de preuve, celles-ci ne produisent aucun effet sur l'issue du procès pénal ni même sur la déclaration de culpabilité ou d'innocence de l'accusé. Par conséquent, à ce stade de la procédure, la résolution de la contestation constitutionnelle ne produirait aucune incidence sur la protection des droits de l'accusé. Ensuite, c'est au regard des principes directeurs du procès pénal que la Cour suprême du Canada estime préférable de laisser le soin au juge du procès de statuer sur les contestations constitutionnelles fondées sur la *Charte*. En effet, dans la mesure où les décisions rendues par le juge de paix peuvent faire l'objet d'un « appel interlocutoire »¹⁵⁵, le déroulement du procès pénal s'en trouverait retardé et la célérité de la procédure compromise.

Hormis ces quelques exceptions, les juges canadiens pratiquent un contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales. Cette spécificité de la justice constitutionnelle canadienne s'explique dans une large partie par la structure fédérale du pays.

32. Le lien entre la structure fédérale du Canada et le contrôle diffus de constitutionnalité. Plus qu'un choix délibéré du Constituant canadien, le contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* s'impose naturellement au Canada compte tenu de l'organisation de la structure étatique du pays. En effet, le système judiciaire actuel puise ses origines dans la tradition britannique¹⁵⁶ et, plus précisément, dans la supériorité du droit britannique impérial sur les droits des colonies canadiennes qui prévalait d'antan¹⁵⁷. Suite à la défaite du Canada face à l'Angleterre lors de la *Guerre de Sept Ans*, le Canada d'alors, ou Nouvelle-France, vécut sous le régime britannique et ce, jusqu'en 1982. Sous ce régime britannique qui s'étale de 1760 à 1931, le Canada était donc sous la tutelle de la Couronne

¹⁵⁴ *R. c. Seaboyer*, [1991], 2 RCS 577.

¹⁵⁵ *R. c. Seaboyer*, [1991], 2 RCS 577.

¹⁵⁶ F. HENAULT, P. TAILLON, « Des faits décisifs ! Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité au Québec et au Canada », *Pluralisme des garanties et des juges et droits fondamentaux. Les droits culturels*, op. cit., p. 26 et s.

¹⁵⁷ *Statut de Westminster* de 1931, 22 George V, R.-U., c. 4, art. 2, 4 et 7 ; *Loi sur la validité des lois coloniales*, 28-29 Vict., c. 63 (R.-U.), dans *Statutes at Large*, vol. XXVII (1866), pp. 72-73.

britannique¹⁵⁸. Dans cette optique, et selon la Loi de 1865 sur la validité des lois des colonies, toutes les lois des colonies du Canada devaient respecter la loi de l'Empire britannique à savoir la *Loi constitutionnelle de 1867* sur le Canada. Par conséquent, toute loi d'une colonie qui était contraire aux dispositions de la loi de l'Empire britannique était nulle et inopérante¹⁵⁹. S'ensuit alors une première forme de contrôle diffus de constitutionnalité des lois devant assurer la conformité des lois rédigées par les parlementaires canadiens aux normes supérieures issues du droit britannique. Ce contrôle diffus de constitutionnalité des lois se maintint malgré l'indépendance politique acquise par le Canada en 1931 par le *Statut de Westminster*. Les tribunaux canadiens continuèrent d'exiger du législateur canadien qu'il respecte les règles posées par le législateur impérial britannique pour l'organisation du Canada entre 1867 et 1930. Sous ce régime britannique, un certain fédéralisme de fait prit progressivement naissance, conférant alors les caractéristiques actuelles du système judiciaire canadien. Si une première forme de fédéralisme survint avec la *Proclamation royale* du 7 octobre 1763 à travers laquelle le Canada acquit progressivement une autonomie interne, ce n'est qu'en 1791, que la forme fédérative de l'ancienne colonie britannique s'affirma et que le Haut-Canada et le Bas-Canada (Ontario et Québec) furent départagés par l'*Acte constitutionnel*¹⁶⁰. La création d'une union fédérale par la *Loi constitutionnelle de 1867* l'intensifia. En effet, la Constitution de 1867 consacre pour la première fois le caractère véritablement fédéraliste du Canada. Le Canada, État fédéral, se définit désormais comme un « État où le pouvoir central et les pouvoirs régionaux sont souverains, chacun dans sa sphère respective, et où l'action de ces pouvoirs est coordonnée », selon la définition donnée par le constitutionnaliste britannique K.C Wheare¹⁶¹. Cette répartition des pouvoirs législatifs par la Constitution a naturellement renforcé le contrôle diffus de constitutionnalité *a posteriori*. Reste qu'à cette date, le Canada demeure toujours sous la tutelle de la Couronne britannique. En effet, le Canada ne deviendra maître de sa Constitution qu'en 1982, lorsque le Parlement de Westminster aura abdiqué tout pouvoir sur le Canada. Il convient enfin de souligner que l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982, a pu représenter un « fait

¹⁵⁸ G. BEAUDOIN, *La Constitution du Canada. Institutions ; Partage des pouvoirs ; Droits et libertés* ; éd. Wilson & LaFleur, 1990, p. 6 et s.

¹⁵⁹ *Ibidem.* p. 162 et s.

¹⁶⁰ *Ibidem.* p. 5 et s.

¹⁶¹ K. C WHEARE, *Federal Government*, 4^e éd., New York, Oxford University Press, 1963, p. 10 et s.

accélérateur » du pouvoir d'intervention judiciaire et par voie de conséquence du contrôle *a posteriori* compte tenu surtout de l'ajout de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la Constitution. Dès lors, comme le fait remarquer le juge Lamer dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act de la C.-B.*¹⁶² : « Les éléments vraiment nouveaux de la *Loi constitutionnelle de 1982* tiennent à ce qu'elle a sanctionné le processus de décision constitutionnelle et en a étendu la portée de manière à englober un plus grand nombre de valeurs. Le contenu de la loi a toujours été examiné dans les décisions constitutionnelles. On doit maintenant prêter la même attention au contenu en ce qui concerne les nouvelles questions constitutionnelles. En réalité, les valeurs sur lesquelles peuvent porter les décisions constitutionnelles ont trait maintenant aux droits des particuliers tout autant qu'au partage des pouvoirs entre gouvernements. En bref, c'est la portée des décisions constitutionnelles qui a été modifiée plutôt que leur nature, du moins pour ce qui est du droit d'examiner le contenu de la loi. ». En définitive, si le contrôle concret et diffus de constitutionnalité *a posteriori* au Canada représente un legs issu de la tradition anglaise, la conception « abstraite » du contrôle *a posteriori* résulte davantage d'un choix délibéré du Constituant français.

- 2) La compétence exclusive du Conseil constitutionnel en matière de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*

33. La contestation constitutionnelle : la compétence exclusive du Conseil constitutionnel en France. Le modèle canadien de justice constitutionnelle implique que l'ensemble des juridictions sont habilitées à exercer le contrôle de constitutionnalité des lois : il s'agit d'un contrôle diffus¹⁶³. À l'inverse, dans le modèle européen, la mission de garantir le respect par les lois de la Constitution se trouve exclusivement entre les mains des cours constitutionnelles : c'est un contrôle concentré¹⁶⁴. Pourtant, ce n'est pas faute d'avoir proposé d'ouvrir la saisine aux

¹⁶² *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 RCS 486, §. 13.

¹⁶³ P. TAILLON, F. HENAULT, « Des faits décisifs ! Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité au Québec et au Canada », *Pluralisme des garanties et des juges et droits fondamentaux. Les droits culturels, op.cit.*, p. 25.

¹⁶⁴ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, pp. 197-257.

cours suprêmes de l'ordre judiciaire et administratif, voire à tous les tribunaux¹⁶⁵. En définitive, le Constituant français a entendu adhérer à un type concentré de contrôle de constitutionnalité des lois. Il s'ensuit qu'il revient exclusivement au Conseil constitutionnel d'assurer la sanction des méconnaissances de la Constitution par les organes de l'État, au premier rang desquels figure le législateur. Par conséquent, du fait du type concentré du contrôle *a posteriori*, lorsqu'un problème relatif à la constitutionnalité d'une loi se pose devant le juge ordinaire, ou bien devant la Cour de cassation, ces derniers ne peuvent le résoudre eux-mêmes par le biais d'une exception d'inconstitutionnalité. Il s'agit-là d'une spécificité procédurale qui accuse une nouvelle fois la différence des systèmes de contrôle *a posteriori* entre la France et le Canada. L'étude comparative révèle, en outre, l'existence de deux types de recours en inconstitutionnalité propres à chaque pays.

B) L'adhésion à un type de recours en inconstitutionnalité

34. De l'exclusion à la justification de certains recours en inconstitutionnalité en France et au Canada. Outre-Atlantique, plusieurs recours en inconstitutionnalité existent. Toutefois, il convient d'en écarter certains du champ d'étude dans la mesure où ils demeurent trop éloignés de la question prioritaire de constitutionnalité (1). En définitive, le caractère incident justifie la comparaison entre la question prioritaire de constitutionnalité et l'exception d'inconstitutionnalité canadienne (2). Cependant, force est de constater que le caractère multiforme du contentieux constitutionnel canadien autorise l'invocation de plusieurs moyens d'inconstitutionnalité au sein même de l'exception d'inconstitutionnalité canadienne.

¹⁶⁵ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 246.

1) La justification de l'exclusion de certains recours en inconstitutionnalité au Canada au regard de la question prioritaire de constitutionnalité

35. La différence procédurale entre l'exception d'inconstitutionnalité et la question de constitutionnalité. Le contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* en France et au Canada s'effectue par l'intermédiaire de deux types de recours en inconstitutionnalité spécifiques. Au Canada, le moyen d'inconstitutionnalité peut être assimilé à un mécanisme « d'exception d'inconstitutionnalité »¹⁶⁶ en ce que tout juge dans le cadre du procès pénal peut trancher la contestation constitutionnelle. En revanche, le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité se rapproche davantage du mécanisme de la « question préjudicielle »¹⁶⁷ puisque le juge pénal saisi du moyen d'inconstitutionnalité est obligé de transmettre la question de constitutionnalité au juge constitutionnel dès lors que les conditions sont remplies. Il ne peut pas lui-même trancher. Il peut et doit appliquer les décisions et interprétations du Conseil constitutionnel, mais n'a aucun pouvoir de décision en matière constitutionnelle. Cette divergence renvoie à la distinction qui existe, en droit procédural, entre la « technique de la question » et la « technique de l'exception »¹⁶⁸. La première technique à laquelle peut être rattachée la question prioritaire de constitutionnalité correspond à l'hypothèse où la contestation constitutionnelle ne peut pas être résolue par le juge qui en est saisi et se trouve contraint de renvoyer la question constitutionnelle au juge compétent, en l'occurrence le Conseil constitutionnel. Dans cette hypothèse, le juge de l'action

¹⁶⁶ G. BEAUDOIN, *La Constitution du Canada. Institutions. Partage des pouvoirs. Droits et libertés*, op. cit., p. 167 et s. ; T.-S. RENOUX, *La question prioritaire de constitutionnalité. Principes généraux, pratique et droit du contentieux*, (sous la dir. X. MAGNON), 2^e éd., 2013, LexisNexis, pp. 10-11.

¹⁶⁷ X. PHILIPPE, « Brèves réflexions sur la question prioritaire de constitutionnalité dans une perspective comparatiste – Le juge a quo : Juge du filtre ou « Juge constitutionnel négatif » ? », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, op. cit., p. 106 ; P. BON, « Les conditions de recevabilité de la question préjudicielle de constitutionnalité en droit comparé » in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, op. cit., p. 33 et s. ; B. DE LAMY, « Proposition de réforme : vers une question préjudicielle d'inconstitutionnalité ? », *RSC*, 2008, p. 130 ; D. ROUSSEAU, La question préjudicielle de constitutionnalité : un big bang juridictionnel, *RDJ*, 2009, p. 631 ; X. MAGNON, La question prioritaire de constitutionnalité est-elle une « question préjudicielle »?, *AJDA*, 2015, p. 254 ; E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1, 2^e éd., Berger-Levrault et Cie, 1896, p. 492 et s. ; G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, thèse, Lyon III, 2013, dactyl., 527 p. ; S. FATAL, *Recherche sur la catégorie juridique des questions préjudicielles*, thèse, Montpellier, 2014, dactyl., 494 p.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

n'est donc pas le juge de l'exception. En revanche, lorsque la technique de l'exception est mise en œuvre afin de résoudre la contestation constitutionnelle, le juge de l'action devient juge de l'exception dans la mesure où celui-ci détient les compétences pour résoudre la contestation constitutionnelle sans qu'il soit nécessaire de renvoyer ladite contestation à un autre juge. Cette hypothèse est donc celle qui se présente au Canada et qui retiendra notre attention. En sus, outre-Atlantique, le contentieux constitutionnel est multiforme.

36. La présentation des différents recours en inconstitutionnalité au Canada. Au

Canada, la mise en cause de la constitutionnalité d'une loi pénale peut s'effectuer à travers trois principaux moyens¹⁶⁹ d'inconstitutionnalité. Il s'agit de l'action déclaratoire en inconstitutionnalité, la demande d'opinion consultative et l'exception d'inconstitutionnalité telle que nous l'avons définie précédemment. Seule l'exception d'inconstitutionnalité nourrira l'étude comparative. En effet, tant l'étude de l'action déclaratoire en inconstitutionnalité que celle de la demande d'opinion consultative sont trop éloignées de l'analyse de la question prioritaire de constitutionnalité française. L'action déclaratoire en inconstitutionnalité est ouverte à tout citoyen qui souhaite contester directement (et non seulement en défense) l'inconstitutionnalité d'une loi. Le *locus standis* pour l'action déclaratoire en inconstitutionnalité a été établi dans l'affaire *Borowski*¹⁷⁰. En l'espèce, le juge Martland, au nom de la majorité de la Cour suprême, a ainsi précisé « (...) il suffit qu'une personne démontre qu'elle est directement touchée et qu'elle a, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi, et qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la Cour ». Cependant, la Cour suprême du Canada, fidèle à ses méthodes concrètes d'examen de la constitutionnalité des lois, refusera de se prononcer sur des questions hypothétiques ou théoriques. Par conséquent, l'action déclaratoire en inconstitutionnalité ne sera accueillie par les juges suprêmes qu'à la condition qu'une assise factuelle ait été mobilisée par le demandeur. En effet, la préoccupation de la Cour suprême du Canada à l'endroit des considérations factuelles demeure constante et cela même

¹⁶⁹ G. BEAUDOIN, *La Constitution du Canada. Institutions. Partage des pouvoirs. Droits et libertés*, op. cit., p. 167 et s.

¹⁷⁰ *Ministre de la Justice c. Borowski*, [1981], 2 RCS 575, p. 598 ; case comm., T. CAMPBELL, « *Borowski v. Canada (Attorney General)* », (1984-85) 49 Sask. L. Rev. 359-367.

lorsqu'il s'agit d'un contrôle qui se veut exceptionnellement plus abstrait. En France, aucun moyen semblable n'a été prévu par le Constituant. C'est la raison pour laquelle il convient d'évincer de l'étude comparative ce moyen en inconstitutionnalité. Le deuxième recours en inconstitutionnalité correspond au renvoi ou à la demande d'opinion consultative. Lorsqu'ils le juge à-propos, un gouvernement provincial ou le gouvernement fédéral peut adresser une demande d'avis respectivement à la Cour d'appel de la province ou à la Cour suprême du Canada sur une question constitutionnelle¹⁷¹. Dans ce dernier cas, la *Loi sur la Cour suprême du Canada* prévoit, notamment en son article 55, que le gouverneur fédéral en conseil peut soumettre à la Cour suprême une question importante de droit ou de fait qui intéresse la Constitution, pour audition et examen. L'avantage de cette procédure de l'avis consultatif réside principalement dans le fait qu'elle permet aux gouvernements, tant provinciaux que fédéral, de connaître rapidement la constitutionnalité d'une loi ou d'un projet de loi. Cette procédure qui demeure trop éloignée de la question prioritaire de constitutionnalité et qui s'apparente dans une certaine mesure au contrôle *a priori*, sera volontairement exclue de l'étude comparative. En définitive, il s'agira de mener l'étude comparative uniquement au regard de l'exception d'inconstitutionnalité.

2) La justification de la comparaison de la question prioritaire de constitutionnalité au regard de l'exception d'inconstitutionnalité

37. Le choix de la comparaison de la QPC au regard de l'exception d'inconstitutionnalité Si la question prioritaire de constitutionnalité se rapproche davantage de la technique de la question comme on a pu le souligner précédemment, l'exception d'inconstitutionnalité canadienne et la question prioritaire de constitutionnalité se rejoignent dans la mesure où la mise en cause de la loi s'effectue communément à l'occasion d'un procès. En effet, l'exception d'inconstitutionnalité canadienne permet à tout accusé, partie à un procès pénal, de soulever en défense l'inconstitutionnalité d'une disposition susceptible de lui être appliquée. Tout accusé peut donc contester une accusation pénale en faisant valoir que la loi en vertu de

¹⁷¹ L'avis consultatif d'une Cour d'appel provincial peut être porté en appel devant la Cour suprême du Canada.

laquelle celle-ci est portée est inconstitutionnelle car incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés*. C'est notamment dans l'affaire *Big M Drug Mart Ltd*¹⁷² que le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, est venu consacrer le principe selon lequel « (...) tout accusé, que ce soit une personne morale ou une personne physique, peut contester une accusation criminelle en faisant valoir que la loi en vertu de laquelle l'accusation est portée est inconstitutionnelle ». Nul justiciable ne peut donc être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle. Cette règle qui découle indubitablement du principe fondamental du droit constitutionnel canadien énoncé à l'article 52 de la Constitution de 1982, à savoir la suprématie de la Constitution, a été clairement réaffirmée dans l'affaire *Wholesale Travel Group Inc*¹⁷³. D'emblée, il convient de préciser que cette règle ne s'applique pas uniquement aux cas où l'accusé invoque l'invalidité du texte d'incrimination. En ce sens, pour sa défense, tout accusé peut contester la constitutionnalité du texte créateur de l'infraction mais aussi tout texte législatif qui prévoient des règles de procédure inconstitutionnelles¹⁷⁴ ou, à l'issue des procédures, le texte qui prévoit l'imposition d'une peine inconstitutionnelle¹⁷⁵. De même, comme précédemment mentionné, tout accusé peut contester la constitutionnalité de l'action d'un agent de l'État¹⁷⁶.

38. Le recours canadien en inconstitutionnalité contre le texte d'incrimination.

Dans la première hypothèse, c'est la constitutionnalité de la loi pénale « *stricto sensu* » qui est attaquée. En ce sens, lorsque la violation des droits d'un accusé résulte du fait du législateur lui-même, l'accusé peut présenter une requête pour contester l'accusation au motif que le texte reprochant l'incrimination est inopérant en vertu de l'article 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁷⁷. L'État, dans son action législative, est donc lié par le principe de la suprématie de la *Charte*

¹⁷² *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 RCS 295, comm., J. CAMERON, « Enforcing the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*]: four remedial vignettes », 1988, 1988), *Advocates'Q*, vol. 9, n° 3, pp. 257-276.

¹⁷³ *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 RCS 154 ; case comm., P. HEALY, « Criminal law - Strict and absolute liability offences - The role of negligence - Presumption of innocence and reverse onus - *Charter of Rights and Freedoms* », (1990) 69 *Can. Bar Rev.*, pp. 761-775.

¹⁷⁴ Par exemple, une perquisition sans mandat, v. en ce sens : *Regina v. Rao* (1984), 12 CCC 97(3d), (C.A.Ont.) ; ou une détention pendant procès sans cause juste et suffisante, v. en ce sens : *R. c. Pearson*, (1990) 33 QAC 312 ou encore une règle qui priverait l'accusé de son droit à un procès devant un jury : *R. c. Lee*, [1989] 2 RCS 1384.

¹⁷⁵ Par exemple, une peine cruelle ou inusitée au sens de l'article 12 de la *Charte*, v. en ce sens *R. c. Smith, op. cit.*

¹⁷⁶ P. BELIVEAU, M. VAUCLAIR, « *Traité général de preuve et de procédure pénales* », *op. cit.*, p. 37 et s.

¹⁷⁷ F. CHEVRETTE, A. MOREL, « La protection constitutionnelle contre les abus de la police », 23 *RJT*, 1989, p. 452 et s.

canadienne des droits et libertés tel qu'énoncé à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, chaque tribunal pénal est autorisé à prononcer l'annulation d'une loi qui est incompatible avec quelque disposition constitutionnelle que ce soit, même celles visant le partage des compétences¹⁷⁸. Il convient d'emblée de préciser que ce dernier cas de figure ne fera pas l'objet de l'étude comparative. En effet, approfondir le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* au regard des normes constitutionnelles relatives au partage de compétences irait au-delà de la circonscription du champ de la recherche entreprise. Cette problématique n'ayant pas vocation à se poser au sein l'ordre politique français centralisé, la question sera volontairement écartée du champ d'étude.

39. Le recours canadien en inconstitutionnalité contre l'action d'un préposé de l'État. Il s'agit-là de la seconde hypothèse évoquée précédemment, un accusé peut voir ses droits garantis par la *Charte* violés du fait d'une action d'un préposé de l'État. Dans ce cas-là, c'est le comportement de l'agent de l'État lui-même qui constitue une violation de la Constitution. En cette hypothèse, l'alinéa 2 de l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit un recours pour mettre à l'écart les éléments de preuve qui ont été obtenus en contravention de la *Charte*. En effet, ledit alinéa énonce que : « Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ». L'alinéa 2 de l'article 24 de la *Charte*, qui retrace la dimension concrète du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* canadien, ne trouve pas son équivalent en France. En effet, la Constitution française n'a pas conféré aux justiciables français une telle faculté qui leur permettrait de contester la constitutionnalité d'une action d'un agent de l'État. En définitive, l'article 24 (2) de la *Charte* crée donc un recours nouveau et distinct du recours général prévu à l'article 52(1) qui permet de faire contrôler la

¹⁷⁸ *R. c. Big M Drug Mart Ltd*, [1985], 1 *RCS* 295, pp. 312-316., comm. J. CAMERON, « Enforcing the *Charter* [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*]: four remedial vignettes. », (1988), *Advocates'Q*, vol. 9, n° 3, pp. 257-276.

constitutionnalité des lois et d'obtenir éventuellement une déclaration judiciaire d'incompatibilité entre une règle de droit et une disposition donnée de la *Charte*¹⁷⁹.

40. Le caractère incident de la question prioritaire de constitutionnalité et de l'exception d'inconstitutionnalité : un critère de convergence. Tout compte fait, le caractère incident de l'exception d'inconstitutionnalité canadienne « à effets multiples » permet de la rapprocher de la question prioritaire de constitutionnalité¹⁸⁰. Le caractère incident se retrouve également dans ce dernier moyen procédural. En effet, en exigeant que la question prioritaire de constitutionnalité soit soulevée « à l'occasion d'une instance »¹⁸¹ et en précisant que cette question constitue un moyen¹⁸², qui vient donc nécessairement au soutien d'une prétention, le Constituant et le législateur organique réservent aux seules parties à une instance le droit de poser une telle question et interdisent qu'une instance ait pour seul objet de poser une question prioritaire de constitutionnalité. Cependant, si *seules les parties à l'instance* peuvent soulever un tel moyen, *toute partie* peut le faire, dès lors que la question prioritaire de constitutionnalité vient au soutien de ses prétentions¹⁸³. En définitive, cette convergence procédurale autorise et, par là même, justifie de mener une comparaison au regard de l'exception d'inconstitutionnalité canadienne. Pour autant, à travers certaines spécificités procédurales, la question prioritaire de constitutionnalité s'éloigne de l'exception d'inconstitutionnalité canadienne. L'étude comparative des finalités poursuivies par l'objet des contrôles de constitutionnalité *a posteriori* en France et au Canada témoigne dans une certaine mesure, de cette divergence.

¹⁷⁹ A. A. MCLELLAN, B.P. ELMAN, « The enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms : An analysis of Section 24 », (1983), 21 *Alta. L. Review* 205, pp. 212-216 ; J.-C. LEVY, « The invocation of Remedies under the Charter of rights and freedoms : Some procedural Considerations », (1983), 13 *Man. L.J.*, 523, pp. 524-529.

¹⁸⁰ *Supra.* n° 37.

¹⁸¹ Art. 61-1 Const. 4 oct. 1958, LO. n° 2009-1523, 10 déc. 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

¹⁸² Art. 23-1, ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹⁸³ *Infra* n° 114 ; T.-S. RENOUX, *La question prioritaire de constitutionnalité. Principes généraux, pratique et droit du contentieux*, *op. cit.*, p. 11.

Section II. La protection des droits des justiciables pénaux à l'épreuve des finalités de la norme « objet » du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*

41. Le lien entre les finalités des contrôles *a posteriori* canadien et français et l'objet des contrôles de constitutionnalité *a posteriori*. Partant de la dichotomie opérée par la doctrine¹⁸⁴, la qualification d'un contrôle *a posteriori* « concret » ou « abstrait », fait naître un contentieux « subjectif » ou « objectif ». Dans cette perspective, les contentieux « subjectif » ou « objectif », ne concourent pas aux mêmes finalités (§1). Suivant cette division, il ressort que l'appréciation des contestations constitutionnelles entreprise par les juges constitutionnels en France et au Canada, divergent (§2).

§1 : Les finalités divergentes des moyens d'inconstitutionnalité

42. La détermination du cadre du procès pénal au sein duquel naît la contestation constitutionnelle. La détermination du cadre du procès pénal au sein duquel naît la contestation constitutionnelle sera plus ou moins fonction de la qualification du contrôle *a posteriori*. En premier lieu, selon que le contrôle *a posteriori* est dit « concret » ou « abstrait », le moyen d'inconstitutionnalité donnera naissance à deux contentieux constitutionnels divergents au sein des procès pénaux (A). Plus exactement, l'étude comparative démontre sur ce point qu'il découle de la conception abstraite ou concrète des contrôles *a posteriori*, deux types de contentieux, soit « subjectif » ou « objectif ». Les finalités poursuivies par les moyens d'inconstitutionnalité demeurent dès lors différentes. Par ailleurs, « l'adhésion » - plus ou moins volontaire - à une conception abstraite ou concrète du contrôle *a posteriori* entraîne une seconde conséquence qui a trait à l'autorité des décisions constitutionnelles (B). En ce sens, les jugements d'inconstitutionnalité représentent, selon le système de contrôle *a posteriori* pris en référence, une censure

¹⁸⁴ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 41 et s. ; C. GREWE, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français », *Pouvoirs*, n° 137, avril 2011, p. 143 ; M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, op. cit., p. 41 et s.

de la loi principalement générale ou une censure de la loi principalement « contextualisée ». Par conséquent, le jugement d'inconstitutionnalité ne bénéficiera pas aux mêmes destinataires en France et au Canada.

A) La divergence des contentieux constitutionnels français et canadien au sein des procès pénaux

43. Les contentieux constitutionnels français et canadien façonnés par la conception des contrôles de constitutionnalité *a posteriori*. En France, la conception abstraite du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* fait, à son tour, naître un contentieux de nature « subjective ». C'est qu'en effet, la prévalence de la protection du droit objectif sur la préservation des droits subjectifs en France demeure la finalité première de la question prioritaire de constitutionnalité (1). En revanche, au Canada, la logique semble être inversée. Lors de la vérification de la constitutionnalité des lois *a posteriori*, les juges canadiens font prévaloir la protection des droits subjectifs sur le droit objectif (2).

1) La prévalence de la protection du droit objectif sur la préservation des droits subjectifs en France

44. Le lien entre les contrôles « concret ou abstrait » et les contentieux « subjectif ou objectif ». La qualification de « contentieux subjectif » ou de « contentieux objectif » est étroitement liée au caractère « concret » ou « abstrait » du contrôle *a posteriori*. Cela étant, l'assimilation du contentieux « objectif ou subjectif » au contrôle « abstrait ou concret » dépend de la distinction entre « droits subjectifs » et « droit objectif ». Afin d'appréhender les différents contextes procéduraux au sein desquels sont soulevés les différents moyens d'inconstitutionnalité, il est nécessaire de définir les termes employés. La doctrine s'accorde quant à l'assimilation du contrôle « concret ou abstrait » avec le contentieux « subjectif ou objectif » qui en découle. Dans cette perspective, le contentieux objectif peut être appréhendé comme « un moyen de redressement du droit objectif, et ceci par le biais d'un "procès fait à

un acte" dans l'intérêt premier de l'ordonnement juridique [...]. C'est donc l'intérêt général qui est au cœur du contentieux objectif, ce qui [explique] le rôle secondaire des parties dans ce type de contentieux». « Au contraire, le contentieux subjectif est destiné à préserver un intérêt individuel, à réparer la violation d'un droit subjectif. Il s'agit d'un procès entre des parties »¹⁸⁵. Cette distinction étant elle-même tributaire de la dichotomie opérée entre « droits subjectifs » et « droit objectif », il est nécessaire d'appréhender ces notions.

45. La définition des « droits subjectifs » et du « droit objectif ». Si la distinction entre « droits subjectifs » et « droit objectif » est généralement connue¹⁸⁶, il est nécessaire d'en rappeler les éléments constitutifs afin de saisir la portée de la coïncidence entre les distinctions contrôle concret/abstrait et contentieux subjectif/objectif. Dans cette perspective, le droit objectif détermine "la règle juridique" proprement dite [...]. La norme juridique, entendue comme la signification d'une règle, n'est pas le droit que détient tel sujet, mais bien ce qui constitue ce droit ». Autrement dit, « la norme, règle objective, établit la situation juridique subjective de celui qui peut revendiquer un droit ou une prérogative »¹⁸⁷. À la lecture de cette première définition, il peut être constaté la corrélation du droit objectif avec « la situation juridique subjective » et par conséquent avec le droit subjectif proprement dit. En effet, par opposition, les droits subjectifs peuvent se définir comme « l'ensemble des prérogatives dont dispose un individu : des attitudes lui sont permises, des pouvoirs lui sont laissés, qu'il peut justement faire valoir, tant à l'encontre de ses semblables qu'à l'égard de l'État »¹⁸⁸. Les droits subjectifs appartiennent à un sujet de droit que seul le droit objectif permet de faire prévaloir. La transcendance du droit objectif sur les droits subjectifs peut être mise en lumière par l'approche étymologique des termes. En effet, le terme « objectif » qui est dérivé du latin scolastique « *objectivus* », est formé du préfixe *ob* (devant) et du radical *jectum* (jeter). Par conséquent, le terme « *objectivus* » se traduit littéralement comme ce qui est placé devant et « ce qui existe en soi »¹⁸⁹. D'où l'idée de transcendance

¹⁸⁵ Th. DI MANNO, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, op. cit., p. 41 et s.

¹⁸⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., 1962, trad. C. EISENMANN, Paris, Dalloz, pp. 170-171 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tome I, vol. 3, 3^e éd., 1927, éd. De Boccard, Paris, p. 64 ; J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 1971, p. 59 et s.

¹⁸⁷ D. DE BECHILLON, op. cit., p. 220 et s.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., 2016, PUF, p. 613 et s.

du droit objectif sur les droits subjectifs, le premier existant indépendamment du second. En revanche, ce qui est *subjectif* est ce qui est placé dessous. Le terme *subjectif* est dérivé du latin *subjectus* qui signifie « placé sous », « qui se rapporte au sujet »¹⁹⁰. D'où l'idée d'une subordination des droits subjectifs au droit objectif. Le lien d'interdépendance du droit objectif avec les droits subjectifs et inversement la subordination des droits subjectifs au droit objectif sont essentiels pour appréhender la divergence entre les contentieux objectif ou subjectif qui découlent respectivement d'un contrôle abstrait ou concret *a posteriori*. Partant, dans le cadre d'un contrôle concret *a posteriori* dont découle un contentieux subjectif, la garantie des droits et libertés fondamentaux ne peut être que réelle dans la mesure où le justiciable est pris en compte dans sa singularité. En revanche, dans le cadre d'un contrôle abstrait *a posteriori* dont découle un contentieux objectif, la protection des situations particulières des parties en cause au litige ne se réalise que par « ricochet », soit, par le biais de la préservation première du « droit objectif ». La corrélation entre le contrôle concret/abstrait et le contentieux subjectif/objectif ayant été précisée, il convient de situer le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* canadien et français au sein de ce clivage du contentieux constitutionnel.

46. La préservation première de la perfection juridique de la loi en France. Même si la question prioritaire de constitutionnalité a été présentée comme un nouveau droit au profit du citoyen, la perfection juridique de la loi continue à imprégner le contrôle *a posteriori* en France. En ce sens le contrôle de validité de la loi semble être la finalité première poursuivie par la question prioritaire de constitutionnalité. Dans le cadre de ce contrôle de validité de la loi, il appert que les effets du contrôle doivent prioritairement inférer sur le droit objectif pour préserver au mieux les droits subjectifs. Cette constance de l'objectif de purification de l'ordonnancement juridique a été relevée par plusieurs auteurs. À titre d'exemple, le professeur Anne-Vidal-Naquet relève, si ce n'est dénonce, « l'unicité et la continuité du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* »¹⁹¹ au regard du contrôle *a priori* qui prévalait jusqu'à l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité. L'auteur met ainsi en évidence qu'une « logique propre » à la question prioritaire de

¹⁹⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 875 et s.

¹⁹¹ A. VIDAL-NAQUET, « Quelles techniques juridictionnelles pour la QPC ? », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche du droit comparé*, (sous la dir. de L.GAY), op. cit., p. 190 et s.

constitutionnalité n'a pas été suivie d'effet dans la pratique contentieuse. Pourtant, une logique spécifique au contrôle *a posteriori* a bien été envisagée par les fondateurs de ce nouveau moyen d'inconstitutionnalité.

47. Les objectifs de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008. Le triple¹⁹² objectif qui sous-tend la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 instituant la question prioritaire de constitutionnalité en témoigne dans une certaine mesure. Les concepteurs du contrôle *a posteriori* ont en effet précisé que l'instauration de cette dernière devrait octroyer un droit nouveau au justiciable en lui permettant de faire valoir les droits qu'il tire de la Constitution. En effet, jusqu'à l'entrée en vigueur de ce nouveau moyen d'inconstitutionnalité, les justiciables français, n'avaient pas la possibilité de faire valoir leurs droits et libertés consacrés par la Constitution devant les juridictions judiciaires ou administratives. La Constitution restait en quelque sorte, extérieure aux débats devant les juridictions. Dans cette perspective, la question prioritaire de constitutionnalité représente un véritable progrès en matière d'État de droit et de défense des libertés individuelles. Par ailleurs, et de manière générale, la singularité de la question prioritaire de constitutionnalité invite à reconsidérer la portée des décisions du Conseil constitutionnel. En effet, le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* n'est pas de même nature que celui *a priori* dans la mesure où il porte sur une disposition législative déjà en vigueur. Toutefois, ces nouveaux paramètres de contrôle par le Conseil constitutionnel n'ont pas modifié sa vision du contrôle de constitutionnalité. En ce sens, le professeur Jean-Jacques Pardini souligne le fait que « sauf rares exceptions, le Conseil constitutionnel n'a pas modifié les cadres classiques du raisonnement qui est le sien dans le contrôle *a priori* »¹⁹³. Sur ce point, il est peut être regrettable que le Conseil constitutionnel n'ait pas poussé jusqu'à son terme la logique qui sous-tendait la question prioritaire de constitutionnalité et que celle-ci ne permette *in fine*, qu'un déplacement dans le temps du contrôle de constitutionnalité *a priori*. La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 visait encore deux autres finalités qui peuvent être analysées conjointement tant elles sont au cœur même de la « revalorisation de la

¹⁹² C. COURTIN, « L'importance de la QPC en matière pénale », in *La QPC et la matière pénale*, Procédure(s), Bruylant, 2013, p. 7.

¹⁹³ J.-J. PARDINI, « La prise en compte des faits de l'espèce dans le jugement de la constitutionnalité des lois », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche du droit comparé*, (sous la dir. de L. GAY), *op. cit.*, p. 236.

Constitution »¹⁹⁴ ou de « l'affaiblissement de la loi »¹⁹⁵ selon le point de vue adopté. Il s'agissait d'abord d'assurer « la prééminence de la Constitution dans l'ordre interne »¹⁹⁶. Ce deuxième objectif visait à remédier à une anomalie constitutionnelle. En effet, un sentiment d'abandon de la Constitution s'était fait ressentir dans l'ordre juridique interne. Ce ressenti provenait tant de l'absence du contrôle de constitutionnalité des lois par les juges judiciaires que du refus traditionnel du Conseil constitutionnel d'effectuer un contrôle de conventionalité des lois. Par conséquent, les traités semblaient être mieux protégés que les lois internes. Le troisième objectif affiché par le législateur constitutionnel était celui de « purger l'ordre interne des dispositions inconstitutionnelles »¹⁹⁷. Dans cette perspective, le Comité Balladur avertissait que « (...) les lois antérieures à 1958 et certains des textes adoptés depuis lors qui, pour des raisons diverses, accidentelles ou parfois plus politiques, n'ont pas fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel sont valides, sans qu'il soit loisible aux juges judiciaires ou administratifs qui ont à en faire application de les déclarer contraires à la Constitution. Sans doute cette anomalie ne vaut-elle que pour un nombre relativement limité de textes de forme législative. Il n'en reste pas moins qu'elle introduit dans notre système juridique un élément de trouble, et qu'elle peut priver les citoyens de la faculté de faire valoir la plénitude de leurs droits »¹⁹⁸. En l'occurrence, concernant la matière pénale, il est nécessaire de rappeler que le code pénal de 1994 n'a pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori*. Ainsi, les lois du 22 juillet 1992 portant création de la partie législative du code pénal¹⁹⁹ comme, plus récemment, par exemple, la loi du 8 février 2010 tendant à introduire l'inceste sur les mineurs dans le code pénal²⁰⁰ n'avaient pas été contrôlées *a priori* par le Conseil constitutionnel²⁰¹. De ce fait, des

¹⁹⁴ B. MATHIEU, *La loi*, 3^e éd., coll. Connaissance du droit, 3^e éd., 2010, p. 34 et s.

¹⁹⁵ R. CARRE DE MALBERG., *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de loi dans la Constitution de 1875*, 1931, éd. Economica, coll. Classiques, p. 221 et s.

¹⁹⁶ G. MARC, « La question prioritaire de constitutionnalité », in *Justice et cassation, revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation* », Dalloz, 2010, p. 1.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ *Une Ve République plus démocratique*, rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, nommé par le Président de la République en vue de procéder à une révision constitutionnelle, « *La Documentation française* », 2007, p. 87 et s.

¹⁹⁹ L. n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, *JORF* n° 169, 23 juill. 1992 p. 9875.

²⁰⁰ L. n° 2010-121, 8 févr. 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, *JORF* n° 0033, 9 févr. 2010, p. 2265, texte n° 1.

²⁰¹ S. CIMAMONTI, *Droit pénal général et question prioritaire de constitutionnalité*, *op. cit.*, p. 5.

lois pénales potentiellement inconstitutionnelles continuaient à régir des situations subjectives sans que les justiciables puissent en contester la constitutionnalité. A cet égard, l'apport de la question prioritaire de constitutionnalité à la garantie des droits et libertés ne peut être que salué. En somme, les objectifs du législateur constitutionnel ayant conduit à l'adoption de la réforme du 23 juillet 2008, témoignent de la logique particulière qui sous-tend le moyen d'inconstitutionnalité étudié. Si celui-ci permet de remédier aux lacunes du contrôle de constitutionnalité traditionnel en offrant aux justiciables la possibilité de corriger des inconstitutionnalités jusque-là « immunisées », la question prioritaire de constitutionnalité recentre également le citoyen au cœur du débat constitutionnel. La mutation de cette architecture juridictionnelle devrait nécessairement faire évoluer la nature du contrôle constitutionnel *a posteriori* exercé par le Conseil constitutionnel. Sur ce point, et dans une certaine mesure, il semblerait que le Conseil constitutionnel résiste au changement et témoigne de la volonté d'objectiver la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité²⁰². Pourtant, un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* commande une approche différente de celle induite par un contrôle *a priori* ne serait-ce parce qu'il porte sur une disposition législative qui est déjà applicable aux justiciables. Par comparaison, l'étude du contrôle *a posteriori* exercé par les juges canadiens témoigne d'une autre logique. Pour un même contrôle de constitutionnalité *a posteriori* exercé, deux finalités distinctes apparaissent.

²⁰² *Infra.* n° 133, n° 134, n° 135, n° 136 et n° 137.

2) La prévalence de la protection des droits subjectifs sur le droit objectif au Canada

48. La préservation première des situations subjectives des justiciables au Canada.

Au Canada, la préservation des intérêts subjectifs semble être la finalité première poursuivie par les juges lors du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Sans pour autant analyser encore le processus de décisions des juges dans le cadre du contrôle *a posteriori*²⁰³, il semblerait en effet que le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* pourvoie, en premier lieu, à la protection des droits et libertés des justiciables. Les justiciables canadiens représentent le point névralgique autour duquel gravite le contrôle *a posteriori*. En atteste l'affaire *Borowski*²⁰⁴ lorsque que le juge en chef Dickson met en garde qu'*en principe*, les juges canadiens ne doivent pas se prononcer sur des questions constitutionnelles abstraites. Le magistrat fait référence à la doctrine relative au caractère théorique qui autorise les juges canadiens à rejeter une action en contestation constitutionnelle s'il est avéré que la résolution de la question constitutionnelle n'a aucun effet sur les droits des parties. La référence à cette décision, même si elle concerne un mode de contestation constitutionnelle que nous avons choisi de ne pas étudier, est intéressante dans la mesure où elle illustre la philosophie générale du contrôle de constitutionnalité des lois exercé au Canada. En atteste la référence fréquente à cette décision dans d'autres affaires²⁰⁵ qui traitent du concept de la « retenue judiciaire ». Ce concept repose sur l'idée suivant laquelle, dans les affaires constitutionnelles, les juges canadiens ne doivent se prononcer sur des questions constitutionnelles que si les effets produits par l'application de la règle de droit aux justiciables ont été prévus. Cette première dimension du concept de la « retenue judiciaire » souligne à quel point le cadre d'intervention originel des juges canadiens au sein d'un contentieux constitutionnel favorise une considération des conséquences d'un jugement de constitutionnalité sur les droits des parties. En effet, résoudre un problème de constitutionnalité dans l'abstrait serait « irréalisable, mais encore créerait sans aucun doute des embarras et peut-être une injustice dans les

²⁰³ *Infra* n° 135.

²⁰⁴ *Borowski c. Canada* [1989] 1 RCS 353, §. 15 ; case comm., T. CAMPBELL, « *Borowski v. Canada (Attorney General)* », (1984-85) 49 *Sask. L. Rev.*, pp. 359-367.

²⁰⁵ *Lefebvre c. R.*, 2014 *QCCS* 6786 ; *R. c. Smith*, [2004] 1 RCS 385, 2004 *CSC* 14 ; *Phillips c. Nouvelle-Écosse* (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray), [1995] 2 RCS 97.

affaires à venir »²⁰⁶. La seconde acception du concept de « retenue judiciaire » oblige les tribunaux canadiens à se prononcer sur les questions constitutionnelles uniquement si le litige ne peut être réglé sur une autre base²⁰⁷. Autrement dit, les problèmes de constitutionnalité ne seront, *en principe*, résolus par les tribunaux canadiens que si l'issue du litige le commande. La préoccupation constante des juges canadiens à l'endroit des droits des parties peut encore être attestée par la doctrine relative au caractère théorique des questions constitutionnelles.

49. La doctrine relative au caractère théorique des questions constitutionnelles au Canada. L'importance de la prise en compte des répercussions des décisions des juges canadiens en matière constitutionnelle sur les droits des parties peut aussi être attestée par la doctrine relative au caractère théorique des questions constitutionnelles. Le raisonnement des juges lors de l'examen de la recevabilité de la contestation constitutionnelle comme au stade de sa résolution, semble imprégné de cette dogmatique. En invoquant cette doctrine²⁰⁸, les juges écartent toute contestation constitutionnelle qui n'aurait « aucun effet pratique »²⁰⁹ sur les droits des parties au procès. Lorsque les tribunaux canadiens résolvent des contestations constitutionnelles sur la base de « situations hypothétiques raisonnables »²¹⁰, comme nous le verrons plus loin, les juges canadiens vérifient, *encore*, si ces dernières reposent sur des bases factuelles suffisantes en dépit de leur caractère éventuel. Ainsi, une contestation constitutionnelle qui ne commanderait pas, à proprement parler, l'issue du procès, dans la mesure où elle serait basée sur des situations factuelles « préfabriquées », serait écartée par les juges canadiens en l'absence d'une base factuelle suffisante. Ce qui revient à dire qu'une assise factuelle suffisante, qu'elle soit réelle ou fondée sur des hypothèses raisonnables, conditionne tant la

²⁰⁶ *John Deere Plow Co. c. Wharton*, [1914] 603 (UK JCPC), [1915].

²⁰⁷ H. BRUN, G. TREMBLAY, E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 189.

²⁰⁸ *Borowski c. Canada* [1989] 1 RCS 353, §. 15 ; case comm., T. CAMPBELLE, « *Borowski v. Canada (Attorney General)* », pp. 359-367 : « La doctrine relative au caractère théorique est un des aspects du principe ou de la pratique générale voulant qu'un tribunal peut refuser de juger une affaire qui ne soulève qu'une question hypothétique ou abstraite. Le principe général s'applique quand la décision du tribunal n'aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties. Si la décision du tribunal ne doit avoir aucun effet pratique sur ces droits, le tribunal refuse de juger l'affaire. Cet élément essentiel doit être présent non seulement quand l'action ou les procédures sont engagées, mais aussi au moment où le tribunal doit rendre une décision ».

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ *R. c. Nur*, [2015] 1 RCS 773, §. 52.

recevabilité que la résolution de la contestation constitutionnelle par les juges canadiens. La préservation des intérêts des parties constitue, en ce sens, une condition essentielle si ce n'est une condition préalable au contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Le souci de la préservation des intérêts des parties peut encore être attesté à la lumière²¹¹ des critères constitutionnels concourant au processus de détermination de la constitutionnalité des lois en général.

50. La « procéduralisation du contrôle de constitutionnalité » canadien. Au regard de plusieurs décisions jurisprudentielles²¹² mais surtout au regard de la structure de la *Charte* elle-même, il est permis d'affirmer que la détermination de la constitutionnalité des lois s'obtient à travers une double analyse. La première étape s'effectue à l'aune de la garantie spécifique accordée par la *Charte*. Deux voies possibles de contestation constitutionnelle s'offrent aux justiciables. En effet, tant l'analyse de « l'objet » de la loi contestée que de ses « effets » peuvent être invoqués. Ce critère alternatif a notamment été mis en avant dans l'affaire *Lee*²¹³ où il a été précisé que « si une loi qui a un objet valable porte atteinte à des droits et libertés fondamentaux, il serait encore loisible à un plaideur de tirer argument de ses effets pour la déclarer inapplicable ». La référence aux effets de la loi litigieuse dans le cadre du processus de pondération du droit au Canada, marque une divergence avec le contrôle de constitutionnalité abstrait en France. En effet, l'analyse des conséquences des normes juridiques à la lumière de leur contexte d'application semble être envisagée dans une moindre mesure par le Conseil constitutionnel lors de son exercice du contrôle *a posteriori*. Par opposition, au Canada, l'approche « pragmatique » du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* semble privilégiée. La lecture de l'affaire récente *Nur*²¹⁴, portant en partie sur l'étude de situations hypothétiques raisonnables, atteste dans une certaine mesure la préoccupation encore actuelle des juges canadiens de mesurer les conséquences de leurs décisions constitutionnelles au regard des situations subjectives des parties inscrites au procès.

²¹¹ À ce stade de la réflexion, afin de ne pas empiéter sur une analyse ultérieure relative au processus de pondération du droit par les juges canadiens, v. *infra*. n° 177, n° 178, il ne sera question ici que d'une simple lecture des étapes du test d'*Okaes* concourant à la détermination de la constitutionnalité des lois en général.

²¹² *R. c. Big Drug Mart Ltd*, [1985] ; comm. J. CAMERON, « Enforcing the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*] : four remedial vignettes », (1988), *Advocates'Q*, vol. 9, n° 3, pp. 257-276 ; *R. c. Lee* [1989], 2. RCS 1384 ; *R. c. Sharpe* [2001] 1 RCS 45 ; case comm, R. MARTIN, « *R. v. Sharpe* », (Sept. 2001) 39 *Alta. L. Rev.*, pp. 585-596.

²¹³ *R. c. Lee* [1989], 2 RCS 1384.

²¹⁴ *R. v. Nur* [2015] SCC 2015, §. 15 ; case comm., T. QUIGLEY « *R. v. Nur* », (June 2015) 18 *CR* (7th) 232-234.

En ce sens, le juge énonce au paragraphe 63 : « [...] Non seulement il est possible d'examiner l'effet de la loi sur les personnes auxquelles il est raisonnablement prévisible qu'elle s'applique, mais cela est essentiel au contrôle constitutionnel véritable. Refuser de prendre en compte les répercussions raisonnablement prévisibles de la loi contestée réduirait radicalement la portée de la *Charte* et la faculté qu'ont les tribunaux de s'acquitter de leur obligation de s'assurer de la constitutionnalité des lois et de préserver l'intégrité de l'ordre constitutionnel. [...] ». Après la détermination de l'existence d'une inconstitutionnalité en raison de l'objet et/, ou, des effets d'application de la loi litigieuse, les tribunaux canadiens doivent encore vérifier si l'incompatibilité de la loi ou de la disposition au regard de la *Charte canadienne des droits et libertés* peut se justifier dans le cadre « d'une société libre et démocratique ». Il s'agit de la seconde étape du processus de contrôle qui s'effectue à l'aune de l'article 1^{er} de la *Charte* qui énonce que : « La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Cette disposition, également dénommée « clause limitative »²¹⁵, n'intervient en effet qu'en cas de constatation d'une inconstitutionnalité et son application compte également une analyse factuelle poussée²¹⁶. La méthodologie judiciaire développée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Oakes* est élaborée. L'article 1^{er} de la *Charte* comporte deux volets. Pour établir qu'une restriction posée par une règle de droit est raisonnable et se justifie dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. Dans un premier temps, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*, doit être « suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garanti par la Constitution »²¹⁷. Dans un second temps, l'État doit encore démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se prouver. Cela nécessite alors l'application d'une « sorte de critère de proportionnalité »²¹⁸ à trois volets (lien rationnel, atteinte minimale et critère de proportionnalité dans

²¹⁵ P. BELIVEAU, M. VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 16^e éd., éd. Yvon Blais, 2009, p. 28.

²¹⁶ *Infra* n° 152.

²¹⁷ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 RCS 352.

²¹⁸ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 RCS 352.

l'ensemble) qui à son tour conduit les juges canadiens à soupeser les intérêts de la société et ceux des justiciables.

En définitive, la préoccupation constante des juges canadiens à l'endroit des situations des justiciables pénaux, autorise à affirmer que, de manière générale, le contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* fait naître un contentieux subjectif²¹⁹. Par opposition, en France, si la question prioritaire de constitutionnalité est encore jeune et que le contentieux constitutionnel issu du contrôle *a posteriori* n'en est encore qu'à ses balbutiements, il est regrettable que la préservation des intérêts des parties lors d'un jugement en inconstitutionnalité soit reléguée - pour le moment - au second rang. En outre, il n'existe pas à l'heure actuelle de décision jurisprudentielle française qui énonce clairement l'importance d'établir un contrôle concret de constitutionnalité *a posteriori* au regard de la spécificité de la matière criminelle. À la lumière de la corrélation établie ultérieurement entre le caractère concret/abstrait et le contentieux subjectif/objectif, il est permis de supposer qu'un contrôle concret serait plus à même de permettre une protection « optimale » des droits des justiciables pénaux que ne le permet un contrôle abstrait car trop éloigné des situations subjectives de ces derniers. Les finalités divergentes du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* expliquent, à leur tour, les portées différentes des moyens d'inconstitutionnalité soulevés respectivement par les requérants dans l'ordre juridique français et canadien.

²¹⁹ Néanmoins, il convient de rappeler que le contrôle concret de constitutionnalité *a posteriori* peut tout aussi bien s'inscrire dans un contentieux objectif. Telle est l'hypothèse qui se présente lorsque, par exemple, un justiciable conteste la constitutionnalité du texte d'incrimination en vertu duquel il est accusé au motif d'une violation du partage des compétences législatives. Mais la situation est rare. Sur ce point : *R. c. Demers* [2004], SCC 46, 2004, CarswellQue 1548 ; D.-M. TANOVIK, « *R. c. Demers* », (Sept. 2004) 20 C.R. (6th) 245-246 : sur ce point, v. point 19, « Le recours canadien en inconstitutionnalité contre le texte d'incrimination » ; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985], 1 RCS 295, pp. 312-316, comm. J. CAMERON, « Enforcing the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*]: four remedial vignettes », *Advocates'Q*, vol. 9, n° 3, pp. 257-276 ; F. CHEVRETTE, A. MOREL, « La protection constitutionnelle contre les abus de la police », 23 *RJT*, 1989, p. 452 et s.

B) La divergence de portée des moyens d'inconstitutionnalité

51. L'influence des conceptions du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* sur les effets des décisions constitutionnelles. L'adhésion à une conception abstraite ou concrète du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* emporte une influence certaine sur les effets des décisions constitutionnelles. Plus précisément, la déclaration d'inconstitutionnalité ne bénéficie pas de la même portée selon qu'elle est issue d'un contrôle *a posteriori* dit de « validité » ou « d'applicabilité » des normes juridiques. Par conséquent, la déclaration d'inconstitutionnalité en France peut être considérée, de manière générale, comme une décision d'abrogation de la loi (1), qui s'impose à tous. En revanche, la déclaration d'inconstitutionnalité au Canada résulte, le plus souvent, d'un vice relatif à l'application de la loi (2), justifiant l'effet relatif du jugement d'inconstitutionnalité.

- 1) La déclaration d'inconstitutionnalité en France : une décision d'abrogation de la loi

52. Le jugement d'inconstitutionnalité *erga omnes* en France. En France, la conception abstraite du contrôle induit que l'on considère « la déclaration d'inconstitutionnalité comme une décision d'abrogation de la loi, c'est-à-dire comme un *contrarius actus* qui remet en cause son adoption par le Parlement »²²⁰. Une telle assimilation n'étonne guère dans la mesure où l'expression d'un contrôle « abstrait » de constitutionnalité renvoie à « un contrôle de la conformité à la Constitution de la loi en tant que telle, comme texte normatif considéré en lui-même »²²¹. En d'autres termes, « il s'agit de faire un procès à l'acte et d'assurer ainsi en permanence la suprématie constitutionnelle »²²². Cette finalité spécifique entraîne une conception abstraite du contrôle et engendre à son tour un contentieux objectif. En ce sens, comme le rappelle le professeur Zagrebelsky, le contrôle abstrait de

²²⁰ G. ZAGREBELSKY, « Aspects abstraits et aspects concrets du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *LPA*, 2009, n° 126, p. 12.

²²¹ *Ibidem*.

²²² C. GREWE, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français », in *La question prioritaire de constitutionnalité*, *op. cit.*, p. 143 et s.

constitutionnalité serait destiné « principalement à assurer la cohérence du système normatif au regard des paramètres fixés par les normes constitutionnelles, et seulement de manière secondaire, ou par voie de conséquence, [...] la protection des positions subjectives garanties par la Constitution »²²³. Par ailleurs, la conception abstraite du contrôle justifierait l'adhésion à « un contrôle de type concentré »²²⁴. Dans un tel système, la loi est obligatoire pour tous tant qu'elle n'est pas jugée inconstitutionnelle. Inversement, une fois jugée inconstitutionnelle, l'effet *erga omnes* lié aux décisions du Conseil constitutionnel s'attachera à son abrogation. L'abrogation prononcée bénéficiera, en principe, non seulement à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité mais aussi à tous les justiciables qui sont dans la même situation, en dehors du cas où le Conseil constitutionnel diffère dans le temps sa déclaration de non-conformité. Le deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution dispose en effet qu'« une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». Globalement, les auteurs²²⁵ s'accordent à dire que cet effet *erga omnes* revêtu par les décisions d'une Cour constitutionnelle en général, participe du contentieux objectif et représente un trait caractéristique d'un contrôle abstrait de constitutionnalité. La sentence juridictionnelle est alors porteuse d'effets directs sur « un nombre infini de destinataires »²²⁶ et ne vise pas seulement les *parties* à l'instance qui a donné naissance à la contestation constitutionnelle²²⁷. Le rapporteur du projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution Jean-Luc Warsmann a pu émettre l'hypothèse selon laquelle l'effet *erga omnes* qui caractérise le contrôle abstrait de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel

²²³ G. ZAGREBELSKY, « Aspects abstraits et aspects concrets du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *LPA*, 2009, n° 126, p. 12 et s.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ C. GREWE, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français » in *La question prioritaire de constitutionnalité*, *op. cit.*, p. 143 et s. ; D. BOTTEGHI, A. LALLET, « De l'art faussement abstrait (et pas vraiment concret) du contrôle de conventionnalité », *AJDA*, 2010, n° 43, pp. 2416-2423 ; S. VIDAL, « L'inconventionnalité d'une loi de validation déclarée constitutionnelle », concl. sur CAA Paris, 18 juin 2012, Fondation d'entreprise Louis Vuitton et a., *RFDA*, 2012, p. 650 et s.

²²⁶ D. DE BÉCHILLON, *op. cit.*, p. 48 et s.

²²⁷ Mais l'abrogation immédiate n'est qu'une option pour le Conseil constitutionnel. Si ce dernier le juge opportun, l'abrogation différée pourra être préférée et l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité demeurera limité.

« pourrait conduire ce dernier à apprécier différemment la participation des parties à l'examen de la question »²²⁸. Il convient de vérifier plus en avant cette hypothèse au regard du contrôle concret de constitutionnalité effectué outre-Atlantique. Au Canada, l'objet du contrôle *a posteriori* n'est plus celui de la « validité de la norme objective »²²⁹ mais bien celui de « l'applicabilité au litige ». Partant, la place occupée par les *parties* au procès n'est plus envisagée de la même manière par les juges canadiens et par voie de conséquence, l'autorité de leurs décisions diffère dans une certaine mesure.

2) La déclaration d'inconstitutionnalité au Canada : une censure de l'application de la loi

53. Le jugement d'inconstitutionnalité *inter partes* au Canada. En principe, lorsqu'un juge canadien conclut à une incompatibilité d'une loi pénale à la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'inopérabilité de la règle de droit en résultera²³⁰. Autrement dit, dans un tel cas, la loi pénale ne sera plus appliquée car elle est « inopérante »²³¹ conformément à l'article 52 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui énonce que « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de tout autre règle de droit ». L'effet de l'« inopérabilité » découlant de la violation de la *Charte* est en fait une invalidité absolue et *erga omnes* quand prononcée par la Cour supérieure²³². Cela étant dit, il convient de mentionner que l'inopérabilité de la règle de droit est fonction de « l'origine » de son inconstitutionnalité. En ce sens, l'inopérabilité d'une règle de droit a vocation à entraîner « purement et simplement son annulation »²³³, uniquement dans la mesure où c'est l'objet de la loi qui est inconstitutionnel. Telle

²²⁸ J.-L. WARSMANN., Amendement déposé à l'A.N, J.L.W.J.T, Rapport AN, 2009, n° 1898, p. 82 et s.

²²⁹ C. GREWE, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français » in *La question prioritaire de constitutionnalité*, op. cit., p. 143 et s. ; D. BOTTEGHI, A. LALLET, op. cit. ; S. VIDAL, « L'inconventionnalité d'une loi de validation déclarée constitutionnelle », concl. sur CAA Paris, 18 juin 2012, Fondation d'entreprise Louis Vuitton et a., *RFDA*, 2012, op. cit., p. 650 et s.

²³⁰ *R. c. Ferguson*, [2008], 1 RCS 96, 2008 CSC 6, §§. 34-35 ; annot., P. BURSTEIN, « *R. v. Ferguson* », (1991) 1 CRR (2d) 227-229.

²³¹ Article 52 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

²³² *Precision Mechanics Ltd. c. Morin*, (1986) RJQ 421 (C.A.) (autorisation d'appeler refusée: (1986) 1 RCS XII. La déclaration d'inopérabilité par les tribunaux inférieurs semble de portée plus limitée.

²³³ P. BELIVEAU, M. VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, op. cit., p. 37 et s.

a été l'hypothèse dans l'affaire *Morgentaler*²³⁴, alors que les dispositions inconstitutionnelles constituaient « un code sur l'avortement, un code entier et complet en lui-même »²³⁵. En l'occurrence, l'annulation pure et simple du code se justifiait dans la mesure où les juges canadiens auraient été contraints de réécrire une nouvelle loi, en lieu et place du législateur afin de rétablir la constitutionnalité dudit code. En revanche, lorsqu'il s'avère que seulement certaines applications de la règle de droit sont invalides, l'inopérabilité « totale » de la règle de droit doit être écartée²³⁶. Par opposition à la traditionnelle déclaration d'inopérabilité, les techniques de « correction judiciaire des lois inconstitutionnelles »²³⁷, permettent alors aux tribunaux canadiens de corriger « sur mesure » l'inconstitutionnalité circonscrite. En atteste l'affaire emblématique *Schachter*²³⁸ au sein de laquelle la Cour suprême du Canada affirme que quatre choix s'offrent aux juges canadiens dans le cadre de l'article 52 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge peut annuler purement et simplement une disposition législative, l'annuler et suspendre temporairement l'effet de la déclaration d'inopérabilité, ou encore appliquer la technique d'« interprétation atténuée »²³⁹ comme enfin la technique d'« interprétation large »²⁴⁰. La technique d'« interprétation atténuée », dite aussi *reading down*, permet au juge canadien de restreindre la portée de la loi en ne déclarant inopérant que ce que la loi comprend à tort lorsque cette inconstitutionnalité résulte d'une inclusion fautive²⁴¹. La technique de l'interprétation large, soit le *reading in*, leur permet d'élargir la portée de la loi lorsque l'inconstitutionnalité provient de ce que la loi exclut à tort²⁴². Dans cette hypothèse, c'est précisément l'omission du législateur qui est déclarée inopérante. En somme, ces deux techniques juridictionnelles permettent de circonscire l'effet

²³⁴ *R. c. Morgentaler*, [1988], 1 RCS, 30, 80, a-b ; case comm., S.L. MARTIN, « *R. v. Morgentaler et al.* », (1985) 1 *Can. J. Women & Law No.* 1, 194-205.

²³⁵ *R. c. Morgentaler*, [1988], 1 RCS, 30, 80, a-b ; case comm., S.L. MARTIN, « *R. v. Morgentaler et al.* », 1 RCS, 30, 80, §§. 194-205 ; v. égal. case comm., H.R.S. RYAN, « Reflections on *Morgentaler* », (1988) 62 *CR* (3d) 118-123.

²³⁶ *R. c. Sharpe* [2001], 1 RCS, 45, §. 1112 ; case comm, S.L. Martin, « *R. v. Sharpe* », (sept. 2001) 39 *Alta. L. Rev.* 585-596.

²³⁷ D. PINARD, « Les sanctions d'une règle de droit législative incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés* : le *reading in*, le *reading down*, l'interprétation large, l'interprétation atténuée, etc. ! », (2003) *R. du B.* (numéro spécial), 421, p. 433.

²³⁸ *Schachter c. Canada*, [1992], 2 RCS 75.

²³⁹ *Schachter c. Canada*, [1992], 2 RCS 75

²⁴⁰ *Schachter c. Canada*, [1992], 2 RCS 75

²⁴¹ *Schachter c. Canada*, [1992], 2 RCS 75, p. 698.

²⁴² *Schachter c. Canada*, [1992], 2 RCS 75, p. 698.

d'inopérabilité lorsque l'inconstitutionnalité résulte de certaines applications de la règle de droit litigieuse. L'affaire *Sharpe*²⁴³ est éloquent sur ce point. La question principale soulevée était de savoir si la disposition législative canadienne interdisant la possession de matériel de pornographie juvénile était constitutionnelle ou, au contraire, constituait une restriction injustifiée du droit constitutionnel des justiciables canadiens à la liberté d'expression. Le paragraphe 163.1(4) du *code criminel* en cause érigeait en infraction la possession de matériel de « toute pornographie juvénile ». Dans la décision, la juge en chef McLachlin, écrivant pour la majorité, a conclu à la constitutionnalité de la disposition en cause hormis deux cas d'application spécifiques. Elle a usé de l'interprétation atténuée en incluant deux exceptions afin de remédier à la portée excessive du paragraphe 163.1(4) du *code criminel*. Les juges canadiens analysent donc les conséquences des normes juridiques à la lumière de leur contexte d'application afin de décider si l'inopérabilité de la règle de droit implique ou non l'annulation pure et simple de la disposition en cause ou s'il y a lieu d'en limiter la portée. C'est la raison pour laquelle, le jugement d'inconstitutionnalité au Canada demeure une norme principalement « contextualisée ». Cette observation n'étonne guère dans la mesure où l'exercice même du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* au Canada s'inscrit dans un contexte de droit « subjectif » qui ne trouve pas son équivalent en France.

²⁴³ *R. c. Sharpe* [2001], 1 RCS 45, par. 115 ; case comm, S.L. MARTIN, « *R. v. Sharpe* », (sept. 2001), pp. 585-596.

§2 : Les appréciations divergentes des moyens d'inconstitutionnalité

54. La variabilité des méthodes inductives utilisées par les juges constitutionnels.

Selon que le contrôle est concret ou abstrait, l'appréciation des moyens d'inconstitutionnalité par les juges constitutionnels en France et au Canada, diverge. C'est qu'en effet, la place qu'occupent les considérations factuelles lors de l'examen de la contestation constitutionnelle est étroitement liée aux finalités poursuivies par les contrôles *a posteriori*. Selon que ledit contrôle vise à assurer prioritairement la cohérence du système normatif ou bien la protection des intérêts subjectifs des justiciables, les faits de l'espèce constituent un paramètre de contrôle plus ou moins utilisé par les juges constitutionnels. L'étude comparée démontre, dans une certaine mesure, que l'assise factuelle n'occupe pas la même place dans l'examen de la contestation constitutionnelle en France et au Canada (A). En outre, la qualification de contrôle *a posteriori* « concret » ou « abstrait », produit des conséquences sur l'étendue des moyens d'inconstitutionnalité (B). En ce sens, selon le système de contrôle *a posteriori* pris en référence, les organes de justice constitutionnelle accueilleront plus ou moins aisément le moyen d'inconstitutionnalité portant sur « l'interprétation consolidée »²⁴⁴ des dispositions législatives contestées, c'est-à-dire, sur « la portée effective d'une interprétation jurisprudentielle constante »²⁴⁵ donnée par la Cour de cassation en France et par les tribunaux canadiens.

²⁴⁴ G. ZAGREBELSKY, « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *LPA*, 2009, n° 126, p. 12 et s.

²⁴⁵ Cons. const., 6 oct. 2010, 2010-39 QPC, préc., consid. 2, Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié], *JORF*, 7 oct. 2010, p. 18154, texte n° 51, *Rec.*, p. 264 ; A. BASSET, « Question prioritaire de constitutionnalité et risque de conflits d'interprétation », *Droit et société*, 2012, n° 82, pp. 713-732 ; C. TZUTZUIANO, « L'adoption simple des couples homosexuels au coeur d'un croisement des contrôles », *Dr. fam.*, juin 2011, n° 6, pp. 17-22 ; F. BOULANGER, « La question de la conformité à l'intérêt supérieur de l'enfant dans le refus de partage égal de responsabilité entre deux personnes de même sexe », *JCP G.*, 23 mai 2011, n° 21, pp. 1029-1032 ; M. DOURIS, « Homosexualité, couples non mariés, accès au mariage et à la parenté : l'évolution du droit français et de la famille devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 17 janv. 2011, n° 11, pp. 4-6 ; P. DEUMIER, « L'interprétation de la loi : quel statut ? quelles interprétations ? quel(s) juge(s) ? quelles limites ? » in : Chronique "Sources du droit en droit interne", *RTD Civ.*, janvier-mars 2011, n° 1, pp. 90-96 ; A. BATTEUR, « Le statut de l'enfant des homosexuel(le)s : hors l'intervention du parlement, point de changements possibles », *LPA*, 1 déc. 2010, n° 239, pp. 6-13 ; H. LECUYER, « Filiation ; note sous Conseil constitutionnel, 6 octobre 2010, 2010-39 QPC, *Gaz. Pal.*, 10-11 nov. 2010 », n° 314-315, pp. 39-41 ; M. HAAS, A. MARON, « La Cour de cassation et le Conseil d'Etat sous tutelle ? », *Dr. pén.*, nov. 2010, n° 11, p. 47 ; D. ROUSSEAU, « L'art italien au Conseil constitutionnel : les décisions des 6 et 14 octobre 2010 », *Gaz. Pal.*, 27 oct. 2010, n° 293-294, pp. 12-15 ; F. CHENEDE, « QPC : le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle et l'interdiction de l'adoption au sein d'un couple homosexuel », *D.*, 2010, n° 41, pp. 2744-2749 ; I. GALLMEISTER, « Adoption simple : l'article 365 du code civil conforme à la Constitution », *D.*, 2010, n° 35, p. 2293 ; A. GOUTTENOIRE, C. RADE, « La jurisprudence relative à l'adoption de l'enfant du concubin devant le Conseil constitutionnel », *JCP G.*, 2010, n° 47, pp. 2158-

A) L'assise factuelle divergente dans l'examen des moyens d'inconstitutionnalité

55. Le rôle divergent des considérations factuelles dans les motifs des juges constitutionnels français et canadiens. L'adhésion à la conception « concrète » ou « abstraite » du contrôle *a posteriori* a une incidence sur les paramètres de contrôle utilisés par les juges constitutionnels français et canadiens lors de l'examen de la contestation constitutionnelle qui leur est soumise. Plus précisément, selon l'adhésion à la conception concrète ou abstraite du contrôle *a posteriori*, le souci de résoudre la contestation constitutionnelle d'une disposition criminelle en présence des faits en litige sera plus ou moins marqué. Partant, si au Canada les considérations factuelles sont prépondérantes dans l'examen de la contestation constitutionnelle (1), en France elles demeurent exceptionnelles (2).

- 1) Les considérations factuelles prépondérantes dans l'examen de la contestation constitutionnelle au Canada

56. La prise en compte des faits dans l'examen de la contestation constitutionnelle.

Comme nous l'avons déjà évoqué, au Canada, certains principes jurisprudentiels témoignent de cette préoccupation et invitent les juges à trancher les questions constitutionnelles en présence d'un fondement factuel. Se pose dès lors la question des modalités procédurales de l'examen de la contestation constitutionnelle prenant naissance au sein d'une instance criminelle. Sur ce point, si le juge en Chef au sein de l'affaire *Laba*²⁴⁶ a pu souligner que « lorsque la constitutionnalité d'une règle de droit est attaquée au cours d'une instance criminelle, cette constatation est en fait une instance distincte », certains principes jurisprudentiels, notamment mentionnés au sein de l'affaire *DeSousa*²⁴⁷, encouragent les juges canadiens à trancher la contestation constitutionnelle conjointement avec l'instance criminelle. Deux

2161 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, L'article 365 du code civil constitutionnel ... mais inconstitutionnel ?, *Dr. fam.*, 2010, n° 11, pp. 1-2.

²⁴⁶ *R. c. Laba* [1992], 74 CCC (3d) 538 (CAO).

²⁴⁷ *R. c. DeSousa* [1992], 2 RCS 944.

principes jurisprudentiels militent en ce sens. D'une part, «il faut éviter de fragmenter le processus pénal par des procédures interlocutoires. D'autre part, les tribunaux doivent éviter de trancher une question constitutionnelle sans fondement factuel, c'est-à-dire dans l'abstrait »²⁴⁸. Si, à première vue, il n'apparaît pas nécessaire d'évoquer le concept d'« instance distincte » afin de démontrer l'applicabilité du principe de la nécessité d'une assise factuelle en matière pénale au Canada, sa référence est utile dans la mesure où, en France, la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité provoque, au contraire, une dissociation entre la contestation constitutionnelle et le procès pénal au cours duquel le problème constitutionnel a émergé. D'un point de vue procédural, la question prioritaire de constitutionnalité institue, d'une certaine façon, un contrôle concret *a posteriori* puisque la question prioritaire de constitutionnalité est posée au cours d'un litige pénal ordinaire²⁴⁹. Cependant, au fil du double filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité effectué, d'abord, par les juridictions pénales ordinaires, puis par la Cour de cassation, la question de constitutionnalité se détache du litige pénal né entre les parties. Partant, la fragmentation entre la contestation constitutionnelle et le procès pénal initial demeure le principe en France. En revanche, au Canada, l'examen d'une contestation constitutionnelle en présence d'une assise factuelle solide représente le principe. Même dans le cadre spécifique d'une instance criminelle, il ne peut être dérogé à cette règle que dans de rares cas de figure, si bien que les problèmes de constitutionnalité sont rarement tranchés en dehors du cadre de l'instance criminelle à partir de laquelle ont émergé ces derniers. En France, il semblerait que la prise en compte des faits dans l'examen de la contestation constitutionnelle soit beaucoup plus nuancée.

²⁴⁸ P. BELIVEAU, M. VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, op. cit., p. 36.

²⁴⁹ C. LAGRAVE, « Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Dans les modèles espagnol, italien et français », in *La question prioritaire de constitutionnalité Approche de droit comparé* (sous la dir. L. GAY), op. cit., p. 239.

2) Les considérations factuelles exceptionnelles dans l'examen de la contestation constitutionnelle en France

57. Le maintien du caractère abstrait du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en France. De prime abord, il convient de constater que pareilles décisions invitant les juges constitutionnels à trancher les contestations constitutionnelles en présence d'un fondement factuel n'existent pas en France. Par ailleurs, il appert que le Conseil constitutionnel maintient son contrôle de constitutionnalité *a posteriori* à un haut niveau d'abstraction. Cependant, la décision relative à la garde à vue²⁵⁰ témoigne d'une certaine préoccupation des juges constitutionnels à l'endroit des considérations factuelles qui a permis de caractériser d'une part, un changement de circonstances de fait justifiant le réexamen de dispositions déjà déclarées conformes à la Constitution, et d'autre part, de procéder à une nouvelle appréciation de cette conformité à la norme suprême²⁵¹. Plus précisément, la prise en compte des données factuelles lors de l'examen de la constitutionnalité du régime de droit commun de garde à vue par le Conseil constitutionnel peut être attestée par les considérants 15, 16, 17 et 18 de sa décision. En effet, il observe tout d'abord « que depuis 1993, certaines modifications des règles de la procédure pénale ainsi que des changements dans les conditions de sa mise en œuvre ont conduit à un recours de plus en plus fréquent à la garde à vue et modifié l'équilibre des pouvoirs et des droits fixés par le code de procédure pénale »²⁵². En particulier, le Conseil constitutionnel relève que « l'instruction préparatoire n'a cessé de diminuer et représente moins de 3 % des affaires jugées par les tribunaux correctionnels si bien que la garde à vue est devenue la phase principale de constitution du dossier de la procédure en vue du jugement de la personne mise en cause. Cette évolution, ajoute-t-il, s'est trouvée accrue par la pratique, initiée au début des années 1990 pour assurer une réponse pénale plus

²⁵⁰ Cons. const. 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, Monsieur Daniel W. et autres [Garde à vue], consid. n° 14 et s, *JORF* 31 juill. 2010, p. 14198 ; comm. *NCCC*, 2010, n° 30 ; O. BACHELET, « La garde à vue, entre inconstitutionnalité virtuelle et inconventionnalité réelle », 2010, n° 216-217, pp. 14-17 ; S. LAVRIC, p. 1876-1876. ; A. MARON, M. HAAS, « L'article 61-1 de la constitution efface les articles 62 et suivants du code de procédure pénale », *RDP*, 2010, n° 10, pp. 37-42 ; F. CHALTIEL, *op. cit.*, pp. 3-10 ; C. CHARRIERE-BOURNAZEL, « Garde à vue : le sursaut républicain », *D.*, 2010, n° 29, p. 1928 ; P. PUIG, « QPC : le changement de circonstances source d'inconstitutionnalité » ; note sous déc., Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, Monsieur Daniel W. et autres [Garde à vue], *RTD Civ.*, 2010, n° 3, pp. 513-517.

²⁵¹ Dans sa décision du 11 août 1993, (décis. n° 93-326 DC du 11 août 1993), le Conseil constitutionnel avait déclaré conforme à la Constitution le régime de droit commun de la garde à vue.

²⁵² Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, consid. n° 15.

rapide, du traitement dit « en temps réel » de la procédure consistant, pour l'officier de police judiciaire chargé de l'enquête, à solliciter la décision du procureur de la République sur l'action publique alors que la personne en cause est encore gardée à vue. Celle-ci est donc le plus souvent jugée sur la base des seuls éléments de preuve rassemblés avant l'expiration de sa garde à vue et, notamment, sur les aveux qu'elle a pu faire pendant celle-ci »²⁵³. Le Conseil observe ensuite « que, depuis 1993, les exigences conditionnant l'attribution de la qualité d'officier de police judiciaire ont été réduites et que, corrélativement, le nombre de ces fonctionnaires a plus que doublé, passant de 25 000 à 53 000 »²⁵⁴. Il constate enfin une tendance à la banalisation de la garde à vue, y compris pour les infractions mineures, comptant plus de 790 000 mesures de garde à vue décidées en 2009²⁵⁵. En somme, ce cas jurisprudentiel témoigne de la préoccupation du Conseil constitutionnel à l'endroit des données matérielles lors de son contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Cependant, ce cas jurisprudentiel est loin d'être représentatif du contrôle *a posteriori* effectué habituellement par le Conseil constitutionnel. De manière générale, les juges de la Rue Montpensier ne prennent pas en compte les données factuelles afin de justifier leurs décisions. Une éviction des considérations factuelles dans le raisonnement du Conseil constitutionnel n'étonne guère dans la mesure où, comme mentionné précédemment, l'objet du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* exercé en France demeure celui de la *loi stricto sensu*. Ce faisant, les faits de l'espèce ne représentent qu'un paramètre de contrôle minimale pour le Conseil constitutionnel. Le fait que l'objet du contrôle *a posteriori* en France demeure la loi dénuée de fondement factuel, atteste, une nouvelle fois, de la nature abstraite du contrôle *a posteriori*. Par conséquent, au regard de la distinction des différents modèles de justice constitutionnelle proposée par le professeur Francisco Rubio Llorente²⁵⁶, il peut être affirmé que le modèle de constitutionnalité des lois *a posteriori* en France reste principalement « centré sur la loi »²⁵⁷ et poursuit une finalité particulière, celle de la garantie de « la division constitutionnelle des pouvoirs »²⁵⁸, lorsque le modèle

²⁵³ Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, consid. n° 16.

²⁵⁴ Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, consid. n° 17.

²⁵⁵ Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, consid. n° 18.

²⁵⁶ F. RUBIO LLORENTE, « Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe », *AJJC*, 1996, vol. XII, pp. 16-29.

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ *Ibidem*.

de justice constitutionnelle centré sur les droits fondamentaux n'a d'autre finalité que de garantir l'effectivité de ces droits »²⁵⁹.

B) L'étendue divergente des moyens d'inconstitutionnalité

58. L'imprécision législative commune quant à la notion de « dispositions législatives ». L'étude comparative de l'étendue du moyen d'inconstitutionnalité révèle un degré de concrétisation du contrôle *a posteriori* plus ou moins accentué selon le modèle de justice constitutionnelle étudié. Plus précisément, la détermination de la notion de « disposition législative » et ce qu'elle recouvre en droit canadien et en droit français permet de vérifier cette hypothèse. L'étude comparative des modèles textuels conférant l'assise constitutionnelle du contrôle *a posteriori* ne permet qu'imparfaitement de saisir la portée de cette notion. En effet, aussi bien l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* au Canada que l'article 61-1 de la Constitution française de 1958 ne mentionnent respectivement que le vocable de « dispositions » et celui de « dispositions législatives » sans même en préciser la teneur. Pour cette raison, le raisonnement entrepris ici, se focalise sur le débat jurisprudentiel relatif à l'importation en France de la doctrine du « droit vivant » consacrée par le droit italien²⁶⁰. Ce débat, qui retrace les interférences entre la question prioritaire de constitutionnalité et l'interprétation de la loi, permet d'évoquer l'influence du caractère abstrait du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* sur l'étendue du moyen d'inconstitutionnalité. Plus spécifiquement, en matière pénale, l'apport de la doctrine italienne du « droit vivant » est l'occasion de rappeler la première évolution du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* exercé par les juges criminels et le Conseil constitutionnel en France peu de temps après son entrée en vigueur (1). En revanche, au Canada, cette discussion est l'occasion d'évoquer l'influence indéniable du caractère concret du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* sur l'étendue du moyen d'inconstitutionnalité canadien (2).

²⁵⁹ *Ibidem.*

²⁶⁰ *Ibidem.*

1) L'évolution progressive de l'étendue des moyens d'inconstitutionnalité en France

59. L'influence du caractère abstrait du contrôle *a posteriori* en France sur l'étendue du moyen d'inconstitutionnalité. La Cour de cassation a, dans un premier temps, refusé le renvoi de certaines questions prioritaires de constitutionnalité au motif qu'elles ne portaient pas tant sur les dispositions de la loi que sur sa propre jurisprudence s'y rapportant. Peut-être est-il permis d'y voir une réticence à s'approprier pleinement son rôle d'instance de filtrage mais aussi une sorte de méfiance exprimée par les juges de l'ordre judiciaire²⁶¹ quant à une forme de concrétisation du contrôle *a posteriori*. La raison de ce refus peut s'expliquer au regard de la nature abstraite du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* exercé par le Conseil constitutionnel. Autrement dit, l'adhésion à une conception abstraite du contrôle *a posteriori* justifiait, dans un premier temps, que les justiciables ne puissent contester l'interprétation concrète de la disposition législative mais seulement la disposition législative dans sa forme la plus abstraite. Les premiers arrêts rendus par la Cour de cassation concernant la motivation des arrêts des cours d'assises sont éloquentes en la matière. Par trois arrêts du 19 mai 2010²⁶², la Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel trois questions prioritaires de constitutionnalité tendant à faire constater que les dispositions des articles 349, 350, 353 et 357 du Code de procédure pénale, selon lesquelles les arrêts rendus par les cours d'assises ne sont pas motivés, portent atteinte aux droits et libertés garantis par les articles 7, 8, 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, ainsi qu'aux principes du droit à un procès juste et équitable, d'égalité devant la loi et d'égalité devant la justice. Usant du même attendu de principe, les juges refusent de renvoyer les questions prioritaires de constitutionnalité au motif « qu'aux termes de l'article 61-1 de la Constitution, la question dont peut être saisi

²⁶¹ P. DEUMIER, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du caractère prioritaire) », *RTD Civ.*, n° 3, 2010, pp. 499-503.

²⁶² Cass., form. spéc., QPC, 19 mai 2010, n° 09-83.328, n° 09-87.307, n° 09-82.582 ; H. MATSOPOULOU, « La QPC et la procédure pénale », in *La QPC et la matière pénale*, Procédures, Bruylant, 2013, p. 45 ; H. NICO, « La Cour de cassation élude la question prioritaire de constitutionnalité relative à la motivation des arrêts de cours d'assises », *La Lettre Omnidroit*, 2010, n° 15, pp. 2-4 ; P. DEUMIER, « QPC : La question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du contrôle de l'interprétation de la loi) ; note sous Cour de cassation, QPC, 19 mai 2010, pourvoi numéro 09-82.582 », *RTD Civ.*, 2010, n° 3, pp. 508-5013.

le Conseil constitutionnel est seulement celle qui invoque l'atteinte portée par une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit ; que la question posée tend, en réalité, à contester non la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation au regard du caractère spécifique de la motivation des arrêts des cours d'assises statuant sur l'action publique ; que, comme telle, elle ne satisfait pas aux exigences du texte précité »²⁶³. En adoptant cette position les juges affirmaient clairement leur intention de maintenir un contrôle abstrait de constitutionnalité *a posteriori* par le Conseil constitutionnel. En témoignent les écrits issus du compte rendu de la commission des lois de l'Assemblée nationale le 1^{er} septembre 2010 : « Il n'est pas question de nier qu'un texte ne vaut que par l'interprétation qui en est donnée. Mais lorsque la question prioritaire de constitutionnalité tend très clairement, non pas à l'abrogation d'un texte législatif mais à la modification de la jurisprudence telle qu'elle interprète et applique ce texte, la question doit rester dans le champ exclusif de la Cour de cassation et ne relève pas du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Cette position s'accorde avec la nature propre du contrôle du Conseil constitutionnel : un contrôle abstrait, détaché du litige, qui ne peut aboutir qu'à une abrogation de la disposition déclarée inconstitutionnelle »²⁶⁴. Ce faisant, la Cour de cassation adoptait une position opposée à celle du Conseil d'État qui, pour sa part, n'a jamais refusé le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité au motif que la contestation constitutionnelle portait sur « l'interprétation consolidée » des normes et non pas sur la disposition législative *stricto sensu*. Sur ce point, M. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, mentionnait, lors d'un colloque tenu le 22 septembre 2010 à l'Assemblée nationale que « L'interprétation que le juge donne de la loi est, au moins pour le Conseil d'État, inséparable de la loi elle-même et peut donc elle aussi être contestée devant le Conseil constitutionnel »²⁶⁵. Les justiciables, selon l'ordre de juridiction saisi par ces derniers, ne bénéficiaient pas de la même justice. Les justiciables « administratifs » disposaient du moyen de droit

²⁶³ Cass., form. spéc., QPC, 19 mai 2010, n° 09-83.328, n° 09-87.307, n° 09-82.582 ; H. MATSOPOULOU, « La QPC et la procédure pénale », in *La QPC et la matière pénale*, Procédures, Bruylant, 2013, p. 45 ; H. NICO, « La Cour de cassation élude la question prioritaire de constitutionnalité relative à la motivation des arrêts de cours d'assises », *La Lettre Omnidroit*, 2010, n° 15, pp. 2-4 ; P. DEUMIER, « QPC : La question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du contrôle de l'interprétation de la loi) ; Note sous Cour de cassation, QPC, 19 mai 2010, pourvoi numéro 09-82.582 », *RTD Civ.*, 2010, n° 3, pp. 508-5013.

²⁶⁴ Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République du 1^{er} septembre 2010, compte rendu n° 82, Présidence de M. J.-L. WAARSMANN.

²⁶⁵ J.-M. SAUVÉ, colloque tenu à l'Assemblée nationale, *JCP G* 2010, supplément au n° 4, 29 nov. 2010, p. 14.

supplémentaire visant à contester la constitutionnalité de la loi telle qu'interprétée par le juge administratif lorsque cette possibilité était refusée aux justiciables s'adressant à un juge judiciaire. Toutefois, le Conseil constitutionnel s'est assez rapidement prononcé sur « l'interprétation consolidée »²⁶⁶ de la loi donnée par la Cour suprême de l'ordre judiciaire et par le Conseil d'État concernant l'ordre administratif. En effet, à l'occasion de deux questions prioritaires de constitutionnalité²⁶⁷, le Conseil constitutionnel a mis fin à l'interprétation à géométrie variable concernant l'article 61-1 de la Constitution. Il a ainsi considéré « qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition »²⁶⁸. Pour estimer que l'interprétation ne pouvait être dissociée de la disposition contestée, le Conseil constitutionnel s'est alors appuyé sur la notion de « disposition applicable au litige » contenue aux articles 23-2 et 23-5 de la loi organique²⁶⁹. Ceci dit, la chambre criminelle de la Cour de cassation, relevant le caractère nouveau de la question prioritaire de constitutionnalité²⁷⁰, a décidé de renvoyer deux questions prioritaires de constitutionnalité portant sur l'absence de motivation des arrêts des cours d'assises statuant sur l'action publique.²⁷¹ Motivant le renvoi des deux affaires en ces termes, « la question fréquemment invoquée devant la Cour de cassation et portant sur la constitutionnalité des dispositions susvisées dont il se déduit l'absence de

²⁶⁶ G. ZAGREBELSKY, « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *LPA*, 2009, n° 126, *op. cit.*, p. 12 et s.

²⁶⁷ Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, Mmes Isabelle D. et Isabelle B., consid. 2 et 3 [adoption par une personne seule] ; comm. *NCCC*, n° 30, pp. 1-11 ; note. F. CHÉNEDÉ ; *AJ famille* 2010, p. 487, obs. F. CHÉNEDÉ, et 489, obs. C. MÉCARY ; *RTD Civ.*, 2010, p. 776, obs. J. HAUSER. ; Cons. const., 14 oct. 2010, n° 2010-52 QPC, *Compagnie agricole de la Crau*, consid. 3 à 5 [imposition due par une société agricole] ; comm. *NCCC*, n° 30, pp. 1-5 ; J. ROUX, « QPC et contrôle de caducité des dispositions législatives incompatibles avec une norme constitutionnelle postérieure », *JCP G.*, n° 51, 2010, pp. 2396-2402.

²⁶⁸ Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, Mmes Isabelle D. et Isabelle B., consid. 2 et 3 [adoption par une personne seule] ; comm. *NCCC*, n° 30, pp. 1-11 ; Cons. const., 14 oct. 2010, n° 2010-52 QPC, [*Compagnie agricole de la Crau*], consid. 3 à 5 ; comm. *NCCC*, n° 30, pp. 1-5 ; A. BASSET, « Question prioritaire de constitutionnalité et risque de conflits d'interprétation », *Droit et société*, 2012, n° 82, pp. 713-732 ; J. ROUX, « QPC et contrôle de caducité des dispositions législatives incompatibles avec une norme constitutionnelle postérieure », *JCP G.*, 2010, n° 51, pp. 2396 – 2402.

²⁶⁹ LO. n° 2009-1523, 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *JORF*, 11 déc. 2009.

²⁷⁰ La mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité permet à la chambre criminelle de la Cour de cassation de se transformer, tant par l'examen du caractère sérieux : (v. *infra* n° 267) ; ou nouveau : (v. *infra* n° 269 et n° 275) des moyens d'inconstitutionnalité, que par l'utilisation de différents contrôles de constitutionnalité indirects, (v. *infra* n° 318, n° 319, n° 332 et n° 335) en véritable juge de la constitutionnalité des lois. Partant, certaines décisions de la chambre criminelle de la Cour de cassation posent encore problème.

²⁷¹ Cass. crim., QPC, 19 janv. 2011, pourvois n° 10-85.305 et n° 10-85.159.

motivation des arrêts de cour d'assises statuant, avec ou sans jury, sur l'action publique, présente un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce critère alternatif de saisine », la Cour de cassation ouvre la voie, dans une certaine mesure, à une forme de contrôle concret de constitutionnalité *a posteriori*.

60. La notion de contrôle concret : une notion polysémique. Plusieurs définitions concourent à la qualification d'un contrôle concret de constitutionnalité et le fait que le Conseil constitutionnel accepte de contrôler « l'interprétation consolidée »²⁷² donnée par les juges suprêmes des normes contestées participe de cette qualification. En effet, si le contrôle de constitutionnalité peut être qualifié de « concret » au regard de son déclenchement, cette qualification peut également être retenue en raison de l'objet sur lequel porte la contestation constitutionnelle. Dans la première hypothèse, le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* est dit concret en ce que le procès, de manière générale, et le litige pénal de manière plus spécifique, représentent la condition *sine qua non* à l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité par le justiciable. Dans la seconde hypothèse, le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* est dit « concret » au regard notamment de l'importance accordée par les juges constitutionnels à l'interprétation non constitutionnelle donnée par la Cour de cassation des normes contestées. Dans cette perspective, il peut être fait référence à la doctrine du « droit vivant »²⁷³, consacrée par le droit italien. Partant de celle-ci, le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* doit s'effectuer au regard des dispositions législatives qui recouvrent une signification particulière. En ce sens, « il faut entendre la norme législative non pas au regard de ses possibilités interprétatives abstraites qui découlent des textes, mais la norme législative comme elle « vit » dans l'interprétation consolidée des juges ordinaires »²⁷⁴. À cet égard, il pourrait être

²⁷² G. ZAGREBELSKY, « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *LPA*, 2009, n° 126, p. 12 et s.

²⁷³ G. ZAGREBELSKY, « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *LPA*, 2009, n° 126, p. 12 et s. ; Th. DIMANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Paris, Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1997, 617 p. ; N. MAZIAU, « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité. Retour sur l'expérience italienne et possibilités d'évolutions en France. », *D.*, 2011, p. 529 ; N. MAZIAU, « L'appréhension de la Constitution par la Cour de cassation au travers de l'analyse de l'évolution de son mode de contrôle : la révolution de la QPC cinq ans après l'entrée en vigueur de la réforme », *RFDC*, 2015, n° 102, pp. 454-481 ; C. SEVERINO, « Un an de droit vivant devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions*, 2012, p. 43 ; C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Economica, PUAM, 2003, 282 p. ; B. MATHIEU, « La question de l'interprétation de la loi au coeur de la QPC », *JCP G*, 2010, n° 44, pp. 2038-2039 ; J. BÉAL-LONG, « Le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle constante en QPC », *RFDC*, 2016, n° 105, pp. 1-28.

²⁷⁴ *Ibidem*.

possible de soutenir que le Conseil constitutionnel, en acceptant d'être saisi de « l'interprétation consolidée »²⁷⁵ de la loi en général par la Cour de cassation, confirme le caractère concret du contrôle *a posteriori*. Par ailleurs, le fait que l'objet du contrôle *a posteriori* puisse se situer au-delà de la simple disposition législative autorise à souligner une certaine convergence avec l'examen de la recevabilité du moyen d'inconstitutionnalité opéré par les juges canadiens.

2) L'influence indéniable du contrôle concret de constitutionnalité *a posteriori* sur l'étendue du moyen d'inconstitutionnalité canadien

61. Le lien entre le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* sur l'applicabilité des lois au Canada et l'étendue de l'exception d'inconstitutionnalité canadienne. À l'image de la situation française, s'exerce également au Canada un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* sur « l'interprétation consolidée » des dispositions législatives contestées. En effet, ce contrôle s'applique autant à l'application judiciaire qu'au texte d'incrimination lui-même ou encore sur la sanction. Ainsi, les tribunaux canadiens peuvent, tout à la fois, se demander si la loi est en tant que telle constitutionnelle ou si l'application de cette loi génère des effets contraires à la *Charte canadienne des droits et libertés de 1982*. Dans cette dernière hypothèse, s'exerce ainsi un authentique contrôle concret de constitutionnalité, c'est-à-dire un contrôle sur l'applicabilité des lois. Partant, bien qu'abstraitement constitutionnelle, une loi peut être inappliquée dans un cas concret ou une catégorie de cas, si elle entraîne des effets contraires à la *Charte*. À cet égard, on peut mentionner l'affaire *Sharpe*²⁷⁶ où les juges remédient à l'inconstitutionnalité de l'article 163.1 du *Code criminel* par « l'inclusion d'une exception par interprétation atténuée ». En effet, si cette disposition, relative à l'infraction de possession de matériel pornographique a été jugée en partie constitutionnelle par la majorité de la Cour, seules deux applications ont été déclarées inconstitutionnelles. La Cour suprême a conclu qu'il était nécessaire de faire une lecture atténuée de ces dispositions répressives afin d'exclure deux types de matériel : le matériel expressif créé personnellement et conservé en privé et le matériel qui a trait aux enregistrements d'activités sexuelles

²⁷⁵ *Ibidem*.

²⁷⁶ *R. c. Sharpe*, [2001] 1 RCS 45, 2001 CSC 2.

de personnes mineures qui sont faites en privé et qui seraient autrement légales. Cette dernière affaire revêt une particulière importance en ce qu'elle témoigne que les magistrats peuvent harmoniser la loi pénale litigieuse à la Charte canadienne en utilisant les techniques de l'interprétation extensive ou atténuée tout en préservant la sécurité juridique²⁷⁷. La question constitutionnelle posée aux juges canadiens peut donc aussi bien porter sur la loi *stricto sensu* que sur la manière dont la disposition législative « vit dans la réalité ». Autrement dit, il s'agit d'une disposition législative qui a déjà été appliquée à des situations individuelles et, par conséquent, a donné lieu à une interprétation jurisprudentielle. C'est en ce sens qu'il est affirmé qu'au Canada, comme en France, s'exerce un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* sur « l'interprétation consolidée » des dispositions législatives contestées. Ce point saillant du contentieux constitutionnel canadien permet de le qualifier de « vivant »²⁷⁸ dans la mesure où « l'on jauge les règles de droit écrit telles que judiciairement interprétées à la lumière des règles de la Constitution elles aussi définies par la jurisprudence pertinente »²⁷⁹. La décision *Sharpe*²⁸⁰ d'ajouter que « L'interprétation de la disposition est une étape préalable nécessaire à la détermination de la constitutionnalité [...] ».

²⁷⁷ Dans le même sens, v. *R. c. Monney*, [1999] 1 RCS 652.

²⁷⁸ D. PINARD, « De l'incapacité des juges à modifier le texte des lois déclarées inconstitutionnelles », in *Regard québécois sur le droit constitutionnel*, Montréal : Éd. Yvon Blais, c2016. p. 347.

²⁷⁹ D. PINARD, « De l'incapacité des juges à modifier le texte des lois déclarées inconstitutionnelles », in *Regard québécois sur le droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 348.

²⁸⁰ *R. c. Sharpe*, [2001] 1 RCS 45, note 69, §. 32.

CONCLUSION DU CHAPITRE I DU TITRE I

62. La conciliation du droit pénal avec le droit constitutionnel comparé. La comparaison entre les contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France et au Canada nécessite d'identifier, en amont, les conceptions de la question prioritaire de constitutionnalité et celle de l'exception d'inconstitutionnalité canadienne. En effet, respectivement en France et au Canada, s'exerce un contrôle abstrait et concret de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*. À leur tour, les conceptions abstraites ou concrètes des contrôles font naître un contentieux constitutionnel de nature « subjective » ou « objective ». Par conséquent, les contestations constitutionnelles s'inscrivent au sein de deux procès pénaux qui sont le reflet d'un système de justice constitutionnelle spécifique. En effet, les systèmes de contrôles de constitutionnalité des lois *a posteriori* reflètent une culture juridique particulière. Au Canada, le contrôle concret de constitutionnalité des lois *a posteriori* est profondément enraciné dans la tradition juridique nationale d'inspiration anglo-saxonne. En revanche, en France, le contrôle abstrait de constitutionnalité des lois *a posteriori* s'explique, par la vision encore très positiviste des professionnels du droit. Partant, la conception divergente des deux contrôles se répercute nécessairement sur l'objet même de la question prioritaire de constitutionnalité et celui de l'exception constitutionnelle canadienne. Plus exactement, la loi *stricto sensu* représente l'objet du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en France, lorsque c'est l'application de la loi qui est examinée à l'aune de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette première divergence emporte des conséquences inéluctables sur la protection des droits et libertés fondamentaux des justiciables pénaux. Comment, en effet, est-il possible de pourvoir efficacement à la protection des situations subjectives des justiciables pénaux en n'exerçant pas le contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* au-delà même de la norme pénale ? À cet égard, une protection asymétrique des droits et libertés fondamentaux des justiciables pénaux, en France et au Canada, est observable. La comparaison de la détermination de la norme de référence au sein du contrôle *a posteriori* en France et au Canada accuse, à plus forte raison, la divergence de conception des deux contrôles de constitutionnalité *a posteriori*.

Chapitre II : La protection des droits des justiciables pénaux à l'épreuve de la détermination de la norme de référence du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*

63. L'identification nécessaire des droits et libertés fondamentaux en matière pénale. Le contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* nécessite l'identification de deux pôles, soit la norme « contrôlée », c'est-à-dire la disposition législative litigieuse, et la norme de « contrôle » à savoir le principe qui entre en conflit avec la précédente. Après avoir déterminé l'objet du contrôle *a posteriori* et du contexte procédural l'entourant en France et au Canada, il est logique d'en identifier les normes de référence. Ainsi, nous identifierons les droits et libertés qui intéressent particulièrement la matière pénale. La spécificité de la matière pénale autorise à catégoriser ces normes constitutionnelles. Pour ce faire, il faut partir des définitions du droit pénal consacrées de part et d'autre de l'Atlantique. Comme il a été déjà précisé²⁸¹, en France, compris dans son sens large, le droit pénal correspond à « l'ensemble des règles juridiques qui organisent la réaction de l'État vis-à-vis des infractions et des délinquants »²⁸². Plus précisément, il regroupe l'ensemble des règles de fond qui déterminent les infractions, les peines qui leur sont applicables et les conditions de la responsabilité pénale, ainsi que les règles de forme relatives à la constatation et à la prévention des infractions, à la poursuite et au jugement de leurs auteurs et à l'application des peines »²⁸³. Au Canada, une loi relevant de la compétence sur le droit criminel doit comporter trois éléments, soit un objet valide de droit criminel assorti d'une interdiction et d'une sanction²⁸⁴. Conséquemment, l'étude comparée s'attarde en premier lieu, à identifier les normes de référence au regard desquelles s'effectuent les contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France comme au Canada (Section I). Une fois les normes de référence connues, les justiciables pénaux peuvent déclencher la contestation constitutionnelle

²⁸¹ *Supra.* n° 8.

²⁸² J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 18 éd., Référence, 2010, p. 16.

²⁸³ A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, *op. cit.*, p. 1.

²⁸⁴ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada* (Procureur général), [1995] 3 RCS §. 199 ; *Scowby c. Glendinning*, 1986 [1986] 2 RCS §. 226.

inscrite au sein du procès pénal (Section II). Cette dernière étude révèle que les juges constitutionnels de part et d'autre de l'Atlantique, utilisent une approche plus ou moins abstraite dans l'interprétation des normes de référence au regard desquelles sont évaluées les dispositions législatives contestées.

Section I : L'identification des normes de référence lors d'une contestation constitutionnelle au sein du procès pénal

64. La spécificité de la matière pénale et la portée des garanties pénales. En France comme au Canada, les juges constitutionnels protègent, par le biais de leurs décisions, les droits et les principes inscrits respectivement dans la Constitution du 4 octobre 1958 et dans la Constitution canadienne de 1982. En France, les questions prioritaires de constitutionnalité soulevées concernent principalement les droits et libertés garantis par le bloc de constitutionnalité. Au Canada, les garanties juridiques offertes aux individus en matière criminelle sont principalement consacrées aux articles 7 à 14 de la *Charte canadienne des droits et des libertés*²⁸⁵. Afin de cerner correctement la portée de ces garanties juridiques dans le domaine du droit criminel en France comme au Canada, il convient de procéder à un recensement des droits fondamentaux reconnus aux sujets de droit criminel. Respectant la logique classique qui gouverne la matière pénale, seront successivement évoquées les normes de « contrôle » relatives au droit pénal de fond (§1) et celles qui se rapportent à la procédure (§2).

²⁸⁵ A.-M. BOISVERT, « Vingt-cinq ans de droit pénal canadien « constitutionnalisé » : La désillusion ? », in *Le juge constitutionnel et la proportionnalité. Juge constitutionnel et droit pénal, op.cit.*, p. 453.

§1 : Les droits fondamentaux du justiciable en droit pénal de fond

65. Les principes directeurs en droit pénal de fond. Le premier principe cardinal qui transcende la matière pénale, tant française que canadienne, demeure le principe de la légalité criminelle. Le principe de la légalité des délits et des peines exige que le système répressif, notamment dans la détermination des agissements incriminés et des peines applicables, soit organisé et fonctionne selon les règles édictées par le pouvoir législatif. Cesare Beccaria, écrivait ainsi, au XVIII^{ème} siècle, « que les lois seules peuvent fixer les peines de chaque délit, et que le droit de faire des lois pénales ne peut résider que dans la personne du législateur, qui représente toute la société unie par un contrat social »²⁸⁶. En droit français, l'exposé du principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines est énoncé à l'article 34 de la Constitution française²⁸⁷. Seule l'intervention législative est légitime à créer des incriminations et des peines comme le rappelle encore le Conseil constitutionnel dans sa décision du 24 janvier 2017²⁸⁸. Au Canada, le principe de légalité criminelle *stricto sensu* est consacré à l'article 11(g) de la *Charte canadienne des droits et libertés de 1982*²⁸⁹. Le principe de légalité ne concerne pas seulement les incriminations ; il régit aussi la détermination des peines²⁹⁰. Ainsi, le Conseil constitutionnel contrôle l'application des garanties de la discipline répressive, sur le modèle de la « matière pénale » de la Cour européenne, à toute sanction ayant le caractère d'une punition²⁹¹. Au Canada, les juges constitutionnels incorporent dans la notion classique de peine toute « véritable conséquence pénale »²⁹². De part et d'autre de l'Atlantique, l'enjeu de la définition de la « peine » en droit constitutionnel réside dans la détermination du régime juridique applicable et dans les garanties procédurales qui vont, ou non,

²⁸⁶ C. BECCARIA, Des délits et des peines, §III « Conséquences de ces principes », *op. cit.*, pp. 13-15.

²⁸⁷ Art. 34 Const. 4 oct. 1958.

²⁸⁸ Cons. const., 24 janv. 2017, n° 2016-608 QPC, Mme Audrey J. [Délit de communication irrégulière avec un détenu] ; M. EVANS, L'article 434-35 du code pénal paralysé par le Conseil constitutionnel, *AJPénal*, mars 2017, n° 3, p. 130-131.

²⁸⁹ L'alinéa 11(g) dispose que : « 11. Tout inculpé a le droit : g) de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations ; ». On peut aussi invoquer l'article 9 du *Code criminel*.

²⁹⁰ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 21 éd., 2009, p. 32.

²⁹¹ Cons. const., 30 déc. 1982, n° 82-155 DC, consid. n° 33 ; L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale », *Mélanges A. VITU*, Cujas 1989, p. 169.

²⁹² *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 RCS 541.

être accordées aux justiciables. Dans cette perspective, il convient de déterminer les champs d'application des normes constitutionnelles en droit pénal de fond en France et au Canada. Pour ce faire, il convient dans un premier temps de préciser le champ d'application des normes constitutionnelles par rapport aux incriminations (A) puis, celui par rapport aux sanctions pénales (B).

A) Le champ d'application des normes constitutionnelles par rapport aux incriminations

66. La légalité et le droit criminel. La matière pénale, tant française que canadienne, est régie par le principe cardinal de la légalité criminelle qui recouvre plusieurs réalités. Au sens strict tout d'abord, ce principe constitutionnel comprend le principe de la légalité des délits et des peines. Dans son acception formelle, il signifie que le droit pénal doit émaner du Parlement. Le principe de la légalité formelle interdit ainsi au juge de créer une infraction ou d'en étendre le champ d'application²⁹³. Au Canada également, le principe de légalité consacré notamment par l'article 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, confère le pouvoir de définition des infractions et des peines au Parlement²⁹⁴. Les juges canadiens n'ont donc pas juridiction si les infractions ou les peines ne sont pas prévues par le législateur. Par ailleurs, il découle de ce principe constitutionnel, aussi bien pour les législateurs ou pour les juges répressifs français et canadiens, d'autres impératifs tels que celui de la qualité de la loi pénale (1). En effet, c'est avant tout le principe de légalité qui joue à travers l'exigence de la qualité de la loi pénale. De part et d'autre de l'Atlantique, les juges constitutionnels pourvoient au respect des autres normes constitutionnelles qui sont le soutien nécessaire contre une justice arbitraire. En effet, en France comme au Canada, la loi pénale doit présenter des qualités intrinsèques afin d'être valide sur le plan constitutionnel. C'est précisément à travers l'étude de ces autres impératifs législatifs découlant du principe de la légalité criminelle qu'il convient de vérifier si, le contrôle concret de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* exercé au Canada, permet une meilleure protection desdites garanties comparativement au contrôle abstrait « à la française ». Cependant,

²⁹³ Cass. crim., 3 juin 2004, n° 03-80593, *Bull. crim.*, n° 152 p. 567.

²⁹⁴ V. aussi l'article 9 du *Code criminel*.

certaines incriminations ont pu être censurées sur « QPC » sur le fondement d'autres principes comme le principe d'égalité devant la loi pénale²⁹⁵ (2).

1) Les exigences découlant de la qualité de la loi pénale

67. De la multitude des fondements du grief d'imprécision à la variété des qualités formelles et matérielles des lois pénales. Afin d'appréhender convenablement le contrôle des qualités formelles et matérielles des lois pénales en France et au Canada, il convient au préalable d'identifier les fondements qui consacrent ce contrôle (a). Une fois cette étape effectuée, le contenu des qualités formelles des lois pénales peut être envisagé (b).

a) Les fondements du contrôle des qualités formelles et matérielles des lois pénales

68. Le cantonnement de l'invocation de la théorie d'imprécision constitutionnelle.

En France et au Canada, les juges constitutionnels convergent dans la recherche d'une qualité formelle minimale quant aux lois pénales. Outre-Atlantique, la théorie de la nullité pour imprécision a été véritablement élaborée dans l'affaire charnière *Nova Scotia Pharmaceutical Society*²⁹⁶. Le juge Gonthier a posé le critère de l'imprécision ainsi : « Une loi sera jugée d'une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire »²⁹⁷. Deux fondements, directement liés au principe de la primauté du droit²⁹⁸, sous-tendent la théorie de l'imprécision. D'une part, la nécessité de donner aux citoyens un avertissement raisonnable au sujet de la conduite prohibée et,

²⁹⁵ R. KOERING-JOULIN, J.-F. SEUVIC, « Droits fondamentaux et droit criminel », *AJDA*, 20 juill. 1998, n° spécial, p. 106.

²⁹⁶ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical society*, [1992] 2 *RCS* 606 : les appelants ont fait l'objet d'une mise en accusation portant sur deux chefs de complot pour empêcher ou diminuer, indûment, la concurrence, en contravention de l'article 32 (1) c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Les juges suprêmes étaient appelés à déterminer si le terme « indûment », dans le cadre de l'article 32 (1) c) de la *Loi*, était imprécis au point d'être incompatible avec l'article 7 de la *Charte*. La Cour suprême du Canada juge la disposition législative contestée conforme à l'article 7 de la *Charte*.

²⁹⁷ *Ibidem*.

²⁹⁸ A. VIOLETTE, Précisions sur la théorie de l'imprécision en matière constitutionnelle, *R. du B.*, Tome 63, 2003, p. 108.

d'autre part, la nécessité de limiter le pouvoir discrétionnaire dans l'application des lois²⁹⁹. La première composante de la primauté du droit, soit l'avertissement raisonnable aux justiciables se compose de deux dimensions. La première, formelle, tend à l'accessibilité de la disposition, c'est-à-dire à la publicité formelle de la disposition³⁰⁰. La seconde, matérielle, vise à la compréhension de la disposition. Plus précisément, « Du point de vue du fond, l'avertissement raisonnable réside donc dans la conscience subjective de l'illégalité d'une conduite, fondée sur les valeurs qui forment le substrat du texte d'incrimination et sur le rôle que joue le texte d'incrimination dans la vie de la société »³⁰¹. Cette première composante de la primauté du droit combiné avec la deuxième, c'est-à-dire la nécessité de limiter le pouvoir discrétionnaire dans l'application des lois, élaborent le critère de la « sphère du risque »³⁰² au regard duquel les juges constitutionnels évaluent la précision de la disposition.

Plus exactement, il ressort de la jurisprudence canadienne, que le grief d'imprécision peut être invoqué au regard de trois normes de référence : les articles 7, 11 et 1^{er} de la *Charte canadienne des droits et liberté de 1982*. Dans le cas des articles 7 et 11, l'imprécision représente une violation directe de garanties constitutionnelles. Dans celui de l'article 1^{er}, l'imprécision représente un vice qui empêche de sauvegarder une atteinte aux droits dans le cadre d'une société libre et démocratique. Autrement dit, l'imprécision peut être invoquée dans le cadre de ces trois principaux articles substantiels de la *Charte* comprenant une « restriction inhérente »³⁰³ aux droits ou libertés fondamentaux.

C'est au regard de l'article 7 de la *Charte* que le grief d'imprécision est le plus souvent invoqué par les justiciables³⁰⁴, mais rarement avec succès. A ce titre, la précision législative constitue un « principe de justice fondamentale »³⁰⁵.

²⁹⁹ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical society*, [1992] 2 RCS 606, p. 626-627.

³⁰⁰ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical*, [1992] 2 RCS 606, note 5, p. 633. L'exigence de publicité formelle est présumée satisfaite, dans le cadre du droit criminel, en raison de la présence de l'article 19 du *Code criminel*. Cet article impose, en effet, une présomption de connaissance et de compréhension de la loi.

³⁰¹ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical*, [1992] 2 RCS 606, note 5 à la p. 634.

³⁰² *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical*, [1992] 2 RCS 606, note 5 à la p. 634.

³⁰³ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 RCS 606, note 3, p. 631 : « L'imprécision peut être soulevée aux termes des dispositions de fond de la *Charte* chaque fois que ces dispositions comprennent une restriction inhérente ».

³⁰⁴ L. GAY, « Le contrôle des qualités formelles de la loi en droit constitutionnel comparé : France, Espagne et Canada », in *Autour de la qualité des normes*, op. cit., p. 111.

³⁰⁵ *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1) c.) du Code Criminel (Man.)*, [1990] 1 RCS 1123, note 5, p. 1155.

De même, une disposition législative qui prévoit un motif de détention avant procès en termes imprécis enfreint l'alinéa 11e) de la *Charte*, selon lequel « tout inculpé a le droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable »³⁰⁶. La mention « sans juste cause » commande que la mise en liberté sous caution ne soit refusée que dans certains cas précis.

Enfin, l'article 1^{er} de la *Charte canadienne* de 1982, qui énonce que « La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique » offre une troisième possibilité d'invoquer le grief d'imprécision d'une loi restreignant une liberté ou un droit garanti par ce texte et cela sous deux aspects. Premièrement, à l'étape de la règle de droit, au motif que la disposition est imprécise au point qu'elle ne satisfait pas à l'exigence selon laquelle une restriction de droits garantis par la *Charte* doit être prescrite « par une règle de droit ». Ainsi, dans l'affaire *Irwin Toy*³⁰⁷, la Cour suprême a pu préciser qu'une loi trop imprécise pourrait ne pas constituer « une règle de droit » au sens de l'article 1^{er} susvisé. En second lieu, à l'étape du volet de « l'atteinte minimale » du test de proportionnalité de l'article premier³⁰⁸. En ce sens, l'affaire *Keegstra*³⁰⁹ atteste que la théorie de l'imprécision peut jouer sous le volet relatif à l'atteinte minimale au droit. En effet, il convient de rappeler que les juges canadiens doivent s'assurer de la légitimité de la restriction apportée à un droit ou une liberté. Pour ce faire, les juges canadiens procèdent en plusieurs étapes.

Ainsi, lorsqu'il est établi que la restriction est bien prévue par une règle de droit et qu'elle poursuit un objectif suffisamment important, la Cour suprême la soumet ensuite à un test de proportionnalité qui se subdivise en trois étapes. Le jugement *Oakes*³¹⁰ précise sur ce point, que les trois étapes portent sur le contrôle de l'existence d'un lien rationnel entre la restriction au droit et l'objectif poursuivi, de l'atteinte minimale au droit et de la proportionnalité proprement dite entre la restriction et les objectifs poursuivis.

³⁰⁶ *R. c. Morales*, [1992] 3 RCS 711.

³⁰⁷ *Irwin Toy Ltd c. Québec*, [1989] 1 RCS 927.

³⁰⁸ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical society*, [1992] 2 RCS 606, note 3, p. 626.

³⁰⁹ *R. c. Keegstra*, [1990], 3 RCS 697.

³¹⁰ *R. c. Oakes*, [1986], 1 RCS 103.

Concernant la deuxième étape qui a trait à la vérification de l'atteinte minimale, la Cour suprême du Canada admet qu'un texte manquant de clarté pourrait conduire à le restreindre au-delà de ce qui est nécessaire, justifiant de surcroît l'invalidité de la disposition litigieuse³¹¹.

En somme, l'identification des possibilités d'invoquer la théorie de l'imprécision sur les chefs des articles 7, 11 et 1^{er} de la *Charte* atteste de la place plurielle de l'imprécision dans les litiges relatifs à la *Charte canadienne des droits et libertés de 1982*. C'est en ce sens qu'il est permis d'avancer que l'imprécision représente un étalon général de constitutionnalité à l'image de la situation française³¹².

69. L'imprécision : un étalon général de constitutionnalité en France. Pour ce qui est de la situation française, ce n'est qu'en 1998³¹³ à propos de la loi relative à la réduction du temps de travail que le Conseil constitutionnel consacre le principe de clarté de la loi comme exigence constitutionnelle découlant de l'article 34 de la Constitution³¹⁴. Cette consécration est ensuite reprise dans les décisions successives par le Conseil constitutionnel confirmant le rang constitutionnel dudit principe³¹⁵.

³¹¹ *Ibidem*.

³¹² *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical society*, [1992], 2 RCS 606, §. 1.; Dans le même sens, *R. c. Heywood*, [1994] 3 RCS 761, §. 47.

³¹³ Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, consid. n° 10, *JORF* 14 juin 1998, p. 9033, *Rec.*, p. 258. En l'espèce, le Conseil constitutionnel rejette pour la première fois le grief d'inconstitutionnalité tiré du défaut de clarté de la loi. ; L. FAVOREU, « Loi sur les 35 heures », *D.*, 2000, pp. 60-61 ; L. FAVOREU, Note sous décision n° 98-402 DC, *RFDC*, 1998, pp. 640-642 ; N. MOLFESSIS, « Le Conseil constitutionnel redécouvre le droit civil », *RTD Civ.*, juill.-sept. 1998, n° 3, pp. 796-800 ; J.-E. SCHOETTL, « Travail », *AJDA*, 1998 pp. 495-499.

³¹⁴ Cons. const., 12 janv. 2001, n° 2001-455 DC, Loi de modernisation sociale, consid. n° 9, *JORF* 18 janv. 2002, p. 1053, *Rec.*, p. 49 ; B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de l'"autorité de la chose interprétée" par le Conseil constitutionnel. A propos de la question des quotas par sexe dans les jurys de concours de la fonction publique », *D.*, 26 juin 2003, n° 23, pp. 1507-1509 ; B. MATHIEU, « De quelques exemples récents de l'influence des droits européens sur le juge constitutionnel français - A propos des décisions 2002-458 DC et 2001-455 DC », *D.*, 2 mai 2002, n° 18, pp. 1439-1441 ; Th. DI MANNO, « Les quotas par sexe dans les jurys de concours et l'autorité de la chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 28 avril 2003, n° 16, pp. 820-825 ; A. VIALA, « La légalité des quotas par sexe (pour certains jurys de concours) », 28 avril 2003, n° 16, pp. 817-820 ; « La liberté d'entreprendre aurait-elle un "coût". F. RENEAUD, « A propos du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 12 janvier 2002 sur l'article 107 de la loi de modernisation sociale », *AJDA*, 11 nov. 2002, n° 18, pp. 1163-1167 ; D. RIBES, « Le Conseil constitutionnel et le financement des retraites ou quand le législateur déshabille Pierre pour habiller Paul... », *RFDC*, juill.-sept. 2002, n° 51, pp. 608-613 ; C. FRANCK, « Loi de modernisation sociale : La nouvelle définition du licenciement économique porte atteinte à la liberté d'entreprendre », *JCP G*, 12 juin 2002, n° 24, pp. 1096-1100 ; J.-E. SCHOETTL, « La loi de modernisation sociale devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 21 janv. 2002, n° 15, pp. 3-30.

³¹⁵ Cons. const., 14 janv. 1999, n° 98-407 DC, Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux, *JORF* 20 janv. 1999, p. 1028 *Rec.*, p. 21 ; R. GHÉVONTIAN, « Élection des conseils régionaux », *D.*, 2000, pp. 194-195 ; S. TRAORÉ, « Le Conseil constitutionnel et la modernisation de la vie publique. À propos de la décision 98-407 DC du 14 janvier 1999 », *DA.*, oct. 1999, n° 10, pp. 6-11 ; A. GRUBER, « La réforme des conseils régionaux », 1999, pp. 9-17 ; A. VIOLA, « La modification du scrutin des élections régionales : chronique d'une réforme... Attendue », *LPA*, 1999,

Par la suite, le contrôle des exigences des qualités formelles de la loi s'effectuera au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, lorsque de sa propre initiative, le Conseil constitutionnel fera découler des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789³¹⁶, ce nouveau paramètre de constitutionnalité. De même, dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, le contrôle des qualités formelles de la loi pénale a vocation à s'effectuer au regard de ces deux catégories d'exigences constitutionnelles.

b) Le contenu des qualités formelles et matérielles des lois pénales

70. Les contenus respectifs des exigences des qualités formelles et matérielles des lois pénales. Comme il a été dit, dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, le contrôle des qualités formelles de la loi pénale a vocation à s'effectuer tant au regard des exigences de clarté et de précision, qu'au regard des exigences d'accessibilité et d'intelligibilité des lois pénales. C'est la raison pour laquelle, il convient d'identifier d'abord, le contenu de l'exigence de clarté et de précision (i) puis, celui de l'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité des lois pénales (ii) de part et d'autre de l'Atlantique.

pp. 13-15 ; J.-C. ZARKA, « Aperçu rapide. La décision du Conseil constitutionnel n° 98-407 DC du 14 janvier 1999 relative aux institutions régionales », *JCP G*, 1999, pp. 449-450 ; L. FAVOREU, L. PHILIP, « Principe d'égalité, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel », *D.*, 2009, pp. 213-242 ; Cons. const., 13 janv. 2000, n° 99-423 DC, Loi relative à la réduction négociée du temps de travail, *Rec.* p. 33 ; v. OGIER-BERNAUD, « Liberté contractuelle - liberté d'entreprendre », *D.*, 2001, n° 23, pp. 1837-1837 ; N. MOLFESSIS, C. CHARBONNEAU et F.-J. PANSIER, « 35 heures : le droit à la paresse... ou la paresse du législateur », *LPA*, 2000, pp. 16-19 ; A. SAURET, G. PICCA, « Réduction négociée du temps de travail et sécurisation juridique », *LPA*, 2000, p. 10 ; J.-E. SCHOETTL, « L'examen par le Conseil constitutionnel de la loi relative à la réduction négociée du temps de travail », *LPA*, 2000, pp. 6-26.

³¹⁶ Cons. const., 2 déc. 2004, n° 2004-506 DC, Loi de simplification du droit, consid. n° 5, *JORF* 10 déc. 2004, p. 20876, texte n° 4, *Rec.*, p. 211 ; L. JANICOT, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle n° 35 (4ème partie et fin) », *LPA*, 11-14 nov. 2005, n° 225-226, pp. 4-8 ; J.-E. SCHOETTL, « Simplification du droit et constitution », *LPA*, 2004, pp. 6-19 ; C. SEVERINO, E. BRUCE, « Chronique annuelle de jurisprudence », *AJJC*, 2004, n° XX-2004, pp. 657-658 et pp. 663-664 ; S. MARASCO, « Les diverses jurisprudences relatives aux contrats de partenariat : le dialogue des juges en pratique », *Le Courrier juridique des finances et de l'industrie*, janv.-févr. 2005, n° 31, pp. 8-20.

i) Le contenu de l'exigence de clarté et de précision

71. Une loi claire et précise. « La recherche de procédés, de règles et de formules, destinés à une rédaction correcte et à une meilleure appréhension des textes normatifs »³¹⁷ doit toujours animer le travail du législateur. En outre, en matière pénale, cette exigence quant à la qualité rédactionnelle des textes s'avère essentielle tant ces derniers prescrivent les comportements devant être adoptés par les citoyens à défaut de quoi leurs libertés peuvent être entravées. La quête de précision rédactionnelle représente ainsi une des exigences constitutionnelles découlant du principe de la légalité des délits et des peines qui s'impose naturellement au législateur. Afin de prémunir les citoyens contre l'arbitraire, la loi doit être « suffisamment claire et précise », Portalis déclarant qu'« en matière criminelle, où il n'y a qu'un texte formel et préexistant qui puisse fonder l'action du juge, il faut des lois précises et point de jurisprudence »³¹⁸. Il incombe dès lors au Conseil constitutionnel de veiller au respect de la clarté et de la précision des lois pénales. Dès les premières questions prioritaires de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a ainsi eu l'occasion de rappeler ces conditions tenant à la qualité de la loi pénale. Ainsi, par exemple, dès la décision du 13 janvier 2011³¹⁹, le Conseil constitutionnel rappelle le contenu substantiel des exigences formelles de clarté et de précision des lois dans les termes suivants : « le législateur doit énoncer en des

³¹⁷ A. GIUDICELLI, « Le principe de la légalité en droit pénal français » - Aspects légistiques et jurisprudentiels », *RCS*, 2007, p. 509.

³¹⁸ J. E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de code civil*, Bordeaux, éd. Confluences, coll. Voix de la Cité, 2004, 78 p.; Sur ce point, au Canada, il convient de rappeler que c'est moins le rôle respectif des institutions législatives et judiciaires qui sous-tend le principe de légalité criminelle *stricto sensu* que le principe directeur de l'avertissement raisonnable : *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical society*, [1992] 2 *RCS* 608.

³¹⁹ Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC « Établissement Darty et Fils [Déséquilibre significatif dans les relations commerciales] », *JORF* 14 janv. 2011, p. 813, texte n° 123, *Rec.*, p. 63 ; A. DADOUN, « Faut-il avoir peur du "déséquilibre significatif" dans les relations commerciales ? Cons. const., 13 janv. 2011, 2010-85 QPC », *LPA*, 13 avril 2011, n° 73, pp. 17-23 ; D. MAINGUY, « Le Conseil constitutionnel et l'article L. 442-6 du code de commerce », *JCP G*, 7 mars 2011, n° 10, pp. 477-480 ; Y. PICOD, « Le déséquilibre significatif et le Conseil constitutionnel », *D.*, 10 févr. 2011, n° 6, pp. 415-418 ; B. FAGES, « La lutte contre les déséquilibres significatifs reçoit le renfort du Conseil constitutionnel », *RTD Civ.*, janvier-mars 2011, n° 1, pp. 121-122 ; J.-L. FOURGOUX, « Déséquilibre significatif : Le Conseil constitutionnel considère que le déséquilibre significatif des droits et obligations, prohibé par l'article L. 442-6-I 2° du Code de commerce, respecte le principe de légalité des délits et des peines », *Concurrences : revue des droits de la concurrence*, mars 2011, n° 1-2011, pp. 131-132 ; D. TRICOT, « Vers un équilibre significatif dans les pratiques commerciales », *Concurrences : revue des droits de la concurrence*, mars 2011, n° 1-2011, pp. 26-30 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le Conseil constitutionnel peut-il vraiment statuer sans se soucier de l'opportunité ? (A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 13 janvier 2011 sur le déséquilibre significatif) », *Revue Lamy de la Concurrence*, avril - juin 2011, n° 27, pp. 41-44 ; J.-C. GRALL, J. ZOUGHI, « Le déséquilibre significatif conforme à la Constitution ! », *Décideurs stratégie finance droit. Guide-annuaire*, 2011, n° 2010-2011, pp. 148-149.

termes suffisamment clairs et précis la prescription dont il sanctionne le comportement ». En l'espèce, c'est la notion de « déséquilibre significatif », introduite par le législateur avec la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 qui alimentait le doute quant à sa conformité avec les exigences constitutionnelles de clarté et de précision. La vigueur des principes relatifs à la clarté et à la précision des lois pénales a surtout été attestée par certaines « décisions QPC » du Conseil constitutionnel en matière d'infractions sexuelles³²⁰. En effet, après l'abrogation pour imprécision fin 2011³²¹ et début 2012³²² des infractions incestueuses, le Conseil a abrogé le délit de harcèlement sexuel, en raison de l'insuffisante définition du comportement incriminé le 4 mai 2012³²³.

³²⁰ Dans l'affaire *R. c. Mara*, [1997], §. 37, il était question « d'indécence de spectacle de scènes ».

³²¹ Cons. const., 16 sept. 2011, n° 2011-163 QPC, M. Claude N. [Définition des délits et crimes incestueux], *JORF* 17 sept. 2011, p. 15600, texte n° 74, *Rec.*, p. 446 ; *D.* 2011, p. 2204 ; *Dr. pén.* 2011, comm. 130, obs. VÉRON. ; *Gaz. Pal.* 13-14 janv. 2012, p. 35, obs. S. DETRAZ ; *RSC* 2011, p. 830, obs. Y. MAYAUD ; A. LEPAGE, « La définition des agressions sexuelles incestueuses n'est pas conforme au principe de la légalité en raison de son caractère imprécis », *JCP G*, 2011, n° 43-44, 1160, p. 1930.

³²² Cons. const., 17 févr. 2012, n° 2011-222 QPC, M. Bruno L. [Définition du délit d'atteintes sexuelles incestueuses], *JORF* 18 févr. 2012, p. 2846, texte n° 71, *Rec.*, p. 123.

³²³ Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC, M. Gérard D. [Définition du délit de harcèlement sexuel], *JORF* 5 mai 2012, p. 8015, texte n° 150, *Rec.*, p. 233 ; P. BLACHER, *Droit pénal général, LPA*, 15 juill. 2013, n° 140, pp. 12-14 ; C. LEBORGNE-INGELAERE, « Harcèlement : les QPC relatives au harcèlement moral ne verront pas le Conseil constitutionnel ! [Cass. soc., 11 juillet 2012, n° 12-40051 ; Cass. crim., 4 septembre 2012, n° 12-80222] », *JCP S*, 20 nov. 2012, n° 47, pp. 25-28 ; L. LETURMY, « Les dispositions nouvelles issues de la loi du 6 août 2012 à la suite de l'abrogation de l'article 222-33 du Code pénal relatif au délit de harcèlement sexuel [Droit pénal du travail] », *Rev. pén.*, octobre-décembre 2012, n° 4, pp. 950-954 ; J.-B. PERRIER, « Harcèlement sexuel : précisions sur l'abrogation en raison de l'imprécision », *AJpénal*, sept. 2012, n° 9, pp. 482-484 ; E. DREYER, « Rancoeur et droit pénal ? », *Gaz. Pal.*, 27-28 juill. 2012, n° 209-210, p. 3 ; B. LAPEROU-SCHENEIDER, « L'éclipse du harcèlement sexuel », *Dr. soc.*, 2012, n° 7-8, pp. 714-719 ; G. DIDIER, « Le harcèlement sexuel : une copie à refaire pour le législateur », *Dr. pén.*, juin 2012, n° 6, pp. 19-20 ; M. VÉRON, « Harcèlement sexuel. La création d'un vide juridique », *Dr. pén.*, juin 2012, n° 6, p. 32-33 ; S. DETRAZ, « Harcèlement sexuel : justification et portée de l'inconstitutionnalité », *D.*, 31 mai 2012, n° 21, pp. 1372-1375 ; F. KEREBEL, « Abolition du délit de harcèlement sexuel : une décision courageuse », *Gaz. Pal.*, 24 mai 2012, n° 137-138, pp. 9-10 ; A. CERF-HOLLENDER, « Imprécis et imprévisible délit de harcèlement sexuel », *RSC*, avril-juin 2012, n° 2, pp. 380-387 ; M. DANTI-JUAN, « Harcèlement sexuel [Chronique Droit pénal spécial II] », *Rev. pén.*, avril-juin 2012, n° 2, pp. 402-404 ; V. MALABAT, « Le harcèlement sexuel n'est plus... Comment redéfinir le harcèlement sexuel ? », *Rev. pé.*, avril-juin 2012, n° 2, pp. 389-397 ; Y. MAYAUD, « Le délit de harcèlement sexuel : histoire d'une abrogation fatale ! », *RSC*, avril-juin 2012, n° 2, pp. 371-374 ; X. PIN, « Infraction - Principe de légalité criminelle - Harcèlement sexuel - Imprécision des éléments de l'infraction - Inconstitutionnalité (Oui) [Chronique Droit pénal général] », *RPDP*, avril-juin 2012, n° 2, pp. 367-373 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, « Harcèlement sexuel. Valmont doit-il aller en prison ? », *D.*, 31 mai 2012, n° 21, pp. 1344-1345 ; A. LEPAGE, « À propos de l'abrogation de l'article 222-33 du Code pénal », *JCP G*, 4 juin 2012, n° 23, pp. 1094-1096 ; R. PARIZOT, « Exit le délit-tautologie de harcèlement sexuel », *LPA*, 24 mai 2012, n° 104, pp. 3-5 ; C. RADET, « Abrogation du délit de harcèlement sexuel : quelles conséquences en droit du travail ? », *D.*, 31 mai 2012, n° 21, p. 1392 ; F. ROME, « Harceleurs, le retour ? [Éditorial] », *D.*, 10 mai 2012, n° 19, pp. 1177-1179 ; V. ROULET, « Harcèlement sexuel : abrogation avec effet immédiat de l'article 222-33 du Code pénal », *JCP S*, 12 juin 2012, n° 24, pp. 28-30.

72. Les questions prioritaires de constitutionnalité concernant l'inceste. La notion défectueuse d'inceste commis sur un mineur introduite par la loi du 8 février 2010³²⁴ a justifié deux interventions successives du Conseil constitutionnel. La première décision QPC du 16 septembre 2011, au sein de laquelle était mise en cause la constitutionnalité de l'article 222-31-1 du Code pénal, concerne l'inceste relatif aux agressions sexuelles et viol. La seconde décision QPC du 17 février 2012 vise l'inceste relatif à l'infraction d'atteintes sexuelles prévu à l'article 227-27-2 du Code pénal. Concernant l'article 222-33-1 du Code pénal, le Conseil constitutionnel a relevé que ce texte flou ne permettait pas d'identifier clairement tous les auteurs d'un inceste. En raison de ces imprécisions textuelles, le Conseil constitutionnel déclare inconstitutionnel l'article 222-31-1 du Code pénal relatif aux agressions sexuelles et viols ainsi que son « jumeau », l'article 227-27-2 du code pénal. Selon le Conseil constitutionnel « s'il était loisible au législateur d'instituer une qualification pénale particulière pour désigner les agissements sexuels incestueux, il ne pouvait, sans méconnaître le principe de légalité des délits et des peines, s'abstenir de désigner précisément les personnes qui doivent être regardées, au sens de cette qualification, comme membres de la famille ; que, par suite..., la disposition contestée doit être déclarée contraire à la Constitution »³²⁵. En définitive, afin d'accueillir le grief tiré de la méconnaissance des principes de clarté et de précision des lois pénales au sein desdites questions prioritaires de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel adopte une approche principalement objective. En ce sens, à deux reprises, pour conclure à l'imprécision des lois pénales litigieuses, les Sages se penchent uniquement sur la textualité des incriminations litigieuses. Partant, ils relèvent le défaut de précision quant aux auteurs potentiels d'une agression ou viol

³²⁴ L. n° 2010-121, 8 févr. 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, *JORF* n° 0033, 9 févr. 2010, p. 2265, texte n° 1.

³²⁵ Cons. const. 16 sept. 2011, n° 2011-163 QPC, consid. 4 ; P. BONFILS, « La disparition de l'inceste dans le Code pénal », *Dr. fam.*, juin 2012, n° 6, pp. 35-36 ; J.-C. PLANQUE, « Infractions incestueuses : Objets Pénaux Non Identifiés et conséquences identifiables », *Gaz. Pal.*, 18-19 avril 2012, n° 109-110, pp. 13-15 ; E. FORTIS, « De l'influence des QPC sur la définition des infractions ou du principe de la légalité des délits et peines *a posteriori* », *RSC*, janvier / mars 2012, n° 1, pp. 131-137 ; B. DE LAMY, « Chronique de droit pénal constitutionnel », *RSC*, janv-mars 2012, n° 1, pp. 217-237 ; B. DE LAMY, « La conception constitutionnelle de la légalité pénale et les aléas de la jurisprudence de la chambre criminelle », *RSC*, janv-mars 2012, n° 1, pp. 221-227 ; M. TINEL, « La famille en droit pénal », *Droits*, 2012, n° 56, pp. 155-177 ; C. PORTERON, « Le respect du principe de légalité : un rappel évident... mais nécessaire », *AJ Pénal*, déc. 2011, n° 12, pp. 588-589 ; J. BUISSON, « QPC : principes de légalité des délits et des peines et de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère », *Procédures*, novembre 2011, n° 11, p. 26 ; M. VÉRON, « Actes incestueux. La définition déclarée contraire à la Constitution », *Dr. pén.*, nov. 2011, n° 11, pp. 19-20 ; A. LEPAGE « La définition des agressions sexuelles incestueuses n'est pas conforme au principe de la légalité en raison de son caractère imprécis », *JCP G*, 24 oct. 2011, n° 43-44, pp. 1930-1932.

incestueux. Ce raisonnement objectif entrepris par les Sages se retrouve au sein de la question prioritaire de constitutionnalité concernant le harcèlement sexuel.

73. La question prioritaire de constitutionnalité concernant le harcèlement sexuel.

L'inconstitutionnalité déclarée de l'article 222-33 du code pénal résulte de l'imprécision de l'élément matériel du délit de harcèlement sexuel. C'est qu'en effet, les modifications législatives successives ont entraîné un émiettement de la textualité de l'infraction. Créé dans le code pénal de 1994, l'article 222-33 précisait tant les moyens utilisés par le harceleur « en donnant des ordres, proférant des menaces, imposant des contraintes ou exerçant des pressions graves », que la qualité de la personne auteur du délit de harcèlement sexuel « par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ». Cependant, la réforme du 17 janvier 2002³²⁶ est venue supprimer toutes ces composantes. Le délit de harcèlement sexuel était ainsi défini comme « le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle »³²⁷. C'est dans ce contexte que le Conseil constitutionnel, le 4 mai 2012, dû s'interroger sur la question d'une potentielle violation du principe de légalité des délits et des peines et des principes de clarté, de prévisibilité et de sécurité juridique en raison de l'absence de définition de l'infraction. À cet égard, il énonce « qu'il résulte de ce qui précède que l'article 222-33 du code pénal permet que le délit de harcèlement sexuel soit punissable sans que les éléments constitutifs de l'infraction soient suffisamment définis ; qu'ainsi, ces dispositions méconnaissaient le principe de légalité des délits et des peines et doivent être déclarées contraires à la Constitution »³²⁸. En somme, afin d'accueillir le grief tiré de la méconnaissance des principes de clarté et de précision des lois pénales au sein de ladite question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel relève le défaut de précision des composantes de l'élément matériel du délit de harcèlement sexuel. Autrement dit, le Conseil constitutionnel n'apprécie pas l'imprécision des textes pénaux à l'aune d'un contexte interprétatif plus large. À cet égard, une nette différence apparaît quant à l'appréciation de l'imprécision des lois pénales

³²⁶ L. n° 2002-73 du 17 janv. 2002 de modernisation sociale, *JORF* 18 janv. 2002, p. 1008, texte n° 1.

³²⁷ D. ROETS, « L'inquiétante métamorphose du délit de harcèlement sexuel », *D.* 2002, p. 2059.

³²⁸ Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC, consid. 5.

effectuées par les juges canadiens dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

74. Les raisonnements adoptés par les juges constitutionnels. Nous avons déjà mentionné les différentes acceptions que peut recouvrir le sens d'un contrôle « concret » de constitutionnalité³²⁹. Suivant la théorie du droit vivant consacrée par la doctrine italienne, un contrôle de constitutionnalité est dit « concret » lorsque « l'interprétation consolidée » des normes représente l'objet du contrôle *a posteriori*. Dans cette hypothèse, le contrôle est concret en raison de l'objet sur lequel porte la question posée au Conseil constitutionnel. Par ailleurs, dans un second sens, le contrôle est dit « concret », lorsque c'est l'application de la loi et non pas la loi *stricto sensu*, qui est examinée au regard des normes constitutionnelles. Dans cette hypothèse, c'est la manière à travers laquelle les juges constitutionnels examinent la question qui leur est posée qui permet d'établir le caractère concret du contrôle. L'étude du contrôle des qualités formelles des lois pénales au Canada atteste également de l'aspect concret du contrôle *a posteriori*. L'aspect concret du contrôle *a posteriori* peut d'abord être révélé par le refus de la Cour suprême d'examiner la question de l'imprécision d'une loi dans l'abstrait. Les juges suprêmes s'expriment en ce sens dans l'affaire *Ontario*³³⁰ : « la question de l'imprécision ne doit pas être examinée dans l'abstrait, mais plutôt être examinée dans un contexte interprétatif plus large élaboré dans le cadre d'une analyse de certains aspects tels que l'objectif, le contenu et la nature de la disposition attaquée, les valeurs sociales en jeu, les dispositions législatives connexes et les interprétations judiciaires antérieures de la disposition. C'est uniquement après s'être acquitté intégralement de son rôle d'interprétation qu'un tribunal est en mesure de déterminer si la disposition attaquée fournit un guide suffisant pour un débat judiciaire ».

À l'aune de ce considérant, il est permis de constater que l'exigence de précision de la loi ne représente pas une qualité intrinsèque au texte. Au contraire, cette qualité rédactionnelle se révèle, le cas échéant, au terme de l'application concrète de la loi, qui commande la prise en compte d'un contexte d'ensemble. Au Canada, l'aspect concret du contrôle *a posteriori*, peut être attesté sous une autre dimension.

³²⁹ *Supra* n° 24.

³³⁰ *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995], 2 RCS 1031, §. 47.

75. L'intégration des *précédents* dans le contrôle des qualités formelles des lois

pénales. Lors de l'évaluation de la précision des lois, il apparaît que la Cour suprême inclut les interprétations judiciaires antérieures de la disposition litigieuse³³¹. Tel a notamment été le cas, au sein des affaires sur le *Renvoi relatif à la prostitution*³³² ou bien encore *Nova Scotia pharmaceutical society*³³³. Dans le premier arrêt, le gouvernement du Manitoba a soumis à la Cour d'appel de la province une question concernant l'interdiction frappant les maisons de débauche et les communications en public à des fins de prostitution. L'article 193 du *Code criminel* prévoit essentiellement que quiconque tient une maison de débauche commet une infraction. Pris hors contexte, ce texte pourrait emporter l'inconstitutionnalité en raison d'une « imprécision inacceptable »³³⁴. Cependant, les interprétations et applications judiciaires antérieures du texte litigieux permettent de lui octroyer un label de constitutionnalité. En effet, le sens de l'expression « maison de débauche », a été interprété et appliqué dans plusieurs décisions antérieures³³⁵. La jurisprudence offre aux juges une balise constitutionnelle guidant le « débat judiciaire »³³⁶, tout en octroyant aux citoyens un avertissement raisonnable au sujet de la conduite prohibée. Par conséquent, l'article 193 du *Code criminel* ne contrevient pas à l'article 7 de la *Charte*. Il en va de même de l'article 195. 1 (1)c) dudit *Code* qui prévoit « que quiconque arrête ou tente d'arrêter une personne ou, de quelque manière que ce soit, communique ou tente de communiquer avec elle à des fins de prostitution commet une infraction ». Si la « formulation large »³³⁷ a été pointée par les juges, l'article ne souffre pas d'imprécision inacceptable au point de ne pas offrir aux citoyens un avertissement raisonnable et de risquer l'arbitraire judiciaire. Pour conclure en ce sens, les juges se réfèrent aux précédents *Edwards and Pine*³³⁸ et *McLean*³³⁹. Ces deux affaires précisent que la portée large des dispositions législatives n'empêche pas les tribunaux de donner un sens précis à ses termes. En

³³¹ L. GAY, « Le contrôle des qualités formelles de la loi en droit constitutionnel comparé : France, Espagne et Canada », in *Autour de la qualité des normes*, op. cit., p. 139.

³³² *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 RCS 000.

³³³ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical society*, [1992], 2 SCR 606.

³³⁴ *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du code criminel (Man.)*, [1990] 1 RCS 1123, 1990.

³³⁵ *R. v. Sorko*, [1969] 4 CCC 241 (C.A.C.-B.) ; *R. v. Laliberté* [1973], 12 CCC (2d) 109 (C.A. Qué.) ; *R. v. McLellan* [1980], 55 CCC (2d) 543 (C.A.C.-B.).

³³⁶ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical society*, [1992] 2 RCS 606, pp. 626-627.

³³⁷ *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du code criminel (Man.)*, [1990] 1 RCS 1123, 1990.

³³⁸ *R. v. Edwards and Pine* [1986], 32 CCC (3d) 412 (C. cté C.-B.).

³³⁹ *R. v. McLean* (1986), 52 CR (3d) 262 (CSC-B.).

l'occurrence, l'expression « de quelque manière que ce soit communique », bien que très large, indique clairement aux individus la norme de conduite à adopter, c'est-à-dire « qu'ils ne doivent en aucune façon communiquer dans le but de se livrer à la prostitution ou de retenir les services sexuels d'une personne qui s'y livre ». Par conséquent, l'article 195.1 (1) c) du *Code criminel* respecte les prescriptions de l'article 7 de la *Charte*. De manière similaire, dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical society*³⁴⁰, l'argument de l'imprécision est examiné de manière concrète, c'est-à-dire, à l'aune d'un contexte dépassant le simple libellé des dispositions législatives critiquées ainsi qu'au regard des *précédents*³⁴¹ : « Quant à l'argument relatif à l'imprécision, le juge en chef Clarke considère qu'il faut étudier la disposition attaquée dans le contexte de la *Loi* dans son ensemble et de la jurisprudence pertinente ». Inversement, les juges suprêmes ont accueilli le grief d'imprécision inconstitutionnelle en constatant des discordances jurisprudentielles des dispositions législatives litigieuses. Cette dernière hypothèse peut être illustrée par les affaires *Morales*³⁴² et *Morgentaler*³⁴³. Au sein de la première espèce, c'est l'absence de sens constant ou établi de l'expression « intérêt public » comme justification de la privation du droit à la mise en liberté sous caution, qui entraîne l'annulation de la disposition pénale pour cause d'imprécision inconstitutionnelle. En effet, deux courants jurisprudentiels s'opposent. Le premier, donne une définition « pratique » des termes « l'intérêt public »³⁴⁴. Le second reconnaît la dimension plus « subjective » des termes litigieux³⁴⁵. Concernant la seconde affaire, c'est l'absence de définition « explicite et fonctionnelle »³⁴⁶ du terme « santé », comme critère d'autorisation d'avortement par les comités de médecins qui justifie

³⁴⁰ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical society*, [1992], 2 SCR 606 ; *infra*. n° 75.

³⁴¹ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical society*, [1992] 2 RCS 606.

³⁴² *R. v. Morales*, [1992] 3 SCR 711.

³⁴³ *R v Morgentaler*, [1988] 1 SCR 30.

³⁴⁴ *Re Powers and the Queen* (1972), 9 CCC (2d) 533 (H.C. Ont.) : « Le terme intérêt public qui « fait entrer en jeu divers éléments dont, et non les moindres, l'«image» du *Code criminel* auprès du public, les modifications apportées par la Loi sur la réforme du cautionnement, l'arrestation et la condamnation des criminels, les efforts visant à la dissuasion et, en dernier lieu, la protection de la vaste majorité des Canadiens qui non seulement ont une conscience sociale, mais encore sont respectueux des lois ».

³⁴⁵ *R. c. Demyen*, (1975), 26 CCC (2d) 324 (C.A. Sask.). Dans cette affaire, les juges canadiens considèrent que le terme «intérêt public» laisse toute latitude au tribunal : « À mon avis, le législateur avait l'intention d'accorder un pouvoir discrétionnaire large et illimité au juge qui serait appelé à décider ce en quoi pouvait consister l'intérêt public. Tenter de définir avec précision ce qu'est l'intérêt public non seulement serait difficile, mais encore amènerait à restreindre par voie judiciaire le pouvoir discrétionnaire absolu que le législateur a voulu conférer. L'interprétation correcte, à mon sens, consiste à donner au terme «intérêt public» une grande extension et à décider, selon les circonstances de chaque espèce, si l'intérêt public exige la détention du prévenu ».

³⁴⁶ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30, §. 44.

la recevabilité du grief d'imprécision. Cette carence rédactionnelle octroie aux comités de l'avortement thérapeutique un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer quand une atteinte éventuelle à la santé d'une femme peut justifier le recours à l'avortement. Si l'Organisation mondiale de la santé définit la « santé » « non comme l'absence de maladie ou d'infirmité, mais plutôt comme un état physique mental et social de bien-être »³⁴⁷, certains comités ont quelque peu « travesti » cette définition. Pour certains comités, la santé psychologique justifie un avortement thérapeutique mais pour d'autres non. D'autres refusent habituellement aux femmes mariées de recourir à l'avortement alors que d'autres l'autorisent sous conditions. En ce sens, certains comités exigent que la femme mariée démontre qu'elle subirait « un préjudice psychologique » en l'absence d'avortement. Pour d'autres, les femmes mariées doivent être « physiquement en danger » pour qu'une interruption de grossesse puisse se justifier. Ainsi, c'est cette confusion de la jurisprudence, conduisant à des inégalités dans le recours à l'avortement, qui est source de l'imprécision. Ces exemples jurisprudentiels illustrent la conception concrète de l'analyse relative à l'argument d'imprécision à laquelle sont susceptibles de recourir les juges canadiens. Par ailleurs, les analyses pragmatiques canadiennes du grief d'imprécision interrogent alors sur la difficulté de définir la précision des lois pénales françaises *in abstracto*.

76. Les apories d'un contrôle abstrait de la clarté de la loi pénale en France. En France, le professeur Koubi a mis en garde contre les apories liées à un contrôle *abstrait* de la clarté d'une loi. L'auteur conçoit en effet que « la bonne lecture de la loi par les citoyens, c'est-à-dire celle qui emporte leur compréhension, ne peut se révéler qu'au stade de l'application concrète de la norme »³⁴⁸. Toutefois, s'il semble que les Sages ont, dans un premier temps, été réticents à exercer une certaine forme de contrôle concret en la matière, l'étude de l'évaluation de la clarté et de la précision des lois par ces derniers semble, dans une certaine mesure, démentir l'hypothèse de départ. Partant du postulat suivant lequel l'intégration des décisions antérieures de la disposition litigieuse par les juges constitutionnels participe à la recherche *concrète* de clarté de la loi, il peut être relevé une certaine réticence de la part du

³⁴⁷ R. c. Morgentaler, [1988] 1 RCS 30, §. 43.

³⁴⁸ G. KOUBI, « Lire et comprendre : quelle intelligibilité de la loi ? », in *Le titre préliminaire du code civil*, (sous la dir. G. FAURÉ, G. KOUBI), Economica, coll. Études juridiques, 2003, p. 223.

Conseil constitutionnel à traiter l'argument d'imprécision de manière concrète. Cette réticence a pu être d'ores et déjà caractérisée lors du contrôle *a priori*³⁴⁹. Refusant d'intégrer les jurisprudences antérieures à la disposition litigieuse afin d'accueillir ou non du grief d'imprécision, la position du Conseil constitutionnel a pu être décrite comme s'inscrivant « dans la vision très classique du juge « bouche de la loi »³⁵⁰. Néanmoins, dans le cadre du contrôle *a posteriori*, il semblerait que certains arguments utilisés par le Conseil constitutionnel démentent cette tendance. Si le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de prononcer sur le fondement de la méconnaissance de l'exigence de précision de la loi pénale plusieurs censures de dispositions insuffisamment imprécises³⁵¹, la question prioritaire de constitutionnalité précitée du 13 janvier 2011³⁵² est particulièrement éloquente en ce qu'elle témoigne de l'effet « palliatif » et justificatif, de la jurisprudence antérieure quant au rejet du grief d'imprécision. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a validé la conformité à la Constitution du 2° du I de l'article L. 442-6 du code de commerce. La notion qui soulevait des difficultés en l'espèce était celle du « déséquilibre significatif » introduite par le législateur avec la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 afin de prévoir des gardes fous à d'éventuels excès dans la négociation commerciale entre les partenaires commerciaux. La sanction encourue en cas de soumission d'une partie à des obligations créant un « déséquilibre significatif » est notamment le paiement d'une amende civile. Assimilant cette dernière à une « sanction ayant le caractère d'une punition », le Conseil constitutionnel a admis que le principe de légalité des délits et des peines était susceptible d'être affecté par la disposition critiquée. Autrement dit, le Conseil constitutionnel valide dans le cas d'espèce, la compétence du législateur

³⁴⁹ « Le recours à l'incompétence négative du législateur dans le cadre du contrôle *a posteriori* de la loi : une construction inachevée », <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN7/porteT7.pdf>, p. 2.

³⁵⁰ B. MATHIEU, « La qualité du travail parlementaire : une exigence constitutionnelle », in *Constitutions et pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 357.

³⁵¹ Cons. const., 16 sept. 2011, n° 2011-163 QPC, consid. 4 ; Cons. const. 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC ; Cons. const. 6 févr. 2015, n° 2014-448 QPC, M. Claude A. [Agression sexuelle commise avec une contrainte morale], *JORF* n° 0033, 8 févr. 2015, p. 2326, texte n° 37 ; Cons. const., 7 avril 2017, n° 2017-625 QPC, M. Amadou S. [Entreprise individuelle terroriste], *JORF* n° 0085, 9 avril 2017, texte n° 38 ; Cons. const. 10 févr. 2017, M. David P. [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes], *JORF* n°0037, 12 févr. 2017 texte n° 46 ; Cons. const. 24 janv. 2017, n° 2016-608 QPC, Mme Audrey J. [Délit de communication irrégulière avec un détenu], *JORF* n° 0023, 27 janv. 2017, texte n° 99 ; Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-240 DC, M. Gérard D., [Définition du délit de harcèlement sexuel], *JORF* 5 mai 2012, p. 8015, texte n° 150, *Rec.*, p. 233 ; Cons. const., 16 sept. 2011, n° 2011-163 QPC, « M. Claude N. [Définition des délits et crimes incestueux] », *JORF*, 17 sept. 2011, p. 15600, texte n° 74, *Rec.*, p. 446 ; Cons. const. 17 févr. 2012, n° 2011-222 QPC, M. Bruno L. [Définition du délit d'atteintes sexuelles incestueuses], *JORF*, 18 févr. 2012, p. 2846, texte n° 71, *Rec.*, p. 123 ; v. *infra* n° 290, 291 et n° 292.

³⁵² *Supra* n° 71.

pour assortir la violation de certaines obligations civiles et commerciales d'une amende civile³⁵³. Mais dès lors, il incombe au législateur de définir en des termes clairs et précis la prescription dont il sanctionne le manquement. Une nouvelle fois, le Conseil constitutionnel estime que tel est le cas en l'espèce. Ce dernier utilise plusieurs arguments dont un qui retiendra particulièrement l'attention. En effet, après avoir argué du fait que la notion de « déséquilibre significatif » était déjà employée par le législateur³⁵⁴ et que « la juridiction saisie peut (...) consulter la commission d'examen des pratiques commerciales »³⁵⁵, le Conseil constitutionnel précise que « le contenu de la notion a déjà été précisé par la jurisprudence et du fait de cette interprétation jurisprudentielle, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire »³⁵⁶. Ce dernier argument témoigne, à l'image de l'analyse canadienne du grief d'imprécision, de l'intégration de la jurisprudence antérieure à la disposition critiquée. Néanmoins, il convient de préciser que ce raisonnement va à l'encontre d'une décision qui affirme implicitement que la norme jurisprudentielle ne saurait se substituer en droit constitutionnel, à la légalité³⁵⁷. Excès de zèle ou revirement de jurisprudence ? Il reste que cette décision autorise à conclure, comme le font les commentateurs dans les Cahiers, « qu'une infraction qui ne serait pas définie dans un texte de manière claire et précise, ou ne serait pas explicitée, peut ne pas entraîner d'inconstitutionnalité, si d'autres textes du même domaine ou la jurisprudence ont apporté les éclaircissements permettant de compléter les lacunes

³⁵³ Cons. const., 30 mars 2017, n° 2016-621 QPC, consid. 4, Société Clos Teddi et autre [Cumul des poursuites pénales et administratives en cas d'emploi illégal d'un travailleur étranger], *JORF* n° 0078, 1^{er} avr. 2017, texte n° 104 ; M. MAYEL, « Winter is coming ou la douche froide dans la saga du cumul des sanctions », *Gaz Pal.*, 11 juill. 2017, n° 26, p. 21-23 ; A. CERF-HOLLENDER, « Cumul des poursuites pénales et administratives en cas d'emploi illégal d'un travailleur étranger », *RSC*, avril-juin 2017, n° 2, pp. 325-329.

Cons. const., 1^{er} juill. 2016, n° 2016-550 QPC, M. Stéphane R. et autre [Procédure devant la cour de discipline budgétaire et financière], *JORF* n° 0153, 2 juill. 2016, texte n° 104 ; *supra* n° 52 « le principe de légalité des délits et des peines est applicable non pas seulement aux peines prononcées par les juridictions répressives, mais à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle ». A. CAMUS, « Commentaire de la décision n° 2016-550 QPC du Conseil constitutionnel en date du 1er juillet 2016 à propos du cumul des sanctions disciplinaires et pénales », *DA*, févr. 2017, n° 2, pp. 24-25 ; O. LE BOT, « Cumul de sanctions pénales et disciplinaires : deux réserves d'interprétation pour la CDBF », *Constitutions*, juill.-sept. 2016, n° 2016-3, pp. 468-470 ; F. WASERMAN, « L'application du principe *non bis in idem* et les procédures devant la CDBF », *Constitutions*, juill.-sept. 2016, n° 2016-3, pp. 456-464.

³⁵⁴ Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, consid. 4 : Notamment au sein de l'article L. 132-1 du code de la consommation, qui lui-même reprend les termes de l'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

³⁵⁵ Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, consid. 4

³⁵⁶ Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, consid. 4.

³⁵⁷ Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC.

du texte»³⁵⁸. En somme, l'étalon du contrôle de constitutionnalité est moins la connaissance de la loi en tant que telle, que la connaissance de la jurisprudence par les citoyens. Un autre argument mérite d'être mentionné dans la mesure où il témoigne de la difficulté d'analyser le grief d'imprécision dans l'abstrait. Ainsi, en second lieu, le Conseil constitutionnel, rappelle que l'exigence de clarté et de précision des dispositions instaurant des délits et des peines repose sur un principe de proportionnalité « suffisant » entre le degré de précision et la nature de l'infraction³⁵⁹, ce qui implique de procéder à une analyse au cas par cas, et insiste sur la nature purement pécuniaire de la sanction. Parce qu'elle n'est pas privative de droits, la sanction prévue, c'est-à-dire l'amende civile, n'implique pas que l'« infraction » soit définie en des termes aussi clairs et précis que si elle emportait une privation de droits de sorte qu'ainsi définie, elle s'avère suffisamment claire et précise pour être conforme au principe de légalité des délits et des peines.

Deux autres composantes découlent du principe de légalité, soit d'accessibilité et d'intelligibilité. Au Canada, la jurisprudence a forgé une théorie d'imprécision constitutionnelle qui compte plusieurs principes directeurs sous-jacents tels que le principe de l'avertissement raisonnable aux citoyens et celui de la limitation du pouvoir judiciaire dans l'application des lois³⁶⁰. Ainsi, la présence d'une déclinaison de termes proches en fonction des besoins de l'espèce autorise ainsi à percevoir certains points de recoupement avec la France.

ii) Le contenu de l'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité

77. Une loi accessible et intelligible. L'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité des lois vise à ce que les citoyens disposent « d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; ... une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garanties (...) »³⁶¹. Au regard de cette finalité, le choix du Conseil constitutionnel de

³⁵⁸ Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, comm. *NCCC*, n° 32.

³⁵⁹ Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, consid. 3.

³⁶⁰ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical society*, [1992] 2 *RCS* 606, pp. 626-627.

³⁶¹ Cons. const., 16 déc. 1999, n° 99-420 DC, Loi organique relative à l'intelligibilité du Médiateur des enfants », *JORF* 22 déc. 1999, p. 19051.

dissocier³⁶² cet objectif de l'exigence de clarté et de précision de la loi peut apparaître étonnant. Le Conseil rappelle d'ailleurs régulièrement que « le principe de clarté de la loi (...) et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi (...) imposent [au législateur] d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi »³⁶³. Pour autant, cette convergence de but n'a pas emporté le choix du Conseil de conférer une valeur commune aux deux exigences. En effet, si l'exigence de clarté et de précision est un principe constitutionnel qui peut être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité, il n'en est pas de même de l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. Pour le Conseil, si le premier représente un principe constitutionnel qui peut être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité, il n'en est pas de même de l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. En d'autres termes, l'objectif à valeur constitutionnelle ne représente pas une norme de référence invocable à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité³⁶⁴. En témoigne la décision QPC du Conseil constitutionnel du 22 juillet 2010 au sein de laquelle ce dernier considère que l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789 ne peut être considéré comme l'un des « droits et libertés » au sens de l'article 61-1 de

³⁶² A. FLÜCKIGER, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *NCCC*, 2007, n° 21.

³⁶³ Cons. const., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC, Loi de modernisation sociale, *JORF* 18 janv. 2002, p.1053.; Cons. const., 13 janv. 2005, n° 2004-509 DC, Loi de programmation pour la cohésion sociale, *JORF* 19 janv. 2005, p. 896 ; J.-E. SCHOETTL, « La loi de programmation pour la cohésion sociale devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 11-14 nov. 2005, n° 225-226, pp. 49-64 ; G. COUTURIER, « L'impossibilité de réintégrer (sur l'article 77-V de la loi de programmation sociale) », *Dr. soc.*, avril 2005, n° 4, pp. 403-409 ; X. PETROT, « De la liberté d'entreprendre au droit à un emploi, ou les bases constitutionnelles du droit du licenciement », *Droit social*, avril 2005, n° 4, pp. 371-376 ; S. DEYGAS, « Annulation de la déclaration d'utilité publique sur le projet d'extension du tramway : la validation législative est contraire à la Constitution », *Procédures*, mars 2005, n° 3, pp. 27-28 ; R. HOSTIOU, « Le contrôle du Conseil constitutionnel sur la validation législative d'une déclaration d'utilité publique annulée pour vice de procédure », *RFDA*, mars-avril 2005, n° 2, pp. 289-293 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les clairs-obscurs de la décision du 13 janvier 2005 », *AJDA*, 2005, n° s.n., pp. 905-909.

³⁶⁴ Cons. const. 10 déc. 2010, n° 2010-77 QPC, « Mme. Barta Z. [Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité], *JORF* 11 déc. 2010, p. 21711, pour ce qui est de l'objectif de valeur de bonne administration de la justice ; N. CATELAN, « La double convocation en matière de CRPC : une constitutionnalité sans raison ni rationalisation (Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel, n° 2010-77 QPC du 10 décembre 2010, Mme Barta Z. [Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité]), in *Jurisprudence du Conseil constitutionnel* », oct. 2010-mars 2011, *RFDC*, juill. 2011, n° 87, pp. 581-585 ; J.-B. PERRIER, « La constitutionnalité de la légalisation de la pratique de la double convocation en matière de CRPC », *AJPénal*, avril 2011, n° 4, pp. 188-190.

la Constitution³⁶⁵. Cette absence d'autonomie dudit moyen peut être regrettable dans la mesure où le Conseil constitutionnel confère aux deux normes de référence un contenu partiellement commun. Un point de recoupement avec la France peut être attesté par l'affaire canadienne *Nova Scotia* précitée³⁶⁶. Il y est précisé que l'analyse de la précision de la loi doit être centrée sur la question de son « intelligibilité ». Et le juge Gonthier d'affirmer « une disposition inintelligible n'est pas un guide suffisant pour un débat judiciaire et est donc d'une imprécision inconstitutionnelle »³⁶⁷. Toutefois le magistrat canadien souligne aussi que la généralité de la loi et la nécessité de l'interpréter ne signifient pas nécessairement intelligibilité de la loi. Le grief d'inintelligibilité des normes doit, selon lui, être rejeté si « elles comportent une substance et permettent la discussion sur leur actualisation. Elles limitent donc le pouvoir discrétionnaire en introduisant des lignes de démarcation et elles délimitent suffisamment une sphère de risque pour que les citoyens soient prévenus quant au fond de la norme à laquelle ils sont assujettis »³⁶⁸. L'étude comparée relative au contrôle des qualités formelles des lois pénales autorise à constater qu'outre l'identification d'exigences constitutionnelles communes, un point de convergence apparaît également quant aux techniques de contrôle utilisées par les juges canadiens et le Conseil constitutionnel. Le contrôle des qualités formelles des lois pénales effectué par les juges canadiens témoigne une nouvelle fois de leur souci de préserver l'aspect concret du contrôle *a posteriori*. En France, si en théorie, l'analyse du grief d'imprécision par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a posteriori* semble devoir s'effectuer dans l'*abstrait*, certains arguments constitutionnels utilisés par le Conseil constitutionnel soulignent néanmoins l'aspect concret du contrôle de la *clarté* des lois pénales.

³⁶⁵ Cons. const., 22 juill. 2010, n° 2010-4/17 QPC, M. Alain C. et autre [Indemnité temporaire de retraite outre-mer], *JORF* 23 juill. 2010, p. 13615, texte n° 115, *Rec.*, p. 156 ; M. CHAUCHAT, « La réforme des suspensions outre-mer devant le Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2010, n° 40, pp. 2262-2266 ; L. GAY, « L'égalité et la protection sociale dans les premières décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan mitigé », *RDSS*, nov.-déc. 2010, n° 6, pp. 1061-1075.

³⁶⁶ *Supra* n° 63, n° 68.

³⁶⁷ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical society*, [1992], 2 *RCS* 606, §. 2.

³⁶⁸ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical society*, [1992], 2 *RCS* 606, §§. 43-44.

2) Les exigences découlant de l'égalité devant la loi pénale

78. Le principe d'égalité devant la loi en droit pénal de fond en France. En France, le principe d'égalité est consacré par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen qui énonce que « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation, elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et leurs talents »³⁶⁹. Souvent invoqué à l'appui des questions prioritaires de constitutionnalité, le principe d'égalité devant la loi, généralement combiné avec les garanties constitutionnelles consacrées à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen³⁷⁰, « fait obstacle à ce que les citoyens soient jugés dans des conditions ou selon des procédures assurant des garanties différentes selon les décisions ou les attitudes émanant de la juridiction elle-même ou d'autres parties au procès ». Ces prescriptions constitutionnelles ont notamment servi de fondement, en droit pénal de fond, à l'abrogation de certaines incriminations et de certaines peines tant les situations différemment traitées paraissaient comparables.

79. Les différenciations interdites. La première hypothèse peut être notamment illustrée par la décision du Conseil constitutionnel du 28 juin 2013³⁷¹ relative à l'incrimination de la perception frauduleuse de prestations d'aide sociale. Plus précisément, était en cause la constitutionnalité de l'article L 135-1 du code de l'action sociale et des familles³⁷². Ce délit général punissait plus sévèrement le fait de percevoir frauduleusement des aides sociales, que d'autres infractions spéciales de perception frauduleuse de certaines prestations d'aide sociale, notamment la

³⁶⁹ Art. 6 DDHC 1789.

³⁷⁰ Art.16 DDHC 1789 : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. ».

³⁷¹ Cons. const., 28 juin 2013, n° 2013-328 QPC, Association Emmaüs Forbach [Incrimination de la perception frauduleuse de prestations d'aide sociale], *JORF* 30 juin 2013, p. 10963, texte n° 34, *Rec.*, p. 854.

³⁷² « Le fait de percevoir frauduleusement ou de tenter de percevoir frauduleusement des prestations au titre de l'aide sociale est puni des peines prévues par les articles 313-1, 313-7 et 313-8 du code pénal » et donc de cinq ans d'emprisonnement et 375.000 euros d'amende ».

fraude ou de fausse déclaration pour obtenir le revenu de solidarité active³⁷³, l'aide personnalisée au logement³⁷⁴ ou l'allocation aux adultes handicapés³⁷⁵. En effet, tandis que le délit général peut aboutir au prononcé d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et 375.000 euros d'amende, les infractions spéciales sont quant à elles punies de 5 000 euros d'amende seulement. Autrement dit, des mêmes faits qualifiés par la loi de façon identique pouvaient faire encourir à leur auteur des peines différentes. Par ailleurs, cette différence entre les peines encourues impliquait également des différences relatives à la procédure applicable et aux conséquences d'une éventuelle condamnation. Soulevant d'office le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi pénale, le Conseil constitutionnel a conclu à l'inconstitutionnalité de l'article L 135-1 du code de l'action sociale et des familles. En effet, « cette différence de traitement n'était justifiée par aucune différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi »³⁷⁶. Au regard de ce motif, il peut être déduit que le principe d'égalité devant la loi n'est pas absolu.

80. Les différenciations autorisées. En effet, certaines différenciations sont autorisées par le Conseil constitutionnel. Ce dernier a considéré, par exemple, que ne portaient pas atteinte au principe d'égalité une différence territoriale de répression des sévices aux animaux selon qu'il existe ou non une « tradition locale ininterrompue »³⁷⁷.

³⁷³ Art. L. 262-50 CASF.

³⁷⁴ Art. L. 351-13 CCH.

³⁷⁵ Art. L. 821-5 CCS.

³⁷⁶ Cons. const., 28 juin 2013, n° 2013-328 QPC, consid. 6.; Dans le même sens, V. not., Cons. const., 9 sept. 2011, n° 2011-161 QPC, Mme Catherine F., épouse L. [Sanction de la rétention de précompte des cotisations sociales agricoles], *JORF* 10 sept. 2011, p.15274, texte n° 62, *Rec.*, p. 441.

³⁷⁷ Cons. const., 21 sept. 2012, déc. n° 2012-271 QPC, [Immunité pénale en matière de courses de taureaux], *JORF* 22 sept. 2012, p. 15023, texte n° 46, *Rec.*, p. 483 ; B. DE LAMY, « Indulto pour la corrida », *RSC*, avril-juin 2013, n° 2, p. 427-430 ; O. LE BOT, « Exception pénale en matière de corrida : la différenciation fondée sur la tradition », *RFDC*, janv. 2013, n° 93, pp. 194-199 ; C. DUBOIS, « La corrida dans l'arène de Montpensier : les sages jouent aux toréadors ! », *LPA*, 27 déc. 2012, n° 259, pp. 10-15 ; J.-Y. MARÉCHAL, « La tradition tauromachique devant le Conseil constitutionnel : la réponse contestable à une question mal posée », *Dr. pén.*, déc. 2012, n° 12, pp. 7-12 ; C. LACROIX, « Pas de mise à mort pour l'article 521-1 du code pénal », *AJpénal*, nov. 2012, n° 11, pp. 597-598 ; X. DAVERAT, « La déclaration de constitutionnalité des dispositions relatives aux courses de taureaux », *D.*, 25 oct. 2012, n° 37, pp. 2486-2490 ; F. ROME, « Olé ! », *D.*, 4 oct. 2012, n° 34, p. 2233 ; P. ABADIE, « La tradition tauromachique devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions*, oct.-déc. 2012, n° 2012-4, pp. 616-618 ; P. CONTE, « Le militant et l'état de droit [Libres propos] », *Rev. pén.*, oct.-déc. 2012, n° 4, pp. 905-907 ; O. LE BOT, « QPC anti-corrída : une saisine prévisible, une décision discutable », *Revue semestrielle de droit animalier*, oct. 2012, n° 1/2012, pp. 169-178 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Tel est pris par la QPC qui croyait prendre la corrida », *Revue semestrielle de droit animalier*, oct. 2012, n° 1/2012, pp. 35-46 ; H. PAULIAT, « Les animaux seront-ils sauvés par le Conseil constitutionnel ? Quelques réflexions à propos de questions prioritaires de constitutionnalité récentes... », *Revue semestrielle de droit animalier*, oct. 2012, n° 1/2012, pp. 89-95 ; A. LEPAGE, « Principe d'égalité – corridas », *Rev. pén.*, juill.-sept. 2012, n° 3, pp. 632-636.

Ainsi, le 21 septembre 2012, le Conseil constitutionnel juge que la tauromachie est conforme à la Constitution. Alors que cette pratique est reconnue comme un acte de cruauté dans le code pénal, l'exception, contenue à l'alinéa 7 de l'article 521-1 du code pénal, demeure là où « une tradition locale ininterrompue peut-être invoquée »³⁷⁸. De manière similaire, le Conseil constitutionnel considère que l'exception, contenue à l'alinéa 7 de l'article 521-1 du code pénal, s'applique pour les combats de coqs mais de manière plus stricte³⁷⁹.

81. Le principe d'égalité des justiciables en droit pénal de fond au Canada. Au Canada, le principe d'égalité des justiciables est garanti par l'article 15 (1) de la *Charte* qui énonce que « La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. »³⁸⁰. De manière analogue à la situation française, le principe d'égalité devant la loi pénale n'est pas absolu et les juges canadiens ont été amenés à préciser les différenciations autorisées. Pour ce faire, ils adoptent une approche concrète. Un premier cadre d'interprétation pour l'application de l'article 15(1) de la *Charte* a été formulé par la Cour suprême du Canada dans son arrêt *Andrews*³⁸¹. Les principes établis dans cette affaire³⁸² ont par

³⁷⁸ Cons. const., 21 sept. 2012, déc. n° 2012-271 QPC, consid. 5.

³⁷⁹ Cons. const., 31 juill. 2015, n° 2015-477 QPC, M. Jismy R. [Incrimination de la création de nouveaux gallodromes], *JORF* n° 0177, 2 août 2015, p. 13259, texte n° 58 ; J.-B. PERRIER, « Gallodromes : là où la loi distingue, il y a lieu de distinguer », *RFDC*, mars 2016, n° 105, pp. 161-163 ; L. SERMET, « La QPC, source d'une protection constitutionnelle de basse intensité », *RFDC*, mars 2016, n° 105, pp. 150-159 ; L. SERMET, « Droit de l'animal », *Revue juridique de l'environnement*, déc. 2015, n° 4-2015, pp. 717-733 ; T. HOCHMANN, « Gallodromes ou stupeur ? », *AJDA*, 26 oct. 2015, n° 35, p. 1945 ; J.-B. SEUBE, « Les coqs au Conseil », *JCP G.*, 7 sept. 2015, n° 37, pp. 1578-1581 ; B. DE LAMY, « Le coq, le taureau et le Conseil constitutionnel : fable sur la nature », *RSC*, juill.-sept. 2015, n° 3, pp. 718-721.

³⁸⁰ Art. 15 (1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

³⁸¹ *R. c. Andrews c. Law Society of British Columbia* [1989] 1 *RCS* 143. Dans cette affaire, l'appelant a contesté avec succès l'obligation d'être citoyen canadien pour être admis au barreau de la Colombie-Britannique.

³⁸² L'égalité garantie par l'article 15 a trait surtout aux répercussions de la loi sur la personne ou le groupe en cause. L'article comporte un aspect réparateur important. L'égalité est une notion comparative qui se perçoit par rapport à la situation d'autres personnes dans le même contexte social ou politique. L'article 15 n'est toutefois pas une garantie générale d'égalité : le fait d'être traité de façon différente ne crée pas nécessairement d'inégalité, tandis qu'un traitement identique peut souvent donner lieu à de graves inégalités. Le paragraphe 15(2) reconnaît cette situation en disposant que les lois, programmes et activités destinés à améliorer la situation de personnes ou de groupes défavorisés ne sont pas interdits par le paragraphe 15(1)(3). Il s'ensuit qu'une loi ne sera pas nécessairement « mauvaise » parce qu'elle établit des distinctions. De telles distinctions législatives s'imposent pour qu'on puisse administrer une société moderne. L'article 15 ne visait pas à éliminer toutes les distinctions établies par des lois, mais seulement celles qui sont discriminatoires. Pour l'application de l'article 15, la discrimination est définie comme une distinction, intentionnelle ou non, fondée sur des motifs liés aux

la suite guidé les tribunaux inférieurs pour décider si des distinctions législatives ou d'autres mesures gouvernementales enfreignaient l'article 15 de la *Charte*. Un principe retiendra surtout notre attention en ce qu'il atteste de la nécessité pour les juges canadiens d'adopter une approche concrète dans le cadre des affaires relatives au droit à l'égalité. Les juges suprêmes soulignent en effet que « L'égalité garantie par l'article 15 a trait surtout aux *répercussions* de la loi sur la personne ou le groupe en cause ». Deux éléments principaux ressortent de l'arrêt *Andrews*. Dans un premier temps, pour conclure à une infraction aux dispositions de l'article 15, il faut « une inégalité, ou une distinction fondée sur les caractéristiques personnelles quant au traitement ou à l'effet qu'entraîne la formulation ou l'application de la loi ». Dans un second temps, « un effet discriminatoire – attesté par le préjudice subi par une personne ou un groupe de personnes défavorisées – lié aux motifs énumérés ou à des motifs analogues qui ne le sont pas », doit être relevé. Ce cadre d'interprétation conduit les juges canadiens à examiner la question de la différence de traitement dans un contexte interprétatif qui se situe au-delà de la disposition *stricto sensu* critiquée puisque les caractéristiques personnelles du plaignant et les effets discriminatoires de la disposition litigieuse doivent être pris en compte pour examiner la constitutionnalité de cette dernière à la lueur de l'article 15. Dans l'affaire *Turpin*³⁸³, en particulier, la Cour a notamment renforcé l'obligation, établie dans l'affaire *Andrews*, de rechercher le désavantage créé par la disposition législative contestée pour démontrer qu'il y a infraction à l'article 15 selon l'optique des motifs analogues³⁸⁴. Ce faisant, lors du jugement au fond de l'affaire, les juges canadiens fondent leur argumentation non seulement sur les faits du litige, mais

caractéristiques personnelles de la personne ou du groupe de personnes visées, qui a pour effet d'imposer des désavantages ou des fardeaux qui sont épargnés à d'autres, ou de les priver de bénéfices ou d'avantages offerts à d'autres. Cette définition met l'accent sur l'importance des effets de la distinction contestée. Les caractéristiques personnelles sur lesquelles une requête présentée en vertu de l'article 15 peut se fonder sont celles qui y sont énumérées en plus de certaines caractéristiques qui n'y figurent pas, comme la citoyenneté dans le cas de l'affaire *Andrews*. Les motifs énumérés « traduisent [...] les pratiques de discrimination les plus courantes, les plus classiques et vraisemblablement les plus destructrices socialement, et ils doivent [...] recevoir une attention particulière ». Pour décider si un motif non énuméré est admissible dans le cadre de l'article 15, il faut déterminer s'il s'agit d'un motif « analogue » aux motifs énumérés(4). Cette position, centrée sur les caractéristiques personnelles de ceux qui prétendent avoir été victimes d'une inégalité de traitement, tient compte, notamment, des désavantages historiques, des stéréotypes et des préjugés dont le groupe a pu faire l'objet par le passé. Il ne suffit toutefois pas de décider si l'accusation est fondée sur un motif énuméré ou un motif non énuméré et analogue; il faut aussi peser les effets de la distinction contestée. Le plaignant doit démontrer, « non seulement qu'il ne bénéficie pas d'un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou encore que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu'elle offre, mais encore que la loi a un effet discriminatoire sur le plan législatif ».

³⁸³ *R. c. Turpin*, [1989] 1 RCS 1296.

³⁸⁴ *R. c. Turpin*, [1989] 1 RCS 1296.

aussi sur des « faits sociaux »³⁸⁵. En effet, afin de déterminer si un groupe est visé par l'article 15 et éviter tout acte discriminatoire envers ce dernier, la Cour invite les juges canadiens à rechercher s'il existent des « signes de discriminations, tels que des stéréotypes, des désavantages historiques ou de la vulnérabilité à des préjugés politiques ou sociaux »³⁸⁶. Par conséquent, la jurisprudence *Turpin* tend à accorder une place considérable à des facteurs contextuels³⁸⁷ lorsqu'il s'agit de déterminer si une disposition législative est discriminatoire dans l'optique de l'article 15 de la *Charte*. Enfin, l'affaire *Hess et Nguyen*³⁸⁸ témoigne également de l'approche pragmatique des juges suprêmes. La Cour suprême du Canada devait juger de la validité constitutionnelle de l'article 146 (1) du *Code criminel* qui précisait que « toute personne du sexe masculin qui a des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin qui n'est pas son épouse et qui a moins de quatorze ans est coupable d'un acte criminel ». L'accusé arguait que cet article contrevenait à ses droits à l'égalité prévus à l'article 15(1). D'une part, l'accusé contestait le fait que l'article 146 (1) du *Code criminel* établit une distinction entre les hommes et les femmes fondée sur un motif énuméré à l'article 15(1) de la *Charte* en ce qu'il crée une infraction qui ne s'applique qu'aux seuls hommes. D'autre part, il arguait que la disposition législative litigieuse créait une distinction à l'égard des hommes en ce que les hommes de moins de quatorze ans ne bénéficient pas de la même protection que l'article 146(1) confère aux femmes de moins de quatorze ans. Il revenait ainsi aux juges suprêmes de déterminer si en l'espèce la distinction fondée sur le sexe était ou non légitime. Afin de conclure à la constitutionnalité de l'article 146(1) du *Code criminel* au regard de l'article 15 de la *Charte*, les juges suprêmes examinent la question de la distinction de traitement dans un contexte interprétatif qui se situe au-delà de la disposition *stricto sensu* critiquée conformément aux prescriptions de l'arrêt *Turpin*³⁸⁹. La Cour suprême du Canada a souligné qu'« il était important d'examiner non seulement la disposition législative attaquée à l'origine de la

³⁸⁵ *Canada (Procureur général) c. Bedford*, [2013] 3 RCS 1101.

³⁸⁶ *R. c. Turpin*, [1989] 1 RCS 1296.

³⁸⁷ *R. c. Turpin*, [1989] 1 RCS 1296 : « La Cour a répété qu'il importe d'examiner « non seulement la disposition législative contestée qui établit une distinction contraire au droit à l'égalité, mais aussi le contexte social, politique et juridique plus large ». Dans cette optique, pour conclure qu'il y a discrimination en vertu de l'article 15 de la *Charte*, il faudra, dans la plupart des cas, rechercher « le désavantage qui existe indépendamment de la distinction juridique précise contestée ». La Cour a également confirmé qu'il faut, pour décider si un groupe est « analogue » et bénéficie par conséquent de la protection de l'article 15, examiner sa place dans la société. Un des moyens analytiques retenus à cette fin consiste à déterminer si le groupe constitue une « minorité discrète et isolée »(7) ».

³⁸⁸ *R. c. Hess* ; *R. c. Nguyen* [1990] 2 RCS 906.

³⁸⁹ *R. c. Turpin*, [1989] 1 RCS 1296, à la p. 1332.

distinction contestée mais également le contexte social, politique et juridique plus large parce que "[s]i l'on ne tient pas compte du contexte général, l'analyse fondée sur l'art. 15 peut devenir un processus de classification mécanique et stérile qui dépendra exclusivement du texte de loi contesté ». Une violation de l'article 15 de la *Charte* ne peut advenir qu'à deux conditions. Dans un premier temps, « l'existence d'une inégalité ou d'une distinction dans le traitement de certains individus par rapport à d'autres »³⁹⁰ doit être prouvée. Dans un second temps, « cette distinction doit constituer de la discrimination »³⁹¹. La disposition contestée remplit ces deux conditions. En effet, l'article 146(1) du *Code criminel* établit des distinctions fondées sur le sexe, qui est l'un des motifs énumérés à l'article 15 de la *Charte* et il impose aux hommes un fardeau qu'il n'impose pas aux femmes. Cependant, l'analyse concrète de la contestation constitutionnelle permet de conférer un label de constitutionnalité à la disposition litigieuse. Examinée dans un contexte interprétatif plus large, c'est-à-dire au regard des valeurs sociales en jeu, la violation de l'article 15 de la *Charte* se justifie par l'article 1^{er} de la *Charte*. En effet, la jurisprudence relative à ce dernier texte tend à accorder une place considérable aux facteurs contextuels. Selon la Cour suprême du Canada, les deux principaux volets du test d'*Oakes* sont retenus. Premièrement, la protection des enfants de sexe féminin contre les maux que peuvent engendrer les rapports sexuels et les grossesses précoces comme la protection de la société contre les conséquences des problèmes sociaux que peuvent engendrer les rapports sexuels avec des enfants constituent un objectif législatif suffisamment important pour justifier la violation de l'article 15 de la *Charte*. Deuxièmement, l'imposition d'une responsabilité absolue prévue à l'article 146(1) demeure rationnelle pour réaliser cet objectif. Enfin, le critère de proportionnalité est respecté dans la mesure où le moyen que constitue l'article 146 du *Code criminel* est proportionné et justifié eu égard à la gravité de la violation des droits à l'égalité dont jouissent les accusés et les victimes. La même analyse a été transposée à la seconde contestation constitutionnelle relative à la protection des enfants de sexe féminin, à l'exclusion de ceux de sexe masculin. Sur le plan constitutionnel, l'approche concrète a donc son importance. En l'espèce, à défaut d'une telle analyse, la différence de traitement érigée par l'article 146 (1) de la Constitution d'abord, entre les hommes et femmes ensuite, entre les hommes, aurait

³⁹⁰ *R. c. Hess ; R. c. Nguyen*, [1990] 2 RCS 906.

³⁹¹ *R. c. Hess ; R. c. Nguyen*, [1990] 2 RCS 906.

justifié la déclaration d'inconstitutionnalité sans que celle-ci n'eût été rendue à l'aune de toutes les données extrinsèques à la disposition législative contestée.

En définitive, l'étude relative au principe d'égalité devant la loi pénale revêt une particulière importance. En effet, l'identification du principe d'égalité des justiciables représente un préalable nécessaire afin de conclure, ensuite, qu'un contrôle concret *a posteriori* est plus à même de veiller au respect de cette exigence. Le Conseil constitutionnel ne peut s'abstraire au sein de ce contrôle d'intégrer des données factuelles au sein de son contrôle, puisque les différences de traitement doivent être justifiées soit par la norme fondamentale elle-même, soit, par une différence de situation, de droit ou de fait qui ne sont pas forcément interdites par la Constitution³⁹². En droit canadien, l'étude relative à l'application de l'article 15 de la *Charte* témoigne de la grande préoccupation accordée au contexte par les juges canadiens. L'hypothèse sera notamment vérifiée dans le cadre de l'étude à venir de la résolution de la contestation constitutionnelle au sein du procès pénal de part et d'autre de l'Atlantique³⁹³.

B. Le champ d'application des normes constitutionnelles par rapport aux sanctions pénales

82. De l'autonomie du droit pénal constitutionnel à son champ d'application spécifique. En France et au Canada, le principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines impose d'examiner préalablement ce que recouvre, en droit constitutionnel, le concept de peine. De part et d'autre de l'Atlantique, les juges constitutionnels ont élaboré une définition particulière de la peine qui participe à la spécificité du droit pénal constitutionnel. Cette autonomie de la notion constitutionnelle de peine (1) engendre un champ d'application du droit pénal constitutionnel spécifique (2).

³⁹² F. MELIN-SOUCRAMANIENL, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *NCCC* n° 29, Dossier : *La Question Prioritaire de Constitutionnalité* – oct. 2010.

³⁹³ *Infra* n° 139.

1) L'autonomie de la notion constitutionnelle de peine en France et au Canada

83. La spécificité de la notion constitutionnelle de peine en France. Un point de recoupement avec le Canada ressort de l'étude relative au champ d'application du droit pénal constitutionnel dans la mesure où les deux systèmes juridiques de référence consacrent une définition autonome de la notion de peine. Ces définitions spécifiques de la peine autorisent à souligner une certaine « autonomie » du droit constitutionnel tant français que canadien. En ce sens, les juges constitutionnels s'émancipent du concept classique de « peine » consacré par le droit pénal, afin d'adopter leur propre définition. Le Conseil constitutionnel français interprète largement la notion de « toute sanction ayant le caractère d'une punition » en y incluant le concept de la « peine » dès 1982³⁹⁴. En d'autres termes, une peine en droit constitutionnel, représente une sanction ayant le caractère d'une punition. L'élargissement de la portée des garanties constitutionnelles consécutif à l'extension de la notion de peine peut être illustrée au regard de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui énonce 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 ». Les Sages rappellent que le principe de nécessité des peines et le principe de non-rétroactivité ne concernent pas seulement les peines appliquées par les juridictions répressives, mais s'étend nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition. Le Conseil constitutionnel s'est encore prononcé en ce sens dans sa décision du 30 mars 2017³⁹⁵ lorsqu'il énonce ce qui suit : « [...] Aux

³⁹⁴ Cons. const., 30 déc. 1982, n° 82-155 DC, consid. 33, Loi de finances rectificative pour 1982, *JORF* 31 déc. 1982, p. 4034, *Rec.*, p. 88. ; L. HAMON, note sous décision n° 82-155 DC, *D.*, 1984., p. 472 ; P. AVRIL, J. GICQUEL, *Pouvoirs*, avril 1983, n° 25, p. 199.

³⁹⁵ Cons. const., 30 mars 2017, n° 2016-621 QPC, consid. 4, Société Clos Teddi et autre [Cumul des poursuites pénales et administratives en cas d'emploi illégal d'un travailleur étranger], *JORF* n° 0078, 1 avr. 2017, texte n° 104 ; M. MAYEL, « Winter is coming ou la douche froide dans la saga du cumul des sanctions », *Gaz. Pal.*, 11 juill. 2017, n° 26, pp. 21-23 ; A. CERF-HOLLENDER, « Cumul des poursuites pénales et administratives en cas d'emploi illégal d'un travailleur étranger », *RSC*, avril-juin 2017, n° 2, pp. 325-329 ; Cons. const., 1^{er} juill. 2016, n° 2016-550 QPC, M. Stéphane R. et autre [Procédure devant la cour de discipline budgétaire et financière], *JORF* n° 0153, 2 juill. 2016, texte n° 104 ; A. CAMUS, « Commentaire de la décision n° 2016-550 QPC du Conseil constitutionnel en date du 1^{er} juillet 2016 à propos du cumul des sanctions disciplinaires et pénales », *DA*, févr. 2017, n° 2, pp. 24-25 ; O. LE BOT, « Cumul de sanctions pénales et disciplinaires : deux réserves d'interprétation pour la CDBF », *Constitutions*, juill.-sept. 2016, n° 2016-3, pp. 468-470 ; F. WASERMAN, « L'application du principe *non bis in idem* et les procédures devant la CDBF », *Constitutions*, juill.-sept. 2016, n° 2016-3, pp. 456-464.

termes de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ». Les principes ainsi énoncés ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions pénales mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition [...] ».

À l'aune du principe susvisé, l'enjeu de la définition de la « peine » en droit constitutionnel apparaît clairement. Celui-ci réside dans la détermination des garanties procédurales et substantielles qui vont, ou non, être accordées aux justiciables puisqu'une « peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de la légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le principe du respect des droits de la défense »³⁹⁶. Ainsi, en incorporant dans la notion de « toute sanction ayant le caractère d'une punition », le concept générique de peine, le Conseil constitutionnel fait bénéficier le plus grand nombre de justiciables des garanties juridiques qui se rattachent à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Pareillement au Canada, coïncident deux définitions de « peine » : celle classique consacrée en droit pénal et une notion autonome de « conséquences pénales » en droit constitutionnel. L'autonomie du droit constitutionnel trouve ainsi, dans une certaine mesure, son équivalent outre-Atlantique.

84. La spécificité de la notion constitutionnelle de peine au Canada. Au Canada, une frontière est établie entre les peines prononcées par les juridictions répressives et les autres sanctions existantes telles que les sanctions administratives ou fiscales prononcées, notamment, par les organismes administratifs au Canada. Afin de bien saisir les fondements et la portée de cette dichotomie, il convient de se pencher sur

³⁹⁶ Cons. const., 17 janv. 1989, n° 88-248 DC, consid. 35 et 36, Loi modifiant la loi n° 86-1067, 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication, *JORF* 18 janv. 1989, p. 754 ; M. DOBKINE, « La transaction en matière pénale », *D.*, 1994, p. 137 ; B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *RFDA*, 1989, p. 215 ; L. FAVOREU, L. PHILIP, « Autorités administratives indépendantes », in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009, pp. 554-575 ; L. FAVOREU, L. PHILIP, « Conseil supérieur de l'audiovisuel. Liberté de communication audiovisuelle. Autorités administratives indépendantes. Sanctions administratives et séparation des pouvoirs », in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1989, pp. 723-744 ; J.-L. AUTIN, « La décision du Conseil constitutionnel relative au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel », *DA*, 1989, pp. 223-228.

les critères utilisés par la Cour suprême du Canada pour distinguer les mesures pouvant être qualifiées de « peine » des autres mesures précitées. Plus précisément, c'est à la lueur de la notion d'« inculpé » que la notion de peine est appréhendée au Canada. En effet, l'enjeu de la qualification de la notion d'« inculpation » en droit constitutionnel, réside dans la détermination des garanties pénales accordées, ou non, aux justiciables au titre de l'article 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés de 1982*. Ce texte prévoit en effet de nombreuses protections à la condition, toutefois, d'être considéré comme « inculpé »³⁹⁷ au sens de l'article 11 de la *Charte*. L'arrêt de principe à ce sujet a été rendu par la Cour suprême du Canada en 1987 dans sa décision *Wigglesworth*³⁹⁸. Dans cette affaire, les magistrats suprêmes ont énoncé un test à deux volets pour déterminer si l'article 11 s'applique à une action de l'État. En vertu de ce test, une infraction peut être assujettie à l'article 11, soit par sa « nature », soit parce qu'elle entraîne de « véritables conséquences pénales » envers le justiciable³⁹⁹. Le premier volet renvoie aux affaires qui, par leur nature, révèlent des infractions pénales. Le second volet, celui des « véritables conséquences pénales », vise les affaires qui, bien qu'elles ne soient pas relatives à des infractions pénales par nature, entraînent des conséquences suffisamment graves envers le justiciable pour qu'il bénéficie des garanties prévues à l'article 11. Les juges suprêmes décrivent une « véritable conséquence pénale » comme un « emprisonnement ou une amende qui par son importance semble être imposé dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que pour maintenir la

³⁹⁷ *Guindon c. Canada*, [2015] 3 RCS 3, 2015 CSC 41 : dans cette l'affaire, la constitutionnalité de l'article 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, prévoyant une sanction administrative pécuniaire (SAP), était mise en cause. La partie poursuivie, une avocate canadienne, a, conformément à la loi, été condamnée au paiement d'une sanction pécuniaire s'élevant à la somme de 546 747 \$ CA, pour avoir fait de fausses déclarations concernant le statut fiscal d'un programme de bienfaisance. Pour sa défense, la partie poursuivie affirme que la pénalité infligée en application du paragraphe 163.2 (4) est de nature criminelle, ce qui fait d'elle une « inculpé[e] » qui a droit aux garanties procédurales de l'article 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, en particulier, celle prévue à l'article 11(g). Par conséquent, elle faisait valoir que la Cour canadienne de l'impôt n'aurait pas dû être saisie de l'affaire et que la pénalité devrait être annulée. La question de fond qui se pose en l'espèce est alors celle de savoir si la partie poursuivie, parce qu'elle s'est vu infliger une pénalité en application de l'article 163.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, est une « inculpé[e] » au sens de l'article 11 de la *Charte*. La Cour canadienne de l'impôt, qui a accueilli l'appel, donne raison à l'intimée et conçoit qu'elle avait droit au bénéfice des garanties procédurales de l'article 11 de la *Charte*. Cependant, la Cour d'appel fédérale a annulé ce jugement et rétabli la SAP. La partie poursuivie en a donc appelé devant la Cour suprême du Canada. Dans son jugement, la juridiction suprême, par une majorité de quatre juges contre trois, a conclu que cette SAP n'était pas visée par les dispositions de l'article 11 de la *Charte* et qu'elle était donc constitutionnellement valide.

³⁹⁸ *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 RCS 541.

³⁹⁹ *Guindon c. Canada*, [2015] 3 RCS 3, 2015 CSC 41, §. 44.

discipline à l'intérieur d'une sphère d'activité limitée »⁴⁰⁰. L'affaire *Guindon*⁴⁰¹ offre un cas d'application récent de la décision *Wigglesworth*. En définitive, ces diverses décisions confirment ainsi l'autonomie du droit constitutionnel canadien au regard de la notion de peine. En France, contrairement à la situation canadienne, la notion de peine retenue par le Conseil constitutionnel est large. Au surplus, ce dernier dégage des critères objectifs afin de définir les contours de la « sanction pénale ».

85. Les critères constitutionnels de la peine en France. La jurisprudence française adopte une vision « dualiste des sanctions pénales »⁴⁰² qui amène à distinguer les mesures de sûretés, des peines *stricto sensu*. Des critères décisifs qui permettent aux mesures de sûreté de conserver leur « autonomie » au regard des peines *stricto sensu*⁴⁰³. Sans pour autant développer plus qu'il ne le faut la distinction entre peines et mesures de sûreté, il convient à titre liminaire de rappeler les distinctions fondamentales qui caractérisent ces deux types de sanctions pénales. Celles-ci apparaissent essentiellement lorsqu'on s'intéresse à leurs fondements et finalités. En effet, alors que les premières se fondent sur « la culpabilité d'un individu et sont ordonnées dans le dessein essentiel de punir la commission d'une infraction à la loi pénale, les mesures de sûretés sont prononcées en raison de la dangerosité de l'individu, afin de prévenir la commission d'une infraction pénale »⁴⁰⁴. Les peines et les mesures de sûreté poursuivent donc deux finalités distinctes. Tandis que les premières poursuivent un objectif principalement répressif, les secondes se

⁴⁰⁰ *R. c. Wigglesworth*, [1987], §. 24.

⁴⁰¹ *Guindon c. Canada*, [2015] 3 RCS 3, 2015 CSC, §. 45 : « Concernant le premier volet du test, les juges suprêmes précisent qu'« une procédure est criminelle de par sa nature même lorsqu'elle vise à promouvoir l'ordre et le bien-être publics dans une sphère d'activité publique ». *A contrario*, et reprenant les propos des juges suprêmes dans l'affaire *Wigglesworth* précitée, les magistrats précisent « qu'une procédure est de nature administrative lorsqu'elle vise principalement l'observation de règles ou la réglementation de la conduite dans une sphère d'activité limitée ». Concernant le second volet du test, les juges suprêmes se rallient au critère dégage dans l'affaire *Wigglesworth* précitée. En appliquant ce second volet du test, les juges majoritaires ont affirmé que l'importance de la SAP qui dans cette affaire s'élevait à plus d'un demi-million de dollars ne constituait pas une véritable conséquence pénale, car cette SAP avait été établie « dans l'objectif de décourager la violation du régime réglementaire en vigueur et parce que la stigmatisation liée à la disposition n'était pas comparable à une déclaration de culpabilité »⁴⁰¹. En d'autres termes, puisque la SAP avait, du point de vue des juges majoritaires, un objectif réglementaire légitime, soit celui d'encourager l'observation du régime fiscal en place, la SAP imposée à la justiciable à cette fin ne constituait pas une véritable conséquence pénale pour elle.

⁴⁰² J. HERRMANN, « Les mesures de sûreté - Étude comparative des droits pénaux français et allemand », *RSC*, 2015, p. 996.

⁴⁰³ L. GRÉGOIRE, *Les mesures de sûreté : essai sur l'autonomie d'une notion*, Fondation Varenne, Collection des thèses, déc. 2015, 752 p.

⁴⁰⁴ L. GRÉGOIRE, « Les mesures de sûretés : un moyen au service de la lutte contre le terrorisme ? », *Rev. pén.*, n° 1, janvier-mars 2015, p. 63.

caractérisent essentiellement par leur finalité préventive⁴⁰⁵. Suivant cette distinction, les Sages en ont par exemple déduit que le placement sous surveillance électronique mobile est une mesure de sûreté et non une peine⁴⁰⁶. Dans le cadre du contrôle *a posteriori*, le Conseil constitutionnel retient un critère essentiel afin qu'une mesure puisse être qualifiée de « peine ». Il réside dans la finalité punitive de la mesure. Ainsi, de manière générale, le Conseil constitutionnel considère comme « sanction ayant le caractère d'une punition » au sens de l'article 8 de la Déclaration de 1789 l'ensemble des mesures répressives, qu'elles aient une nature pénale, fiscale⁴⁰⁷, civile⁴⁰⁸, ou disciplinaire⁴⁰⁹. De même, dans sa décision du 11 juin 2010⁴¹⁰ relative à l'application de plein droit de la radiation des listes électorales en cas de condamnation, le Haut Conseil s'emploie à démontrer que l'article L.7 du code électoral institue une peine au sens de « sanction ayant le caractère d'une punition », en raison de la « finalité répressive de la mesure »⁴¹¹. Dans cette perspective, le

⁴⁰⁵ *Ibidem*.

⁴⁰⁶ Cons. const., 8 déc. 2005, n° 2005-527 DC, L. n° 2005-1549, 13 déc. 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, *JORF* 13 déc. 2005, p. 19162 ; M. HERZOG-EVANS, « PSEM : après le Conseil constitutionnel, la validation par le Conseil d'État », *AJPénal*, mars 2008, n° 3, pp. 131-134 ; F. ROUVILLOIS, « La notion de dangerosité devant le Conseil constitutionnel », *D.*, 2006, n° s.n., pp. 966-970 ; J.-F. SEUVIC, « Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 sur la récidive. Placement sous surveillance électronique mobile, suivi socio-judiciaire, "surveillance judiciaire" », *RSC*, 2006, pp. 357-359 ; J.-E. SCHOETTL, « La loi sur le traitement de la récidive des infractions pénales devant le Conseil constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 2005, pp. 9-17 ; P.-J. DELAGE, « La constitutionnalité évincée (à propos de la mesure d'éviction du domicile de l'article 41-1 6° du code de procédure pénale) », *Arch. Pol. Crim.* A. Pédone, 2007, pp. 59-67.

⁴⁰⁷ Cons. const., 17 mars 2011, n° 2010-103 QPC, *JORF* 18 mars 2011, p. 4934, texte n° 93, *Rec.*, p. 142. ; F. PERROTIN, « Le Conseil constitutionnel valide les pénalités fiscales », *LPA*, 5 avr. 2011, n° 67, pp. 3-5 ; M. LE TACON, F. SUBRA, « Conformité des sanctions fiscales à la Constitution : tout va bien dans le meilleur des mondes », *Rev. dr. fiscal* 2011, n° 27-28, pp. 35-40.

⁴⁰⁸ Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, Établissements Darty et Fils [Déséquilibre significatif dans les relations commerciales], cons. 3, *JORF* 14 janv. 2011, p. 813, texte n° 123, *Rec.*, p. 63.

⁴⁰⁹ Cons. const., 28 mars 2014, n° 2014-385 QPC, M. Joël M. [Discipline des officiers publics ou ministériels - Interdiction temporaire d'exercer], *JORF*, 30 mars 2014, p. 6202, texte n° 60 ; V. PELTIER, « Discipline des notaires : principes (constitutionnels) généraux », *Dr. pén.*, mai 2014, n° 5, pp. 51-52.

⁴¹⁰ Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC, M. Stéphane A. et autres [Article L.7 du code électoral], *JORF* 12 juin 2010, p. 10849, comm. *NCCC*, n° 29 ; J.-H. ROBERT, « Incapacité électorale : nostalgie de l'ancien Code pénal [Cass. crim., 14 novembre 2012, n°12-85319] », *Dr. pén.*, févr. 2013, n° 2, pp. 39-40 ; A. DARSONVILLE, « Droit pénal : les peines accessoires et les peines complémentaires obligatoires », *Constitutions*, 2011, n° 2011-4, pp. 531-537 ; M.-C. SORDINO, « Le principe de la personnalisation de la peine à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité : premières décisions », *Gaz. Pal.*, 2 déc. 2010, n° 336, pp. 19-23 ; L. MONGIN-ARCHAMBEAUD, « Le recul des sages dans la suppression des peines automatiques », *Gaz. Pal.*, 31 oct. 2010, n° 304-308, pp. 12-13 ; D. DEL PRETE, « La QPC, une nouvelle victoire des justiciables devant le Conseil constitutionnel », *JCP G*, 2010, n° 25, p. 1294 ; R. GHÉVONTIAN, « L'inconstitutionnalité de l'article 7 du code électoral : la fin d'une incongruité juridique », *Constitutions*, 2010, n° 2010-3, pp. 454-456 ; B. MALIGNER, « Inconstitutionnalité de l'article L. 7 du code électoral », *AJDA*, 2010, n° 32, pp. 1831-1837 ; B. PERRIN, « L'absolution », *AJDA*, 2010, n° 33, p. 1849 ; P.-F. RACINE « L'harmonisation constitutionnelle du principe d'individualisation des peines », *RFDC*, 2010, n° 84, pp. 830-840 ; P.-F. RACINE, W. BENESSIANO, G. NICOLAS, J.-B. PERRIER, A. MANGIAVILLANO, S. HUTIER, L. PHILIP, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel (août 2009-juillet 2010) », *RFDC*, 2010, n° 84, pp. 811-864.

⁴¹¹ Cons. const. 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC, p. 10849 ; comm., *NCCC*, n° 29.

Conseil constitutionnel relève que « l'interdiction d'inscription sur la liste électorale imposée par l'article L.7 du code électoral vise notamment à réprimer plus sévèrement certains faits lorsqu'ils sont commis par des personnes dépositaires de l'autorité publique (...) ; qu'elle comporte une incapacité d'exercer une fonction publique élective d'une durée égale à cinq ans »⁴¹². En somme, c'est la répression recherchée par le législateur qui détermine le caractère de peine de l'article L.7⁴¹³.

⁴¹² *Ibidem*.

⁴¹³ Dans le même sens : Cons. const., 8 avr. 2011, n° 2011-117 QPC, M. Jean-Paul H. [Financement des campagnes électorales et inéligibilité], *JORF* 9 avr. 2011, *Rec.*, p. 6362 ; A.-L. CASSARD-VALEMBOIS, « Absence de déclaration préalable de conformité des dispositions législatives contestées [Chronique de jurisprudence constitutionnelle (3e partie et fin)] », *LPA*, 1^{er} août 2012, n° 153, pp. 12-15 ; R. GHÉVONTIAN, « Le contentieux des élections régionales en Ile-de-France : Tout ça pour ça CE, Ass, 4 juillet 2011, Élections régionales Ile -de-France ; Décision de renvoi QPC, CE, 28 janvier 2011; Décision QPC : Cons. const., 2011-117 QPC, 8 avril 2011 », *RFDC*, oct. 2011, n° 88, pp. 875-880 ; P. TURK, « L'affaire Huchon : le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité en action in : *Dossier : la question prioritaire de constitutionnalité en amont et en aval* », *RFDA*, juillet-août 2011, n° 4, pp. 723-741 ; Cons. const., 17 mars 2011, n° 2010-103 QPC, Société SERAS II [Majoration fiscale de 40 % pour mauvaise foi], *JORF* 18 mars 2011, p. 4934, texte n° 93, *Rec.*, p. 142 ; L. BAGHESTANI, « Principe de nécessité des peines et des sanctions [Chronique de jurisprudence constitutionnelle (2e partie)] », *LPA*, 31 juill. 2012, n° 152, pp. 28-29 ; A. BARILANI, « "Il faut sauver les pénalités forfaitaires !" », *Constitutions*, juill.-sept. 2011, n° 2011-3, pp. 377-379 ; « [Commentaire de décisions QPC en droit fiscal] in : *Jurisprudence du Conseil constitutionnel*, oct. 2010-mars 2011, *RFDC*, juill. 2011, n° 87, pp. 627-639 ; E. OLIVIA, « [Commentaire de décisions QPC en droit fiscal] » in : *Jurisprudence du Conseil constitutionnel*, oct. 2010-mars 2011, *RFDC*, juill. 2011, n° 87, pp. 627-639 ; L. AYRAULT, « Office du juge et répression administrative en matière fiscale », *Procédures*, juin 2011, n° 6, pp. 28-30 ; F. PERROTIN, « Le Conseil constitutionnel valide les pénalités fiscales », *LPA*, 5 avril 2011, n° 67, pp. 3-5 ; « Majoration applicable sur les droits imposés sur les sommes transférées à l'étranger ou depuis l'étranger », *Procédures*, mars 2012, n° 3, pp. 88-89 ; Cons. const., 10 févr. 2012, n° 2011-220 QPC, M. Hugh A. [Majoration fiscale de 40 % pour non déclaration de comptes bancaires à l'étranger ou de sommes transférées vers ou depuis l'étranger], *JORF* 11 févr. 2012, p. 2441, texte n° 72, *Rec.*, p. 115 ; J.-E. GICQUEL, « Droit fiscal (suite) [Chronique QPC (janvier-avril 2012)] », *LPA*, 2 oct. 2012, n° 197, pp. 8-9 ; F. PERROTIN, « Le Conseil constitutionnel valide les pénalités fiscales », *LPA*, 5 avril 2011, n° 67, pp. 3-5 ; L. AYRAULT, « Majoration applicable sur les droits imposés sur les sommes transférées à l'étranger ou depuis l'étranger », *Procédures*, mars 2012, n° 3, pp. 88-89 ; J.-H. ROBERT, « Tirelire suisse », *Dr. pén.*, mars 2012, n° 3, pp. 37-38 ; F. PERROTIN, « La majoration de 40 % est conforme à la Constitution », *LPA*, 20 févr. 2012, n° 36, pp. 3-5 ; E. FORTIS, « De l'influence des QPC sur la définition des infractions ou du principe de la légalité des délits et peines a posteriori », *RSC*, janvier / mars 2012, n° 1, pp. 131-137 ; C. RAQUIN, « Le contrôle des juges de la constitutionnalité et de la conventionnalité sur les dispositifs de prévention de l'évasion fiscale internationale », *RJF*, avril 2012, n° 4/12, pp. 299-303 ; Inversement, le caractère réparateur des majorations et intérêts de retard découlant de l'article 1754 du Code général des impôts ne permet pas à lui seul d'obtenir la protection du droit pénal : Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-239, Mme Ileana A. [Transmission des amendes, majorations et intérêts dus par un contribuable défunt ou une société dissoute], *JORF*, 5 mai 2012, p. 8014, texte n° 149, *Rec.*, p. 230 ; P. BLACHER, « Droit pénal général », *LPA*, 15 juill. 2013, n° 140, pp. 12-14 ; B. DE LAMY, « La transmission d'une amende par voie successorale », *RSC*, avril-juin 2013, n° 2, pp. 430-433 ; J.-B. PERRIER, « Constitutionnalité de la transmission successorale des amendes fiscales », *RFDC*, janv. 2013, n° 93, pp. 220-221 ; J.-P. GRANDEMANGE, « On hérite de tout... même des pénalités fiscales », *Revue de droit fiscal*, 5 juill. 2012, n° 27, pp. 29-32 ; Cons. const., 20 mai 2011, n° 2011-132 QPC, M. Ion C. [Incapacité et interdiction d'exploiter un débit de boissons], *JORF* 21 mai 2011, p. 8891, texte n° 84, *Rec.*, p. 246 au sein de laquelle le Conseil constitutionnel juge que les incapacités ou interdictions professionnelles qui découlent des articles L.3336-2 et L.3336-3 du code de la santé publique n'entrent pas dans la catégorie de « sanctions ayant le caractère d'une punition », car « les dispositions ont pour objet d'empêcher que l'exploitation d'un débit de boisson soit confiée à des personnes qui ne présentent pas les garanties de moralité suffisantes requises pour exercer cette profession ». L. BAGHESTANI, « Peine ou sanction à caractère punitif [Chronique de jurisprudence constitutionnelle (2e partie)] », *LPA*, 31 juill. 2012, n° 152, pp. 27-28 ; L. BAGHESTANI, « Principe de nécessité des peines et des sanctions [Chronique de jurisprudence constitutionnelle (2e partie)] », *LPA*, 31 juill. 2012, n° 152, pp. 28-29 ; B. DE LAMY, « Actualité de la constitutionnalisation des peines : maintien d'un clair obscur », *RSC*, janvier / mars

Au demeurant, les décisions françaises présentent l'avantage de conférer à la notion de sanction ayant le caractère d'une punition un champ d'application beaucoup plus large que le concept classique utilisé en droit pénal.

2) Les conséquences de l'application des normes constitutionnelles sur les garanties constitutionnelles en matière répressive

86. L'extension asymétrique du champ d'application des garanties constitutionnelles en matière répressive. Les définitions « souveraines » de la notion de « peine » au sein des deux ordres juridiques de référence ne confèrent pas au droit constitutionnel un même champ d'application. En effet, la notion de « conséquences pénales » demeure plus restrictive que la notion de « peine » qui prévaut traditionnellement en droit pénal canadien. Au Canada, le vocable « droit pénal » renvoie à la notion de « peine ». La *common law*, soit le corpus traditionnel du droit pénal, s'est élaborée autour d'un concept large de peine. L'objectif poursuivi par l'imposition de celle-ci, c'est-à-dire le respect d'une réglementation ou la stigmatisation d'un comportement, ne conditionnait pas l'imposition d'une telle peine. Cependant, pour les fins de la *Charte*, les magistrats ont développé une vision plus « édulcorée » du concept de peine en consacrant la notion de « véritables conséquences pénales ». Certains cas jurisprudentiels attestent que cette dernière notion est tantôt interprétée de manière étroite, tantôt de manière large. Par conséquent, dans la première hypothèse, les garanties constitutionnelles consacrées à l'article 11 de la *Charte* ne s'appliqueront pas à l'accusé. En témoigne l'affaire *Wigglesworth*⁴¹⁴. L'accusé était un officier de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) ayant commis une agression et accusé d'agression en vertu de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*. Il a d'abord été reconnu coupable d'une « infraction de service majeur »⁴¹⁵ en vertu de la Loi par un conseil de discipline qui lui a ordonné de payer une amende de trois cents dollars. Par la suite, il a également été accusé

2012, n° 1, pp. 230-232 ; B. DE. LAMY, « Chronique de droit pénal constitutionnel », *RSC* janvier / mars 2012, n° 1, pp. 217-237 ; C. TZUTZUIANO, « Une nouvelle QPC en matière d'incapacité et d'interdiction professionnelles, In "Jurisprudence du Conseil constitutionnel" », *RFDC*, janv. 2012, n° 89, pp. 173-174 ; J.-H ROBERT, « L'honneur des limonadiers », *Dr. pén.*, juill.-août 2011, n° 7-8, pp. 50-51.

⁴¹⁴ *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 RCS 541.

⁴¹⁵ *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 RCS 541, §. 1.

d'agression en vertu du *Code criminel*. Il a soutenu qu'il ne pouvait être inculpé au motif qu'il s'agirait d'un double péril en violation de l'article 11*h*) de la *Charte canadienne des droits et libertés de 1982*⁴¹⁶. Écrivant pour la majorité de la Cour, le juge Wilson a constaté que l'article 11*h*) n'avait pas été violé par la seconde accusation, puisque la première était de nature disciplinaire et liée à la sphère privée de la conduite de la GRC. L'accusé pouvait donc être condamné en vertu du Code Criminel pour le même comportement. La juge a précisé que l'article 11*h*) ne s'applique qu'aux affaires pénales et que les deux accusations doivent être de nature criminelle pour invoquer en défense le droit de ne pas être poursuivi ou puni pénalement une seconde fois à raison des mêmes faits. Elle a proposé un test en deux parties pour déterminer si une instance est relative à une affaire criminelle et donc si l'article 11*h*) est invocable. Tout d'abord, il faut déterminer si la question est « de nature publique, destinée à promouvoir l'ordre public et le bien-être dans une sphère publique d'activité ». En l'espèce, ce critère fait défaut. En effet, le *Code de discipline de la G.R.C.* porte sur le maintien de la discipline et de l'intégrité au sein de la Gendarmerie et est conçu pour réglementer la conduite relative au fait d'être membre de la G.R.C. Par conséquent, les procédures engagées devant le tribunal du service de la Gendarmerie royale du Canada ne sont ni des procédures criminelles ni des procédures quasi criminelles. Ensuite, il faut déterminer si la question implique « l'imposition de véritables conséquences pénales ». Un agent accusé et déclaré coupable aux termes du Code de discipline risque de subir une véritable conséquence pénale puisqu'il est passible d'une peine d'emprisonnement d'un an. Paradoxalement, la Cour suprême du Canada a considéré que l'imposition d'un an d'emprisonnement ne représentait pas une sanction pénale mais disciplinaire ! Cependant, la Cour suprême du Canada n'interprète pas toujours de manière aussi restrictive la notion de « véritables conséquences pénales ». Il s'agit de la seconde hypothèse. En témoigne l'affaire *Généreux* qui, contrairement à l'affaire *Wigglesworth*, autorise une extension des garanties prévues à l'article 11 de la *Charte* à l'accusé membre des forces armées canadiennes qui risquait l'emprisonnement pour une infraction à la loi martiale. La notion de véritables « conséquences pénales » semble donc varier surtout en fonction du contexte.

⁴¹⁶ « Tout inculpé a le droit : h) d'une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d'autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni ».

87. L'application asymétrique du droit constitutionnel répressif dans les domaines extra-pénaux. Les garanties spécifiques énoncées par la *Charte* canadienne et par la Constitution française peuvent donc déborder du droit pénal *stricto sensu* pour envahir les domaines extra-pénaux, notamment les domaines commercial, électoral, fiscal, militaire, de la consommation, etc. Nous l'avons vu, les juges canadiens ont conclu dans l'affaire *Généreux*⁴¹⁷ que les garanties de l'article 11 de la *Charte* sont applicables aux procédures de la cour martiale générale, même si l'affaire n'est pas de nature publique. La vision étroite de la notion de peine développée dans l'affaire *Wigglesworth* a été élargie quelque peu dans l'affaire *Généreux* où la Cour a qualifié de peine l'imposition d'un emprisonnement dans le contexte d'une contravention à la discipline militaire. Il n'en demeure pas moins qu'au Canada, la notion de conséquence pénale est étroite, ce qui restreint la portée des garanties constitutionnelles. En France, au contraire, diverses questions prioritaires de constitutionnalité confirment l'extension du champ d'application des garanties constitutionnelles en matière répressive dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. En atteste par exemple la position du Conseil constitutionnel concernant le régime applicable aux amendes civiles, ainsi l'amende civile prévue par l'article L.442-6, III du code de commerce. Le Conseil constitutionnel a rappelé à plusieurs reprises, le caractère sanctionnateur de l'amende civile, justifiant son insertion dans la catégorie des « sanctions ayant le caractère d'une punition »⁴¹⁸. Plus précisément, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme au principe de la légalité des délits et des peines le 2° du §I de l'article L.442-6 du code de commerce en ce qu'il sanctionne d'une amende civile certaines pratiques commerciales abusives, notamment la soumission d'un partenaire commercial à des obligations créant un « déséquilibre significatif » dans les droits et obligations des parties. En d'autres termes, la notion de « déséquilibre significatif » conditionne la possibilité de condamnation à une amende civile prévue à l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce. Le droit constitutionnel répressif envahit ainsi le champ du droit civil *lato sensu*. Sur ce point, il est intéressant de comparer la

⁴¹⁷ *R. c. Généreux*, [1992] 1 RCS 259.

⁴¹⁸ Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, *Établissements Darty et Fils [Déséquilibre significatif dans les relations commerciales]*, *JORF* 14 janv. 2011, p. 813.

solution française avec l'arrêt *Guidon*⁴¹⁹ rendu par la Cour suprême du Canada. En effet, cette décision témoigne de l'interprétation restrictive de la notion de « peine » par les magistrats canadiens dans la mesure où une amende administrative d'un demi-million de dollars n'a pas été considérée comme « punitive » par les juges. En France, le contentieux relatif aux peines automatiques illustre lui aussi l'extension du champ d'application du droit constitutionnel répressif. Par exemple, le Conseil constitutionnel été amené à se prononcer sur la conformité de l'article L.7 du code électoral⁴²⁰ pour aussitôt le déclarer non conforme au principe de l'individualisation des peines consacré à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. C'est qu'en effet, l'article 7 impose une automaticité de l'application de plein droit de la radiation des listes électorales en cas de condamnation pour diverses infractions. Dans la même lignée, le Haut Conseil a jugé contraire au principe de l'individualisation des peines, le quatrième alinéa de l'article 1741 du code général des impôts en ce que l'article impose au juge de prononcer une peine de publication et d'affichage du jugement de la condamnation pour des faits de fraude fiscale au Journal officiel⁴²¹. Si les articles L.7 du code électoral et l'article 1741 du code

⁴¹⁹ *Guindon c. Canada* [2015] 3 RCS 3, 2015 CSC.

⁴²⁰ Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC, M. Stéphane A. et autres. [Article L. 7 du code électoral], *JORF* 12 juin 2010, p. 10849, texte n° 70, *Rec.*, p. 111 ; v. not. Cons. const. 27 janv. 2012, n° 2011-211 QPC, M. Éric M. [Discipline des notaires], *JORF* 28 janv. 2012, p. 1674, texte n° 79, *Rec.*, p. 87 ; B. DE LAMY, « Mesures ayant le caractère d'une punition, mesure préventive et... peine perdue », *RSC*, avril-juin 2013, n° 2, pp. 433-436 ; C. TZUTZUIANO, « Des sanctions ayant le caractère de punition et de celles qui n'en sont pas [Jurisprudence du Conseil constitutionnel] », *RFDC*, oct. 2012, n° 92, pp. 891-893 ; J.-M. BRIGANT, « Quand la QPC a rendez-vous avec la discipline des notaires », *JCP G*, 12 mars 2012, n° 11-12, pp. 553-555 ; J.-H. ROBERT, « Distinguos », *Dr. pén.*, mars 2012, n° 3, pp. 38-40 ; E. FORTIS, « De l'influence des QPC sur la définition des infractions ou du principe de la légalité des délits et peines *a posteriori* », *RSC*, janvier / mars 2012, n° 1, pp. 131-137 ; J. GALLOIS, « Discipline des notaires : inconstitutionnalité de l'automaticité de la non-inscription sur les listes électorales en cas de destitution », *AJPénal*, mai 2011, n° 5, pp. 286-287 ; P. CONTE, « QPC », *Dr. pén.*, oct. 2010, n° 10, pp. 1-2.

⁴²¹ Cons. const. 10 déc. 2010, n° 2010-72/75/82 QPC, M. Alain D. et autres [Publication et affichage du jugement de condamnation], *JORF* 11 déc. 2010, p. 21710, texte n° 81, *Rec.*, p. 382 ; B. DE LAMY, « Actualité de la constitutionnalisation des peines : maintien d'un clair obscur », *RSC*, janvier / mars 2012, n° 1, pp. 230-232 ; B. DE LAMY, « Chronique de droit pénal constitutionnel », *RSC*, janvier / mars 2012, n° 1, pp. 217-237 ; S. DETRAZ, « Réforme de la peine de publication et d'affichage de la condamnation pour fraude fiscale », *RSC*, juill.-sept. 2011, n° 3, pp. 624-627 ; M. GIACOPELLI, « Les peines obligatoires, une nouvelle fois devant le Conseil constitutionnel (Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel, n°2010-72/75/82 QPC du 10 décembre 2010, M. Alain D. et autres [Publication et affichage du jugement de condamnation]) in *Jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Octobre 2010-mars 2011 », *RFDC*, juill. 2011, n° 87, pp. 576-578 ; L. AYRAULT, « Pouvoir du juge pénal et peine complémentaire de publicité », *Procédures*, févr. 2011, n° 2, pp. 38-39 ; J.-B. PERRIER, « Inconstitutionnalité de la peine de publication de la décision de condamnation pour des faits de fraude fiscale », *AJPénal*, févr. 2011, n° 2, pp. 76-77 ; J.-H. ROBERT, « La fin d'un pilori », *Dr. pén.*, févr. 2011, n° 2, pp. 25-26 ; B. BOULOC, « Flux, reflux, flux en matière de peine obligatoire », *D.*, 2011, n° 13, pp. 929-930 ; A. DARSONVILLE, « Droit pénal : les peines accessoires et les peines complémentaires obligatoires », *Constitutions*, 2011, n° 2011-4, pp. 531-537 ; M.-C. SORDINO, « L'inconstitutionnalité de l'article 1741, alinéa 4 du Code général des impôts, nouvelle manifestation de la désaffection à l'encontre des peines automatiques », *LPA*, 9-10 août 2010, n° 157-158, pp. 11-16.

général des impôts n'ont pas, de prime abord, vocation à instituer une sanction ayant le caractère de punition, le Conseil constitutionnel considère que ces dispositions ont le caractère d'une sanction punitive et examine leur conformité à l'aune du principe d'individualisation des peines⁴²². On peut donc conclure que le Conseil constitutionnel a étendu son contrôle, sous l'égide de l'article 8 aux sanctions administratives⁴²³, disciplinaires⁴²⁴, ou bien encore fiscales⁴²⁵. Autrement dit, l'application extensive des principes répressifs de droit constitutionnel déborde le droit pénal classique pour envahir d'autres contentieux. En somme, l'étude comparée du principe de la légalité criminelle, témoigne de la préoccupation asymétrique des juges constitutionnels, en France et au Canada, de conférer le plus largement possible aux justiciables pénaux les garanties constitutionnelles contre une justice arbitraire.

⁴²² Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC, consid. 5, *JORF* 12 juin 2010, p. 10849, texte n° 70.

⁴²³ Cons. const., 13 janv. 2012, n° 2011-210 QPC, M. Ahmed S. [Révocation des fonctions de maire], *JORF* 14 janv. 2012, p. 753, texte n° 95, *Rec.*, p. 78 ; P. BLACHÈRE, « Collectivités territoriales [Chronique QPC (janvier-avril 2012)] », *LPA*, 1 oct. 2012, n° 196, pp. 17-18 ; O. LE BOT, « Constitutionnalité du pouvoir étatique de suspension et de révocation des maires [Jurisprudence du Conseil constitutionnel] », *RFDC*, juill. 2012, n° 91, pp. 576-579 ; A. ROBLOT-TROIZIER, « Quand la jurisprudence constante du Conseil d'État pallie l'inconstitutionnalité d'une loi », *RFDA*, mai-juin 2012, n° 3, pp. 528-531 ; M. VERPEAUX, « La constitutionnalité ambiguë de la révocation des maires et des adjoints », *AJDA*, 19 mars 2012, n° 10/2012, pp. 546-551 ; Cons. const., 20 juill. 2012, n° 2012-266, M. Georges R. [Décision de retrait de l'indemnité due en cas de décision administrative d'abattage d'un cheptel], *JORF* 21 juill. 2012, p. 12001, texte n° 79, *Rec.*, p. 390 ; F. ROUSSEAU, « La perte d'un droit à indemnisation, une possible sanction répressive », *D.*, 22 nov. 2012, n° 40, pp. 2684-2687 ; H. PAULIAT, « Les animaux seront-ils sauvés par le Conseil constitutionnel ? Quelques réflexions à propos de questions prioritaires de constitutionnalité récentes... », *Revue semestrielle de droit animalier*, oct. 2012, n° 1/2012, pp. 89-95.

⁴²⁴ V. not., Cons. const., 27 janv. 2012, n° 2011-211 QPC, M. Éric M. [Discipline des notaires], *JORF* 28 janv. 2012, p. 1674, texte n° 79, *Rec.*, p. 87 ; Cons. const., 17 janv. 2013, n° 2012-289 QPC, M. Laurent D. [Discipline des médecins], *JORF* 18 janv. 2013, p. 1294, texte n° 89, *Rec.*, p. 106 ; J.-B. PERRIER, « Le rappel d'exigences traditionnelles concernant le cumul de poursuites en matière de discipline des médecins », *RFDC*, juill. 2013, n° 95, pp. 715-716 ; J.-B. PERRIER, « Discipline des médecins : cumul des poursuites n'est pas cumul des sanctions, *Revue française de droit constitutionnel* », avril 2013, n° 94, pp. 470-471.

⁴²⁵ V. not., Cons. const., 17 mars 2011, n° 2011-103 QPC, [Majoration fiscale de 40 % pour mauvaise foi], *JORF* 18 mars 2011, p. 4934, texte n° 93, *Rec.*, p. 142 ; Cons. const., n° 2011-104 QPC, Époux B. [Majoration fiscale de 80 % pour activité occulte] *JORF* 18 mars 2011, p. 4935, texte n° 94, *Rec.*, p. 145 ; Cons. const., 17 mars 2011, n° 2011-105/106 QPC, M. César S. et autre [Majoration fiscale de 40 % après mise en demeure], *JORF* 18 mars 2011, p. 4935, texte n° 95, *Rec.*, p. 148 ; Cons. const., 10 fév. 2012, n° 2011-220 QPC, [Majoration fiscale de 40 % pour non-déclaration de comptes bancaires à l'étranger ou de sommes transférées vers ou depuis l'étranger], *JORF*, 11 fév. 2012, p. 2441, texte n° 72, *Rec.*, p. 115 ; Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-239, Mme Ileana A. [Transmission des amendes, majorations et intérêts dus par un contribuable défunt ou une société dissoute], *JORF* 5 mai 2012, p. 8014, texte n° 149, *Rec.*, p. 230.

§2) Les droits fondamentaux du justiciable pénal en droit pénal de forme

88. Les principes directeurs applicables à la procédure pénale. L'objectif premier de la procédure pénale, demeure la recherche de la manifestation de la vérité. Toutefois, cette quête de la vérité judiciaire doit se concilier avec les droits et libertés fondamentaux des citoyens. Certains principes fondamentaux pour y parvenir sont constitutionnellement reconnus. Parmi ces principes directeurs, les uns ont trait à la phase pré-sententielle du procès pénal (A), et d'autres, à la phase sententielle du procès pénal (B). Si l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité a permis, de manière générale, un renouvellement de ces garanties constitutionnelles dans un sens favorable à une meilleure protection des droits fondamentaux des justiciables pénaux, la logique semble, dans une certaine mesure, inversée au Canada. En effet, la *Charte canadienne* a, dans certains cas, entraîné l'effritement de certaines protections de *common law* au profit de plus d'efficacité répressive.

A) Les droits fondamentaux des justiciables durant la phase pré-sententielle du procès pénal

89. L'impact des garanties constitutionnelles sur l'évolution du droit pénal de forme. Les règles criminelles de procédure visent à « la mise en œuvre concrète de la justice criminelle, c'est-à-dire l'application, aux personnes poursuivies, des règles du droit pénal de fond »⁴²⁶, ce qui souligne l'interdépendance entre le droit pénal de fond et la procédure pénale. Cette complémentarité entre les deux contentieux se retrouve, de manière similaire, au Canada. En outre, la procédure pénale canadienne et française se situe au-delà du procès pénal en tant que tel pour couvrir également l'enquête de police. La matière pénale de fond et de forme, de part et d'autre de l'Atlantique doivent respecter des exigences constitutionnelles précises. Si les règles de procédure ont toujours fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, la question

⁴²⁶ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, Tome I, Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général, op. cit.*, p. 266.

prioritaire de constitutionnalité a engendré une recrudescence du contentieux. Pareillement, l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* a eu un impact significatif sur ce contentieux. Afin d'appréhender convenablement l'impact des garanties constitutionnelles sur l'évolution du droit pénal de forme au Canada et en France, il convient de regrouper ces garanties et d'étudier en premier lieu les principes protecteurs de la liberté individuelle (1) pour enfin envisager les principes protecteurs des droits de la défense⁴²⁷ (2). Au surplus, il est légitime de se poser la question de savoir quel contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, concret ou abstrait, serait le plus à même de garantir ces droits.

1) Les principes protecteurs de la liberté individuelle

90. La dimension multiforme du droit à la sûreté. « Garantie juridique contre les arrestations, détention et peines arbitraires »⁴²⁸, il peut être déduit de cette définition que le droit à la sûreté recouvre plusieurs dimensions. Cette dimension multiforme se retrouve également au Canada. Outre-Atlantique, les garanties spécifiques qui préservent le droit à la sûreté des justiciables sont consacrées principalement aux articles 7, 8, 9 et 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Toutefois, afin de bénéficier de ces garanties constitutionnelles, le justiciable doit être considéré comme « détenu » au sens constitutionnel du terme, ou prouver une « expectative raisonnable au droit à la vie privée » afin de pouvoir prétendre à la protection de l'article 8 de la *Charte*⁴²⁹. C'est la raison pour laquelle la délimitation des concepts d'« expectative raisonnable au droit à la vie privée » au Canada⁴³⁰ et de « détention » doit précéder l'étude du contenu des garanties constitutionnelles précitées. Bien que la délimitation desdits concepts représente un préalable indispensable à l'application des garanties constitutionnelles entourant le droit à la sûreté⁴³¹, le requérant peut encore obtenir gain de cause dans son procès pénal en démontrant l'ingérence abusive de l'État. Raison pour laquelle il convient de définir ce que recouvre le

⁴²⁷ Même si cela n'épuise pas toute la matière de la procédure pénale.

⁴²⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 885.

⁴²⁹ Il convient de préciser que ces concepts ne trouvent pas leur équivalent en France.

⁴³⁰ Cette notion ne trouve pas son équivalent en France.

⁴³¹ Ce concept n'existe pas en tant que tel au Canada.

caractère « abusif » d'une perquisition, d'une fouille ou d'une saisie (a) et la notion de détention « arbitraire » (b).

a) La protection contre les fouilles et perquisitions abusives

91. La notion d'« expectative raisonnable des justiciables en matière de vie privée ». « L'interdiction qui est faite au gouvernement de s'intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l'essence même de l'État démocratique »⁴³². L'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés de 1982* protège les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée. La jurisprudence a très tôt précisé la nature de cette garantie. Il s'agit d'un droit personnel qui, à l'image des autres droits garantis par la *Charte*, vise à protéger les personnes et non les biens⁴³³. En effet, dans l'arrêt *Southam*, le juge Dickson a catégoriquement rejeté, au nom de la Cour, toute exigence de lien entre les droits protégés par l'article 8 de la *Charte* et un droit de propriété sur les lieux ayant fait l'objet d'une perquisition⁴³⁴. En d'autres termes, la protection du droit à la vie privée de l'accusé contre l'ingérence abusive de l'État représente la finalité principale poursuivie par l'article 8. Par conséquent, est considérée comme une « fouille » ou « perquisition » au sens de cette disposition, la conduite des agents de l'État portant atteinte à une « attente raisonnable en matière de vie privée ». C'est en effet à travers le droit à « la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives » consacré par l'article 8 de la *Charte* que la Cour suprême du Canada a pu affirmer l'existence du droit à la vie privée des citoyens canadiens. Mais encore faut-il qu'une « expectative raisonnable de vie privée » existe pour que la protection de l'article 8 de la *Charte* joue. Il n'y a en effet pas de « fouille » s'il n'y a pas d'attente de vie privée. Il faudra donc démontrer qu'une personne raisonnable et bien informée, placée dans la même situation, s'attendrait à ce qu'on respecte sa vie privée. L'attente raisonnable de vie privée dépendra d'un ensemble de circonstances factuelles. Autrement dit, le contenu de l'expectative raisonnable en matière de vie privée dépendra du contexte de l'affaire litigieuse. « L'examen de facteurs tels la nature des renseignements, celle

⁴³² Juge La Forest dans *R.c. Dymnt* 1988 2 RCS 417, §. 17.

⁴³³ *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 RCS 145, p. 159 ; A.-M. BOISVERT, « Chronique-Canada », in *Le juge constitutionnel et la proportionnalité ; Juge constitutionnel et droit pénal*, op.cit, p. 610.

⁴³⁴ *Hunter c. Southam Inc.*, 2 RCS 145.

des relations entre la partie divulguant les renseignements et la partie en réclamant la confidentialité, l'endroit où ils ont été recueillis, les conditions dans lesquelles ils ont été obtenus et la gravité du crime faisant l'objet de l'enquête, permet de pondérer les droits sociétaux à la protection de la dignité, de l'intégrité et de l'autonomie de la personne et l'application efficace de la loi »⁴³⁵. À cet égard, seul un contrôle concret de constitutionnalité *a posteriori* semble à même d'appréhender convenablement la portée de la notion « d'expectative raisonnable en matière de vie privée » tant celle-ci invite, si ce n'est oblige, les juges à considérer le contexte et les faits propres à chaque affaire pénale. Il faut encore ajouter les principes régissant le fardeau de la preuve devant être rapportée dans le cadre de l'article 8 de la *Charte*. Les règles varient selon que la fouille, perquisition ou saisie ont été ou non effectuées avec mandat. Conformément à l'arrêt *Southam*⁴³⁶, à défaut d'une autorisation préalable judiciaire, la fouille, perquisition ou saisie est présumée abusive. Il revient alors à la poursuite de faire la démonstration du contraire. En revanche, lorsqu'une action privative de liberté est pratiquée par la police sur la base d'un mandat, il revient aux accusés de prouver, selon la norme de persuasion relative à la prépondérance des probabilités⁴³⁷, le caractère déraisonnable de l'ingérence de l'État à défaut de quoi le grief d'inconstitutionnalité tiré de la méconnaissance de l'article 8 sera rejeté⁴³⁸. Il en ressort clairement que l'article 8 de la *Charte* ne consacre pas une protection générale du droit à la vie privée lorsqu'une technique d'enquête est utilisée par la police. En effet, le critère constitutionnel qui conditionne l'invocation de la garantie susvisée tient à la démonstration par les justiciables d'une « expectative raisonnable des citoyens au droit à la vie privée »⁴³⁹. Le juge Dickson d'ajouter que « le terme limitatif "raisonnable" suppose qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des

⁴³⁵ *R. c. Plant*, [1993] 3 RCS 281.

⁴³⁶ *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 RCS 145, p. 161 : « Dans l'arrêt *United States v. Rabinowitz*, 339 U.S. 56 (1950), la Cour suprême des États-Unis avait jugé qu'une perquisition sans mandat n'était pas ipso facto abusive. Mais dix-sept ans plus tard, le juge Stewart a conclu dans l'arrêt *Katz* qu'une perquisition sans mandat était à première vue "abusive" en vertu du Quatrième amendement. Les termes de ce Quatrième amendement diffèrent de ceux de l'art. 8 (de la *Charte*) et on ne peut transposer les décisions américaines dans le contexte canadien qu'avec énormément de prudence. Avec égards, néanmoins, je suis d'avis d'adopter en l'espèce la formulation du juge Stewart qui s'applique pareillement au concept du "caractère abusif" que l'on trouve à l'art. 8, et j'estime que la partie qui veut justifier une perquisition sans mandat doit réfuter cette présomption du caractère abusif ».

⁴³⁷ *R. c. Collins*, [1987] 1 RCS 265, §. 21.

⁴³⁸ *R. c. Caslake*, [1998] 1 RCS 51 ; *R. c. Collins*, 1987, [1987] 1 RCS 265.

⁴³⁹ *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 RCS 158, 159.

particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi ». L'appréciation de « l'expectative raisonnable des citoyens au droit à la vie privée », doit s'analyser eu égard à l'ensemble des circonstances d'un cas particulier⁴⁴⁰. Sur ce point, l'arrêt *Gomez*⁴⁴¹ a précisé les facteurs qui peuvent être pris en considération lors de cette appréciation. Il s'agit essentiellement de la présence au moment de la perquisition; la possession ou le contrôle du bien ou du lieu faisant l'objet de la fouille ou de la perquisition; la propriété du bien ou du lieu; l'usage historique du bien ou de l'article; l'habilité à régir l'accès au lieu, y compris le droit d'y recevoir ou d'en exclure autrui; l'existence d'une attente subjective en matière de vie privée; le caractère raisonnable de l'attente, sur le plan objectif. D'autres facteurs jurisprudentiels ont été ajoutés à cette première liste non exhaustive, tirés notamment des affaires *Edwards*⁴⁴² et *Tessling*⁴⁴³. Concernant l'appréciation de « l'expectative raisonnable des citoyens au droit à la vie privée », force est de constater que c'est la méthode « contextuelle » qui est privilégiée. Le juge Sopinka la revendique lorsqu'il s'agit de démontrer que l'enquête de l'État parvient à concilier l'équilibre entre l'objectif de répression du crime et la préservation des libertés individuelles des citoyens⁴⁴⁴.

92. Les fouilles et perquisitions abusives. Afin de bénéficier de la garantie spécifique de l'article 8 de la *Charte*, encore faut-il que le requérant rapporte la preuve du caractère abusif de la perquisition, fouille ou saisie effectuée par les forces de l'ordre. Le critère minimal justifiant l'action de l'État réside dans l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise et que les éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la perquisition, fouille ou saisie effectuée⁴⁴⁵. En d'autres termes, afin de justifier l'ingérence de l'État, les policiers

⁴⁴⁰ *R. c. Colarusso*, [1994] 1 RCS 20, p. 54, et *R. c. Wong*, [1990] 3 RCS 36, p. 62.

⁴⁴¹ *United States c. Gomez*, 16 F.3d 254 (8th Cir. 1994).

⁴⁴² *R. c. Edwards* 1996, 1 RCS 128, §. 45 : « (i) la présence au moment de la perquisition; (ii) la possession ou le contrôle du bien ou du lieu faisant l'objet de la fouille ou de la perquisition ; (iii) la propriété du bien ou du lieu; (iv) l'usage historique du bien ou de l'article; (v) l'habilité à régir l'accès au lieu, y compris le droit d'y recevoir ou d'en exclure autrui ; (vi) l'existence d'une attente subjective en matière de vie privée ; (vii) le caractère raisonnable de l'attente, sur le plan objectif ».

⁴⁴³ *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, §. 44 : La Cour suprême indique des éléments additionnels quant à l'examen de lieux : « La description de l'endroit où la perquisition a eu lieu; Les éléments ayant fait l'objet de la perquisition étaient-ils à la vue du public ? Les éléments perquisitionnés avaient-ils été abandonnés ? Des tiers possédaient-ils des renseignements à l'égard des lieux ou des éléments perquisitionnés? Les techniques policières ont-t-elles porté atteinte au droit à la vie privée ? ».

⁴⁴⁴ *R. c. Plant*, [1993] 3 RCS 281, p. 293.

⁴⁴⁵ *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 RCS 145.

doivent entretenir « des soupçons raisonnables quant à la culpabilité de l'accusé »⁴⁴⁶. La jurisprudence relève trois hypothèses au regard desquelles les techniques d'enquête seront jugées raisonnables. Selon les juges suprêmes, une fouille, perquisition ou saisie n'est pas abusive si une autorisation légale a été octroyée, si la loi elle-même est non abusive et enfin si la manière dont elle est effectuée n'est pas abusive⁴⁴⁷. Si les deux premières hypothèses de la grille d'analyse peuvent se satisfaire d'un contrôle abstrait de constitutionnalité *a posteriori* à l'image de celui pratiqué en France, un contrôle concret *a posteriori* « à la canadienne » semble nécessaire aux fins de vérification de la troisième hypothèse. En effet, il apparaît difficile de conclure à la conformité d'une fouille, perquisition ou saisie telles que pratiquées dans la réalité par les policiers sans saisir concrètement les considérations contextuelles qui les entourent. À supposer qu'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des actes des agents de l'État advienne dans un futur plus ou moins proche en France⁴⁴⁸, la conception abstraite du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* français ne serait que partiellement adaptée à un tel examen. Le même constat peut être dressé lorsqu'il s'agit pour les juges canadiens de déterminer la constitutionnalité d'une arrestation ou si une détention est arbitraire au sens de l'article 10 de la *Charte*.

b) La protection contre la détention arbitraire

93. La notion de détention. Si l'article 8 de la *Charte* protège l'expectative raisonnable de vie privée de tous les citoyens, certaines garanties constitutionnelles ne sont accordées qu'aux personnes arrêtées ou détenues. Avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, l'arrestation a été définie, dans l'arrêt *Whitfield*⁴⁴⁹, comme étant le fait de se saisir d'une personne ou de la toucher dans le but de la détenir. Dans l'arrêt *Asante-Mensah*⁴⁵⁰, postérieur à l'avènement de la *Charte*, les juges suprêmes sont venus préciser que l'arrestation est un acte continu qui se poursuit tant que la personne n'est pas relâchée ou amenée devant un magistrat pour comparaître. Si l'arrestation

⁴⁴⁶ A.-M. BOISVERT, « Chronique-Canada », in *Le juge constitutionnel et la proportionnalité ; Juge constitutionnel et droit pénal*, op. cit., p. 611.

⁴⁴⁷ *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 RCS 678, 2003 CSC 60.

⁴⁴⁸ Sur ce point, il convient de rappeler qu'un tel contrôle n'existe pas à l'heure actuelle en France ; *Supra* n° 39.

⁴⁴⁹ *R. c. Whitfield*, [1970], RCS 46.

⁴⁵⁰ *R. c. Asante-Mensah*, [2003], 2 RCS 3.

est effectuée par un simple citoyen, elle prend fin lorsque l'individu est confié à la police. L'auteur de l'arrestation peut utiliser la force nécessaire pour rendre effective l'arrestation et cela durant toute la période de détention qui succède⁴⁵¹. L'arrestation, tout comme la détention, entraîne l'application des garanties entourant le droit à la sûreté évoqué précédemment⁴⁵². Cependant, toutes les interactions entre les forces de l'ordre et les citoyens n'impliquant pas une *détention* au sens constitutionnel du terme, il convient de déterminer quels types de détention tombent sous le coup de la *Charte*. La jurisprudence canadienne semble opter pour une définition extensive de la notion de détention. En témoigne l'affaire *Therens*⁴⁵³ où l'accusé avait été sommé de se soumettre à un alcootest sans avoir été avisé de son droit de consulter un avocat. L'accusé pouvait-il légitimement en bénéficier ? La réponse dépendait essentiellement de ce que recouvre le terme de détention. Sur ce point, la Cour suprême énonce que la détention au sens de l'article 10 de la *Charte* correspond à « une entrave à la liberté autre qu'une arrestation par suite de laquelle une personne peut raisonnablement avoir besoin de l'assistance d'un avocat, mais pourrait, en l'absence de cette garantie constitutionnelle, être empêchée d'y avoir recours sans délai »⁴⁵⁴. En l'espèce, les juges suprêmes concluent que l'accusé, sommé de se soumettre à un alcootest, était détenu au sens susvisé. En ce sens, le juge Le Dain précise, qu'il y a, également, en sus d'une contrainte physique, « détention » au sens de l'article 10 « lorsqu'un policier restreint la liberté d'action d'une personne au moyen d'une sommation ou d'un ordre qui peut avoir des conséquences sérieuses sur le plan juridique et qui a pour effet d'empêcher l'accès à un avocat »⁴⁵⁵. C'est dire que la Cour suprême reconnaît que la « détention psychologique »⁴⁵⁶ est incluse dans le concept de détention prévu à l'article 10 de la *Charte*. Toutefois, en dépit de la définition extensive de la notion de détention, toutes les interactions entre les forces de l'ordre et les citoyens n'impliquent pas la garantie des droits constitutionnels prévus aux articles 9 et 10 de la *Charte*. Par exemple, tel est le cas lorsque l'interception du suspect effectuée par les policiers n'engendre pas « l'application

⁴⁵¹ *R. c. Asante-Mensah*, [2003], 2 RCS 3, §§. 34-35, §§. 42-43, et §. 49.

⁴⁵² *Supra* n° 90.

⁴⁵³ *R. c. Therens*, [1985], 1 RCS 613.

⁴⁵⁴ *R. c. Therens*, [1985], 1 RCS 613, p. 642.

⁴⁵⁵ *R. c. Therens*, [1985], 1 RCS 613, p. 642.

⁴⁵⁶ A.-M. BOISVERT, « Chronique-Canada », in *Le juge constitutionnel et la proportionnalité. Juge constitutionnel et droit pénal*, *op. cit.*, p. 611.

de contraintes physiques ou psychologiques appréciables »⁴⁵⁷. Une fois la délimitation de la notion de détention effectuée, autrement dit que le justiciable est « détenu » au sens des articles 9 et 10 de la *Charte*, il faut encore vérifier le caractère régulier de la privation de liberté. En effet, le requérant peut encore obtenir gain de cause dans son procès pénal en démontrant le caractère arbitraire de sa détention. Une détention, bien que légale, peut s'avérer inconstitutionnelle en raison son caractère arbitraire⁴⁵⁸. C'est la raison pour laquelle il convient de déterminer la portée exacte de l'article 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés de 1982*, soit, la portée d'une détention « arbitraire ».

94. Les arrestations sans motifs raisonnables et probables. Comme mentionné précédemment⁴⁵⁹, l'arrestation étant préalable à toute détention dans le cadre de la procédure avant le procès, il convient d'évoquer un cas jurisprudentiel attestant de l'appréciation concrète des juges suprêmes lorsqu'il s'agit de déterminer la constitutionnalité ou non d'une arrestation. Ainsi, Dans l'affaire *Duguay*⁴⁶⁰, les policiers ont procédé sur ouï-dire à l'arrestation de trois jeunes gens. Ils ont obtenu spontanément une déclaration incriminante. Les policiers n'avaient pas de motifs raisonnables et probables de croire que ces jeunes gens étaient les auteurs d'un vol par effraction. L'arrestation n'a donc pas été effectuée conformément à l'article 450 du *Code criminel*. Le juge du procès a conclu qu'il y avait eu détention arbitraire au sens de l'article 9 de la *Charte* et a exclu la preuve obtenue (la déclaration spontanée) en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte*. La Cour suprême à la majorité, a entériné cette décision : « la détention était arbitraire parce que l'arrestation n'était pas fondée sur des motifs raisonnables et probables, mais avait plutôt pour but d'aider les policiers dans leur enquête ». Afin d'accueillir le grief d'inconstitutionnalité, les juges suprêmes se prêtent à une véritable appréciation concrète des faits. Ils relèvent que « les actes des policiers, en l'espèce, étaient irrationnels et arbitraires ». Un même raisonnement *in concreto* prédomine lorsqu'il s'agit pour les juges canadiens de conclure ou non à la constitutionnalité d'une détention.

⁴⁵⁷ *R. c. Mann*, [2004] 3 RCS 59, §. 19.

⁴⁵⁸ A.-M. BOISVERT, « Chronique-Canada », in *Le juge constitutionnel et la proportionnalité. Juge constitutionnel et droit pénal, op.cit.*, p. 615.

⁴⁵⁹ *Supra* n° 75.

⁴⁶⁰ *R. c. Duguay*, [2003] 3 RCS 307, 2003 CSC 70.

95. La détention « arbitraire ». Le concept de détention « discrétionnaire » est également multiforme. En effet, la jurisprudence recense plusieurs cas de privation de liberté illégale. Dans l'arrêt *Hufsky*⁴⁶¹, la Cour suprême énonce qu'une détention est arbitraire si elle n'est fondée sur aucun critère exprès ou implicite en régissant l'exercice, même si elle est autorisée par la loi. Autrement dit, une condition matérielle s'ajoute à l'exigence formelle. Cependant, la jurisprudence est venue consacrer une autre acception de la détention « arbitraire ». En effet, les juges suprêmes relèvent l'irrégularité d'une détention, lorsque cette dernière est fondée sur une utilisation abusive des pouvoirs de police ou sur des critères « suspects »⁴⁶². Le caractère arbitraire de la détention peut dès lors résulter de l'usage de la détention par les agents de l'État, en sus de l'absence d'une autorisation légale. En somme, la Cour suprême du Canada propose une grille d'analyse tripartite lorsqu'il s'agit de déterminer si une détention est arbitraire au sens de l'article 9 de la *Charte*. Dans un premier temps, les tribunaux canadiens doivent vérifier si la détention est autorisée par la loi et, dans un deuxième temps, si celle-ci n'est pas intrinsèquement arbitraire. Enfin, si ces deux hypothèses sont retenues, il faut encore vérifier que l'utilisation qui en est faite en l'espèce par les agents de police, n'est pas elle-même arbitraire. Il ressort désormais clairement de ce raisonnement jurisprudentiel, qu'une détention bien que « légale », c'est-à-dire autorisée par la loi peut encore être arbitraire en raison d'un vice intrinsèque de la loi ou encore, d'une pratique « arbitraire » de la part des agents de l'État. Le concept d'« illégalité » ne doit donc pas être confondu avec celui d'« arbitraire ».

96. Les effets d'une arrestation ou d'une « détention » caractérisée au sens de l'article 10 de la *Charte canadienne*. Une fois que les juges ont déterminé s'il y avait une arrestation ou une « détention » au sens constitutionnel du terme et notifié les motifs qui justifient l'arrestation ou la détention, les justiciables peuvent jouir des garanties spécifiques qui découlent de l'article 10 de la *Charte*, c'est-à-dire celles qui entourent le droit à la sûreté. D'après ce texte, « chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention, d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention, ainsi que d'avoir recours sans délai à l'assistance

⁴⁶¹ *R. c. Hufsky*, [1988] 1 RCS 621.

⁴⁶² *R. c. Pearson*, [1992] 3 RCS 665.

d'un avocat et d'être informé de ce droit ». Comme la Cour suprême l'a mentionné, « les droits garantis par les alinéas 10 (a) et b) de la *Charte* sont liés. L'une des principales raisons d'obliger les policiers à informer une personne des motifs de sa détention est d'assurer que celle-ci puisse faire un choix éclairé d'exercer ou non son droit à l'assistance d'un avocat et, dans l'affirmative, qu'elle obtienne des conseils judiciaires en fonction de sa compréhension de l'ampleur du risque qu'elle court »⁴⁶³. Ces garanties constitutionnelles visent à protéger le droit de garder le silence et le droit de ne pas s'auto-incriminer car, comme l'expliquait la juge McLachlin dans l'arrêt *Hebert*⁴⁶⁴, le rôle premier de l'avocat est de faire comprendre au suspect l'importance de ce droit. Pareillement en France, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rappelé toute l'importance de cette garantie, en affirmant que « toute personne soupçonnée d'avoir commis une infraction doit, dès le début de la garde à vue, être informée de son droit à se taire »⁴⁶⁵.

2) Les principes protecteurs des droits de la défense durant la phase pré-sententielle du procès pénal

97. Les conséquences de l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de la question prioritaire de constitutionnalité sur le droit à l'assistance d'un avocat. La consécration constitutionnelle du droit à l'assistance d'un avocat doit s'appréhender tant par l'exercice de l'exception d'inconstitutionnalité sous l'impulsion de la *Charte canadienne des droits et libertés* (a) qu'au regard de l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité en France (b).

⁴⁶³ *R. c. Borden*, [1994] 3 RCS 145, 166 ; *R. c. Black*, [1989], 2 RCS 138, aux pp. 152 et 153 et *R. c. Smith*, [1991] 1 RCS 714, à la p. 728. [...].

⁴⁶⁴ *R. c. Hebert*, [1990] 2 RCS 151, 176.

⁴⁶⁵ Cass. crim. 19 oct. 2010, n° 10-86.051, n° 10-82.902 et n° 10-82.306 ; E. DREYER, « La Cour de cassation, suspend l'application de l'article 6, paragraphe 3, de la Convention européenne jusqu'au 1^{er} juillet 2011 », *D.*, 2010, n° 42, pp. 2809-2814 ; G. STRAEHLI, « La loi sur la garde à vue au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'appliquée dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », *D.*, 2011, n° 187-188, pp. 12-16.

a) Le droit à l'assistance d'un avocat sous l'impulsion de la *Charte canadienne des droits et libertés* au Canada

98. La consécration constitutionnelle du droit à l'assistance d'un avocat au Canada. L'étude relative à l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de la question prioritaire de constitutionnalité sur l'évolution de la matière pénale de forme française et canadienne témoigne d'une problématique commune, celle du droit à l'assistance d'un avocat. Les pouvoirs limités de détention pour fin d'enquête octroyés aux policiers tant par la *common law*⁴⁶⁶ que par le code de procédure pénale français soulèvent la question de savoir si les justiciables peuvent bénéficier de leur droit à l'assistance d'un avocat ainsi que de toutes les composantes s'y rattachant. Dans une telle hypothèse, c'est-à-dire lorsque la privation de liberté est de courte durée, le droit à l'assistance d'un avocat a été reconnu au Canada dans l'affaire *Suberu*⁴⁶⁷ au sein de laquelle il a été notamment souligné le caractère « immédiat »⁴⁶⁸ dudit droit. Il ne peut être fait exception à l'immédiateté de cette obligation pesant sur les policiers que, pour « des raisons liées à la sécurité des policiers ou du public ou des restrictions raisonnables prescrites par une règle de droit et justifiées au sens de l'article 1^{er} de la *Charte* »⁴⁶⁹. La majorité justifie sa position en mentionnant que les problèmes de l'auto-incrimination et de l'entrave à la liberté auxquels cherche à répondre l'alinéa 10 (b) de la *Charte* se posent dès qu'il y a détention, quand bien même celle-ci serait arbitraire⁴⁷⁰. C'est dire l'importance que la jurisprudence accorde à la reconnaissance d'un exercice plein et entier du droit à l'assistance d'un avocat en raison du statut de « suspect » et non pas eu égard à la nature de la détention. Outre l'hypothèse d'une détention pour fins d'enquête, c'est-à-dire lorsque la détention est de courte durée, l'article 10(b) de la *Charte*, qui accorde à toute personne arrêtée ou détenue le droit d'être informée de son droit à l'avocat et de recourir à ses services sans délai, s'applique aussi au cas de détention au poste de police. Contrairement à la détention pour fins d'enquête, cette forme de

⁴⁶⁶ *R. c. Mann*, [2004] 3 *RCS*, 665.

⁴⁶⁷ *R. c. Suberu*, [2009], *CSC*, §.32.

⁴⁶⁸ *R. c. Suberu*, [2009], §. 2.

⁴⁶⁹ *R. c. Suberu*, [2009], §. 2.

⁴⁷⁰ *R. c. Rutten* [2006], 205 *CCC* 3(d) 504, la Cour d'appel de la Saskatchewan a indiqué que cette garantie s'applique même si la personne a été arrêtée ou détenue arbitrairement (§§. 46-50).

détention autorise davantage un parallèle avec la garde à vue française dans la mesure où une personne arrêtée peut être détenue pendant un maximum de vingt-quatre heures. Cependant, une divergence importante avec le droit français apparaît aussitôt. En effet, si en France, en matière de criminalité organisée, cette période peut s'étendre jusqu'à quatre jours⁴⁷¹, voire six en matière de terrorisme⁴⁷², ces deux prolongations n'existent pas au Canada. Les justifications de cette divergence procédurale découlent de la nature différente des deux systèmes de justice pénale. En droit canadien, la détention par la police est une procédure parfaitement extra-judiciaire. C'est la raison pour laquelle le *Code criminel* prévoit que la police doit faire comparaître le prévenu devant un juge de paix dans un maximum de vingt-quatre heures. Et, cette comparution doit, en principe, permettre la remise en liberté du suspect sauf si les conditions de 515 (10) du *Code criminel* sont réunies. La détention d'un suspect par les agents de l'État représente ainsi une détention préventive mais pas une mesure d'enquête dans le sens défini en France. En effet, conformément à la logique accusatoire de la procédure pénale canadienne, la détention est étroitement liée au dépôt de l'accusation⁴⁷³. Si le concept de « garde à vue » d'un suspect ou d'un témoin n'existe pas en droit canadien et les règles procédurales afférentes à l'arrestation et à la détention des personnes au Canada et en France sont différentes, la problématique du droit à l'assistance à un avocat s'est posée en France peu ou prou dans les mêmes termes qu'au Canada.

b) Le droit à l'assistance d'un avocat lors de la garde à vue sous l'impulsion de la question prioritaire de constitutionnalité en France

99. La consécration constitutionnelle du droit à l'assistance d'un avocat lors de la garde à vue en France. Afin d'appréhender convenablement la reconnaissance du droit à l'assistance d'un avocat en France, il convient de retracer brièvement les différentes étapes jurisprudentielles qui ont présidé à sa consécration constitutionnelle. La question de la garde à vue a été au centre des préoccupations

⁴⁷¹ Art. 706-88 Code. pr. pén.

⁴⁷² Art. 706-88 Code. pr. pén.

⁴⁷³ P. BÉLIVEAU, J. PRADEL, « Les phases de la procédure pénale », in *La justice pénale dans les droits canadien et français. Étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire*, Éd. Yvon Blais, 2^{ème} éd., 2007, p. 458.

en France suite aux deux condamnations de la Turquie par les juges européens. En effet, la Cour européenne des droits de l'Homme a décidé à deux reprises que l'impossibilité pour une personne gardée-à-vue de se faire assister par un avocat « a irrémédiablement nui à ses droits de la défense » et rendu, de ce fait, inéquitable le procès qui lui a été fait par la suite⁴⁷⁴. Peu de temps après, la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Brusco contre France* du 14 octobre 2010⁴⁷⁵, condamnait la France en posant le principe du droit au silence et en affirmant sans ambiguïté que l'avocat devait pouvoir assister aux interrogatoires du gardé-à-vue. C'est dans ce contexte qu'intervient la décision phare du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010⁴⁷⁶ qui invalide le régime de droit commun de la garde-à-vue. En effet, le Haut Conseil considère que le dispositif en vigueur ne réservait pas la garde-à-vue ainsi que ses prolongations, aux infractions présentant une certaine gravité. En outre, les personnes en faisant l'objet ne bénéficiaient pas de « l'assistance effective d'un avocat ». Enfin, elles ne recevaient pas la notification de leur « droit de garder le silence ». Ainsi, sous l'influence de la jurisprudence européenne et constitutionnelle, le législateur français est intervenu avec la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ CEDH, 27 nov. 2008, affaire *Salduz c./ Turquie*, req. n° 36391/02, in *JDJ*, févr. n° 282 ; Y. LECUYER, « Les paradoxes du contentieux européen des droits de l'homme à l'égard des avocats », *Cahiers de droit européen*, 2015, n° 2-3, pp. 429-467 ; F. SUDRE, G. GONZALEZ, M. AFROUKH, K. BLAY-GRABARCZYK, L. MILANO, B. PASTRE-BELDA, C. PICHERAL, A. SCHAHMANÉCHE, H. SURREL, « Les droits de procédure », *RDP*, 2015, n° 3, pp. 841-847 ; CEDH, 13 oct. 2009, *Dayanan c. Turquie*, req. n° 7377/03 : « le requérant n'a pas bénéficié de l'assistance d'un conseil lors de sa garde à vue (...) une telle restriction systématique sur la base des dispositions légales pertinentes, suffit à conclure à un manquement aux exigences de l'article 6 de la Convention, nonobstant le fait que le requérant a gardé le silence au cours de sa garde à vue ».

⁴⁷⁵ CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco c. France*, req. n° 1466/07. D. GUÉRIN, « Flexibilité du droit européen : arrêts *Brusco c/ France* et *Gäfgen c/ Allemagne* », *D.*, 2010, n° 43, pp. 2850-2851 ; Y. LECUYER, « Les paradoxes du contentieux européen des droits de l'homme à l'égard des avocats », *Cah. dr. eur.*, 2015, n° 2-3, pp. 429-467 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2011, n° 4, pp. 182-188.

⁴⁷⁶ Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, *D.* 2010, p. 1949.

⁴⁷⁷ L. n° 2011-392, 14 avr. 2011 relative à la garde à vue (1) *JORF* n° 0089, 15 avr. 2011, p. 6610 texte n° 1 ; E. GINDRE, « Une réforme en urgence : La loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue », *RPDP*, 2011, n° 2, pp. 297-310 ; P. BOUCHEZ EL GHOZI, « Garde à vue : une nouvelle donne pour l'entreprise », *Journal des Sociétés*, 2011, n° 89, pp. 55-56 ; H. MATSOPOULOU, « Les dispositions de la loi du 14 avril 2011 sur la garde à vue déclarées conformes à la Constitution », *D.*, 2011, p. 3034 ; H. MATSOPOULOU, « La garde à vue - Une réforme inachevée », *JCP G*, 2011, n° 542 ; M.-L. RASSAT, « A remettre sur le métier - Des insuffisances de la réforme, Libres propos », *JCP.G*, 2011, n° 632 ; J. PRADEL, « Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue », *JCP G*, 2011, n° 665 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, « La réforme de la garde à vue », *D.*, 2011, p. 1570.

100. Les carences du régime de l'audition libre. Cependant aux yeux de la doctrine⁴⁷⁸, la loi nouvelle est vite apparue insatisfaisante. C'est qu'en effet, le suspect auditionné sous le régime de l'audition libre ne bénéficiait pas du droit à l'assistance à un avocat. Sur ce point, il convient de rappeler que pour les nécessités de l'enquête, l'article 78 du code de procédure pénale⁴⁷⁹ dans sa version issue de la loi du 9 mars 2004, permet avec autorisation préalable du procureur de la République, le recours à la force publique pour faire comparaître les personnes qui n'ont pas comparu ou dont on peut craindre qu'elles ne répondent pas à la convocation. Ce faisant, parallèlement au régime de la garde-à-vue, des mesures coercitives aux fins d'audition pouvaient également être décidées par les officiers de police judiciaire. Cela étant, cette privation de liberté aux fins d'audition, ne conférait au suspect ni le droit au silence, ni le droit à l'assistance d'un avocat ainsi que toutes les composantes s'y rattachant. C'est dans cette perspective, que le Conseil constitutionnel juge, dans sa décision du 18 novembre 2011⁴⁸⁰, que ces carences législatives portent atteinte aux droits de la défense du suspect auditionné sous le régime de l'audition libre. C'est ainsi qu'aux fins de rapprochement avec le régime de la garde-à-vue, la nouvelle loi du 28 mai 2014⁴⁸¹, confère aux suspects « entendus sans contrainte », les mêmes principes protecteurs des droits de la défense octroyés aux gardés à vue.

101. Le renforcement des droits de la défense lors de la phase pré-sententielle au procès pénal en France et au Canada. L'entrée en vigueur de la *Charte* et de la question prioritaire de constitutionnalité au sein des deux ordres juridiques a donc considérablement renouvelé le contentieux de la procédure pénale dans un sens plus enclin à la protection des droits et libertés fondamentaux des justiciables. En effet, le 5^e alinéa de l'article 61-1 du code de procédure pénale⁴⁸² remanié par la loi du 27

⁴⁷⁸ H. MATSOPOULOU, « La garde-à-vue – Une réforme inachevée », *JCP G* 2011, n° 542 ; M.-L. RASSAT, « A remettre sur le métier – Des insuffisances de la réforme », *Libres propos, JCP G*, 2011, n° 632 ; J. PRADEL, « Un regard perplexe sur la nouvelle garde-à-vue », *JCP G* 2011, n° 665 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, « La réforme de la garde-à-vue », *D.*, 2011, chron., p. 1570.

⁴⁷⁹ Art. 78 Code. pr. pén.

⁴⁸⁰ Cons. const., 18 nov. 2011, n° 2011/191/194/195/196/197 QPC, Mme Élise A. et autres [Garde à vue II], *JORF* 19 nov. 2011, p. 19480.

⁴⁸¹ L. n° 2014-535, 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales (1), *JORF* n° 0123, 28 mai 2014, p. 8864 ; V. PELTIER, E. BONIS-GARCON, « Chronique de droit pénal et de procédure pénale », *NCCC*, 2015, n° 48, pp. 177-194.

⁴⁸² Art. 61-1 Code pr. pén.

mai 2014⁴⁸³ commande non plus seulement la présence d'un avocat dès le début de la garde à vue, mais oblige à une réelle assistance de ce dernier envers les suspects. Au Canada, l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* a été l'occasion pour la Cour suprême de clarifier la notion de « détention »⁴⁸⁴ et partant, de circonscrire la portée des articles 9 et 10 de la *Charte*. La portée du droit à l'assistance d'un avocat a été circonscrite au fil de la jurisprudence rendue par la Cour suprême du Canada à l'aune de la *Charte*. Ainsi, par exemple, peu de temps après l'avènement de la *Charte*, les juges suprêmes, dans l'arrêt *Manninen*⁴⁸⁵, ont consacré les deux volets de l'article 10(b) de la *Charte*, c'est-à-dire le volet information⁴⁸⁶ soit le droit d'être informé sans délai, et le volet application⁴⁸⁷ soit les obligations qu'impose l'article 10(b) de la *Charte* aux agents de la paix. « Le volet information est aussi important que le volet mise en application. Pour que l'accusé puisse exercer son droit à l'assistance d'un avocat il doit en connaître l'existence et savoir que les représentants de l'État sont tenus d'en respecter l'exercice. Le volet information permet d'assurer une certaine égalité entre les policiers et la personne détenue parce qu'il y aura un équilibre par rapport à la connaissance de l'étendue des droits qui entrent en jeu. Le volet information a pour but de permettre aux personnes détenues de prendre des décisions éclairées au sujet des services qui lui sont offerts »⁴⁸⁸. Découle nécessairement du volet information, le volet mise en application des droits prévus à l'article 10(b) de la *Charte*. « En effet, pour assurer l'exercice de ses droits, il est indispensable que les représentants de l'État accordent une opportunité à l'accusé pour le faire. Sans cette opportunité raisonnable, la protection de l'al. 10b) serait vidée de tout son sens. Ainsi, lorsque le citoyen, détenu ou arrêté, choisit d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat, les agents de la paix ont l'obligation de faciliter cette mise en application. De cette obligation de faciliter la communication découlent deux devoirs subsidiaires que les agents de la paix ont l'obligation de remplir afin de s'acquitter de leurs devoirs en vertu de l'al. 10b). Premièrement, ils doivent accorder une opportunité raisonnable

⁴⁸³ L. n° 2014-535, 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales (1).

⁴⁸⁴ *R. c. Grant*, 2009 CSC 32 ; *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33.

⁴⁸⁵ *R. c. Manninen*, [1987] 1 RCS 1233, §. 23 : « Le droit à l'assistance d'un avocat a pour objet de permettre à la personne détenue non seulement d'être informée de ses droits et de ses obligations en vertu de la loi, mais également, voire qui plus est, d'obtenir des conseils sur la façon d'exercer ces droits ».

⁴⁸⁶ *R. c. Prosper*, [1994] 3 RCS 236, §. 21.

⁴⁸⁷ *R. c. Sinclair*, [2010] 2 RCS 310, §. 279.

⁴⁸⁸ *R. c. Prosper*, [1994] 3 RCS 236, §. 21

de recourir à l'assistance d'un avocat et deuxièmement ils doivent surseoir à l'interrogatoire jusqu'à ce que le détenu ait eu une possibilité raisonnable de consulter un avocat. »⁴⁸⁹. De même, récemment, dans l'arrêt *Willier*⁴⁹⁰, la Cour suprême est venue apporter des précisions importantes tant sur le droit de consulter un avocat de son choix et son effet sur son interrogatoire, que sur celui de consulter de nouveau un avocat⁴⁹¹. En somme, si l'avènement de la *Charte* n'a pas créé le droit à l'assistance d'un avocat⁴⁹², son adoption a fait du droit à l'avocat un droit fondamental constitutionnellement reconnu et enchâssé. L'entrée en vigueur de la *Charte* et du nouveau moyen d'inconstitutionnalité français a également donné lieu à une recrudescence du contentieux intéressant les principes spécifiques à certaines phases du procès pénal.

B) Les droits fondamentaux du justiciable pendant la phase de jugement

102. Les garanties pénales entourant le droit au juge. Au Canada comme en France, certains principes constitutionnels entourent et protègent le droit au juge. Si la question prioritaire de constitutionnalité n'a pas fondamentalement révolutionné les garanties constitutionnelles à cet égard, le nouveau moyen de constitutionnalité permet de les réaffirmer avec vigueur. De part et d'autre de l'Atlantique, les juges constitutionnels semblent protéger tant les dimensions institutionnelles (1) que l'effectivité (2) du droit au juge. Le droit au juge peut, en effet, être appréhendé sous deux angles différents. Dans un sens strict, le droit au juge se comprend comme la garantie d'un recours de nature juridictionnelle et est un corollaire indispensable à l'Etat de droit. En effet, la garantie d'un accès au juge conditionne la mise en œuvre des autres garanties d'un procès équitable. Dans cette perspective, le droit au juge est analysé comme « un instrument ou une garantie de la concrétisation des droits »⁴⁹³. Cependant, afin de remplir cette fonction, le droit au juge doit répondre à certaines garanties institutionnelles. Une des plus importantes d'entre elles est

⁴⁸⁹ *R. c. Sinclair*, [2010] 2 RCS 310, §. 279. Il est clair que ces devoirs subsidiaires n'entrent en jeu que si l'accusé a manifesté la volonté d'exercer ce droit.

⁴⁹⁰ *R. c. Willier*, [2010] 2 RCS, §. 429.

⁴⁹¹ *R. c. Sinclair*, [2010] 2 RCS, §. 310.

⁴⁹² Les premiers jalons sont apparus avec la Déclaration canadienne des droits de 1960.

⁴⁹³ V. DONIER, B. LAPEROU-SCHENEIDER, *L'accès au juge : Recherche sur l'effectivité du droit*, éd. Bruylant, 2013, p. 1.

l'exigence d'indépendance et d'impartialité du juge chargé de statuer sur les prétentions des parties. L'accès au juge renvoie à la problématique plus vaste des garanties apportées au respect des droits et libertés fondamentaux des justiciables lors de la phase de jugement au sein du procès pénal. Au regard de la problématique de la thèse, il convient de vérifier si un contrôle concret ou abstrait de constitutionnalité *a posteriori* des lois pénales est plus à même de pourvoir à leur respect au regard de la Constitution.

1) Les garanties institutionnelles protégeant le droit au juge

103. Indépendance institutionnelle et séparation des pouvoirs au Canada.

L'indépendance de l'autorité judiciaire suppose avant tout que l'exécutif ne puisse pas intervenir directement dans le cours de la justice en se substituant à l'organe judiciaire, ou indirectement, de sorte que le pouvoir judiciaire s'estime lié par les décisions de l'exécutif. Dans les deux cas, on a une négation de la fonction juridictionnelle et une remise en cause de la séparation des pouvoirs. Concernant la notion d'indépendance judiciaire, dans l'affaire *Valente*⁴⁹⁴, la Cour suprême du Canada a affirmé que pour qu'un tribunal soit considéré indépendant et impartial, il faut qu'il y ait indépendance individuelle, se traduisant par l'inamovibilité et la sécurité financière et indépendance institutionnelle qui ressort des rapports administratifs du tribunal avec les organes législatifs et exécutifs du gouvernement. Le tribunal doit non seulement posséder ces caractéristiques mais également donner l'impression de les posséder. La mention du « tribunal indépendant et impartial » se retrouve consacrée à l'article 11*d*) de la *Charte* qui énonce que : « Tout inculpé a le droit : d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable ; ». Cet article consacre l'interdépendance des exigences constitutionnelles tenant à l'indépendance et l'impartialité des tribunaux. C'est qu'en effet, « le concept d'indépendance judiciaire représente une caractéristique essentielle à l'impartialité du juge ». Néanmoins, si ces deux notions sont complémentaires, il

⁴⁹⁴ *R. c. Valente*, [1985] 2 RCS, 673.

convient de les distinguer. Dans l'affaire *Lauzon*⁴⁹⁵, les juges canadiens distinguent clairement le concept d'indépendance institutionnelle de celui de séparation des pouvoirs : « L'indépendance institutionnelle découle du rôle des tribunaux en tant qu'organes constitutionnels et protecteurs de la constitution et des valeurs qui y sont enchâssées. Elle participe de la séparation des pouvoirs et protège contre les abus de l'exécutif (par. 13). L'indépendance judiciaire sert des objectifs sociétaux importants, notamment le maintien de la confiance du public dans l'impartialité de la magistrature et la primauté du droit (par. 17). L'existence ou l'absence d'indépendance judiciaire d'une cour se mesure à partir de la perception d'une personne raisonnable et bien renseignée. Bref, l'interprète judiciaire doit se demander à quelle conclusion en viendrait une telle personne après avoir étudié sérieusement la question, d'une façon réaliste et pratique (par. 18) ». Partant de ce postulat, dans l'affaire *Ingebrigtsen*⁴⁹⁶ par exemple, la Cour d'appel martiale a décidé que les présidents des cours martiales permanentes ne bénéficiaient pas de l'indépendance financière étant donné que le Chef d'état-major de la Défense avait le pouvoir de fixer leur rémunération en fonction du mérite. De même, la Cour suprême du Canada a dans l'affaire *Généreux*⁴⁹⁷ jugé que la procédure de nomination et d'évaluation des juges-avocats en cour martiale n'était pas conforme aux critères d'inamovibilité et de sécurité financière élaborés dans l'arrêt *Valente*⁴⁹⁸.

104. Indépendance institutionnelle et séparation des pouvoirs en France. Dans la même perspective, le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la composition du tribunal maritime commercial⁴⁹⁹. Le requérant faisait valoir que la présence au sein de ce tribunal de personnels de l'État relevant de l'administration des affaires maritimes et demeurant dépendants de cette

⁴⁹⁵ *Lauzon c. Reine*, Cour d'appel de la cour martial du Canada (CMAC-415), (jugement rendu le 18 septembre 1998) : L'appelant prétend que la Cour martiale permanente n'est pas un tribunal indépendant au sens de l'article 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en raison de sa structure organisationnelle, de l'absence de garantie quant à la sécurité financière des membres qui la composent ainsi que du processus de nomination, de renouvellement et de destitution de ses membres. En effet, le renouvellement de l'affectation se fait au simple niveau ministériel par le ministre lui-même qui peut décider de ne pas renouveler le mandat d'un juge militaire sans que celui-ci ait à justifier sa décision. C'est la raison pour laquelle la Cour suprême condamne clairement le statut du juge militaire en l'espèce.

⁴⁹⁶ *R. c. Ingebrigtsen* (1990), 5 *CACM* 87.

⁴⁹⁷ *R. c. Généreux*, [1992] 1 *RCS* 259.

⁴⁹⁸ *R. c. Valente*, [1985] 2 *RCS* 673.

⁴⁹⁹ Cons. const., 2 juill. 2010, n° 2010-10 QPC, Consorts C. et autres [Tribunaux maritimes commerciaux], *JORF* 3 juill. 2010, p. 12120.

administration à qui est confiée, par ailleurs, la mission d'instruire et de poursuivre les affaires, méconnaît le principe d'indépendance et d'impartialité du juge. Après rappel du considérant de principe selon lequel « le principe d'indépendance est indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles », le Conseil relève que parmi les cinq membres du tribunal, deux voire trois d'entre eux, ont la qualité soit d'officier de la marine nationale soit de fonctionnaire ou d'agent contractuel de l'État, tous placés en position d'activité de service donc soumis à l'autorité hiérarchique du Gouvernement. Il en conclut que ni cet article ni aucune disposition législative applicable à cette juridiction n'institue les garanties appropriées permettant de satisfaire au principe d'indépendance. Les juges constitutionnels canadiens et français, donnent une définition quasi-similaire de la notion d'indépendance.

Par ailleurs, concernant la garantie quant à la séparation des fonctions en France, le Conseil constitutionnel français a conjugué le principe d'impartialité du juge avec celui de séparation des fonctions juridictionnelles qui implique tout deux l'interdiction de pré-jugements au fond sur la culpabilité de l'intéressé. Il en déduit également l'exigence de séparation des fonctions judiciaires et notamment le principe de séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement. En témoigne la décision du Conseil constitutionnel du 2 juillet 2010⁵⁰⁰ précitée. Ce dernier, saisi de la question de la composition du tribunal maritime commercial et statuant sur le principe d'indépendance, n'a pas manqué de relever que « même si la disposition contestée fait obstacle à ce que l'administrateur des affaires maritimes désigné pour faire partie du tribunal ait participé aux poursuites ou à l'instruction de l'affaire en cause, les dispositions n'instituent pas les garanties appropriées »⁵⁰¹. Ce faisant, le Conseil rappelle le principe de séparation des fonctions juridictionnelles qui s'oppose à ce qu'une personne puisse être tout à la fois juge et partie. Aussi bien dans l'ordre juridique canadien que français, les juges

⁵⁰⁰ Cons. const., 2 juill. 2010, n° 2010-10 QPC, Consorts C. et autres [Tribunaux maritimes commerciaux], *JORF* 3 juill. 2010, p. 12120, texte n° 91 ; L. DE GRAEVE, « Quand le droit pénal français procède au cabotage législatif - À propos de l'ordonnance du 2 novembre 2012 portant réforme pénale en matière maritime », *Dr. pén.*, janv. 2013, n° 1, pp. 8-13 ; D. FALLON, « Précisions sur le droit constitutionnel au procès équitable. À propos de la décision du Conseil constitutionnel 2010-10 QPC du 2 juillet 2010 Consorts C. et autres », *RFDC*, avril 2011, n° 86, pp. 265-280 ; J. BOUDON, « Le Conseil constitutionnel s'est-il trompé de Constitution ? A propos de ce que devrait être la modulation dans le temps des effets de ses décisions », *JCP G*, 2010, n° 40, pp. 1825-1827 ; J.B. PERRIER, « Indépendance de la justice et soumission à l'autorité hiérarchique », *RFDC*, 2010, n° 84, pp. 841-847 ; P.-F. RACINE, W. BENESSIANO, G. NICOLAS, A. MANGIAVILLANO, S. HUTIER, L. PHILIP, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel (août 2009-juillet 2010) », *RFDC*, 2010, n° 84, pp. 811-864.

⁵⁰¹ Cons. const., 2 juill. 2010, n° 2010-10 QPC.

constitutionnels donnent une définition quasi-similaire de la notion d'impartialité. Ainsi, dans le corpus juridique canadien, la notion d'« impartialité » désigne « un état d'esprit ou une attitude mentale du juge relativement aux points en litige et aux parties dans une instance donnée »⁵⁰². Il convient désormais d'étudier la dimension matérielle du droit au juge.

2) Les garanties de l'effectivité du droit au juge

105. Le principe d'égalité devant la loi pénale et la dimension matérielle du droit

au juge. En sus des garanties institutionnelles, le droit au juge est également protégé par des garanties plus « matérielles » qui consistent à reconnaître aux justiciables une certaine égalité et effectivité dans l'accès au juge. « Toute personne doit pouvoir accéder à la justice pour obtenir une décision juridictionnelle qui assure la garantie de ses droits, le respect et la sécurité de sa personne et de ses biens »⁵⁰³. Si le droit au juge n'est pas explicitement consacré par les textes constitutionnels, deux principes entourant le droit pour tout citoyen d'agir en justice ont pris une importance particulière dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : le principe d'égalité devant la loi et devant la justice et la garantie du droit à un recours juridictionnel effectif. Le premier de ces principes revêt une particulière importance. En effet, l'identification du principe d'égalité des justiciables représente un préalable nécessaire afin de conclure, plus loin, qu'un contrôle concret *a posteriori* est plus à même de veiller au respect de cette exigence. Il apparaît en effet, que le Conseil constitutionnel ne peut s'abstraire au sein de ce contrôle d'intégrer des données factuelles, puisque les différences de traitement doivent être justifiées par « une différence de situation, de droit ou de fait, ou des personnes »⁵⁰⁴. Le principe d'égalité se trouve consacré à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Dans le cadre du contrôle *a posteriori*, ce principe a été invoqué aux côtés des droits de la défense. Le Conseil constitutionnel adopte en la matière une position ambiguë. En effet, il examine le principe d'égalité de manière autonome

⁵⁰² *Valente c. La Reine*, [1985] 2 RCS 673, 680.

⁵⁰³ J. ANDRIANTSIMBAZOVIN, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF Quadrige Dicos Poche, 1^e éd., oct. 2008, p. 305.

⁵⁰⁴ B. DE LAMY, « Les fonctions du principe d'égalité : lutte contre les discriminations et amélioration de la qualité de la législation pénale », *RSC*, 2012, p. 233.

« chaque fois qu'une modalité de l'organisation judiciaire ou des règles de procédure placent dans des situations différentes des plaideurs, qui se trouvent dans une situation procédurale identique ». À l'inverse, le juge constitutionnel français tend à examiner le principe d'égalité devant la justice à l'aune des droits de la défense chaque fois qu'est en cause « le droit à une procédure juste et équitable, l'égalité des garanties ou l'équilibre entre les parties »⁵⁰⁵. Tel a été son raisonnement dans la décision du 23 juillet 2010⁵⁰⁶ concernant l'article 575 du code de procédure pénale⁵⁰⁷ qui prévoyait que « la partie civile ne peut se pourvoir en cassation contre un arrêt de non-lieu de la chambre de l'instruction que s'il y a pourvoi du ministère public ». Les requérants faisaient valoir que l'interdiction ainsi faite à la partie civile de se pourvoir contre un arrêt de non-lieu de la chambre de l'instruction portait atteinte au principe d'égalité devant la loi et la justice, au droit à un recours effectif et aux droits de la défense⁵⁰⁸. Le Conseil constitutionnel n'examine pas les griefs d'inconstitutionnalité les uns après les autres mais mêle le principe d'égalité et le principe des droits de la défense. Il rappelle que « la partie civile n'est pas dans une situation identique à celle de la personne mise en examen ou à celle du ministère public »⁵⁰⁹. Mais dès lors que la partie civile possède un véritable statut de partie conféré par la procédure pénale, le Conseil ne peut lui dénier le droit de faire censurer par la Cour de cassation les éventuelles erreurs de droits portant atteinte à ses intérêts. Il conclut qu'en privant une partie de l'exercice effectif des droits qui lui sont garantis, l'article 575 du code de procédure pénale apporte une restriction injustifiée aux droits de la défense⁵¹⁰. En définitive, la rupture d'égalité n'est admise ni au profit du mis en cause ou du ministère public, ni au profit de la partie civile

⁵⁰⁵ Cons. const. 23 juill. 2010, n° 2010-15/23 QPC, comm. *NCCC*, n° 30 ; P. BONFILS, « L'extension constitutionnelle du droit pour la partie civile de former un pourvoi en cassation, *RFDC*, 2011, n° 85, p. 111-114 ; M. TOULLER, « Le Conseil constitutionnel sonne le glas de l'article 575 du Code de procédure pénale note sous Cons. const., 23 juillet 2010 », *Gaz. Pal.*, 11 août 2010, n° 223-224, pp. 10-13 ; P. CONTE, « *In Limine*, Cuisine constitutionnelle », *Rev. pén.*, juill.-sept. 2010, n° 3, pp. 533-535 ; J.-D. DREYFUS, « Pour un renouveau du référé précontractuel », *AJDA*, 2010, n° 28, p. 1553 ; C. LACROIX, « Les parties civiles à l'assaut de la chambre criminelle de la Cour de cassation », *D.*, 2010, n° 40, pp. 2686-2690 ; J. PRADEL, « Panorama de procédure pénale. Pourvoi de la partie civile contre un arrêt de la chambre d'instruction », *D.*, 2010, n° 34, pp. 2262-2263 ; E. BESSON, P. BONFILS, E. CARPENTIER, N. CATELAN, M. GIACOPELLI, L. HECKMANN, A. MANGIAVILLANO, J.-B. PERRIER, C. TZUTZUIANO, L. DOMINGO, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel - juillet-octobre 2010 », *RFDC*, 2011, n° 85, pp. 98-161.

⁵⁰⁶ Cons. const., 23 juill. 2010, n° 2010-15/23, Région Languedoc-Roussillon et autres [Article 575 du code de procédure pénale], *JORF* 24 juill. 2010, p. 13727, texte n° 120, *Rec.*, p. 161.

⁵⁰⁷ Art. 575 Code pr. pén.

⁵⁰⁸ Cons. const., 23 juill. 2010, n° 2010-15/23, consid. 3.

⁵⁰⁹ Cons. const., 23 juill. 2010, n° 2010-15/23, consid. 8.

⁵¹⁰ Cons. const., 23 juill. 2010, n° 2010-15/23, consid. 8.

elle-même. Dans une décision du 1^{er} avril 2011, le Conseil constitutionnel censure cette fois la différence de traitement au profit de la partie civile. Le requérant faisait valoir que l'article 618-1 du code de procédure pénale, qui réserve à la seule partie civile la possibilité d'obtenir devant la Cour de cassation le remboursement des frais exposés à l'occasion d'un pourvoi, méconnaissait le principe d'égalité devant la loi et la justice. Le Conseil constitutionnel considère tout d'abord « qu'aucune exigence constitutionnelle n'impose qu'une partie au procès puisse obtenir du perdant le remboursement des frais qu'elle a exposés en vue de l'instance. Toutefois, la faculté d'un tel remboursement affecte l'exercice du droit d'agir en justice ». Il relève ensuite que, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, l'article 802-2 du même code, qui permet à toute juridiction prononçant un non-lieu, une relaxe ou un acquittement de mettre à la charge de la partie civile les frais occasionnés par le procès, n'est pas applicable à la procédure de pourvoi en cassation. Enfin, il considère que l'article 618-1 prive, en toute circonstance, la personne dont la relaxe ou l'acquittement a acquis un caractère définitif de la faculté d'obtenir de la partie civile le remboursement de tels frais et conclut que ces dispositions portent « atteinte à l'équilibre entre les parties au procès pénal dans l'accès de la voie du recours en cassation ». Le principe d'égalité devant la loi pénale entretient ainsi des liens étroits avec le droit d'accès au juge.

106. Le principe d'égalité devant la loi pénale et la dimension matérielle du droit au juge au Canada. Au Canada, également, le principe d'égalité des justiciables est garanti par la *Charte* comme l'atteste l'affaire *Bain*⁵¹¹. Les juges de la Cour suprême, dans une majorité de quatre contre trois, ont jugé que les paragraphes 634(1) et (2) du *Code criminel* sont incompatibles avec l'alinéa 11*d*) de la *Charte* dans la mesure où le nombre de récusations péremptoires et de mises à l'écart de jurés qu'ils prévoient pour la Couronne dans le processus de formation du jury est au total supérieur au nombre de récusations péremptoires accordé à un accusé. En vertu des dispositions contestées, le poursuivant était non seulement autorisé à récuser péremptoirement quatre jurés, mais il pouvait ordonner la mise à l'écart jusqu'à quarante-huit heures d'entre eux. L'accusé, pour sa part, avait droit à vingt, douze ou quatre récusations péremptoires, selon la nature de l'accusation pesant contre lui

⁵¹¹ *R. c. Bain*, 1992, 1 RCS 91.

ou de la peine maximale pouvant être encourue. S’exprimant au nom de trois des juges de la majorité, le juge Cory a estimé que la supériorité numérique écrasante accordée au poursuivant dans le choix des jurés suscitait chez une personne raisonnable une crainte de partialité. De même, le juge Stevenson a conclu que l’avantage substantiel que possédait la Couronne en ce qui a trait à la composition du jury entravait considérablement l’apparence de justice et d’impartialité. Même si la Cour suprême ne fait pas directement référence au principe d’égalité entre les parties consacré par la *Déclaration canadienne des droits*⁵¹², ce dernier est clairement en jeu en l’espèce.

Section II : La divergence dans le déclenchement des moyens d’inconstitutionnalité au sein du procès pénal

107. L’invocation conditionnée des moyens d’inconstitutionnalité en tant qu’« arme pénale ». Les justiciables pénaux de part et d’autre de l’Atlantique, peuvent invoquer en défense, un moyen d’inconstitutionnalité afin d’échapper à l’application d’une loi pénale. Dans cette perspective, la question prioritaire de constitutionnalité et l’exception d’inconstitutionnalité sont envisagées comme des outils de défense pénale pour ces derniers. Lorsqu’il s’agit d’identifier précisément qui est en droit de soulever un tel moyen d’inconstitutionnalité et à quelles conditions, les magistrats français et canadiens examinent de manière divergente l’invocation de la contestation constitutionnelle (§1). Une fois les acteurs de la contestation constitutionnelle identifiés, les moyens d’inconstitutionnalité doivent être encore recevables (§2). La divergence constatée quant à la vérification tant de la légitimité de l’invocation de la contestation constitutionnelle que de sa recevabilité, se traduit par une analyse plus ou moins concrète de la contestation constitutionnelle au sein du procès pénal selon le système juridique pris en référence.

⁵¹² P. BÉLIVEAU, J. PRADEL, « Introduction » in *La justice pénale dans les droits canadien et français. Étude comparée d’un système accusatoire et d’un système inquisitoire*, op.cit., p. 118.

§1 : La divergence quant à l'invocation des moyens d'inconstitutionnalité au sein du procès pénal

108. L'identification des protagonistes de la contestation constitutionnelle. Si la détermination des normes « contrôlées » et des normes de « contrôle » représente un préalable nécessaire au déclenchement de la contestation constitutionnelle au sein du procès pénal tant en France qu'au Canada, il convient de déterminer les contextes procéduraux spécifiques de chaque système au sein desquels s'insèrent, respectivement, l'exception d'inconstitutionnalité et la question prioritaire de constitutionnalité. En effet, la nature accusatoire ou inquisitoire des systèmes de justice pénale canadien et français engendre des répercussions sur le contexte procédural au sein duquel sont invoqués les moyens d'inconstitutionnalité. Il faut que le justiciable détienne des qualités intrinsèques afin d'invoquer valablement une contestation constitutionnelle au sein du procès pénal. L'absence de partie civile au Canada explique qu'en principe la contestation constitutionnelle ne puisse être invoquée qu'en défense. En revanche, en France, le moyen d'inconstitutionnalité peut être soulevé tant en défense, que par la partie civile. Ainsi, une divergence quant aux auteurs des moyens d'inconstitutionnalité apparaît (A). Ces auteurs doivent encore s'adresser à des destinataires spécifiques (B) afin que puisse être tranchée la contestation constitutionnelle au sein du procès pénal.

A) La divergence quant aux auteurs des moyens d'inconstitutionnalité

109. Les contextes procéduraux divergents des moyens d'inconstitutionnalité français et canadien La question prioritaire de constitutionnalité en France et l'exception d'inconstitutionnalité au Canada sont appréhendées comme un moyen de droit octroyé aux justiciables pénaux qui désirent échapper à l'application d'une loi pénale potentiellement inconstitutionnelle. Il s'agit d'une défense à caractère procédural. Dans chacune de ces hypothèses, les justiciables tentent d'anéantir les prétentions de leurs adversaires en démontrant leur absence de fondement légal pour cause d'inconstitutionnalité. Seuls les justiciables peuvent déclencher les moyens d'inconstitutionnalité susvisés. Comme le rappellent les Sages de la Rue

Montpensier dans le considérant 9 de leur décision du 3 décembre 2009⁵¹³, les termes de l'article 61-1 de la Constitution imposent de réserver aux *seules* parties à l'instance le droit de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Si *seules* les parties peuvent soulever une question prioritaire de constitutionnalité, *toute partie peut le faire*. Au Canada, les « parties » à l'instance pénale ne sont pas les mêmes qu'en France. Au surplus, la procédure pénale accusatoire qui prévaut (1), entraîne des conséquences dans les rapports entre les parties au procès pénal qui ne trouvent pas leur équivalent en France compte tenu de la domination de la procédure inquisitoire dans le procès pénal français (2).

1) La domination de la procédure accusatoire dans le procès pénal canadien

110. Le rôle limité de la victime dans le procès pénal canadien. La victime « canadienne » et la victime « française » ne bénéficient pas d'un même statut au sein du procès pénal. La justice criminelle canadienne, d'inspiration anglo-saxonne, est focalisée sur celui qui enfreint la loi. Il suffit, pour s'en convaincre, de se référer aux décisions rendues par les tribunaux et qui sont identifiées par le nom du suspect, soit, plus exactement, « La Reine contre Beaudoin » (par exemple). Sont seules considérées comme « parties » au procès pénal canadien, l'accusé et l'Etat. La victime « canadienne » n'est considérée comme « partie » à l'instance pénale, contrairement à son homologue française. Il s'agit d'une caractéristique qui distingue les systèmes de justice accusatoires et les systèmes de justice inquisitoires⁵¹⁴. Ainsi, le rôle joué par la partie lésée au sein du procès pénal canadien demeure limité. Une participation active de la victime compromettrait l'équilibre du procès pénal, qui consiste traditionnellement en une confrontation entre l'accusation et la défense⁵¹⁵. Lors de la phase préjudiciaire, la victime « canadienne » ne bénéficie pas de l'initiative des poursuites pénales. Alors que le plus souvent la victime porte plainte à la police, ce sont normalement les policiers

⁵¹³ Cons. const., 3 déc. 2009, n° 2009-595 DC, consid 9., LO. relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *JORF* 11 déc. 2009, p. 21381, texte n° 2, *Rec.*, p. 206.

⁵¹⁴ P. BELIVEAU, J. PRADEL, *La justice pénale dans les droits canadiens et français : Étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire*, 2^e éd., éd. Yvon Blais, 2007, p. 433.

⁵¹⁵ S. LAFLAMME-CUSSON, « Les pions de la Reine ou la place des témoins et des victimes dans le droit criminel canadien », *In Déviance et société*. 1985, vol. 9, n° 1. pp. 47-58.

qui initie formellement les procédures⁵¹⁶. Le procureur général ou son substitut disposent ensuite du pouvoir discrétionnaire de poursuivre ou non les procédures. Les poursuites diligentées par la victime sont possibles mais doivent être autorisées par un juge, ce qui est rarissime. Et, même lorsqu'une poursuite privée est autorisée, le procureur de la Couronne jouit encore du pouvoir discrétionnaire d'évincer le poursuivant privé afin de continuer la procédure ou d'y mettre fin. La partie lésée canadienne n'est pas représentée par un avocat et il ne relève pas du rôle du ministère public de prendre parti pour elle⁵¹⁷. Le rôle de la victime canadienne se résume principalement à celui de témoin important lors du processus pénal. Même si les intérêts de la victime sont nécessairement pris en compte par les magistrats à l'étape de la détermination de la peine⁵¹⁸, force est de constater que le statut de « partie » à l'instance pénale lui est encore refusé durant cette phase sentencielle⁵¹⁹. L'accusé et l'Etat représentent les deux parties au procès pénal canadien. Néanmoins, les juges canadiens sont tout de même soucieux de préserver les intérêts des victimes, notamment d'agressions sexuelles, même en leur absence au sein du procès pénal. Plus précisément, si la victime n'est pas partie au procès, en matière de divulgation de la preuve, en déterminant ce qui peut être divulgué à la défense, le tribunal doit protéger les droits des tiers, y compris surtout celui de la victime, au respect de leur dignité et de leur vie privée. La préoccupation des juges canadiens à l'endroit de la préservation des intérêts des victimes, même en leur absence au sein du procès pénal participe de la dimension subjective du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. La problématique relative aux demandes de production et de divulgation de renseignements en possession de tiers et qui affectent l'expectative de vie privée des victimes en donne une illustration. Par ailleurs, et dans un tout autre registre, les organismes de presse peuvent intervenir au litige pour contester un interdit de

⁵¹⁶ P. BELIVEAU, J. PRADEL, *La justice pénale dans les droits canadiens et français : Étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire*, op. cit., p. 434.

⁵¹⁷ *R. c. J. (G.P.)* (2001), 151 CCC (3d) 382, §§. 53-55 (C.A.M.) ; *R. c. S. (F.)* (2000), 144 CCC (3d) 466, §. 14 (C.A.O.) ; P. BELIVEAU, J. PRADEL, *La justice pénale dans les droits canadiens et français : Étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire*, op. cit., p. 434.

⁵¹⁸ Art. 722(1) *C. cr.* : Pour déterminer la peine à infliger ou pour décider si un délinquant devrait être absous en vertu de l'article 730, le tribunal prend en considération la déclaration de la victime, rédigée en conformité avec le paragraphe (2), sur les dommages – corporels ou autres – ou les pertes causées à celle-ci par la perpétration de l'infraction.

⁵¹⁹ P. BELIVEAU, J. PRADEL, *La justice pénale dans les droits canadiens et français : Étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire*, op. cit., pp. 434-437.

publication⁵²⁰. Dans les deux hypothèses, les contestations constitutionnelles ne proviennent pas des parties au procès pénal.

111. Demande de production et de divulgation de renseignements en possession de tiers et préservation des intérêts des victimes. Dans l'affaire *O'Connor*⁵²¹, l'accusé a demandé au juge une ordonnance enjoignant au ministère public de divulguer l'ensemble des dossiers médicaux, socio-psychologiques et scolaires des plaignantes et à ces dernières d'autoriser la production de ces dossiers en possession de tiers. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada dicte une analyse à deux étapes pour évaluer le bien-fondé d'une demande de production et d'une divulgation de renseignements en possession de tiers. À la première étape, il s'agit de savoir si le document demandé par l'accusé devrait être communiqué au juge ; à la seconde étape, le juge du procès doit évaluer les intérêts opposés pour décider s'il y a lieu d'ordonner la communication à l'accusé. Plus précisément, à la première étape, il incombe à l'accusé d'établir que les renseignements en cause sont d'une « pertinence probable »⁵²². Contrairement au contexte de la communication par le ministère public, où la pertinence est interprétée comme signifiant « l'utilité que [cela peut] avoir pour la défense », le seuil de la pertinence probable dans ce contexte exige que le juge qui préside le procès soit convaincu « qu'il existe une possibilité raisonnable que les renseignements aient une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l'habileté à témoigner d'un témoin »⁵²³. Si la première étape est franchie, le dossier est communiqué au tribunal et la demande de communication passe à la seconde étape, où les tribunaux canadiens décident s'il y a lieu de communiquer le dossier à l'accusé. À cette étape, les juges du procès évaluent les intérêts opposés afin de déterminer si une ordonnance de non-communication constituerait une limite raisonnable à la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Ils énumèrent une série de facteurs dont le juge du procès devrait tenir compte pour prendre sa décision : « (1) la mesure dans laquelle ce dossier est nécessaire pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière; (2) la valeur probante du dossier en question; (3) la nature et la portée de l'attente

⁵²⁰ *R. c. Mentuck*, [2001] 3 RCS 442 ; n° 113.

⁵²¹ *R. c. O'Connor*, [1995] 4 RCS 411.

⁵²² *R. c. O'Connor*, [1995] 4 RCS 411, §. 19.

⁵²³ *R. c. O'Connor*, [1995] 4 RCS 411, §. 22.

raisonnable au respect du caractère privé de ce dossier; (4) la question de savoir si la production du dossier reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoires; et (5) le préjudice possible à la dignité, à la vie privée ou à la sécurité de la personne [du plaignant] que pourrait causer la production du dossier en question. »⁵²⁴. Dans une toute autre optique, le souci des tribunaux canadiens de préserver les intérêts des victimes, même lorsqu'elles ne sont pas parties au procès pénal, peut être avéré en contexte d'interdictions de publication.

112. Interdictions de publication et préservations des intérêts des parties absentes au procès pénal. Au Canada, le public peut assister aux procédures et les médias peuvent en faire un rapport. Cela résulte du caractère public des procédures judiciaires qui est présumé⁵²⁵. Le droit au procès public est aussi protégé par la Charte qui prévoit que tout inculpé a droit à un procès public équitable⁵²⁶. Cependant, certaines exceptions autorisent les juges canadiens à rendre des ordonnances de non-publication et de non-diffusion par les médias de renseignements portant, par exemple, sur l'identité de tout individu qui participe à la procédure. Ces restrictions à la publicité des débats, qu'elles émanent de demandes de l'accusation ou de la défense, entrent en opposition avec la liberté d'expression et la liberté de presse garanties par la Constitution. L'hypothèse s'est notamment présentée dans l'affaire *Mentuck*⁵²⁷. Lors du procès, le ministère public, a réclamé la confidentialité de certains renseignements relatifs à l'enquête policière dans le but de préserver la sécurité des policiers et l'effectivité des méthodes policières d'enquête. Au contraire, l'accusé et les intervenants⁵²⁸, plus précisément des organismes de presse, se sont opposés à une telle demande et ont respectivement, sur le fondement du droit à un procès public équitable et sur celui du droit à la liberté d'expression à laquelle se rattache la liberté de la presse, réclamé la médiatisation du processus judiciaire. La particularité de cette affaire résidait dans le fait que les représentants des médias, qui ne sont pas des parties au procès, n'avaient pas eu l'occasion d'être entendus⁵²⁹. Cependant, cela n'a pas empêché la Cour suprême du

⁵²⁴ *R. c. O'Connor*, [1995] 4 RCS 411, §. 31.

⁵²⁵ *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, [2005] 2 RCS 188, §. 4.

⁵²⁶ L'alinéa 11d) prévoit que « Tout inculpé a le droit d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable ».

⁵²⁷ *R. c. Mentuck*, [2001] 3 RCS 442.

⁵²⁸ *R. c. Mentuck*, [2001] 3 RCS 442, §. 30.

⁵²⁹ *R. c. Mentuck*, [2001] 3 RCS 442, §§. 34-38.

Canada de prendre en considération les intérêts de ces parties lorsqu'il s'est agi en l'espèce⁵³⁰ de décider si cette interdiction de publication était justifiée. Le juge Iacobucci a précisé que le juge doit être particulièrement vigilant lorsqu'il est saisi d'une demande sans que les représentants des médias aient eu l'occasion d'être entendus⁵³¹. En l'espèce, l'ordonnance d'interdiction de publication délivrée par le premier juge a été confirmée par les juges suprêmes⁵³². Une divergence supplémentaire entre les deux systèmes doit encore être relevée. En effet, en sus du rôle du poursuivant fondamentalement différent en France et au Canada⁵³³, en droit canadien, à l'image de la plupart des systèmes d'inspiration anglo-saxonne, c'est un avocat, et non un magistrat, qui représente le procureur général⁵³⁴. Cette caractéristique génère des conséquences dans les rapports entre les parties aux procès pénal⁵³⁵.

2) La domination de la procédure inquisitoire dans le procès pénal français

113. Le rôle étendu de la victime dans le procès pénal français. En droit pénal français, la victime est associée au déroulement de la procédure pénale. Plus précisément, elle détient, le cas échéant, l'initiative des poursuites pénales. En l'absence de déclenchement de l'action publique diligentée par le parquet, la victime peut exercer, sous certaines conditions prévues à l'article 2 du code de procédure pénale⁵³⁶, son action civile. Selon la nature de l'infraction, la victime peut, ainsi, déclencher le processus pénal soit par citation directe, soit en se constituant partie civile. La première possibilité permet à la victime de faire convoquer directement

⁵³⁰ *R. c. Mentuck*, [2001] 3 RCS 442, §. 32 : La Cour suprême du Canada a ainsi indiqué qu'une telle ordonnance ne peut être justifiée qu'à l'égard de deux hypothèses : a) elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour la bonne administration de la justice, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque ; b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur les droits et les intérêts des parties et du public, notamment ses effets sur le droit à la libre expression, sur le droit de l'accusé à un procès public et équitable, et sur l'efficacité de l'administration de la justice.

⁵³¹ *R. c. Mentuck*, [2001] 3 RCS 442, §§. 34-38.

⁵³² *R. c. Mentuck*, [2001] 3 RCS 442, §. 61.

⁵³³ P. BELIVEAU, J. PRADEL, *La justice pénale dans les droits canadiens et français : Étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire op. cit.*, pp. 84-92 et pp. 603-606.

⁵³⁴ P. BELIVEAU, J. PRADEL, *La justice pénale dans les droits canadiens et français : Étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire, op. cit.*, p. 84.

⁵³⁵ P. BELIVEAU, J. PRADEL, *La justice pénale dans les droits canadiens et français : Étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire, op. cit.*, pp. 84-92 et pp. 603-606.

⁵³⁶ Art. 2 Code pr. pén. dispose que « l'action civile « appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ».

l'auteur d'une infraction devant un tribunal⁵³⁷. La seconde, aboutit, sous réserve du respect de certaines conditions, à la saisine d'un juge d'instruction qui est obligé d'informer sur l'infraction objet de la plainte. Le système inquisitoire accorde généralement aux victimes un rôle plus substantiel dans la procédure, contrairement au droit pénal canadien. En effet, les victimes sont autorisées, à différents degrés, à être parties à la procédure, en tant que « partie civile », et à demander réparation dès le stade de l'enquête⁵³⁸. Ceci ne correspond pas à la place conférée à cette dernière en droit canadien. En droit pénal français, la victime représente une « partie » à l'instance pénale qui se confronte au ministère public. Et, contrairement au Canada, la poursuite est représentée par un magistrat⁵³⁹. La chambre criminelle de la Cour de cassation a eu notamment l'occasion de préciser ce que recouvre le terme de « partie » alors qu'elle statuait sur une question prioritaire de constitutionnalité qui lui avait été transmise par le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Bordeaux dans une affaire ayant entraîné la perquisition d'un cabinet d'avocat⁵⁴⁰. Dans cette situation, l'article 56-1 du code de procédure pénale⁵⁴¹ impose en effet la présence d'un bâtonnier, qui dispose de certaines prérogatives durant cette perquisition. C'est en l'occurrence le bâtonnier qui, dans l'affaire en question, a soulevé la question prioritaire de constitutionnalité. La Cour de cassation a jugé que celui-ci n'avait agi que dans le cadre d'une mission d'auxiliaire de justice et qu'il n'était donc pas une partie à l'instance au sens de l'article R. 49-21 du code de procédure pénale⁵⁴². La chambre criminelle a donc jugé irrecevable la question prioritaire de constitutionnalité.

En somme, dans le cadre spécifique du procès pénal, la qualité de partie peut être attribuée à la victime sur citation directe, à la victime partie civile, au prévenu ou l'accusé, selon le stade de l'avancement du procès pénal. La question prioritaire de constitutionnalité bénéficie donc à toutes les parties au procès pénal, c'est-à-dire, aussi bien à la partie civile, à la personne mise en examen, ou au prévenu ainsi qu'à

⁵³⁷ P. BELIVEAU, J. PRADEL, *La justice pénale dans les droits canadiens et français : Étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire*, op. cit., p. 500.

⁵³⁸ P. BELIVEAU, J. PRADEL, *La justice pénale dans les droits canadiens et français : Étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire*, op. cit. p. 438.

⁵³⁹ P. BELIVEAU, J. PRADEL, *La justice pénale dans les droits canadiens et français : Étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire*, op. cit., p. 605.

⁵⁴⁰ Cass. crim., QPC, 8 janv. 2013, n° 12-90-063.

⁵⁴¹ Art. 56-1 Code. pr. pén.

⁵⁴² Art. R. 49-21 Code. pr. pén.

l'accusé. L'article 173 du code de procédure pénale⁵⁴³ consacre également la faculté pour le témoin assisté, quand il saisit la chambre de l'instruction d'une requête en nullité, de soulever une question prioritaire de constitutionnalité. Enfin, le ministère public, qui lorsqu'il est partie principale, ne peut avoir moins de droits que les autres parties au procès, peut soutenir devant le juge du fond, d'appel ou bien encore devant la Cour de cassation, une question prioritaire de constitutionnalité. De la même façon, le moyen d'inconstitutionnalité étant obligatoirement porté à la connaissance du ministère public afin qu'il puisse donner son avis, celui-ci pourrait, dans ce cadre procédural, soulever d'autres griefs d'inconstitutionnalité que ceux présentés par les parties. La particularité quant à l'office des parquetiers au regard du déclenchement de la question prioritaire de constitutionnalité mérite d'être approfondie.

114. Le déclenchement de la question prioritaire de constitutionnalité par le ministère public⁵⁴⁴. Le ministère public peut-il être considéré comme une « partie »⁵⁴⁵ au sens de l'article 61-1 de la Constitution ? La réponse semble être positive. Ce dernier intègre incontestablement la catégorie des parties lorsqu'il intervient au procès *a quo* quand il est partie principale. Par conséquent, rien ne justifierait que le ministère public ne puisse soulever une question prioritaire de constitutionnalité⁵⁴⁶. Certes, le ministère public, en requérant l'application de la loi au nom de la société, défend un intérêt particulier. Cette défense des intérêts de l'État, propre à sa qualité d'autorité de poursuites, ne limite pas, cependant, son droit d'action. Plus exactement, les parquetiers sont chargés non seulement de l'application de la loi, mais d'une loi valide et conforme⁵⁴⁷. Partant, l'incompatibilité apparente entre le fait de soulever l'inconstitutionnalité d'une loi et celui de requérir son application ne semble pouvoir limiter le droit d'action du ministère public. En effet, en disposant que « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu... », l'article 61-1 de la Constitution semble

⁵⁴³ Art. 173 Code. pr. pén.

⁵⁴⁴ Cons. const. 8 déc. 2017, n° 2017-680 QPC, Union syndicale des magistrats [Indépendance des magistrats du parquet], Rendu public le 8 décembre 2017 : le Conseil constitutionnel a jugé que l'article 5 de l'ordonnance du 22 septembre 1958 qui définit la subordination hiérarchique du parquet au garde des Sceaux, est conforme à la Constitution et ne remet pas en cause l'indépendance du parquet.

⁵⁴⁵ Ce terme peut être déduit de l'article 61-1 de la Constitution.

⁵⁴⁶ Cir. 24 fév. 2010, civ/04/10, *Présentation de la question prioritaire de constitutionnalité*, p. 35 où il est reconnu que « Le ministère public, en sa qualité de partie au procès pénal, peut soulever une question prioritaire de constitutionnalité ».

⁵⁴⁷ S. CIMAMONTI, *Droit pénal général et question prioritaire de constitutionnalité*, op. cit., p. 6 ; M. BOUCHET, *La validité substantielle de la norme*, dir. Y. MAYAUD, 2016, 729 p.

étendre le déclenchement d'une question prioritaire de constitutionnalité à l'ensemble des acteurs aptes à faire prévaloir un intérêt, et non pas le limiter aux seuls justiciables. Mais, si le ministère public peut intégrer la catégorie de partie aux procès pénal, peut-il encore être considéré comme un justiciable dans un sens déduit⁵⁴⁸ de l'article 61-1 de la Constitution ? Le Procureur général de la Cour de cassation ainsi que les parquets des juridictions d'appel ne représentent pas des justiciables comme les autres lorsque, par exemple, le Ministère public est partie jointe⁵⁴⁹ au procès. Cette hypothèse se présente dans le cadre, par exemple, des procédures collectives⁵⁵⁰ ou encore de la filiation⁵⁵¹. Partant, lorsque le parquet intervient dans des domaines d'ordre public, la notion de « justiciable » semble revêtir un caractère inopérant⁵⁵². Toutefois, l'inverse serait paradoxal. Les cas où le Ministère public détiendrait un intérêt à faire trancher constitutionnellement une loi pénale contreviendraient à sa qualité d'autorité de poursuite qui l'amène à revendiquer l'application de cette même loi potentiellement inconstitutionnelle. Si ce développement demeure théorique, l'hypothèse doit tout de même être envisagée tant celle-ci n'est pas improbable.

Puisque les termes de l'article 61-1 de la Constitution imposent de réserver aux *seules* parties à l'instance le droit de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, il convient, en dernier lieu, de s'interroger sur les tenants et aboutissants de l'emploi de la notion de partie.

⁵⁴⁸ En effet, l'article 61-1 de la Constitution de 1958 ne précise pas les notions de « partie », ni de « justiciable ».

⁵⁴⁹ S. CIMAMONTI, *Droit pénal général et question prioritaire de constitutionnalité*, *op. cit.*, p. 7.

⁵⁵⁰ Art. L.653-8 Code. com. ; C. DELATTRE, « L'intervention du ministère public dans la loi de sauvegarde », *Rev. proc. coll.*, 2014, p. 54 ; N. FRICERO, « Le ministère public, partie principale et partie jointe », *Cah. dr. entr.*, 2015, n° 5, pp. 64-68.

⁵⁵¹ Art. 425, 426 et 427 Code pr. civ.

⁵⁵² Sur ce point, il est à espérer que le Conseil constitutionnel affine sa jurisprudence concernant l'état du droit sur le rôle du Ministère public dans le déclenchement d'une question prioritaire de constitutionnalité. En effet, depuis l'adoption de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, aucune précision n'a été émise sur ce point. La raison se justifie-t-elle au regard du peu d'engouement du Ministère public dans le déclenchement des questions prioritaires de constitutionnalité ? Jusqu'à ce jour, aucune question prioritaire de constitutionnalité n'a été transmise à la Cour de cassation sur l'initiative du Ministère public et le Parquet général de la Cour de cassation n'a lui-même pas encore soulevé de contestation constitutionnelle au Conseil constitutionnel.

115. L'interdiction du relevé d'office. L'adjectif « seul » a son importance. En effet, le moyen d'inconstitutionnalité « ne peut être soulevé d'office par une juridiction » : il doit nécessairement être soutenu⁵⁵³ par une partie au procès, ceci résultant du fait que la question prioritaire de constitutionnalité ne constitue pas un motif d'ordre public autorisant le juge à se substituer aux parties à l'instance. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel valide ce point en exposant au considérant n° 9 de la décision du 3 décembre 2009⁵⁵⁴ : « que les termes de l'article 61-1 de la Constitution imposaient au législateur organique de réserver aux seules parties à l'instance le droit de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ; que, par conséquent, la dernière phrase du premier alinéa de l'article 23-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, qui fait interdiction à la juridiction saisie de soulever d'office une question prioritaire de constitutionnalité, ne méconnaît pas la Constitution ». Est-ce la crainte de voir apparaître un contrôle diffus qui justifie une telle interdiction ? Cela est probable comme tendent à le confirmer les explications données par les travaux préparatoires mettant en exergue « qu'un juge soulevant d'office une question prioritaire de constitutionnalité porterait atteinte au monopole d'appréciation de la Constitution par le Conseil constitutionnel ». Si cette restriction⁵⁵⁴ faite au juge quant à son impossibilité de se manifester et de son obligation de s'en remettre au Conseil constitutionnel, en cas de doute sur la constitutionnalité d'une loi, est critiquable à plus d'un titre, cette interdiction s'inscrit cependant - et paradoxalement - dans la logique de la réforme

⁵⁵³ Art. 61-1 al. 1er Const. 4 oct. 1958.

⁵⁵⁴ Cons. const., 3 déc. 2009, n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, *JORF*, 11 déc. 2009, p. 21381, texte n° 2 ; B. DE LAMY, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouveauté... lourde et inachevée (Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution ; Cons. const. 3 décembre 2009, décision n° 2009-595 DC) Chronique de droit pénal constitutionnel », *RSC*, 2010, n° 1 ; J. ROUX, « La question prioritaire de constitutionnalité à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2009 », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, janv.-févr. 2010, n° 1, pp. 233-259 ; P. JAN, « La question prioritaire de constitutionnalité », *LPA*, 18 déc. 2009, n° 252, pp. 6-16 ; D. ROUSSEAU, « La question prioritaire de constitutionnalité validée. La décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2009 », *Gaz. Pal.*, 9-10 déc. 2009, n° 343-344, pp. 4-5, *Rec.*, p. 206 ; S. BRONDEL, « Trois réserves d'interprétation pour la question prioritaire de constitutionnalité », *AJDA*, 2009, n° 42, p. 2318 ; S. BRONDEL, « Trois réserves pour la question prioritaire de constitutionnalité », *D.*, 2009, n° 44, pp. 29-17-2918 ; B. MATHIEU, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie du droit (A propos de la loi organique du 10 décembre 2009 et de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-595 DC) », *JCP G*, 2009, n° 52, pp. 54-69 ; B. TEYSSIÉ, « Le mot de la rédaction [sur la question prioritaire de constitutionnalité] », *JCP S*, 2009, n° 52 ; L. FAVOREU, R. GHEVONTIAN, L. GAIA, A. ROUX, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Régime juridique de la question prioritaire de constitutionnalité in, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel* » *D.*, 2011, pp. 466-486 ; P. PUIG, « Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC », *RTD Civ.*, juill.-sept. 2010, n° 3, pp. 517-520.

constitutionnelle. Celle-ci fait du respect des exigences constitutionnelles relatives aux droits et aux libertés, un droit subjectif appartenant uniquement aux parties, seules à même d'établir leur stratégie au procès pénal, chose qui aurait pu être compromise si le juge avait pu soulever lui-même une question prioritaire de constitutionnalité. Dans une certaine mesure, l'interdiction faite au juge français de soulever d'office le moyen d'inconstitutionnalité préserve la faculté du justiciable de choisir dans certains cas de ne soulever qu'un moyen d'inconventionnalité. Sur ce point, le professeur Bertrand Mathieu devant la Commission des lois de l'Assemblée Nationale a notamment souligné que « la question prioritaire de constitutionnalité est à la disposition du justiciable mais rien ne l'oblige à la poser. Mais si elle l'est, le juge doit répondre car on ne peut passer sans réponse la demande d'abrogation formulée par le justiciable »⁵⁵⁵. Au Canada également, l'exception d'inconstitutionnalité représente un moyen réservé aux parties à l'instance pénale. Le juge ne peut pas se saisir d'office d'un tel argument constitutionnel⁵⁵⁶. En définitive, c'est dans ce contexte procédural spécifique à chaque système d'inspiration accusatoire ou inquisitoire que s'insèrent respectivement, l'exception d'inconstitutionnalité et la question prioritaire de constitutionnalité. Etant donné que l'intérêt à agir dépend directement du statut de « partie » à une instance en cours devant une juridiction, il convient maintenant de déterminer avec précision ce que signifie « instance en cours » et « juridiction » pour l'application de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité. Sur ce point, l'étude comparée fera apparaître une certaine spécialisation des juridictions qui ne trouve pas son équivalent au Canada.

⁵⁵⁵ Commission des lois, Assemblée nationale, XIIIe législative compte rendu n° 59, 23 juin 2009.

⁵⁵⁶ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 RCS 295, §. 33 et s.: « [...] En principe, le juge, arbitre impartial du débat, ne peut soulever d'office pareille question [...] ».

B) La divergence quant aux destinataires des moyens d'inconstitutionnalité

116. Le particularisme de l'instance pénale et le cheminement procédural des moyens d'inconstitutionnalité. Le particularisme de l'instance pénale commande un cheminement procédural précis que la question prioritaire de constitutionnalité se doit de respecter (1). Comparativement, au Canada, l'héritage de la tradition Britannique, justifie certaines caractéristiques procédurales au regard desquelles est mise en œuvre l'exception d'inconstitutionnalité. Il en est ainsi de l'absence de spécialisation des juridictions canadiennes (2). Cette dernière particularité procédurale permet d'accueillir le grief d'inconstitutionnalité à tous les stades du procès pénal.

1) Le particularisme des instances pénales en France

117. La compétence de la Chambre de l'instruction. À l'exception des cours d'assises⁵⁵⁷, toute juridiction pénale peut connaître d'une question prioritaire de constitutionnalité. Comme le rappelle l'article R.49-21 du code de procédure pénale⁵⁵⁸, le moyen d'inconstitutionnalité peut être soulevé devant une juridiction d'instruction, de jugement, d'application des peines ou de la rétention de sûreté. Concernant les juridictions d'instruction, la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution⁵⁵⁹ est venu préciser les conditions au regard desquelles une question prioritaire de constitutionnalité peut être soulevée au cours de l'instruction. En effet, seule la chambre de l'instruction peut être saisie du moyen d'inconstitutionnalité français. Ni le juge des libertés et de la détention ni le juge d'instruction ne sont compétents pour statuer sur ce grief d'inconstitutionnalité. C'est au regard des fonctions juridictionnelles de la chambre de l'instruction que cette situation semble se justifier. En effet, contrairement au juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention, la chambre de l'instruction possède, en vertu

⁵⁵⁷ *Supra* n° 117, n° 118.

⁵⁵⁸ Art. R. 49-21 Code. pr. pén.

⁵⁵⁹ Art. 23-1. LO. n° 2009-1523, 10 déc. 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, n° 1599, *JORF* n° 0287, 11 déc. 2009, p. 21379.
texte n° 1.

des articles 170 et 173 du code de procédure pénale⁵⁶⁰, la pleine juridiction pour annuler les actes ou les pièces de la procédure d'instruction⁵⁶¹. Il incombe donc logiquement à la chambre de l'instruction d'apprécier si la régularité de la procédure est affectée par la question prioritaire de constitutionnalité soulevée lors de l'instruction. Dans un souci de protection des droits et libertés fondamentaux, cette solution est bienvenue car il aurait pu paraître paradoxal de refuser ce mécanisme durant la phase d'instruction étant donné que les libertés qu'il viendrait protéger seraient les plus à mêmes d'être menacées. De plus, il ne serait pas de bonne politique judiciaire de refuser la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité à ce moment propice du procès, étant donné que toute la procédure pourrait être remise en cause par le biais du moyen d'inconstitutionnalité au moment de l'examen du dossier au fond. La possibilité de soulever la question prioritaire de constitutionnalité tout au long de l'instruction préparatoire permet en outre de pallier l'atténuation du principe général d'ouverture de cette voie de droit au justiciable devant les cours d'assises.

118. L'exclusion de la compétence de la cour d'assises. L'exclusion de la compétence de la cour d'assises constitue une autre particularité tenant à la spécificité de l'instance pénale devant laquelle est posée la question prioritaire de constitutionnalité. La loi organique du 10 décembre 2009 pose l'interdiction de soulever la question prioritaire de constitutionnalité devant les cours d'assises⁵⁶². Cette dérogation au principe selon lequel la question prioritaire de constitutionnalité peut être soulevée devant toute juridiction avait déjà été posée dans le texte des projets de révision constitutionnelle de 1990⁵⁶³ et 1993⁵⁶⁴. Par conséquent, le seul jeu du double degré de juridiction en matière criminelle semble ici permettre de soulever la question prioritaire de constitutionnalité. L'article 23-1 de la loi organique du 10 décembre 2009 s'inscrit dans cette perspective en écartant

⁵⁶⁰ Art. 170 et 173 Code. pr. pén.

⁵⁶¹ *Ibidem* ; S. CIMAMONTI, *Droit pénal général et question prioritaire de constitutionnalité*, *op. cit.*, p. 11.

⁵⁶² Art 23-1 al. 4 LO. n° 2009-1523, 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

⁵⁶³ V. le projet de loi constitutionnelle portant révision des articles 61, 62 et 63 de la Constitution et instituant un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception n° 1203 déposé à l'Assemblée nationale le 30 mars 1990.

⁵⁶⁴ V. le projet de loi constitutionnelle portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VII, VIII, IX et X (dispositions modifiant le titre VII) en date du 10 mars 1993.

également la possibilité de poser la question prioritaire de constitutionnalité devant les cours d'assises. Quels sont les motifs de cette exclusion ?

119. Les justifications de l'exclusion de la compétence des cours d'assises. Les justifications de cette exclusion ont notamment été explicitées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 3 décembre 2009⁵⁶⁵ : « Le quatrième alinéa de l'article 23-1 interdit que la question prioritaire de constitutionnalité soit présentée devant la cour d'assises ; une telle question pourra être posée au cours de l'instruction pénale qui précède le procès criminel ; elle pourra également être posée à l'occasion de la déclaration d'appel d'un arrêt rendu par la cour d'assises en premier ressort ou du pourvoi en cassation formé contre un arrêt rendu par la cour d'assises en appel et sera transmise directement à la Cour de cassation ; le législateur organique a entendu tenir compte, dans l'intérêt de la bonne administration de la justice, des spécificités de l'organisation de la cour d'assises et du déroulement du procès devant elle ; dans ces conditions, l'interdiction de poser une question prioritaire de constitutionnalité devant la cour d'assises ne méconnaît pas le droit reconnu par l'article 61-1 de la Constitution ». Ainsi, l'intérêt d'une bonne administration de la justice a été l'une des raisons avancées pour justifier l'exclusion des cours d'assises du champ d'application de la question prioritaire de constitutionnalité.

120. La préservation d'une bonne administration de la justice. L'examen portant d'abord sur la transmission puis sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité engendre *de facto* un sursis à statuer, ce qui certainement affecterait le déroulement du procès pénal et serait en contradiction avec le principe de continuité des débats posé à l'article 307 du code de procédure pénale⁵⁶⁶ qui énonce que « Les débats ne peuvent être interrompus et doivent continuer jusqu'à ce que la cause soit terminée par l'arrêt de la cour d'assises. Ils peuvent être suspendus pendant le temps nécessaire au repos des juges, de la partie civile et de l'accusé ». Étant une juridiction non permanente, la cour d'assises doit siéger « sans désemparer ». Cette exigence de bonne administration de la justice a notamment été

⁵⁶⁵ Cons. const., 3 déc. 2009 DC, n° 2009-595, consid. 10, *JORF* 11 déc. 2009, p. 21381, texte n° 2, *Rec.* 206.

⁵⁶⁶ Art. 307 Code. pr. pén.

prise en compte par l'exposé des motifs du projet de loi organique mettant l'accent sur « l'intérêt qui s'attache à ce que les questions de droit et de procédure soient réglées avant l'ouverture du procès criminel ». En outre, cette restriction serait justifiée par la composition particulière des cours d'assises.

121. Les justifications de l'exclusion au regard de la composition des cours d'assises. Plus précisément, c'est la présence du jury populaire, composé de citoyens, qui militerait en faveur de l'exclusion de la question prioritaire de constitutionnalité au sein des cours d'assises. Néanmoins, cette justification demeure contestable. En effet, la présence de citoyens devant certaines juridictions pénales n'empêche pas l'invocation d'une question prioritaire de constitutionnalité⁵⁶⁷. L'hypothèse peut s'illustrer au regard de la composition du tribunal correctionnel en sa formation citoyenne au sein duquel devaient siéger deux « citoyens assesseurs » aux côtés de trois magistrats professionnels. Or, la loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs⁵⁶⁸ n'avait pas exclu la possibilité de soulever une question prioritaire de constitutionnalité devant la formation citoyenne du tribunal correctionnel. Simplement, les citoyens assesseurs ne devaient intervenir sur trois choses : la qualification des faits, la culpabilité de l'auteur et la peine. Tout le reste relevait des magistrats professionnels. On aurait pu prévoir la même chose devant la cour d'assises⁵⁶⁹. N'était-t-il pas possible de transposer ces garde-fous devant les cours d'assises ?

Au Canada, pareille spécialisation des juridictions ne se retrouve pas.

⁵⁶⁷ S. CIMAMONTI., *Droit pénal général et question prioritaire de constitutionnalité*, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁶⁸ L. n° 2011-939, 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, *JORF* n° 0185, 11 août 2011, p. 13744, texte n° 1.

⁵⁶⁹ Cons. const., 4 août 2011, n° 2011-635 DC, Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, *JORF* 11 août 2011, p. 13763, texte n° 4, *Rec.*, p. 407.

2) L'absence de spécialisation des juridictions au Canada

122. L'absence de spécialisation des tribunaux canadiens. Au Canada, pareille exclusion quant à l'invocation de l'exception d'inconstitutionnalité ne trouve pas son équivalent. En effet, tout juge ordinaire peut connaître d'une contestation constitutionnelle étant donné l'absence de spécialisation des tribunaux canadiens⁵⁷⁰. Hormis l'exclusion de la compétence du juge de paix présidant une enquête préliminaire pour ordonner une réparation ou prononcer l'inconstitutionnalité d'une règle de droit au regard de la *Charte*⁵⁷¹, toute contestation constitutionnelle soulevée à l'occasion d'une instance pénale peut être tranchée par le juge du procès. Cela étant, la question constitutionnelle doit respecter certaines spécificités procédurales tenant au « moment » où l'argument constitutionnel peut être soulevé. Cette exigence procédurale s'inscrit dans le souci des juges canadiens de ne pas fragmenter le processus pénal par des procédures interlocutoires⁵⁷². Suivant cette orientation, en principe, la contestation constitutionnelle fondée sur l'article 52 de la *Loi constitutionnelle canadienne* ou sur l'article 24 de la *Charte*, doit être soulevée au début des débats. Lorsque le procès pénal se tient avec jury, les contestations constitutionnelles doivent, en principe, être tranchées avant que le jury ne soit sélectionné et amené à siéger. Au surplus, aucun appel interlocutoire des décisions constitutionnelles n'a été consacré par la procédure pénale canadienne. Autrement dit, ce n'est qu'à la fin des débats, c'est-à-dire, lors du verdict final de culpabilité ou d'acquittement du prévenu, qu'un appel d'une décision de nature constitutionnelle peut être interjeté⁵⁷³.

En définitive, cette divergence quant à l'invocation de la contestation constitutionnelle au sein du procès pénal en France et au Canada, en provoque une seconde relative à la recevabilité des moyens d'inconstitutionnalité au sein du procès pénal.

⁵⁷⁰ A.-M. BOISVERT, « Vingt-cinq ans de droit pénal canadien « constitutionnalisé » : la désillusion ? », in *Le juge constitutionnel et la proportionnalité ; Juge constitutionnel et droit pénal, op. cit.*, p. 455.

⁵⁷¹ *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 RCS 577, pp. 638-639 ; *R. c. Mills*, [1986], 1 RCS 863.

⁵⁷² A.-M. BOISVERT, « Vingt-cinq ans de droit pénal canadien « constitutionnalisé » : la désillusion ? », in *Le juge constitutionnel et la proportionnalité ; Juge constitutionnel et droit pénal, op. cit.*, p. 455.

⁵⁷³ *Ibidem*.

§2 : La divergence quant à la recevabilité des moyens d'inconstitutionnalité au sein du procès pénal

123. Deux contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* aux conditions de recevabilité des moyens d'inconstitutionnalité différentes. Une spécificité procédurale tenant au mécanisme même de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité qui ne trouve pas son équivalent au Canada peut être identifiée. En effet, le moyen d'inconstitutionnalité français doit satisfaire au double filtrage effectué d'abord par les juges ordinaires puis après par la Cour de cassation (A), afin de pouvoir arriver jusqu'au prétoire des juges constitutionnels. Ce double filtrage participe de l'objectivisation de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité. En effet, l'appréciation des conditions de recevabilité de la question qui aurait permis au Conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité de la loi pénale à l'aune du litige *a quo*, échappe à ce dernier (B) au profit de l'intervention des « juges du filtre ».

A) Les conditions de recevabilité des moyens d'inconstitutionnalité devant les juridictions relevant de la Cour de cassation et devant la Cour de cassation

124. La gradation de l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* en France. L'étude respective du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* d'abord par les juridictions relevant de la Cour de cassation (1), puis par cette dernière (2) témoigne d'une gradation dans l'appréciation des conditions de recevabilité de la contestation constitutionnelle. Si cette intensité progressive dans le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* n'existe pas au Canada, celle-ci témoigne d'une dilution certaine du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* par le Conseil constitutionnel en France au profit des juges du fond et de la Cour de cassation. De ce point de vue, l'exercice de la question prioritaire de constitutionnalité autorise un certain rapprochement avec le contrôle diffus de constitutionnalité *a posteriori* qui prévaut au Canada.

1) Les conditions de recevabilité des moyens d'inconstitutionnalité devant les juridictions relevant de la Cour de cassation

125. Les gardes fous contre l'utilisation abusive de la question prioritaire de constitutionnalité. Le juge devant lequel une question prioritaire de constitutionnalité est soulevée doit renvoyer le moyen d'inconstitutionnalité à la Cour de cassation dès lors que trois conditions de recevabilité sont remplies : « La disposition législative contestée doit être applicable au litige ou à la procédure, ou constituer le fondement des poursuites ; elle doit en outre n'avoir pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances ; la juridiction doit enfin vérifier si la question posée n'est pas « dépourvue de caractère sérieux »⁵⁷⁴. Ces trois critères sont cumulatifs de telle sorte que l'inexistence de l'un d'entre eux met un obstacle définitif au renvoi de la question à la Cour de cassation. La première condition retiendra particulièrement l'attention. En effet, il s'agit ici d'établir dans quelle mesure elle participe de l'aspect abstrait du contrôle *a posteriori*.

126. «Une disposition applicable au litige ou à la procédure, ou qui constitue le fondement des poursuites ». Ce premier critère pose la question essentielle du lien de la question prioritaire de constitutionnalité avec l'instance en cours, lien dont le principe est posé à l'article 61-1 de la Constitution selon lequel le moyen doit être soulevé « à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction ». Dépassant le cadre assigné par le projet de révision de 1990⁵⁷⁵ qui imposait au juge du fond de vérifier que la disposition contestée « commandait » l'issue du litige ou la validité de la procédure, la loi organique du 9 décembre 2010 a opté pour le critère, moins contraignant, d'une disposition « applicable au litige ou à la procédure », ou qui constitue le fondement des poursuites. La formulation du projet de révision de 1990, a été analysée comme un possible frein à l'exercice du droit nouvellement garanti

⁵⁷⁴ Art. 23-2 ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, *JORF* 9 nov. 1958, p. 10129.

⁵⁷⁵ V. le projet de loi constitutionnelle portant révision des articles 61, 62 et 63 de la Constitution et instituant un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception n° 1203 déposé à l'Assemblée nationale le 30 mars 1990.

par la Constitution, et donc considérée comme contraire aux termes de l'article 61-1 de cette dernière. Pourtant, cette exigence aurait permis aux juges ordinaires de s'interroger dans une certaine mesure, en termes concrets sur la constitutionnalité d'une norme ayant force de loi. En effet, en sus de la vérification de l'applicabilité de la norme législative au litige *a quo*, les juges ordinaires auraient été amenés à s'assurer de la pertinence du problème constitutionnel quant à l'issue du procès. Les juges *a quo* auraient nécessairement apprécié la recevabilité du moyen d'inconstitutionnalité au regard de l'assise factuelle du litige. La faculté de ces derniers de s'interroger en termes concrets sur la constitutionnalité d'une norme législative contestée représente potentiellement la cause – principale mais non assumée – de l'assouplissement de la première exigence de recevabilité par la commission des lois de l'Assemblée nationale. C'est qu'en effet, reconnaître une telle prérogative aux juges ordinaires aurait ouvert la porte à un possible contrôle diffus de constitutionnalité *a posteriori* et constitué un affront au monopole dévolu au Conseil constitutionnel. En somme, l'étude de cette première condition de recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité conforte le sentiment d'objectivisation de l'exercice de la question prioritaire de constitutionnalité. Une fois cette première condition de recevabilité respectée par le moyen d'inconstitutionnalité français, celle-ci doit satisfaire à une deuxième exigence.

127. «La disposition doit n'avoir pas été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances ». Selon l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958⁵⁷⁶, afin de mériter d'être renvoyée ou transmise, la disposition litigieuse ne « doit pas avoir été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, "sauf changement de circonstances" »⁵⁷⁷. Étant donné que cette condition de recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité doit être analysée communément par les juges suprêmes et par le Conseil constitutionnel, l'analyse de cette deuxième condition sera étudiée conjointement lors de l'étude tenant à l'appréciation des conditions de fond par le Conseil constitutionnel⁵⁷⁸.

⁵⁷⁶ Art. 23-2 ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, *JORF* 9 nov. 1958, p. 10129.

⁵⁷⁷ *Supra* n° 134 et n° 136. Au Canada, c'est aussi un changement de circonstances (juridiques et factuelles) qui permet à la Cour suprême du Canada de s'écarter de ses précédents.

⁵⁷⁸ *Infra* n° 134 et n° 136.

Enfin, l'examen de recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité effectué par les juges de l'ordre judiciaire, tant par les juges *a quo* que par les juges de la Cour de cassation, nécessite l'étude d'une dernière condition. Il s'agit d'apprécier le caractère sérieux du moyen d'inconstitutionnalité soulevé.

128. L'appréciation du caractère « non dépourvu de sérieux » de la question prioritaire de constitutionnalité par les juridictions relevant de la Cour de cassation. Il appartient dans un premier temps aux juridictions relevant de la Cour de cassation, lorsque sera invoquée la contradiction d'une disposition législative avec un droit ou une liberté de considérer l'argument « non dépourvu de caractère sérieux »⁵⁷⁹. Par conséquent, les juges du fond en renvoyant la question par une décision motivée, participent, indirectement, à l'évolution de la protection droits et libertés fondamentaux en permettant au Conseil de se prononcer, sous réserve du filtre de la Cour de cassation. Concernant le second cas, ils pourront conclure que la question n'est pas sérieuse parce que la loi est constitutionnelle. Autrement dit, si cette disposition permet pour l'essentiel de désencombrer le Conseil constitutionnel d'éventuelles demandes dilatoires, elle confère aussi aux juges du fond un pouvoir d'appréciation en ce que tout le déroulement de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité dépend de leur appréciation. En somme, les juridictions du fond occupent une place majeure dans la mise en œuvre du contrôle *a posteriori* de constitutionnalité. Dans un second temps, lorsque la question prioritaire de constitutionnalité a obtenu le « label de recevabilité » par les juridictions de fond, la décision est adressée à la Cour de cassation dans les huit jours de son prononcé avec les mémoires ou les conclusions des parties.

⁵⁷⁹ Art. 23-2 ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

2) Les conditions de recevabilité des moyens d'inconstitutionnalité devant la Cour de cassation

129. L'appréciation du caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de cassation. La Cour de cassation pour sa part, en application de la loi organique, doit statuer sur la question de constitutionnalité dans un délai de trois mois⁵⁸⁰. La Haute juridiction doit alors se prêter, tout comme les juges du fond, à un examen complet de l'existence des conditions subordonnant le renvoi du moyen inconstitutionnel au Conseil constitutionnel. Le renvoi est décidé par la Cour de cassation lorsque les conditions suivantes sont réunies : d'une part, qu'il est soutenu qu'une disposition législative, qui n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution, dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit et que la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou qu'elle constitue le fondement des poursuites. La troisième exigence est quant à elle plus spécifique que celle formulée concernant les juges du fond. En effet, la Cour de cassation s'assure que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux⁵⁸¹. Le caractère sérieux de la question se distingue par rapport au précédent caractère, par son aspect plus restrictif. Selon le Bureau du droit constitutionnel de la Cour de cassation, les juridictions de fond sont amenés à apprécier le caractère "opérant" du moyen d'inconstitutionnalité soulevé lorsque les juridictions suprêmes contrôlent son caractère "pertinent"⁵⁸². Il devient logique que cette gradation du caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité emporte appréciation de la constitutionnalité de la disposition législative critiquée par la Cour de cassation⁵⁸³. La Cour de cassation est tenue d'exercer un filtre plus

⁵⁸⁰ Art. 23-4 ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, *JORF* 9 nov. 1958, p. 10129.

⁵⁸¹ Art. 23-4 et 23-5 al. 3 ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, *JORF* 9 nov. 1958, p. 10129.

⁵⁸² Service de documentation, des études et du rapport, Bureau constitutionnel, « La question prioritaire, analyse développée », disponible sur http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/qpc/

⁵⁸³ S.-J LIEBER, D. BOTTEGHI, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA*, 2010, p. 1355 : « En effet, elles (les juridictions suprêmes) ont été faites par le législateur juges de l'utilité du filtre : s'il s'agissait simplement d'écarter les questions fantaisistes, le travail a déjà été assuré par les juges du fond. Le second filtrage implique de confronter les exigences constitutionnelles telles que dégagées par le Conseil constitutionnel à la disposition législative contestée, de porter une appréciation sur une éventuelle contrariété, puis sur le caractère

resserré que celui des juges du fond et la pratique jurisprudentielle apprend qu'elle apprécie la constitutionnalité des dispositions législatives contestées devant elle à travers deux modalités. D'abord, en ayant recours à d'autres dispositions du droit pénal. Ensuite, en justifiant ses refus de renvoyer sur la compétence du juge judiciaire. Dans les deux hypothèses, la chambre criminelle de la Cour de cassation exerce un contrôle limité de constitutionnalité dans la mesure où elle n'exerce pas un contrôle similaire à celui du Conseil constitutionnel.

130. L'annihilation du caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité par le recours à d'autres dispositions du droit pénal. La pratique jurisprudentielle témoigne du fait que la chambre criminelle de la Cour de cassation conclut à l'absence de caractère sérieux des questions prioritaires de constitutionnalité au regard des garanties pénales offertes par d'autres textes. La chambre criminelle analyse ainsi la constitutionnalité des dispositions législatives critiquées à l'aune de l'ensemble droit pénal. Ainsi, la chambre criminelle a jugé conforme à la Constitution l'interdiction d'exercer un pourvoi contre les arrêts d'acquiescement dès lors qu'aucun texte n'empêche l'exercice d'un pourvoi aux fins de réparation civile⁵⁸⁴, la mise en examen d'une personne ayant préalablement eu le statut de témoin assisté par simple lettre recommandée offre les mêmes garanties que la mise en examen classique dès lors que celui-ci a déjà déclaré une adresse, bénéficie du droit d'être assisté par un avocat et a pris connaissance du réquisitoire introductif⁵⁸⁵. Enfin, la possibilité pour le ministre du budget de saisir les juridictions pénales après avis de la commission des infractions fiscales sans que les parties puissent faire leurs observations ne porte pas atteinte au droit à un procès équitable dès lors que le prévenu peut connaître et discuter ultérieurement les charges devant un tribunal indépendant et impartial⁵⁸⁶. Si cette forme d'appréciation du caractère sérieux des questions prioritaires de constitutionnalité n'a pas été envisagée par le Constituant français, elle permet d'examiner la disposition législative critiquée au sein du système pénal dans lequel elle s'insère. Outre, le recours à d'autres dispositions du droit pénal, la chambre criminelle justifie l'absence de caractère

sérieux de celle-ci. On voit difficilement comment les juges pourraient procéder à un tel examen sans apprécier la constitutionnalité de la disposition ».

⁵⁸⁴ Cass. crim., QPC, 13 mai 2015, n° 14-86873.

⁵⁸⁵ Cass. crim., QPC, 6 mai 2015, n° 14-87984.

⁵⁸⁶ Cass. crim., QPC, 3 déc. 2014, n° 14-82526.

sérieux des questions prioritaires de constitutionnalité au regard des prérogatives judiciaires exclusives, notamment l'interprétation et la sanction des dispositions législatives.

131. L'annihilation du caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité par le pouvoir d'interprétation et les prérogatives exclusives du juge judiciaire. Le contrôle limité de la constitutionnalité des dispositions législatives contestées devant la chambre criminelle se réalise également lorsqu'elle réfute le caractère sérieux des questions prioritaires de constitutionnalité qui empiètent sur les compétences du juge judiciaire. Deux hypothèses doivent être distinguées. En effet, afin d'anéantir le moyen d'inconstitutionnalité, la chambre criminelle peut opposer aux plaideurs le pouvoir d'interprétation qui entre dans l'office du juge pénal ou l'existence de prérogatives judiciaires exclusives qui ne peuvent faire l'objet d'une contestation constitutionnelle. La première hypothèse peut être illustrée par les questions prioritaires de constitutionnalité au travers desquelles sont invoqués systématiquement les principes de légalité des délits et des peines, de clarté et de précision de la loi, ainsi que de prévisibilité juridique consacrés à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Par une formule classique, la chambre criminelle réfute le caractère sérieux des questions prioritaires de constitutionnalité dès lors qu'elles empiètent sur l'office du juge pénal : « La disposition critiquée est rédigée en des termes suffisamment clairs pour permettre son interprétation et sa sanction, qui entrent dans l'office du juge pénal, sans risque d'arbitraire »⁵⁸⁷. Par exemple, la chambre criminelle en a jugé ainsi concernant l'article L234-1-II du Code de la route qui définit le délit de conduite en état d'ivresse manifeste⁵⁸⁸, l'article 222-13 du Code pénal qui ne prévoit pas de définition des violences⁵⁸⁹, et l'article 432-15 du Code pénal qui incrimine le détournement de fond publics sans définir les personnes dépositaires de l'autorité publique visées⁵⁹⁰. Par ailleurs, et il s'agit de la seconde hypothèse, la chambre

⁵⁸⁷ Cass. crim. QPC, 6 juin 2012, n° 12-90.016 concernant l'enregistrement et fixation d'images ou représentations pornographiques de mineurs ; Cass. crim. QPC, 24 sept. 2013, n° 12-87.059 concernant l'article 121-3 du code pénal ; Cass. crim. QPC, 7 janv. 2014, n° 13-82.514 concernant la contrefaçon ou falsification de chèques et usages ou encore, Cass. crim., QPC, 22 juin 2016, n° 16-900.12 concernant le proxénétisme.

⁵⁸⁸ Cass. crim., QPC, 24 juin 2015, n° 15-82123.

⁵⁸⁹ Cass. crim., QPC, 5 mai 2015, n° 15-8183.

⁵⁹⁰ Cass. crim., QPC, 20 mai 2015, n° 14-86842.

criminelle justifie ses refus de renvoyer les questions prioritaires de constitutionnalité lorsque les dispositions litigieuses conduisent à contester les prérogatives exclusives des juges judiciaires. La chambre criminelle a pu ainsi s'ériger en gardienne du pouvoir judiciaire lorsque le choix de la qualification pénale a été contesté⁵⁹¹ ou bien lorsque les décisions du juge judiciaire en sa qualité d'organe de contrôle des actes d'enquêtes et d'instruction était mise en cause⁵⁹². En somme, lorsque la chambre criminelle apprécie le caractère sérieux des questions prioritaires de constitutionnalité tant au regard des autres textes du droit pénal que de la compétence des juges judiciaires, son contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ne souffre que peu de critiques et peut être qualifié de « normal » en ce qu'elle apprécie la constitutionnalité des dispositions pénales sans aller au-delà des prérogatives que lui confère l'article 61-1 de la Constitution. La question prioritaire de constitutionnalité relative au délit de consultation habituelle de sites internet terroristes⁵⁹³ est éloquente. Faisant preuve de modération dans la justification du renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité, la chambre criminelle de la Cour de cassation précise d'une part, « qu'il apparaît utile »⁵⁹⁴ que le Conseil constitutionnel juge de la constitutionnalité ou non des dispositions critiquées et, d'autre part, usant de l'imparfait, émet un doute quant à la constitutionnalité de la première exemption relative à la consultation habituelle de bonne foi⁵⁹⁵.

Mais, quelles sont les potentielles raisons qui ont poussé le constituant français à établir un tel cheminement procédural que doit franchir la question prioritaire de constitutionnalité ?

⁵⁹¹ Cass. crim., QPC, 7 juin 2011, n° 10-88315 : « La question posée ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux, dès lors qu'elle revient, dans la procédure en cause, à contester la qualification appliquée aux faits poursuivis par le ministère public et les juges du fond qui est soumise au contrôle de la Cour de cassation. ».

⁵⁹² Cass. crim., QPC, 6 avril 2016, n° 15-86043 : « Et attendu que les questions posées ne présentent pas un caractère sérieux ; que, d'une part, l'interception est ordonnée et contrôlée par le juge, en sa qualité de gardien de la liberté individuelle... ».

⁵⁹³ Cons. const., 10 févr. 2017, n° 2016-611 QPC.

⁵⁹⁴ Cass. crim., QPC, 29 nov. 2016, n° 5797 : « Qu'en effet, d'une part, la disposition contestée incrimine la seule consultation habituelle de contenus, provoquant à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie, qui montrent la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie, de sorte qu'il apparaît utile que le Conseil constitutionnel se prononce sur la nécessité et la proportionnalité de cette atteinte au principe de la liberté de communication ».

⁵⁹⁵ Cass. crim., QPC, 29 nov. 2016, n° 5797 : « Que, d'autre part, si trois des exemptions prévues par le texte, à savoir que la consultation est faite dans le cadre de l'exercice d'une profession ayant pour objet d'informer le public, qu'elle intervient dans le cadre de recherches scientifiques ou qu'elle est réalisée afin de servir de preuve en justice, sont précisément définies, il pourrait n'en être pas de même de la première exemption prévue, relative à la consultation habituelle de bonne foi ».

132. Le caractère abstrait du second filtre. Le bref rappel procédural relatif à la question prioritaire de constitutionnalité témoigne une nouvelle fois que l'appréciation des conditions de fond de la question échappe au Conseil constitutionnel au profit de l'intervention « des juges du double filtre ». L'instauration du double filtrage participe conséquemment à la dissociation du sort de la contestation constitutionnelle au regard du procès pénal qui est à l'origine de la question prioritaire de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel, sans pour autant être totalement hermétique aux faits de l'espèce, se trouve éloigné du litige pénal au sein duquel naît la contestation constitutionnelle. De la sorte, le second filtre participe de l'exercice objectif du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en n'instaurant qu'un dialogue indirect entre les juges *a quo* et le Haut Conseil. C'est en ce sens qu'on a pu relever « l'effet abstraitif du second filtre »⁵⁹⁶. Cette spécificité procédurale relative à l'instauration d'un double filtrage, ne trouve pas son équivalent au Canada. Cette absence procédurale peut s'expliquer par le caractère diffus du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* préalablement évoqué. Au Canada, les juges de droit commun détiennent le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des dispositions pénales. Aucune condition de recevabilité de l'exception d'inconstitutionnalité canadienne ne participe à la scission entre la contestation constitutionnelle et le procès pénal à l'occasion duquel elle a été posée. En revanche, en France, ce sont d'abord les textes qui ont encadré la compétence du Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* qui l'amènent à exercer un contrôle principalement objectif et abstrait.

⁵⁹⁶ M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité. Cadre juridique, pratiques jurisprudentielles*, Paris, Lamy, 2011, p. 107.

B) Les conditions de recevabilité des moyens d'inconstitutionnalité devant le Conseil constitutionnel

133. L'objectivisme de l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* par le Conseil constitutionnel. C'est après « un long parcours du combattant » que la contestation constitutionnelle arrive, enfin, jusqu'au prétoire du Conseil constitutionnel. Le grief d'inconstitutionnalité pourra être accueilli, le cas échéant, à la condition de remplir certaines conditions de fond spécifiques à l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* par le Conseil constitutionnel. L'étude de ces dernières conditions témoigne de l'objectivisme de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel (1) engendrant, de surcroît, un affaiblissement de la protection des droits et libertés fondamentaux des justiciables (2). En effet, en termes d'efficacité, l'objectivisme de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel semble difficilement se concilier avec une protection pleine et entière des droits et libertés des justiciables pénaux. Il convient dès lors de déterminer quel(s) juge(s) judiciaire(s) serait (aient) compétent(s) pour contrôler la constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* au plus près des situations subjectives, à l'image d'un juge canadien.

1) L'exercice objectif du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* par le Conseil constitutionnel

134. L'absence de contrôle du « préjudiciel » par le Conseil constitutionnel. Si la délimitation de la notion de « préjudiciel » témoigne de l'aspect abstrait du contrôle *a posteriori* en France, l'absence de contrôle du caractère véritablement « préjudiciel » de la question par les juges de la Rue Montpensier renforce cette impression. En effet, outre l'assouplissement de la première exigence de fond de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel se refuse, par un considérant de principe connu, à contrôler les appréciations des juges *a quo* sur le caractère préjudiciel de la question. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'affirmer ce refus dès la première question prioritaire de constitutionnalité en ces

termes : «Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, de remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation a jugé [...] qu'une disposition était ou non applicable au litige ou à la procédure ou constituait le fondement des poursuites »⁵⁹⁷. Si les raisons d'un tel refus tiennent en majeure partie à l'office du juge constitutionnel, cette orientation témoigne de la préservation par le législateur organique de 2009, de l'aspect abstrait du contrôle *a posteriori*. Néanmoins, le Conseil constitutionnel s'autorise quelques digressions lorsqu'il apparaît que l'étendue de la contestation constitutionnelle a une portée excessive. En effet, lorsqu'une disposition législative est contestée dans son intégralité alors qu'un seul de ces alinéas justifie le grief, les Sages circonscrivent leur décision au regard de cette unique norme. L'hypothèse s'est notamment présentée au sein de la décision du 17 décembre 2010 relative au contentieux de la détention provisoire réservé à la chambre de l'instruction. En effet, l'article 207 du code de procédure pénale réserve exclusivement ledit contentieux à la chambre de l'instruction. La Cour de cassation, préjugant de l'inconstitutionnalité de cet article, a déferé l'intégralité de la disposition litigieuse au Conseil constitutionnel. Ce dernier a limité sa décision à l'alinéa premier de cet article étant donné que le pouvoir dévolu à la chambre de l'instruction en matière de détention provisoire trouve son fondement uniquement au sein de cet alinéa et non pas dans les trois suivants. Ce pouvoir de circonscrire le champ de la saisine aux seules dispositions mises en cause par la question prioritaire de constitutionnalité témoigne de la prudence du Conseil constitutionnel compte tenu de l'effet *erga omnes* qui s'attache à ses décisions. Le Conseil constitutionnel a tenu le même raisonnement dans la question prioritaire de constitutionnalité relative à la communication du réquisitoire définitif aux parties⁵⁹⁸ de l'article 175 du code de procédure pénale. Cette question portait sur le règlement de l'information préparatoire. Mais, le requérant contestait précisément le fait que les réquisitions du

⁵⁹⁷ Cons. const., 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC, Consorts L. [Cristallisation des pensions], consid. 6, *JORF* 29 mai 2010, p. 9728, texte n°67, *Rec.*, p. 91.

⁵⁹⁸ Cons. const., 9 sept. 2011, n° 2011-160 QPC, [Communication du réquisitoire définitif aux parties], *JORF*, 10 sept. 2011, p. 15273, texte n° 61, *Rec.*, p. 438 ; A. MARON, S. HAAS, « Où l'on voit la chambre criminelle réécrire une décision du Conseil constitutionnel qui avait lui-même réécrit la loi », *Dr. pén.*, sept. 2013, n° 9, pp. 53-55 ; A-S. CHAVENT-LECLÈRE « La notification des réquisitions doit désormais être faite aux parties et non plus à leurs avocats », *Procédures*, janv. 2012, n° 1, p. 24 ; B. DE LAMY, « Les fonctions du principe d'égalité : lutte contre les discriminations et amélioration de la qualité de la législation pénale », *RSC*, janv. / mars 2012, n° 1, pp. 233-237 ; J-B. PERRIER, « Communication du réquisitoire définitif aux (avocats des) parties », *AJPénal*, janv. 2012, n° 1, pp. 46-47.

procureur de la République ne sont adressées qu'aux avocats des parties. Le Conseil constitutionnel a, dès lors, limité le champ de sa saisine à la seconde phrase du deuxième alinéa du texte où le vice constitutionnel résidait. Ici, le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* effectué par le Haut Conseil revêt un caractère concret dans la mesure où ce dernier applique la norme litigieuse non pas dans l'abstrait, mais dans le contexte spécifique de l'affaire. En somme, ce n'est qu'exceptionnellement que le Conseil constitutionnel s'autorise à contrôler les appréciations du juge *a quo* sur le caractère préjudiciel de la question.

Sur ce point, la comparaison avec le droit canadien rencontre rapidement ses limites étant donné notre choix de circonscrire l'étude comparative au regard de l'exception d'inconstitutionnalité. En effet, le mécanisme d'exception d'inconstitutionnalité permettant à tout juge, saisi de la question de constitutionnalité, de la trancher directement, le contrôle du caractère « préjudiciel » ne se pose pas. Au surplus, le souci des juges canadiens de préserver l'aspect concret du contrôle *a posteriori*, et ceci dès le stade de la recevabilité de l'exception d'inconstitutionnalité doit être rappelé. Une fois cette première condition de recevabilité relative à la question prioritaire de constitutionnalité évincée du champ d'application du contrôle *a posteriori* par le Conseil constitutionnel, ce dernier se prête à un contrôle restrictif relativement à la deuxième condition de renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité.

135. «La disposition doit n'avoir pas été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances ». Selon l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958⁵⁹⁹, afin d'être renvoyée ou transmise, la disposition litigieuse ne « doit pas avoir été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, « sauf changement de circonstances ». Il convient de définir les « changements de circonstances » qui autoriseraient le Conseil constitutionnel à examiner de nouveau la constitutionnalité d'une disposition pénale.

⁵⁹⁹ Art. 23-2, ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, *JORF* 9 nov. 1958, p. 10129.

136. La définition de la notion de « changement de circonstances de fait ou de droit ». Concernant la réserve du « changement de circonstances », le Conseil constitutionnel a précisé qu'elle visait les changements de portée générale, c'est-à-dire les changements dans les normes constitutionnelles ou changement dans les circonstances, de droit ou de fait, qui affectent la portée de la disposition législative critiquée⁶⁰⁰. Les circonstances examinées peuvent être de nature juridique ou factuelle⁶⁰¹. Le changement de circonstances de fait doit être interprété d'une manière particulière. En effet, il est incorrect d'appréhender les circonstances de fait comme « renvoyant aux circonstances individuelles et propres de l'instance »⁶⁰². Le changement des circonstances de fait résulte davantage d'une évolution du contexte sociétal, c'est-à-dire, économique, social, ou politique, qui affecte la disposition législative litigieuse. En guise d'exemple, peut être constitutif d'un changement de circonstances de fait, l'accroissement des recours à la garde à vue attesté par des données statistiques⁶⁰³. Quant au changement de circonstances de droit, celui-ci peut provenir d'une évolution de la norme constitutionnelle applicable⁶⁰⁴, d'un « changement législatif »⁶⁰⁵, ou bien, d'une évolution jurisprudentielle survenue, par exemple, suite à une décision européenne condamnant la France⁶⁰⁶. Cette dernière hypothèse peut être illustrée par l'arrêt du 20 août 2014⁶⁰⁷ de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Dans cette affaire, cette dernière renvoie la question prioritaire de constitutionnalité « Mouvement Raelien international » portant sur l'article 5, alinéa 2 et 3, de la loi du 1^{er} juillet 1901 en considérant que l'intervention d'une décision de la Cour européenne des droits de l'homme en 2009 condamnant la France pour violation du droit à un procès équitable en raison de ces dispositions, constitue un changement de circonstances de droit justifiant de surmonter le brevet

⁶⁰⁰ Cons. const., n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *JORF* 11 déc. 2009, p. 21381, texte n° 2, *Rec.*, p. 206., comm., *CCCC*, n° 28.

⁶⁰¹ Au Canada, on retrouve ces mêmes notions, v. : *Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 *RCS* 331.

⁶⁰² M. GUILLAUME, « QPC : textes applicables et premières décisions », *NCCC*, 2010, n° 29, p. 38.

⁶⁰³ Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC.

⁶⁰⁴ C. LAGRAVE, *op. cit.*, 2013, p. 256.

⁶⁰⁵ S. SLAMA, « Une décision de la Cour EDH condamnant la France constitue un changement de circonstances de droit permettant de surmonter un brevet de constitutionnalité. Droit à un recours affectif et liberté d'association (Art. 16 DDHC) », *RUDH*, 2014, p. 4.

⁶⁰⁶ *Ibidem*.

⁶⁰⁷ Cass. crim., QPC, 20 août 2014, n° 14-80.394.

de constitutionnalité accordé à la loi sur la liberté d'association par le Conseil constitutionnel en 1971. La question prioritaire de constitutionnalité portant sur ces dispositions, et plus exactement sur l'interprétation constante de celles-ci par la Cour de cassation depuis 1999, est donc transmise au regard de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen en ce qu'elles privent du droit d'ester en justice toute association ayant son siège social à l'étranger sans principal établissement en France. Par ailleurs, le changement de circonstances de droit peut être constaté lors d'un changement législatif, c'est-à-dire une modification assez substantielle de la loi qui avait fait l'objet du précédent contrôle et qui justifie un réexamen. L'hypothèse s'est notamment présentée tant concernant l'assistance d'un avocat lors de la garde à vue⁶⁰⁸ qu'au sein de la décision susvisée du 24 juin 2016⁶⁰⁹ relative au cumul de l'application des majorations d'impôt prévues par l'article 1729 et des sanctions pénales établies par l'article 1741 du même code. Cet article institue une sanction administrative fiscale en cas de manquement à l'obligation déclarative des contribuables. Dans sa rédaction en vigueur avant le 1er janvier 2006, résultant de l'ordonnance du 25 décembre 2004, le premier alinéa de l'article 1729 prévoyait une majoration de « 40 % si la mauvaise foi de l'intéressé est établie ». Dans les motifs et le dispositif de sa décision du 17 mars 2011⁶¹⁰, le Conseil constitutionnel avait déclaré conformes ces mots à la Constitution. A compter du 1er janvier 2006, avec l'ordonnance du 7 décembre 2005, les mots « de 40 % si la mauvaise foi de l'intéressé est établie » ont été remplacés par les mots « 40 % en cas de manquement délibéré ». Assimilant la nouvelle évolution légale à un changement de circonstances de droit, le Conseil constitutionnel s'est prononcé à nouveau sur la contestation constitutionnelle.

L'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisé, pouvait laisser penser que le Conseil constitutionnel se prête à un contrôle concret de constitutionnalité *a posteriori*. En effet, afin de déterminer un changement de circonstances de fait ou de droit, il semblerait que le Conseil constitutionnel soit amené nécessairement à prendre en compte certaines considérations contextuelles. Lors de l'examen d'un

⁶⁰⁸ Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC ; Const. const., 6 mai 2011, n° 2011-125 QPC, M. Abderrahmane L. [Défèrement devant le procureur de la République], *JORF* 7 mai 2011, p. 7850, texte n° 76, *Rec.*, p. 218.

⁶⁰⁹ Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC, consid. 6.

⁶¹⁰ Cons. const. 17 mars 2011, n° 2010-103 QPC, [Majoration fiscale de 40 % pour mauvaise foi], *JORF*, 18 mars 2011, p. 4934, texte n° 93, *Rec.*, p. 142.

changement de circonstances, les juridictions relevant de la Cour de cassation, cette dernière et le Conseil constitutionnel semblent disposer « d'un pouvoir considérable, puisqu'il leur est demandé d'apprécier l'adéquation d'une loi à son époque et de la juger contraire à la Constitution si elle ne trouve plus de justification dans les données de fait qui l'avaient initialement fondée »⁶¹¹. Cette perméabilité du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* à certains faits sous-tendue par l'examen des changements de circonstances commanderait un contrôle concret effectué par les Sages.

Toutefois, il n'en est rien. Le Haut Conseil effectue un contrôle restrictif de cette deuxième condition de filtrage française, et témoigne d'une certaine objectivisation de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité. En effet, il a rendu à plusieurs reprises des décisions de non-lieu à statuer sur les questions prioritaires de constitutionnalité qui lui étaient renvoyées par la chambre criminelle sur le fondement d'un changement de circonstances⁶¹². Il a ainsi contredit la chambre criminelle en considérant qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur la constitutionnalité de l'article 706-88 du code de procédure pénale relatif aux gardes à vues dérogatoires dès lors qu'il avait déjà été déclaré conforme à la Constitution et qu'aucun changement de circonstances n'était intervenu⁶¹³ alors qu'il en a retenu l'existence dans le cadre des gardes à vues de droit commun⁶¹⁴ et qu'un nouveau principe constitutionnel relatif à l'assistance effective de l'avocat y a été découvert. Or, le changement de circonstances de droit intervenu dans le cadre de la garde à vue de droit commun aurait pu permettre le réexamen de la constitutionnalité du régime dérogatoire de garde à vue du fait de l'évolution des normes constitutionnelles de référence depuis la déclaration de conformité de ce régime le 2 mars 2004⁶¹⁵. Cette décision prouve que les modifications de la norme constitutionnelle, ultérieure à la déclaration de conformité, ne constituent pas nécessairement un changement de circonstances pour le Conseil constitutionnel.

⁶¹¹ D. ROUSSEAU, G. VEDEL, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, coll. Domat droit public, Paris, 9 éd., 2010, p. 248.

⁶¹² Cons. const., 2 juill. 2010, n° 2010-9 QPC ; Cons. const., 22 sept. 2010, n° 2010-31 QPC ; Cons. const., 29 sept., 2010, n° 2010-44 QPC.

⁶¹³ Cons. const., 22 sept. 2010, n° 2010-31 QPC.

⁶¹⁴ Cons. const., 30 juill. 2010, n° 14/22 QPC, consid. 13 ; N. CATELAN, « La constitutionnalité à géométrie variable des régimes de garde à vue », *RFDC*, n° 85, 2011, pp. 99-110 ; P. PUIG, « QPC : le changement de circonstances source d'inconstitutionnalité », *RTD Civ*, 2010, p. 513.

⁶¹⁵ Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *Rec.* p. 66.

Plus récemment, la décision du 24 janvier 2017⁶¹⁶ relative aux contrôles d'identité sur réquisitions prouve que le Conseil constitutionnel, à la différence de la chambre criminelle, s'autolimité en matière de prise en compte des faits qui entourent la disposition législative critiquée. Statuant sur deux questions prioritaires de constitutionnalité transmises par la chambre criminelle de la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel a validé, à nouveau, le principe des contrôles d'identité sur réquisition du procureur de la République, en émettant toutefois trois réserves d'interprétation⁶¹⁷. Si la chambre criminelle et le Conseil constitutionnel se rejoignent dans la mesure où ils reconnaissent l'existence d'un changement de circonstances, le raisonnement qui sous-tend cette conclusion s'avère différent. La Cour de cassation avait accepté de reconnaître le caractère sérieux des deux questions et de les transmettre au Conseil constitutionnel⁶¹⁸, estimant notamment que le fait que le Conseil ait déjà examiné les dispositions en cause n'était pas un obstacle à leur recevabilité, le contexte ayant changé depuis la loi du 31 décembre 2012 mettant fin au délit pour séjour irrégulier. Sur ce point, le Conseil opte pour une argumentation différente, jugeant à la fois qu'il n'avait pas déclaré le sixième alinéa de l'article 78-2 du code de procédure pénale conforme à la constitution lors de l'examen de la loi du 10 août 1993⁶¹⁹ et que la modification de l'article 78-2-2 par l'article 17 de la loi du 14 mars 2011⁶²⁰ avait entraîné un changement de circonstances suffisant pour réexaminer la constitutionnalité du dispositif. Le raisonnement adopté par le Conseil constitutionnel prouve la réticence toujours palpable de ce dernier à prendre en considération les faits législatifs qui renvoient au contexte factuel entourant l'élaboration de la loi. En revanche, la chambre criminelle adopte une vision plus pragmatique des *legislative facts*. Cette orientation du Conseil constitutionnel peut être regrettable, tant la notion de changement de circonstances de fait ou de droit peut ouvrir des perspectives intéressantes, surtout en matière pénale où le Conseil constitutionnel est souvent saisi de nouvelles lois.

⁶¹⁶ Cons. const., 24 janv. 2017, n° 2016-606/607 QPC, M. Ahmed M. et autre [Contrôles d'identité sur réquisitions du procureur de la République], *JORF* n° 0022, 26 janv. 2017, texte n° 135.

⁶¹⁷ Cons. const., 24 janv. 2017, n° 2016-606/607 QPC, consid. 23 : « La détermination des lieux et périodes de contrôle doit être en lien avec la recherche des infractions visées par la réquisition ; le respect de la liberté d'aller et venir fait obstacle au cumul de réquisitions portant sur des lieux et périodes différents qui conduiraient à des contrôles généralisés dans le temps et l'espace ; les réquisitions ne peuvent avoir pour finalité le contrôle de la régularité du séjour des étrangers ».

⁶¹⁸ Cass. crim., QPC, 18 oct. 2016, n° 16-90.022 ; Cass. crim., QPC, 18 oct. 2016, n° 16-90.023.

⁶¹⁹ Cons. const., 5 août 1993, n° 93-323 DC, *JORF* n° 181, 7 août 1993, p. 11193.

⁶²⁰ L. n° 2011-266, 14 mars 2011 relative à la lutte contre la prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs, *JORF*, 15 mars 2011.

Le Conseil constitutionnel reconnaît donc rarement un changement de circonstances de fait ou de droit dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. Mises à part ces quelques décisions qui témoignent d'une potentielle évolution du contrôle *a posteriori* vers une concrétisation progressive exercé par le Conseil constitutionnel, l'interprétation restrictive des « changements de circonstances » par ce dernier ne permet pas d'assurer une protection réelle des droits et libertés que les justiciables français. Cette orientation est regrettable à plusieurs titres.

2) Les conséquences de l'exercice objectif du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* par le Conseil constitutionnel sur la protection des droits des justiciables pénaux

137. Les apories de l'interprétation restrictive de la notion de « changement de circonstances ». L'interprétation restrictive de la deuxième condition de renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité conduit nécessairement à un affaiblissement de la protection des droits et libertés fondamentaux des justiciables. En effet, ces derniers doivent circonscrire précisément le champ de la saisine des dispositions litigieuses lorsqu'ils entendent les soumettre au Conseil constitutionnel, étant donné que l'effet *erga omnes* qui s'attache aux décisions du Conseil n'autorise pas, en principe, le réexamen de dispositions législatives dont la constitutionnalité a déjà été constatée. Il est compréhensible qu'une disposition déjà contrôlée donne lieu à un nouvel examen, uniquement dans des cas strictement entendus. Cependant, il peut paraître illusoire que le Conseil constitutionnel soit en mesure de s'assurer de manière unique et définitive que soient évitées toutes les atteintes potentielles qu'une disposition législative pourrait entraîner à l'égard des droits fondamentaux. En effet, c'est précisément lors de l'application de la loi pénale que les inconstitutionnalités se révèlent. Au surplus, cette orientation ne se concilie guère avec la logique qui sous-tend l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité⁶²¹. La nature même d'un contrôle *a posteriori* justifie que soient prises en compte les inconstitutionnalités telles qu'elles apparaissent dans la pratique étant donné que le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* est envisagé

⁶²¹ A. VIDAL-NAQUET, « Quelles techniques juridictionnelles pour la QPC ? », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé.*, op. cit., p. 256.

comme un contrôle de l'applicabilité de la disposition législative. Partant de ce postulat, il semblerait logique que le justiciable puisse à nouveau avoir accès au prétoire des juges constitutionnels en dépit d'un premier contrôle de la part de ces derniers. En somme, si l'interprétation restrictive de cette deuxième condition de transmission peut se justifier au regard de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel⁶²², force est de constater que l'étude comparée peut dans une certaine mesure, renverser cet argument. En effet, au Canada, les arrêts de rejet revêtent également l'effet *erga omnes*. Cependant l'interprétation souple de la règle du précédent amène les magistrats canadiens à accueillir plus largement les contestations constitutionnelles, quand bien même ces dernières auraient été jugées sans fondement légal car conformes à la Constitution. L'absence d'examen du caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité par le Haut Conseil atteste une fois de plus, du haut degré d'abstraction de la question prioritaire de constitutionnalité.

138. L'examen implicite du caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel n'examine qu'implicitement le caractère sérieux des questions prioritaires de constitutionnalité renvoyées par la chambre criminelle de la Cour de cassation lorsqu'il se prononce sur le fond de l'affaire. Autrement dit, c'est à la lumière de sa décision constitutionnelle réglant la contestation constitutionnelle qu'on pourra déterminer si le moyen d'inconstitutionnalité était sérieux. Il ne contrôle pas non plus d'ailleurs, les décisions de non-renvoi des juridictions suprêmes, et notamment de la chambre criminelle de la Cour de cassation⁶²³. Ni juge du litige, ni juge des décisions des Cours suprêmes, le Conseil constitutionnel reste fidèle à son unique rôle de juge de la constitutionnalité des lois. Outre-Atlantique, l'absence de spécialisation des juridictions et la pleine compétence dévolue aux juges canadiens confèrent à ces derniers une « casquette à plusieurs dimensions ». Aussi bien juges du litige que juges constitutionnels, les juges canadiens effectuent le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois pénales au plus près des situations subjectives

⁶²² L. GAY, « Le double filtrage des QPC : une spécificité française en question ? Modalités et incidences de la sélection des questions de constitutionnalité en France, Allemagne, Italie et Espagne *in La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé, op. cit.*, p. 61.

⁶²³ *Ibidem*.

des justiciables. Cela étant dit, la divergence procédurale tenant aux mécanismes des contrôles de constitutionnalité *a posteriori* de part et d'autre de l'Atlantique, n'empêche pas un certain rapprochement dans l'appréciation des atteintes aux droits et libertés fondamentaux au sein du procès pénal. Plus exactement, ce sont les conditions de renvoi des questions constitutionnelles impliquant un partage du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France qui autorisent ce constat.

CONCLUSION DU CHAPITRE II DU TITRE I

139. L'interprétation divergente des normes de référence. L'étude comparée quant à la détermination de la norme de référence au sein du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de part et d'autre de l'Atlantique enseigne qu'il est possible d'interpréter les normes constitutionnelles de deux manières : soit en prenant en compte les situations subjectives des requérants, soit en objectivant le processus d'interprétation des normes de référence. La première hypothèse se présente à n'en point douter au sein de l'ordre juridique canadien. L'exception d'inconstitutionnalité donne lieu, dès le stade de l'invocation de la contestation constitutionnelle, à un processus qui conduit les juges canadiens à maintenir une approche concrète dans l'interprétation des normes de référence au regard desquelles sera évaluée la disposition législative contestée. À l'opposé, la question prioritaire de constitutionnalité, qui pourtant puise son origine dans le litige pénal, conduit à un processus d'objectivisation qui éloigne le Conseil constitutionnel des faits de l'espèce. En cela, elle demeure en retrait par rapport à l'exception d'inconstitutionnalité canadienne pour laquelle la sauvegarde des droits subjectifs du demandeur au moyen d'inconstitutionnalité représente la finalité première. L'étude de la détermination des normes de référence au regard de l'exception d'inconstitutionnalité canadienne, révèle les limites d'un contrôle abstrait. Il reste à vérifier que l'abstraction du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en France n'entrave pas la résolution de la contestation constitutionnelle au sein du procès pénal. L'apport du droit canadien sur ce point, apporte un éclairage nouveau sur la situation française.

Titre II : La divergence quant à la résolution de la contestation constitutionnelle au sein du procès pénal

140. L'inhérence de la technique de pondération aux contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*. Certains principes directeurs de la matière pénale commandent, au Canada comme en France, l'utilisation de techniques de contrôle spécifiques de la part des juges constitutionnels. Tel est par exemple le cas du principe de principe de proportionnalité de la répression qui commande une mise en balance entre deux ou plusieurs normes antagonistes. Cette inhérence de la technique de pondération au contrôle du respect des droits fondamentaux des justiciables contre les excès de rigueur des pouvoirs publics est consacrée par la définition la plus élémentaire de la notion de proportionnalité. En ce sens, « (dans un conflit de règles de même valeur), la proportionnalité peut être définie comme une mesure à observer dans l'application à un litige de deux principes antinomiques d'égale valeur qui ont l'un et l'autre vocation à en gouverner la solution ; critère directif de pondération (doctrinal à sa racine) qui doit conduire le juge non pas à affirmer, en général, la primauté d'une règle sur l'autre, mais à mettre en balance concrètement les conséquences qui découleraient de l'application de chacune, afin de faire prévaloir, en l'espèce, celle qui sauvegarde le mieux les intérêts en présence (arbitrage *in casu* comparable dans la conciliation des règles de droit à la composition d'intérêts qui résulte de l'appréciation en opportunité de situation de fait) »⁶²⁴. Au regard de cette définition, il convient de savoir si un contrôle abstrait de constitutionnalité *a posteriori*, défini comme un contrôle de « norme à norme », peut efficacement effectuer cette pondération. L'apport du droit comparé canadien permet de mesurer l'apport éventuel d'un contrôle concret *a posteriori* lorsqu'il s'agit pour les juges constitutionnels de contrôler le respect des principes directeurs de la matière pénale. L'étude ainsi menée atteste d'une divergence de protection des droits des justiciables pénaux lors de l'exercice du contrôle de conformité des lois pénales *a posteriori* (Chapitre I). De même, l'aspect concret ou abstrait du contrôle *a posteriori* conduit une nouvelle fois à une divergence quant aux effets du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* (Chapitre II).

⁶²⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, p. 719.

Chapitre I : La protection des droits des justiciables à l'épreuve de l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*

141. « Concilier l'inconciliable »⁶²⁵. En France comme au Canada, le droit pénal peut s'appréhender de deux manières. Il peut d'abord représenter une « menace » pour les justiciables dont il convient de se protéger, mais il peut être aussi perçu comme une « protection » contre les atteintes potentielles aux droits et libertés fondamentaux de ces derniers⁶²⁶. En effet, depuis l'emblématique décision du Conseil constitutionnel *Sécurité et Liberté* du 20 janvier 1981⁶²⁷ il est traditionnellement reconnu que le droit pénal concourt à la conciliation de deux objectifs antagonistes, soit le maintien de l'ordre public et la protection des libertés constitutionnellement garanties. Plus exactement, le Conseil constitutionnel est venu expliciter son considérant de principe en indiquant dans sa décision du 16 juin 1999⁶²⁸ que « la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à l'intégrité physique des personnes, la recherche et la condamnation des auteurs d'infractions »⁶²⁹ constituent des "objectifs de valeur constitutionnelle"⁶³⁰ que le législateur doit concilier avec l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties⁶³¹. Ainsi, le législateur peut potentiellement prendre des mesures attentatoires aux droits et libertés fondamentaux. Cette limitation aux droits et libertés fondamentaux demeure palpable lorsque le législateur crée de nouvelles incriminations assorties de sanctions pénales ou institue des mesures procédurales. Afin de contenir cette activité législative en matière criminelle, les juges

⁶²⁵ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, 8e éd., LexisNexis, 2014, p. 2.

⁶²⁶ G. CHETARD, « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC* 2013, p. 51.

⁶²⁷ Cons. const., 20 janv. 1981, n° 80-127 DC Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, *JORF* 22 janvier 1981, p. 308, *Rec.*, p. 15 ; J. RIVERO, « Autour de la loi sécurité et liberté. "Filtrer le moustique et laisser passer le chameau" ? », *AJDA*, 1981 ; L. FAVOREU, L. PHILIP, « Sécurité et liberté. Droit constitutionnel pénal. Liberté individuelle. Pouvoirs du juge constitutionnel », in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1984, pp. 486-523 ; G. CORTES, [note sous décision n° 80-127 DC], *BJC*, juin 1994, n° 158 ; A. DEKEUWER, « [Note sous décision n° 80-127 DC] », *D.*, 1982, p. 441 ; C. FRANCK, « [Note sous décision n° 80-127 DC] », *JCP G*, 1981 ; C. DE GOURNAY, « [note sous décision n° 80-127 DC] », *AJDA*, 1981, p. 278 ; PERIER-DAVILLE, « [note sous décision n° 80-127 DC] », *Gaz. Pal.*, 1981 ; L. PHILIP, « [note sous décision n° 80-127 DC] », *RDP*, janvier-février 1981, n° 1 ; J. PRADEL, « [note sous décision n° 80-127 DC] », *D.*, 1981, p. 101 ; M. DE VILLIER, « [note sous décision n° 80-127 DC] », *DA*, 1981.

⁶²⁸ Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC.

⁶²⁹ Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC, consid. 2.

⁶³⁰ Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC, consid. 2.

⁶³¹ Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC, consid. 2.

constitutionnels veillent à conserver un équilibre entre le maintien de l'ordre public et la protection des libertés constitutionnellement garanties. C'est dans ce contexte qu'il convient d'identifier la manière à travers laquelle les juges constitutionnels en France et au Canada contrôlent le respect des principes directeurs de la matière pénale, c'est-à-dire « de l'ensemble des limitations et privations des libertés que la puissance publique impose dans le cadre du droit pénal [...] »⁶³². Plus précisément, il convient de s'interroger sur le fait de savoir quel type de contrôle, abstrait ou concret, serait le plus à même de contrôler efficacement le respect des principes directeurs de la matière pénale. C'est donc principalement autour des principes de la nécessité et de la proportionnalité des lois d'incrimination et des mesures procédurales effectuées par les juges constitutionnels canadiens et français que les apports potentiels d'un contrôle concret *a posteriori* pourront être examinés. Conséquemment, la fonction « épée » du droit pénal est privilégiée au sein de la démonstration à venir. En ce sens, le droit pénal est envisagé comme un arsenal de normes répressives potentiellement attentatoires aux droits et libertés fondamentaux des justiciables pénaux. Dans cette perspective, une divergence quant à l'exercice du contrôle des lois d'incrimination, « c'est-à-dire celles qui contiennent un commandement de faire ou de ne pas faire assorti d'une sanction »⁶³³, peut être identifiée (Section I), comme celui touchant aux mesures procédurales (Section II).

⁶³² G. CHETARD, « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC* 2013, p. 51.

⁶³³ R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, p. 263.

Section I : La divergence quant à l'exercice du contrôle de conformité des lois d'incrimination et des peines

142. Le droit criminel encadré par des principes directeurs spécifiques. Le « paradoxe pénal »⁶³⁴ nourri par les rapports ambivalents que les droits et libertés fondamentaux entretiennent avec la matière répressive est bien connu et peut être résumé par cette interrogation doctrinale récurrente : « Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ? »⁶³⁵. Depuis la fin du XVIII^{ème} siècle, les droits de l'homme ont servi de « bouclier » contre les excès du droit pénal, « en limitant son intervention à un triple point de vue : normatif, en excluant ou en restreignant toute forme d'incrimination portant atteinte aux droits de l'homme ; sanctionneur, en proscrivant toute forme de peine inhumaine et dégradante incompatible avec le respect fondamental de la dignité humaine ; procédural, enfin, en exigeant un ensemble de garanties liées au droit de l'inculpé à un procès équitable. Ces limitations, dont un certain nombre se trouvent expressément reprises dans la déclaration des droits de l'homme de 1789, se fondent en effet clairement sur la reconnaissance du caractère « odieux » du droit pénal et sur le principe corrélatif de sa subsidiarité par rapport à d'autres formes d'intervention juridique ». La question prioritaire de constitutionnalité constitue, de prime abord, une nouvelle arme pénale contre les excès du droit pénal. En effet, en matière pénale, plus que dans tout autre contentieux, le contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, en France comme au Canada, intervient dans le domaine sensible des libertés. Dans cette perspective, il convient de savoir comment les juges constitutionnels, de part et d'autre de l'Atlantique, appréhendent l'exercice du pouvoir répressif au regard des objectifs en vue desquels celui-ci est déployé. Si le contrôle de conformité des incriminations (§1) et des peines (§2) aux normes constitutionnelles s'impose communément aux juges constitutionnels français et canadiens, une divergence quant à l'exercice desdits contrôles effectués en France et au Canada peut être observée.

⁶³⁴ M. DELMAS-MARTY, « Le paradoxe pénal », in *Libertés et droits fondamentaux*, (sous la dir. de M. DELMAS-MARTY et C. LUCAS de LEYSSAC, Paris, Seuil, 1996, p. 368.

⁶³⁵ Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, 633 p.

§1 : La divergence de protection des droits des justiciables pénaux lors de l'exercice du contrôle de conformité des incriminations

143. De la nécessité à la proportionnalité des incriminations. D'emblée, il convient de définir la structure du contrôle de proportionnalité autour de laquelle l'étude comparative est menée. En France comme au Canada, la structure du contrôle de proportionnalité est communément tripartite⁶³⁶. Premièrement, la mesure contestée doit être adaptée à l'objectif du législateur. Il s'agit de l'étape dite de *l'adéquation*. La deuxième exigence consiste à vérifier que les lois d'incrimination ou les mesures procédurales litigieuses soit nécessaires à la prévention des actions nuisibles à la société⁶³⁷. Il s'agit de l'étape de la *nécessité*. Enfin, l'ultime étape correspond à la proportionnalité *stricto sensu* à travers laquelle s'effectue une mise en balance entre divers intérêts antagonistes et suppose que les avantages obtenus par la restriction aux droits et libertés fondamentaux en cause ne dépassent pas en valeur les inconvénients occasionnés par la restriction susvisée. Au Canada, malgré certaines distinctions sémantiques, les critères utilisés sont équivalents. Les juges canadiens adoptent aussi un type de contrôle de proportionnalité spécifique à trois branches. La mesure étatique litigieuse doit alors passer l'épreuve du triple test d'*Oakes*⁶³⁸ pour être considérée comme proportionnée à son but. Tout d'abord, la mesure doit poursuivre un objectif légitime valide. La mesure litigieuse doit, ensuite, être appropriée à son but. Elle doit y être rationnellement liée. Elle doit en outre être nécessaire c'est-à-dire qu'il ne doit pas exister de mesure alternative moins attentatoire aux droits fondamentaux. Enfin, elle doit réaliser un juste équilibre entre les intérêts opposés. Cependant, au-delà de la structure commune du contrôle de proportionnalité mentionné, il convient de préciser que la convergence rencontre rapidement ses limites. En effet, l'aspect concret ou abstrait du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* conduit à ce que le contrôle de conformité des lois d'incrimination s'effectue avec une intensité divergente de part et d'autre de l'Atlantique. Cette constatation peut se vérifier

⁶³⁶ G. CHETARD, « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC*, 2013, p. 51.

⁶³⁷ Art. 5 DDHC 1789.

⁶³⁸ *R. c. Oakes*, [1986], 1 *RCS* 103.

principalement à travers le contrôle de proportionnalité des incriminations (B). L'étude comparée du contrôle de la nécessité des incriminations par la voie du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ne permet qu'imparfaitement d'appréhender le contrôle de conformité des lois pénales en cas de contestation constitutionnelle de part et d'autre de l'Atlantique. En effet, en France comme au Canada, les juges constitutionnels en gage de retenue vis-à-vis du législateur n'effectuent qu'un contrôle restreint de constitutionnalité *a posteriori* des incriminations (A).

A) Le contrôle principalement convergent de la nécessité des incriminations

144. Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et la spécificité de la matière pénale. La particularité de la matière pénale commande une mise en œuvre spécifique du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de part et d'autre de l'Atlantique. En effet, pour qu'un acte restreignant l'exercice des libertés soit licite du point de vue du principe de proportionnalité, il doit d'une part être strictement limité à ce qu'exige la réalisation du but visé par son auteur, et d'autre part porter une atteinte minimale au droit garanti par la Constitution française du 4 octobre 1958 et par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Une telle exigence occupe une place essentielle dans la protection des justiciables contre les excès de rigueur des pouvoirs publics. La question de ses applications en droit criminel se pose donc naturellement dès lors que l'on envisage l'activité répressive comme un ensemble de restrictions à l'exercice des libertés. Cependant, la question prioritaire de constitutionnalité fait l'objet d'un contrôle essentiellement abstrait. Outre-Atlantique, s'exerce un contrôle concret de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*. L'étude comparée relative au contrôle de la nécessité des incriminations offre un cadre d'étude approprié afin de vérifier si la protection des droits et libertés fondamentaux requerrait plutôt un contrôle concret. En effet, il semble difficile de juger si une incrimination est ou non nécessaire au regard du but poursuivi sans la prise en compte, préalable, du contexte factuel de la disposition législative contestée. Dans cette perspective, une divergence quant aux fondements du contrôle de la nécessité des incriminations en France et au Canada survient (1). En revanche, il

apparaît que les portées du contrôle de la nécessité des incriminations convergent de part et d'autre de l'Atlantique (2).

1) Les fondements divergents du contrôle de la nécessité des incriminations

145. Les fondements du contrôle de la nécessité des incriminations par la Cour suprême du Canada. Au Canada, concernant les normes de comportement, la Cour suprême dans l'affaire *Malmo Levine*⁶³⁹ a refusé de souscrire au « principe du préjudice à autrui »⁶⁴⁰ comme fondement de la criminalisation. Afin de vérifier la nécessité d'une incrimination, les magistrats canadiens vont plutôt vérifier si l'incrimination n'est pas « arbitraire ou irrationnelle » eu égard à l'objectif législatif déclaré. En effet, une incrimination « arbitraire ou irrationnelle » contreviendrait à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui énonce que « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale »⁶⁴¹. Selon l'affaire *White*⁶⁴², les magistrats canadiens doivent procéder en trois étapes essentielles lorsqu'ils sont appelés à déterminer s'il y a eu atteinte à l'article 7. La première étape consiste à déterminer s'il y a une privation réelle ou imminente de la vie, de la liberté, de la sécurité de la personne ou d'une combinaison de ces trois droits. La deuxième étape consiste à identifier et à qualifier le ou les principes de justice fondamentale pertinents. Enfin, il faut déterminer si la privation s'est produite conformément aux principes pertinents. Afin de conclure à une éventuelle violation de l'article 7 de la *Charte*, les magistrats vont avoir recours à la méthode contextuelle évoquée précédemment. En effet, afin d'être qualifié à juste titre de principe de justice fondamentale dans la société canadienne, chacun de ces principes doit être interprété à la lumière d'intérêts individuels et sociaux qui revêtent suffisamment d'importance. À n'en point douter, la méthode contextuelle semble la plus opportune à réaliser cet équilibre prescrit par l'article 7 de la *Charte*⁶⁴³.

⁶³⁹ *R. c. Malmo-Levine ; R. c. Caine* [2003], 3 RCS 571, 2003 CSC 74.

⁶⁴⁰ En ce sens, la seule raison susceptible de justifier une mesure législative de nature criminelle n'est pas la prévention d'un préjudice à autrui : *R. c. Malmo-Levine* [2003], 3 RCS §. 91.

⁶⁴¹ Art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés de 1982*.

⁶⁴² *R. c. White*, [1999], 2 RCS 417.

⁶⁴³ *R. c. White*, [1999], 2 RCS 417.

Au regard de cette grille d'évaluation relative à la définition d'un « principe de justice fondamentale », le « principe du préjudice » invoqué par les accusés dans l'affaire *Malmo Levine* n'a pas reçu le titre de « principe de justice fondamentale » au sens de l'article 7 de la *Charte*. Même si le « principe de préjudice » peut être qualifié de « principe juridique », énoncent les magistrats, il ne satisfait pas aux deux autres conditions. En effet, un principe de justice fondamentale représente un principe à l'égard duquel il existe un consensus substantiel dans la société sur le fait qu'il est essentiel au bon fonctionnement du système de justice, et ce principe doit être défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Force est de constater que le « principe de préjudice » échoue au test des deux derniers volets. En somme, le critère général d'appréciation du contrôle de proportionnalité des normes de comportement demeure celui de la rationalité et du caractère non arbitraire de la mesure pénale eu égard à l'objectif législatif poursuivi. La criminalisation d'un comportement par le législateur canadien n'est donc pas sans limite.

146. Le processus d'incrimination limité par la « disproportion exagérée ».

L'action législative en matière criminelle afin de pallier une atteinte à l'ordre public n'est possible que sous réserve du respect du critère de la « *disproportion exagérée* »⁶⁴⁴. L'affaire *Heywood*⁶⁴⁵ précise particulièrement la portée de ce dernier critère, jouant le rôle de « garde-fou » de l'activité législative répressive. Le juge Cory s'exprime en ces termes : « [...] Lorsqu'une loi a une portée excessive, il s'ensuit qu'elle est arbitraire ou disproportionnée dans certaines de ses applications. Dans ce contexte, la portée excessive s'attache aux atteintes potentielles à la justice fondamentale lorsque l'effet préjudiciable d'une mesure législative sur les personnes qu'elle touche est exagérément disproportionné par rapport à l'intérêt général que le texte de loi tente de protéger. À cet égard, comme l'a souligné le juge Cory, la portée excessive est liée au caractère arbitraire. Le juge Cory a ajouté ce qui suit dans l'arrêt *Heywood* : “Lorsqu'on analyse une disposition législative pour déterminer si elle a une portée excessive, il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard des moyens choisis par le législateur. Bien que les tribunaux aient l'obligation constitutionnelle

⁶⁴⁴ *R. c. Malmo-Levine ; R. c. Caine* [2003], 3 RCS 571, 2003 CSC 74.

⁶⁴⁵ *R. v. Heywood*, [1994] 3 SCR §. 761.

de veiller à ce qu'une loi soit compatible avec la charte, le législateur doit avoir le pouvoir de faire des choix de principe. [...] ». Au surplus, le degré approprié de déférence évoqué dans l'affaire *Heywood* est intégré à la norme applicable en matière de « disproportion exagérée »⁶⁴⁶.

147. Les fondements du contrôle de la nécessité des incriminations par le Conseil constitutionnel français. « Tout acte d'autorité d'homme à homme qui ne dérive pas d'une nécessité absolue est tyrannique »⁶⁴⁷, précisait Cesare Beccaria dans son traité des Délits et des peines. Par la suite, les révolutionnaires, au sein de l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, sont venus limiter l'action législative en matière criminelle par le principe de la légalité criminelle. En effet, ce texte énonce que « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas »⁶⁴⁸. De manière générale, l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁶⁴⁹ invite à un contrôle maximal de l'exercice du pouvoir répressif. Outre l'article 5, un autre fondement pourrait être utilisé pour contrôler l'utilité même d'une incrimination. En effet l'article 8 de la Déclaration des Droits énonce que « la loi ne doit établir que des peines strictement est évidemment nécessaires ». Selon sa lettre, le principe de nécessité ne vise que les peines. Toutefois, ces dernières étant étroitement liées à la définition des infractions, ce principe ne peut que rejaillir sur le processus d'incrimination en son entier. Dans le cadre de son contrôle *a priori*, le Conseil constitutionnel, se fondant sur l'article 8⁶⁵⁰ et sur l'article 5⁶⁵¹, a ainsi affirmé que « s'il est loisible au législateur de prévoir de nouvelles infractions en déterminant les peines qui leur sont applicables [...], il lui incombe d'assurer, ce faisant, la conciliation entre les exigences de l'ordre public

⁶⁴⁶ *R. c. Clay*, [2003] 3 RCS 735, 2003 SCC 75.

⁶⁴⁷ C. BECCARIA, *Des délits et des peines, op. cit.*, § II.

⁶⁴⁸ Art. 5 DDHC 1789.

⁶⁴⁹ Art. 5 DDHC 1789.

⁶⁵⁰ Cons. const., 19 oct. 1981, n° 80-127 DC ; Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, *D.* 2004, p. 1273, obs. S. NICOT ; *RSC* 2003, p. 614, obs. V. BUCK ; *ibid.* p. 616, obs. V. BUCK, à propos du délit de racolage public.

⁶⁵¹ Cons. const., 7 oct. 2010, n° 2010-613 DC, *AJDA* 2010. 1908 ; *ibid.* p. 2373, note M. VERPEAUX ; *ibid.* 2014, p. 1866, ét. P. GERVIÉ, *D.* 2010, p. 2353, édito. F. ROME ; *ibid.*, 2011, p.1166, chron. ; *ibid.* 1166, chron. O. CAYLA, à propos de l'incrimination de la dissimulation du visage. Certains auteurs déplorent la sous-exploitation de ce texte par le Conseil constitutionnel, v. V. MALABAT, « Responsabilité et irresponsabilité pénale », *NCCC*, 2009, n° 26 ; T.-S. RENOUX et M. DE VILLIERS, *Code constitutionnel*, LexisNexis, comm. art. 8 DDHC, n° 72 s. ; R. PARIZOT, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », in *Mélanges C. LAZERGES*, Dalloz, 2014, p. 245 et *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée*, LGDJ, 2010, n° 201.

et la garantie des droits constitutionnellement protégés », et de « respecter le principe de la légalité des délits et des peines et le principe de la nécessité et de la proportionnalité des peines ». Dans le cadre du contrôle *a posteriori*, le contrôle de la nécessité des incriminations a rarement abouti à une déclaration d'inconstitutionnalité⁶⁵². Au surplus, le Conseil constitutionnel effectue parfois, un « contrôle de nécessité indirect »⁶⁵³ des incriminations lorsqu'il censure des incriminations au regard de certaines dispositions garantissant une liberté spécifique, telle que la liberté de communication⁶⁵⁴ contenue à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, ou encore, la liberté d'expression⁶⁵⁵ consacrée par l'article 10 de la même Déclaration.

2) Les portées principalement convergentes du contrôle de nécessité des incriminations

148. Le contrôle restreint de la nécessité des incriminations dans le cadre du contrôle *a posteriori* français. Depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'exercer le contrôle de la nécessité des incriminations sans pour autant y procéder pleinement. En effet, il ressort de plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité que le Conseil constitutionnel s'attache prioritairement aux objectifs du législateur pour justifier la nécessité d'une incrimination. En témoigne, par exemple, la décision du 10 février

⁶⁵² Cons. const., 7 avr. 2017, n° 2017-625 QPC, M. Amadou S. [Entreprise individuelle terroriste], *JORF* n° 0085, 9 avr. 2017, texte n° 38 ; S. PELLÉ, « De l'intention criminelle en général et de l'intention terroriste en particulier », *JCP G*, 12 juin 2017, n° 24, pp. 1148-1151 ; N. CATELAN, J.-B. PERRIER, « L'entreprise individuelle et les axiomes du Conseil constitutionnel », *D.*, 1 juin 2017, n° 20, pp. 1180-1183 ; Y. MAYAUD, Le terrorisme par entreprise individuelle sous contrôle constitutionnel, *D.*, 1 juin 2017, n° 20, pp. 1134-1135 ; A. PONSEILLE, « Le délit d'entreprise individuelle terroriste devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions*, avril-juin 2017, n° 2017-2, pp. 267-273.

⁶⁵³ F. ROUSSEAU, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », *RSC* 2015, p. 257.

⁶⁵⁴ Cons. const. 10 févr. 2017, n° 2016-611 QPC, [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes], *JORF*, n° 0037, 12 février 2017 texte n° 46.

⁶⁵⁵ Cons. const., 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC, *D.* 2011. 1420, obs. S. LAVRIC ; *ibid.* p. 2823, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE, T. GARE, S. MIRABAIL et T. POTASKIN ; *ibid.* 2012, p. 765, obs. E. DREYER ; *AJpénal*, 2011, p. 414, obs. J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2011, p. 388, obs. D. DE BELLESCIZE ; *ibid.* p. 537, obs. A. DARSONVILLE ; *RSC*, 2011, p. 401, obs. Y. MAYAUD ; *Dr. pén.* 2011, n° 90, obs. M. VÉRON ; *Rev. pén.* 2011, p. 709, obs. P. CONTE ; Cons. const., 7 juin 2013, n° 2013-319 QPC, *D.* 2013. 1413 ; *AJpénal* 2013, p. 410 ; *Constitutions* 2013, p. 248, obs. D. DE BELLESCIZE, *RSC*, 2013, p. 574, chron. J. FRANCILLON ; *ibid.* p. 907, obs. B. DE LAMY, *Rev. pén.*, 2013, p. 648, obs. P. CONTE.

2017⁶⁵⁶ dans laquelle les Sages ont déclaré contraire à la Constitution le délit de consultation «habituelle» de sites djihadistes dont on peut tirer deux enseignements. Tout d'abord, la nécessité d'une incrimination est ici garantie de manière spécifique par la liberté de communication prévue par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Ensuite, les Sages justifient l'absence de la nécessité de l'incrimination critiquée en se basant sur une lecture objective des autres incriminations déjà érigées dans la législation pénale⁶⁵⁷ afin de lutter contre les actes terroristes. L'article 412-2-5-2 du code pénal contesté, créé par la loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, punit de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 euros d'amende le fait de «consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes ». Cet article n'était toutefois «pas applicable lorsque la consultation est effectuée de bonne foi, résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervient dans le cadre de recherches scientifiques ou est réalisée afin de servir de preuve en justice ». Le requérant soutenait que l'incrimination litigieuse méconnaissait la liberté de communication, le principe de légalité des délits et des peines, celui d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, le principe d'égalité, le principe de proportionnalité et enfin le principe de la présomption d'innocence. Mais, appliquant le principe de l'économie des moyens, le Conseil constitutionnel abroge ledit délit au regard de l'unique grief tiré de l'atteinte à la liberté de communication. Cette décision est riche d'enseignements concernant la vérification tant de la nécessité que de la proportionnalité des incriminations en cause par le Conseil constitutionnel. Ce dernier apprécie la nécessité ou plutôt l'absence de

⁶⁵⁶ Cons. const. 10 févr. 2017, n° 2016-611 QPC, [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes], *JORF*, n° 0037, 12 févr. 2017 texte n° 46 ; G. GONZALES, « Le délit de consultation habituel de sites internet terroristes : une infraction d'habitude frappée d'une inconstitutionnalité continue ? », *RTDE*, juill.-sept. 2017, n° 111, pp. 681-698 ; P. CONTE, « Conformité aux principes du droit pénal constitutionnel », *Dr. pén.*, juin 2017, n° 6, p. 35 ; Y. MAYAUD, « Le terrorisme par entreprise individuelle sous contrôle constitutionnel », *D.*, 1 juin 2017, n° 20, pp. 1134-1135 ; B. DE LAMY, « La lutte contre le terrorisme à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité : utiles précisions sur la nécessité d'une incrimination », *RSC*, avril-juin 2017, n° 2, pp. 385-389 ; A. GOGORZA, B. DE LAMY, « L'abrogation par le Conseil constitutionnel du délit de consultation habituelle de sites terroristes », *JCP G*, 27 mars 2017, n° 13, pp. 613-616 ; V. GOESEL-LE BIHAN, « Une grande décision : la décision n° 2016-611 QPC », *AJDA*, 6 mars 2017, n° 8, p. 433 ; B. DERIEUX, « Mort et résurrection du délit de consultation habituelle de sites internet terroristes », *Légipresse*, mars 2017, n° 347, pp. 137-142 ; D. BARANGER, « Consultation de sites djihadistes : il ne faut pas réduire le Parlement au silence », *JP blog*, 16 févr. 2017.

⁶⁵⁷ B. DE LAMY, « La lutte contre le terrorisme à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité : utiles précisions sur la nécessité d'une incrimination », *RSC*, 2017, p. 385.

nécessité du délit de consultation habituelle de sites internet terroristes au regard de l'existence d'autres incriminations érigées dans le code pénal ayant pour objet de prévenir la commission d'actes de terrorisme. Le Conseil relève en ce sens que « la législation comprend un ensemble d'infractions pénales autres que celle prévue par l'article 421-2-5-2 du code pénal et de dispositions procédurales pénales spécifiques ayant pour objet de prévenir la commission d'actes de terrorisme »⁶⁵⁸. Par conséquent, le Conseil constitutionnel ne procède même pas à un contrôle de l'adéquation de la mesure en cause au regard de l'objectif législatif poursuivi.

Le contrôle de la nécessité des incriminations effectué par le Conseil constitutionnel apparaît une nouvelle fois restreint dans le cadre des questions prioritaires de constitutionnalité relatives au fait justificatif tiré de *l'exceptio veritatis* fondant l'impunité de l'auteur d'un délit de diffamation⁶⁵⁹. L'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse permet à une personne poursuivie du chef de diffamation d'échapper à sa responsabilité pénale en rapportant la preuve de la vérité du fait diffamatoire reproché. Cependant, le domaine d'application de *l'exceptio veritatis* est limité. En effet, l'article 35 prévoyait que la vérité des faits diffamatoires ne pouvait être rapportée « a) lorsque l'imputation concerne la vie privée », b) lorsque l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix années » ou encore, c) lorsque le fait diffamatoire constitue une infraction amnistiée, prescrite

⁶⁵⁸ Cons. const., 10 févr. 2017, n° 2016-611 QPC, consid. 7.

⁶⁵⁹ Cons. const. 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC ; J.-B. PERRIER, « Inconstitutionnalité de la prescription de l'exception de vérité en matière de diffamation *In Jurisprudence du Conseil constitutionnel*, RFDC, janv. 2012, n° 89, pp. 163-165 ; E. PUTMAN, « L'interdiction d'opposer *l'exceptio veritatis* pour les faits de plus de dix ans est inconstitutionnelle », *RJPF*, nov. 2011, n° 11, pp. 14-15 ; J.-B. PERRIER, « Liberté d'expression et prescription de l'exception de vérité », *AJPénal*, sept. 2011, n° 9, pp. 414-416 ; P. AUVRET, « Le Conseil constitutionnel consacre la seule répression de la calomnie, *Légipresse*, juillet-août 2011, n° 285, pp. 407-411 ; G. LECUYER, « Les enseignements constitutionnels de la décision n° 2011-131 QPC », *Légipresse*, juill.-août 2011, n° 285, pp. 412-416 ; D. DE BELLESCIZE, « Inconstitutionnalité de l'interdiction d'évoquer des faits de plus de dix ans », *Constitutions*, juill.-sept. 2011, n° 2011-3, pp. 388-395 ; M. VÉRON, « Interdiction de prouver la vérité des faits remontant à plus de dix ans ; disposition contraire à la Constitution », *Dr. pén.*, juill.-août 2011, n° 7-8, pp. 47-48 ; F. FOURMENT, « Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans : quand l'arbre de la Constitution française ne cache plus la forêt de la Convention européenne », *Gaz. Pal.*, 12 juin 2011, n° 163-167, pp. 12-13 ; M. VÉRON, « Preuve de la vérité : faits remontant à plus de dix ans Cass. crim, n° 10-90129, *Dr. pén.*, juin 2011, n° 6, p. 32 ; Y. MAYAUD, « L'exception de vérité désormais ouverte aux faits de plus de 10 ans, *RSC*, avril-juin 2011, n° 2, pp. 401-403 ; A. DARSONVILLE, « Droit pénal de la presse. Décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011 : exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans, *Constitutions*, 2011, n° 2011-4, p. 537-540 ; Cons. const. 7 juin 2013, n° 2013-319 QPC ; J. FRANCILLON, « Preuve de la vérité de faits diffamatoires effacés par amnistie, prescription, réhabilitation ou révision (QPC), *RSC* juill.-sept. 2013, n° 3, pp. 574-576 ; D. DE BELLESCIZE, « QPC et loi de 1881, *Constitutions*, avril-juin 2013 », n° 2013-2, pp. 248-252 ; P. CONTE, « Loi du 29 juillet 1881 sur la presse ; *exceptio veritatis* : abrogation par le Conseil constitutionnel du c) de l'article 35 », *RPDP*, juill.-sept. 2013, n° 3, pp. 648-650 ; K. PICARD, « Nouvelle étape vers une dépenalisation de la diffamation, *RFDC*, oct. 2013, n° 96, pp. 982-986 ; N. MALLET-POUJOL, « Diffamation et amnistie : l'étrange sacrifice du filtre de la bonne foi (Cass. civ. 1°, 16 mai 2013, n° 12-19783) », *Légipresse*, oct. 2013, n° 309, pp. 531-537.

ou ayant donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision ». Les requérants contestaient respectivement les hypothèses d'exclusion prévues aux articles 35(b) et 35(c) de la loi sur la liberté de la presse au motif qu'elles porteraient une atteinte injustifiée tant à la liberté d'expression qu'aux droits de la défense. Le Conseil constitutionnel leur donne raison et déclare respectivement ces dispositions litigieuses contraires à la Constitution dans ses décisions du 20 mai 2011⁶⁶⁰ et du 7 juin 2013. À deux reprises, pour conclure à l'inconstitutionnalité de ces dispositions au regard de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, le Conseil constitutionnel se réfère, d'abord, à la « *ratio legis* »⁶⁶¹ des restrictions à la liberté d'expression qui ont « pour objet d'éviter que la liberté d'expression ne conduise à rappeler des faits anciens portant atteinte à l'honneur et à la considération des personnes qu'elles visent » et, par conséquent, poursuivent « un objectif d'intérêt général de recherche de la paix sociale »⁶⁶². Ensuite, il relève le « caractère général et absolu »⁶⁶³ des restrictions apportées par l'article 35 de la loi de 1881 en ce qu'elles visent « sans distinction [...] tous les propos ou écrits résultant de travaux historiques ou scientifiques ainsi que les imputations se référant à des événements dont le rappel ou le commentaire s'inscrivent dans un débat public d'intérêt général »⁶⁶⁴. Ainsi, c'est en se référant à la raison d'être de la loi critiquée et au caractère disproportionné de la répression de la diffamation de faits vrais au regard de l'objectif législatif recherché que le Conseil constitutionnel juge inconstitutionnelles les dispositions critiquées.

149. Le refus de contrôler l'opportunité des incriminations au Canada⁶⁶⁵. Il est de jurisprudence constante que les magistrats canadiens se refusent à contrôler l'opportunité des incriminations élaborées par le législateur. Comme précisé dans le *Renvoi sur la prostitution*⁶⁶⁶, « il n'appartient pas à la Cour suprême du Canada d'évaluer après coup la sagesse des choix politiques du législateur ». Dans la même lignée, l'arrêt *Malmo-Levine*⁶⁶⁷ témoigne de la retenue des magistrats envers les

⁶⁶⁰ Cons. const. 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC.

⁶⁶¹ S. LAVRIC, « Exception de vérité : inconstitutionnalité de l'interdiction d'évoquer des faits de plus de dix ans – Conseil constitutionnel 20 mai 2011 », *D.*, 2011, p. 1420.

⁶⁶² Cons. const. 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC, consid. 5.

⁶⁶³ Cons. const. 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC, consid. 6.

⁶⁶⁴ Cons. const. 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC, consid. 6.

⁶⁶⁵ En France, le Conseil constitutionnel se refuse également de contrôler l'opportunité des incriminations.

⁶⁶⁶ *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1 (1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 RCS 1123.

⁶⁶⁷ *R. c. Malmo-Levine*, [2003], SCC 74.

choix de politique criminelle du législateur. Dans cette affaire, les requérants ont frontalement contesté l'opportunité de la décision du législateur quant à la criminalisation de la simple possession de marijuana. Ils soutenaient que celle-ci opérée sans que le législateur effectue une distinction entre les comportements criminels et non criminels, excède son pouvoir de légiférer en matière criminelle. Cela étant, les juges suprêmes rappellent qu'il n'appartient pas aux tribunaux de se prononcer sur l'opportunité de la politique criminelle du législateur. En effet, les juges Gonthier et Binnie énoncent : « [...] Il s'agit d'un débat légitime, mais qu'il n'appartient pas aux tribunaux de trancher. La Constitution ne fait qu'établir un cadre. Les attaques contre l'opportunité d'une mesure législative eu égard à ce cadre doivent être adressées au Parlement. Nous nous attachons seulement à la constitutionnalité de la mesure. Nous arrivons à la conclusion que le Parlement a le pouvoir de légiférer pour criminaliser la possession de marijuana s'il juge opportun de le faire. De même, il lui est loisible de décriminaliser ou de modifier de quelque autre façon tout aspect des dispositions régissant la marijuana, s'il ne considère plus que les mesures en question constituent une bonne politique d'intérêt général. [...]»⁶⁶⁸. Le refus de contrôler la nécessité des incriminations par la Cour suprême peut également être illustré par l'affaire *Bedford*⁶⁶⁹. Au Canada, la prostitution est légale. Ce sont les modalités qui l'entourent, soit la tenue d'une maison de débauche, le proxénétisme et la sollicitation prévus aux articles 210, 212 alinéa 1j et 213 alinéa 1c du *Code criminel*, qui étaient jugées criminelles. Mais le 20 décembre 2013, les juges suprêmes renversent la décision relative au *Renvoi sur la prostitution* de 1990⁶⁷⁰ et déclarent ces dispositions contraires à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* selon lequel « chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ». Dans ce cadre, la Cour suprême examine seulement les dispositions contestées, soulignant que l'affaire ne visait « pas à déterminer si la prostitution doit être légale ou non, mais bien si les dispositions adoptées par le législateur fédéral pour encadrer sa pratique résistent au contrôle constitutionnel »⁶⁷¹. La Cour a également indiqué qu'il ne s'ensuit pas que « le législateur ne peut décider des lieux et des modalités de la prostitution » et a reconnu que «

⁶⁶⁸ *R. c. Marmo-Levine*, [2003], 3 SCR 571, §. 5.

⁶⁶⁹ *Bedford c. Canada [Procureur général]*, [2013] ACS 72.

⁶⁷⁰ Renvoi relatif à l'art 193 et à l'al 195.1(1)c) du *code criminel* (Man), [1990] 1 RCS 1123 [Renvoi sur la prostitution].

⁶⁷¹ *Bedford c. Canada [Procureur généra]*, [2013], ACS 72, §. 2.

l'encadrement de la prostitution est un sujet complexe et délicat »⁶⁷². Ces quelques considérants attestent donc du refus de la Cour suprême d'apprécier l'opportunité de criminaliser certains comportements de la part du législateur. Cependant, la déférence de la part des magistrats canadiens vis-à-vis des choix de politique criminelle du législateur n'empêche pas ces derniers d'effectuer un contrôle entier et complet de la proportionnalité des incriminations. Une divergence quant au degré du contrôle de la proportionnalité des incriminations en France et au Canada apparaît.

B. Le contrôle principalement divergent de la proportionnalité des incriminations

150. L'encadrement divergent du droit pénal par le droit constitutionnel. Le contrôle de la proportionnalité des incriminations peut-il être efficacement exercé par les juges constitutionnels en dehors de toutes considérations factuelles ? Comment, en effet, les juges constitutionnels peuvent-ils s'assurer de la proportionnalité d'une incrimination au regard du comportement du contrevenant sans même projeter leur interprétation au-delà du simple texte incriminateur ? De manière générale, la protection des principes directeurs de la répression pénale semble étroitement tributaire du contexte d'espèce factuel dont est issu la contestation constitutionnelle. Il faut s'interroger sur le fait de savoir si un contrôle principalement restreint de la proportionnalité des incriminations par le Conseil constitutionnel (1) est plus à même d'éviter tout excès de la puissance publique, ou, si, un contrôle complet de la proportionnalité des incriminations par la Cour suprême du Canada (2) serait préférable.

⁶⁷² *Bedford c. Canada [Procureur général]*, [2013], ACS 72, §. 165.

1) Le contrôle principalement restreint de la proportionnalité des incriminations par le Conseil constitutionnel

151. La modulation du contrôle de proportionnalité des incriminations exercé par le Conseil constitutionnel. Compte tenu du contrôle restreint de la nécessité des incriminations effectué par le Conseil constitutionnel, un contrôle restreint de la proportionnalité des incriminations devrait s'en suivre. En effet, on ne voit pas comment le Conseil constitutionnel pourrait vérifier la proportionnalité d'une incrimination dont il n'est pas sûr qu'elle soit « empiriquement » nécessaire à l'objectif législatif poursuivi. Cependant, il convient de nuancer les propos, tant il apparaît qu'un contrôle de proportionnalité des incriminations, en France et au Canada, n'est jamais totalement restreint ou entier, selon le système juridique pris en référence. Le Conseil constitutionnel semble en effet exercer un contrôle de proportionnalité des incriminations « modulé ». En ce sens, les critères au regard desquels s'effectue le contrôle de la proportionnalité des incriminations ont évolué dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Tandis que dans les premiers temps de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a pu exercer son contrôle de proportionnalité des incriminations au regard d'un seul critère, soit celui de l'absence « d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi »⁶⁷³, c'est au regard de trois conditions que le Conseil constitutionnel semble occasionnellement vérifier la proportionnalité des incriminations à l'objectif législatif poursuivi. En effet, certaines questions prioritaires de constitutionnalité attestent du fait que le Conseil constitutionnel vérifie que les atteintes portées à l'exercice des droits et libertés les plus élémentaires des justiciables « doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi »⁶⁷⁴. Cette modulation quant au contrôle de proportionnalité des incriminations autorise à penser que le Conseil constitutionnel se prête désormais à un contrôle entier et complet, dans le sens où les Sages recherchent « substantiellement » en quoi l'incrimination critiquée est hors de proportion avec le résultat législatif recherché. Cependant si, par exemple, la question prioritaire de constitutionnalité relative au délit de consultation

⁶⁷³ Cons. const., 18 oct. 2010 QPC, n° 2010-55 QPC.

⁶⁷⁴ Cons. const., 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC, consid. 3., Mme Térésa C. et autre [Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans], *JORF* 20 mai 2011, p. 8890, texte n° 83, *Rec.*, p. 244.

habituelle de sites internet terroristes⁶⁷⁵ atteste de l'approche plus méthodique du Conseil constitutionnel lors de son contrôle de proportionnalité de l'incrimination contestée, il apparaît que le Conseil constitutionnel continue à « objectiver » son contrôle de la proportionnalité des incriminations.

152. Le contrôle objectif de la proportionnalité de l'atteinte portée aux droits et libertés fondamentaux par le Conseil constitutionnel. Concernant l'examen de la proportionnalité de la gravité de l'atteinte portée par le délit en cause à la liberté de communication, le contrôle formel de proportionnalité des incriminations exercé par le Conseil constitutionnel peut être attestée par la référence de ce dernier à un critère objectif, soit celui de l'absence de l'intention criminelle au sein du délit de consultation «habituelle» de sites djihadistes. Afin de relever le caractère disproportionné de l'atteinte portée par ledit délit à la liberté de communication, le Conseil constitutionnel souligne que « les dispositions contestées n'imposent pas que l'auteur de la consultation habituelle des services de communication au public en ligne concernés ait la volonté de commettre des actes terroristes ni même la preuve que cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ces services. Ces dispositions répriment donc d'une peine de deux ans d'emprisonnement le simple fait de consulter à plusieurs reprises un service de communication au public en ligne, quelle que soit l'intention de l'auteur de la consultation, dès lors que cette consultation ne résulte pas de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, qu'elle n'intervient pas dans le cadre de recherches scientifiques ou qu'elle n'est pas réalisée afin de servir de preuve en justice »⁶⁷⁶. En somme, le Conseil constitutionnel ne recherche pas substantiellement en quoi l'incrimination du délit contesté est hors de proportion avec le résultat législatif recherché, soit le renforcement de la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement. Sa démarche réside dans la simple vérification objective des éléments constitutifs qui concourent traditionnellement à l'édiction d'une incrimination conformément aux règles les plus élémentaires du droit pénal. De même, du point de vue procédural, le Conseil constitutionnel mentionne que « les magistrats et enquêteurs disposent de pouvoirs étendus pour

⁶⁷⁵ Cons. const., 10 févr. 2017, n° 2016-611 QPC.

⁶⁷⁶ Cons. const., 10 févr. 2017, n° 2016-611 QPC, 10 févr. 2017, consid. 14.

procéder à des mesures d'interception de correspondances émises par voie de communication électronique, de recueil des données techniques de connexion, de sonorisation, de fixation d'images et de captation de données informatiques ». Il ajout qu'en plus de ces outils pénaux, le législateur a « également conféré à l'autorité administrative de nombreux pouvoirs afin de prévenir la commission d'actes de terrorisme »⁶⁷⁷. Par conséquent, le Conseil constitutionnel ne recherche pas substantiellement en quoi les mesures procédurales érigées en vue de l'appréhension des consultations habituelles de sites djihadistes sont hors de proportion avec le résultat législatif recherché. La seule présence de dispositions procédurales spécifiques ayant pour objet de prévenir la commission d'actes de terrorisme justifie de retenir, pour le Conseil constitutionnel, le grief tiré de l'atteinte portée à la liberté de communication par ledit délit. En revanche, la Cour suprême du Canada semble adopter une conception plus souple du contrôle de proportionnalité des incriminations.

2) Le contrôle principalement entier de la proportionnalité des incriminations par la Cour suprême du Canada

153. Le contrôle tripartite de la proportionnalité des incriminations par la Cour suprême du Canada. Les magistrats canadiens s'aventurent plus aisément dans un contrôle de proportionnalité des incriminations en tant que tel, là où ce contrôle demeure quasi-inexistant dans l'ordre juridique français. En premier lieu, ils vérifient si la restriction imposée au droit a doit avoir un lien rationnel avec l'objectif de la loi en question. Toute restriction imposée à un droit garanti par la *Charte* doit avoir un lien avec l'objet de la loi afin de ne pas être arbitraire. Par exemple, dans l'arrêt *Oakes*⁶⁷⁸, la Cour suprême du Canada relève l'absence de lien rationnel entre l'exigence voulant qu'un accusé démontre qu'il n'avait pas l'intention de faire du trafic de stupéfiants et l'objectif poursuivi par la loi.

⁶⁷⁷ Cons. const., 10 févr. 2017, n° 2016-611 QPC, consid. 9 et 10.

⁶⁷⁸ *R. c. Oakes*, [1986] 1 RCS 103.

154. La recherche d'autres moyens pénaux moins attentatoires par les juges canadiens⁶⁷⁹. Dans le cadre de la vérification du second critère du test d'*Oakes*, c'est-à-dire à l'étape de l'atteinte minimale, les magistrats canadiens, à la différence de leurs homologues français, recherchent une incrimination alternative lorsqu'il s'avère que le législateur n'a pas adopté l'incrimination qui porte atteinte au droit « dans la mesure raisonnablement nécessaire pour réaliser l'objectif, c'est-à-dire porter atteinte le moins possible au droit ou à la liberté en question »⁶⁸⁰. En témoigne le considérant de principe issu de plusieurs décisions jurisprudentielles suivant lequel dans le cadre du contrôle de la nécessité des incriminations : « [...] Le législateur n'est pas tenu de rechercher et d'adopter le moyen le moins envahissant, dans l'absolu, en vue d'atteindre son objectif. De plus, lorsqu'on examine les solutions de rechange à la disposition du législateur, il importe de se demander si un moyen moins envahissant permettrait soit d'atteindre le « même » objectif, soit d'atteindre le même objectif de façon aussi efficace. [...] »⁶⁸¹. La recherche d'autres moyens pénaux moins attentatoires effectuée par les magistrats canadiens peut encore être attestée par les propos du juge dans l'affaire sur le *Renvoi sur la prostitution* précitée : « [...] En déterminant s'il est possible d'imaginer une loi moins attentatoire, notre Cour a fait ressortir que le régime législatif n'a pas à être "parfait", mais qu'il doit être bien adapté au contexte du droit qui est violé [...] ». La référence « au contexte du droit qui est violé » témoigne de l'aspect concret du contrôle de la proportionnalité des incriminations effectué par les magistrats canadiens dans le cadre du contrôle *a posteriori*. En plus de la référence à la disposition pénale *stricto sensu*, les magistrats canadiens prennent en compte les conditions matérielles qui entourent l'incrimination contestée. Ainsi, pour conclure à la conformité de l'alinéa 195.1(1)c) du *Code criminel* au second critère du test d'*Oakes*, la Cour suprême du Canada s'est prêtée préalablement à une analyse des régimes législatifs et des solutions antérieurement envisagées dans le contexte de la sollicitation de rue. La conception souple du principe de la proportionnalité des incriminations adoptée par la Cour suprême du Canada peut être attestée par les

⁶⁷⁹ Ceci fait partie, au Canada, de l'analyse de la proportionnalité. Le critère de l'atteinte minimale dont il est question ici, fait partie de la deuxième partie du test de *Oakes*, relative à la proportionnalité.

⁶⁸⁰ *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, [1985], 1 RCS, 295, p. 352.

⁶⁸¹ *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 RCS 713 ; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1 (1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990].

motifs du jugement *Bryan*⁶⁸² : « La restriction doit être "minimale", c'est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation ».

155. Les effets préjudiciables par rapport aux effets bénéfiques de la restriction aux droits et libertés garantis par la *Charte*. Enfin, au stade de la troisième étape du test d'*Oakes*, les juges canadiens apprécient les effets préjudiciables de la norme sur les droits des justiciables par rapport aux effets bénéfiques réels de la disposition législative contestée. En atteste l'affaire *Sharpe*⁶⁸³. En l'espèce, la constitutionnalité du paragraphe 163.1 (4) du *Code criminel* interdisant la possession de pornographie juvénile était mise en cause. Les juges suprêmes devaient décider si la limite à la liberté d'expression induite par ce paragraphe pouvait être justifiée par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* puisque le ministère public avait déjà concédé qu'elle enfreignait l'alinéa 2b) de la *Charte* qui garantit la liberté d'expression. La Cour se prête à un véritable contrôle de proportionnalité des incriminations en confrontant d'une part les bienfaits de l'interdiction générale de la possession de pornographie juvénile afin de lutter contre l'exploitation et les mauvais traitements des enfants, et d'autre part les avantages de posséder des matériels pornographiques limitrophes dans le contexte de l'épanouissement personnel des adolescents. Les juges suprêmes en tirent la conclusion suivante : « [...] L'inclusion de ce matériel limitrophe dans le champ d'application de l'interdiction empiète lourdement sur la liberté d'expression et ajoute peu à la protection que la disposition assure aux enfants. Dans cette mesure, la disposition ne peut pas être considérée comme proportionnée sur le plan de ses effets, et l'atteinte à l'alinéa 2b) qu'elle prévoit n'est pas justifiable au sens de l'article premier [...] ». Cette décision révèle une différence substantielle notable dans le contrôle de proportionnalité des incriminations en France et au Canada. En effet,

⁶⁸² R. c. *Bryan*, 15 mars 2007, CSC 12, motifs du juge Bastarache, §. 142.

⁶⁸³ R. c. *Sharpe*, [2001], 1 RCS 45, 2001 CSC 2, §§. 102-103, 105 et §§. 107-110.

outré-Atlantique, les tribunaux canadiens contrôlent tant la proportionnalité des moyens étatiques en regard de la fin recherchée que les effets préjudiciables de la mesure sur les droits des justiciables par rapport aux effets bénéfiques réels de la disposition législative contestée. Ainsi, dans les cas appropriés, la Cour suprême du Canada reconnaît qu'il est nécessaire d'apprécier les effets bénéfiques réels de la disposition législative contestée par rapport à ses effets préjudiciables, plutôt que de simplement considérer la proportionnalité de l'objectif lui-même⁶⁸⁴. Par exemple, dans le *Renvoi sur la Prostitution*, la Cour suprême du Canada a appliqué la troisième étape de l'analyse de la proportionnalité entre la restriction aux droits et libertés fondamentaux et l'objectif législatif en se demandant si « l'intrusion tenant à l'application de la disposition, évaluée par rapport à la diminution qu'elle entraîne de la nuisance sociale associée à la sollicitation de rue, peut se justifier conformément à l'article premier »⁶⁸⁵. Sur ce point, en France, il faut se rappeler que le Conseil constitutionnel vérifie seulement si la disposition législative est proportionnée au sens strict, c'est-à-dire, « elle ne doit pas, par les charges qu'elle crée, être hors de proportion avec le résultat recherché »⁶⁸⁶. Le contrôle de la proportionnalité des incriminations en France et au Canada se réalise ainsi avec une intensité variable. Le même constat peut être effectué au regard de la comparaison quant au contrôle de conformité des peines de part et d'autre de l'Atlantique.

⁶⁸⁴ *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990], 1 RCS, 1123.

⁶⁸⁵ *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990], 1 RCS, 1123.

⁶⁸⁶ V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *NCCC*, 2007, n° 22, p. 12.

§2 : La divergence de protection des droits des justiciables pénaux lors de l'exercice du contrôle de conformité des peines

156. De la distinction à l'unité des exigences de nécessité et de proportionnalité des peines. L'idée de la proportionnalité de la peine apparaît au sein de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1793,⁶⁸⁷ intitulé « proportion des peines », qui énonce que « la loi ne doit décerner que des peines strictement et évidemment nécessaires ; les peines doivent être proportionnées au délit et utiles à la société ». Il en découle que les exigences de nécessité et de proportionnalité des peines sont distinctes et ne semblent pas devoir être confondues. En effet, au regard des écrits de Grotius inscrits dans *Le droit de la guerre et de la paix*, il semble que la nécessité et la proportionnalité d'une peine poursuivent deux finalités différentes. En ce sens, Grotius énonce que « dans toute punition, on a égard à deux choses, à la raison pourquoi on punit, et au but que l'on se propose en punissant. La raison pourquoi on punit, c'est que le Coupable le mérite. Le but que l'on se propose en punissant, c'est l'utilité qui peut revenir de la punition »⁶⁸⁸. Il est permis de rattacher la nécessité d'une peine « à la raison pourquoi on punit » dont parle Grotius, c'est-à-dire dans l'optique de répondre au mal causé à la société, entendu dans un sens général, suite à l'acte infracteur. En revanche, la proportionnalité de la peine peut tendre davantage à satisfaire « l'utilité » de la punition. Ceci dit, au Canada, la proportionnalité a un caractère moins utilitariste que rétributiviste. La peine ne doit pas excéder ce qui est « mérité ». L'article 718.1 du *Code criminel* énonce en effet que la peine doit être proportionnée à la gravité de l'infraction et à la responsabilité morale du délinquant⁶⁸⁹. Partant, l'étude du contrôle de la nécessité de la peine (A) précèdera l'analyse du contrôle de la proportionnalité des peines (B). Dans cette perspective, il apparaît une convergence quant aux portées du contrôle de la nécessité des peines en France et au Canada. En revanche, les portées du contrôle de la proportionnalité des peines divergent de part et d'autre de l'Atlantique.

⁶⁸⁷ Art. 15 DDHC 1793.

⁶⁸⁸ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. J. Barbeyrac, Amsterdam 1724 (1re éd., 1625), fac-similé P.U. Caen 2011, Liv. II. Ch. XX. § XXVIII. 2.

⁶⁸⁹ *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 RCS 500.

A. La convergence quant à l'exercice du contrôle de la nécessité des peines

157. L'étude utile mais limitée du contrôle *a posteriori* de la nécessité des peines.

L'étude comparée du contrôle de la nécessité des peines dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ne permet qu'imparfaitement de déterminer lequel des contrôles, concret ou abstrait, de constitutionnalité *a posteriori* serait plus approprié. En effet, elle rencontre rapidement ses limites au regard de la déférence des juges constitutionnels vis-à-vis des législateurs dans le choix de la politique criminelle. Cependant l'étude du contrôle de la nécessité des peines représente un préalable indispensable à l'étude comparée du principe de proportionnalité des peines à venir. En effet, la nécessité et la proportionnalité des peines représentent des exigences distinctes qui ne doivent pas être confondues. Il convient dans un premier temps d'identifier les assises constitutionnelles respectives du contrôle de la nécessité des peines en France (1) et au Canada (2).

1) Le contrôle principalement restreint de la nécessité des peines en France

158. Les exceptions au contrôle restreint de la nécessité des mesures de sûreté⁶⁹⁰ dans le cadre du contrôle *a priori*. Dans le cadre du contrôle *a priori*, la décision relative à la rétention de sûreté⁶⁹¹ témoigne du contrôle exceptionnellement étendu

⁶⁹⁰ Les mesures de sûreté ne sont pas des peines, v. not. J.-P. CÉRÉ, « Peine (Nature et prononcé) », *RDPP*, 2008, pp. 29-33. Néanmoins, la jurisprudence émise par le Conseil constitutionnel aurait pu laisser croire que les exceptions à la restriction du contrôle de la nécessité des mesures de sûreté se transpose dans le cadre du contrôle *a posteriori* de la nécessité des peines tant ce dernier pourrait commander par nature que l'appréciation de la nécessité des peines s'effectue de manière concrète.

⁶⁹¹ Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, consid. 17, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, *JORF* 26 févr. 2008, p. 3272, texte n° 2, *Rec.*, p. 89 ; M. DISANT, « Le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et l'application dans le temps de la loi relative à l'irresponsabilité pénale pour trouble mental : jeu de pistes », *Constitutions*, 2010, n° 2010-2, pp. 235-237 ; B. DE LAMY, « La rétention de sûreté : pénal or not pénal ? (décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental) », *RSC* 2009, n° 1, pp. 166-172 ; F. MALHIÈRE, « Le Conseil constitutionnel et la rétention de sûreté : une décision en demi-teinte Note sous la décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 - Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *DA*, 2009, n° 367, pp. 36-43 ; R. BOUSTA, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel : une avancée "a minima" (à propos de la décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental) », *LPA*, 17 juin 2008, n° 121, pp.7-12 ; P. CONTE, « Aux fous ? », *Dr. pén.*, avril 2008, n° 4, pp. 1-2 ; F. CHALTIÈRE, « La réforme de la justice devant le Conseil constitutionnel : la loi, encadrée, dans l'ensemble validée, partiellement censurée », *LPA*, 20 mars 2008, n° 58, pp. 3-9 ; P. CASSIA, « La Constitution malmenée », *Esprit*, 2008, n° 344, p. 188-190 ; J.-P. FELMAN, « Un minority report à la française ? La décision du 21 février 2008 et la présomption d'innocence », *JCP G.*, 2008, n° 16, pp. 38-41 ; W. BENESSIANO, L. GAY, « Mesures de sûreté, conflits de lois

de la nécessité d'une mesure de sûreté effectuée par le Conseil constitutionnel. « Mesure de prévention »⁶⁹², la rétention de sûreté a été adoptée en vue d'éviter la récurrence des pédophiles. Ce nouveau dispositif consiste dans « le placement de personnes étant jugées, à la fin de l'exécution de leur peine prononcée pour un crime particulièrement grave, comme présentant une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récurrence parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité, en centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel leur est proposée, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure »⁶⁹³. Le principe de nécessité des délits et des peines serait mis à mal, puisque la rétention de sûreté interviendrait sans venir réprimer une infraction clairement déterminée. Il relève qu'« eu égard à la gravité de l'atteinte qu'elle porte à la liberté individuelle, la rétention de sûreté ne saurait constituer une mesure nécessaire que si aucune mesure moins attentatoire à cette liberté ne peut suffisamment prévenir la commission d'actes portant gravement atteinte à l'intégrité des personnes »⁶⁹⁴. De manière exceptionnelle, le Conseil constitutionnel n'exclut pas de son contrôle de la nécessité, la recherche d'une mesure alternative de nature différente, et moins attentatoire à la liberté individuelle en cause. En outre, le Conseil constitutionnel estime que la nécessité de la rétention de sûreté doit s'analyser, en sus du moment du prononcé de la rétention, au stade de l'exécution de la peine. En atteste le considérant 21 de la décision qui énonce « qu'il appartiendra, dès lors, à la juridiction régionale de la rétention de sûreté de vérifier que la personne condamnée a effectivement été mise en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, de la prise en charge et des soins adaptés au trouble de la personnalité dont elle

dans le temps et droit constitutionnel pénal. A propos, notamment, de la décision n° 2008-562 DC du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2008, n° 76, pp. 846-881 ; P. JAN, « Le Président, le Conseil et la Cour, une histoire de Palais de mauvais goût », *AJDA*, 2008, n° 13, pp. 714-716 ; B. MATHIEU, « La non-rétroactivité en matière de rétention de sûreté : exigence constitutionnelle ou conventionnelle », *JCP G*, 2008, n° 11, pp. 4-6 ; Y. MAYAUD, « La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *D.*, 2008, n° 20, pp. 1359-1366 ; I. MBOUP, « La rétention de sûreté et l'article 8 de la Déclaration de 1789 », *RRJ*, 2008, n° 4, pp. 2151-2162 ; L. PHILIP, L. FAVOREU, « Contrôle de proportionnalité. Droit constitutionnel pénal. Droit constitutionnel des libertés. Principe de légalité des délits et des peines. Principe de nécessité des peines. Principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères. Principe de la présomption d'innocence. Liberté individuelle. Contrôle de proportionnalité », in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. Dalloz, 2009, pp. 816-827.

⁶⁹² Y. MAYAUD, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *D.* 2008, p. 1359.

⁶⁹³ Art. 706-53-13 Code pr. pén.

⁶⁹⁴ Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, consid. 17, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, *JORF* 26 févr. 2008, p. 3272, texte n° 2, *Rec.*, p. 89.

souffre»⁶⁹⁵. En somme, le Conseil constitutionnel conditionne la nécessité de la rétention de sûreté à l'absence de mesure alternative moins contraignante à la liberté individuelle dès l'entrée en prison, notamment des soins et une prise en charge pendant l'exécution de la peine, et non pas seulement au moment du prononcé de la rétention, c'est-à-dire au moment de la sortie de prison. Au regard de l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, on aurait pu penser que les exceptions à la restriction du contrôle de la nécessité se renouvellent tant le contrôle *a posteriori* pourrait commander par nature que l'appréciation de la nécessité des peines s'effectue de manière concrète. Mais il n'en fut rien.

159. La teneur limitée du contrôle de la nécessité des peines. La peine ne peut être fixée par le législateur que par rapport à la gravité de l'atteinte à l'ordre public. Ce principe est énoncé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ». L'utilisation de la peine doit donc nécessairement être limitée aux atteintes les plus graves aux valeurs considérées comme essentielles⁶⁹⁶. Cette restriction s'explique par le fait que le recours à une sanction pénale constitue une menace pour les libertés individuelles. Le contexte de l'espèce offre un cadre adapté afin d'estimer si, dans la situation particulière, l'infliction d'une peine est nécessaire pour combattre « l'action nuisible à la société ». Afin de savoir si une peine satisfait au critère de la nécessité, le Conseil constitutionnel serait inéluctablement conduit à prendre en compte « des considérations subjectives mises en avant par le législateur »⁶⁹⁷. En toute hypothèse, le contrôle abstrait de constitutionnalité *a posteriori* apparaît peu adapté à une telle démarche.

En France, le Conseil constitutionnel fait preuve de retenue dans l'exercice du contrôle de la nécessité des peines, si ce n'est se refuse à un tel contrôle dans le cadre du contrôle *a posteriori*⁶⁹⁸. Ce refus n'est guère étonnant dans la mesure où les Sages ont également quasiment évincé de leur champ d'intervention le contrôle de la nécessité des incriminations. Ce dernier principe étant étroitement lié au premier, il

⁶⁹⁵ Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, consid. 21.

⁶⁹⁶ E. GARCON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, Lexis Nexis, 2015, p. 116.

⁶⁹⁷ F. GHELFI, « Les principes directeurs du droit de la peine à l'épreuve de la QPC », in *La QPC et la matière pénale*, Procédure (s), Bruylant, 2013, p. 85.

⁶⁹⁸ F. GHELFI, « Les principes directeurs du droit de la peine à l'épreuve de la QPC », in *La QPC et la matière pénale*, *op. cit.*, p. 84.

semble logique que le Conseil constitutionnel s'impose la même politique au regard de ces deux garanties. Ainsi, le Conseil a eu l'occasion à travers plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité de confirmer son refus d'exercer un contrôle de la nécessité des peines. À travers un considérant de principe, il rappelle en effet que « l'article 61-1 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement » et que « la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur »⁶⁹⁹. Le souci de préserver la répartition des compétences entre le législateur d'une part et le Conseil constitutionnel d'autre part, justifie à nouveau⁷⁰⁰ la retenue de ce dernier dans l'exercice du contrôle de la nécessité des peines. Quand bien même le Conseil constitutionnel aurait la légitimité pour effectuer le contrôle de la nécessité des peines, ce contrôle ne pourrait être qu'imparfait eu regard à la nature abstraite qui caractérise le contrôle *a posteriori* à la française.

2) Le contrôle principalement restreint de la nécessité des peines au Canada

160. Le refus de contrôler la nécessité des peines. Au Canada, le refus de contrôler la nécessité des incriminations par les magistrats canadiens engendre logiquement le refus de contrôler la nécessité des peines. En effet, l'incrimination et la peine sont inextricablement liées. La retenue des magistrats canadiens en la matière, s'explique par leur souci de ne pas empiéter sur les prérogatives du législateur. En effet, la détermination de la peine touche à une fonction régaliennne et représente, de surcroît, une question éminemment politique. Cependant, la restriction imposée aux

⁶⁹⁹ Cons. const., 9 déc. 2011, n° 2011-204 QPC, M. Jérémy M. [Conduite après usage de stupéfiants], *JORF* 10 décembre 2011, p. 20991, texte n° 94, *Rec.*, p. 582 ; F. FOURNIÉ, « Conduite et stupéfiants : quand l'autorité administrative s'en mêle, le juge s'emmêle », *Dr. pén.*, déc. 2014, n° 12, pp. 9-12 ; J.-P. CÉRÉ, « Principes de légalité des délits et des peines et de nécessité des peines et usage de stupéfiants au volant », *AJPénal*, févr. 2012, n° 2, pp. 96-97 ; S. DETRAZ, « Conduite d'un véhicule après usage de stupéfiants », *Gaz. Pal.*, 1-2 févr. 2012, n° 32-33, pp. 9-11 ; J.-H. ROBERT, « Mi-cannabis mi-raisin », *Dr. pén.*, févr. 2012, n° 2, p. 31 ; E. FORTIS, « De l'influence des QPC sur la définition des infractions ou du principe de la légalité des délits et peines *a posteriori* », *RSC*, janvier / mars 2012, n° 1, pp. 131-137 ; B. DE LAMY, « La conception constitutionnelle de la légalité pénale et les aléas de la jurisprudence de la chambre criminelle », *RSC* janvier / mars 2012, n° 1, pp. 221-227 ; J.-H. ROBERT, « La chambre criminelle milite en faveur de la dépénalisation routière du cannabis (Cass. crim., 5 oct. 2011, n° 11-90085) », *Dr. pén.*, déc. 2011, n° 12, p. 28.

Cons. const., 26 nov. 2010, n° 2010-66 QPC, M. Thibaut G. [Confiscation de véhicules], *JORF* 27 nov. 2010, p. 21117, texte n° 39, *Rec.*, p. 334.

⁷⁰⁰ *Supra.* n° 147.

magistrats canadiens de ne pas contrôler l'opportunité des peines établies par le législateur, n'exclut pas de leur part un contrôle de la proportionnalité des peines qui revêt par ailleurs une teneur considérable.

B. La divergence quant à l'exercice du contrôle de la proportionnalité des peines

161. L'influence de la conception du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* sur l'examen de la proportionnalité des peines. Concernant le contrôle de la proportionnalité des peines, il ressort tant de la jurisprudence française que canadienne que les juges constitutionnels n'exercent qu'un contrôle restreint les menant à ne sanctionner que les disproportions manifestes. L'appréciation du caractère manifestement disproportionné peut être plus ou moins approfondie, selon la nature abstraite ou concrète du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Si en France le Conseil constitutionnel opte pour une approche principalement objective du contrôle de proportionnalité des peines (1), au Canada, les juges suprêmes effectuent un contrôle de proportionnalité « contextuel » des peines (2).

1) L'approche objective du contrôle de proportionnalité des peines en France

162. L'approche objective du contrôle de proportionnalité des peines en France.

Le contrôle abstrait de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* incite le Conseil constitutionnel à fonder son contrôle de la proportionnalité des peines sur des éléments objectifs qui résident dans le pouvoir de modulation de la peine prévue par la loi et, bien que différent, par le pouvoir d'individualisation de la peine par les juges de l'ordre judiciaire. Les premières questions prioritaires de constitutionnalité qui ont trait au principe de proportionnalité appliqué aux sanctions fiscales sont particulièrement éloquentes sur ce point. Ainsi, par exemple, au sein de sa décision du 17 mars 2011⁷⁰¹, était mis en cause la constitutionnalité de l'alinéa 1^{er} de l'article 1729 du code général des impôts en tant qu'il institue « une majoration de 40 % si la mauvaise foi du contribuable est établie ou 80 % s'il s'est rendu coupable de

⁷⁰¹ Cons. const, 17 mars 2011, n° 2010-103, Société SERAS II [Majoration fiscale de 40 % pour mauvaise foi], *JORF* 18 mars 2011, p. 4934, texte n° 93, *Rec.*, p. 142.

manoeuvres frauduleuses ou d'abus de droit au sens de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales »⁷⁰². En tant qu'il prévoit une majoration du montant des droits de 40 % en cas de mauvaise foi du contribuable, l'article critiqué porterait, selon la société requérante, atteinte aux principes de nécessité, de proportionnalité et d'individualisation des peines, qui découlent de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Effectuant un contrôle objectif de proportionnalité des peines, le Conseil constitutionnel conclut au respect du principe de proportionnalité des peines eu égard à l'inscription, au sein de l'article 1729 du code général des impôts, de deux taux de majorations possibles, soit 40 % en cas de mauvaise foi et 80 % en cas de manœuvres frauduleuses⁷⁰³. C'est dire que la modulation des sanctions financières en fonction de l'infraction⁷⁰⁴ suffit à écarter le grief d'inconstitutionnalité tenant à la disproportion de la peine, sans même qu'il ne soit fait référence à la gravité de l'acte réprimé. De même, la question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article 1759 du Code général des impôts⁷⁰⁵ atteste, dans une certaine mesure, du contrôle objectif de proportionnalité des peines par le Conseil constitutionnel. En cas de méconnaissance des obligations déclaratives relatives à la possession ou l'utilisation de comptes bancaires à l'étranger⁷⁰⁶, s'ensuit, conformément à l'article 1759 du Code général des impôts, une majoration de 40% du montant des droits dus. Afin de justifier le respect de la proportionnalité de cette peine, le Conseil constitutionnel relève que la disposition litigieuse prévoit le pouvoir de modulation du juge de la sanction fiscale en fonction de l'acte incriminé⁷⁰⁷. En définitive, ces questions prioritaires de constitutionnalité témoignent du fait que le Conseil constitutionnel se refuse de contrôler de manière « contextuelle » la proportionnalité des peines ou « sanctions ayant le caractère d'une punition » dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. Plus récemment, le contrôle abstrait de proportionnalité des peines peut être également attesté par les dernières questions prioritaires de constitutionnalité rendues par le Haut Conseil à l'aune du principe de non-cumul des poursuites et des sanctions.

⁷⁰² Cons. const., 17 mars 2011, n° 2010-103, Société SERAS II [Majoration fiscale de 40 % pour mauvaise foi], *JORF* 18 mars 2011, p. 4934, texte n° 93, *Rec.*, p. 142, consid. 1.

⁷⁰³ Cons. const., 17 mars 2011, n° 2010-103, consid. 5.

⁷⁰⁴ Cons. const., 17 mars 2011, n° 2010-103, consid. 6.

⁷⁰⁵ Cons. const., 10 févr. 2012, n° 2011-220, M. Hugh A. [Majoration fiscale de 40 % pour non déclaration de comptes bancaires à l'étranger ou de sommes transférées vers ou depuis l'étranger], *JORF* 11 févr. 2012, p. 2441, texte n° 72, *Rec.*, p. 115.

⁷⁰⁶ Cons. const., 10 févr. 2012, n° 2011-220, consid. 4.

⁷⁰⁷ Cons. const., 10 févr. 2012, n° 2011-220, consid. 5.

163. Le principe de non-cumul des poursuites et des sanctions. D'emblée, il convient de justifier le choix de l'étude du principe de non-cumul de poursuite et des sanctions à ce stade de la réflexion. C'est qu'en effet, le Conseil constitutionnel juge depuis sa décision du 28 juillet 1989 que le cumul de sanctions doit être examiné au regard du principe de proportionnalité des peines⁷⁰⁸. Au surplus, les questions prioritaires de constitutionnalité des mois de juin et juillet 2016 témoignent du souci du Conseil constitutionnel de préserver l'aspect abstrait du contrôle *a posteriori* lorsqu'il s'agit de contrôler le respect du principe de non-cumul des sanctions⁷⁰⁹. Au sein de sa décision du 1^{er} juillet 2016⁷¹⁰, la constitutionnalité de l'article L. 314-18 du Code des juridictions financières (CJF) était mise en cause. L'article prévoit qu'une personne poursuivie devant la cour de discipline budgétaire et financière (CBF), pour l'une des infractions édictées par les articles L. 313-1 à L. 313-8 du même code, peut également être poursuivie devant une juridiction pénale pour une infraction pénale. Les requérants faisaient donc valoir que ce cumul des poursuites et des sanctions contrevient tant au principe de la nécessité des délits et des peines qu'au principe de proportionnalité des peines. Le Conseil constitutionnel déclare ces dispositions conformes à la Constitution sous une double réserve. D'une

⁷⁰⁸ Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-260 DC, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, consid. 22., *JORF* 1^{er} août 1989, p. 9676, *Rec.*, p. 71.

⁷⁰⁹ Dans le même sens, v. Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC ; A.-V. LE FUR, « La rationalisation des sanctions, une exigence démocratique en faveur de leur efficacité », *D.*, 26 mai 2016, n° 19, pp. 1091-1101 ; S. FUCINI, « L'interdiction du cumul des poursuites en matière d'abus de marché : la constitutionnalisation minimaliste du principe *non bis in idem* », *RFDC*, oct. 2015, n° 103, pp. 720-726 ; J. PRADEL, « *Ne bis in idem* : principe touché, non coulé », *D.*, 10 sept. 2015, n° 30, p. 1750 ; C. ARNAUD, « Le cumul des poursuites et des sanctions : divergences constitutionnelle et européennes », *RFDC*, sept.-oct. 2015, n° 5, pp. 1019-1029 ; A.-V. FUR, « Droit financier : "*Ne bis in idem*" et décision du Conseil constitutionnel », *Revue droit & affaires*, sept. 2015, n° 12, pp. 175-182 ; J.-R. MAUZY, « La décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 : un raisonnement d'initié ? », *LPA*, 30 juill. 2015, n° 151, pp. 4-21 ; P. IDOUX, « L'inconstitutionnalité du cumul des répressions administrative et pénale en matière financière », *DA*, juill. 2015, n° 7, pp. 19-20 ; B. DE LAMY, « Le non-cumul des sanctions par la non constitutionnalisation du principe *ne bis in idem* », *RSC* juill.-sept. 2015, n° 3, pp. 705-710 ; F. SUDRE, « Principe *non bis in idem* et Convention EDH : la décision en trompe l'oeil du Conseil constitutionnel », *JCP G*, 30 mars 2015, n° 13, pp. 605-609 ; O. DUFOUR, « C'est la fin des doubles poursuites ... au terme de 26 ans de combat », *LPA*, 24 mars 2015, n° 59, pp. 4-7 ; F. STASIAK, « Cumul de poursuites pénales et administratives », *RSC* avril-juin 2015, n° 2, pp. 374-378 ; J. LASERRE CAPDEVILLE, « La décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 : impacts et adaptations envisageables », *AJ Pénal*, avril 2015, n° 4, pp. 182-184 ; A. BOTTON, « Droit pénal des affaires - Délit d'initié - cumul de sanctions administratives et pénales », *Rev. pén.*, avril-juin 2015, n° 2, pp. 367-370 ; Cons. const., 14 janv. 2016, n° 2015-513/514/526 QPC.

⁷¹⁰ Cons. const., 1^{er} juill. 2016, n° 2016-550 QPC ; A. CAMUS, « Commentaire de la décision n° 2016-550 QPC du Conseil constitutionnel en date du 1^{er} juillet 2016 à propos du cumul des sanctions disciplinaires et pénales », *DA*, févr. 2017, n° 2, pp. 24-25 ; O. LE BOT, « Cumul de sanctions pénales et disciplinaires : deux réserves d'interprétation pour la CDBF », *Constitutions*, juill.-sept. 2016, n° 2016-3, pp. 468-470 ; F. WASERMAN, « L'application du principe *non bis in idem* et les procédures devant la CDBF », *Constitutions*, juillet-septembre 2016, n° 2016-3, pp. 456-464.

part, que les cumuls éventuels des poursuites et des sanctions respectent en tout état de cause le principe de nécessité des délits et des peines qui implique qu'une même personne ne puisse faire l'objet de poursuites différentes conduisant à des sanctions de même nature pour les mêmes faits, d'autre part, que le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues. Afin de conclure à la conformité sous réserve au principe de nécessité des délits et des peines, le Conseil constitutionnel suit une logique de contrôle qui lui permet de préserver ce dernier à un haut niveau d'abstraction. En effet, le Conseil constitutionnel était clairement invité par les requérants à effectuer un contrôle concret *a posteriori* afin de conclure ou non au respect du principe de non-cumul des poursuites et des sanctions. En témoignent les commentaires de la décision susvisée aux Cahiers du Conseil constitutionnel : « [...] Au regard de cette disposition, le Conseil constitutionnel était invité par les requérants à opérer un contrôle de la constitutionnalité de la disposition déférée compte tenu du contexte législatif dans lequel elle s'inscrit. Les requérants concluaient à l'inconstitutionnalité de cette disposition dès lors que certains faits pouvaient être poursuivis devant la CDBF et devant une juridiction pénale. Ainsi, selon eux, les faits prévus par l'article L. 313-4 du CJF peuvent constituer l'élément constitutif d'une escroquerie ou se matérialiser par un faux. Ceux prévus par l'article L. 313-6 du CJF peuvent être qualifiés de concussion ou constituer éventuellement un faux ou un détournement de fonds publics. Si le Conseil constitutionnel avait suivi cette logique de contrôle, il lui aurait appartenu de vérifier si tous les faits susceptibles d'être poursuivis devant la CDBF pouvaient faire l'objet de poursuites sous une qualification pénale et, dans l'affirmative, de vérifier si les conditions posées par sa jurisprudence pour le respect du principe de nécessité des délits et des peines étaient méconnues [...] ». ⁷¹¹ Si le Conseil constitutionnel avait emprunté cette logique de contrôle, il aurait nécessairement été conduit à effectuer un contrôle *a posteriori* au plus proche des faits de l'espèce et aurait emprunté conséquemment les fonctions d'un juge pénal. Se retranchant derrière son unique « casquette » de juge de la constitutionnalité des lois, le Conseil constitutionnel ne s'est livré qu'à un contrôle restreint des seules dispositions contestées qui se bornent à autoriser le cumul des poursuites et des sanctions.

⁷¹¹ Cons. const. 1^{er} juill. 2016, n° 2016-550 QPC.

La logique du contrôle utilisée par le Conseil constitutionnel afin d'examiner la proportionnalité des peines témoigne à nouveau de l'aspect abstrait de son contrôle *a posteriori*. Au sein du paragraphe 6 de sa décision, il rappelle dans son considérant de principe que « Si l'éventualité que soient engagées deux procédures peut conduire à un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues »⁷¹². Si ce considérant de principe atteste du fait que le Conseil constitutionnel s'assure que le niveau des sanctions encourues n'est pas manifestement disproportionné au regard des comportements incriminés, il se contente dans la plupart des cas d'une approche formelle du principe de proportionnalité des peines en renvoyant aux juridictions idoines le soin de veiller au respect du seuil maximal de la sanction potentiellement prononcée. En ce sens, le Conseil constitutionnel rappelle : [...] qu'il « appartient donc aux autorités juridictionnelles et disciplinaires compétentes de veiller au respect de cette exigence » en cas de cumul des sanctions et précise « qu'il appartient à ces autorités répressives de tenir compte, lorsqu'elles se prononcent, des sanctions de même nature antérieurement infligées »⁷¹³. En définitive, il apparaît que le Conseil constitutionnel se prête exceptionnellement à un contrôle matériel du principe de proportionnalité des peines.

164. Le contrôle contextuel et hypothétique du principe de proportionnalité des peines. Dans une certaine mesure, la décision du 22 juillet 2016 témoigne de l'approche plus pragmatique du Conseil constitutionnel concernant le principe de proportionnalité des peines. Était mise en cause la constitutionnalité du second alinéa du paragraphe IV de l'article 1736 du code général des impôts (CGI). Selon les requérants, eu égard à l'article L.152-5 du code monétaire et financier, la première disposition vient sanctionner, de manière inégalitaire et de manière concurrente, le défaut de déclaration d'un compte bancaire ouvert, utilisé ou clos à l'étranger. Tandis qu'au regard du premier de ces articles, « l'amende peut s'élever à 5 % du solde créditeur du compte non déclaré », « une amende fixée de manière

⁷¹² Cons. const., 1^{er} juill. 2016, n° 2016-550 QPC, consid. 6 ; Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC, M. Alec W. et autre [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale], consid. 24, *JORF* n° 0151, 30 juin 2016, texte n° 110.

⁷¹³ Cons. const., 24 oct. 2014, n° 2014-423 QPC.

forfaitaire à 750 euros par compte non déclaré » est prévue par le second article⁷¹⁴. Les requérants y voyaient ainsi une atteinte au principe d'égalité devant la loi pénale⁷¹⁵. Cependant, le Conseil constitutionnel ne les a pas suivis sur ce point et, soulevant d'office le grief tiré de la méconnaissance du principe de proportionnalité des peines, a examiné la question sous cet angle. C'est alors que le Conseil constitutionnel se prête à un examen plus pragmatique et hypothétique qu'à son habitude de la proportionnalité des peines. En effet, il évalue la proportionnalité de la peine au regard du comportement incriminé. Le considérant est éloquent : [...] « L'amende prévue par les dispositions contestées, qui réprime l'absence de déclaration annuelle des comptes bancaires ouverts, utilisés ou clos à l'étranger, est fixée en pourcentage du solde de ces comptes dès lors que le total de ces soldes excède 50 000 euros au 31 décembre de l'année » et « cette amende est encourue même dans l'hypothèse où les sommes figurant sur ces comptes n'ont pas été soustraites frauduleusement à l'impôt »⁷¹⁶. Le Conseil constitutionnel d'ajouter « qu'en sanctionnant d'une telle amende proportionnelle un manquement à une simple obligation déclarative, le législateur a instauré une sanction manifestement disproportionnée à la gravité des faits qu'il a entendu réprimer » [...] »⁷¹⁷. En somme, si d'habitude le Conseil constitutionnel semble opérer un contrôle abstrait de proportionnalité des peines, le fait que les Sages se réfèrent en l'espèce au critère de la gravité de l'atteinte témoigne de l'approche plus substantielle du contrôle de proportionnalité des peines. En effet, le Conseil constitutionnel se réfère au caractère prédéterminé de la peine qui peut ne pas être adapté à tous les cas de figure couverts par la loi pénale pour justifier le caractère disproportionné. Autrement dit, en utilisant la méthode inductive basée sur des situations factuelles raisonnablement prévisibles, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle de la proportionnalité des peines empreint de réalisme à l'image de celui qui s'effectue au Canada.

⁷¹⁴Cons. const., 22 juill. 2016, n° 2016-554 QPC, *M. Gilbert B.* [Amende pour défaut de déclaration de comptes bancaires ouverts, utilisés ou clos à l'étranger II], *JORF* n° 0171, 24 juill. 2016 texte n° 28.

⁷¹⁵Cons. const., 22 juill. 2016, n° 2016-554 QPC, consid.3.

⁷¹⁶Cons. const., 22 juill. 2016, n° 2016-554 QPC, consid.7.

⁷¹⁷Cons. const., 22 juill. 2016, n° 2016-554 QPC, consid.7.

2) L'approche contextuelle du contrôle de proportionnalité des peines au Canada

165. L'approche substantielle du contrôle de proportionnalité des peines au Canada. De manière générale, l'approche matérielle du contrôle de proportionnalité des peines dans le cadre du contrôle *a posteriori* peut être attestée à travers l'examen de la constitutionnalité des lois pénales à l'aune de l'article 12 de la *Charte* qui confère aux justiciables pénaux une protection contre des peines cruelles et inusitées qui seraient attentatoires à la dignité humaine. Une violation de l'article 12 de la *Charte* ne pourra être retenue que si la sentence est inappropriée au point d'être « exagérément disproportionnée » étant donné que l'article vise « les peines qui sont plus que simplement excessives »⁷¹⁸. Afin de relever le caractère « exagérément disproportionné » de la peine, les magistrats canadiens optent pour une approche spécifique et contextualisée. Cette démarche s'effectue en deux temps. La première étape consiste à examiner la peine infligée au regard de la situation du délinquant en cause. La seconde étape vise à imaginer certaines « situations hypothétiques raisonnables » au regard desquelles l'application de la peine pourrait être potentiellement inconstitutionnelle bien que la sentence satisfasse au premier volet du contrôle. Au sein de ces deux étapes, les magistrats se prêtent à un contrôle concret de la proportionnalité des peines dans le cadre du contrôle *a posteriori*.

166. Au regard du premier volet du contrôle de proportionnalité. Concernant le premier volet du contrôle de proportionnalité des peines, le contrôle de proportionnalité des peines ne peut être efficace que s'il s'effectue au regard de certains facteurs contextuels. Ainsi, lorsque les magistrats canadiens vérifient si une peine est exagérément disproportionnée, le tribunal doit d'abord prendre en considération « la gravité de l'infraction commise, les caractéristiques personnelles du contrevenant et les circonstances particulières de l'affaire afin de déterminer quelles peines auraient été appropriées pour punir, réhabiliter ou dissuader ce contrevenant particulier ou pour protéger le public contre ce dernier »⁷¹⁹. Cette première étape renvoie au contrôle judiciaire « ordinaire » de la peine, c'est-à-dire celui à travers lequel les juges canadiens siégeant en appel examinent,

⁷¹⁸ R. c. *Smith* (Edward Dewey), [1987] 1 RCS 1045.

⁷¹⁹ R. c. *Morrissey*, [2000], 2 SCR 90, §. 27.

conformément aux articles 718 à 718.2 du *Code criminel*, la justesse de la peine infligée en première instance au regard de la situation du délinquant en cause⁷²⁰. La « double casquette » des juges canadiens leur permet de concilier les fonctions de juge pénal et de juge de la constitutionnalité de la loi. Partant, ils peuvent combiner le contrôle judiciaire « ordinaire » de la peine avec le contrôle de la constitutionnalité de celle-ci⁷²¹. Cette complémentarité des contrôles est bienvenue tant il apparaît que le contrôle de proportionnalité des peines *a posteriori* commande une approche contextualisée. En témoigne la décision *Morrisey*⁷²². Dans cette affaire, eu égard à cette première étape, les magistrats ont conclu que l’alinéa 220 (a) qui prévoit une peine minimale d’emprisonnement de quatre ans en cas de négligence criminelle par l’utilisation d’une arme à feu ne représente pas une peine cruelle et inusitée au point de contrevenir à l’article 12 de la *Charte* au regard « du délinquant en cause et eu égard aux circonstances particulières de la présente affaire »⁷²³. Pour conclure en ce sens, les magistrats canadiens effectuent une « analyse complète du contexte »⁷²⁴ dans lequel s’insère la décision étudiée. Pour ce faire, ils analysent le facteur de la « gravité de l’infraction »⁷²⁵ qui comprend la nature des actes du délinquant et leurs conséquences. Les juges canadiens relèvent ainsi que la mort de la victime a été causée suite à la commission « d’actes ayant un caractère déréglé et téméraire à l’égard de la vie ou de la sécurité d’autrui justifiant que la responsabilité criminelle de l’accusé soit engagée »⁷²⁶. Il semble difficile de juger que l’accusé a agi d’une manière qui constitue « une dérogation marquée par rapport à la norme suivie par une personne raisonnable »⁷²⁷ sans la prise en compte préalable des circonstances particulières de l’affaire et la situation du délinquant. Ainsi, les magistrats relèvent tant des circonstances aggravantes et atténuantes susceptibles d’influer sur le caractère approprié de la peine. Ils en concluent que les circonstances atténuantes, soit les remords manifestés par l’accusé et le casier judiciaire vierge, ne l’emportent pas sur les circonstances aggravantes c’est-à-dire, l’état d’ébriété avancé, l’état de détresse psychologique extrême et le port d’une arme chargée dans une petite

⁷²⁰ *R. v. Nasogaluak*, [2010] SCC 6 ; *R. c. Guha*, [2012], BCCA 423 ; *R. c. O.*, [2012], BCCA 129 ; *R. c. Faucher*, [2002], JQ n°5537.

⁷²¹ Mais ils n’appliquent pas exactement le même critère.

⁷²² *R. c. Morrisey*, [2000] 2 SCR 90.

⁷²³ *R. c. Morrisey*, [2000], 2 SCR 90, §. 59.

⁷²⁴ *R. c. Morrisey*, [2000], 2 SCR 90, §. 34.

⁷²⁵ *R. c. Morrisey*, [2000], 2 SCR 90, §. 35.

⁷²⁶ *R. c. Morrisey*, [2000], 2 SCR 90, §. 36.

⁷²⁷ *R. c. Morrisey*, [2000], 2 SCR 90, §. 36.

cabane. En raison de ces considérations contextuelles, une peine minimale d'emprisonnement de quatre ans en cas de négligence criminelle par l'utilisation d'une arme à feu ne représente pas une peine cruelle et inusitée au point de contrevenir à l'article 12 de la *Charte* pour les magistrats canadiens.

167. Au regard du second volet du contrôle de proportionnalité. Au regard du second volet du contrôle de proportionnalité, les magistrats recherchent encore, si des « situations hypothétiques raisonnables » rendent potentiellement inconstitutionnelle la sentence jugée conforme à l'article 12 de la *Charte*. Au sein de l'affaire principale mettant en cause le délinquant, la juge Abour conclut que la peine minimale d'emprisonnement de quatre ans en cas de négligence criminelle causant la mort par suite de l'usage d'une arme à feu, peut s'avérer dans certaines « situations hypothétiques », disproportionnée au regard de l'acte incriminé⁷²⁸. L'exemple est en effet donné des agents de police en exercice qui lors de l'utilisation de leurs armes à feu provoquent malencontreusement la mort d'autrui. Dans cette hypothèse, la peine d'un emprisonnement de quatre ans pourrait apparaître *in casu*, cruelle et inusitée.

L'approche contextuelle basée sur des « situations hypothétiques raisonnables » pour déterminer l'inconstitutionnalité ou non d'une peine, peut encore être attestée par les affaires *Lloyd*⁷²⁹ et *Nur*⁷³⁰. Dans les deux affaires, les dispositions prévoyant une peine minimale obligatoire sont jugées inconstitutionnelles en ce qu'elles ne respectent pas le second volet du contrôle de proportionnalité de la peine au regard de l'article 12 de la *Charte*. Les requérants font communément valoir non pas que les peines minimales obligatoires sont totalement disproportionnées dans leurs cas, mais bien qu'elles le sont lorsqu'elles s'appliquent à d'autres délinquants. Dans l'affaire *Lloyd*⁷³¹, le requérant a été déclaré coupable de possession de drogues en vue d'en faire le trafic. Reconnu coupable d'une infraction apparentée peu de temps auparavant, il était passible d'une peine minimale obligatoire d'un an. En effet, la formulation large de la disposition législative contestée autorise à appréhender un grand nombre de comportements. Par conséquent, le toxicomane « occasionnel »

⁷²⁸ R. c. *Morrissey*, [2000], 2 SCR 90, §. 60.

⁷²⁹ R. c. *Lloyd*, [2016] 1 RCS 130.

⁷³⁰ R. c. *Nur*, [2015] 1 RCS 773.

⁷³¹ R. c. *Lloyd*, [2016] 1 RCS 130.

pourrait se voir infliger une peine d'emprisonnement d'un an au même titre qu'un trafiquant de drogue professionnel. Autrement dit, la disposition qui prévoit la peine minimale obligatoire peut s'appliquer à « une vaste gamme de comportements potentiels »⁷³² ce qui, sur le plan constitutionnel, la rend douteuse. Sur ce point, la Cour suprême du Canada, au regard du second volet du contrôle de proportionnalité de la peine, déclare contraire à l'article 12 de la *Charte*, la div. 5(3)a(i)(D) de la *LRCDA*S. Plus exactement, les juges suprêmes concluent que la peine minimale d'emprisonnement d'un an en cas de possession de drogues en vue d'en faire le trafic peut s'avérer dans certaines « situations hypothétiques », disproportionnée au regard de l'acte incriminé⁷³³. Dans l'affaire *Nur*⁷³⁴, les requérants ont été déclarés coupables de possession d'armes à feu prohibées chargées, une infraction prévue au paragraphe 95(1) du *Code criminel*. Condamnés en application des sous-al. 95(2)a(i) et (ii), lesquels prévoient des peines minimales obligatoires de trois et cinq ans, les deux accusés se sont vus infligés respectivement des peines de 40 mois et 7 ans d'emprisonnement. Ils prétendent que ces peines minimales sont totalement disproportionnées lorsqu'elles s'appliquent à d'autres délinquants. Conformément au cadre analytique qui prévaut en cas de contestation d'une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire⁷³⁵, les juges suprêmes ont procédé en deux étapes avant de conclure à l'inconstitutionnalité des sous-al. 95(2)a(i) et (ii) eu égard à l'article 12 de la *Charte*.

168. La consubstantialité de l'approche substantielle au contrôle de proportionnalité des peines. Au regard de ces décisions, il apparaît que l'approche concrète du contrôle de proportionnalité des peines dans le cadre d'un contrôle *a posteriori* est essentielle afin de prendre toute la mesure de la protection accordée par l'article 12 de la *Charte*. Les affaires susvisées démontrent qu'un contrôle de proportionnalité des peines ne peut se satisfaire d'un contrôle limité. Une approche substantielle quant au contrôle de proportionnalité des peines dans le cadre du contrôle *a posteriori* semble consubstantielle à ce dernier. C'est dans cette mesure,

⁷³² *R. c. Lloyd*, [2016] 1 RCS 130, §. 27.

⁷³³ *R. c. Lloyd*, [2016] 1 RCS 130, §. 35 : « La raison en est que la disposition qui la prévoit englobera presque inévitablement une situation hypothétique raisonnable acceptable dans laquelle le minimum obligatoire sera jugé inconstitutionnel ».

⁷³⁴ *R. c. Nur*, [2015] 1 RCS 773.

⁷³⁵ *R. c. Nur*, [2015] 1 RCS 773, §. 46.

qu'il est permis d'affirmer que le contrôle abstrait de constitutionnalité *a posteriori* en France semble moins à même d'assurer une protection pleine et entière que les justiciables sont en droit d'espérer. La conception abstraite du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* exercé par le Conseil constitutionnel au regard du principe de proportionnalité de la répression ne permet qu'imparfaitement de garantir la protection des droits et libertés fondamentaux des justiciables. L'approfondissement du contrôle de la proportionnalité des mesures procédurales des deux côtés de l'Atlantique accuse, également, la divergence quant à l'exercice du contrôle de conformité des lois pénales.

Section II : La divergence de protection des droits des justiciables pénaux lors de l'exercice du contrôle de conformité des lois de procédure

169. Les conditions de mise en œuvre des actes procéduraux : vecteur divergent du contrôle de proportionnalité des actes de procédure. En France, le contrôle abstrait *a posteriori* conduit le Conseil constitutionnel à refuser de prendre en compte les conditions à travers lesquelles sont mis en œuvre les actes procéduraux intrusifs lors de l'examen de la proportionnalité des actes de procédure (§1). En ce sens, le Conseil constitutionnel, distinguant la loi et l'application effective de la loi, tend à faire respecter lesdites normes de référence au regard des dispositions législatives qui, par elles-mêmes, porteraient atteintes aux normes de référence à vocation procédurale. En revanche au Canada, l'aspect concret du contrôle *a posteriori* autorise les magistrats canadiens à considérer ces conditions comme un critère à part entière du contrôle de proportionnalité des actes de procédure (§2). C'est qu'en effet, outre-Atlantique, la distinction entre la loi et l'application de la loi n'a pas lieu d'être.

§1. Les conditions de mise en œuvre des actes procéduraux intrusifs : un critère de contrôle secondaire en France

170. L'influence de la conception du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* sur l'examen de la proportionnalité des actes procéduraux. Le principe de la proportionnalité des actes de procédure s'impose communément aux juges constitutionnels français et canadien. En France, ce contrôle trouve son assise constitutionnelle dans l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui énonce que « l'arrestation ne doit intervenir que si elle est jugée « indispensable » ; ensuite, le cas échéant, les autorités doivent s'abstenir de « toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer » de la personne qui fait l'objet de la mesure »⁷³⁶. Outre-Atlantique, le contrôle de proportionnalité des actes de procédure s'effectuera, en partie, au regard de certaines normes de contrôle spécifiques, telles que les articles 8, 9 et 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui prévoient des garanties spécifiques contre la détention arbitraire des citoyens canadiens. Toutefois, il apparaît que le contrôle exercé sur le respect des normes de référence à vocation procédurale s'avère différent. En d'autres termes, l'interprétation des normes de référence au regard desquelles s'effectue le contrôle *a posteriori* des règles criminelles de procédure en France et au Canada témoigne du caractère plus ou moins concret dudit contrôle. En France, les limites du contrôle de constitutionnalité abstrait *a posteriori* peuvent être attestées tant au regard du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine (A), qu'au regard du principe de présomption d'innocence (B).

⁷³⁶ Art. 9 DDHC 1789.

A. Les limites du contrôle de constitutionnalité abstrait *a posteriori* au regard du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine

171. Le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Le caractère abstrait du contrôle *a posteriori* peut, dans une certaine mesure, être attesté par les questions prioritaires de constitutionnalité à travers lesquelles est invoquée la dignité humaine. D'emblée il convient de préciser le caractère « hybride » de ce principe constitutionnellement reconnu⁷³⁷. Le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine représente tant un droit inaliénable de la personne humaine qu'une garantie pénale venant limiter les mesures procédurales particulièrement intrusives. Dès les premières questions prioritaires de constitutionnalité soulevées en la matière, le Conseil constitutionnel marque son intention de cantonner son contrôle *a posteriori* à un haut degré d'abstraction. Il en est ainsi dans la décision « Garde à vue » au sein de laquelle le Conseil constitutionnel refuse d'exercer un contrôle des conditions matérielles au regard desquelles les gardes à vue sont mises en œuvre. En l'espèce, le requérant faisait valoir que les conditions matérielles dans lesquelles les gardes à vue se déroulent méconnaissent le principe de dignité. Fidèle à son raisonnement orthodoxe, le Conseil constitutionnel, distinguant la loi et l'application effective de cette dernière, rappelle simplement « qu'il appartient aux autorités judiciaires et aux autorités de police judiciaire compétentes de veiller à ce que la garde à vue, soit, en toutes circonstances, mis en œuvre dans le respect de la dignité de la personne »⁷³⁸. De façon similaire, à travers le prisme du principe de sauvegarde de la dignité humaine, le Conseil constitutionnel prescrit aux mêmes autorités de procéder au contrôle des conditions matérielles au regard desquelles la retenue dans les locaux d'une juridiction est mise en œuvre. L'hypothèse s'est notamment présentée dans la décision du 17 décembre 2010 dans laquelle le Conseil constitutionnel rappelle

⁷³⁷ Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC, « Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal », *JORF* 29 juill. 1994, p. 11024 : « Considérant que le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé et proclamé des droits, libertés et principes constitutionnels en soulignant d'emblée que : « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés » ; qu'il en ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle ».

⁷³⁸ Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC.

« qu'il appartient aux autorités judiciaires de veiller à ce que la privation de liberté des personnes retenues soit, en toutes circonstances, mises en œuvre dans le respect de la dignité de la personne ; qu'il appartient, ainsi, à ces autorités de veiller à ce que les locaux des juridictions dans lesquels ces personnes sont retenues soient aménagés et entretenus dans des conditions qui assurent le respect de ce principe ; que la méconnaissance éventuelle de cette exigence dans l'application des dispositions législatives précitées n'a pas, en elle-même, pour effet d'entacher ces dispositions d'inconstitutionnalité »⁷³⁹. Ce dernier considérant atteste du refus du Haut Conseil de considérer la mauvaise application des dispositions législatives comme un grief d'inconstitutionnalité recevable.

En définitive, si ces décisions confirment que le principe de dignité humaine fait l'objet d'un contrôle, il apparaît que ce dernier demeure restreint en ce que « seules les dispositions législatives qui, par elles-mêmes, y compris par leur insuffisance, porteraient atteinte à la dignité ou priveraient de garanties légales cette exigence, pourraient faire l'objet d'une censure par le Conseil constitutionnel »⁷⁴⁰. Le contrôle abstrait effectué par le Conseil constitutionnel semble se concilier difficilement avec les autres principes constitutionnels qui entourent le droit à la sûreté. À cet égard, la prise en compte du droit comparé canadien confirmera le fait qu'un contrôle concret est plus à même de répondre au « test de la rigueur nécessaire » auquel les actes restreignant la liberté individuelle doivent répondre⁷⁴¹.

⁷³⁹ Cons. const., 17 déc. 2010, n° 2010-80 QPC, « M. Michel F. [Mise à la disposition de la justice] », *JORF* 19 déc. 2010, p. 22374.

⁷⁴⁰ Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC.

⁷⁴¹ *Infra.* n° 173 et n° 174.

B. Les limites du contrôle de constitutionnalité abstrait *a posteriori* au regard du principe de la présomption d'innocence

172. Le respect du principe de la présomption d'innocence. L'étude des questions prioritaires de constitutionnalité à l'appui desquelles les requérants invoquent les garanties entourant leur droit à la sûreté témoigne également des limites du contrôle de constitutionnalité abstrait effectué par le Conseil constitutionnel. Le principe de la présomption d'innocence représente une des garanties entourant leur droit à la sûreté. Ce principe est un de ces principes qui innervent tout le procès pénal. Depuis la phase pré-sententielle jusqu'à la déclaration de culpabilité. Depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de rappeler les principes législatifs qui découlent des deux dimensions du principe de la présomption d'innocence. Seules les questions prioritaires de constitutionnalité remettant en cause le principe de présomption d'innocence par les mesures restrictives ou privatives de liberté lors de la phase pré-sententielle du procès et celles mises en œuvre avant jugement seront évoquées. En effet, la seconde dimension du principe de la présomption d'innocence, c'est-à-dire celle qui implique une certaine conduite dans l'administration de la preuve, ne sera pas étudiée étant donné qu'elle ne permet pas en tant que telle de déceler les limites d'un contrôle de constitutionnalité abstrait. Cette dernière dimension renvoie à la prohibition de principe des présomptions de culpabilité qui ne fait appel qu'à un contrôle objectif du Conseil constitutionnel. La spécificité de ces questions prioritaires de constitutionnalité réside dans la revendication d'une procédure « strictement nécessaire ». L'exigence d'une rigueur nécessaire est explicitement énoncée à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et impose que les mesures restreignant la liberté individuelle soient strictement nécessaires. Dans sa décision du 17 décembre 2010 précitée, le Conseil a rappelé, de manière traditionnelle, que « le principe de présomption d'innocence ne fait pas obstacle à ce que l'autorité judiciaire soumette à des mesures restrictives ou privatives de liberté, avant toute déclaration de culpabilité, une personne à l'encontre de laquelle existent des indices suffisants quant à sa participation à la commission d'un crime ou d'un délit à la condition que la procédure respecte les droits de la défense et qu'elle soit strictement nécessaire. ». Au regard de l'exigence de l'article

9, le Conseil constitutionnel doit vérifier que la mesure procédurale querellée est bien nécessaire pour s'assurer de la conformité d'une restriction ou privation de liberté d'une personne mise en cause. Mais au lieu de rechercher si une mesure procédurale alternative serait moins attentatoire au principe de la présomption d'innocence, le Conseil constitutionnel se focalise uniquement sur les conditions formelles qui entourent la garantie constitutionnelle alléguée. En ce sens, le Conseil constitutionnel, tout en renforçant à l'appui de deux réserves d'interprétations, le rôle de l'autorité judiciaire en cas de placement de l'intéressé au « petit dépôt », conclut à la conformité de l'article 803-3 du code de procédure pénale en raison notamment de la présence d'un cadre juridique entourant la mesure de défèrement judiciaire. L'article 803-3 du code de procédure pénale garantit en effet à l'intéressé le « droit de faire prévenir un proche, de s'alimenter, d'être examiné par un médecin et de s'entretenir avec un avocat »⁷⁴². Ce dispositif procédural combiné à deux réserves d'interprétation « suffit » au Conseil constitutionnel pour délivrer un brevet de constitutionnalité à l'article 803-3 du code de procédure pénale. En effet, renouant avec sa vision orthodoxe, le Conseil constitutionnel rappelle que « les situations de fait incompatibles avec la dignité de la personne ne remettent pas en cause, à elles seules, la constitutionnalité des dispositions qui prévoient la privation de liberté »⁷⁴³. Par conséquent, le Conseil constitutionnel se limite à un contrôle objectif de constitutionnalité de la mesure de défèrement, renvoyant la responsabilité à l'autorité judiciaire de relever les éventuelles incompatibilités pratiques avec la décision de défèrement judiciaire. Mais ce contrôle abstrait *a posteriori* n'est-il pas de nature à priver la question prioritaire de constitutionnalité de la majeure partie de son intérêt ? En effet, le contrôle *a posteriori* vise précisément à permettre de saisir la loi pénale telle qu'elle se révèle dans la pratique. En réduisant son contrôle *a posteriori* à la lettre de l'article 803-3 du code de procédure pénale, le Conseil constitutionnel ne peut s'assurer avec complétude de la conformité de ladite disposition à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Le contrôle lacunaire du Conseil constitutionnel peut encore être illustré par la décision du 16 septembre 2010⁷⁴⁴ relative au fichier national des empreintes

⁷⁴² Cons. const., 17 déc. 2010, n° 2010-80 QPC, M. Michel F. [Mise à la disposition de la justice], consid. 7.

⁷⁴³ Cons. const., 26 nov. 2010, n° 2010-71 QPC, Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement], consid. 29 ; Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, M. Daniel W. et autres., Garde à vue.

⁷⁴⁴ Cons. const., 16 sept. 2010, n° 2010-25 QPC, M. Jean-Victor C. [Fichier empreintes génétiques], *JORF* 16 sept. 2010, p. 16847, texte n° 64, *Rec.*, p. 220.

génétiques. Tandis que les requérants soulevaient l'inconstitutionnalité du fichier institué par les articles 706-54 à 706-56 du code de procédure pénale au regard notamment du principe de la présomption d'innocence, le Conseil constitutionnel ne contrôle pas le degré de gravité d'atteinte de la mesure de sûreté au regard de la présomption d'innocence en cause. Une fois de plus, le simple pouvoir de contrôle confié à l'officier de police judiciaire afin de décider d'une telle mesure suffit à emporter la constitutionnalité du fichier national des empreintes génétiques⁷⁴⁵. Le Conseil évince de la sorte le grief tiré de la violation du principe de présomption d'innocence qui l'aurait inéluctablement conduit à effectuer une approche contextuelle du contrôle de proportionnalité de la mesure de sûreté. En l'état de ces décisions françaises, un constat est possible : de manière générale, un contrôle abstrait découlant d'une conception objective de la procédure ne semble pas capable en lui-même de répondre efficacement au « test de la rigueur nécessaire ». Afin de vérifier plus avant cette hypothèse, il convient d'analyser le contrôle de proportionnalité des actes de procédure effectué par les magistrats canadiens dans le cadre du contrôle concret de constitutionnalité *a posteriori*.

§2. Les conditions de mise en œuvre des mesures procédurales intrusives : un critère de contrôle prioritaire au Canada

173. L'inévitable contrôle concret *a posteriori* au regard du « test de la rigueur nécessaire ». Au Canada, le droit à la sûreté est notamment consacré à l'article 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui prévoit que « Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires ». Afin de vérifier cette hypothèse, il conviendra de se pencher sur certains cas d'application de l'article 9 de la *Charte* dans les domaines touchant aussi bien à la détention avant procès d'un accusé (A) qu'à la détention automatique (B). L'étude de certaines affaires jurisprudentielles témoigne de l'enjeu d'un contrôle concret lorsqu'il s'agit d'établir la constitutionnalité ou non d'une mesure restrictive ou privative de liberté aux fins d'enquête.

⁷⁴⁵ Cons. const., 16 sept. 2010, n° 2010-25 QPC, consid. 12.

A. L'inévitable contrôle concret *a posteriori* dans le cas de la détention avant procès d'un accusé

174. Le cas de la détention avant procès d'un accusé. En vertu de l'article 515(10)c) du *Code criminel*, un accusé peut être détenu avant son procès s'il s'avère que la détention « est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice »⁷⁴⁶. Afin de caractériser la nécessité d'une telle détention, les magistrats canadiens optent pour une approche contextualisée du cas d'espèce qui leur est soumis. En témoigne l'affaire *Hall*⁷⁴⁷. L'accusé a fait face à un chef d'accusation de meurtre au premier degré après qu'une femme a été retrouvée morte décapitée. Avant tout procès, l'accusé a été placé en détention en vertu de l'article 515(10)c) du *Code criminel*. L'appelant plaide l'inconstitutionnalité de la disposition sur la base de laquelle l'ordonnance de détention est fondée pour le motif qu'elle contrevient au principe de la présomption d'innocence et du droit de ne pas être privé sans « juste cause » d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable, garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés de 1982*⁷⁴⁸. En effet, selon l'appelant, les mots « autre juste cause » de l'article 515(10)c) du *Code criminel* représentent une tentative de rétablir l'ancien motif consistant à justifier par l'intérêt public le refus d'accorder la mise en liberté sous caution qui a été jugé inconstitutionnel parce qu'il laissait une « large place à l'arbitraire »⁷⁴⁹. La question constitutionnelle était alors de savoir si cette détention était justifiée précisément « pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice »⁷⁵⁰. Afin de conclure à la constitutionnalité du refus de mise en liberté sous caution, les magistrats vérifient la constitutionnalité d'une telle détention au regard des quatre facteurs qui justifient le refus d'une mise en liberté provisoire. La nécessité de la détention sera avérée au regard du fait que l'accusation paraît fondée, de la gravité

⁷⁴⁶ Art. 515(10)c) *C. cr.*

⁷⁴⁷ *R. c. Hall*, [2002] 3 RCS 309, 2002 CSC 64.

⁷⁴⁸ *R. c. Hall*, [2002] 3 RCS 309, 2002 CSC 64, §. 11.

⁷⁴⁹ *R. c. Pearson*, [1992] 3 RCS 665 ; *R. c. Morales*, [1992] 3 RCS 711.

⁷⁵⁰ En effet, le juge appelé à se prononcer sur cette demande de mise en liberté sous caution a décidé que la détention de l'accusé avant son procès n'était pas nécessaire « pour assurer sa présence au tribunal » ou pour la « sécurité du public » (al. 515(10) a) et b) du *Code criminel*). Cependant, il s'est fondé sur l'article 515(10) c) pour refuser la mise en liberté sous caution afin de « ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice », compte tenu des lourdes conséquences du meurtre, de la preuve convaincante impliquant l'accusé et des autres facteurs mentionnés à l'alinéa c).

de l'infraction, des circonstances entourant sa perpétration, y compris l'usage d'une arme à feu, et du fait que le prévenu encourt, en cas de condamnation, une longue peine d'emprisonnement ou, s'agissant d'une infraction mettant en jeu une arme à feu, une peine minimale d'emprisonnement d'au moins trois ans. Ils procèdent ensuite, à une contextualisation du cas d'espèce : « Constatant la grande inquiétude qui régnait dans la collectivité et tenant compte des facteurs pertinents, dont le fait que l'accusation était fondée, ainsi que la gravité et l'horreur du crime commis, le juge Bolan, appelé à se prononcer sur la demande de mise en liberté sous caution présentée par l'appelant, a conclu qu'il était nécessaire de la rejeter pour ne pas miner la confiance du public dans le système de justice. Je ne vois aucune erreur dans le raisonnement du juge Bolan »⁷⁵¹.

B. L'inévitable contrôle concret *a posteriori* dans le cas de la détention automatique d'un accusé

175. Le cas de la détention automatique. L'affaire *Ladouceur*⁷⁵² témoigne également de l'approche matérielle du contrôle de la nécessité de la contrainte procédurale des agents de l'Etat par les magistrats canadiens. Dans un premier temps, la Cour suprême du Canada évalue si l'article 189a(1) du *Code de la route* autorisant les contrôles aléatoires du trafic par la police, porte atteinte à l'article 9 de la *Charte*. Les juges suprêmes ont constaté, au regard de *précédents*⁷⁵³, que la disposition litigieuse violait le droit de ne pas être arbitrairement détenus ou emprisonné en vertu de l'article 9 de la *Charte* car la décision d'interpeller était laissée à l'entière discrétion des agents de police. Si la Cour suprême du Canada avait restreint son contrôle de constitutionnalité *a posteriori* uniquement à la lettre de l'article 189a(1) du *Code de la route*, le contrôle aléatoire du trafic de la police aurait été frappé d'invalidité. Cependant, l'exercice de pondération des lois de procédure par l'article 1^{er} de la *Charte canadienne des droits et libertés*, permet de rétablir la conciliation entre la protection des droits et libertés des citoyens et les restrictions légales qui peuvent être imposées à leurs droits au profit de l'objectif

⁷⁵¹ R. c. *Hall*, [2002] 3 RCS 309, 2002 CSC 64, §. 42.

⁷⁵² R. c. *Ladouceur*, [1990], 1 RCS 1257, 1286-1287.

⁷⁵³ R. c. *Hufsky*, [1988] 1 RCS 621.

législatif de lutte contre la délinquance routière. Plus précisément, afin de conclure que la vérification de routine porte le moins possible atteinte à la garantie constitutionnelle susvisée, les magistrats canadiens analysent les potentielles conséquences de la contrainte procédurale sur le conducteur. En témoignent les motifs suivants : « [...] Ces interpellations sont et doivent être relativement brèves et n'exigent la présentation que de quelques documents. L'inconvénient causé au conducteur est minime. Le système de données au Centre d'information de la police canadienne (C.I.P.C.) auquel ont accès les agents de police à partir de leur voiture assure la rapidité et la fiabilité du processus. Le conducteur est généralement interrogé dans sa voiture ou au pire, lorsqu'il a commis une infraction, dans la voiture de police. Habituellement, il n'est pas nécessaire non plus d'effectuer une fouille poussée du conducteur ou du véhicule. S'il y avait fouille poussée, elle pourrait probablement faire l'objet de contestation comme portant atteinte à la garantie de l'article 8 de la *Charte*. La vérification de routine porte le moins possible atteinte à la garantie de l'article 9 contre la détention arbitraire. [...] »⁷⁵⁴. En définitive, une dernière interrogation subsiste. En toute hypothèse, un contrôle abstrait *a posteriori* permet-il efficacement de pourvoir au contrôle de fondamentalité ?

⁷⁵⁴ R. c. *Hufsky*, [1988] 1 RCS 621, §§. 636-637.

CONCLUSION CHAPITRE I TITRE II

176. L'opportunité du contrôle concret de constitutionnalité *a posteriori* commandée par les principes directeurs de la matière pénale. La protection des principes directeurs de la matière pénale commande des techniques juridictionnelles de contrôle spécifiques de la part des juges constitutionnels. En effet, la matière répressive appelle une conciliation d'intérêts contradictoires, celle de la sauvegarde de l'ordre public avec la protection des droits les plus élémentaires des justiciables pénaux. Une telle conciliation ne peut s'effectuer efficacement dans l'abstrait. Si un contrôle abstrait de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* n'empêche pas totalement une telle conciliation, il la complexifie d'une certaine manière. L'étude relative aux principes directeurs de la répression autorise à conclure en ce sens. En effet, un contrôle abstrait de constitutionnalité dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité ne permet pas à lui-seul, de pourvoir aux intérêts des requérants, même si le but n'est pas de leur donner toujours satisfaction... L'efficacité relative tenant à l'aspect abstrait du contrôle *a posteriori* peut se mesurer au regard des différentes étapes du contrôle de proportionnalité de la répression. Si la première étape dudit contrôle, c'est-à-dire l'examen de la disposition législative contestée au regard de l'objectif législatif qui sous-tend son élaboration, peut se satisfaire d'un contrôle abstrait, il en va différemment du test de la proportionnalité des incriminations et des peines s'y rattachant, ainsi que celle des mesures procédurales. L'évaluation efficace de la proportionnalité de la répression nécessite de prendre en compte les considérations concrètes tirées de l'espèce examinée afin d'offrir une protection plus adaptée aux intérêts des requérants. Un contrôle concret de constitutionnalité *a posteriori* tel qu'exercé par les magistrats canadiens, autorise justement cette approche pragmatique et contextualisée, là où le Conseil constitutionnel français s'y refuse. En effet au-delà du mécanisme même de la question prioritaire de constitutionnalité, il semble que la manière à travers laquelle les Sages vérifient la constitutionnalité des lois pénales dans le cadre du contrôle *a posteriori* représente le frein principal à une protection pleine et entière des droits fondamentaux des requérants. Par ailleurs, les apports d'un contrôle concret du contrôle *a posteriori*, à l'image de celui pratiqué au Canada, peuvent être attestés dans le cadre du contrôle de non-conformité des lois pénales.

Chapitre II : La protection des droits des justiciables à l'épreuve des effets du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*

177. **La divergence dans la paralysie des lois pénales inconstitutionnelles.** Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* en France et au Canada, l'inconstitutionnalité déclarée par les juges constitutionnels ne « paralyse » pas de la même manière la loi pénale inconstitutionnelle dans le temps (Section I). Si l'effet abrogatif *erga omnes* sanctionne l'inconstitutionnalité d'une loi pénale en France, l'effet de non application de la disposition législative au litige pénal prévaut au Canada. Cette divergence quant à la sanction des lois pénales inconstitutionnelles en France et au Canada trouve sa cause dans la conception même du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*. En effet, en France la saisine *a posteriori* est envisagée comme un contrôle de validité et non d'applicabilité de la disposition législative tel qu'exercé au Canada. Cependant, le sort d'une loi pénale inconstitutionnelle de part et d'autre de l'Atlantique ne se résume pas à cette simple alternative « conformité – inconstitutionnalité ». Les Constituants français et la Cour suprême du Canada ont octroyé aux juges constitutionnels respectifs un pouvoir de modulation des effets dans le temps de leurs décisions dont la mise en œuvre s'avère divergente. En effet, selon l'aspect concret ou abstrait du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, l'inconstitutionnalité modulée se justifiera soit au regard de la potentielle atteinte que la loi pénale litigieuse porte à la situation subjective du requérant, soit en raison du vice intrinsèque à la loi pénale elle-même. Partant, les techniques juridictionnelles utilisées par les juges constitutionnels reflèteront leur préoccupation plus ou moins poussée de prendre en compte les considérations subjectives des requérants au sein du processus de modulation des effets dans le temps des décisions constitutionnelles. Par ailleurs, l'approche plus ou moins pragmatique de la modulation des effets dans le temps des décisions constitutionnelles par les juges constitutionnels de part et d'autre de l'Atlantique se répercute, « dans l'espace », c'est-à-dire, dans les rapports entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif (Section II).

Section I : La divergence quant aux effets dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité au sein du procès pénal

178. Des effets spécifiques attachés au contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

La modulation des effets dans le temps des décisions prononcées par les juges constitutionnels canadiens et français renvoie à l'hypothèse où les juges peuvent, en fonction de circonstances de natures diverses, faire varier les effets de ces décisions. La typologie des effets attachés aux décisions constitutionnelles de part et d'autre de l'Atlantique peut se situer au-delà de la simple alternative abrogation immédiate ou différée en France, et, de celle de l'inopérabilité immédiate ou suspendue pour ce qui est du Canada. Selon le modèle juridique pris en référence, les juges constitutionnels auront une plus au moins grande latitude de choisir entre ces divers effets. La lecture *ad litteram* des textes constitutionnels permettrait de constater que chaque système, canadien ou français, a privilégié un modèle spécifique d'effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel et qu'il y a, malgré quelques éléments de rencontre, de ce point de vue divergence (§1). La pratique jurisprudentielle rend encore compte de certaines différences ayant trait aux suites juridiques extrinsèques des décisions d'inconstitutionnalité au sein du procès pénal de part et d'autre de l'Atlantique (§2). En effet, selon la conception abstraite ou concrète du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, les situations subjectives des justiciables en même temps que la sécurité juridique qui doivent prévaloir à chaque phase du procès pénal, en France comme au Canada, seront plus ou moins sauvegardées.

§1 : La divergence quant aux régimes juridiques intrinsèques des effets dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité au sein du procès pénal

179. Des modèles textuels divergents. La comparaison des prescriptions constitutionnelles relatives aux effets dans le temps des décisions des juges constitutionnels rendues suite à un contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* révèle l'existence de deux régimes juridiques distincts (A). En outre, l'aspect concret ou abstrait du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* conduit les juges constitutionnels à recourir à la technique de la modulation des effets dans le temps de leurs décisions d'inconstitutionnalité sur des justifications différentes et surtout plus ou moins en lien avec les situations subjectives des requérants (B).

A) La divergence quant aux prescriptions constitutionnelles des effets dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité au sein du procès pénal

180. Les effets dans le temps de la déclaration d'inconstitutionnalité au service des intérêts des justiciables. En France comme au Canada, les moyens d'inconstitutionnalité soulevés dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* représentent à n'en point douter une arme redoutable pour les justiciables contestant les lois qui leur sont appliquées. Mais pour que de tels moyens d'inconstitutionnalité représentent de réels outils de défense de leurs droits fondamentaux, encore faut-il que les effets attachés à la censure d'une loi pénale litigieuse servent les intérêts de ces derniers. Dans cette perspective, les Constituants français et canadien ont opté pour le principe de l'application immédiate de la décision des juges constitutionnels au procès pénal en cours (1). De manière exceptionnelle, lorsque les juges constitutionnels respectifs l'estiment nécessaire, ils peuvent sanctionner la loi pénale délictueuse avec un effet différé (2).

1) Le principe : l'application immédiate de la décision d'inconstitutionnalité au procès pénal en cours

181. La comparaison *ad litteram* des prescriptions constitutionnelles.

L'introduction d'une saisine *a posteriori* en France vise à contrôler la conformité à la Constitution de lois déjà en vigueur et appliquées dans le cadre des litiges actuels, contrairement au contrôle *a priori* qui ne concerne que des lois non encore promulguées. Les décisions rendues par le Conseil dans le cadre de la QPC auront nécessairement des effets inédits, jusqu'alors inconnus du contrôle traditionnel. Dans les décisions 108⁷⁵⁵ et 110⁷⁵⁶ QPC du 25 mars 2011, le Conseil constitutionnel a délivré, dans un considérant de principe, un mode d'emploi général de ses décisions QPC en rappelant d'une part qu'il est le seul détenteur du pouvoir de modulation des effets de celles-ci, et en indiquant d'autre part les effets de droit commun d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Le considérant de principe est le suivant : « Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». Dans le modèle canadien, l'assise constitutionnelle du contrôle constitutionnel est consacrée à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ce dernier énonce que « La Constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». Dans le contexte de cette disposition, le terme « inopérant » est équivalent à « invalide » comme le précise l'affaire *Sur le renvoi des Droits linguistiques au Manitoba*⁷⁵⁷. L'article 52 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* intéresse ainsi exclusivement l'hypothèse d'une loi qui est inopérante en raison de son conflit avec la Constitution. Dans ce cadre-là, la loi est invalide et inopérante. La loi continue cependant d'exister tant qu'elle ne sera pas formellement abrogée par le législateur.

⁷⁵⁵ Cons. const., 25 mars 2011, déc. n° 2010-108 QPC, Mme Marie-Christine D., [Pension de réversion des enfants], *JORF* 26 mars 2011, p.5404, texte n° 64, *Rec.*, p. 154.

⁷⁵⁶ Cons. const., 25 mars 2011, n° 2010-110 QPC, M. Jean-Pierre B., [Composition de la commission départementale d'aide sociale], *JORF* 26 mars 2011, p. 5406, texte n° 66, *Rec.*, p. 160.

⁷⁵⁷ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 RCS 721.

Elle cesse toutefois de produire ses effets. Par conséquent, la déclaration d'inconstitutionnalité produit un effet immédiat et n'a pas d'effet rétroactif comme en aurait la nullité. Autrement dit, la censure de la disposition litigieuse ne vaut, en principe, que pour l'avenir et les situations légalement acquises restent inchangées. Cela étant, la terminologie des termes « abrogation » et « inopérante » ne permet qu'imparfaitement d'illustrer la pratique jurisprudentielle réelle. En effet, la comparaison textuelle atteint à ce stade ses limites dans la mesure où la palette des effets répertoriés dans le cas canadien et dans le cas français doit, pour avoir du sens, être en réalité analysée à l'aune de la pratique jurisprudentielle à l'œuvre au Canada et en France. En effet, si l'invalidation « sèche » semble être le principe qui prévaut lors d'une déclaration d'inconstitutionnalité au Canada, la Cour suprême du Canada dans son arrêt *Schachter*⁷⁵⁸ est venue développer des alternatives à ce premier effet sanctionnateur des lois inconstitutionnelles. Un tribunal canadien pourra suspendre temporairement l'effet de la déclaration d'invalidité pour octroyer la possibilité au législateur d'harmoniser la loi pénale défectueuse dans trois hypothèses précises. Ainsi, la suspension temporaire de l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité se justifie lorsque : l'annulation de la disposition présenterait un danger pour le public⁷⁵⁹, l'annulation de la disposition porterait atteinte à la primauté du droit⁷⁶⁰ ; la disposition en cause serait limitative plutôt que trop large⁷⁶¹. À l'instar de l'effet différé de la décision d'abrogation en France autorisé par l'article 62-2 de la Constitution, la suspension d'invalidité maintient dans l'ordre juridique interne les dispositions législatives jugées pourtant inconstitutionnelles, pendant une certaine période. Par ailleurs, en France, l'abrogation permet au requérant en réalité de bénéficier immédiatement de la censure de la disposition contestée. Partant, elle ne vaut pas seulement que pour l'avenir. C'est la raison pour laquelle, il convient d'approfondir les réalités juridiques qui recèlent derrière les termes d'« abrogation » et d'« inopérabilité » à travers une comparaison relative à la pratique jurisprudentielle en la matière.

⁷⁵⁸ *Schachter c. Canada*, [1992] 2 RCS 679, 717-719.

⁷⁵⁹ *R. c. Swain*, [1991], 1 RCS 933, 63 CCC (3^e) 481.

⁷⁶⁰ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985], 1 RCS 721, 19 DLR (4^e).

⁷⁶¹ *Schachter c. Canada*, [1992], 2 RCS 679, note 57, p. 715.

182. Le principe : l'exécution immédiate de la déclaration d'inconstitutionnalité au sein du procès pénal. Conformément à l'article 62 alinéa 2 de la Constitution, le principe est que les décisions d'abrogation immédiate doivent bénéficier aux requérants et aux instances en cours au moment où la décision a été rendue⁷⁶². Il convient de préciser que l'application immédiate de la déclaration d'inconstitutionnalité au sein des instances en cours prend effet dès sa publication au Journal officiel de la République française. Dans une première acception stricte, la notion d'instance en cours semble devoir être définie comme « toutes les situations dont le juge a été saisi, mais sur lesquelles il ne s'est pas encore prononcé »⁷⁶³. L'application immédiate des décisions d'inconstitutionnalité prononcées par le Conseil constitutionnel se conjugue avec l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité. En ce sens, l'effet utile du moyen d'inconstitutionnalité soulevé par le requérant confère à ce dernier le bénéfice immédiat de la décision rendue par le Conseil constitutionnel. L'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité est consacré par l'article 23-3 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 qui prévoit que « [...] Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel. [...] ». L'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité est ainsi rendu effectif par le sursis à statuer de la part des juges du fond et des juges suprêmes de la Cour de cassation. Autrement dit, le procès principal, c'est-à-dire celui qui est à l'origine de la contestation constitutionnelle, ne pourra reprendre son cours qu'une fois la décision rendue par la Cour de cassation, ou s'il a été saisi, par le Conseil constitutionnel. Selon une seconde acception plus large, la notion d'instance en cours, semble pouvoir viser « toutes les affaires non définitivement jugées »⁷⁶⁴, c'est-à-dire « tous les jugements ou arrêts non définitifs [...] susceptibles de faire l'objet d'un appel ou d'un recours en cassation »⁷⁶⁵. Cette seconde acception

⁷⁶² G. CARCASSONNE, O. DUHAMEL, *QPC : La question prioritaire de constitutionnalité*, éd. Dalloz, 2011, p. 134.

⁷⁶³ X. MAGNON, « Premières réflexions sur les effets des décisions du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2011, p. 763.

⁷⁶⁴ Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-240 DC, M. Gérard D., [Définition du délit de harcèlement sexuel], *JORF* 5 mai 2012, p. 8015, texte n° 150, *Rec.*, p. 233.

⁷⁶⁵ X. MAGNON, « Premières réflexions sur les effets des décisions du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2011, p. 763.

engendre un certain renforcement du principe de l'application immédiate des déclarations d'inconstitutionnalité par l'effet de la « rétroactivité procédurale »⁷⁶⁶.

183. Le renforcement du principe de l'application immédiate des déclarations d'inconstitutionnalité par l'effet de la « rétroactivité procédurale »⁷⁶⁷. La notion de « rétroactivité procédurale »⁷⁶⁸ renvoie au principe général selon lequel une déclaration d'inconstitutionnalité bénéficie à la partie qui a présenté la question prioritaire de constitutionnalité, ainsi qu'à toutes les situations individuelles en cours. Cette « rétroactivité procédurale » est rendue effective par l'alinéa 2 de l'article 62-2 de la Constitution qui autorise le Conseil constitutionnel à moduler pour le passé les effets produits par la disposition censurée. Cette seconde hypothèse peut être attestée notamment par la décision du 2 juillet 2010⁷⁶⁹ concernant l'abrogation de l'article 90 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande au sein de laquelle le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnel ledit article et a décidé que l'abrogation était applicable à toutes les infractions non jugées définitivement au jour de la publication de la décision. Dans la même lignée, suite à l'inconstitutionnalité déclarée de l'article 1741 alinéa 4 du code général des impôts, le Conseil constitutionnel a rendu effective cette censure à la date de sa publication au Journal officiel de la République française⁷⁷⁰. Enfin, la question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article 222-33 du code pénal français qui incriminait le harcèlement sexuel⁷⁷¹ est éloquent. Suite à l'abrogation de l'article 222-33 du code pénal, le Conseil constitutionnel précise que l'application immédiate de sa décision d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la publication de la présente décision et qu'elle est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date⁷⁷². En somme, l'application immédiate qui s'attache automatiquement aux questions prioritaires de constitutionnalité est rendue effective par l'autorité de la chose jugée des décisions d'inconstitutionnalité du Conseil constitutionnel. Cependant, et, par

⁷⁶⁶ Th. DI MANNO, « Recours devant le Conseil constitutionnel par voie préjudicielle : la question prioritaire de constitutionnalité », *Jurisqueur Libertés Fasc.* 2010 ; X. MAGNON, *La question prioritaire de constitutionnalité – Pratique et contentieux*, Litec, déc. 2010, p. 35.

⁷⁶⁷ *Ibidem*.

⁷⁶⁸ *Ibidem*.

⁷⁶⁹ Cons. const., 2 juill. 2010, n°2010-10 QPC, Consorts C. et autres [Tribunaux maritimes commerciaux], *JORF* 3 juill. 2010, p. 12120, texte n° 91, *Rec.*, p. 131.

⁷⁷⁰ Cons. const., 10 déc. 2010, n° 2010-72/75/82 QPC, M. Alain D. et autres [Publication et affichage du jugement de condamnation], *JORF* 11 déc. 2010, p. 21710, texte n° 81, *Rec.*, p. 382.

⁷⁷¹ Cons. const., 4 mai 2012, 2012-240 QPC.

⁷⁷² Cons. const., 4 mai 2012, 2012-240 QPC, consid. 7.

exception, le Conseil constitutionnel peut aller plus loin en remettant en cause des jugements définitifs⁷⁷³. C'est dans cette mesure qu'il est permis de constater une extension possible de l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité dans certaines hypothèses.

184. L'extension de l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité en cas d'abrogation avec effet immédiat. Par exception, l'effet utile des déclarations d'inconstitutionnalité peut se situer au-delà des « instances en cours ». En effet, l'application des décisions d'abrogation aux affaires définitivement jugées est rendue possible par la formulation large de l'alinéa 2 de l'article 62 de la Constitution. Si, en matière pénale, l'hypothèse de l'effet rétroactif de l'abrogation sur les décisions devenues définitives ne s'est pas encore produit, rien n'empêche le Conseil constitutionnel de décider du contraire. Dans une certaine mesure, l'hypothèse s'est présentée dans la décision du 3 février 2012 au sein de laquelle le Conseil constitutionnel ouvre droit à un recours en annulation pour une peine automatique découlant d'une peine principale⁷⁷⁴. Au surplus, la potentielle extension de l'effet utile aux affaires définitivement jugées en matière pénale interroge sur le sort des condamnations ou des procédures qui étaient déjà intervenues et qui peuvent être en cours d'exécution ou pour certaines déjà exécutées⁷⁷⁵. En matière pénale, pareil effet rétroactif des décisions d'inconstitutionnalité n'a pas permis de remettre en cause les décisions définitivement jugées. Cependant, certaines questions prioritaires de constitutionnalité témoignent de l'extension de l'effet utile de la déclaration d'inconstitutionnalité au-delà des instances en cours. Le jugement d'inconstitutionnalité peut s'appliquer, par exemple, aux situations régies par la disposition abrogée à partir de la date de la publication de la décision. La question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article L.7 du code électoral permet de se rapprocher de cette situation. En effet, il ne s'agit pas véritablement d'une rétroactivité dans la mesure où la privation de l'exercice du droit de suffrage était

⁷⁷³ M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Les suites des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles dans le cadre de questions d'inconstitutionnalité. Étude portant sur les conséquences des déclarations d'inconstitutionnalité », in *La question prioritaire de constitutionnalité*, op. cit., p. 335.

⁷⁷⁴ Cons. const., 3 févr. 2012, n° 2011-218 QPC, M. Cédric S. [Condamnation d'un officier de carrière et perte de grade entraînant la cessation d'office de l'état militaire], *JORF* 4 févr. 2012, p. 2076, texte n° 69, *Rec.*, p. 107.

⁷⁷⁵ *Infra*. n° 200.

une situation en cours. Les intéressés pourront voter à l'avenir mais pas dans le passé, évidemment. Néanmoins, ce cas jurisprudentiel atteste des effets potentiels dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité rendues par le Conseil constitutionnel dans le cadre de l'alinéa 2 de l'article 62. L'article L.7 du code électoral a été abrogé immédiatement par les Sages le 11 juin 2010⁷⁷⁶, ces derniers s'exprimant ainsi : « l'abrogation permet aux intéressés de demander, à compter du jour de la publication de la présente décision, leur inscription immédiate sur la liste électorale dans les conditions déterminées par la loi »⁷⁷⁷. Par conséquent, les requérants condamnés à une peine automatique peuvent demander leur inscription sur les listes électorales à compter de la publication de la décision. Partant, la peine privative de l'exercice du droit de suffrage disparaît donc rétroactivement de l'ordre juridique. Dans la même lignée, il peut être mentionné la décision du Conseil constitutionnel du 7 juin 2013⁷⁷⁸. À la suite de la déclaration d'inconstitutionnalité, si le Conseil constitutionnel précise, de prime abord, que le 4° de l'article L. 3124-9 du code des transports prend effet à compter de la publication de la présente décision et qu'elle est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date, il énonce ensuite « que les peines définitivement prononcées avant cette date sur le fondement de cette disposition cessent de recevoir application »⁷⁷⁹. L'extension des effets de l'abrogation au-delà des instances en cours au moment où la décision est rendue se retrouve également dans les effets précisés par le Conseil constitutionnel de l'abrogation de l'article 222-31-1 du code pénal lorsqu'il indique qu'à compter de la publication de la décision « aucune condamnation ne peut retenir la qualification de crime ou de délit « incestueux » prévue par cet article ; que, lorsque l'affaire a été définitivement jugée à cette date, la mention de cette qualification ne peut plus figurer au casier judiciaire »⁷⁸⁰. Mais, l'abrogation avec effet immédiat peut aussi s'accompagner d'une limitation de l'effet utile des questions prioritaires de constitutionnalité.

⁷⁷⁶ Cons. const., 11 juin 2010 n° 2010 6/7, M. Stéphane A. et autres [Article L. 7 du code électoral], *JORF* 12 juin 2010, p. 10849, texte n° 70, *Rec.*, p. 111.

⁷⁷⁷ *Ibidem.*, consid. 6.

⁷⁷⁸ Cons. const., 7 juin 2013, n°2013-318 QPC, M. Mohamed T. [Activité de transport public de personnes à motocyclette ou tricycle à moteur], *JORF* 9 juin 2013, p. 9630, texte n° 18, *Rec.*, p. 809.

⁷⁷⁹ *Ibidem.*, consid. 21.

⁷⁸⁰ Cons. const., 16 sept. 2011, 163 QPC, [Définition des délits et crimes incestueux], *JORF*, 17 sept. 2011, p. 15600, texte n° 74, *Rec.*, p. 446.

185. La limitation de l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité en cas d'abrogation avec effet immédiat. Dans certaines hypothèses, le Conseil constitutionnel va encadrer strictement l'effet utile de l'abrogation immédiate en ce qu'il ne pourra bénéficier qu'aux parties à certaines conditions. De manière habituelle, cette limitation de l'effet utile apparaît lorsque le Conseil constitutionnel précise « que la présente déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la publication de la présente décision ; qu'elle peut être invoquée dans les instances en cours à cette date et dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles ». En matière pénale, la limitation de l'effet utile de la déclaration d'inconstitutionnalité peut, par exemple, être attestée par la décision du Conseil constitutionnel relative à la communication du réquisitoire définitif aux parties⁷⁸¹. Les Sages précisent : « Considérant que la déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la date de publication de la présente décision ; que, d'une part, elle est applicable à toutes les procédures dans lesquelles les réquisitions du procureur de la République ont été dressées postérieurement à la publication de la présente décision ; que, d'autre part, dans les procédures qui n'ont pas été jugées définitivement à cette date, elle ne peut être invoquée que par les parties non représentées par un avocat lors d'un règlement de l'information dès lors que l'ordonnance de règlement leur a fait grief ». En outre, l'effet utile de la décision d'inconstitutionnalité est strictement encadré en ce que seules les parties ayant « un intérêt légitime à invoquer cette inconstitutionnalité »⁷⁸² peuvent en bénéficier. Enfin, dans une toute dernière optique, l'abrogation des décisions d'inconstitutionnalité avec effet immédiat peut s'accompagner d'une neutralisation de l'effet utile des questions prioritaires de constitutionnalité.

⁷⁸¹ Cons. const., 9 sept. 2011, n° 2011-160 QPC [Communication du réquisitoire définitif des parties], *JORF* 10 septembre 2011, p. 15273, texte n° 61, *Rec.*, p. 438.

⁷⁸² *Ibidem.*, *Comm.*, Cons. const., 9 sept. 2011, n° 2011-160 QPC.

186. Le refus de l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité en cas d'abrogation avec effet immédiat. D'emblée, il convient de préciser que l'absence de l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité représente le principe en cas d'abrogation avec effet différé. En revanche, en cas d'abrogation avec effet immédiat, elle constitue l'exception. Cette absence quant à l'effet utile en cas d'abrogation immédiate est apparue avec la décision du Conseil constitutionnel du 17 février 2012⁷⁸³. D'autres décisions en matière pénale ont été rendues en ce sens, notamment la décision relative à l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires et des confrontations des personnes mises en cause en matière criminelle⁷⁸⁴, ou bien encore la décision relative au droit des parties non assistées par un avocat et à l'expertise pénale⁷⁸⁵. Au sein de ces décisions, le Conseil constitutionnel refuse le bénéfice de l'abrogation immédiate aux instances en cours. En effet, la préservation de l'effet utile desdites déclarations d'inconstitutionnalité aurait rendu les procédures en cours irrégulières, et irait à l'encontre des objectifs de prévention de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infraction. Cependant, le refus de l'effet utile n'est pas toujours compris par les justiciables, en particulier ceux qui sont à l'origine de la question prioritaire de constitutionnalité. En témoigne, l'affaire relative à l'expertise pénale⁷⁸⁶ au sein de laquelle une requête en rectification d'erreur matérielle à l'encontre de la décision constitutionnelle a été initiée par la requérante pour réclamer au Conseil constitutionnel le bénéfice de l'abrogation à son litige. Cependant, la requérante a été déboutée de sa demande, les Sages rétorquant dans leur décision du 27 décembre 2012⁷⁸⁷ « qu'en demandant que le Conseil complète sa décision par une précision propre à en assurer l'effet utile, Mme L. remet en cause la décision du Conseil constitutionnel sur les conditions dans lesquelles cette déclaration d'inconstitutionnalité prend effet ; qu'elle ne demande pas la rectification d'une erreur matérielle ; qu'il s'ensuit que sa requête doit être rejetée ». À cet égard, il peut être légitimement avancé que le caractère objectif du

⁷⁸³ Cons. const., 17 févr. 2012, n° 2011-223 QPC, [Garde à vue en matière de terrorisme : désignation de l'avocat], *JORF* 18 févr. 2012, p. 2846, texte n°72, *Rec.*, p. 126.

⁷⁸⁴ Cons. const., 6 avr. 2012, n° 2012-228/229 QPC, M. Kiril Z. [Enregistrement audiovisuel des interrogatoires et des confrontations des personnes mises en cause en matière criminelle], *JORF* 7 avr. 2012, p. 6414, texte n° 68, *Rec.*, p. 186.

⁷⁸⁵ Cons. const., 23 nov. 2012, n° 2012-284 QPC, Mme Maryse L. [Droit des parties non assistées par un avocat et expertise pénale], *JORF* 24 nov. 2012, p. 18549, texte n°92, *Rec.*, p. 613.

⁷⁸⁶ Cons. const., 23 nov. 2012, n° 2012-284 QPC, *AJ pénal* 2013, n° 109, obs. J.-B. PERRIER.

⁷⁸⁷ Cons. const., 27 déc. 2012, n° 2012-284R QPC, Mme Maryse L. [Demande de rectification d'erreur matérielle], *JORF*, 29 déc. 2012, p. 20838, texte n° 92., *Rec.*, p. 713.

nouveau moyen d'inconstitutionnalité sous-tend la décision constitutionnelle. La préservation des situations des justiciables pénaux représente, il convient de ne pas l'omettre, un objectif secondaire de la question prioritaire de constitutionnalité. Cependant, hormis ce dernier cas jurisprudentiel, il convient de constater que l'extension exceptionnelle de l'effet utile des décisions du Conseil constitutionnel témoigne de l'exercice plus pragmatique du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* de nature à le rapprocher du contrôle canadien. Le refus de l'effet utile en cas d'abrogation avec effet immédiat survient, d'une certaine façon, en l'absence de sursis à statuer tant par les juridictions ordinaires que suprêmes.

187. Les exceptions au sursis à statuer spécifiques à la matière pénale. Si le sursis à statuer est bienvenu en ce qu'il participe de l'effet utile des questions prioritaires de constitutionnalité, il rallonge le cours des instances et peut entraîner des conséquences lourdes sur le déroulement de ces dernières. C'est la raison pour laquelle le législateur organique y a institué certains tempéraments. Ainsi, de manière générale, le Constituant a prévu que dans toutes matières, lorsque le sursis à statuer entraînerait des conséquences excessives ou irrémédiables pour les droits de l'une des parties, le juge ne doit pas surseoir à statuer⁷⁸⁸. Par ailleurs, certaines exceptions au sursis à statuer sont spécifiques à la matière pénale. Dans ce contentieux, le législateur organique a pris en compte certaines particularités afin d'aménager le principe relatif au sursis à statuer. Ces particularités, tout en étant étroitement liées, sont de deux ordres. Les premières relèvent de la célérité quant à la procédure pénale, les secondes ont trait à l'objet même de la matière pénale, en ce qu'une détention est souvent en jeu.

188. L'exception au sursis à statuer en raison des délais de procédure.

L'exception au sursis à statuer est permise lorsque la juridiction doit statuer dans un délai déterminé ou dans l'urgence. Pour le juge judiciaire, l'hypothèse peut se présenter lorsque le prévenu est en détention provisoire⁷⁸⁹. Etant donné qu'une

⁷⁸⁸ Art. 23-3 ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958 en ce qui concerne les dispositions applicables devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation et art. 23-5 ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958 en ce qui concerne les dispositions applicables devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation.

⁷⁸⁹ Art. 397-3 Code pr. pén.: « Lorsque le prévenu est en détention provisoire, le jugement au fond doit être rendu dans les deux mois qui suivent le jour de sa première comparution devant le tribunal. Faute de décision au fond à l'expiration de ce délai, il est mis fin à la détention provisoire. Le prévenu, s'il n'est pas détenu pour une autre cause, est mis d'office en liberté ».

détention est souvent en jeu dans en matière pénale, le sursis à statuer pourrait entraîner au-delà du nécessaire une privation de liberté pour le requérant à l'origine de la question prioritaire de constitutionnalité. Dans cette perspective, le législateur organique prévoit qu'il n'est pas sursis à statuer ni lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance ni lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté conformément à l'alinéa 2 de l'article 23-3 de l'ordonnance de 1958⁷⁹⁰. En pratique, cela concerne la détention provisoire dont la mise en application relève du juge des libertés et de la détention et/, ou, des juridictions d'instruction. Cela concerne également la mise en détention mise en œuvre par les juridictions de jugement qui décernent un mandat de dépôt conformément à l'article 465 du code de procédure pénale. De même, l'alinéa 3 de l'article 23-3 de l'ordonnance de 1958 précise qu'il n'y a pas de sursis à statuer devant la Cour de cassation lorsque l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance. En somme, le principe du sursis à statuer a été aménagé par des dispositions spéciales en matière pénale afin d'éviter de retarder le cours de l'instruction et de prolonger la détention provisoire. Concernant les juges suprêmes de la Cour de cassation, il peut être fait mention de leur obligation de statuer dans un délai de trois mois lorsqu'un pourvoi est formé contre un arrêt de renvoi en cour d'assises⁷⁹¹, ou lorsqu'un pourvoi est formé contre l'arrêt de la chambre de l'instruction, rendu en matière de détention provisoire⁷⁹². Le délai est de deux mois, lorsqu'il est fait droit à la requête du demandeur en cassation tendant à faire déclarer son pourvoi immédiatement recevable. En somme, lorsque le sursis à statuer risquerait d'entraîner des conséquences irrémédiables ou manifestement excessives pour les droits d'une partie, la juridiction qui décide de transmettre la question peut statuer sur les points qui doivent être immédiatement tranchés⁷⁹³.

⁷⁹⁰ Art. 23-3, ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958.

⁷⁹¹ Art. 604 Code pr. pén.: 1° « La Cour de cassation, en toute affaire criminelle, correctionnelle ou de police, peut statuer sur le pourvoi, aussitôt après l'expiration d'un délai de dix jours à compter de la réception du dossier à la Cour de cassation. Elle doit statuer d'urgence et par priorité, et en tout cas, avant l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la réception du dossier à la Cour de cassation : « lorsque le pourvoi est formé contre un arrêt de renvoi en cour d'assises ».

⁷⁹² Art. 567-2 al. 1^{er} Code pr. pén.: « La chambre criminelle saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la chambre d'instruction rendu en matière de détention provisoire doit statuer les trois mois qui suivent la réception du dossier à la Cour de cassation, faute de quoi la personne mise en examen est mise d'office en liberté ».

⁷⁹³ Art. 23-3 al. 4, ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958 portant loi organique du Conseil constitutionnel.

189. Le tempérament à l'exception au sursis à statuer. Cela étant, même lorsque le sursis à statuer s'avère écarté, le requérant à l'origine de la question prioritaire de constitutionnalité n'est pas totalement privé du bénéfice de la décision constitutionnelle. En effet, le Conseil constitutionnel soucieux de préserver l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité, relève au sein d'une réserve d'interprétation dans sa décision du 3 décembre 2009 que « la dernière phrase du dernier alinéa de l'article 23-3 peut conduire à ce qu'une décision définitive soit rendue dans une instance à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité et sans attendre qu'il ait statué ; que, dans une telle hypothèse, ni cette disposition ni l'autorité de la chose jugée ne saurait priver le justiciable de la faculté d'introduire une nouvelle instance pour qu'il puisse être tenu compte de la décision du Conseil constitutionnel »⁷⁹⁴. Il autorise donc le requérant qui n'a pu bénéficier de l'immédiateté de la décision des Sages à introduire une nouvelle instance afin de remédier à cette carence. En pratique, par exemple, il se peut que la juridiction pénale statue sur la demande de mise en liberté mais aussi sur la culpabilité de la personne poursuivie sans attendre le résultat de la question prioritaire de constitutionnalité. Par la suite, le moyen d'inconstitutionnalité peut être renvoyé jusqu'au Conseil constitutionnel si toutes les conditions de recevabilité sont réunies. *In fine*, la question prioritaire de constitutionnalité peut déboucher sur une déclaration d'inconstitutionnalité. Ainsi, tempérament à l'exception au sursis à statuer permet, dans cette hypothèse, de remettre en cause une décision ayant acquis l'autorité de la chose jugée par l'introduction d'une nouvelle instance. Cependant, la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel manque de clarté. En effet, aucune précision n'indique quel juge doit être saisi dans l'hypothèse où la décision du Conseil constitutionnel conduirait à une censure de la disposition législative contestée⁷⁹⁵. Au surplus, pareil recours en réclamation du bénéfice de la décision d'inconstitutionnalité lorsque l'instance a été définitivement tranchée n'a encore été intenté. L'absence de préservation de l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité représente, en revanche, le principe en cas d'abrogation avec effet différé. En matière pénale, selon le Conseil constitutionnel, il peut être dérogé au principe de cette

⁷⁹⁴ Comm., Cons. const., 3 déc. 2009, n°2009-595 DC, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, p. 9.

⁷⁹⁵ S. CIMAMONTI, *Droit pénal général et question prioritaire de constitutionnalité*, op. cit., p. 13.

« rétroactivité procédurale » au bénéfice de la partie qui est à l'origine de la question prioritaire de constitutionnalité, dans le cas où l'abrogation immédiate des dispositions législatives contestées entraînerait « des conséquences manifestement excessives »⁷⁹⁶. Il convient désormais d'étudier plus en détail l'entorse permise à la règle de l'application immédiate de la déclaration d'inconstitutionnalité.

2) L'exception : l'absence d'application immédiate de la décision d'inconstitutionnalité au procès pénal en cours

190. L'exception : la déclaration d'inconstitutionnalité différée. En France, l'influence des décisions des juges constitutionnels sur le procès pénal en cours peut être différée auquel cas les requérants français ne bénéficient pas immédiatement de la déclaration d'inconstitutionnalité. Indépendamment de l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité, les mesures prises avant la décision du Conseil constitutionnel peuvent ne pas être contestées sur le fondement de l'inconstitutionnalité qui a été retenue. Le Conseil constitutionnel a rapidement eu recours à ce procédé comme en témoigne sa décision emblématique du 30 juillet 2010 relative à la garde à vue⁷⁹⁷, à laquelle peut être rattachée la décision relative à la retenue douanière⁷⁹⁸. Dans cette affaire, le Conseil constitutionnel a fait usage de la modalité d'abrogation de la loi tirée de l'alinéa 2 de l'article 62 de la Constitution du 4 août 1958 qui énonce qu'« une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le

⁷⁹⁶ Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, consid. n° 30 ; *AJDA*, 2010, p. 1556 ; *D.* 2010, p. 1928, entretien C. CHARRIERE-BOURNAZEL ; *ibidem* ; 1949, point de vue P. CASSIA ; *ibidem* ; 2254, obs. J. PRADEL ; *ibidem* 2011. 1713, obs. V. BERNAUD et L. GAY ; *AJpénal* 2010, p. 470, ét. J.-B. PERRIER ; *Constitutions* 2010, p. 571, obs. E. DAOUD, E. MERCINIER ; *ibidem* 2011, p. 58, obs. S. DE LA ROSA ; *RSC*, 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *ibid.* 165, obs. B. DE LAMY ; *ibidem* 193, chron. C. LAZERGES ; *RTD Civ.*, 2010. 513, obs. P. PUIG ; *ibid.* 517. ; Cons. const., 20 avr. 2012, n° 2012-235 QPC, Association Cercle de réflexion et de proposition d'action sur la psychiatrie, [Dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement], consid. n°31, *AJDA* 2012, p. 855 ; Cons. const., 4 avr. 2014, n° 2014-387 QPC, M. Jacques J., [Visites domiciliaires, perquisitions et saisies dans les lieux de travail], consid. n° 9, *D.* 2014, p. 829 ; *Ibidem* 2015, p. 1457, obs. L. GAY, A. MANGIAVILLAN ; *Dr. soc.* 2014, p. 948, chron. R. SALOMON ; *RSC* 2014. 361, obs. A. CERF-HOLLENDER ; Cons. const., 20 nov. 2015, n° 2015-499 QPC, M. Hassan B., [Absence de nullité de la procédure en cas de méconnaissance de l'obligation d'enregistrement sonore des débats de cours d'assises], consid. n° 6, *D.* 2016, p. 51, note C. COURTIN.

⁷⁹⁷ Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC ; H. CROZE, « Inconstitutionnalité de la garde-à-vue : une loi peut-elle être en sursis ? », *Procédures*, n° 10, oct. 2010, repère 9 ; O. BACHELET, « La garde-à-vue, entre inconstitutionnalité et inconstitutionnalité réelle », *Gaz. Pal.*, n° 2017, 5 août 2010, p. 4 ; F. FOURNIÉ, « Nouvelles considérations huroniques – À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 », *JCP G*, n°38, 20 sept. 2010, p. 914.

⁷⁹⁸ Cons. const., 22 sept. 2010, n° 2010-32 QPC, M. Samir M. et autres [Retenue douanière], *JORF* 23 sept. 2010, p. 17291, texte n° 40, *Rec.*, p. 241.

fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision » et a reporté au 1^{er} juillet 2011 la date de l'abrogation des dispositions relatives au régime de la garde à vue de droit commun. Le Haut Conseil mentionne, dans un premier temps, qu'en principe « une déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à la partie qui a présenté la question prioritaire de constitutionnalité ». Il ajoute toutefois que « l'abrogation immédiate des dispositions contestées méconnaîtrait les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et entraînerait des conséquences manifestement excessives »⁷⁹⁹. Soucieux de préserver l'ordre juridique interne et l'action de la police, le Conseil constitutionnel a consenti au Gouvernement un délai de près d'un an pour mettre aux normes la garde à vue⁸⁰⁰ et a décidé de maintenir jusque-là les dispositions du régime de garde à vue, jugées pourtant inconstitutionnelles. Si le Conseil constitutionnel a fait preuve de pragmatisme en l'espèce, il est troublant que le juge constitutionnel ait accepté qu'un régime privatif de liberté soit maintenu pendant près d'une année, alors qu'il viole les droits et libertés que la Constitution garantit. Cependant, l'abrogation immédiate aurait dépouillé l'ordre juridique interne d'une mesure de contrainte utile à la recherche des auteurs d'infraction et la sécurité juridique aurait été mise à mal. Dans ce cas d'espèce, le Conseil constitutionnel, rappelle qu'il « [...] ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement ; et qu'il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications des règles de procédure pénale qui doivent être choisies pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée ; [...] »⁸⁰¹. Au surplus, il ne s'est pas autorisé ici, à contraindre le législateur à prévoir des effets rétroactifs dans l'éventualité d'une nouvelle législation.

191. L'effet différé de la déclaration d'inconstitutionnalité avec « rétroactivité procédurale imposée »⁸⁰². Dans certaines hypothèses, le Conseil constitutionnel accompagne ses décisions d'abrogation avec effet différé d'une injonction procédurale adressée au législateur. Dans cette perspective, le Conseil constitutionnel impose au législateur, dans son considérant spécifique aux effets des

⁷⁹⁹ Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC.

⁸⁰⁰ F. SAINT-PIERRE, « Le point de vue de l'avocat », *Rev. pén.*, n° 3, juill.-sept., 2009, dossier spécial « Garde à vue : La décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 », p. 626.

⁸⁰¹ Cons. const., 30 juill. 2010 QPC, n° 2010-14/22 QPC, consid. 30.

⁸⁰² M. FATIN-ROUGE STEFANINI, K. ROUDIER, *op. cit.*, p. 339.

déclarations d'inconstitutionnalité, de « prévoir une application des nouvelles dispositions à ces instances en cours à la date de la présente décision »⁸⁰³. D'une certaine manière, l'effet utile de la censure des dispositions législatives est effectif, et doit pouvoir bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité ainsi qu'à toutes les instances en cours à la date de la décision. À ce jour, le Conseil constitutionnel n'a pas procédé à une telle injonction en matière pénale⁸⁰⁴. Dans certains cas, les Sages peuvent également, en cas d'une abrogation avec effet différé, laisser le soin au législateur de décider s'il convient d'accorder ou non un effet rétroactif à ses décisions.

192. L'effet différé de la déclaration d'inconstitutionnalité avec « rétroactivité procédurale proposée »⁸⁰⁵. Dans certains cas, le Conseil constitutionnel peut laisser le soin au législateur de gérer la situation transitoire entre la déclaration d'inconstitutionnalité et la date à laquelle cette décision prendra effet. Au regard du principe de la séparation des pouvoirs, cette hypothèse semble s'imposer puisque le Conseil constitutionnel ne peut contraindre juridiquement le Parlement à intervenir en cas d'abrogation d'une disposition inconstitutionnelle, fût-elle accompagnée d'un effet immédiat ou différé. Ainsi, l'effet différé de la déclaration d'inconstitutionnalité avec « rétroactivité procédurale proposée » peut être illustrée par les décisions relatives aux frais irrépétibles devant la Cour de cassation⁸⁰⁶ ou devant la juridiction pénale⁸⁰⁷. Dans la première hypothèse, l'abrogation immédiate de l'article 618-1 du code de procédure pénale⁸⁰⁸, jugé inconstitutionnel, aurait eu

⁸⁰³ Cons. const., 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC, consid. 12., [Consorts L. [Cristallisation des pensions], *JORF* 29 mai 2010, p. 9728, texte n° 67, *Rec.*, p. 91.; Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-83 QPC., M. Claude G. [Rente viagère d'invalidité], *JORF* 14 janv. 2011, p. 811, texte n° 121, *Rec.*, p. 57 ; Cons. const., 27 sept. 2013, n° 2013-343 QPC, préc., Époux L. [Détermination du taux d'intérêt majorant les sommes indûment perçues à l'occasion d'un changement d'exploitant agricole], consid. n° 9.

⁸⁰⁴ C'est qu'en effet, les règles d'application dans le temps d'une loi nouvelle que prendrait le législateur suite à la décision du Conseil constitutionnel ne sont pas les mêmes en matière civile (dont relèvent les décisions citées en note 774) et en matière pénale. Donc ce n'est pas forcément transposable.

⁸⁰⁵ M. FATIN-ROUGE STEFANINI, K. ROUDIER, *op. cit.*, p. 340 : L'effet différé de la déclaration d'inconstitutionnalité avec « rétroactivité procédurale proposée » correspond à l'hypothèse où le Conseil constitutionnel peut laisser le soin au législateur de décider s'il convient ou non d'accorder notamment un effet rétroactif à ses décisions.

⁸⁰⁶ Cons. const., 1^{er} avr. 2011, n° 2011-112 QPC, Mme Marielle D. [Frais irrépétibles devant la Cour de cassation], *JORF* 2 avril 2011, p. 5892, texte n° 71, *Rec.*, p. 170.

⁸⁰⁷ Cons. const., 21 oct. 2011, n° 2011-190 QPC, M. Bruno L. et autre [Frais irrépétibles devant les juridictions pénales], *JORF* 22 oct. 2011, p. 17969, texte n° 87, *Rec.*, p. 522.

⁸⁰⁸ Art. 618-1 Code pr. pén : « La cour condamne l'auteur de l'infraction à payer à la partie civile la somme qu'elle détermine, au titre des frais non payés par l'Etat et exposés par celle-ci. La cour tient compte de l'équité ou de la

pour conséquence de supprimer les droits reconnus à la partie civile par cet article. Dans la seconde hypothèse, l'abrogation immédiate de l'article 800-2 du code de procédure pénale, déclaré inconstitutionnel, aurait supprimé les droits reconnus à la personne poursuivie qui a fait l'objet d'un non-lieu, d'une relaxe ou d'un acquittement par cet article. A deux reprises, en gage de retenue vis-à-vis des compétences du législateur, le Conseil constitutionnel rappelle qu'il « ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement »⁸⁰⁹ et laisse le soin au législateur « d'apprécier les suites qu'il convient de donner à cette déclaration d'inconstitutionnalité »⁸¹⁰.

L'effet différé de la déclaration d'inconstitutionnalité avec « rétroactivité procédurale proposée » amène logiquement à évoquer la question du sursis à statuer. En effet, dans cette hypothèse, le Conseil constitutionnel doit-il surseoir à statuer en attendant l'intervention législative ? À ce jour, le Constituant n'a prévu aucune prescription en ce sens. Au Canada, cet effet différé est rendu effectif par la technique de la suspension d'invalidité.

193. La suspension d'invalidité. Le principe de l'application immédiate des décisions constitutionnelles au procès en cours peut être exceptionnellement écarté par l'effet de la suspension d'invalidité. L'effet de la déclaration d'invalidité est alors différé. Cela étant, ce report dans le temps de l'effet des décisions constitutionnelles n'est pas sans limite. En effet, comme il a déjà été dit, la modulation de la déclaration d'inconstitutionnalité pour l'avenir doit être justifiée. Trois hypothèses précises justifient alors la suspension temporaire de l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité : l'annulation de la disposition présenterait un danger pour le public⁸¹¹, l'annulation de la disposition porterait atteinte à la primauté du droit⁸¹² ; la disposition en cause serait limitative plutôt que trop large⁸¹³. Les magistrats canadiens ont notamment eu recours à cette modulation dans le temps des effets de leurs décisions au sein de l'affaire *Carter* précitée. Bien que la Cour

situation économique de la partie condamnée. Elle peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation ».

⁸⁰⁹ Cons. const., 21 oct. 2011, n° 2011-190 QPC, consid. 12 ; Cons. const., 1er avr. 2011, n° 2011-112 QPC, consid. 9.

⁸¹⁰ Cons. const., 21 oct. 2011, n° 2011-190 QPC, consid. 12 ; Cons. const., 1er avr. 2011, n° 2011-112 QPC, consid. 9.

⁸¹¹ *R. c. Swain*, [1991], 1 RCS 933, 63 CCC (3^e) 481.

⁸¹² *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985], 1 RCS 721, 19 DLR (4^e).

⁸¹³ *Schachter c. Canada*, [1992], note 57, p. 715.

suprême du Canada ait conclu dans cet arrêt que le droit pénal doit permettre une certaine forme d'aide médicale à mourir, elle a estimé que la tâche de concevoir une réponse appropriée relevait du Parlement. Dans cette perspective, les juges suprêmes ont suspendu leur déclaration d'invalidité jusqu'au 6 février 2016, soit pour un an, afin d'accorder le temps nécessaire au Parlement pour harmoniser convenablement la disposition pénale litigieuse à la *Charte*. En définitive, l'étude relative aux différentes modalités d'abrogation ou d'invalidité des inconstitutionnalités en France ou au Canada amène à s'interroger sur le raisonnement entrepris par les juges constitutionnels lors du processus de modulation des décisions d'inconstitutionnalité. En effet, il convient de vérifier plus avant, si la conception abstraite ou concrète du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, amène les juges constitutionnels à justifier l'aménagement dans le temps de leurs décisions d'inconstitutionnalité en usant d'une approche plus ou moins « conséquentialiste »⁸¹⁴.

B. La divergence quant à la modulation des effets dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité au sein du procès pénal

194. Les conceptualisations divergentes des inconstitutionnalités et les effets dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité en France et au Canada. Le processus de modulation des effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité semble être le produit d'une conciliation entre des exigences contradictoires. En effet, « Le choix de tel ou tel effet est en effet le produit d'une confrontation entre des exigences antinomiques, la régularité juridique d'un côté, qui implique d'empêcher la violation d'un précepte constitutionnel et, d'un autre côté, la préservation d'un intérêt de valeur également constitutionnelle que l'annulation ou l'abrogation de l'acte déclaré inconstitutionnel aurait pour effet de compromettre »⁸¹⁵. Partant de ce postulat, il convient de s'interroger sur la compatibilité ou non d'un contrôle concret ou abstrait de constitutionnalité des lois

⁸¹⁴ F. HOURQUEBIE, « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de *common law* », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, éd. Bruylant, 2012, p. 32.

⁸¹⁵ O. LECUCQ, « La modulation dans le temps des effets des décisions des juges constitutionnels. Perspectives comparatives France-Espagne-Italie », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, sous la dir. de L. Gay, Bruylant, *op. cit.*, p. 289.

pénales *a posteriori* avec la modulation des effets dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité. En effet, la conception concrète ou abstraite du contrôle *a posteriori* octroie aux juges constitutionnels une marge de manœuvre plus ou moins importante dans la détermination des effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité qu'il convient de vérifier plus avant. En ce sens, si l'aspect concret du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* permet, principalement, une conceptualisation « contextuelle » des inconstitutionnalités au Canada (1), en revanche la conception abstraite du contrôle *a posteriori* en France, engendre, principalement, une conceptualisation objective des inconstitutionnalités (2).

1) La conceptualisation principalement contextuelle des inconstitutionnalités au Canada

195. La portée dans le temps de la déclaration d'inconstitutionnalité déterminée par une approche concrète. Les considérations factuelles et contextuelles influencent considérablement la portée dans le temps de la déclaration d'inconstitutionnalité canadienne. Dans un premier temps, on l'a déjà dit, lorsque le tribunal canadien constate l'inconstitutionnalité d'une loi, il a le choix de la déclarer inopérante dans son intégralité, ou dans la mesure de son incompatibilité. Les juges canadiens peuvent aussi suspendre dans le temps les effets des de leurs décisions. Or, ce choix est dicté par les données factuelles et les contextes de chaque affaire. Ainsi, la suspension temporaire des effets d'une décision permet, dans un contexte factuel précis, de laisser au législateur le temps d'harmoniser la loi pénale litigieuse à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par exemple, en recourant à cette technique dans sa décision conduisant à l'invalidation des dispositions du *Code Criminel* relatives à la prostitution, la Cour suprême du Canada a témoigné d'une préoccupation à l'endroit des circonstances dans lesquelles intervient la déclaration d'inconstitutionnalité, de même que ses conséquences bien concrètes. Plus précisément, dans l'affaire *Bedford*⁸¹⁶, la Cour suprême du Canada a suspendu pour une période d'un an l'effet de son jugement car, de son avis, « il est clair que passer carrément de la situation où la prostitution est réglementée à la situation où elle ne

⁸¹⁶ *Canada (Procureur général) c. Bedford*, [2013], 3 RCS 433.

le serait pas du tout susciterait de vives inquiétudes chez de nombreux Canadiens »⁸¹⁷. C'est à l'aune d'un test conséquentialiste, que s'effectue, au Canada, la modulation des effets dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité. Il en résulte, une argumentation juridique « réaliste », dans le sens où « c'est l'évaluation des conséquences possibles d'une décision à la lumière du standard de l'acceptable et du raisonnable dans une société démocratique qui va rétroagir sur le choix du juge de privilégier une solution plutôt qu'une autre »⁸¹⁸. Ce raisonnement « conséquentialiste »⁸¹⁹ entrepris par les juges canadiens lors de la conceptualisation et de la mesure des inconstitutionnalités est-il surprenant ? La réponse semble négative au regard de la traditionnelle approche contextuelle du droit par les juges anglo-saxon. En revanche, en France, un tel raisonnement pragmatique endossé par les juges constitutionnels ne trouve pas son équivalent lors de l'étape de modulation des effets dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité. Toutefois, il convient de nuancer les propos en ce que l'aménagement des effets dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité par le Conseil constitutionnel est loin d'être complètement indifférent aux faits et au fond de l'affaire ayant donné naissance à la contestation constitutionnelle.

2) La conceptualisation principalement abstraite des inconstitutionnalités en France

196. Le raisonnement formel du Conseil constitutionnel français lors de la modulation des effets dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité. En France, le raisonnement conséquentialiste entrepris par les juges canadiens lors du processus de modulation des décisions d'inconstitutionnalité ne trouve pas son équivalent. Mais, faut-il pour autant s'en étonner ? La réponse semble négative dans la mesure où la nature abstraite du contrôle constitutionnalité *a posteriori* exercé par les Sages n'encourage pas le recours au raisonnement conséquentialiste. Dans ces conditions, la mise en œuvre de l'article 62 alinéa 2 de la Constitution française souffre de certaines lacunes qui autorise certaines critiques quant à la capacité de

⁸¹⁷ *Canada (Procureur général) c. Bedford*, [2013], 3 RCS 433, §. 167.

⁸¹⁸ F. HOURQUEBIE, « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de *common law* », *op. cit.*, p. 32.

⁸¹⁹ Plus généralement, sur l'argument pragmatique, v. C. PERELMAN, *Le champ de l'argumentation*, PUB, 1970, p. 100.

modulation des effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité par le Conseil constitutionnel.

197. Les faiblesses de la modulation des effets dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité par le Conseil constitutionnel. Bien que déclenchée à l'occasion d'un litige, la question prioritaire de constitutionnalité fait l'objet d'un contrôle abstrait de la part du Conseil constitutionnel. Les éléments factuels de l'affaire dont est issue la contestation constitutionnelle ne sont pris en compte qu'indirectement par le Conseil constitutionnel, lors de la plaidoirie au cours des audiences des questions prioritaires de constitutionnalité. En outre, le débat sur les effets dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité n'est pas dissocié du débat sur le fond et la modulation des effets dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité n'est jamais discuté contradictoirement par les requérants devant le Conseil constitutionnel⁸²⁰. Or, l'effet d'une abrogation différée d'une déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel n'est pas toujours accompagné d'une préservation de l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité à l'égard de la partie à l'origine de la contestation constitutionnelle. Pourtant, dans cette hypothèse, il semblerait tout particulièrement opportun pour les requérants de leur accorder la faculté de faire valoir leurs arguments concernant les effets dans le temps d'une abrogation dans le cadre du contradictoire⁸²¹. Cet élargissement du principe du contradictoire au débat sur les effets dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité permettrait à la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité de répondre aux exigences européennes relatives au droit au procès équitable prévu à l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Une évolution de la procédure du nouveau moyen d'inconstitutionnalité vers davantage de contradiction n'est pas inenvisageable au regard notamment, des principes directeurs régissant le

⁸²⁰ E. CARTIER, « L'ambiguïté des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité sur le procès », in, *La QPC, le procès et ses juges, L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, (sous la dir. E. CARTIER), Mission de recherche Droit et Justice, 2013, p. 179-180 ; O. LECUCQ, « La modulation dans le temps des effets des décisions des juges constitutionnels. Perspectives comparatives France-Espagne-Italie », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé, op. cit.* ; F. HOURQUEBIE, « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de *common law* », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles, op. cit.*, p. 38.

⁸²¹ Rien ne les empêche de le faire. Cependant, les requérants devront s'en remettre à leurs avocats qui seuls sont autorisés à prendre la parole devant le Conseil constitutionnel : V. T. SANTOLINI, « Le contradictoire dans le procès constitutionnel », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé, op. cit.*, p. 284.

pouvoir de modulation des effets dans le temps d'une annulation contentieuse par le Conseil d'État⁸²². À cette première anomalie, s'en ajoute une seconde, celle relative à l'indétermination des motifs sur lesquels reposent les décisions d'inconstitutionnalité du Conseil constitutionnel. Cependant, il convient de nuancer les propos et de mentionner que certaines questions prioritaires de constitutionnalité en matière pénale attestent du souci plus marqué du Conseil constitutionnel de motiver, de manière plus pragmatique, ses déclarations d'inconstitutionnalité à l'image des juges canadiens.

198. L'indétermination des motifs justifiant les déclarations d'inconstitutionnalité par le Conseil constitutionnel. De part et d'autre de l'Atlantique, la modulation des effets dans le temps des décisions résulte directement de la détermination des intérêts contradictoires en présence et d'un processus prétorien destiné à les concilier. En dépit des prescriptions textuelles posées en France à l'article 62 alinéa 2, force est de constater que l'aménagement des effets dans le temps résulte d'un pouvoir discrétionnaire du Conseil constitutionnel. Le Haut Conseil n'explicite pas toujours les motifs sur le fondement desquels ce dernier choisira, au sein de la gamme des effets dans le temps de ses décisions mise à sa disposition, celui le mieux adapté dans l'affaire qui lui est soumise. Sur ce point, certains auteurs, ont pu relever un certain laconisme des décisions du Conseil constitutionnel⁸²³. Spécifiquement en matière pénale, le Conseil constitutionnel justifiera ses décisions d'abrogation différée au regard des « conséquences manifestement excessives »⁸²⁴, ou tout simplement « non souhaitées »⁸²⁵ que pourrait entraîner une abrogation immédiate. Or, la mention par

⁸²² CE, ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, Rec., p. 197, D. 2005. 26 et p. 30, obs. P.-L. FRIER ; *RFDA* 2004, p. 454, obs. C. DEVYS et p. 438, obs. STAHL J.-H. et A. SOURREGES ; *AJDA* 2004, p. 1183, note C. LANDAIS, F. LENICA, V. égal. B. MATHIEU, « Le juge et la sécurité juridique : vues du Palais Royal et du quai de l'horloge », D. 2004. chron. 1603, V. aussi sur les rapports du juge administratif au temps, J. SAISON-DEMARS, « L'office du juge administratif face au temps. « À la recherche du temps retrouvé », *DA*, n° 2, ét. 4.

⁸²³ X. MAGNON, « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2011, n° 4, pp. 761-771 ; E. CARTIER, « L'ambiguïté des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité sur le procès », in, *La QPC, le procès et ses juges, L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, op. cit., p. 179 ; O. LECUCQ, « La modulation dans le temps des effets des décisions des juges constitutionnels. Perspectives comparatives France-Espagne-Italie. », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, op. cit., p. 306.

⁸²⁴ Cons. const., 30 juill. 2012, 14/22 QPC.

⁸²⁵ Cons. const., 1^{er} avr. 2011, 112 QPC, Frais irrépétibles devant la Cour de cassation, « Considérant que l'abrogation de l'article 618-1 du code de procédure pénale aura pour effet, en faisant disparaître l'inconstitutionnalité constatée, de supprimer les droits reconnus à la partie civile par cet article ».

le Conseil constitutionnel des « conséquences manifestement excessives », représente une « formulation balai » qui ne permet pas de connaître les réelles conséquences préjudiciables qui résulteraient d'une abrogation immédiate des dispositions contestées. « Les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions »⁸²⁶, ont également amené le Conseil constitutionnel à justifier l'effet différé de ses déclarations d'inconstitutionnalité. Enfin, le Conseil constitutionnel a justifié le report de sa déclaration d'inconstitutionnalité en mettant en avant que au l'abrogation immédiate méconnaîtrait « le principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif à la justice pénale des mineurs », dans sa décision relative à la composition du tribunal pour enfants⁸²⁷. Pour autant, cette absence quant à la détermination des motifs sur le fondement desquels le Conseil constitutionnel justifie le choix de l'aménagement des effets de ses déclarations d'inconstitutionnalité est-elle vraiment surprenante ? Au regard de la conception abstraite de la question prioritaire de constitutionnalité la réponse semble, une nouvelle fois, négative. En effet, le maintien de son contrôle à un haut niveau d'abstraction justifie que le Conseil constitutionnel ne s'aventure pas au-delà du nécessaire sur le terrain du procès principal. Cependant, force est de constater que certaines questions prioritaires de constitutionnalité attestent du glissement d'un raisonnement formaliste à un raisonnement conséquentialiste à l'image des juges canadiens. Par exemple, la décision sur la garde à vue⁸²⁸ est éloquente et témoigne d'une argumentation à la « canadienne », c'est-à-dire, empreinte de pragmatisme. Cependant, hormis quelques exceptions, le test conséquentialiste autour duquel la modulation des effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité s'effectue au Canada ne trouve pas son équivalent en France. Cela étant, une évolution du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* exercé par le Conseil constitutionnel vers davantage de pragmatisme, n'est-elle pas la voix inéluctable qui s'annonce ? Au regard de la « technique de la conciliation »⁸²⁹ que commande le processus de modulation des

⁸²⁶ Cons. const., 30 juill. 2012, 14/22 QPC.; Cons. const., 22 sept. 2010, n° 2010-32 QPC.

⁸²⁷ Cons. const., 8 juill. 2011, n° 2011-147 QPC, Composition du tribunal pour enfants, *JORF* 9 juill. 2011, p.11979, texte n° 103, *Rec.*, p. 343.

⁸²⁸ Cons. const., 30 juill. 2012, n° 2011-14/22 QPC.

⁸²⁹ O. LECUCQ, « La modulation dans le temps des effets des décisions des juges constitutionnels. Perspectives comparatives France-Espagne-Italie », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, (sous la dir. de L. GAY, Bruylant), *op. cit.*, p. 306.

effets dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité, cette évolution semble recommandable.

199. L'incompatibilité de la nature abstraite du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* avec la « technique de la conciliation »⁸³⁰. L'absence de raisonnement conséquentialiste de la part du Conseil constitutionnel français dans le choix de la technique de modulation des effets dans le temps de ses décisions d'inconstitutionnalité semble difficilement s'harmoniser avec la technique de la conciliation que commande de manière générale, la modulation dans le temps des décisions constitutionnelles. Cette technique commande ainsi à tout juge constitutionnel, de soupeser différents intérêts antagonistes afin de déterminer l'effet dans le temps de sa décision le plus adapté à la résolution du litige qui lui est soumis. Cette technique semble nécessairement induire une analyse pragmatique des décisions que les juges constitutionnels ont à rendre. En somme, la mise en perspective de la technique contentieuse susvisée permet à nouveau de conclure qu'un contrôle abstrait de constitutionnalité *a posteriori* ne permet qu'imparfaitement d'effectuer le processus de modulation. Compte tenu de l'importance de la détermination des effets dans le temps des décisions des juges canadiens et du Conseil constitutionnel, en particulier au regard de la partie à l'origine du moyen d'inconstitutionnalité, et plus largement des procès pénaux en cours, il convient de vérifier plus en avant si les lacunes déterminées au sein du processus de modulation engendrent un quelconque impact sur l'effectivité des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal. L'étude ainsi entreprise atteste dans une certaine mesure d'une divergence quant aux suites juridiques extrinsèques des décisions d'inconstitutionnalité au sein du procès pénal résultant de l'aspect concret ou abstrait du contrôle *a posteriori*.

⁸³⁰ *Ibidem*.

§2 : La divergence quant aux suites juridiques extrinsèques des décisions d'inconstitutionnalité au sein du procès pénal

200. Les moyens d'inconstitutionnalité et le temps. Les conséquences des décisions des juges canadiens et du Conseil constitutionnel sur la résolution des procès pénaux en cours sont divergentes. Afin de prendre correctement la mesure de cette divergence, il semble justifié de classer les décisions des juges canadiens et du Conseil constitutionnel selon les différents effets attachés aux décisions rendues par ces derniers juges. C'est la raison pour laquelle la distinction s'effectuera de manière générale autour de la distinction entre la censure immédiate de la loi pénale inconstitutionnelle (A) et celle différée de ladite loi (B). La comparaison permettra dans une certaine mesure de démontrer que le contrôle abstrait de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* n'est pas en soi suffisant pour remédier à la situation litigieuse.

A) En cas de censure immédiate de la loi pénale inconstitutionnelle

201. Les conséquences de l'abrogation immédiate sur le procès pénal en cours. L'effet abrogatif immédiat d'une disposition d'inconstitutionnalité représente le premier effet novateur et propre au mécanisme du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en France. L'effet abrogatif représentant la conséquence principielle d'une déclaration d'inconstitutionnalité survenue en France, la démonstration à venir s'orientera nécessairement à l'aune de ce premier effet (1). Il conviendra ensuite, d'envisager les potentiels palliatifs canadiens aux conséquences d'une déclaration d'inconstitutionnalité immédiate (2).

1) Les limites de l'effet abrogatif immédiat d'une disposition inconstitutionnelle en France

202. Interrogations majeures. L'étude de l'effet abrogatif immédiat révèle deux interrogations majeures. *Primo*, se pose la question du droit pénal transitoire applicable à la situation pénale litigieuse dépourvue « temporairement » d'assise textuelle de nature à résoudre le procès pénal en cours. *Deuxio*, l'alinéa 2 de l'article 62 de la Constitution amène à s'interroger sur sa véritable portée. Suite à une abrogation immédiate d'une disposition pénale inconstitutionnelle, il semble légitime de se poser la question de savoir si des condamnations passées en force de chose jugée peuvent être remises en cause suite à cette abrogation brutale.

203. La question du droit pénal transitoire en suspens. L'effet abrogatif immédiat d'une disposition jugée inconstitutionnelle est le premier effet novateur et propre à la question prioritaire de constitutionnalité. En matière pénale, cet effet abrogatif immédiat interroge sur le sort des condamnations ou des procédures qui étaient déjà intervenues et qui peuvent être en cours d'exécution ou pour certaines déjà exécutées⁸³¹. C'est notamment en référence à la décision relative au harcèlement sexuel⁸³² qu'il convient de tenter de répondre à ces deux problématiques. En cas d'abrogation immédiate de la disposition litigieuse, les intérêts et droits des victimes peuvent, dans une certaine mesure, être malmenés⁸³³. L'affaire mentionnée illustre ce phénomène. Se fondant sur le principe de légalité des délits et des peines⁸³⁴, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution l'article 222-33 du code

⁸³¹ S. CIMAMONTI, *Droit pénal général et question prioritaire de constitutionnalité*, *op. cit.*, p. 17 ; En effet, l'article 112-4 alinéa 2 énonce : « Toutefois, la peine cesse de recevoir exécution quand elle a été prononcée pour un fait qui, en vertu d'une loi postérieure au jugement, n'a plus le caractère d'une infraction pénale ». Toutefois, une décision constitutionnelle ne peut être assimilée à une loi. Par conséquent, la solution ne devrait pas être la même lorsque l'infraction a été supprimée non pas par une loi nouvelle postérieure au jugement mais par une décision d'abrogation du Conseil constitutionnel.

⁸³² Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC.

⁸³³ Au Canada, comme il n'y a pas de partie civile, l'intérêt des victimes à obtenir une condamnation sur la base d'un texte inconstitutionnel demeure symbolique.

⁸³⁴ Art. 8 DDHC 1789 : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

pénal⁸³⁵ réprimant le délit de harcèlement sexuel pour défaut de précision⁸³⁶ et l'a abrogé. Si l'on peut se réjouir que le Conseil constitutionnel ait fait prévaloir la clarté et la précision de la loi pénale, les conséquences qui découlèrent de cette abrogation brutale ont été préjudiciables pour les victimes. Tel un « chaos juridique », les enquêtes préliminaires en cours ont été classées sans suite et toutes les instructions ont abouti à un non-lieu⁸³⁷. Concernant les procès en cours, les procédures pénales se sont résumées à mettre hors de cause toutes les personnes soupçonnées de harcèlement sexuel n'étant pas liées à une relation de travail⁸³⁸ et, les décisions antérieures non définitivement jugées à la décision d'abrogation ont obligatoirement été de relaxe pour disparition de l'élément légal de l'infraction⁸³⁹.

204. « *Abrogata lege abrogante non revivescit lex abrogata* ». ⁸⁴⁰ « Si la loi contrôlée et déclarée inconstitutionnelle est abrogée, elle disparaît à l'égard de tous les justiciables, donc dans les procédures en cours. Cette disparition peut-elle conduire les juges du fond à rechercher et appliquer les dispositions dans leur rédaction antérieure, avant la modification apportée par le texte litigieux ? Si une nouvelle loi n'est pas rapidement adoptée, la juridiction pourra procéder ainsi sauf dans le cas où la relaxe s'impose »⁸⁴¹. Qu'en est-il dans le cas de l'affaire évoquée ? Du côté du harceleur, se pose logiquement la question des modalités d'engagement de sa responsabilité pénale suite à l'abrogation de la disposition pénale qui incriminait son comportement. Peut-il alors lui être appliqué la loi antérieure au texte de loi abrogé ? Cette solution est-elle réellement en adéquation avec les préceptes du droit pénal ? La règle selon laquelle « l'abrogation ne revigore pas la loi ancienne qu'elle avait

⁸³⁵ La Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale avait considérablement étendu le champ d'application du délit en simplifiant à l'extrême sa définition, le harcèlement sexuel consistant depuis lors dans « le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle ».

⁸³⁶ Tout en rappelant les pouvoirs dont le Conseil constitutionnel dispose pour moduler dans le temps les effets la censure qu'ils prononcent, en l'espèce les membres du Conseil constitutionnel ont décidé que l'abrogation de l'article 222-33 du code pénal prend effet à compter de la publication de leur décision et qu'elle « est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date. ».

⁸³⁷ J.-B. PERRIER, « Harcèlement sexuel : précisions sur l'abrogation en raison de l'imprécision », *AJPénal*, 2012, p. 482.

⁸³⁸ *Ibidem*.

⁸³⁹ Conformément à l'article 112-4 al. 2 du code pénal qui impose que, en cas d'abrogation de la loi pénale, la peine cesse de recevoir application.

⁸⁴⁰ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, Tome 1, *Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, *op. cit.*, p. 263.

⁸⁴¹ M.-C. SORDINO, « Réflexions sur la question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit pénal », *Gaz. Pal.* 21 avr. 2009, p. 3.

elle-même abrogée »⁸⁴², invite à répondre par la négative. Cependant, dans l'hypothèse envisagée de l'abrogation de l'incrimination de harcèlement sexuel, la résurgence de l'incrimination de harcèlement sexuel rédigé sous l'égide de la loi antérieure, c'est-à-dire de la loi du 17 janvier 2002⁸⁴³, aurait été moins criticable au regard du principe de légalité étant donné que la loi ancienne définissait les éléments constitutifs du harcèlement sexuel de manière beaucoup plus pointilleuse⁸⁴⁴ que la version abrogée par la question prioritaire de constitutionnalité.

205. La complexification de la poursuite des harceleurs sexuels. Optant pour l'abrogation immédiate de la disposition litigieuse, le Conseil constitutionnel a complexifié la poursuite de l'auteur des faits de harcèlement sexuel pour les victimes. Le harcèlement sexuel reste une faute civile de droit commun pouvant engager la responsabilité civile du harceleur. Néanmoins, la plainte pénale présente un intérêt certain pour la victime en ce que la société manifeste aussi sa réprobation de l'acte par la bouche du ministère public et surtout elle ouvre la possibilité de saisir un juge d'instruction qui pourra user de ses pouvoirs d'investigation pour établir les faits, alors que dans un procès civil, la charge de la preuve pèse sur le demandeur seul et le fardeau est écrasant. Si en l'espèce, il s'agit moins d'une atteinte fondamentale aux droits des victimes que d'une complexification des modalités de mise en œuvre de la responsabilité des auteurs d'infractions, le sentiment d'abandon des victimes demeure tangible en l'espèce. Sur ce point, il est regrettable que l'objectif de clarté et de précision de la loi pénale ne s'obtienne qu'au prix d'une période transitoire délicate pour les victimes d'actes de harcèlement sexuel. À cette première faille s'en ajoute une seconde. Conscient que l'abrogation immédiate du délit de harcèlement sexuel portait nécessairement préjudice aux victimes, le Parlement décida d'adopter en urgence une nouvelle loi régissant le comportement délictueux avec toutes les conséquences qui en ont résulté⁸⁴⁵. L'abrogation

⁸⁴² R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, Tome 1, *Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, op. cit. p. 263.

⁸⁴³ L. n° 2002-73, 17 janv. 2002 de modernisation sociale, *JORF* 18 janv. 2002, p. 1008 texte n° 1.

⁸⁴⁴ Avant la réforme du 17 janvier 2002, le harcèlement sexuel se définissait comme « le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle ».

⁸⁴⁵ *Infra.* n° 291.

immédiate des dispositions inconstitutionnelles soulève encore la question délicate des condamnations antérieures à l'abrogation, fondées sur le texte inconstitutionnel.

206. *Quid des condamnations antérieures à l'abrogation immédiate fondées sur le texte inconstitutionnel ?* Quel sort réserver aux délinquants sanctionnés antérieurement à l'abrogation et dont la peine est en cours d'exécution ? Au regard de l'article 62 alinéa 2 de la Constitution qui confère le pouvoir au Conseil constitutionnel de déterminer « les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause », l'effet rétroactif de l'abrogation sur les décisions de condamnation et dont la peine est en cours d'exécution peut être envisagée. Mais cette hypothèse, se concilie-t-elle avec les principes régissant le droit pénal ? Conformément à l'article 112-4 alinéa 2 du code pénal qui impose qu', « en cas d'abrogation de la loi pénale, la peine cesse de recevoir application », les décisions antérieures définitives doivent obligatoirement être de relaxe pour disparition de l'élément légal de l'infraction. Pour autant, la décision d'abrogation du Conseil constitutionnel peut-elle être assimilable à « la loi postérieure au jugement » prévu à l'article 112-4 alinéa 2 du code pénal ? Conformément au principe d'interprétation stricte de la loi pénale consacré par l'article 111-4 du code pénal, une réponse négative s'impose. Cependant, l'interdiction faite aux juges pénaux de procéder à une interprétation par analogie, extension ou induction peut céder devant une interprétation *in favorem*. En effet, dès lors que l'interprétation par analogie est favorable au délinquant, il peut être dérogé exceptionnellement à la règle de l'interprétation stricte de la loi pénale. Partant, à l'appui d'une interprétation *in favorem*, les délinquants sanctionnés antérieurement à l'abrogation et dont la peine est en cours d'exécution pourraient arguer de la disparition de la peine par voie d'abrogation. Pour autant, cette solution est-elle bienvenue ? La remise en cause des condamnations à l'emprisonnement ferme antérieures à l'abrogation immédiate fondées sur le texte inconstitutionnel reviendrait à libérer dans la société toutes les personnes relaxées ou acquittées, y compris celles qui pourraient présenter un danger pour le public. La tenue d'un nouveau procès⁸⁴⁶ semble dès lors conditionner la remise en cause des condamnations antérieures à l'abrogation immédiate fondées sur le texte

⁸⁴⁶ D. DE BECHILLON, « Remettre en cause la chose jugée en application d'une loi inconstitutionnelle ? », *JCP G.*, 2010, n° 9-10, p. 237.

inconstitutionnel. Toutefois, en raison de l'infraction abrogée, la tenue d'un nouveau procès semble compromise. On peut néanmoins s'interroger sur les éventuelles conditions de faisabilité. Plus exactement, en l'état du droit processuel français et notamment, du droit de la révision⁸⁴⁷, pareille solution est-elle envisageable ? La demande en révision est permise par l'article 622 du code de procédure pénale⁸⁴⁸ si, « après une condamnation, vient se produire ou se révéler un fait nouveau ou un élément inconnu de la juridiction au jour du procès, de nature à faire naître un doute sur la culpabilité du condamné ». Partant, l'interprétation *in favorem* devrait encore œuvrer. En effet, afin de rejuger le délinquant, il faudrait encore considérer l'inconstitutionnalité d'une disposition législative pénale comme un « fait nouveau ». Au regard de la jurisprudence criminelle⁸⁴⁹, la solution semble difficilement envisageable. *In fine*, à l'instar du « réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme⁸⁵⁰ », il pourrait être imaginé une procédure quasi-similaire, soit, le « réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'une abrogation par le Conseil constitutionnel ». En définitive, les effets issus de l'abrogation immédiate d'une disposition pénale inconstitutionnelle, interrogent sur l'existence dans l'ordre juridique canadien, de correctifs appropriés à cette situation juridique précaire.

2) Les potentiels palliatifs canadiens aux conséquences d'une déclaration d'inconstitutionnalité immédiate

207. *Ubi jus, ibi remedium*⁸⁵¹. L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne prévoit rien de spécifique au sujet des réparations pouvant faire suite à une déclaration d'inconstitutionnalité. Toutefois, suite à l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Cour suprême du Canada est venue développer un droit des réparations constitutionnelles. Ainsi, dans l'arrêt *Schachter*, les juges suprêmes ont précisé que « La Constitution confère au tribunal le pouvoir d'accorder

⁸⁴⁷ *Ibidem*.

⁸⁴⁸ Art. 622, 4 Code. pr. pén.

⁸⁴⁹ Cass. crim., 28 avr. 1997 *Bull. crim.* 1997, n° 150, *Gaz. Pal., Rec.* 1998, 2, p. 330, note S. PETIT: l'annulation d'un arrêté municipal d'expulsion par la juridiction administrative dont l'illégalité n'a pas été invoquée devant les juges du fond n'est pas un fait nouveau.

⁸⁵⁰ Art 626-1 et s. Code. pr. pén.

⁸⁵¹ Où il y a un droit, il y a un remède.

une réparation constitutionnelle valant à la fois pour le passé et pour l'avenir »⁸⁵². Plus précisément, l'article 24(1) de la *Charte* reconnaît à la personne dont les droits constitutionnels ont été violés le droit d'ester en justice pour « obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste ». Dans certaines hypothèses, la victime de violation de ses droits constitutionnels peut obtenir des dommages et intérêts, « ce qui constitue une réparation nécessairement rétroactive »⁸⁵³. Ainsi, l'article 24(1) de la *Charte* assure l'efficacité de la garantie juridictionnelle des droits constitutionnels pour remédier aux atteintes occasionnées par les autorités de l'État. Rappelons que, à l'origine, l'existence de mécanisme de réparations susceptibles d'être octroyées aux victimes de violation a conditionné la reconnaissance des droits et libertés des individus⁸⁵⁴. En effet, tel que le souligne l'affaire *974649 Ontario Inc*⁸⁵⁵ : les droits substantiels consacrés par la *Charte canadienne des droits et libertés* ne seraient d'aucune utilité si aucun mécanisme de réparation n'était mis en œuvre :

« [...] Il faut interpréter l'article 24 de façon à permettre la réalisation de son objet, qui est de protéger les droits garantis par la *Charte* en assurant des réparations efficaces en cas d'atteintes à ceux-ci. Si la jurisprudence de notre Cour concernant le paragraphe 24(1) peut être réduite à un thème, on peut dire que le paragraphe 24(1) doit être interprété de manière à assurer une réparation complète, efficace et utile à l'égard des violations de la *Charte*: [...] Comme l'a indiqué le juge Lamer dans l'arrêt *Mills*, le paragraphe 24(1) « fait du droit à une réparation la pierre angulaire de la mise en œuvre effective des droits accordés par la *Charte* ». C'est l'établissement d'une voie de recours par le paragraphe 24(1) qui « avant tout fera de la *Charte* un instrument éloquent et vigoureux de protection des droits et des libertés des Canadiens (p. 881). [...] ».

Ainsi, l'article 24(1) de la *Charte* octroie aux tribunaux canadiens un large pouvoir, sinon discrétionnaire, pour octroyer à un accusé ayant fait la preuve avec succès d'une violation d'un ou de plusieurs de ses droits et libertés une réparation d'ordre constitutionnel. Par exemple, bien que les dommages et intérêts représentent une

⁸⁵² *Schachter c. Canada*, [1992] 2 RCS, 679, p. 719.

⁸⁵³ *Schachter c. Canada*, [1992] 2 RCS, 679, pp. 725-726.

⁸⁵⁴ W. WADE, C. FORSYTH, *Judicial Remedies in Public Law*, Sweet & Maxwell, London, 2004, 701 p. : Par exemple, c'est la procédure d'*habeas corpus* qui a permis de reconnaître la liberté individuelle.

⁸⁵⁵ *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 RCS 575, §. 19 ; Dans le même sens : *R. c. Duguay et Taillefer*, 2003 CSC 70.

réparation des plus efficaces en matière criminelle, dans l'affaire *Ward*⁸⁵⁶, la Cour suprême du Canada a autorisé un accusé à invoquer une réparation pécuniaire dans la mesure où ses droits et libertés constitutionnellement garantis avaient été violés. Si la largesse du libellé de l'article 24(1) de la *Charte* ne peut être niée, elle n'est toutefois pas sans limite. En effet, il n'est pas possible, à l'appui de l'article 24(1) de la *Charte*, d'invoquer par exemple, l'exclusion des éléments de preuve obtenus en contravention des droits d'un accusé. Cette réparation constitutionnelle puise en effet son fondement dans l'article 24(2) de la *Charte*⁸⁵⁷.

Comparativement en France, force est de constater que pareilles dispositions législatives ne trouvent pas leur équivalent. En effet, la question prioritaire de constitutionnalité n'ayant pas vocation à examiner la constitutionnalité des actes réalisés par les autorités publiques, l'octroi d'une réparation constitutionnelle en vue de l'exclusion d'éléments de preuve obtenus en contravention des droits d'un accusé ne paraît pas, en l'état actuel du droit constitutionnel français, se justifier. Cependant, l'absence de réparations susceptibles d'être accordées sur le fondement du recours prévu par l'article 61-1 de la Constitution française s'avère davantage critiquable. A l'heure actuelle, le droit public français n'a pas institué de régime spécifique d'indemnisation en cas de violation des droits et libertés fondamentaux⁸⁵⁸. Dans une telle hypothèse, ce sont les règles de la responsabilité civile ou administrative de la puissance publique suivant la juridiction compétente qui sont susceptibles d'être applicables⁸⁵⁹. Dans un avenir plus ou moins proche, pourrait-on imaginer une transposition desdites dispositions dans l'ordre juridique français ? La transposition de l'article 24(2) « à la canadienne » dans l'ordre juridique français nécessiterait une évolution de la conception même de la question prioritaire de constitutionnalité. En raison de la conception principalement abstraite du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* français, la transposition paraît

⁸⁵⁶ *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, §. 21 : « Et, selon les circonstances et le montant accordé, il peut s'avérer équitable non seulement envers la personne dont les droits ont été violés, mais aussi envers l'État qui versera les dommages-intérêts. Je conclus donc que la portée du paragraphe 24(1) est suffisamment large pour embrasser l'octroi de dommages-intérêts en réparation d'une violation de la *Charte*. Cela dit, l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* constitue une nouveauté, et les règles servant à déterminer s'il s'agit d'une réparation convenable et juste devraient se développer graduellement. L'octroi de dommages-intérêts ne représente qu'une des réparations permises par le paragraphe 24(1) et, souvent, d'autres réparations possibles répondront mieux à la violation ».

⁸⁵⁷ Toutefois, dans la mesure où les situations juridiques couvertes par l'article 24(2) de la *Charte* ont été exclues de l'étude comparée, cette réparation constitutionnelle ne sera pas davantage approfondie.

⁸⁵⁸ X. PHILIPPE, « Les dommages-intérêts pour violation des droits de l'homme », *RIDC*, 2014, n° 2, pp. 529-563.

⁸⁵⁹ *Ibidem*.

difficilement réalisable. Il en va autrement de la transposition de l'article 24(1) de la *Charte*. En effet, en l'état des règles de responsabilité pour faute de l'Etat pour violation des droits et libertés constitutionnels, l'octroi de dommages et intérêts en cas de violation des droits et libertés constitutionnels ne paraît pas insurmontable. Reste à déterminer quel(s) juge(s) dans l'ordre juridictionnel français pourrai(en)t être compétent(s) pour octroyer une telle réparation constitutionnelle, notamment pécuniaire. Le juge pénal français ? Probablement. En effet, à la différence du système pénal canadien, la procédure pénale française, conformément aux articles 1 alinéa 2, 2 et 3 du Code de procédure pénale, autorise les victimes d'une infraction ayant souffert du dommage causé par l'infraction à agir devant les juridictions répressives. En se constituant partie civile au sein du procès pénal, la partie civile participe à l'action publique et obtient la possibilité d'obtenir réparation de tous les chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux, qui découlent des faits objets de la poursuite. Dans cette perspective, rien n'empêcherait les juges pénaux français, dans le cadre du recours constitutionnel fondé sur l'article 61-1 de la Constitution française d'octroyer ces mêmes dommages et intérêts aux victimes d'une violation de leurs droits constitutionnels. Les violations des droits et libertés fondamentaux engendrées par les infractions pénales n'étant jamais que des atteintes aux droits les plus élémentaires consacrés par la Constitution⁸⁶⁰, le juge pénal occupe une place privilégiée pour octroyer des dommages et intérêts aux victimes de violation de leurs droits constitutionnels.

Par ailleurs, et à l'image du modèle canadien qui prévoit une réduction de sentence en cas de violation des droits constitutionnels⁸⁶¹, peut-on imaginer que le juge pénal français réévalue le statut de l'accusé dont les droits constitutionnels ont été violés et lui applique une peine moins sévère que celle qui lui a été imposée antérieurement à toute déclaration d'inconstitutionnalité ? Cependant, une nouvelle fois, cette réparation constitutionnelle nécessiterait que le système pénal français évolue en ce sens. Le mythe de la séparation entre le droit privé et le droit public, s'il s'effrite avec le temps, demeure toujours présent. Néanmoins, la question prioritaire de constitutionnalité n'est-elle pas un bel exemple de l'affaiblissement de cette frontière entre les deux bannières du droit ?

⁸⁶⁰ X. PHILIPPE, « Les dommages-intérêts pour violation des droits de l'homme », *RIDC*, 2014, n° 2, p. 532.

⁸⁶¹ *R. c. Nasogaluak*, [2010] CSC 6, §. 6.

De la même façon, certaines techniques d'interprétations utilisées par les magistrats canadiens pourraient potentiellement permettre d'atténuer les effets pervers d'une abrogation différée en France.

B. En cas de censure différée de la loi pénale inconstitutionnelle

208. Une protection doublement asymétrique des droits et libertés fondamentaux. Certaines conséquences résultant de l'effet différé des déclarations d'inconstitutionnalité en France sur le procès pénal en cours ne permettent qu'imparfaitement d'assurer une protection pleine et entière des droits fondamentaux des justiciables au procès pénal (1). En revanche au Canada, les effets potentiellement pervers d'une déclaration d'inconstitutionnalité suspendue peuvent dans certaines conditions, être résorbés par le mécanisme de l'exemption constitutionnelle (2).

1) Les limites de l'effet abrogatif différé d'une disposition inconstitutionnelle

209. Quand inconstitutionnalité rime avec incohérence du droit. Le 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel déclare inconstitutionnel le régime de la garde à vue tout en reportant ses effets au 1^{er} juillet 2011 « afin de permettre au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité »⁸⁶². Cette déclaration d'inconstitutionnalité précède la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation du droit au procès équitable sauvegardé par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. Cependant, cette condamnation n'est pas surprenante au regard des décisions antérieures des juges européens en la matière⁸⁶³. Ainsi, alors que le Conseil constitutionnel a décidé de reporter au 1^{er}

⁸⁶² Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC.

⁸⁶³ CEDH, grande chambre, 27 nov. 2008, *Salduz c. Turquie*, req. n° 36391/02 au sein de laquelle la Cour européenne des droits de l'Homme estime que la Turquie avait violé l'article 6 de la Convention européenne dans une affaire où une personne avait été condamnée sur la base de ses seuls aveux obtenus en garde à vue sans l'assistance d'un avocat ; CEDH, 24 sept. 2009, *Pishchalnikov c. Russie*, req. n° 7025/04 au sein de laquelle la Cour a conclu à la violation de l'article 6 § 3 c) combiné avec l'article 6§1 de la Convention. Elle a estimé que le défaut d'assistance du requérant par un avocat aux premiers stades de son interrogatoire par la police avait

juillet 2011 la date de l'abrogation du dispositif concerné, les juges européens ont condamné la France, pour violation de l'article 6 §1 et 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen au sein de l'arrêt *Brusco contre France* du 19 octobre 2010⁸⁶⁴. Plus précisément, les juges européens rappellent que la personne placée en garde à vue a le droit d'être assistée d'un avocat dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires, *a fortiori* lorsqu'elle n'a pas été informée par les autorités de son droit de se taire. Les juges de Strasbourg ajoutent que l'article susvisé exige que l'avocat soit mis en mesure d'informer son client de son droit de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer avant son premier interrogatoire, et qu'il l'assiste lors de toutes les auditions⁸⁶⁵. Pour sa part, la chambre criminelle, en sa formation plénière, bien qu'ayant constaté l'inconventionnalité des règles procédurales de la garde à vue s'aligne sur la jurisprudence constitutionnelle différant dans le temps l'inconstitutionnalité par trois arrêts du 19 octobre 2010⁸⁶⁶. Plus précisément, la chambre criminelle a déclaré que les règles énoncées ne pouvaient recevoir application que lors de l'entrée en vigueur de la loi devant modifier le régime de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1^{er} juillet 2010. Cette instabilité jurisprudentielle sera accentuée par la position antagoniste privilégiée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans ses quatre arrêts du 15 avril 2011⁸⁶⁷. Celle-ci a, quant à elle, paradoxalement estimé ne pas devoir reporter dans le temps les effets de sa jurisprudence. Se ralliant à cette jurisprudence, la chambre criminelle de la Cour de cassation par quatre arrêts du 31

irréversiblement porté atteinte aux droits de la défense et amoindri les chances pour lui d'être jugé équitablement. ; CEDH, 13 oct. 2009, *Dayanan c. Turquie*, req. n° 7377/03, au sein de laquelle la Cour a conclu à la violation de l'article 6 § 3 c) combiné avec l'article 6§1 de la Convention. Elle a estimé que cette restriction (systématique, sur la base des dispositions pertinentes du droit turc) au droit d'un individu privé de liberté à avoir accès à un avocat suffisait à conclure à une violation de l'article 6 de la Convention même si le requérant était resté silencieux pendant sa garde à vue ; CEDH, 8 décembre 2009, *Yesilkaya c. Turquie*, req. n° 59780/00 au sein de laquelle la Cour a conclu à la violation de l'article 6 § 3 c) combiné avec l'article 6 § 1 de la Convention en raison du fait que le requérant n'avait pas pu se faire assister d'un avocat pendant sa garde à vue ; CEDH, 9 février 2010, *Boz c. Turquie*, au sein de laquelle La Cour a réaffirmé qu'une restriction systématique d'accès à l'avocat sur la base des dispositions légales pertinentes constituait une violation de l'article 6 de la Convention.

⁸⁶⁴ CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco c/ France*, req. n° 1466/07, *JCP G*, 2010, act. 1064, obs. F. SUDRE.

⁸⁶⁵ *Ibidem*.

⁸⁶⁶ Cass. crim., 19 oct. 2010, n° 10-86.051, n° 10-82.902 et n° 10-82.306 ; v. H. MATSOUPOULOU, « Garde à vue : la Cour de cassation partagée entre conventionnalité et constitutionnalité », *JCP G*, 2010, act. 1164 ; J. PRADEL, « Vers une métamorphose de la garde à vue. Après la « décision pilote » du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 et les arrêts de la chambre criminelle du 19 octobre 2010 », *D.* 2010, p. 2783. ; A. MARON, « Troisième messe de requiem pour la garde à vue », *Dr. pén.* (nov.) 2010, dossier spécial sur « La garde à vue sous contrôle judiciaire », n° 11.

⁸⁶⁷ Cass. Ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049, n°10-30.313, n° 10.30.136 et n° 10-30.242, *D.* 2011, p. 1080 ; *JCP G* 2011, act. 483, obs. S. DETRAZ.

mai 2011⁸⁶⁸, ne s’aligne pas sur la décision du Conseil constitutionnel prévoyant l’effet différé de la déclaration d’inconstitutionnalité au 1^{er} juillet 2011 en déclarant inconventionnelles les gardes à vue au sein desquelles les intéressés n’ont pas bénéficié de l’assistance de l’avocat dès le début de la mesure coercitive et durant les interrogatoires. Ces divergences de jurisprudence dans l’ordre judiciaire interne fragilisent la protection des droits et libertés des gardés à vue et contreviennent frontalement à la sécurité juridique. En outre, on pourrait penser que c’est la portée de l’article 62 alinéa 3 de la Constitution française qui est fortement atteinte ici. En effet, l’article précité énonce que « Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d’aucun recours. Elles s’imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Au regard de la discordance jurisprudentielle, l’obligation imposée aux autorités administratives et juridictionnelles de rendre effectives les décisions du Conseil constitutionnel pourrait sembler considérablement amenuisée dans sa portée⁸⁶⁹. La loi du 14 avril 2011⁸⁷⁰ est venue remédier à ce chaos juridique. Il n’empêche que l’harmonisation des règles de procédure pénale n’a été obtenue qu’au prix d’une instabilité juridique. En définitive, la protection asymétrique des droits et libertés fondamentaux en matière pénale en France, notamment, en cas d’abrogation avec effet différé, interroge sur la manière à travers laquelle les magistrats canadiens gèrent cette période transitoire de validité en cas d’inconstitutionnalité suspendue. Plus précisément, il convient de savoir s’il existe, au Canada, des solutions palliatives transposables aux conséquences d’une déclaration d’inconstitutionnalité différée prononcée en France.

⁸⁶⁸ Cass. crim., 31 mai 2011, n° 10-80.034, n° 11-81.412, n° 10.88-293 et n° 10-88.809, *D.* 2011, p. 2084, H. MATSOPOULOU, *JCP G*, 2011, n° 756, note J. PRADEL ; *RSC*, 2011, p. 412, obs. A. GIUDICELLI ; *AJ Pénal*, 2011, p. 370, obs. C. MAURO.

⁸⁶⁹ Mais en réalité c’est faux. Car l’assemblée plénière et la chambre criminelle statuaient sur un autre terrain : celui de la conventionnalité de la GAV.

⁸⁷⁰ L. n° 2011-392, 14 avr. 2011 relative à la garde à vue, *JORF* n° 0089, 15 avril 2011, p. 6610, texte n° 1 ; sur cette loi : v. H. MATSOPOULOU, « La garde à vue – Une réforme inachevée », *JCP G* 2011, n° 542 ; M.-L. RASSAT, « À remettre sur le métier – Des insuffisances de la réforme », *Libres propos*, *JCP G* 2011, n° 632 ; J. PRADEL, « Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue », *JCP G*, 2011, n° 665 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, « La réforme de la garde à vue », *D.* 2011, chron., p. 1570.

2) Les potentiels palliatifs canadiens aux conséquences d'une déclaration d'inconstitutionnalité suspendue

210. Les atouts de l'exemption constitutionnelle en cas de suspension d'inconstitutionnalité. L'étude de l'exemption constitutionnelle est particulièrement intéressante en ce qu'elle reflète la conception concrète du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. En effet, celle-ci permet de circonscrire l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité aux cas d'application inconstitutionnelle de la loi pénale et non plus seulement en raison de son objet inconstitutionnel. Ainsi, très tôt la jurisprudence canadienne a eu recours à l'exemption constitutionnelle afin de concilier la protection des droits et libertés des justiciables pénaux avec la stabilité juridique commandée à chaque phase du procès pénal. L'hypothèse peut notamment être illustrée par l'affaire *Rodriguez*⁸⁷¹ au sein de laquelle la nécessité d'accorder une exemption constitutionnelle, suite à une inconstitutionnalité déclarée assortie d'un effet différé, a été soulevée. La Cour a en effet reconnu pour la première fois la possibilité d'accorder une exemption constitutionnelle là où une disposition législative valide est par ailleurs, ou temporairement, inconstitutionnelle dans son application à un groupe particulier⁸⁷². Dans cette décision, l'exemption constitutionnelle représente une « réparation individuelle » dévolue par les magistrats aux intéressés afin de geler l'effet de l'inconstitutionnalité durant une période de suspension. Ainsi, un accusé poursuivi sur le fondement d'une loi jugée inconstitutionnelle mais temporairement maintenue en vigueur, pourrait demander une exemption constitutionnelle. Cette faculté d'octroyer une telle réparation individuelle dans une telle hypothèse a notamment été réitérée dans l'arrêt récent *Carter* susmentionné. L'affaire intéresse directement nos développements tant en raison de la demande de prorogation de la suspension d'invalidité⁸⁷³ qu'au regard de la demande d'exemption constitutionnelle⁸⁷⁴ formulées par le Procureur général du Canada⁸⁷⁵. Il convient de rappeler qu'en 2009, la requérante apprenait qu'elle était

⁸⁷¹ *Rodriguez c. Colombie-Britannique* (P.G.) [1993] 3 RCS 519, 107 DLR (4e) 342.

⁸⁷² *Rodriguez c. Colombie-Britannique* (P.G.) [1993] 3 RCS 519, 571-573.

⁸⁷³ *Carter c. Canada (Procureur général)*, §. 2.

⁸⁷⁴ *Carter c. Canada (Procureur général)*, §. 5.

⁸⁷⁵ Une troisième question était également soumise aux juges suprêmes, celle de savoir si la province de Québec pouvait être soustraite à la prorogation, compte tenu de sa *Loi concernant les soins de fin de vie* régissant déjà l'assistance en fin de vie (*Carter c. Canada (Procureur général)*, §. 3). Étant donné que cette question apparaît à

atteinte d'une maladie incurable. En 2012, elle intente un recours afin de contester la constitutionnalité des dispositions qui interdisent l'aide au suicide. Les juges de première instance décident que l'interdiction du recours à l'aide d'un médecin pour mourir est invalide dans la mesure où elle porte atteinte aux droits garantis par les articles 7 et 15 de la *Charte* d'une population définie qui se retrouve dans des situations semblables à celle de la requérante. Ils ont suspendu la prise d'effet de la déclaration d'invalidité pendant douze mois, satisfaisant ainsi à la demande du procureur général du Canada, selon lequel il s'agissait du délai minimum requis pour « donner au Parlement le temps d'examiner la question et de rédiger toute mesure législative »⁸⁷⁶. Cette suspension n'aurait toutefois pas permis à la requérante d'avoir recours légalement à l'aide d'un médecin pour mourir avant que les douze mois ne soient écoulés. Elle s'est donc vu accorder une réparation personnelle : une exemption constitutionnelle qui l'aurait préservée de l'interdiction pendant qu'elle était encore en vigueur. Suite à l'appel interjeté par les gouvernements du Canada et de la Colombie-Britannique, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé, en 2013 la décision rendue en première instance. Même si l'enjeu de l'affaire était devenu théorique en raison du décès de la requérante, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont soutenu que l'exemption constitutionnelle serait appropriée dans les circonstances où « une loi généralement valide [...] a un effet exceptionnel, voire cruel, sur un petit nombre de personnes ». *In fine*, la Cour suprême du Canada a entendu l'appel dans le cadre de l'affaire *Carter* le 15 octobre 2014. Concernant les contestations constitutionnelles relatives à la prorogation de la suspension de l'invalidité des articles 14 et 241 (b) du *Code criminel* et l'exemption constitutionnelle, la Cour suprême rend une décision en accord avec la demande du Procureur général du Canada⁸⁷⁷. Sur la première question, la Cour mentionne que seules des « circonstances exceptionnelles » lui permettraient d'accepter la demande de prorogation. Comme le dit la Cour, maintenir une loi inconstitutionnelle est en violation des droits constitutionnels des citoyens. Concernant le cas d'espèce, les juges suprêmes acceptent de proroger la suspension de quatre mois, puisque les

la marge de nos propos, il sera simplement mentionné que les juges suprêmes ont accepté de soustraire les articles concernant l'aide médicale à mourir de la prorogation. Partant, un médecin qui fournirait une aide médicale à mourir en respect de la loi québécoise n'aurait pas à craindre d'avoir posé un geste criminel. (*Carter c. Canada (Procureur général)*), §. 7.

⁸⁷⁶ *Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 RCS 331, §. 32.

⁸⁷⁷ *Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 RCS 331, §. 7.

travaux parlementaires ont été interrompus pendant quatre mois suite aux élections. Cela constitue une « circonstance exceptionnelle » suffisante. Concernant la demande d'exemption constitutionnelle, la Cour suprême répond qu'elle accepte d'accorder une exemption à tous ceux qui souhaiteraient exercer leur droit de demander une aide médicale à mourir. Ils devront solliciter une ordonnance qui respecte les critères du paragraphe 127 de l'arrêt *Carter* auprès de la Cour supérieure de leur province ou territoire. Ainsi, un médecin peut fournir une aide médicale à une personne adulte qui consent clairement à mettre fin à sa vie si celle-ci souffre de problèmes de santé graves et irrémédiables. Ces souffrances doivent être persistantes et intolérables au regard de sa condition. La Cour dit que cette exemption vise deux choses. Elle permet d'atténuer le tort considérable qu'une prorogation pourrait lui faire. Elle permet également de maintenir l'équité et l'égalité à l'échelle de tout le pays, vue l'exemption accordée au Québec. Au-delà du rétablissement de l'égalité des citoyens canadiens face au droit des patients en fin de vie d'obtenir une aide médicale à mourir, l'exemption constitutionnelle permet de répondre immédiatement aux attentes des intéressés et de leur offrir une protection adaptée à leurs derniers intérêts. Il serait en effet regrettable que le retard pris dans le calendrier législatif n'altère injustement les situations subjectives des intéressés. Toutefois, en l'espèce, la procédure d'exemption constitutionnelle n'a pas été appliquée dans la mesure où la requérante est décédée des suites d'une infection en octobre 2012. Et les juges suprêmes ont relevé qu'aucune des autres parties au litige n'ayant demandé une exemption personnelle, « il ne s'agit pas d'un cas où il convient de créer un mécanisme d'exemption pendant la période au cours de laquelle la prise d'effet de la déclaration d'invalidité est suspendue »⁸⁷⁸. En somme, la décision *Carter* prouve que la doctrine de l'exemption constitutionnelle n'est pas absolue.

⁸⁷⁸ *Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 RCS 33, §. 129.

211. Le champ d'application restrictif de l'exemption constitutionnelle. La portée de la doctrine de l'exemption constitutionnelle n'est toutefois pas sans limites. Le juge Lamer de préciser au sein de l'arrêt *Rodriguez*⁸⁷⁹ que : « [Les exemptions constitutionnelles] peuvent être accordées uniquement pendant la période de suspension d'une déclaration d'invalidité. Dans ce cas, la disposition est à la fois invalidée et temporairement maintenue, ce qui rend l'exemption constitutionnelle particulièrement opportune et limite son application aux cas de nécessité absolue. L'exemption n'est en vigueur que pour une période limitée [...] ». ⁸⁸⁰ La doctrine de l'exemption constitutionnelle a été jugée inappropriée au sein de l'affaire *Seaboyer*⁸⁸¹ en ce qu'elle aurait eu pour effet de modifier la loi de manière excessive, et parce qu'elle aurait permis aux futurs juges du procès de déterminer les cas d'application inconstitutionnels de la disposition litigieuse en fonction de chaque cas d'espèce. Partant, la sécurité juridique et le principe de la légalité criminelle dans sa dimension matérielle auraient été mis à mal étant donné que les citoyens canadiens auraient été privés de savoir par avance ce que prévoit la loi pénale⁸⁸². En somme, le recours à l'exemption constitutionnelle n'emporte pas l'adhésion de la majorité des juges. En effet, « les exemptions constitutionnelles offrent la souplesse au dépens de la primauté du droit »⁸⁸³. C'est la raison pour laquelle, la Cour suprême du Canada évalue davantage la constitutionnalité d'une loi sur la base de cas hypothétiques raisonnables plutôt « qu'au cas par cas »⁸⁸⁴.

212. Le contrôle concret de constitutionnalité *a posteriori* commandé par les exemptions constitutionnelles. L'exemption constitutionnelle autorise ainsi les magistrats à écarter l'application d'une loi par ailleurs valide ou invalide en fonction des situations subjectives des justiciables. C'est dans cette mesure qu'il peut être affirmé qu'elle va de pair avec un contrôle concret de constitutionnalité *a posteriori*.

⁸⁷⁹ *Rodriguez c. Colombie-Britannique (P.G.)* [1993] 3 RCS 519, 107 DLR (4^e) 342.

⁸⁸⁰ *Rodriguez c. Colombie-Britannique (P.G.)* [1993] 3 RCS 519, 107 DLR (4^e) 342.

⁸⁸¹ *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 RCS 577, 83 D.L.R. (4^e) 193.

⁸⁸² *R. c. Goltz*, [1991] 3 RCS 485, 525-526.

⁸⁸³ *R. c. Ferguson*, [2008] 1 RCS 96, 2008, §. 67.

⁸⁸⁴ *R. c. Goltz*, [1991], 3 RCS 485, 525-526 : « En effet, « statuer au cas par cas dans les affaires d'infractions criminelles et quasi criminelles priverait les gens de la possibilité de savoir d'avance ce que prévoit la loi. Ce n'est alors qu'après avoir subi un procès que l'on saurait si on a enfreint une loi valide. A mon avis, il ne faudrait pas adopter cette approche à l'égard d'infractions susceptibles d'entraîner l'emprisonnement. Il vaut mieux aborder directement la question de savoir dans quelle mesure une loi est incompatible avec la *Charte* et, partant, invalide aux termes de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, chaque fois qu'elle se pose dans un pourvoi comme celui-ci ».

En effet, c'est une chose que de prétendre que l'objet même d'une loi est inconstitutionnel, mais c'est autre chose que d'arguer que l'application d'une loi serait contraire aux intérêts d'un groupe de justiciables en particulier et par conséquence de réclamer une exemption constitutionnelle. À cet égard, un contrôle abstrait, dont l'objet du contrôle ne peut être par définition que la loi *stricto sensu*, ne semble qu'imparfaitement à même de prendre en considération les applications potentiellement inconstitutionnelles. *In fine*, il est difficilement concevable, en l'état actuel de la conception abstraite du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* en France, d'envisager une réparation individuelle analogue sur le vieux continent. L'exemption constitutionnelle, bien qu'elle représente une solution prometteuse afin d'harmoniser rapidement la loi pénale en cas d'inconstitutionnalité suspendue, ne pourrait pas être convaincante dans le cadre de la garde à vue à la française. Néanmoins, il aurait pu être imaginé à l'image des homologues canadiens, que le Conseil constitutionnel prescrive des lignes directrices afin d'aménager plus concrètement la période transitoire d'effet différé faisant suite à la déclaration d'inconstitutionnalité de la garde à vue. À cet égard, la décision Tapie du 9 octobre 2014⁸⁸⁵ témoigne du souci plus marqué du Conseil constitutionnel de garantir les droits de la défense en cas d'effet différé d'une abrogation. En l'espèce, était mise en cause la constitutionnalité des dispositions autorisant notamment la prolongation exceptionnelle d'une garde à vue au-delà du délai de droit commun et dans la limite de quatre-vingt-seize heures pour des faits d'escroquerie en bande organisée. Dans la lignée de sa décision du 4 décembre 2013⁸⁸⁶, le Conseil constitutionnel prononce l'inconstitutionnalité des dispositions critiquées et diffère la date de l'abrogation au 1^{er} septembre 2015. Toutefois, et à la différence de sa décision relative au régime de la garde à vue de droit commun, le Conseil constitutionnel émet une réserve qui a vocation à s'appliquer à titre transitoire entre la date de publication de la décision et le 1^{er} septembre 2015 au plus tard. Cette réserve a pour effet d'interdire le recours à la garde à vue dans les conditions prévues par l'article 706-88 du code de procédure pénale pour des faits d'escroquerie en bande organisée. Partant, le Conseil constitutionnel fait cesser immédiatement l'inconstitutionnalité qui résulte de l'application des dispositions critiquées. Si cette décision témoigne du souci du Haut

⁸⁸⁵ Cons. const., 9 oct. 2014, n° 2014-420/421 QPC.

⁸⁸⁶ Cons. const., 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC, Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, *JORF* 7 déc. 2013, p. 19958, texte n° 8, *Rec.*, p. 1060.

Conseil de préserver les situations subjectives des justiciables lors de la détermination des effets dans le temps de ses décisions, elle autorise également à effectuer un rapprochement avec la technique de l'exemption constitutionnelle canadienne susceptible d'améliorer la jeune QPC. En effet, à l'image de ses homologues canadiens, le Conseil constitutionnel écarte, de manière circonscrite, le cas d'application des dispositions législatives jugé inconstitutionnel. Au Canada, certaines décisions jurisprudentielles témoignent du souci des magistrats canadiens de préserver l'aspect concret du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* même dans le cadre d'une période transitoire de validité afin d'assurer temporairement la primauté du droit. L'affaire *Swain*⁸⁸⁷ est éloquente en la matière. Tout en déclarant inconstitutionnelles les règles de détention concernant les personnes atteintes d'aliénation mentale, les magistrats prononcent des lignes directrices précises à l'attention des autorités chargées d'appliquer momentanément les dispositions procédurales litigieuses le temps de la suspension d'invalidité. C'est dans cette mesure qu'il est permis d'affirmer que la période transitoire de validité est concrètement aménagée par les juges canadiens. En effet, l'invalidité pure et simple de l'article 542 (2) du *Code criminel* aurait entraîné la libération dans la société de toutes les personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale, y compris des personnes à haut risque pour le public. Au regard de ces conséquences, la Cour suprême du Canada a jugé que l'article en cause bénéficierait d'une période temporaire de validité de six mois. Cependant, durant cette période transitoire, des règles procédurales spécifiques ont été appliquées temporairement par les juges canadiens quant à la détention provisoire. Partant, l'exemption constitutionnelle mise en œuvre par les juges canadiens permet de sauvegarder l'ordre public tout en préservant la sécurité juridique lors de la phase pré-sententielle au procès pénal. Les magistrats ont également fait preuve de « pédagogie » vis-à-vis des autorités de l'Etat dans l'affaire *Brydges*⁸⁸⁸. Cette décision rendue par la Cour suprême du Canada oblige la police à informer les détenus de leur droit de consulter un avocat et de l'existence des services d'aide juridique offerts dans la province ou le territoire. Ainsi, en raison de l'imposition d'une obligation supplémentaire aux policiers relativement aux renseignements à donner dans le cadre de la mise en garde visée à l'al. 10b), la Cour suprême est venue aménager la période de transition afin de

⁸⁸⁷ R. c. *Swain*, [1991] 1 RCS 933.

⁸⁸⁸ R. c. *Brydges*, [1990] 1 RCS 190.

permettre aux policiers de remplir adéquatement leur nouvelle obligation. En somme, il apparaît qu'en rendant leurs décisions constitutionnelles, les magistrats canadiens ont le souci d'aiguiller les autorités chargées de l'application des lois pénales, et cela même lors d'une période transitoire de validité. Les décisions constitutionnelles des juges canadiens sont rendues en tenant compte de l'atteinte que la disposition porte aux droits du requérant. En France, cette motivation ne se retrouve que dans une moindre mesure dans les décisions du Conseil constitutionnel. Il devient alors légitime de s'interroger sur la question de la réception des décisions d'inconstitutionnalité rendues par les juges canadiens et le Conseil constitutionnel « dans l'espace » par le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif. La conception concrète ou abstraite du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* engendre-t-elle une divergence dans cette réception et, partant, implique-t-elle une divergence quant à l'effectivité des décisions d'inconstitutionnalité au sein du procès pénal au Canada et en France ?

Section II : La divergence quant aux effets dans l'espace des décisions d'inconstitutionnalité au sein du procès pénal

213. La divergence quant à l'application des déclarations d'inconstitutionnalité par les juges judiciaires et la réception des déclarations d'inconstitutionnalité par le pouvoir législatif en France et au Canada. Le contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* engendre de part et d'autre de l'Atlantique une effectivité divergente des décisions constitutionnelles par les juges ordinaires. Au Canada, l'opposition entre les juges constitutionnels et les juges ordinaires s'avère infondée en ce que la majorité des magistrats combinent les fonctions de « juge de constitutionnalité des lois » et de « juges de l'application des lois ». Par conséquent, toutes les problématiques soulevées par la question de la réception des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal par les juges ordinaires en France n'ont pas lieu d'être au Canada. Ce constat résulte, notamment, de la conception abstraite ou concrète du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*. En effet, le contrôle abstrait du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* tel qu'exercé par le Haut Conseil, ne permet pas à lui seul de résoudre la situation litigieuse. *De facto*, il revient au juge ordinaire de l'ordre judiciaire, « juge du concret », de résoudre la

situation litigieuse ayant donné naissance à la question prioritaire de constitutionnalité. Au Canada, l'action normative des juges canadiens permet de rectifier plus rapidement et « sur mesure » la violation de la constitutionnalité de la loi pénale alléguée par le justiciable. Partant, il est permis de relever une application divergente des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal par le pouvoir judiciaire (§1). Il subsiste, également, une divergence quant à la réception des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal par le pouvoir législatif (§2). Les décisions rendues par les juges constitutionnels, de part et d'autre de l'Atlantique, produisent une influence certaine sur le travail parlementaire. Cependant, la conception concrète ou abstraite du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* confère là encore à la question de l'influence dudit contrôle sur le travail des législateurs canadiens et français, une dimension particulière.

§1. La divergence quant à l'application des décisions d'inconstitutionnalité au sein du procès pénal par le pouvoir judiciaire

214. L'effectivité divergente de la garantie juridictionnelle de la Constitution au sein du procès pénal. Selon la conception abstraite ou concrète du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, la manière à travers laquelle les acteurs œuvrent à l'effectivité juridictionnelle de la Constitution au sein du procès pénal diverge. En effet, le contrôle abstrait de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* est incapable en lui-même de résoudre la situation litigieuse des requérants. L'application des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal se trouve de la sorte, conditionnée à l'intervention des juridictions ordinaires. En outre, aucun mécanisme de sanction à l'éventuel non-respect des décisions constitutionnelles par les juges *a quo* n'a été prévu par le Constituant français. C'est dire que l'application des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal par les juges ordinaires en France apparaît conditionnée et non sanctionnée (A). En revanche, cette interdépendance entre les différents acteurs pourvoyant à l'effectivité de l'application des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal est inexistente au Canada. La complétude des rôles des juges ordinaires dans le procès pénal permet en effet à ces derniers de trancher directement les contestations constitutionnelles au cours de litiges ordinaires. En sus, le contrôle concret de constitutionnalité *a*

posteriori permet d'éviter toutes les problématiques soulevées par la question de la réception des décisions constitutionnelles par les différents acteurs pourvoyant à l'effectivité juridictionnelle de la Constitution au sein du procès pénal. Enfin, la force obligatoire et symbolique de la règle du précédent au Canada assure de manière solide l'effectivité juridictionnelle de la Constitution au sein du procès pénal. C'est dire que l'application des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal par les magistrats canadiens demeure non conditionnée et « forcée » (B).

A) L'application conditionnée et non sanctionnée des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal par les juges *a quo* en France

215. La portée limitée de la « garantie juridictionnelle de la Constitution »⁸⁸⁹ dans l'ordre judiciaire français. La question prioritaire de constitutionnalité renouvelle la problématique relative à l'application de la jurisprudence du Conseil constitutionnel par les juges de l'ordre judiciaire. En effet, les Sages n'ont que peu de moyens de contrôler l'application de leurs décisions par les autorités de l'ordre judiciaire, si bien, qu'ils doivent s'en remettre à une collaboration avec la Cour de cassation et les juges *a quo* afin que soit respectée la garantie juridictionnelle de la Constitution (1). En tant que juridiction suprême de l'ordre judiciaire, la Cour de cassation pourra censurer une application de la loi non conforme à la décision d'inconstitutionnalité. Pourtant, aucun mécanisme de sanction directe en cas de méconnaissance des décisions constitutionnelles par les juges de l'ordre judiciaire n'a été prévu par le Constitution dans le cadre de la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité (2).

⁸⁸⁹ H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », (La justice constitutionnelle), *RDP*, Paris, PUF, 1929, p. 53 : La justice constitutionnelle est la garantie juridictionnelle de la Constitution consistant en un ensemble de mesures techniques destinées à assurer l'exercice régulier des fonctions étatiques à caractère juridique et le respect de la Constitution, aussi bien dans ses aspects dogmatiques que dans ses aspects organiques.

1) La garantie juridictionnelle de la Constitution au sein du procès pénal conditionnée par l'intervention des juges judiciaires

216. L'office des juges judiciaires renouvelé par la question prioritaire de constitutionnalité. L'étude relative à l'application divergente des décisions d'inconstitutionnalité au sein du procès pénal par le pouvoir judiciaire en France comme au Canada, nécessite, en premier lieu, d'évoquer les conditions relatives à la réception des décisions susvisées par les juges ordinaires au sein du procès pénal en France. Par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité, la participation des juridictions ordinaires se situe désormais tant en amont qu'en aval. Le nouveau moyen d'inconstitutionnalité renouvelle les fonctions des juges judiciaires tant ordinaires que suprêmes en aval, c'est-à-dire lors de l'application des décisions du Conseil constitutionnel. Suite à un contrôle *a priori*, la tâche principale des juridictions ordinaires se résume à appliquer les dispositions législatives promulguées car jugées conformes à la Constitution. Une seule alternative peut alors se présenter à eux, soit la déclaration de conformité « sèche » ou la déclaration de conformité avec réserve d'interprétation. Dans cette seconde hypothèse, la tâche des juges judiciaires se résume à appliquer la disposition législative au litige pénal conformément à la ou aux réserve (s) d'interprétation émise(s) par les Sages. En revanche, le schéma se complexifie dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. En effet, selon l'effet octroyé à la décision constitutionnelle par le Conseil constitutionnel, les conditions d'application de la décision constitutionnelle par les juges ordinaires varieront. En somme, à chaque type d'effet attaché à une décision constitutionnelle, correspondent des conditions d'application spécifiques pour les juges judiciaires : effet abrogatif immédiat d'une déclaration d'inconstitutionnalité ou effet différé, technique des directives interprétatives lors d'une déclaration de conformité.

217. L'exclusion « d'un dialogue des juges »⁸⁹⁰ devant les juridictions de droit commun en cas d'abrogation. Dans un premier temps, il convient de relever que certaines décisions d'abrogation n'engendrent pas forcément une collaboration entre le Conseil constitutionnel et les juridictions ordinaires. Telle est l'hypothèse de l'abrogation avec effet différé sans effet utile. Auquel cas, ni le requérant étant à l'origine de la question prioritaire de constitutionnalité ni les instances en cours suspendues dans l'attente de la décision du Conseil constitutionnel ne bénéficient de l'abrogation et le litige au fond se poursuivra, sauf exceptions prévues à l'article 23-3 de la loi organique sur le Conseil constitutionnel. De la même manière, un contentieux devant les juges *a quo* n'aura pas lieu en cas de limitation de l'effet utile de l'abrogation. Enfin, certaines décisions d'abrogation du Conseil constitutionnel provoquent des effets au-delà du litige à l'origine de la contestation constitutionnelle et des instances en cours et s'adressent, par exemple, à l'Administration⁸⁹¹. Hormis ces cas spécifiques, les décisions d'inconstitutionnalité du Conseil constitutionnel influent sur l'activité des juges ordinaires et engendrent un « dialogue des juges »⁸⁹² spécifique au contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*.

218. La collaboration des juges en cas d'inconstitutionnalité déclarée. Conformément à l'article 62 alinéa 2 de la Constitution, l'effet abrogatif de la déclaration d'inconstitutionnalité interdit que les juridictions appliquent la loi en cause non seulement dans l'instance ayant donné lieu à la question prioritaire de constitutionnalité mais également dans toutes les instances en cours à la date de cette décision. Les juges judiciaires devront ainsi déterminer dans quelle mesure la décision d'abrogation est applicable au procès pénal en cours et identifier les conséquences sur la solution du litige à partir des effets indiqués de manière plus ou moins précise dans la décision constitutionnelle par les Sages. Force est de constater que « l'immixtion du Conseil constitutionnel dans le pouvoir des juges »⁸⁹³, oriente la marge de manœuvre et l'action du juge dans la résolution de la contestation

⁸⁹⁰ *Ibidem*.

⁸⁹¹ Const. const., 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC.

⁸⁹² CE. Ass., 22 déc. 1978, n° 11604, ministre de l'intérieur c/ Cohn-Bendit - *Rec. Lebon*, p. 524.

⁸⁹³ J.-R. DEMARCHI, « L'influence de la QPC sur le travail parlementaire et l'action judiciaire », in *La QPC et la matière pénale*, éd. Bruylant, 2013, p. 106.

constitutionnelle au sein du procès pénal. Cependant, les juges judiciaires s'autorisent, parfois, à aller au-delà des simples prescriptions du Conseil constitutionnel et déterminent eux-mêmes l'esprit de la décision. L'hypothèse peut être illustrée à travers les décisions QPC relatives à la communication du réquisitoire définitif du ministère public⁸⁹⁴ et à l'expertise pénale⁸⁹⁵. Le contentieux étant relativement proche, il est permis de les étudier conjointement. Dans la première affaire, était mise en cause l'inconstitutionnalité de l'article 175 du code de procédure pénale en ce qu'il ne réservait la communication du réquisitoire définitif du ministère public qu'aux parties ayant choisi d'être représentées par un avocat. Le requérant arguait de la violation du droit à l'égalité devant la justice et aux droits de la défense respectivement consacrés par les articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme. Le Conseil constitutionnel accueille les griefs d'inconstitutionnalité et, procédant à une correction « sur mesure » de l'inconstitutionnalité, gomme les termes litigieux⁸⁹⁶ « avocats des » dans l'alinéa 2 de l'article 175. Ce faisant, les Sages assurent à toutes les parties l'égal accès au réquisitoire définitif, l'alinéa 2 dudit article étant désormais rédigé : « Copie de ces réquisitions est adressée dans le même temps aux parties par lettre recommandée »⁸⁹⁷. Mais une application à la lettre de la nouvelle législation pénale conduirait à ne communiquer ce réquisitoire définitif qu'aux parties, et non à leurs avocats, lorsqu'elles ont pourtant fait le choix d'être assistées. C'est en ce sens, que la chambre criminelle de la Cour de cassation rend sa décision dans son arrêt du 25 juin 2013⁸⁹⁸. Au mépris de la décision constitutionnelle, la Haute juridiction de l'ordre judiciaire considère que « [...] la communication aux parties du réquisitoire définitif du procureur de la République n'est prévue que dans le cas où elles ne sont pas assistées ou représentées par un avocat; [...] »⁸⁹⁹. En conditionnant la communication des réquisitions du ministère public aux seules parties dépourvues de représentation par un avocat, la chambre criminelle travestit l'interprétation de l'article 175 du code de procédure pénale donnée par le Conseil constitutionnel⁹⁰⁰.

⁸⁹⁴ Cons. const., 9 sept. 2011, n° 2011-160 QPC.

⁸⁹⁵ Cons. const., 23 nov. 2012, n° 2012-284 QPC, Mme Maryse L. [Droit des parties non assistées par un avocat et expertise pénale], *JORF* 24 nov. 2012, p. 18549, texte n° 92, *Rec.*, p. 613.

⁸⁹⁶ Autrement dit, le Conseil constitutionnel pratique le « *reading in* » « à la canadienne ».

⁸⁹⁷ Art. 175 al. 2 Code. pr. pén.

⁸⁹⁸ Cass, crim., QPC, 25 juin 2013, n° 13-82.765, *AJpénal* 2013, p. 682, obs. J.-B. PERRIER.

⁸⁹⁹ Cass. crim., QPC, 25 juin 2013, n° 13-82.765.

⁹⁰⁰ B. DE LAMY, « Quand la Chambre criminelle utilise l'argument constitutionnel pour réécrire la loi », *RSC*, 2013, p. 899.

Le raisonnement constitutionnel et les suites de la déclaration d'inconstitutionnalité sont relativement proches concernant la question prioritaire de constitutionnalité relative à l'expertise pénale⁹⁰¹. Afin d'assurer la communication de la décision ordonnant une expertise pénale aux parties et, non plus seulement à leurs avocats, le Conseil constitutionnel procède à la même « opération chirurgicale » et abroge les termes « avocats des » dans l'article 161-1 du code de procédure pénale contesté. Mais, à nouveau, la chambre criminelle procède à une application *contra legem* de l'article 161-1, à l'image de « son double », l'article 175. Mais, ces décisions témoignent de la potentielle émancipation de la chambre criminelle vis-à-vis des Sages. La transposition de la technique des réserves d'interprétation au contrôle préjudiciel engendre une nouvelle forme de collaboration avec les juges *a quo* susceptible de soulever des problèmes spécifiques en matière pénale eu égard, notamment, à la rétroactivité qui s'attache traditionnellement à ces réserves⁹⁰².

219. La collaboration des juges en cas de déclaration de conformité sous réserves. Les déclarations de conformité sous réserves influencent considérablement le pouvoir judiciaire, et cela aussi bien dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* que celui *a posteriori*. L'entrée en vigueur du nouveau moyen d'inconstitutionnalité a renouvelé la question de la transposition des réserves d'interprétation utilisées par le Conseil constitutionnel au sein du contrôle *a priori* dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution française : allaient-elles y être transposées ? La réponse à cette interrogation a été rendue rapidement, puisque le 18 juin 2010, soit trois mois et demi après l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel émet, pour la première fois, une réserve d'interprétation sur une disposition déjà en vigueur soumise à son examen à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité. Afin d'appréhender correctement la portée de la décision du Conseil constitutionnel, il convient d'évoquer brièvement le droit à réparation des salariés en matière d'accident de travail qui prévalait avant que n'intervienne la décision des neuf Sages ce 18 juin 2010. Lorsque le Tribunal des Affaires de Sécurité reconnaissait la faute inexcusable

⁹⁰¹ Expertise pénale (droit des parties non assistées par un avocat) : inconstitutionnalité partielle – Conseil constitutionnel 23 nov. 2012, *D.*, 2012, p. 2739.

⁹⁰² *Infra* n° 337.

de l'employeur⁹⁰³ à l'origine de l'accident de travail ou de la maladie professionnelle, les préjudices indemnisés étaient ceux strictement et limitativement énumérés à l'article L.452-3 du code de la sécurité sociale⁹⁰⁴. Cette liste étant limitative, les préjudices qui n'y étaient pas expressément mentionnés ne pouvaient donner lieu à indemnisation. La décision QPC du 18 juin 2010 rendue par le Conseil Constitutionnel est venue étendre le droit à réparation des salariés en matière d'accident de travail au travers du considérant 18 en ces termes : « Considérant, en outre, qu'indépendamment de cette majoration, la victime ou, en cas de décès, ses ayants droit peuvent, devant la juridiction de sécurité sociale, demander à l'employeur la réparation de certains chefs de préjudice énumérés par l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale ; qu'en présence d'une faute inexcusable de l'employeur, les dispositions de ce texte ne sauraient toutefois, sans porter une atteinte disproportionnée au droit des victimes d'actes fautifs, faire obstacle à ce que ces mêmes personnes, devant les mêmes juridictions, puissent demander à l'employeur réparation de l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale ». En somme, le Conseil constitutionnel déclare les articles L.451-1 et L.452-1 à L.452- 5 du code de la sécurité sociale, conformes à la Constitution sous la réserve qu'en présence d'une faute inexcusable de l'employeur, les dispositions ne fassent pas obstacle à ce que la victime ou ses ayants droit puissent demander à l'employeur réparation de l'ensemble des dommages non couverts par le code devant les juridictions de la sécurité sociale⁹⁰⁵. Désormais en cas de faute inexcusable de l'employeur, la victime peut demander à l'employeur devant le Tribunal des affaires de sécurité sociale réparation de l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale. La solution retenue est logique en ce que la ou les réserve(s) d'interprétation qui accompagne(nt) une déclaration de conformité du Conseil constitutionnel apparaît(ssent) non seulement dans les motifs mais également dans le dispositif de la décision

⁹⁰³ Cass. soc., 28 févr. 2002, *Bull.* 2002, n° 81 p. 74, au sein duquel la chambre sociale, relativement aux affections pulmonaires liées à l'utilisation de l'amiante, précise la définition de la faute inexcusable : « au sens de l'article L.452-1 du code de la sécurité sociale, il y a faute inexcusable, quand l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver ».

⁹⁰⁴ Soit, le préjudice causé par les souffrances endurées physiques, morales et psychiques, le préjudice esthétique, le préjudice d'agrément, le préjudice résultant de la perte ou de la diminution de possibilité de promotion professionnelle.

⁹⁰⁵ Cons. const., 18 déc. 2010, n° 2010-8 QPC, Époux L. [Faute inexcusable de l'employeur], *JORF* 19 juin 2010, p.11149, texte n° 71, *Rec.*, p. 117.

constitutionnelle. Plus récemment le Conseil constitutionnel a fait usage de cette technique juridictionnelle au sein des décisions n° 2016-545 QPC du 24 juin 2016⁹⁰⁶ et n° 2016-546 QPC du 24 juin 2016⁹⁰⁷ relatives aux pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale. La première contestation constitutionnelle concerne une question d'héritage non déclaré puis considéré comme ayant fait l'objet d'insuffisances de déclaration. En revanche, la seconde décision résulte d'une affaire particulièrement médiatisée : la découverte de sommes dissimulées par un ancien ministre du Budget sur un compte bancaire dans un pays étranger. Une problématique commune permet d'étudier conjointement ces décisions constitutionnelles soit celle du cumul de sanctions fiscales et pénales. En effet, ces deux affaires ont pour point commun de mettre en œuvre contre les requérants des poursuites mais aussi la possibilité à venir de sanctions fiscales et pénales. Si les juges constitutionnels ont jugé que le cumul reste possible, ces derniers ont rappelé leurs réserves d'interprétation classiques en la matière et en ont introduit une nouvelle. La première réserve tient dans l'idée que l'arme pénale ne peut être utilisée que contre les fautes les plus graves commises par des contribuables. L'article 1741 permet d'engager, contre les contribuables ayant commis les infractions les plus graves, des procédures complémentaires selon les termes mêmes du Conseil. Celui précise, d'ailleurs, au considérant 21 des décisions n° 2016-545 et n° 2016-546 QPC que « cette gravité peut résulter du montant des droits fraudés, de la nature des agissements de la personne poursuivie ou des circonstances de leur intervention »⁹⁰⁸. La deuxième réserve d'interprétation qui est

⁹⁰⁶ Cons. const., déc. n° 2016-545 QPC du 24 juin 2016, M. Alec W. et autre [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale], *JORF* 30 juin 2016, texte n° 110.

⁹⁰⁷ Cons. const., déc. n° 2016-546 QPC du 24 juin 2016, M. Jérôme C. [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale], *JORF* 30 juin 2016, texte n° 111.

⁹⁰⁸ Cons. const., déc. n° 2016-545 QPC, 24 juin 2016, M. Alec W. et autre [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale], consid. 21 ; E. DAOUD, V. DE TONQUEDEC, « L'affaire Wildenstein, un cas d'école du traitement de la fraude fiscale par le juge pénal », *AJ Pénal*, avril 2017, n° 4, pp. 178-182 ; O. DECIMA, « C'est grave ? A propos du cumul des sanctions pénales et fiscales », *D.*, 1^{er} déc. 2016, n° 41, pp. 2442-2446 ; C. MASCALA, « Cumul de poursuites et cumul de sanctions en matières boursière et fiscale : deux poids, deux mesures pour le Conseil constitutionnel », *D.*, 22 sept. 2016, n° 31, pp. 1839-1841 ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, « La constitutionnalité "mesurée" du cumul des sanctions fiscales et pénales », *AJ pénal*, sept. 2016, n° 9, pp. 430-432 ; V. PELTIER, « Echappatoire constitutionnelle ! », *Dr. pén.*, sept. 2016, n° 9, pp. 43-44 ; O. DUFOUR, « La révolution fiscale n'aura pas lieu ! », *LPA*, 25 juill. 2016, n° 147, pp. 4-5 ; M. COLLET, « Le cumul de sanctions pénale et fiscale face aux exigences constitutionnelles et européennes », *JCP G.*, 18 juill. 2016, n° 29, pp. 1453-1456 ; S. DETRAZ, « Une brèche dans l'indépendance des procédures fiscales et pénale », *RSC*, juill.-sept. 2016, n° 3, pp. 524-528 ; S. DETRAZ, « Conformité à la Constitution du cumul plafonné des pénalités fiscales et des sanctions pénales pour les fraudes fiscales les plus graves », *Rev. pén.*, juill.-sept. 2016, n° 3, pp. 633-636 ; C. MANDON, « La guerre contre la fraude fiscale aura bien lieu, commentaire des décisions QPC n° 2016-545 et 546 », *Constitutions*, juill.-sept. 2016, n° 2016-3, pp. 436-444 ; M. PELLETIER, « De quelques conséquences (inattendues) des décisions Alec W. et Jérôme C », *RDF*, 28 juill. 2016, n° 30-35, pp. 3-5 ; Cons. const., 24 juin

rappelée est celle de la limitation du montant cumulé des pénalités fiscales et des amendes pénales malgré le cumul de sanctions⁹⁰⁹. Il s'agit d'empêcher que le fraudeur se retrouve écrasé par des sanctions maximales en matière fiscale comme en matière pénale. Enfin, la troisième réserve mérite particulièrement d'être évoquée en ce qu'elle neutralise un des effets d'une jurisprudence constante de la chambre criminelle en la matière. En effet, de manière habituelle, la Cour de cassation estime que la décision du juge de l'impôt ne peut avoir, au pénal, autorité de la chose jugée, si bien que peut être condamné pénalement pour soustraction frauduleuse à l'impôt un contribuable qui a été déchargé de toute imposition par le juge de l'impôt. Cependant, au travers de la réserve énoncée au paragraphe 13 des décisions visées, le Conseil constitutionnel fait obstacle à cette dernière possibilité. Sur le fondement du principe de nécessité des délits et des peines, les Sages excluent qu'« un contribuable qui a été déchargé de l'impôt par une décision juridictionnelle devenue définitive pour un motif de fond puisse être condamné pour fraude fiscale »⁹¹⁰. Ainsi que le soulignent les commentaires aux Cahiers⁹¹¹, « la décharge de l'impôt accordée pour un motif de procédure ne pourra suffire à exclure des poursuites et une éventuelle condamnation pénale. Si une condamnation pour fraude fiscale est exclue lorsqu'une juridiction aura définitivement déchargé le contribuable de l'impôt dû pour un motif de bien-fondé, cela n'empêche pas l'engagement des deux procédures. Par ailleurs, le juge pénal conservera toute latitude pour apprécier les autres éléments de la fraude fiscale. De la même manière, le juge de l'impôt demeurera tenu par les constatations matérielles faites par le juge pénal lorsque ce dernier a statué, mais non par la qualification ou l'interprétation qui en a été faite »⁹¹².

2016, n° 2016-546 QPC, consid. 21 ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, « La constitutionnalité "mesurée" du cumul des sanctions fiscales et pénales », *AJ pénal*, sept. 2016, n° 9, pp. 430-432 ; V. PELTIER, « Echappatoire constitutionnelle ! », *Dr. pén.*, sept. 2016, n° 9, pp. 43-44 ; O. DUFOUR, « La révolution fiscale n'aura pas lieu ! », *LPA*, 25 juill. 2016, n° 147, pp. 4-5 ; M. COLLET, P. COLLIN, « Le cumul de sanctions pénale et fiscale face aux exigences constitutionnelles et européennes », *JCP G*, 18 juill. 2016, n° 29, pp. 1453-1456 ; « Une brèche dans l'indépendance des procédures fiscales et pénale », *RSC*, juill.-sept. 2016, n° 3, pp. 524-528 ; S. DETRAZ, « Conformité à la Constitution du cumul plafonné des pénalités fiscales et des sanctions pénales pour les fraudes fiscales les plus graves », *Rev. pén.*, juill.-sept. 2016, n° 3, pp. 633-636 ; C. MANDON, « La guerre contre la fraude fiscale aura bien lieu, commentaire des décisions QPC n° 2016-545 et 546 », *Constitutions*, juill.-sept. 2016, n° 2016-3, pp. 436-444 ; N. JACQUOT, P. MISPELON, « QPC sur le cumul des sanctions pénales et fiscales : une décision sans gravité ? », *RDF*, 30 juin 2016, n° 26, pp. 3-5.

⁹⁰⁹ Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC, consid. 24 ; Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC, consid. 24.

⁹¹⁰ Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC, consid. 13 ; Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC, consid. 13.

⁹¹¹ Comm., Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC ; Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC, consid. 22.

⁹¹² Comm., Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC ; Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC.

En somme, si cette dernière réserve d'interprétation permet de mettre fin aux anomalies résultant d'un potentiel cumul de poursuites pénales et fiscales, elle s'avère cependant limitée.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a eu recours aux réserves d'interprétations au sein de la décision QPC relative à la procédure devant la cour de discipline budgétaire et financière⁹¹³. Par deux réserves d'interprétation, il valide la conformité de l'article L.314-18 du code des juridictions financières à la Constitution française. Les deux réserves interprétatives portaient à nouveau sur le cumul des poursuites et des sanctions potentiellement prononcées pour les mêmes faits délictueux. Les requérants faisaient valoir que le cumul de poursuites et des sanctions devant la cour de discipline budgétaire et financière et devant le juge pénal méconnaissait le principe de nécessité des délits et des peines et le principe de proportionnalité des peines. Cependant, le Conseil constitutionnel neutralise l'argumentation juridique des requérants et sauvegarde la conformité de l'article L. 314-18 du code des juridictions financières par la reprise de deux réserves d'interprétation. Tout en reconnaissant que « les dispositions contestées permettent qu'une personne visée à l'article L. 312-2 du code des juridictions financières, poursuivie devant la cour de discipline budgétaire et financière pour l'une des infractions édictées par les articles L. 313-1 à L. 313-8 du même code, soit également poursuivie devant une juridiction pénale pour une infraction pénale », il conclut que l'article L. 314-18 du code des juridictions financières respecte le principe de nécessité des délits et des peines qui implique « [...] qu'une même personne ne puisse faire l'objet de poursuites différentes conduisant à des sanctions de même nature pour les mêmes faits, en application de corps de règles protégeant les mêmes intérêts sociaux »⁹¹⁴.

Par ailleurs, afin d'écartier le grief tiré de l'atteinte au principe de proportionnalité des peines, le Conseil constitutionnel rappelle par le jeu d'une réserve d'interprétation générale et connue que « lorsque plusieurs sanctions prononcées pour un même fait sont susceptibles de se cumuler, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues. Il appartient donc aux autorités juridictionnelles compétentes de veiller au respect de cette exigence et de tenir compte, lorsqu'elles se prononcent, des sanctions de

⁹¹³ Cons. const., 1^{er} juill. 2016, n° 2016-550 QPC.

⁹¹⁴ Cons. const., 1^{er} juill. 2016, n° 2016-550 QPC, consid. 7.

même nature antérieurement infligées »⁹¹⁵. En somme, dans ces décisions QPC, le Conseil constitutionnel, à travers l'usage des réserves d'interprétation émises, indique aux juges pénaux le champ d'application précis de la réserve interprétative⁹¹⁶ et invitent ces derniers à interpréter et appliquer les dispositions pénales litigieuses dans un sens conforme à la Constitution. En effet, lorsque le Conseil constitutionnel émet des réserves d'interprétation, il « laisse s'échapper dans le champ juridique une disposition qui, interprétée autrement qu'il l'a fait, n'est pas conforme à la Constitution »⁹¹⁷. Par conséquent, les juges pénaux représentent le « maillon principal » de la chaîne qui pourvoie à l'effectivité de la Constitution au sein du procès pénal. Force est de constater qu'outre-Atlantique, lorsque les juges canadiens émettent des réserves d'interprétation restrictives ou extensives, la problématique est différente. D'une part, la force obligatoire et symbolique de la règle du précédent au Canada assure de manière solide l'effectivité juridictionnelle de la nouvelle interprétation constitutionnelle au sein du procès pénal. D'autre part, la « double casquette » des juges canadiens leur permet de dégager une interprétation des textes législatifs conforme à la Constitution et de trancher directement la contestation constitutionnelle au cours du litige ordinaire, contrairement à la situation française. Enfin, la divergence quant à l'application des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal par les juges judiciaires canadiens et français, se justifie au regard de la différence de structure des décisions constitutionnelles canadiennes et françaises.

220. L'application conditionnée des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal par l'intervention des juges judiciaires. Un constat s'impose : celui de « l'incomplétude » de la solution constitutionnelle pour trancher la contestation constitutionnelle au cours du procès pénal ordinaire. Autrement dit, la solution constitutionnelle ne comporte pas en elle-même les modalités matérielles de son exécution. Par conséquent, l'application des décisions constitutionnelles du Conseil constitutionnel au sein du procès pénal se trouve conditionnée par l'intervention des

⁹¹⁵ Cons. const., 1^{er} juill. 2016, n° 2016-550 QPC.

⁹¹⁶ Comm., Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC ; Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC.

⁹¹⁷ X. SAMUEL, « Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel », Accueil des nouveaux membres de la Cour de cassation au Conseil constitutionnel le 26 janvier 2007.

juges ordinaires et des juges suprêmes de la Cour de cassation. L'effectivité de la garantie juridictionnelle de la Constitution au sein du procès pénal n'est ainsi assurée que par l'intermédiaire d'un dialogue entre les juges des différentes stratifications de la justice. En effet, la conception abstraite du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois pénales ne permet pas, à elle-seule, de résoudre la question de constitutionnalité soulevée au sein des affaires pendantes. Cette résolution ne peut s'obtenir qu'au prix d'une collaboration entre les différents acteurs de la question prioritaire de constitutionnalité. C'est dans cette mesure qu'il est permis de relever une sorte « d'incomplétude » de la décision constitutionnelle pour la résolution des affaires pénales pendantes et ou, à venir. Concernant les affaires pénales en cours soit non définitivement jugées, la résolution de la situation litigieuse des justiciables ne s'obtient que par le prisme de l'application de la décision constitutionnelle par les juges judiciaires. Il en va de même concernant les procès pénaux futurs au sein desquels la résolution de la contestation constitutionnelle est conditionnée par l'application de la décision constitutionnelle par les juges judiciaires. En somme, que la décision constitutionnelle soit celle d'une décision d'abrogation immédiate, différée ou bien encore de conformité sous réserve d'interprétation, la solution constitutionnelle ne comporte pas en elle-même les modalités matérielles de son exécution. Cette faille décisionnelle se justifie par le contrôle abstrait de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* dans la mesure où la conception d'un tel contrôle s'accommode d'une décision constitutionnelle rendue par le Conseil constitutionnel et non pas, par le juge du procès à l'origine de la contestation constitutionnelle. S'ajoute encore à l'incomplétude de la décision constitutionnelle pour la résolution de la contestation constitutionnelle inscrite au sein des procès pénaux en cours et à venir, l'absence de mécanisme de sanction en cas de non-respect du suivi des prescriptions constitutionnelles indiquées par le Conseil constitutionnel par les autorités d'application de la loi pénale.

2) La garantie juridictionnelle non sanctionnée de la Constitution au sein du procès pénal

221. L'application non sanctionnée des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal par les juges judiciaires. La question de la réception des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal par les juges judiciaires renouvelle la problématique de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel. En effet, étant donné que la garantie juridictionnelle de la Constitution est conditionnée par la collaboration des juges judiciaires, il devient légitime de se poser la question de savoir si ces derniers sont contraints d'appliquer les décisions constitutionnelles et s'il existe un mécanisme de sanction directe en cas de méconnaissance de ces décisions par les juges susvisés. Si dans un premier temps, l'autorité des décisions constitutionnelles ainsi définie apparaît absolue dans la mesure où l'effet *erga omnes* s'y rattache, il convient de relativiser cette impression par l'absence maintenue d'un mécanisme de sanction en cas de méconnaissance des exigences constitutionnelles par les autorités chargées de l'application des lois pénales. En effet, une fois le caractère obligatoire des décisions constitutionnelles consacré, rien ne vient garantir l'effectivité quant à l'application des décisions constitutionnelles par les juges judiciaires. Aucun mécanisme de sanction n'a été prévu par le pouvoir constituant lors de la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité. Cette carence dans le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* avait déjà été relevée dans le cadre du contrôle *a priori* en cas de déclaration de conformité sous réserve(s) prononcée par le Conseil constitutionnel.

222. Les réserves d'interprétation : une technique dépourvue de sanction. En l'état actuel du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* mis en place et en dépit de la force obligatoire des réserves d'interprétation, les juges judiciaires échappent à toute sanction en cas de méconnaissance des directives constitutionnelles. L'application effective des décisions de conformité sous réserves interprétatives est alors laissée à la bonne volonté des juges judiciaires. En somme, l'exemple des déclarations de conformité avec réserves d'interprétation témoigne une nouvelle fois des lacunes d'un contrôle abstrait de constitutionnalité *a posteriori* dans l'optique d'une application effective des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal.

Si un contrôle concret de constitutionnalité *a posteriori* n'induit pas automatiquement la mise en place d'un mécanisme de sanction en cas de méconnaissance des prescriptions constitutionnelles, il permet aux magistrats de rendre des décisions qui comportent en elles-mêmes les modalités de leur exécution. Par conséquent, la résolution de la contestation constitutionnelle inscrite au sein du procès pénal est immédiate et la collaboration des juges ne représente plus une condition préalable à l'application effective des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal.

B) L'application non conditionnée des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal par les juges au Canada

223. L'absence de problématique relative à l'application dans l'espace des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal canadien. La problématique relative au dialogue des magistrats canadiens afin d'appliquer effectivement les décisions constitutionnelles au sein du procès pénal ne se pose pas dans les mêmes termes. En effet, tant la nature concrète du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* (1) que la structure intrinsèque des décisions constitutionnelles (2) garantissent l'effectivité juridictionnelle de la Constitution au sein du procès pénal.

1) La justification par la conception concrète du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*

224. La justification par la matérialité des décisions constitutionnelles canadiennes. La question de l'application dans l'espace des décisions constitutionnelles de conformité ou d'inconstitutionnalité, ne se pose pas dans la mesure où le mécanisme du contrôle concret de constitutionnalité des lois *a posteriori* offre la possibilité aux magistrats d'appliquer la solution à la question de constitutionnalité au sein du procès pénal qui lui a donné naissance. La matérialité de la solution est telle qu'elle comporte les modalités nécessaires à son exécution, sans qu'une collaboration entre les magistrats canadiens conditionne la garantie de la Constitution au sein du procès pénal. Cette application effective des décisions

constitutionnelles au sein du procès pénal canadien semble tributaire de la règle du *précédent*⁹¹⁸. En effet, un contrôle de constitutionnalité de l'application des lois pénales *a posteriori* justifie, en principe, que les déclarations de conformité ou d'inconstitutionnalité ne s'appliquent qu'au litige d'espèce. Cependant, la force obligatoire de la règle du *précédent* est telle que les juges canadiens ne doivent s'écarter des précédents que de manière exceptionnelle. En somme, l'aspect concret du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* et l'autorité dissuasive attachée aux décisions constitutionnelles des juges canadiens participe à l'effectivité de la Constitution au sein du procès pénal. C'est dans cette mesure qu'il peut être affirmé que, contrairement à la situation française, l'application des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal par les juges au Canada s'avère « non conditionnée » à l'instauration d'un dialogue des juges et « imposée » par la règle du *stare decisis*. Il faut rappeler la corrélation entre le contrôle concret et la fonction de juger. Par l'exercice du contrôle concret de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*, les juges canadiens s'intéressent aux effets de leurs décisions sur les individus. La jurisprudence pénale canadienne a toujours été très proche des faits de l'affaire à juger. Au surplus, l'objectif assigné au contrôle concret de constitutionnalité *a posteriori* est principalement celui de préserver les droits fondamentaux des individus. La garantie de l'intégrité de la Constitution représente une finalité secondaire de la justice constitutionnelle canadienne. C'est précisément parce que l'intervention des juges canadiens procède, principalement, du souci de protéger les droits fondamentaux que l'exercice concret de constitutionnalité *a posteriori* entraîne une application effective des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal. C'est l'exigence la plus élémentaire de la fonction de juger qui est assurée, soit celle d'apporter une réponse au problème de droit posé par les justiciables. En apportant une réponse abstraite à une contestation constitutionnelle précise, les juridictions constitutionnelles ne commettraient-elles pas une sorte de déni de justice ? En effet, un tel renoncement à la fonction la plus essentielle de juger « maintient la distance entre le juste et le juridique et permet au juge constitutionnel de rester indifférent à l'injustice, ce qui est l'expression la plus raffinée de la vertu

⁹¹⁸ P. TAILLON, F. HENAULT, « Des faits décisifs ! Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité au Québec et au Canada », in *Pluralisme des garanties et des juges et droits fondamentaux. Les droits culturels.*, op. cit., p. 28.

suprême d'impartialité »⁹¹⁹. La garantie de l'effectivité juridictionnelle de la Constitution au sein du procès pénal se trouve encore assurée par la structure intrinsèque des décisions constitutionnelles canadiennes.

2) La justification par le caractère incident des décisions constitutionnelles canadiennes

225. La coïncidence de la déclaration de constitutionnalité et du verdict quant à la culpabilité. L'absence de problématique relative à l'application dans l'espace des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal tient également, si ce n'est principalement, au caractère diffus⁹²⁰ du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. En effet, il n'y a pas au Canada à proprement parler de juge constitutionnel canadien. Tous les juges des tribunaux supérieurs peuvent se prononcer en matière de constitutionnalité. Dans le cadre de l'étude comparative menée, c'est le juge pénal qui se prononce. Au Canada, la question de la constitutionnalité des lois représente une simple question incidente⁹²¹, au même titre, par exemple, que les décisions rendues en matière d'admissibilité de la preuve. En outre, il n'est pas possible de porter en appel la décision de nature constitutionnelle en cours de procès. Le juge du procès ne peut que donner effet au jugement incident qu'il a lui-même rendu en matière de constitutionnalité. La déclaration en matière constitutionnelle ne constitue qu'une décision incidente en cours d'instance, le but principal du procès étant de statuer sur la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé. Par conséquent, en principe au Canada, et contrairement à la situation française, « la décision de constitutionnalité coïncide avec le verdict final »⁹²². Au demeurant, l'étude relative à la réception des décisions constitutionnelles par les juges judiciaires témoigne des limites du caractère abstrait de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* afin d'assurer effectivement les décisions constitutionnelles au sein du procès pénal par les juges judiciaires. En revanche au Canada, toutes les interrogations liées à la

⁹¹⁹ P. MARTENS, « Le contrôle préjudiciel de constitutionnalité est-il un art abstrait ? », in *Mélanges en hommage à Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 423-450.

⁹²⁰ P. TAILLON, F. HENAULT, « Des faits décisifs ! Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité au Québec et au Canada », in *Pluralisme des garanties et des juges et droits fondamentaux. Les droits culturels.*, op. cit., p. 27.

⁹²¹ R. c. *Laba*, [1994] 3 RCS 965.

⁹²² R. c. *Laba*, [1994] 3 RCS 965.

problématique susvisée semblent neutralisées tant par l'aspect concret du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, que par le caractère incident des décisions constitutionnelles canadiennes. Il convient également de se poser la question de savoir si la nature abstraite ou concrète engendre un quelconque impact sur les rapports entre le Conseil constitutionnel et le législateur ainsi que sur les rapports entre la Cour suprême du Canada et le Parlement fédéral.

§2 : La divergence quant à la réception des décisions constitutionnelles par le pouvoir législatif

226. Le jeu des vases communicants en matière de contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*. Le contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* influence de manière quasi-analogue le « calendrier législatif » français et canadien. Tel un « vase communicant », à travers les décisions constitutionnelles rendues dans le cadre du contrôle *a posteriori*, les législateurs devraient prendre en compte les prescriptions des juges constitutionnels. En raison du principe de séparation des pouvoirs, les législateurs de part et d'autre de l'Atlantique, restent néanmoins libres d'intervenir ou de cantonner leurs actions législatives en fonction des prescriptions édictées par les juges constitutionnels. Cette liberté d'intervention des législateurs en matière constitutionnelle sera analysée d'abord, sous l'angle d'une censure immédiate d'une loi pénale inconstitutionnelle (A), puis en cas de censure différée d'une loi pénale inconstitutionnelle (B).

A) La liberté d'intervention des parlements en cas de censure immédiate des lois pénales inconstitutionnelles

227. L'effectivité des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal tributaire de l'intervention des parlements français et canadiens en cas de censure immédiate des lois pénales inconstitutionnelles. Il convient de préciser préalablement ce que recouvre la notion de parlement en France et au Canada. En effet, au regard de la spécificité des deux ordres juridiques pris en référence, la notion de parlement ne regroupe pas les mêmes entités. En ce qui concerne la France, la notion de parlement ou de législateur est utilisée pour désigner uniquement le parlement composé de l'Assemblée nationale et du Sénat. En ce qui concerne le Canada, le choix est celui de centrer la réflexion sur le parlement étatique, composé de la Chambre des communes et du Sénat. En effet, le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* trouve à s'exercer en matière criminelle avec une acuité particulière et la matière criminelle relève, principalement, de la compétence législative fédérale⁹²³. C'est la raison pour laquelle il convient de se focaliser uniquement sur les rapports institutionnels entretenus entre les juges canadiens et le législateur étatique.

Conformément au principe de la séparation des pouvoirs, il est possible que suite à une décision constitutionnelle, les législateurs s'abstiennent d'intervenir même dans le cadre d'une censure immédiate d'une loi pénale inconstitutionnelle. Cependant, le contrôle concret de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* et les techniques juridictionnelles s'y rattachant autorisent les magistrats canadiens à user d'un pouvoir de substitution afin de pallier l'inertie éventuelle du législateur suite à une censure immédiate des lois pénales inconstitutionnelles (2). En revanche, pareils correctifs n'ont pas lieu d'être en France (1). C'est dans cette mesure qu'il est permis d'affirmer qu'il existe un dialogue institutionnel, d'intensité différente, entre les juges constitutionnels et les Parlements respectifs des deux ordres juridiques qui influence nécessairement sur l'effectivité des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal de part et d'autre de l'Atlantique.

⁹²³ R. c. Demers, [2004] 2 RCS 489.

- 1) La liberté d'intervention du législateur en cas de censure immédiate des lois pénales inconstitutionnelles et l'effectivité compromise des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal en France

228. L'influence des censures immédiates des lois pénales inconstitutionnelles sur l'effectivité des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal en France.

La question prioritaire de constitutionnalité relative au harcèlement sexuel précitée⁹²⁴ illustre les principales problématiques pouvant survenir en cas d'abrogation « sèche » de la loi pénale litigieuse. En effet, si en amont, les intérêts des victimes ont pu dans une certaine mesure être mis à mal suite à l'abrogation immédiate de l'incrimination relative au harcèlement sexuel, en aval les intérêts de la partie poursuivie ne semblent pas avoir été suffisamment préservés par l'intervention législative. En effet, la déclaration d'inconstitutionnalité n'étant pas suffisante pour remédier à l'inconstitutionnalité de la loi, une action positive normative était nécessaire pour rétablir l'incrimination litigieuse. Mais encore faut-il que cette création normative s'effectue dans des conditions enclines à assurer une protection accrue des droits fondamentaux des justiciables au procès pénal. Sur ce point, les intérêts de la partie poursuivie ne semblent pas avoir été suffisamment préservés par l'intervention législative. En effet, si la loi du 6 août 2012 est venue instituer la définition du nouveau délit de harcèlement sexuel en prenant soin de déterminer avec précision les éléments constitutifs dudit délit, il reste que la nouvelle formulation édictée en urgence, à défaut d'être imprécise, demeure large et susceptible de faire entrer dans la caractérisation de ce délit des agissements n'ayant pas lieu d'être pénalisés⁹²⁵. Par ailleurs, l'élément moral n'a pas été défini précisément par le législateur tandis que la jurisprudence a pu attester que l'élément intentionnel était souvent déduit automatiquement de la caractérisation de l'élément

⁹²⁴ Const. const., 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC.

⁹²⁵ La loi du 6 août 2012 institue le nouveau délit de harcèlement sexuel à l'article 222-33 du code pénal : « Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou des comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à la dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante. « II. –Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers. III. Les faits mentionnés aux I et II sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ».

matériel⁹²⁶. Un tel raisonnement juridique revient à présumer l'intention coupable de l'auteur présumé et se situe donc en porte à faux avec les principes gouvernant la matière pénale et plus précisément les principes régissant les délits intentionnels qui commandent de caractériser un dol général et le cas échéant un dol spécial⁹²⁷. Même si la décision d'abrogation immédiate du Conseil constitutionnel ne contraignait pas en elle-même le parlement à légiférer, la complexification des situations des victimes survenue à la suite de l'abrogation immédiate de l'incrimination du harcèlement sexuel imposait dans une certaine mesure l'intervention du législateur français. Trois mois seulement se sont écoulés entre la décision d'abrogation du Conseil constitutionnel et l'adoption de la nouvelle loi le 6 août 2012 suite au lancement de la procédure d'adoption accélérée. Si le Conseil constitutionnel n'a aucunement fixé ce délai et que le Parlement pouvait choisir d'intervenir ultérieurement, il reste que l'abrogation immédiate de la disposition contestée en l'espèce entraîne un renvoi de la question au législateur à un moment qu'il n'a pas choisi et l'invite à prendre les mesures à l'intérieur de délais qui ne seraient normalement pas les siens. Il est regrettable qu'au sein d'un État de droit le législateur puisse adopter des nouvelles lois pénales aussi précipitamment qu'il l'a opéré pour remédier à la période transitoire issue de l'abrogation de l'article 222-3 du code pénal susvisé. Cela s'avère incompatible avec l'enjeu que poursuit à certains égards la matière pénale, à savoir le respect des droits et libertés fondamentaux des justiciables. Le problème en toile de fond résulte, une nouvelle fois, de l'objectif assigné au contrôle abstrait de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France. Il s'agit en premier lieu, de garantir l'intégrité de la Constitution et non de préserver les situations subjectives des justiciables pénaux. La liberté d'intervention du législateur en cas d'abrogation immédiate de la loi pénale inconstitutionnelle et les conséquences néfastes sur la protection des droits et libertés des justiciables qui

⁹²⁶ Un tel raisonnement juridique revient à présumer l'intention coupable de l'auteur présumé et se situe donc en porte à faux avec les principes gouvernant la matière pénale et plus précisément les principes régissant les délits intentionnels qui commandent de caractériser et un dol général, et, le cas échéant, un dol spécial ; v. sur ce point, C. COLLET, E. DAOUD, « Le harcèlement sexuel et moral à l'épreuve de la Constitution », *Constitutions* 2012, p. 446.

⁹²⁷ Le dol général est la volonté de tendre vers un acte interdit par la loi pénale, il regroupe donc toutes les infractions intentionnelles. C'est le dépassement de la loi pénale par un acte illicite dont l'auteur connaît l'interdiction. Il agit selon sa volonté, même en sachant que l'infraction est punie par la loi. Au contraire le dol spécial, lui est propre à une infraction. Ainsi dans le cas du harcèlement sexuel, c'est la conscience d'opérer des actes dans le but précis d'obtenir des faveurs sexuelles par exemple. Les critiques doctrinales se sont donc élevées contre l'imprécision de la caractérisation du dol spécial qui commande le délit de harcèlement sexuel issu de la nouvelle loi du 6 août 2012.

peuvent en découler, peuvent également attestées par la décision QPC relative au contentieux de la détention provisoire⁹²⁸. Sans évoquer une nouvelle fois les motifs qui sous-tendent l'abrogation immédiate de l'article 207 du code de procédure pénale qui réservait exclusivement le contentieux de la détention provisoire à la chambre de l'instruction, la censure immédiate dudit article a provoqué un retour à la situation antérieure à la loi du 9 mars 2004 et au risque de divergence entre les magistrats relative au contentieux de la détention provisoire. Cette situation préjudiciable pour les personnes mises en examen peut alors perdurer dans le temps sans que le législateur puisse être contraint juridiquement à intervenir. En effet, le législateur peut choisir de ne pas intervenir et compter sur le travail de réflexion des juges judiciaires. Il peut aussi choisir d'instaurer une évocation obligatoire et décider que la chambre de l'instruction se saisisse dans tous les cas du contentieux, conformément au principe d'égalité⁹²⁹. La liberté d'intervention du législateur en cas d'abrogation immédiate peut encore être illustrée par la décision du Conseil constitutionnel du 23 juillet 2010⁹³⁰ qui abroge avec effet immédiat l'article 575 du code de procédure pénale qui privait la partie civile, en l'absence de pourvoi du ministère public, de la possibilité de faire censurer, par la Cour de cassation, la violation de la loi par les arrêts de la chambre de l'instruction sauf dans certains cas limitativement énumérés. Si l'abrogation immédiate de l'article 575 du code de procédure pénale établit la faculté du pourvoi en cassation contre les arrêts de non-lieu des chambres de l'instruction, la censure n'oblige en rien la consécration par le législateur « d'un droit illimité au pourvoi contre les arrêts rendus par les juridictions d'instruction d'appel⁹³¹.

⁹²⁸ Cons. const., 17 déc. 2010, n° 2010-81, M. Boubakar B. [Détention provisoire : réserve de compétence de la chambre de l'instruction], *JORF* 19 déc. 2010, p. 22375, texte n° 51, *Rec.*, p. 412.

⁹²⁹ J. PRADEL, *Procédure pénale*, Cujas 2015, 18^e éd., p. 658.

⁹³⁰ Cons. const., 23 juill. 2010, n° 2010-15/23, Région Languedoc-Roussillon et autres [Article 575 du code de procédure pénale], *JORF* 24 juill. 2010, p. 13727, texte n° 120. *Rec.*, p. 161.

⁹³¹ C. LACROIX., « Les parties civiles à l'assaut de la chambre criminelle de la Cour de cassation », *D.*, 2010, p. 2686.

2) La liberté d'intervention du législateur en cas d'abrogation immédiate des lois pénales inconstitutionnelles et l'effectivité garantie des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal au Canada

229. L'influence des censures immédiates des lois pénales inconstitutionnelles sur l'effectivité des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal au Canada. Outre-Atlantique, le législateur bénéficie également de cette liberté d'intervention en cas d'abrogation immédiate des lois pénales inconstitutionnelles. En effet, sur le plan formel, la loi pénale canadienne jugée inconstitutionnelle ne peut être abrogée que par le législateur. L'hypothèse peut être illustrée par l'affaire *Morgentaler*⁹³² précitée, relative au crime d'avortement. Si la Cour suprême du Canada a conclu que le code sur l'avortement était inconstitutionnel dans sa globalité, l'invalidité pure et simple n'a pas entraîné pour autant son abrogation formelle étant donné qu'aucune intervention législative n'a été entreprise en ce sens. Cependant, malgré cette liberté commune d'intervention des législateurs en cas de décisions constitutionnelles rendues dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, il apparaît que le contrôle concret *a posteriori* et les techniques juridictionnelles qui s'y rattachent, notamment la technique du *distinguishing* permet de gérer la période de droit transitoire de manière plus encline à préserver la protection des droits et libertés fondamentaux en cas d'inertie éventuelle du législateur étatique. Dans le cadre de cette technique, le raisonnement judiciaire va consister à déterminer une situation factuelle qui différencie un *précédent* avec le cas jurisprudentiel à trancher. Selon le professeur Hubbard : « [le *distinguishing* est un] procédé par lequel l'inapplicabilité d'un *précédent* est démontrée [...] Si nous pouvons montrer qu'un fait qui était présent dans le *précédent* n'est pas présent dans le cas actuel, ou vice versa, et si le juge est persuadé que ce fait constitue une différence essentielle entre les cas, alors nous aurons distingué le *précédent* et démontré que ce dernier ne s'applique pas au présent cas. »⁹³³. Par conséquent, c'est par un affinement de la règle jurisprudentielle, autrement dit par une approche pragmatique de l'assise factuelle de l'affaire, que les magistrats canadiens permettent de faire évoluer la *common law* de manière subtile, c'est-à-dire, en adéquation avec le principe du *stare decisis*. En effet, étant donné que l'assise

⁹³² R. c. *Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30.

⁹³³ H.-A. HUBBARD, « Le processus judiciaire du « common law » (1968), 28 R. du. B. 1, p. 13.

factuelle nouvelle rend *a fortiori*, la question litigieuse nouvelle, la solution rendue par les magistrats ne contrevient pas à un précédent. Par conséquent, c'est en se prêtant à une analyse factuelle poussée que les magistrats canadiens sauvegardent la sécurité juridique au sein du procès tout en préservant la continuité de la *common law*. Cependant, la préservation de la sécurité juridique semble conditionnée par une motivation poussée de la part des magistrats canadiens lorsqu'ils font le choix d'utiliser de la technique des distinctions. À la lumière des atouts du mécanisme du *distinguishing*, il devient légitime de se demander si le Conseil constitutionnel, dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, pourrait user du même procédé afin de contrer les effets contraignants de l'éventuelle inertie du législateur en cas d'inconstitutionnalité déclarées des lois pénales avec abrogation immédiate. Néanmoins, la question une fois soulevée doit être aussitôt écartée. En effet, la technique des distinctions commande une approche factuelle poussée du cas d'espèce au sein duquel naît la contestation constitutionnelle. La conception principalement abstraite du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* semble, en l'heure actuelle, difficilement conciliable avec l'usage de la technique des *distinguishing*. Ce constat est regrettable tant il apparaît, contrairement à un contrôle abstrait, que la conception concrète du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* semble plus respectueuse quant à la marge d'appréciation politique du législateur. Selon le professeur P. Moor, « la manière la plus idoine pour le juge de ne pas s'immiscer indûment dans les questions d'opportunité consiste à fonder son jugement sur les spécificités de la cause, sur ce qui est tout à fait propre – par conséquent s'intéresser particulièrement aux faits »⁹³⁴.

⁹³⁴ P. MOOR, « Systématique et illustration du principe de proportionnalité », in *Les droits individuels et le juge en Europe* - Mélanges offerts à Michel Fromont, Presses universitaires de Strasbourg, 2002, spéc. p. 340.

B) La liberté d'intervention des parlements en cas de censure différée des lois pénales inconstitutionnelles

230. L'influence des censures différées des lois pénales inconstitutionnelles sur les délais et contenus de la production législative pénale. De part et d'autre de l'Atlantique, dans le cadre d'une censure différée des lois pénales inconstitutionnelles, la question constitutionnelle est renvoyée au législateur à un moment qu'il n'a pas choisi et lui impose de prendre des mesures à l'intérieur de délais qui ne seraient normalement pas les siens. La censure avec effet différé de la loi pénale inconstitutionnelle peut, en France (1) comme au Canada (2), influencer la production législative pénale. Dès lors, les juges constitutionnels français et canadien, s'immiscent et, participent d'une certaine manière à la « politique criminelle »⁹³⁵.

- 1) L'influence des censures différées des lois pénales inconstitutionnelles sur les délais et contenus de la production législative pénale en France

231. Les conséquences sur le *tempo* de la production législative pénale française. Réitérant un considérant de principe, les juges constitutionnels français rappellent que « Le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement »⁹³⁶. En conséquence, lorsque les juges constitutionnels estiment que l'abrogation immédiate d'une loi pénale inconstitutionnelle aurait des conséquences manifestement excessives, ils octroient un délai d'intervention au législateur afin que ce dernier, le cas échéant, remédie lui-même à l'inconstitutionnalité constatée, ou bien adopte une attitude passive jusqu'à l'écoulement du délai du report au terme duquel la disposition pénale jugée inconstitutionnelle disparaît purement et simplement de l'ordre juridique. L'hypothèse peut notamment être illustrée par la décision Garde à vue, laquelle peut être rapprochée de la décision sur la rétention douanière, ou bien encore l'affaire

⁹³⁵ C. LAZERGES, « Le rôle du Conseil constitutionnel en matière de politique criminelle », *NCCC*, n° 26, in Dossier : *La Constitution et le droit pénal* - août 2009, pp. 34-41.

⁹³⁶ Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, consid. 30, Cons. const., 22 sept. 2010, n° 2010-32 QPC, consid. 9, Cons. const., 1^{er} avr. 2011, n° 2011-112 QPC, consid. 9.

relative à la composition du tribunal pour enfants⁹³⁷ ou celle relative à l'hospitalisation d'office⁹³⁸. De manière générale, les décisions d'inconstitutionnalité avec effet différé ont été également suivies d'une production législative pénale. L'hypothèse se vérifie, en effet, dans le cas des affaires relatives à la garde à vue ou au harcèlement sexuel. On ne peut que se réjouir de ce dialogue interinstitutionnel, tant l'inaction potentielle du législateur français ne peut être contrebalancée par un pouvoir de substitution de la part des juges constitutionnels, sans méconnaître l'esprit de la réforme constitutionnelle de 2008.

2) L'influence des censures différées des lois pénales inconstitutionnelles sur les délais et contenus de la production législative pénale au Canada

232. Les conséquences sur le tempo de la production législative pénale canadienne. Au Canada, selon une conception « stricte » du contrôle de constitutionnalité, c'est-à-dire respectueuse du principe de la séparation des pouvoirs, la détermination des remèdes aux inconstitutionnalités doit s'accompagner d'une retenue judiciaire vis-à-vis des législateurs. L'affaire *Carter*⁹³⁹ est éloquent. Au regard des enjeux complexes relatifs à la question de la légalisation de l'aide au suicide, qui découlent « des dimensions morale et éthique profondes de la question, mais également du chevauchement des compétences législatives fédérale et provinciale en la matière »⁹⁴⁰, les juges suprêmes ont fait preuve de

⁹³⁷ Cons. const., 8 juill. 2011, n°2010-147 QPC, M. Tarek J. [Composition du tribunal pour enfants], *JORF* 9 juill. 2011, p. 11979, consid. 12 énonce : « L'abrogation immédiate de l'article L.251-3 du Code de l'organisation judiciaire méconnaîtrait le principe fondamental reconnu par les lois de la Républiques en matière de justice pénale des mineurs et entraînerait des conséquences manifestement excessives ».

⁹³⁸ Cons. const., 26 nov. 2010, n°2010-71 QPC, Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement], *JORF* 27 nov. 2010, p. 21119, cons. 41 : « L'abrogation immédiate de l'article L. 337 du Code de la santé publique, devenu son article L.3212-7, méconnaîtrait les exigences de la protection de la santé et la prévention des atteintes à l'ordre public et entraînerait des conséquences manifestement excessives ».

⁹³⁹ *Carter c. Canada* (Procureur général), [2016] 1 RCS 13.

⁹⁴⁰ *Ibidem.*, §.14 : « Nous ne sous-estimons pas la souffrance de ceux à qui l'on refuse encore l'accès à l'assistance dont ils ont besoin pour y mettre fin. Cela devrait ressortir clairement des motifs du jugement de la Cour sur le fond. Cependant, nous ne sous-estimons pas non plus la complexité des enjeux relatifs à la question fondamentale de savoir quand il devrait être légal de poser des gestes qui constitueraient autrement une conduite criminelle. La complexité des enjeux découle non seulement des dimensions morale et éthique profondes de la question, mais également du chevauchement des compétences législatives fédérale et provinciale en la matière. La Cour a conclu à l'unanimité dans son jugement sur le fond qu'il était préférable qu'il soit traité de ces enjeux par le processus législatif. Nous sommes toujours de cet avis. Que ce processus législatif ait besoin de plus de temps est regrettable, mais qu'il s'agisse du meilleur moyen pour traiter de la question n'en demeure pas moins vrai pour autant ».

déférence vis-à-vis du pouvoir législatif. En ce sens, ils ont convenu qu'il appartenait au législateur fédéral de traiter de ces enjeux. Force est de constater, qu'il subsiste des situations législatives litigieuses que seul le législateur étatique est en mesure de remédier. Dans ces hypothèses précises, le « calendrier législatif » est forcément aménagé en fonction des délais de report de l'inconstitutionnalité déclarée par les magistrats canadiens. Les législateurs, tant français que canadien, sont alors contraints « politiquement » et non « juridiquement » de réagir aux déclarations d'inconstitutionnalité des lois pénales. En effet, il ne pèse pas sur la tête des législateurs respectifs d'obligation juridique les contraignant à intervenir afin de remédier à la situation législative litigieuse en raison du principe fondamental de la séparation des pouvoirs. Cependant, il apparaît, tant dans l'ordre juridique français que canadien, que les décisions d'inconstitutionnalité prononcées par les juges constitutionnels des deux ordres juridiques respectifs sont suivies d'une production législative pénale. Au Canada, les auteurs Peter Hogg et Allison Bushell ont estimé qu'à 80 % les déclarations d'inconstitutionnalité étaient suivies d'une réaction législative⁹⁴¹. Par ailleurs, en cas d'inaction du législateur dans le cadre d'une invalidité avec effet suspendu, la gamme des sanctions aux inconstitutionnalités déclarées en vertu du principe de la suprématie de la Constitution prévu au paragraphe 52 (1) de la *loi constitutionnelle de 1982*, offre des actions palliatives aux magistrats canadiens en cas d'inertie du législateur étatique.

233. Le contrôle concret de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* : un remède au risque d'inertie du législateur en cas d'une inconstitutionnalité déclarée avec effet différé. L'apport du droit canadien permet de démontrer que tout en préservant la répartition des compétences entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif, le contrôle concret de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* permet de remédier à certains risques tenant à l'inertie potentielle du législateur suite à une censure avec effet différé, dans l'optique d'une meilleure protection des droits et libertés fondamentaux des justiciables au procès pénal. Ce pouvoir de substitution est bienvenu lorsque, pour des raisons diverses, le contexte politique ne permet pas une continuité entre la déclaration d'inconstitutionnalité et

⁹⁴¹ P. HOGG, A. BUSHELL, «The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter Isn't Such a Bad Thing After All) », 35 *OSGOODE HALL. L.J.* 75 (1997), p. 105.

la réaction législative attendue⁹⁴². En France, contrairement au Canada, cette hypothèse ne s'est pas encore produite. Dans cette hypothèse, le pouvoir normatif des juges canadiens représente une action palliative non négligeable qui permet de contrecarrer l'éventuelle absence de législation de substitution de la part du législateur étatique dans l'hypothèse d'une inconstitutionnalité déclarée avec effet différé. Dans cette perspective, il peut être fait mention de l'affaire *Swain*⁹⁴³ dans laquelle les magistrats ont considéré, au nom de la majorité, que la détention pour une période indéterminée d'une personne acquittée pour cause d'aliénation mentale violait la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cependant, ils ont assorti cette déclaration d'invalidité d'une suspension dans le temps d'une durée de six mois. Les magistrats ont tout de même pris soin d'élaborer un régime législatif afin de gérer cette période transitoire en limitant les ordonnances de détention à une durée de 30 à 60 jours. En somme, l'arrêt *Swain* illustre une forme de réparation individuelle immédiate et palliative, permise par le pouvoir normatif des magistrats, qui est de nature à limiter les conséquences de l'effet différé d'une déclaration d'invalidité. Cependant, ce pouvoir normatif de substitution n'est pas sans limites. En ce sens, des principes directeurs font office de garde-fou.

234. La détermination des sanctions des inconstitutionnalités encadrée par les principes directeurs. La légitimité du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* et plus précisément du choix effectué par les magistrats dans la détermination des sanctions des inconstitutionnalités est assurée par le respect de certains principes directeurs. Le considérant de principe issu de l'affaire *Vriend* est éloquent : « [...] Lorsqu'une loi est jugée inconstitutionnelle, que le tribunal choisisse d'avoir recours à l'interprétation large ou d'annuler la loi, il y a nécessairement une certaine ingérence dans l'intention du législateur. Par conséquent, la solution qui respecte le plus l'intention du législateur est celle qui consiste à se demander ce que le législateur aurait vraisemblablement fait s'il avait su que ses dispositions seraient jugées inconstitutionnelles. De mon point de vue, le choix délibéré des moyens n'empêche pas le recours à l'interprétation large, sauf dans les cas où l'on peut établir que les moyens choisis revêtent une importance à ce point centrale eu égard aux buts poursuivis par le législateur et sont à ce point

⁹⁴² *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30.

⁹⁴³ *R. c. Swain*, [1991], 1 SCR 933.

essentiels à l'économie de la loi que le législateur ne l'aurait pas adopté sans eux. [...] »⁹⁴⁴. Il est clair que la détermination des choix dans la sanction des inconstitutionnalités des lois pénales déclarées met en jeu directement les rapports entre les juges constitutionnels et le pouvoir législatif. Comme l'atteste le professeur Woehrling : « [...] Sur le plan des principes constitutionnels, ces techniques sont cependant difficiles à concilier avec la séparation des pouvoirs puisqu'elles amènent les tribunaux à exercer un véritable rôle de « co-législateur ». Pour atténuer ce problème, les juges doivent faire preuve de retenue judiciaire : le texte contesté, une fois reformulé par le Cour doit demeurer suffisamment semblable au texte original pour qu'on puisse penser que le législateur l'aurait quand même adopté [...] »⁹⁴⁵. La Cour suprême du Canada est alors venue encadrer par des principes directeurs le pouvoir de sanction normatif accordé aux magistrats canadiens en cas d'inconstitutionnalités déclarées. En effet, selon l'arrêt *Schachter*, l'interprétation large n'est appropriée que si les critères suivants sont respectés : l'objectif du législateur est évident et l'interprétation large favoriserait l'atteinte de cet objectif ou constituerait un empiètement moindre sur cet objectif ou constituerait un empiètement moindre sur cet objectif que l'invalidation de la mesure législative de la mesure législative en cause ; le choix des moyens utilisés par le législateur pour atteindre son objectif n'est pas assez incontestable pour que l'interprétation large constitue un empiètement inacceptable sur le domaine législatif ; l'interprétation large ne nécessiterait pas un empiètement si important sur les décisions financières du législateur qu'elle modifierait la nature du régime législatif en question⁹⁴⁶. Il peut aussi être fait référence à l'affaire *Sharpe*⁹⁴⁷ au sein de laquelle le juge en Chef McLachlin énonce que l'interprétation large représente une réparation convenable aux inconstitutionnalités du moment que deux principes directeurs sont respectés : « le respect du rôle du législateur et le respect des objets de la *Charte* ». En définitive, l'encadrement du pouvoir de sanction normatif accordé aux magistrats canadiens par les principes directeurs canadiens en matière d'interprétation constitutionnelle interroge sur la faisabilité de leur transposition en France. En effet, certaines décisions QPC du Conseil constitutionnel attestent du pouvoir quasi-

⁹⁴⁴ *Vriend c. Albert*, 1 SCR 493 §. 167.

⁹⁴⁵ J. WOEHRLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse » (1998), 1 RCS 933.

⁹⁴⁶ *Schachter c. Canada*.

⁹⁴⁷ *R. c. Sharpe*, [2001], 1 RCS 45, 2001 CSC 2, §§. 111-114.

législatif de substitution de ce dernier⁹⁴⁸. La consécration de pareils gardes fous permettrait de renforcer la légitimité des sanctions d'inconstitutionnalité des lois pénales par le juge constitutionnel français.

⁹⁴⁸ *Infra.* n° 259.

CONCLUSION DU CHAPITRE II DU TITRE II

235. Entre garantie juridictionnelle de la Constitution et sécurité juridique au sein du procès pénal. Afin de décrire les rapports entre Cour constitutionnelle et juges de droit commun en Italie, le professeur Elisabette Lamarque énonce qu'il faut être deux pour danser un tango⁹⁴⁹. L'image peut être transposée pour décrire les rapports entre le Conseil constitutionnel et le pouvoir législatif concernant le système juridique français. En effet, les déclarations d'inconstitutionnalité des lois pénales *a posteriori* prononcées par le Conseil constitutionnel sont, dans la plupart des cas, insuffisantes pour remédier aux inconstitutionnalités des lois pénales. Une action normative est alors nécessaire. Cependant, conformément au principe de la séparation des pouvoirs, le Conseil constitutionnel ne peut contraindre juridiquement le Parlement à intervenir en cas d'abrogation d'une disposition inconstitutionnelle. Partant, en cas d'inaction du législateur, la protection des droits et libertés des justiciables au procès pénal peut s'en trouver amoindrie. Au surplus, le caractère abstrait du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* tel qu'exercé actuellement par le Conseil constitutionnel ne garantit pas une application effective des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal, particulièrement au regard du respect des réserves d'interprétation. Dans l'hypothèse où la déclaration d'inconstitutionnalité suffit à remédier à l'inconstitutionnalité déclarée, la garantie juridictionnelle de la Constitution demeure encore tributaire de la collaboration des juges de l'ordre judiciaire. Au Canada, le contrôle concret de constitutionnalité *a posteriori* autorise les juges constitutionnels à s'immiscer dans le cas d'espèce litigieux, à prendre en compte les considérations subjectives liées aux justiciables au procès pénal, et à rendre une solution en lien étroit avec leurs intérêts. La *Charte canadienne des droits et des libertés* confère aux juges canadiens différents pouvoirs pour sanctionner l'inconstitutionnalité d'une disposition législative. Que faut-il en penser ? En termes de célérité de la procédure, les justiciables canadiens peuvent obtenir une décision plus rapide à travers notamment, les techniques dites du « *reading in* » et du « *reading down* ». En termes d'efficacité du mécanisme de contrôle *a posteriori*, en privilégiant un contrôle concret, les juges canadiens,

⁹⁴⁹ E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell' Italia repubblicana*, Rome, Laterza, 2012, p. 101.

effectuent un contrôle *a posteriori* plus adapté à la spécificité des lois pénales en particulier et, à la protection des droits et libertés fondamentaux en général.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

236. La protection des droits des justiciables pénaux tributaire de la conception du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*. La première partie de la thèse permet de mettre en évidence l'une des caractéristiques principales qui distingue les contrôles de constitutionnalité des lois *a posteriori* français et canadien. En effet, le contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* au Canada est dit concret quand en France, s'exerce principalement, un contrôle abstrait de constitutionnalité des lois *a posteriori*. Cette différence de nature quant aux contrôles de constitutionnalité des lois *a posteriori* interroge : quels sont les tenants et aboutissants d'une telle divergence sur la protection des droits et libertés fondamentaux des justiciables au sein du procès pénal ? La matière pénale, commande-t-elle, au regard de la spécificité de son contentieux, une mise en œuvre particulière du contrôle de conformité des lois pénales *a posteriori* ? L'étude comparée entreprise sur ce point laisse à penser qu'une protection pleine et entière des droits et libertés fondamentaux ne peut se satisfaire d'un contrôle abstrait de constitutionnalité des lois *a posteriori*. Ce constat se confirme tant au stade de l'invocation des moyens de constitutionnalité, qu'au niveau de la résolution de la contestation constitutionnelle au sein du procès pénal de part et d'autre de l'Atlantique. Un contrôle concret de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* « à la canadienne » semble le plus à même de prendre en compte tant la spécificité de la matière pénale que celle des droits et libertés fondamentaux à travers les situations subjectives liées aux justiciables pénaux. Il faut ensuite souligner que la protection des droits et libertés requièrent des techniques de contrôle spécifiques. Pour tenter de justifier ce point de vue, il nous faut tout d'abord identifier les techniques de contrôle inhérentes aux droits et libertés fondamentaux. Les propos tenus par Petr Muzny à propos du respect de la Convention européenne des droits de l'homme, nous éclairent sur ce point. L'auteur atteste que « la proportionnalité est consubstantielle aux droits fondamentaux, car à leur instar sa mise en œuvre

nécessite une opposition de variables en vue de régir leur conciliation »⁹⁵⁰. Il peut en être déduit que le principe de proportionnalité découle directement de l'essence des droits fondamentaux. En effet, si l'on se réfère aux travaux de recherche de certains auteurs et notamment de Robert Alexy, la spécificité de la nature des droits et libertés fondamentaux justifie l'inhérence de la technique de proportionnalité au contrôle de constitutionnalité. Ainsi, l'auteur voit dans les droits fondamentaux constitutionnels principalement des normes principielles obligeant à procéder à leur pondération⁹⁵¹. Il met en avant que les droits et libertés fondamentaux sont à eux seuls insusceptibles de déterminer toutes les conditions d'application de leur conséquence juridique ou les exceptions concourant à sa non-réalisation. Cette spécificité essentielle des normes constitutionnelles appelle donc ces derniers à être pondérés au regard des autres normes constitutionnelles concurrentes afin de déterminer leur véritable portée. Un contrôle abstrait découlant d'une conception objective de la procédure est-il en lui-même capable de répondre efficacement au principe de proportionnalité inhérent aux droits fondamentaux et ainsi permettre une véritable protection des droits et libertés constitutionnels ? Une réponse négative semble s'imposer tant la concrétisation du contentieux QPC serait une condition essentielle à une protection effective des droits et libertés fondamentaux. En effet, selon le professeur Laurence Gay « les droits fondamentaux opposent à la généralité de la loi la logique du particulier et une meilleure protection de ceux-ci ayant présidé à la réforme justifie et implique que le Conseil pénètre désormais le terrain, particulier, du cas concret »⁹⁵². Si « comparaison n'est pas raison », il convient dans une seconde partie de se poser la question de savoir si un renversement de perspective en France est envisageable.

⁹⁵⁰ P. MUZNY, « La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme » – Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique », PUAM, 2005, t.I, spéc. p. 90.

⁹⁵¹ R. ALEXY, *A theory of Constitutional Rights*, trad. J. Rivers, Oxford University Press, 2010, spéc. p. 44 s.

⁹⁵² L. GAY, « Redéfinir le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC », in *La QPC, vers une culture constitutionnelle partagée ?*, (sous la dir. E. CARTIER, L. GAY, A. VIALA) Institut universitaire de Varenne, coll. « Colloques et Essais », 2016, vol. 19, pp. 119-148.

SECONDE PARTIE

L'EXERCICE DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS PÉNALES *A POSTERIORI* AU SERVICE DE LA PROTECTION DES DROITS DES JUSTICIABLES

237. La perméabilité de la question prioritaire de constitutionnalité française à l'influence de l'exception d'inconstitutionnalité canadienne en matière pénale.

Le thème de l'application de la Constitution par le juge de cassation est ancien. L'étude des décisions de la chambre criminelle, alors que le contrôle de constitutionnalité n'était encore que préalable, révélait déjà l'application directe et explicite des principes constitutionnels par le juge de cassation. De même, le pouvoir d'interprétation de la loi de la Cour de cassation a toujours permis, implicitement mais certainement, un pouvoir créateur de normes. Cependant, l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité renouvelle le sujet. Elle permet de s'interroger sur une éventuelle transposition du contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France à l'image de celui qui s'exerce au Canada. Partant, un phénomène de convergence procédurale des deux systèmes juridiques français et canadien peut être observé. Ainsi, il semblerait que la préconisation d'Alexis de Tocqueville de confier le contrôle de constitutionnalité des lois aux juges judiciaires ou administratifs⁹⁵³ se réalise avec l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité en France. Pourtant, une telle évolution dans l'ordre judiciaire français ne relevait pas de l'évidence. Un premier refus catégorique à examiner les moyens tirés de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative émerge en 1797. Le Tribunal de cassation, saisi du refus par une juridiction d'appliquer une loi, avait condamné celle-ci en « considérant que les termes absolus dans lesquels est conçue pour les corps administratifs et judiciaires la défense d'arrêter ou de suspendre l'exécution des lois, ne peuvent admettre ni exception ni prétexte »⁹⁵⁴. Plus spécifiquement, la chambre criminelle, attachée au principe de légalité criminelle jugeait, le 11 mai 1833, que « la loi, délibérée et promulguée dans les formes constitutionnelles prescrites par la Charte, fait la règle des tribunaux et ne peut être attaquée devant eux pour cause d'inconstitutionnalité »⁹⁵⁵. Par cet attendu de principe, était ainsi marqué le refus traditionnel et constant des tribunaux français d'exercer un quelconque contrôle de constitutionnalité des lois pénales.

⁹⁵³ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique I*, Paris: éd. Gallimard, 1992. Coll. Bibliothèque de la Pléiade, tome I, pp. 1 à 506.

⁹⁵⁴ *Jurisprudence générale Dalloz*, tome 30, 1853, verbo « lois », p. 196, n° 1, cité par J.-L. MESTRE, « Données historiques », in *La Cour de cassation et le contrôle de constitutionnalité*, Actes du colloques des 9 et 10 décembre 1994, PUAM, 1995, p. 55.

⁹⁵⁵ Cass. crim., 11 mai 1833, « Paulin », *Bull. crim.* 1833, n° 182, cité par J.-L. MESTRE, « Données historiques », in *La Cour de cassation et le contrôle de constitutionnalité*, *op. cit.*, p. 56.

Cette position de principe présageait de la place timorée accordée à la question prioritaire de constitutionnalité par la chambre criminelle de la Cour de cassation, malgré le déclin observé de la loi à partir de la seconde moitié du XX^{ème} siècle⁹⁵⁶. Ainsi, la question prioritaire de constitutionnalité devant la chambre criminelle de la Cour de cassation a connu des débuts difficiles⁹⁵⁷. Les premières décisions rendues par la chambre criminelle sur question prioritaire de constitutionnalité, ont pu, pour certains, dénoter un certain laxisme de sa part. De plus, certaines difficultés de mise en œuvre du nouveau mécanisme législatif peuvent être relevées⁹⁵⁸. À cela s'ajoute une interprétation des conditions de la procédure pas toujours conforme à la logique édictée par la loi organique du 10 décembre 2009⁹⁵⁹ venant instituer la question prioritaire de constitutionnalité. Enfin, la méfiance exprimée par les juges répressifs au regard du « nouveau-né » juridique s'est exprimée de la façon plus visible, lorsque la Cour de cassation a transmis une question préjudicielle à la Cour de justice des communautés européennes pour apprécier la conformité de la procédure vis-à-vis des normes communautaires⁹⁶⁰.

Cependant la réticence exprimée par la chambre criminelle de la Cour de cassation, semble, en l'état actuel du droit positif, avoir totalement disparu. La donne semble même totalement inversée. En effet, l'exercice de la question prioritaire de constitutionnalité par la chambre criminelle a sensiblement modifié son rôle juridictionnel. Le juge pénal, dont la fonction traditionnelle est l'application de la loi, est ainsi devenu un « juge contrôleur »⁹⁶¹ de la loi, chargé d'en vérifier la qualité au regard de la Constitution. Dans le cadre de son nouveau rôle de filtre des questions prioritaires de constitutionnalité, la chambre criminelle n'est-elle pas

⁹⁵⁶ V. MALABAT, « Les sources du droit pénal : la loi, toute la loi, rien que la loi... ou presque », *RDA*, 2011, n° 5, p. 83 et s.

⁹⁵⁷ A. ROBLOT-TROIZIER, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJPénal*, 2010, p. 80 et s. ; J.-B. PERRIER, « La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : de la réticence à la diligence », *RFDC*, 2010, n° 84, pp. 793- 809 ; X. PHILIPPE, « La question prioritaire de constitutionnalité : à l'aube d'une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français », *RFDC*, 2010, p. 273 et s. ; P. CASSIA, « Première QPC devant la Cour de cassation », *JCP G.*, 2010, n° 370.

⁹⁵⁸ Cass. crim., QPC, 2 mars 2010, n° 09-81.027. La Cour de cassation, alors face à un mémoire tendant à contester la constitutionnalité d'une disposition législative, n'a pas estimé opportun de rouvrir l'instruction du pourvoi alors qu'elle était par ailleurs saisie de l'examen du fond de l'affaire. Ainsi, bien que la chambre criminelle ait préféré surseoir à statuer en attendant la décision de la formation spécialisée postérieurement saisie, celle-ci n'a pu dans sa décision du 19 mars 2010 (Cass. QPC, 19 mars 2010, n° 09-8102, v. A. MARON, et M. HAAS, « Suis-je né trop tôt ou trop tard ? », *RDP*, 2010, pp. 42-43.), que constater l'irrecevabilité de la question.

⁹⁵⁹ L. n° 2009-1523, 10 déc. 2009, *JORF* n° 0287, 11 déc. 2009, p. 21379, texte n° 1.

⁹⁶⁰ Cass. crim., QPC, 29 juin 2010, n° 10-40002, *Melki et Abdeli* ; B. MATHIEU, « La Cour de cassation essaie de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de Luxembourg », *JCP G*, 2010, p. 464.

⁹⁶¹ V. MALABAT, « Les sources du droit pénal : la loi, toute la loi, rien que la loi... ou presque », p. 87.

aujourd'hui amenée à apprécier la constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* de nature à rapprocher son office de celui des juges constitutionnels français et canadiens ? En cet état, l'exercice des contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France et au Canada invite d'abord à s'interroger sur les tenants et aboutissants d'une telle convergence sur la protection des droits substantiels des justiciables pénaux. Plus exactement, il convient d'identifier dans quelle(s) mesure(s) l'exercice des contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France et au Canada peut être mis au service d'un rapprochement des droits pénaux substantiels français et canadien (**Titre I**). Le rapprochement des contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France et au Canada dans la protection des droits fondamentaux des justiciables pénaux, conduit alors à un bouleversement des sources du droit pénal en France de nature à rapprocher les systèmes de justices pénaux français et canadien. Mais cette convergence des deux systèmes de contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* se situe aussi au niveau procédural. En effet, l'exercice de la question prioritaire de constitutionnalité par la chambre criminelle de la Cour de cassation aboutit également à un rapprochement des contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*. Si, « la QPC est la dernière étape de constitutionnalisation du droit »⁹⁶², elle constitue certainement la première reconfiguration de l'ordre judiciaire autour de la Constitution à l'influence du système canadien. La question prioritaire de constitutionnalité engendre en effet un partage des contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* dans l'ordre judiciaire français à l'image du modèle canadien. C'est dans cette mesure, qu'il peut être observé un rapprochement des droits pénaux procéduraux français et canadien par l'exercice des contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* (**Titre II**).

⁹⁶² G. DRAGO, « L'influence de la QPC sur le Parlement ou la loi sous la dictée du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, 2011, n° 6.

Titre I : L'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* au service d'un rapprochement des droits pénaux substantiels français et canadiens

238. La mutation du juge de cassation en « juge constitutionnel de droit commun »⁹⁶³ à l'image des juges canadiens. « De celui qui filtre, il faut toujours se méfier de deux excès opposés : en faire trop, en faire trop peu »⁹⁶⁴. Il semblerait que la Cour de cassation, par un exercice optimal du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité, outre passe ce point d'équilibre. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau moyen d'inconstitutionnalité français, la Cour de cassation a pu faire l'objet de nombreuses attaques doctrinales en ce qu'elle se transformerait par l'examen du caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité qui lui est confié en un véritable « juge constitutionnel de droit commun »⁹⁶⁵, à l'image du Conseil constitutionnel et des juges canadiens. En effet, dans un premier temps, une appréciation convergente des atteintes aux droits et libertés fondamentaux au sein du procès pénal en France et au Canada peut être observée (Chapitre I). Cette similitude des contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* engendre des conséquences sur la substance même des droits pénaux français et canadiens. Plus exactement, l'exercice à multiples protagonistes du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* français influence la portée des principes directeurs du droit pénal français. Paradoxalement toutefois, l'exercice de la question prioritaire de constitutionnalité n'emporte pas toujours un élargissement des droits des justiciables garantis par lesdits principes. Dans certaines hypothèses, l'érosion des principes fondamentaux spécifiques de la justice pénale trouve sa cause dans l'exercice même de la question d'inconstitutionnalité française. C'est notamment au travers de l'affaiblissement des principes qui gouvernent la matière pénale en France que se réalisera la comparaison avec le droit pénal substantiel canadien. Dans cette lignée, un rapprochement des principes directeurs des droits pénaux substantiels français et canadiens peut être observé (Chapitre II).

⁹⁶³ A. ROBLOT-TROIZIER, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *NCCC*, 2013, n° 40, p. 5.

⁹⁶⁴ N. MOLFESSIS, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 87.

⁹⁶⁵ *Ibidem*.

Chapitre I : Le rapprochement de l'appréciation des atteintes aux droits et libertés français et canadien par l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*

239. Le partage des contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France et au Canada. Initialement, l'article 23-6 de l'ordonnance du 7 novembre 1958⁹⁶⁶ avait prévu que les questions prioritaires de constitutionnalité transmises à la Cour de cassation seraient examinées par une formation spécialisée : « la chambre des QPC »⁹⁶⁷. On pouvait attendre de cette formation spécialisée la traduction de la volonté de la Haute juridiction de l'ordre judiciaire de mettre en place un traitement homogène des questions prioritaires de constitutionnalité permettant de dégager une jurisprudence cohérente. Cependant, le refus de renvoyer au Conseil constitutionnel une question constitutionnelle portant sur la loi Gayssot⁹⁶⁸ puis le renvoi d'une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne relative à la conformité au droit de l'Union du caractère prioritaire du moyen d'inconstitutionnalité français⁹⁶⁹ ont alimenté de vives critiques à l'égard de cette formation spécialisée conduisant à sa suppression par la loi organique du 22 juillet 2010⁹⁷⁰. La chambre criminelle de la Cour de cassation exerce ainsi le rôle de filtre, pour les affaires relevant de sa compétence, depuis le 1^{er} septembre 2010 date d'entrée en vigueur de la loi organique. À travers ce nouveau rôle conféré par l'article 23-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958⁹⁷¹, la chambre criminelle de la

⁹⁶⁶ Art. 23-6, ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

⁹⁶⁷ La « chambre des QPC » composée du premier président, des présidents de chaque chambre et de deux conseillers appartenant aux chambres spécialement concernées.

⁹⁶⁸ Cass. crim., QPC, 7 mai 2010, n° 09-80774 : v. not. N. MOLFESSIS, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs*, 2011, p. 85 : « En jugeant que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dans la mesure où l'incrimination « ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de liberté d'expression et d'opinion », la Cour de cassation choisissait d'être filtre et juge à la fois. Au-delà, ce sont ses positions de principe qui méritent attention ».

⁹⁶⁹ Cass. crim., QPC, 29 juin 2010, n° 10-40002, *Melki et Abdeli* ; A. TCHAMENI, « QPC et non QPC : nouvelle dichotomie ou l'éclosion de la procédure de contrôle de constitutionnalité par voie d'exception », *Politeia*, 2012, n° 22, pp. 29-55 ; E. K'BIDI, « Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : concurrence ou complémentarité ? », *Revue juridique de l'océan Indien*, 2011, n° 12, pp. 5-5 ; B. HATOUX, « Question prioritaire de constitutionnalité et droit de l'Union européenne : clarté ou équivoque ? », *RJF*, 2010, n° 10, pp. 720-722 ; A. BERNADETTE « L'affaire *Melki et Abdeli* », *RSC*, 2011, p. 466 ; *D.* 2010, p. 1636, point de vue P. CASSIA et E. SAULNIER-CASSIA, *RFDA*, 2010, p. 659, ét. H. LABAYLE, *CCCC*, 2010, p. 63 ; D. SIMON et A. RIGAUX, *Constitutions*, 2010, p. 393, obs. A. LEVADE, *RCDIP*, 2011, p. 1, ét. D. SIMON, *RTDE*, 2010, p. 577 ; J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen. La porte étroite », *RTDE*, 2010 p. 577.

⁹⁷⁰ Art. 12 LO. 22 juill. 2010, n° 2010-830 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution, *JORF* n° 0168, 23 juill. 2010, p. 13562, texte n° 1.

⁹⁷¹ Art. 23-1, ord. n° 58-1067, ord. 7 nov. 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

Cour de cassation se trouve, d'une certaine façon, renforcée dans son office de juge suprême. Ce renforcement autorise à effectuer un rapprochement avec la fonction de « juge suprême » occupée par la Cour suprême du Canada (Section I). Plus précisément, l'étude des arrêts de non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la chambre criminelle de la Cour de cassation prouve que ces derniers détiennent la mainmise sur le mécanisme du nouveau moyen d'inconstitutionnalité français. La nouvelle mission de filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité conférée à la Cour de cassation engendre un glissement de sa fonction de juge de l'application des lois pénales à celui de juge de la constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*. En effet, l'appréciation du caractère sérieux des questions prioritaires de constitutionnalité permet à la Haute juridiction de l'ordre judiciaire de vérifier l'atteinte d'une disposition législative aux droits et libertés fondamentaux constitutionnellement garantis, ce qui n'est pas sans rappeler le contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*, traditionnellement exercé par les juges constitutionnels français et canadiens. Cette mutation participe, dans une certaine mesure, du rapprochement de la Cour de cassation en tant que « Cour constitutionnelle » à l'image du Conseil constitutionnel et de la Cour suprême du Canada (Section II).

Section I : Le rapprochement de l'office des juges judiciaires français et canadien comme Cour suprême

240. L'évolution de la Cour de cassation en tant que Cour suprême « à la canadienne ». L'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité en France bouleverse l'office des différents juges qui pourvoient à la constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*. Une similitude procédurale, issue du mécanisme même des contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France et au Canada, peut être relevée. Cette convergence procédurale se décompose elle-même en deux temps. D'abord, il apparaît que la nouvelle mission de filtrage exercée par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans le cadre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité renforce cette dernière dans son office de Cour suprême à l'image de la Cour suprême du Canada (§1). Ensuite, l'avènement du nouveau moyen d'inconstitutionnalité en France participe, d'une certaine façon, à la mutation du Conseil constitutionnel en tant que Cour suprême à l'image de la Cour suprême du Canada (§2). Ce rapprochement quant à l'architecture juridictionnelle en France et au Canada, témoigne d'une perméabilité du système juridique français à l'influence du modèle canadien qui à son tour, laisse transparaître un « fond commun », une certaine convergence substantielle tenant à la réaffirmation des principes constitutionnels au sein du procès pénal.

§1 : Le renforcement de la Cour de cassation comme « Cour suprême » à l'image de la Cour suprême du Canada

241. Les tenants et aboutissants du renforcement de la Cour de cassation en Cour suprême « à la canadienne ». Afin de prendre correctement la mesure du renforcement de la Cour de cassation comme « juge suprême » à « la canadienne », encore faut-il s'entendre sur les termes employés. En effet, la notion de « Cour suprême » revêt une signification particulière au Canada, et cela du fait de l'appartenance du pays à un système de droit spécifique. La Cour suprême du

Canada est placée au sommet d'un ordre de juridiction unique et exerce son autorité sur toutes les autres autorités juridictionnelles. Les décisions constitutionnelles n'ont rien de singulier à cet égard. C'est davantage la place occupée par la Cour suprême du Canada dans la hiérarchie des tribunaux et la règle du *stare decisis* qui permettent ainsi de veiller au respect des normes constitutionnelles par les juridictions de fond. Cette caractéristique principale participe ainsi du rattachement du système de droit canadien à la grande famille « des Cours suprêmes », qui représente l'un des deux principaux systèmes d'organisation des cours constitutionnelles. De manière similaire, la Cour de cassation, en tant que Cour suprême de l'ordre judiciaire, est garante d'une application effective et d'une interprétation uniforme du droit. Suite à l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité en France, s'opère un renforcement de la Cour de cassation en Cour suprême « à la canadienne » dont il convient de déterminer les tenants et les aboutissants. Un premier décalage avec l'esprit de la réforme qui sous-tend l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité et ses effets sur l'office de la chambre criminelle de la Cour de cassation peut être mentionné. Alors que le mécanisme du nouveau moyen d'inconstitutionnalité français place la Cour de cassation sous l'autorité finale du Conseil constitutionnel, il a paradoxalement pour effet de renforcer la Cour de cassation en tant que juridiction suprême. À l'image de la Cour suprême du Canada, la chambre criminelle de la Cour de cassation se trouve ainsi garante tant de l'ordre constitutionnel (A) que de l'unité de la jurisprudence criminelle (B).

A) La Cour de cassation, garante de l'ordre constitutionnel à l'image de la Cour suprême du Canada

242. La maîtrise des contestations constitutionnelles par la Cour de cassation à l'image de la Cour suprême du Canada. La fonction de filtrage dévolue par le Constituant à la chambre criminelle de la Cour de cassation offre à cette dernière, l'occasion de maîtriser le sort à réserver aux contestations constitutionnelles survenues au sein du procès pénal. Ce faisant, la Cour de cassation se trouve à être garante de l'ordre constitutionnel par le jeu des renvois ou non des questions prioritaires de constitutionnalité (1). Ce renforcement autorise à effectuer un

rapprochement avec l'office de la Cour de suprême du Canada, elle-même garante de l'ordre constitutionnel par le jeu de la règle du *stare decisis* (2).

1) La Cour de cassation, garante de l'ordre constitutionnel par le jeu des non-renvois des questions prioritaires de constitutionnalité en matière criminelle

243. La conventionnalité de la maîtrise des renvois des questions prioritaires de constitutionnalité. Clé de voûte du mécanisme du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, la chambre criminelle mène le rythme de la saga constitutionnelle concernant les contestations constitutionnelles relatives au droit pénal. Elle représente, en effet, ce maillon de la chaîne intouchable en ce qu'aucun recours ne peut être intenté en cas de décision de non-renvoi du moyen d'inconstitutionnalité⁹⁷². En témoigne l'affaire très remarquée *Renard c/ France*⁹⁷³. Deux enseignements principaux se dégagent de la décision de la Cour européenne des droits de l'Homme. C'est la première fois que les juges européens se prononcent sur l'applicabilité de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme à la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité au stade des juridictions ordinaires⁹⁷⁴. Par ailleurs, la décision d'irrecevabilité des juges européens témoigne de leurs refus de s'ériger en chien de garde des décisions rendues par les juridictions nationales.

244. L'applicabilité de l'article 6§1 de la Convention à la question prioritaire de constitutionnalité. Différentes requêtes ont été adressées aux juges européens. Ainsi, sur le fondement des articles 6§1 et 13 de la Convention, les requérants soulèvent plusieurs griefs visant à contester l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité soulevées au sein de divers contentieux, notamment fiscal, civil et pénal, par la Cour de cassation. Selon leurs prétentions, le refus de transmettre leurs questions prioritaires de constitutionnalité au Conseil constitutionnel contrevient

⁹⁷² A. ROBLOT-TROIZIER, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *NCCC*, 2013, n° 40, p. 2.

⁹⁷³ CEDH, 25 août 2015, *Renard et a. c/France*, req. nos 3569/12, 9145/12, 9161/12 et 37791/13, *Gaz. Pal.*, 3 oct. 2015, p. 16, n° 241, *obs.* J.-L. SAURON ; *JCP G*, 2015, p. 1257, note F. SUDRE ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le refus de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel est compatible avec le droit à procès équitable », *Gaz. Pal.*, 27 nov. 2015, n° 331-332, pp. 16-17 ; S. JEAN-LUC, « Conventionnalité d'un refus de renvoi par la Cour de cassation de question prioritaire de constitutionnalité », *Gaz. Pal.*, 3 oct. 2015, n° 275-276, p. 16.

⁹⁷⁴ *Ibidem*.

directement à l'article 6§1 de la Convention européenne qui fixe le cadre du procès équitable et le socle des garanties fondamentales dont tout justiciable doit bénéficier. Ce refus permet, d'abord, à la Cour de cassation de substituer son appréciation à celle du Conseil constitutionnel⁹⁷⁵. Ensuite, il rompt avec l'exigence d'impartialité en cas d'examen par la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur sa propre jurisprudence⁹⁷⁶. Un défaut de motivation par la Cour de cassation lors de sa décision de non-renvoi du moyen d'inconstitutionnalité au Conseil constitutionnel est décrié par les requérants⁹⁷⁷. Conformément à ce que lui autorise l'article 42§1 de son règlement, la Cour de Strasbourg, joignant les requêtes similaires, décide de statuer uniquement au regard de l'article 6§1 de la Convention⁹⁷⁸. Les juges européens ont été confrontés à la question de savoir si le refus de la chambre criminelle de la Cour de cassation de renvoyer la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel contrevient au droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6§1 de la Convention. Par une décision d'irrecevabilité, la Cour de Strasbourg répond par la négative.

245. Le filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité à l'épreuve du droit d'accès à un tribunal. Les faits qui ont alimenté l'arrêt de non-renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de cassation au Conseil constitutionnel sont les suivants. Le requérant français, cité par la Direction générale des douanes devant le tribunal correctionnel, a été poursuivi notamment des chefs de fausses déclarations de récoltes et de stocks de vins. Il souleva une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité de plusieurs dispositions du Code général des impôts aux droits et libertés garantis par la Constitution que la Cour de cassation refusa de transmettre au Conseil constitutionnel, considérant qu'elle ne présentait pas un caractère sérieux. En raison de ce refus, le requérant s'est plaint pour l'essentiel d'une atteinte disproportionnée au droit d'accès au Conseil constitutionnel. Après avoir convenu de l'applicabilité de l'article 6 §1 de la Convention de Sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen⁹⁷⁹, les juges

⁹⁷⁵ *Ibidem*, req. n° 3569/12.

⁹⁷⁶ *Ibidem*, req. nos 3569/12, 9145/12 et 9161/12.

⁹⁷⁷ *Ibidem*, req. n° 37791/13.

⁹⁷⁸ *Ibidem*, n° 13 et n° 14.

⁹⁷⁹ Req. nos 3569/12, 9145/12 et 9161/12, §. 16 : « La Cour constate que l'issue des procédures au fond était déterminante au regard des droits garantis par l'article 6 de la Convention, les QPC ayant été posées à l'occasion

européens rappellent que « [...] l'article 6 de la Convention ne garantit pas en tant que tel le droit d'accès à un tribunal pour contester la constitutionnalité d'une disposition légale, notamment lorsque le droit national prévoit que le contrôle de constitutionnalité n'est pas déclenché directement par un requérant, mais par un renvoi effectué par la juridiction devant laquelle l'inconstitutionnalité alléguée est soulevée [...] »⁹⁸⁰. Si la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité permet à un justiciable de contester, à l'occasion d'un litige devant une juridiction ordinaire, la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution d'une disposition législative, la Cour de cassation n'est jamais tenue de renvoyer la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, notamment si cette dernière estime que la contestation constitutionnelle n'est pas nouvelle et ne présente pas un caractère sérieux. Pour la Cour de Strasbourg, ce pouvoir discrétionnaire conférée à la Cour de cassation ne contrevient à la Convention que lorsque le refus s'avère arbitraire, c'est-à-dire « lorsqu'il y a refus alors que les normes applicables ne prévoient pas d'exception au principe de renvoi préjudiciel ou d'aménagement de celui-ci, lorsque le refus se fonde sur d'autres raisons que celles qui sont prévues par ces normes, et lorsqu'il n'est pas dûment motivé au regard de celles-ci »⁹⁸¹. En l'espèce, la Cour de cassation a motivé ses décisions au regard des critères de non-renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité. Les juges européens ne relèvent dès lors aucune apparence d'arbitraire de nature à affecter l'équité de la procédure en cause et considèrent en conséquence qu'il n'y a pas eu d'atteinte injustifiée au droit d'accès au Conseil constitutionnel. La décision d'irrecevabilité des juges européens témoigne clairement du fait que la Cour européenne des droits de l'Homme ne souhaite exercer, conformément à sa jurisprudence constante⁹⁸², qu'un contrôle formel et limité sur les décisions de non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation. Seul un refus « arbitraire » de transmettre serait susceptible d'emporter son inconstitutionnalité au regard du droit d'accès à un tribunal. Ce faisant, la Cour européenne des droits de l'Homme renforce, implicitement mais nécessairement, le rôle de garant de l'ordre

de litiges portant, soit sur des contestations sur des droits et obligations de caractère civil, soit sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale, devant les juridictions ordinaires saisies des affaires au principal ».

⁹⁸⁰ *Ibidem* n° 21.

⁹⁸¹ *Ibidem* n° 22 ; v. not. *Coëme et autres*, précité, §.114, et *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, nos 3989/07 et 38353/07, §§. 57-59, 20 sept. 2011, avec la jurisprudence citée ».

⁹⁸² Concernant le renvoi d'une question préjudicielle à une autre juridiction nationale : CEDH, 22 juin 2000, n° 32492/96, *Coëme c/ Belgique* ou à la CJUE : CEDH, 23 mars 1999, n° 41358/98, *Desmots c/ France*.

constitutionnel de la chambre criminelle de la Cour de cassation à travers son exercice du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité. Ce constat permet un certain rapprochement avec le rôle d'arbitre ultime de la Constitution par la Cour suprême du Canada.

2) La Cour suprême du Canada, garante de l'ordre constitutionnel par le jeu de la règle du *stare decisis*

246. La maîtrise des contestations constitutionnelles de la Cour suprême du Canada par le jeu de la règle du *stare decisis*. Au Canada, la maîtrise de l'ordre constitutionnel est assurée par la Cour suprême du Canada, et notamment, par le jeu de la règle du *stare decisis*⁹⁸³. À travers ce principe, la Cour suprême du Canada représente, à l'image de la chambre criminelle de la Cour de cassation, la clé de voute du mécanisme du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. « Le *stare decisis* signifie d'abord et avant tout que les cours canadiennes appelées à juger dans une matière de *common law* sont liées par les décisions de la Cour suprême et par les décisions des autres cours habilitées à entendre un appel de leurs décisions. La hiérarchie des tribunaux, coiffée par la Cour suprême, est rigoureusement respectée »⁹⁸⁴. Le fait que « Les décisions de la Cour suprême du Canada lient toutes les cours, quel que soit leur niveau »⁹⁸⁵, témoigne de l'effet obligatoire des décisions constitutionnelles des juges suprêmes. En ce sens, à l'image des décisions de non-renvoi du moyen d'inconstitutionnalité par la chambre criminelle de la Cour de cassation, les précédents de la Cour suprême du Canada s'imposent aux tribunaux inférieurs. Partant, la manière à travers laquelle la chambre criminelle de la Cour de cassation et la Cour suprême du Canada, dans leur office respectif en tant que « juge suprême », veillent communément à l'application conforme de la loi pénale à la Constitution par les juridictions d'application inférieures doit être analysée. Plus exactement, il convient de démontrer en quoi la question prioritaire de constitutionnalité renouvelle et renforce les fonctions de la chambre criminelle de la

⁹⁸³ S'agissant des conditions à travers lesquelles les tribunaux sont autorisés à s'écarter d'un précédent, v. *Carter c. Canada* (Procureur général), 2015, CSC 5, [2015] 1 RCS 331 ; *R. c. Nur*, 2015, CSC 15, [2015] 1 RCS 773 ; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013, CSC 72, [2013] 3 RCS 1101.

⁹⁸⁴ *Allard c. R.*, 2008 QCCS 1362, §. 19.

⁹⁸⁵ *Ville de Longueuil c. Paiva*, [2001] JQ no. 4282 (CS).

Cour de cassation en tant que garante de l'unité de la jurisprudence criminelle à l'image de la Cour suprême du Canada.

B) La Cour de cassation, garante de l'unité de la jurisprudence criminelle à l'image de la Cour suprême du Canada

247. Au nom du principe de l'égalité devant la loi pénale. La fonction de filtrage dévolue par le Constituant français à la chambre criminelle de la Cour de cassation offre à cette dernière l'occasion de préserver l'unité de la jurisprudence criminelle à l'image de la Cour suprême du Canada. En France, comme au Canada, l'unité de la jurisprudence criminelle s'obtient à travers deux modalités de contrôle précises, soit le contrôle de l'application uniforme des normes constitutionnelles au sein du procès pénal (1) et le contrôle de l'interprétation uniforme des normes constitutionnelles au sein du procès pénal (2). En tant que Cours suprêmes des deux systèmes juridiques pris en référence, la Cour de cassation et la Cour suprême du Canada détiennent un droit de regard sur les décisions pénales des juridictions inférieures. Cette entreprise apparaît à chaque fois que la chambre criminelle de la Cour de cassation et la Cour suprême du Canada sanctionnent une décision pénale qui s'écarte des prescriptions des Cours suprêmes. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*, la place occupée par la Cour de cassation dans l'ordre judiciaire revêt une particulière importance dans la mesure où elle assure une application conforme de la loi pénale sur tout le territoire français. Le Conseil constitutionnel détient des compétences qui lui sont propres. Comme l'a observé le secrétaire général du Conseil constitutionnel, « [...] le Conseil constitutionnel est un juge spécialisé, le juge de la constitutionnalité des lois. Mais il n'est que cela [...]. »⁹⁸⁶. Compte tenu du rôle spécifique dévolu au Conseil constitutionnel, le Conseil constitutionnel, -et pour cause, ce n'est pas son rôle-, n'a que peu de moyens de contrôler l'uniformité de l'interprétation des règles de droit malgré l'autorité absolue de la chose jugée qui s'attache à ses décisions. Le Conseil constitutionnel ne peut que s'en remettre à un « dialogue jurisprudentiel et institutionnel » dont il ne contrôle pas l'issue. La place occupée par la Cour de cassation dans la hiérarchie des tribunaux lui permet en revanche, d'assurer l'uniformité de l'application et de l'interprétation des lois

⁹⁸⁶ M. GUILLAUME, « La question prioritaire de constitutionnalité », sur www.conseil-constitutionnel.fr, p. 8.

pénales par les juges du fond. Partant, il est possible d'effectuer un rapprochement avec la place occupée par la Cour suprême du Canada dans la hiérarchie des tribunaux mais, aussi, avec la fonction d'uniformité de la Cour suprême du Canada lorsqu'il s'agit, pour cette dernière, de faire respecter l'application uniforme des normes constitutionnelles au sein du procès pénal.

1) Un contrôle commun de l'application uniforme des normes constitutionnelles au sein du procès pénal

248. De la *lex specialis* à la *legi generali*. Le pouvoir de censure communément dévolu à la Cour de cassation, à travers son nouveau rôle de filtre en tant « qu'autorité suprême », peut se manifester à travers plusieurs hypothèses. Dans un premier temps, et conformément à l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel⁹⁸⁷, la chambre criminelle de la Cour de cassation connaît des questions prioritaires de constitutionnalité transmises par les juridictions ordinaires. Cette dernière peut également connaître une contestation constitutionnelle lorsqu'une partie soulève un moyen d'inconstitutionnalité dans un écrit accompagnant la déclaration d'appel d'un arrêt rendu par la cour d'assises en premier ressort. L'écrit est alors immédiatement transmis par la cour d'assises⁹⁸⁸. Par ailleurs, conformément à l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958⁹⁸⁹, la question prioritaire de constitutionnalité peut être soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation. Enfin, par le

⁹⁸⁷ Art. 23-2, ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, dans sa rédaction issue de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *JORF* n° 0287, 11 déc. 2009, p. 21379, texte n° 1 : « Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la transmission prévue à l'article 23-2 ou au dernier alinéa de l'article 23-1, le Conseil d'État ou la Cour de cassation se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Il est procédé à ce renvoi dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux ».

⁹⁸⁸ Art. 23-1 al. 4, ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, dans sa rédaction issue de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, « [...] En cas d'appel d'un arrêt rendu par la cour d'assises en premier ressort, il peut être soulevé dans un écrit accompagnant la déclaration d'appel. Cet écrit est immédiatement transmis à la Cour de cassation. [...] ».

⁹⁸⁹ Art. 23-5, ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, dans sa rédaction issue de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution : « Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé, y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Le moyen est présenté, à peine d'irrecevabilité, dans un mémoire distinct et motivé. Il ne peut être relevé d'office ».

jeu du pourvoi, la chambre criminelle de la Cour de cassation peut connaître de la question d'inconstitutionnalité lorsqu'une partie forme un pourvoi contre l'arrêt d'une cour d'appel ou un jugement rendu en premier et dernier ressort qui, après avoir refusé de la renvoyer à la Cour de cassation, statue sur le fond⁹⁹⁰. Ce faisant, la combinaison de ces articles issus de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 autorise la chambre criminelle de la Haute juridiction à se prononcer sur la constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en vertu des règles spécifiques régissant la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, ces dernières renvoyant aux règles de droit commun de la procédure, c'est-à-dire au regard des règles régissant l'appel ou le pourvoi en cassation. En dernier lieu, à l'occasion d'un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de justice de la République ayant refusé de transmettre des questions prioritaires de constitutionnalité, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé ces pourvois irrecevables, dès lors « que le refus de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité ne peut faire l'objet que d'une contestation, laquelle doit être présentée devant la juridiction saisie de tout ou partie du litige, sous forme d'un écrit distinct et motivé posant de nouveau la question »⁹⁹¹. Autrement dit, un refus de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être valablement contesté, soit par la voie de l'appel ou d'un pourvoi en cassation et, donc, jugé recevable par la Haute juridiction de l'ordre judiciaire, qu'à la condition qu'un mémoire distinct et motivé soit enjoint à cette contestation⁹⁹². En définitive, les règles spécifiques régissant la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité renvoyant aux règles de droit commun régissant l'appel ou le pourvoi en cassation, offrent la possibilité à la chambre criminelle de la Cour de cassation de mettre un terme au processus constitutionnel en rendant des « arrêts QPC » de non-renvoi. Afin de vérifier que le jeu des rejets des questions prioritaires de constitutionnalité renforce la chambre criminelle de la Cour de cassation dans son rôle de garante de l'unité jurisprudentielle à l'image de la Cour suprême du Canada, il convient de déterminer dans quelle mesure, le rôle de

⁹⁹⁰ Art. 23-3 al. 4, ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, dans sa rédaction issue de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution : « [...] Si un pourvoi en cassation a été introduit alors que les juges du fond se sont prononcés sans attendre la décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, celle du Conseil constitutionnel, il est sursis à toute décision sur le pourvoi tant qu'il n'a pas été statué sur la question prioritaire de constitutionnalité. [...] ».

⁹⁹¹ Cass. Ass. Plén., 23 juill. 2010, n° 10-85505.

⁹⁹² Cass. Crim., QPC, 11 sept. 2012, n° 12-84.172.

« filtre » de la chambre criminelle de la Cour de cassation renforce, d'une certaine façon, l'application uniforme des normes constitutionnelles au sein du procès pénal.

249. Le contrôle commun du respect des règles de droit pénal par les juridictions de fond. Bien que l'autorité absolue de la chose jugée⁹⁹³ s'attache aux décisions rendues par le Conseil constitutionnel, ce dernier n'a que peu de moyens de contrôler l'application de sa jurisprudence par les autorités judiciaires⁹⁹⁴. Le Conseil constitutionnel ne peut s'en remettre qu'à un dialogue jurisprudentiel et institutionnel dont il ne contrôle pas l'issue. De manière similaire au Canada, l'effet contraignant des arrêts rendus par la Cour suprême ne permet pas d'assurer que les juridictions inférieures appliqueront les normes constitutionnelles conformément aux directives données par les juges suprêmes. Mais, son rôle d'autorité suprême lui permet de censurer une application de la loi pénale non conforme à la *Charte canadienne* comme, à ses enseignements, à la *common law*, ou encore aux dispositions législatives. De même, la chambre criminelle de la Cour de cassation, en tant que Cour suprême de l'ordre judiciaire peut, le cas échéant, censurer les décisions des juridictions du fond qui n'auraient pas tiré les conséquences de son « arrêt QPC » dans le cas d'espèce dont est issu le grief d'inconstitutionnalité. Précédemment, il a été précisé que la chambre criminelle de la Cour de cassation peut connaître d'une question prioritaire de constitutionnalité soit conformément aux règles spécifiques régissant la procédure de la QPC, soit en vertu des règles de procédure de droit commun⁹⁹⁵ c'est-à-dire celles régissant l'appel ou le pourvoi en cassation. Dans les deux hypothèses, la chambre criminelle de la Cour de cassation pourra censurer une application de la loi non conforme à la Constitution⁹⁹⁶. En effet, dans la seconde hypothèse, la chambre criminelle de la Cour de cassation pourra censurer, à l'occasion d'un pourvoi en cassation⁹⁹⁷, la décision d'un juge *a quo* ayant

⁹⁹³ Art. 62 al. 3 Const. 1958 : « Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

⁹⁹⁴ A. ROBLOT-TROIZIER., « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *NCCC*, 2013, n° 40, p. 4.

⁹⁹⁵ *Supra* n° 248.

⁹⁹⁶ La première hypothèse renvoyant à l'autorité de la chose interprétée sera étudiée dans le cadre contrôle de l'interprétation uniforme des normes constitutionnelles au sein du procès pénal lors du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité : v. *infra*. n° 318.

⁹⁹⁷ Art. 567 Code. pr. pén. : « Les arrêts de la chambre de l'instruction et les arrêts des jugements rendus en dernier ressort en matière criminelle, correctionnelle ou de police peuvent être annulés en cas de violation de la loi sur pourvoi formé par le ministère public ou par la partie à laquelle il est fait grief, suivant les distinctions qui vont être établies ».

refusé de tirer les conséquences de sa jurisprudence. De même, en raison de la nature objective du contrôle *a posteriori* qui s'effectue au stade du « filtre », la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation s'impose au-delà du procès principal dont est issu la question prioritaire de constitutionnalité. Par conséquent, les juges *a quibus* doivent en principe, appliquer l'arrêt de non-renvoi de la chambre criminelle au risque de voir censurer par cette dernière, leurs décisions. Le renforcement de l'office de la chambre criminelle de la Cour de cassation en tant que Cour suprême à l'image de la Cour suprême du Canada, peut encore être attesté à la lumière de son contrôle de l'interprétation uniforme des normes constitutionnelles au sein du procès pénal lors du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité.

2) Un contrôle commun de l'interprétation uniforme des normes constitutionnelles au sein du procès pénal

250. La garantie commune de l'uniformité de l'interprétation des normes constitutionnelles au sein du procès pénal. Bien qu'elle ne bénéficie que d'une autorité relative, l'interprétation de la loi retenue dans une décision de non-renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité devra nécessairement être prise en compte d'abord par le juge *a quo* pour résoudre le litige qui a donné lieu à la question d'inconstitutionnalité en faisant application de la loi telle qu'interprétée par la Cour suprême, ensuite -par le juge *a quibus* pour résoudre d'autres litiges en considérant que cette nouvelle interprétation de la loi s'impose dès lors que pourraient être censurés les jugements des juridictions de fond qui s'en éloignent. L'autorité de la chose jugée s'attache aux décisions de non-renvoi de la Cour de cassation⁹⁹⁸. Dans cette perspective, la solution dégagée dans l'arrêt QPC de non-renvoi s'impose dans le procès dont est issu le moyen d'inconstitutionnalité, c'est-à-dire, au juge *a quo*. Par ailleurs, l'autorité de la chose interprétée peut simultanément se greffer sur l'autorité relative de la chose jugée. Le cas se présente à chaque fois que la chambre criminelle de la Cour de cassation assortit sa décision de non-renvoi d'une réserve d'interprétation ou opère un revirement de jurisprudence à son appui. Dans ce cas spécifique, aussi bien le juge *a quo* que le juge *a quibus* doivent, en principe, tirer

⁹⁹⁸ N. JACQUINOT, « L'utilisation par les juges du fond des arrêts de non-renvoi d'une QPC », *AJDA*, 2012, p. 2097.

les conséquences de la solution de principe dégagée par les juges criminels. En effet, l'interprétation faisant corps avec la loi, la première doit, au même titre que la loi pénale, être prise en compte par les juridictions de fond. Sur ce point, Faustin Hélie a pu comparer les décisions de la Cour de cassation aux réponses des juristes romains, que l'on considérerait comme des règles générales s'intégrant à la loi⁹⁹⁹. Ainsi, la jurisprudence de la Cour régulatrice fait corps avec la loi, dont elle constitue l'interprétation officielle¹⁰⁰⁰. La Cour de cassation, en tant que Cour suprême de l'ordre judiciaire, semble plus à même d'assurer l'égalité de tous devant la loi pénale par l'uniformité de l'interprétation des règles de droit pénal. Elle ne parle qu'à une voix et ses opinions valent à l'égard de tous, quelque soit le lieu d'origine du pourvoi. À l'image de la loi, elle a une vocation nationale¹⁰⁰¹. C'est dans cette mesure qu'il est permis d'effectuer un rapprochement avec l'office de la Cour suprême du Canada. Repose en effet sur cette dernière, la charge de garantir une interprétation uniforme du droit canadien et notamment de la Constitution. C'est, entre autres, l'existence d'un lien hiérarchique reliant la Cour aux autres autorités juridictionnelles qui confère à la Cour suprême du Canada le pouvoir de veiller à l'uniformité de l'interprétation des règles de droit pénal. En effet, la Cour suprême du Canada est « nationale »¹⁰⁰². Ses interprétations font corps avec la loi pénale qui ont vocation à s'appliquer sur tout le territoire canadien. Par conséquent, les autres juridictions, tant provinciale que fédérale, doivent intégrer l'interprétation officielle des juges suprêmes au risque de voir leurs décisions encourir la censure. C'est à cette unique condition que l'uniformité même du droit fédéral dans la fédération canadienne peut être préservée. Cette unité jurisprudentielle ne peut que provenir de la Cour située au sommet de la hiérarchie judiciaire. En témoignent les affirmations du juge Laskin : « la seule uniformité qui s'impose en droit canadien est celle qui résulte des arrêts de cette Cour »¹⁰⁰³. Si l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité renforce l'office de la Cour de cassation en « Cour suprême », à

⁹⁹⁹ H. FAUSTIN, *Traité de l'instruction criminelle*, t. VIII, 1866-1867, p. 351.

¹⁰⁰⁰ J. MAURY, *Études Ripert*, LGDJ, 1950, t. I, p. 28.

¹⁰⁰¹ Art. L.111-1 COJ.

¹⁰⁰² G.-A. BEAUDOIN, *La Constitution du Canada*, *Institutions, Partage des pouvoirs, Droits et libertés*, op. cit., p. 183.

¹⁰⁰³ *Wolf c. La Reine* [1975], 2 RCS 107, p. 109. Au sein de cette affaire, l'opinion du juge Laskin visait à clarifier les règles du *stare decisis* à propos de l'interprétation jurisprudentielles des lois fédérales. Certains juges des cours d'appel ont cru qu'ils étaient obligés, dans le but d'atteindre un droit uniforme à travers le pays, de suivre les décisions des autres juridictions d'appel provinciales lorsque celles-ci interprétaient les lois fédérales : *R. v. Glenfielf*, [1935] 1 DLR 37 (CA Alb.), aux pp. 38-39 ; *R. v. Sam Jon*, [1914] 24 CCC 334 (C.A. Ont.), à la p. 336.

l'image de la Cour suprême du Canada, le Conseil constitutionnel se muerait également, mais pour d'autres motifs, en Cour suprême.

§2 : La mutation du Conseil constitutionnel en tant que « Cour suprême » à l'image de la Cour suprême du Canada

251. Le Conseil constitutionnel : Une « cour suprême censeur » des autorités juridictionnelles à l'image de la Cour suprême du Canada ? L'avènement du nouveau moyen d'inconstitutionnalité français influence également, l'office du Conseil constitutionnel. Certains commentateurs ont avancé que la question prioritaire de constitutionnalité ferait du Conseil constitutionnel, une « Cour suprême censeur »¹⁰⁰⁴ des autorités juridictionnelles. Ainsi, il est possible d'assimiler ce nouveau rôle du Conseil constitutionnel à celui attribué à la Cour suprême du Canada. Le rapprochement de l'office du juge constitutionnel en tant que « juge suprême » à l'image des juges suprêmes canadiens, se manifeste tant par l'avènement d'un même pouvoir d'interprétation de la loi pénale (A) que par un pouvoir d'injonction, certes, occasionnel, mais, exorbitant de la loi pénale (B).

A) Le Conseil constitutionnel et le pouvoir d'interprétation de la loi pénale à l'image de la Cour suprême du Canada

252. Le Conseil constitutionnel français : un « acteur du droit vivant »¹⁰⁰⁵ à l'image de la Cour suprême du Canada. Afin de prendre correctement la mesure de la mutation du Conseil constitutionnel en « juge suprême » à « la canadienne », encore faut-il s'entendre sur les termes employés. En effet, contrairement au renforcement de la Cour de cassation dans son office de Cour suprême à l'image de la Cour suprême du Canada, la notion de « Cour suprême » ne revêt pas la même signification en France et au Canada lorsqu'elle s'emploie à décrire la mutation de

¹⁰⁰⁴ H. CROZE, « Peut-on contrôler la constitutionnalité de la jurisprudence ? Non, car ce serait faire du Conseil constitutionnel une Cour suprême censeur de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, ce qui n'est pas encore », *Procédures*, déc. 2010, repère 1 ; X. MAGNON, « Actes de la 2^e journée d'études toulousaine sur la QPC », *NCCC*, 01 janv. 2013, n° 38, p. 205.

¹⁰⁰⁵ N. MOLFESSIS, « *La jurisprudence supra-constitutionnelle* », *JCP G*, 2010, n° 42, préc. 18.

l'office du Conseil constitutionnel suite à l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité. Un rappel terminologique représente ainsi un préalable nécessaire afin de mesurer l'ampleur de la mutation de l'office du juge constitutionnel en tant que « juge suprême » (1). C'est principalement par l'étude du contrôle de l'interprétation « consolidée » des lois pénales *a posteriori* par les juges constitutionnels de part et d'autre de l'Atlantique (2) que l'hypothèse de départ tentera d'être vérifiée. En effet, si le pouvoir d'interprétation de la loi participe principalement de l'office du juge judiciaire, en acceptant de renvoyer des questions prioritaires de constitutionnalité portant sur l'interprétation de sa jurisprudence, la chambre criminelle admettait *de facto* de concéder une part de ce monopole au Conseil constitutionnel.

1) L'appartenance de la France et du Canada à deux systèmes opposés d'organisation des cours constitutionnelles

253. La détermination préalable du contexte. Comme il a déjà été déjà, le système judiciaire canadien actuel puise ses origines dans la tradition britannique¹⁰⁰⁶. L'organisation juridictionnelle canadienne en revêt ainsi les principales caractéristiques. Entre autres, la Cour suprême du Canada est placée au sommet d'un ordre de juridiction unique et exerce son autorité sur toutes les autres autorités juridictionnelles¹⁰⁰⁷. Cette caractéristique principale participe ainsi du rattachement du système de droit canadien à la grande famille « des Cours suprêmes américaines », qui représente l'un des deux principaux systèmes d'organisation des cours constitutionnelles. En revanche, le Conseil constitutionnel représente cette Cour constitutionnelle placée en dehors du système juridictionnel ordinaire, conformément au modèle européen de justice constitutionnelle. À la différence d'une Cour suprême de type « canadien », il ne peut imposer ses décisions aux autres juridictions inférieures. Seule la Cour de cassation, en tant que Cour suprême de l'ordre judiciaire, est garante d'une application effective et d'une interprétation uniforme du droit. Par conséquent, les décisions du Conseil constitutionnel ne

¹⁰⁰⁶ *Supra* n° 19 et n° 20.

¹⁰⁰⁷ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, pp. 197-257.

bénéficiaire que d'une « autorité morale »¹⁰⁰⁸. Cependant, l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité bouleverse dans une certaine mesure l'organisation juridictionnelle initiale et la répartition des compétences dévolues à chaque juge. L'interprétation de la loi n'est plus le monopole des juges ordinaires depuis que le Cour de cassation a accepté de soumettre sa propre jurisprudence au contrôle du Conseil constitutionnel.

2) Le contrôle commun de l'interprétation « consolidée »¹⁰⁰⁹ des lois pénales par les juges constitutionnels

254. Du refus initial au renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation portant sur l'interprétation de sa jurisprudence. Après une période de résistance, la Cour de cassation s'est ralliée à la solution dégagée par le Conseil constitutionnel¹⁰¹⁰ et a accepté de renvoyer les questions prioritaires de constitutionnalité portant sur sa propre jurisprudence. La Haute juridiction de l'ordre judiciaire amorçait la mutation, dorénavant notable, de l'office du juge constitutionnel en tant que « juge suprême ». Sur ce point, il convient de rappeler

¹⁰⁰⁸ F. BOUCARD, « Premières décisions du Conseil constitutionnel en matière de QPC : l'instauration d'un nouveau dialogue entre les Cours suprêmes », *Procédures*, n° 8-9, août 2010, ét. 6.

¹⁰⁰⁹ J.-J. PARDINI, « Réalisme et contrôle des lois en Italie », *NCCC*, juin 2007, n° 22.

¹⁰¹⁰ Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, Mmes Isabelle D. et Isabelle B., consid. 2 et 3 [adoption au sein d'un couple non marié], *JORF* 7 oct. 2010, p. 18154, texte n° 51, *Rec.*, p. 264 ; C. TZUTZUIANO, « L'adoption simple des couples homosexuels au coeur d'un croisement des contrôles », *Dr. fam.*, juin 2011, n° 6, pp. 17-22 ; F. BOULANGER, « La question de la conformité à l'intérêt supérieur de l'enfant dans le refus de partage égal de responsabilité entre deux personnes de même sexe », *JCP G*, 23 mai 2011, n° 21, pp. 1029-1032 ; M. DOURIS, « Homosexualité, couples non mariés, accès au mariage et à la parenté : l'évolution du droit français et de la famille devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 17 janv. 2011, n° 11, pp. 4-6 ; P. DEUMIER, « L'interprétation de la loi : quel statut ? quelles interprétations ? quel(s) juge(s) ? quelles limites ? » in *Chronique "Sources du droit en droit interne"*, *RTD Civ.*, janvier-mars 2011, n° 1, pp. 90-96 ; Y. BATTEUR, « Le statut de l'enfant des homosexuel(le)s : hors l'intervention du parlement, point de changements possibles », *LPA*, 1 décembre 2010, n° 239, pp. 6-13 ; H. LECUYER, « Filiation ; Note sous Conseil constitutionnel, 6 oct. 2010, 2010-39 QPC », *Gaz. Pal.*, 10-11 nov. 2010, n° 314-315, pp. 39-41 ; A. MARON, M. HAAS, « La Cour de cassation et le Conseil d'Etat sous tutelle ? », *Dr. pén.*, nov. 2010, n° 11, p. 47 ; D. ROUSSEAU, « L'art italien au Conseil constitutionnel : les décisions des 6 et 14 octobre 2010 », *Gaz. Pal.*, 27 oct. 2010, n° 293-294, pp. 12-15 ; F. CHÉNEDÉ, « QPC : le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle et l'interdiction de l'adoption au sein d'un couple homosexuel », *D.* 2010, n° 41, pp. 2744-2749 ; I. GALLMESTER, « Adoption simple : l'article 365 du code civil conforme à la Constitution », *D.* 2010, n° 35, pp. 2293 ; A. GOUTTENOIRE, C. RADÉ « La jurisprudence relative à l'adoption de l'enfant du concubin devant le Conseil constitutionnel », *JCP G*, 2010, n° 47, pp. 2158-2161 ; V. LARRIBAU- TERNEYRE, « L'article 365 du code civil constitutionnel ... mais inconstitutionnel ? », *Dr. fam.*, 2010, n° 11, pp. 1-2 ; Cons. const., 14 oct. 2010, n° 2010-52 QPC, Compagnie agricole de la Crau, consid. 3 à 5 [imposition due par une société agricole], *JORF* 15 oct. 2010, p. 18540, texte n° 62, *Rec.*, p. 283 ; J. ROUX, « QPC et contrôle de caducité des dispositions législatives incompatibles avec une norme constitutionnelle postérieure », *JCP G*, 2010, n° 51, pp. 2396-2402.

les considérations avancées par la Cour de cassation afin de justifier son refus initial de renvoyer au Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité qui contestaient l'interprétation concrète, dite aussi « consolidée »¹⁰¹¹, des dispositions législatives qu'elle en donne. L'un des motifs principaux sous-jacents intéresse particulièrement nos propos, en ce qu'il résidait dans la crainte « de voir le Conseil jouer le rôle d'une Cour suprême, appelée à avoir le dernier mot sur la signification de la loi et les interprétations qu'elle en délivre »¹⁰¹². C'est principalement au regard de ce leitmotiv, que les différentes formations de la Cour de cassation ont justifié leurs premiers refus de renvois. Ainsi, la formation spécialisée de la Cour de cassation caractérise l'absence de caractère sérieux des questions prioritaires de constitutionnalité posées « dès lors que la disposition législative n'est critiquée qu'en ce qu'elle laisse la place à l'interprétation, laquelle relève de l'office du juge »¹⁰¹³. De même, la chambre criminelle a jugé que « ne présente pas un caractère sérieux, au regard de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la question portant sur les articles L. 214-1, L. 214-3, L. 216-8 L. 341-1, L. 341-10 et L. 341-19 du code de l'environnement, dès lors que les textes susvisés sont interprétés par la jurisprudence de telle sorte qu'ils ne portent pas atteinte à la Constitution »¹⁰¹⁴. Dans l'arrêt de la chambre criminelle du 10 novembre 2010, cette dernière juge encore que « ne présente pas un caractère sérieux la question relative à la conformité de l'article 2 du code de procédure pénale aux droits et libertés garantis par la Constitution, en ce que ce texte ne prévoit pas l'impossibilité pour le Président de la République en exercice, lors de la durée de son mandat, de se constituer partie civile devant une juridiction pénale, en ce que cette question visait en réalité à préciser le champ d'application de l'article 2 du code de procédure pénale au regard de l'article 67 de la Constitution, ce qui relève de l'office du juge judiciaire »¹⁰¹⁵. En somme, ces quelques cas attestaient de la volonté de la Cour de cassation de préserver le rôle du juge dans l'interprétation de la loi pénale dans les premiers temps de la question prioritaire de constitutionnalité. Plus exactement, la Cour de cassation justifiait ses arrêts de non-renvois au motif

¹⁰¹¹ J.-J. PARDINI, « Réalisme et contrôle des lois en Italie », *NCCC*, juin 2007, n° 22.

¹⁰¹² N. MOLFESSIS, « La jurisprudence *supra-constitutionem* », *JCP G*, n° 42, 18 oct. 2010, doct. 1039.

¹⁰¹³ Cass. crim., QPC, 19 mai 2010, n° 12023, pourvoi n° 09-82.582 ; Cass. crim., QPC, 19 mai 2010, n° 12020, pourvoi n° 09-87.307.

¹⁰¹⁴ Cass. crim., QPC, 5 oct. 2010, n° 5555, pourvoi n° 10-83.090.

¹⁰¹⁵ Cass. crim., QPC, 10 nov. 2010, n° 6376, pourvoi n° 10-85.678.

« qu'aux termes de l'article 61-1 de la Constitution, la question dont peut être saisi le Conseil constitutionnel est seulement celle qui invoque l'atteinte portée par une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit ; que la question posée tend, en réalité, à contester non la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation au regard du caractère spécifique de la motivation des arrêts des cours d'assises statuant sur l'action publique ; que, comme telle, elle ne satisfait pas aux exigences du texte précité »¹⁰¹⁶. La Cour a toutefois changé d'idée sur la question. Comme cela a été précisé¹⁰¹⁷, le changement est intervenu lors du renvoi des deux questions prioritaires de constitutionnalité relatives à la motivation des arrêts des cours d'assises¹⁰¹⁸. La Cour de cassation se ralliait ainsi à la solution dégagée par le Conseil constitutionnel¹⁰¹⁹, mettant par ailleurs un terme à la divergence de jurisprudence entre elle et le Conseil d'État¹⁰²⁰ concernant l'interprétation de l'article 61-1 de la Constitution. Le renvoi desdites questions prioritaires de constitutionnalité au Conseil constitutionnel donne l'occasion à ce dernier de déterminer la manière dont la loi pénale doit être appliquée dans un sens conforme à la Constitution. Ce faisant, et dans une certaine mesure, le Conseil constitutionnel devient un véritable « acteur du droit vivant »¹⁰²¹.

¹⁰¹⁶ R. FRAISSE, « QPC et interprétation de la loi », *LPA*, 5 mai 2011, n° 89, p. 5.

¹⁰¹⁷ *Supra* n° 42.

¹⁰¹⁸ Cass. crim., QPC, 19 janv. 2011, pourvois n° 10-85.305 et n° 10-85.159.

¹⁰¹⁹ Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC., Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié], *JORF* 7 oct. 2010, p. 18154, texte n°51., *Rec.*, p. 264 ; comm. *NCCC*, n° 30 ; Cons. const., 14 oct. 2010, n° 2010-52 QPC, Compagnie agricole de la Crau [Imposition due par une société agricole], *JORF* 15 oct. 2010, p. 18540, texte n° 62 : *Rec.*, p. 283 : comm. *NCCC*, n° 30 ; B. MATHIEU, « La question de l'interprétation de la loi au cœur de la QPC », *JCP G*, n° 44, 1^{er} nov. 2010, p. 1071 ; F. BOUCARD, « La question prioritaire de constitutionnalité et les Cours suprêmes. Une partie de billard à trois bandes ? », *JCP G*, n° 30-34, 26 juill. 2010, p. 804 ; N. MOLFESSIS, « La jurisprudence *supra-constitutionnelle* », *JCP G*, 2010, n° 42, pp. 1955 et s. ; D. ROUSSEAU, « L'art italien au Conseil constitutionnel : les décisions des 6 et 14 octobre 2010 », *Gaz. Pal.*, 21 oct. 2010, n° 294, p. 12 ; N. MAZIAU, « Brefs commentaires sur la doctrine italienne du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité. Retour sur l'expérience italienne et possibilités d'évolution en France », *D.*, 2011, p. 529.

¹⁰²⁰ Le Conseil d'État a adopté une position différente de celle de la Cour de cassation en appréciant le sérieux des questions prioritaires de constitutionnalité au travers de la disposition législative telle qu'interprétée par la jurisprudence. Aucun non-renvoi n'a ainsi été motivé par le fait que l'auteur des moyens d'inconstitutionnalité contestait cette interprétation.

¹⁰²¹ N. MOLFESSIS, « La jurisprudence *supra-constitutionnelle* », *JCP G*, 2010, n° 42, préc. 18.

255. Le pouvoir d'interprétation de la loi pénale : un pouvoir concurremment dévolu à la Cour de cassation et au Conseil constitutionnel. En acceptant de soumettre sa jurisprudence au contrôle du Conseil constitutionnel¹⁰²², la Cour de cassation a concédé au Conseil constitutionnel une nouvelle « casquette constitutionnelle ». En effet, s'il advient que la Cour de cassation transmet une question prioritaire de constitutionnalité relative à une disposition législative qui fait l'objet d'une interprétation de la part de cette dernière, le Conseil constitutionnel bénéficie de la faculté de censurer cette interprétation. La Cour de cassation devra faire évoluer sa jurisprudence conformément à l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel, au risque de voir sa jurisprudence censurée¹⁰²³. Ainsi, sous l'édiction de la part du Conseil constitutionnel de certaines « réserves contraires à la jurisprudence constante de la Cour de cassation »¹⁰²⁴, la jurisprudence de cette dernière peut évoluer par le jeu des renvois des questions prioritaires de constitutionnalité relative à une disposition législative qui fait l'objet d'une interprétation de la part des juges ordinaires¹⁰²⁵. Lorsque ces injonctions du Conseil

¹⁰²² Cass. crim., QPC, 19 janv. 2011, nos 10-85.305 et 10-85.159.

¹⁰²³ A. ROBLOT-TROIZIER, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *NCCC*, 2013, n° 40, p. 7.

¹⁰²⁴ S. BENZINA, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 144.

¹⁰²⁵ Cons. const., 16 sept. 2011, n° 2011-164 QPC, M. Antoine J. [Responsabilité du « producteur » d'un site en ligne], *JORF*, 17 sept. 2011, p. 15601, texte n° 75, *Rec.*, p. 448 ; E. DREYER, « Nouvelle responsabilité du producteur sur internet », *D.*, 17 janv. 2013, n° 2, pp. 160-164 ; O. MOUYSSSET, « La responsabilité en matière de communication audiovisuelle *In Un an de droit pénal de la presse* (avril 2011-mars 2012), *Dr. pén.*, juin 2012, n° 6, pp. 28-29 ; E. DREYER, « Producteur [Droit de la presse et droit de la personnalité] », *D.*, 22 mars 2012, n° 12, p. 773 ; A. FOURLON, « Une réserve de constitutionnalité aux conséquences limitées sur le régime de responsabilité du producteur en ligne », *Légipresse*, déc. 2011, n° 289, pp. 688-692 ; E. DREYER, « Réserve sur la responsabilité pénale du producteur en ligne », *JCP G*, 14 nov. 2011, n° 46, pp. 2238-2241 ; J. BUISSON, « QPC : présomption de culpabilité du producteur d'un service de communication au public », *Procédures*, nov. 2011, n° 11, p. 26 ; J. FRANCILLON, « Délits de presse commis par voie électronique. Responsabilité pénale du producteur de services en ligne (blogs et forums de discussion)... suite et fin (cass. crim., 21 juin 2011, QPC, n° 11-80010 ; Cons. const., 16 septembre 2011, n° 2011-164 QPC) », *RSC*, juillet / septembre 2011, n° 3, pp. 647-651. Jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel précitée, la chambre criminelle de la Cour de cassation admettait que l'administrateur ou le modérateur d'un forum de discussion pouvait voir sa responsabilité pénale engagée au même titre qu'un créateur d'un forum, à raison du contenu d'un message posté par un internaute pouvant constituer un délit de presse : (cass. crim., 16 fevr. 2010, n° 08-86.301 et n° 09-81.064). Par conséquent, l'administrateur ou le modérateur du forum ne pouvaient en aucun cas être exonérés de leur responsabilité pénale. Pour le Conseil constitutionnel, l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 tel qu'interprété par la chambre criminelle revenait à instituer une présomption irréfragable de culpabilité affectant l'exercice de la liberté d'expression et de communication consacrée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : Cons. const., 16 sept. 2011, n° 2011-164 QPC, consid. 6. Ainsi, par une réserve d'interprétation, ce dernier exclut expressément l'application à ce type d'opérateurs du régime de responsabilité applicable au producteur. Par la suite, dans ses arrêts du 31 janvier 2012, et 30 octobre 2012, la chambre criminelle est venue modifier sa jurisprudence en admettant que « le créateur d'un forum ne puisse voir sa responsabilité pénale engagée, à raison du contenu des messages postés, que dans les mêmes conditions que le directeur de publication, c'est-à-dire s'il est établi qu'il en avait connaissance avant leur mise en ligne ou que, dans le cas contraire, il s'est abstenu d'agir

constitutionnel sont de nature à garantir l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité, celles-ci ne souffrent que peu de critiques tant ces dernières entrent dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Cependant, lorsque le Conseil constitutionnel excède les pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 61-1 de la Constitution et s'autorise à réécrire la loi pénale litigieuse, c'est là où le bât blesse et où un glissement des prérogatives du Conseil constitutionnel a été décrié. Cette dernière hypothèse mérite d'être approfondie.

B) Le Conseil constitutionnel et le pouvoir d' « injonction »¹⁰²⁶ exorbitant de la loi pénale à l'image de la Cour suprême du Canada

256. La légitimité controversée des « injonctions »¹⁰²⁷ des juges constitutionnels aux autorités juridictionnelles. Afin de légitimer la détermination des sanctions des inconstitutionnalités des lois pénales déclarées par les magistrats canadiens, les adhérents à la théorie de la démocratie délibérative soutiennent que c'est dans la continuité du processus législatif que réside la clé de réussite du débat sur la constitutionnalité. Il importe que les législateurs puissent avoir le « dernier mot » suite à la détermination des sanctions des inconstitutionnalités déclarées par les magistrats canadiens. En d'autres termes, le législateur doit pouvoir adopter un nouveau régime législatif quand bien même les magistrats ont eu recours à la gamme

promptement pour les retirer dès le moment où il en a eu connaissance » : cass. crim., 30 janv. 2012, *Bull.* n° 29 ; cass. crim., 30 oct. 2012, *Bull.* n° 233 ; Cons. const., 17 déc. 2010, n° 2010-62 QPC, M. David M. [Détenition provisoire : procédure devant le juge des libertés et de la détention], *JORF*, 19 déc. 2010, p. 22372, texte n° 47, *Rec.*, p. 400 ; D. LE DREVO, « Détenition provisoire : l'article 148 du code de procédure pénale, une conformité sous condition (Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel, 2010-62 QPC du 17 décembre 2010, M. David M. [Détenition provisoire : procédure devant le juge des libertés et de la détention]) in *Jurisprudence du Conseil constitutionnel*, oct. 2010-mars 2011, *RFDC*, juill. 2011, n° 87, pp. 569-571 ; J.-B. PERRIER, « Procédure écrite et exigence du contradictoire pour l'examen des demandes de mise en liberté par le juge des libertés et de la détention », *AJ Pénal*, mars 2011, n° 3, pp. 136-137 ; E. DAOUD, A. TALBOT, « Procédure pénale : la détention provisoire », *Constitutions*, 2011, n° 2011-4, pp. 515-519. Jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel précitée, la chambre criminelle de la Cour de cassation considérait que le mis en examen ne subissait pas de grief en l'absence de communication préalable de l'avis au juge des libertés et de la détention émanant du juge d'instruction, sur sa demande de mise en liberté, dans la mesure où le principe du contradictoire pouvait, le cas échéant, sur appel, être mis en œuvre devant la chambre de l'instruction : cass. crim., 26 février 2003, n° 02-88.131, *Bull.* n° 55. Suite à l'imposition de cette communication par le Conseil constitutionnel dans sa décision QPC du 17 décembre 2010, la chambre criminelle a fait évoluer sa jurisprudence dans le même sens : cass. crim., 26 oct. 2011, *Bull.* n° 220 ; cass. crim., 3 août 2011, n° 11-83.450 ; cass. crim., 31 août 2011, n° 11-84.269 ; cass. crim., 23 nov. 2011, n° 11-86.814.

¹⁰²⁶ S. BENZINA, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, 2017, LGDJ, Lextenso, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 148, p. 145.

¹⁰²⁷ *Ibidem*.

des sanctions qui leur est offerte par l'article 52 de la *loi constitutionnelle de 1982* afin de sanctionner, ne serait-ce que temporairement, les lois pénales litigieuses. En France, pour certains auteurs, le Conseil constitutionnel excéderait sa compétence en formulant de telles « injonctions » en ce qu'il se ferait « législateur ». Avant d'étudier les conséquences pratiques du dialogue interinstitutionnel entre les autorités judiciaires et législatives en matière d'interprétation constitutionnelle (2), il convient de préciser les différentes conceptions possibles de la théorie du dialogue interinstitutionnel (1). En effet, cette théorie est « tributaire de la précompréhension entretenue par son auteur du rapport qui *devrait* exister entre les pouvoirs judiciaires et législatifs en matière d'interprétation constitutionnelle »¹⁰²⁸.

1) Un pouvoir d'« injonction »¹⁰²⁹ exorbitant des juges constitutionnels français et canadiens légitimé par la théorie de la démocratie délibérative canadienne

257. Les précompréhensions du dialogue interinstitutionnel en matière d'interprétation constitutionnelle. De manière générale, le thème de la légitimité du pouvoir normatif des juges constitutionnels en matière d'interprétation de la *Charte* ne peut s'appréhender convenablement qu'au regard des différentes approches dialogiques interinstitutionnelles qui le sous-tend. En effet, selon que l'on envisage les entités judiciaires et législatives dans un rapport d'égalité ou dans un rapport hiérarchique, les pouvoirs normatifs des juges constitutionnels seront accueillis avec plus ou moins de légitimité sur la « scène constitutionnelle ». Au Canada, trois précompréhensions du dialogue interinstitutionnel en matière d'interprétation constitutionnelle peuvent être identifiées. Les deux premières approches accordent un rôle d'égalité entre le pouvoir judiciaire et les assemblées législatives en matière d'interprétation de la *Charte*. En ce sens, tant le pouvoir judiciaire que le pouvoir législatif possèdent la latitude, et surtout la légitimité, pour interpréter les droits les plus élémentaires des justiciables à la lueur de la *Charte*. Ils œuvrent communément à la diffusion des valeurs démocratiques sans être liés

¹⁰²⁸ K. ROACH, «Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislatures», (2001) 80, *Can. Bar Rev.*, p. 481.

¹⁰²⁹ S. BENZINA, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, *op.cit.*, p. 145.

mutuellement par leurs interprétations constitutionnelles respectives. Le législateur est libre de privilégier une interprétation constitutionnelle différente de celle retenue par les tribunaux canadiens. La deuxième approche dialogique ajoute à ce rapport d'égalité, une directive d'interprétation. Les pouvoirs judiciaire et législatif doivent interpréter les droits et libertés fondamentaux consacrés dans la *Charte* de façon à emporter l'adhésion du plus grand nombre des citoyens, et donc œuvrer au respect de la volonté générale. Enfin, la troisième approche confère des rôles différents aux autorités judiciaire et législative qui détiennent ainsi des rôles différents mais complémentaires en matière d'interprétation constitutionnelle. Cette dernière précompréhension des rapports entretenus par les pouvoirs judiciaire et législatif divise la pensée des auteurs. En effet, en matière d'interprétation constitutionnelle, certains accordent un monopole au pouvoir judiciaire et, d'autres la prévalence aux assemblées législatives. À cet égard, il peut être fait référence aux théories du dialogue conceptualisées par les professeurs Peter Hogg et Allison Bushell¹⁰³⁰, puis par leurs principaux pourfendeurs, les professeurs Manfredi et Kelly¹⁰³¹. Selon la conception des premiers, le contrôle de constitutionnalité au regard de la *Charte* est légitime dans la mesure où le pouvoir législatif conserve toute latitude pour ériger un nouveau régime législatif en réponse aux déclarations d'inconstitutionnalité prononcées par les magistrats. Au surplus, précisent-ils, la majorité des mesures législatives invalidées le sont au motif qu'elles ne satisfont pas au critère de l'atteinte minimale développé dans l'affaire *Oakes*¹⁰³². Lors de cette étape du test d'*Oakes*, les juges canadiens recherchent si les législateurs pourraient atteindre le même objectif avec une règle de droit moins attentatoire aux droits et libertés fondamentaux. Autrement dit, lors de l'étape de l'atteinte raisonnablement minimale au regard de l'article 1^{er} de la *Charte*, les magistrats canadiens ne dicteraient pas les solutions au pouvoir législatif mais instaureraient un dialogue avec les entités législatives. Néanmoins, une réserve peut être émise sur ce point. Il semble, en effet, difficile de nier qu'à cette étape du test d'*Oakes*, les juges canadiens ne s'immiscent pas dans la sphère législative. Cependant, l'atteinte raisonnablement minimale n'oblige jamais les juges à préciser quel serait le moyen le moins attentatoire pour

¹⁰³⁰ P. HOGG, A. BUSHHELL, «The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter Isn't Such a Bad Thing After All)», (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.

¹⁰³¹ C. MANFREDI, J. KELLY, «Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell», (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 513, 524.

¹⁰³² *R. c. Oakes*, 1986] 1 *RCS* 103, §§. 138-139.

atteindre l'objectif législatif¹⁰³³. Néanmoins, la latitude de réaction octroyée au législateur étatique ou aux législateurs régionaux constitue, selon les professeurs Peter Hogg et Allison Bushell, la base du dialogue interinstitutionnel entre le pouvoir judiciaire et législatif : [...] « any legislation is dialogue, because legislative action is a conscious response from the competent legislative body to the words spoken by the courts » [...] ¹⁰³⁴. Cette vision dialogique interinstitutionnelle n'est pas partagée par les professeurs Manfredi et Kelly. D'abord, la théorie ainsi développée serait limitée en ce qu'elle exclut de son champ d'analyse les cas de décisions d'inconstitutionnalité suivies d'un ajout judiciaire à la loi. La critique est justifiée dans la mesure où c'est précisément lorsque les tribunaux judiciaires modifient le contenu de la règle de droit écrite qu'il est tentant d'y voir un pouvoir quasi-législatif exercé par les juges constitutionnels. Ensuite, la théorie dialogique des professeurs Peter Hogg et Allison Bushell ne serait pas fidèle à la réalité juridique. En ce sens, l'article 33 de la *Charte* ne permettrait que temporairement d'instituer un dialogue entre les pouvoirs judiciaire et législatif. En effet, à l'échéance du délai de cinq ans prescrit par l'article 33 (3) de la *Charte*, l'interprétation constitutionnelle édictée par les tribunaux s'impose. Enfin, et là réside la principale opposition entre les deux courants doctrinaux, en matière d'interprétation constitutionnelle les assemblées législatives doivent bénéficier d'une autorité supérieure à celle des tribunaux canadiens¹⁰³⁵. Dans le contentieux constitutionnel canadien, ce dialogue interinstitutionnel est rendu effectif par différentes dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés fondamentaux*.

¹⁰³³ *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général); White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 RCS 209.

¹⁰³⁴ P. HOGG, A. BUSHELL, «The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter Isn't Such a Bad Thing After All)», (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, §. 98 ; « Toute réponse législative équivaut à un dialogue et ce, même si l'intervention se limite à une simple abrogation de la disposition invalide ou à son remplacement par la mesure proposée par la cour » : J. LECLAIR, « Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien », *R. du. B.*, p. 385.

¹⁰³⁵ J. LECLAIR, « Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien », *R. du. B.*, p. 389

258. L'effectivité du dialogue interinstitutionnel dans le contentieux constitutionnel canadien. Selon les professeurs Peter Hogg et Allison Bushell, le dialogue entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif, dans le contentieux constitutionnel canadien, est rendu possible en raison, principalement, des articles 33 et premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Premièrement, l'utilisation du pouvoir conféré par l'article 33 de la *Charte*, dite « clause dérogatoire », autorise le Parlement fédéral et les législatures provinciales à déroger à certains droits et libertés de la *Charte*, notamment suite à des décisions judiciaires, à la condition de le mentionner expressément dans la loi¹⁰³⁶. Deuxièmement, l'article premier de la *Charte* accorde aux législateurs fédéral et provinciaux le pouvoir de restreindre les droits et libertés garantis par la *Charte* « dans des limites qui soient raisonnables »¹⁰³⁷. Par ailleurs, en ce qui concerne spécifiquement la matière criminelle, les articles 7, 8, 9 et 12 de la *Charte*¹⁰³⁸ prévoient des limites internes aux droits qui y sont garantis, laissant ainsi aux législateurs une certaine marge de manœuvre dans le choix des mesures législatives restrictives¹⁰³⁹. Autrement dit, dans le contentieux constitutionnel canadien, ces différentes dispositions consacrées par la *Charte*, laissent le dernier mot aux législateurs et non aux tribunaux¹⁰⁴⁰. Ainsi, quand bien même l'approche dialogique théorisée par les professeurs Peter Hogg et Allison Bushell demeure limitée en ce qu'elle n'a vocation à s'appliquer qu'aux déclarations d'inconstitutionnalité pure et simple¹⁰⁴¹,

¹⁰³⁶ Les paragraphes 1 et 2 de l'article 33 de la *Charte* se lisent comme suit : « (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte. (2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte ».

¹⁰³⁷ L'article premier de la *Charte* se lit comme suit : « La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. » ; v. not. le test justificatif selon l'article premier énoncé dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 RCS 103.

¹⁰³⁸ L'article 7 de la *Charte* garantit à chacun le « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. ». L'article 8 de la *Charte* garantit le droit d'être protégé contre les fouilles, perquisitions ou saisies « abusives ». L'article 9 de la *Charte* protège chacun contre la détention ou l'emprisonnement « arbitraires ». L'article 12 protège contre les traitements ou peines « cruels et inusités ».

¹⁰³⁹ J. LECLAIR, « Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien », *R. du. B.* p. 384.

¹⁰⁴⁰ P. HOGG, A. BUSHELL, «The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter Isn't Such a Bad Thing After All) », (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, §. 137.

¹⁰⁴¹ P. HOGG, A. BUSHELL, «The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter Isn't Such a Bad Thing After All) », (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, §. 82 : « The "dialogue" to which this article

la transposition de cette pensée au cas français est intéressante en ce qu'elle montre que le droit transitoire édicté par les juges constitutionnels en cas d'inconstitutionnalité des lois déclarées n'altère pas la continuité du processus législatif. C'est dans cette mesure qu'il est permis d'avancer qu'un pouvoir normatif de substitution de la part des juges constitutionnels, à l'image de celui conféré à un législateur, semble à même d'effectuer la difficile conciliation à chaque phase du procès pénal entre la protection des droits et libertés fondamentaux et la stabilité de l'ordre juridique interne.

259. La théorie dialogique selon la Cour suprême du Canada. La Cour suprême du Canada considère que les limites intrinsèques à certains droits garantis par la *Charte*, ainsi que les articles premier et 33 de la *Charte*, témoignent du respect mutuel entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif en ce qu'ils reconnaissent le rôle essentiel confié au pouvoir législatif en matière constitutionnelle¹⁰⁴². Elle défend l'idée d'une collaboration entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif dans un souci du fonctionnement de la démocratie délibérative. Les propos tenus par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Renvoi relatif à la sécession du Québec*¹⁰⁴³ sont éloquentes : « [...] Enfin, nous devons souligner que le bon fonctionnement d'une démocratie exige un processus permanent de discussion. La Constitution instaure un gouvernement par des assemblées législatives démocratiquement élues et par un exécutif responsable devant elles, "un gouvernement [qui] repose en définitive sur l'expression de l'opinion publique réalisée grâce à la discussion et au jeu des idées" (*Saumur c. City of Quebec*, précité, à la p. 330). Le besoin de constituer des majorités, tant au niveau fédéral qu'au niveau provincial, par sa nature même, entraîne des compromis, des négociations et des délibérations. Nul n'a le monopole de la vérité et notre système repose sur la croyance que, sur le marché des idées, les meilleures solutions aux problèmes publics l'emporteront [...] ». Plus exactement, selon la Cour suprême du Canada, la faculté de réponse du législateur enrichit le processus démocratique et vient, après

refers consists of those cases in which a judicial decision striking down a law on Charter grounds is followed by some action by the competent legislative body ».

¹⁰⁴² *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 RCS 493, §. 137.

¹⁰⁴³ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, §. 68.

coup, légitimer l'intervention judiciaire en vertu de la *Charte*¹⁰⁴⁴. Dans les affaires *Vriend*¹⁰⁴⁵ et *Mills*¹⁰⁴⁶, elle souligne l'effet amplificateur du dialogue interinstitutionnel entre les organes du gouvernement engendré par la *Charte*. Une première forme de dialogue apparaît ainsi lorsque les juges canadiens vérifient la constitutionnalité des lois *a posteriori*. Dans ce cas, les tribunaux canadiens s'adressent, d'une certaine façon, aux entités législatives et exécutives. Une seconde forme d'interaction interinstitutionnelle davantage mutuelle survient en cas de déclaration d'inconstitutionnalité. Dans cette hypothèse, un « processus de reddition de compte »¹⁰⁴⁷ entre les autorités judiciaires et législatives s'ajoute, suscitant des « interactions plus dynamiques »¹⁰⁴⁸ entre les organes du gouvernement de nature à enrichir le processus démocratique. Ce nouveau dialogue se concrétise lorsque le législateur répond aux tribunaux canadiens par une nouvelle législation, ou lorsqu'il se prévaut de la clause dérogatoire pour soustraire les tribunaux à la *Charte*. Dans plusieurs arrêts, la Cour suprême réitère une telle conception dialogique de la démocratie, ainsi dans l'affaire *Mills*¹⁰⁴⁹. Était mise en cause la constitutionnalité de la procédure prévue au *Code criminel* relativement à la production et à la communication des dossiers relatifs aux infractions de voies de fait ou d'agressions sexuelles. Les articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel*¹⁰⁵⁰, dont la constitutionnalité était en cause, ont été adoptés après que la Cour suprême ait, dans l'arrêt *R. c. O'Connor*¹⁰⁵¹, invalidé la procédure applicable à l'époque. Deux ans plus tard, le Parlement avait alors suivi presque intégralement les recommandations de la minorité, favorisant un régime plus strict. En effet, la Loi C-46 nouvellement adoptée empêche désormais la divulgation automatique de tout renseignement pertinent non protégé qui est en la possession du ministère public. Le législateur exige dorénavant que la communication éventuelle à la défense des dossiers relatifs aux infractions de voies de fait ou d'agressions sexuelles à la défense « serve les intérêts de la justice »¹⁰⁵². Or, dans l'affaire *O'Connor*¹⁰⁵³, c'est la norme de la

¹⁰⁴⁴ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 RCS 493, §§. 138-139 ; *R. c. Mills*, [1999] 3 RCS 668, §. 57.

¹⁰⁴⁵ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 RCS. 493.

¹⁰⁴⁶ *R. c. Mills*, [1999] 3 RCS 668, §. 57.

¹⁰⁴⁷ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 RCS 493, §§. 138-139 ; *R. c. Mills*, [1999] 3 RCS 668, §. 57.

¹⁰⁴⁸ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 RCS 493, §§. 138-139 ; *R. c. Mills*, [1999] 3 RCS 668, §. 57.

¹⁰⁴⁹ *R. c. Mills*, [1999] 3 RCS 668.

¹⁰⁵⁰ Il s'agissait de la Loi modifiant le *Code criminel* (communication de dossiers dans les cas d'infraction d'ordre sexuel), *L.C. 1997, c. 30*, entrée en vigueur le 12 mai 1997.

¹⁰⁵¹ *R. c. O'Connor*, [1995] 4 RCS 411.

¹⁰⁵² *R. c. Mills*, [1999] 3 RCS 668.

¹⁰⁵³ *R. c. O'Connor*, [1995] 4 RCS 411.

«pertinence probable» en matière de communication au juge, qui avait été proposée par les juges surprêmes. Cependant, malgré ces différences de régimes législatifs, la Loi C-46 nouvelle a été jugée constitutionnelle. Dans la décision *Mills*, la juge McLachlin souligne que : « [...] le fait qu'une loi adoptée par le législateur diffère d'un régime envisagé par la Cour, en l'absence d'un régime législatif, ne veut pas dire que cette loi est inconstitutionnelle. Le législateur peut s'inspirer de la décision de la Cour et concevoir un régime différent pourvu que celui-ci demeure constitutionnel. [...] »¹⁰⁵⁴. La métaphore du dialogue, telle qu'appréhendée dans l'affaire *Mills* n'a pas été exempte de toute critique. Pour sa part, le professeur Jean Leclair discrédite la théorie dialogique prônée par la Cour suprême du Canada en qualifiant de « monologue » la relation entretenue entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif¹⁰⁵⁵. Pour sa part, le professeur Jamie Cameron, contrairement à la Cour suprême du Canada, ne considère pas que l'affaire *Mills* témoigne de l'existence d'un véritable dialogue entre les institutions judiciaires et législatives. En effet, la loi adoptée en réponse à l'arrêt *O'Connor* n'a jamais renversé, modifié ou évité cet arrêt, mais a simplement adopté l'alternative proposée par l'opinion dissidente¹⁰⁵⁶. Il estime encore que dans l'affaire *Mills*, la Cour suprême du Canada aurait dû invalider la loi parce que le Parlement n'a pas expressément invoqué l'article 33¹⁰⁵⁷. Un autre exemple d'entente entre le pouvoir judiciaire et législatif résulte de l'affaire *Seaboyer*¹⁰⁵⁸. À nouveau, la façon de décrire la relation entre les organes étatiques en matière d'interprétation constitutionnelle a été fortement

¹⁰⁵⁴ *R. c. O'Connor*, [1995] 4 RCS 411 §. 55. « The effective legislative replies to the Court's controversial decisions in *Seaboyer*, Daviault and *O'Connor* demonstrate the robust reality of dialogue under the Charter. Combined with the search and seizure cases discussed above, they suggest that the Court's Charter decisions, like its *common law* decisions, need not to be the final word » : K. ROACH, « Constitutional and *Common Law* Dialogues between the Supreme Court and Canadian Legislatures », (2001), 80 *R. du B. can.* 481, note 13, p. 530.

¹⁰⁵⁵ J. LECLAIR, « Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien », *op. cit.*, p. 441 : « Ce qui est troublant dans l'arrêt *Mills*, c'est que la Cour y voit un exemple de dialogue alors que les dispositions en litige n'étaient rien d'autre qu'une reproduction presque intégrale de l'opinion dissidente de la Cour dans *O'Connor*. *Mills* constituait donc l'exemple paradigmatique d'une situation où la Cour aurait dû exiger de l'assemblée législative qu'elle invoque l'article 33 de la *Charte*. À l'inverse, si la Cour entendait reconnaître la validité de la loi, il lui aurait fallu renverser sa précédente décision. Bien sûr, cette dernière solution risquait de la faire mal paraître. La Cour a donc choisi une troisième avenue. Elle a invoqué la métaphore du dialogue de manière à justifier sa décision de confirmer la validité de la loi sur la base d'une supposée coopération institutionnelle ».

¹⁰⁵⁶ J. CAMERON, « Dialogue and Hierarchy in Charter Interpretation : A Comment on *R. v. Mills* » (2000) 38 *Alb. L. Rev.* 1051, *op. cit.*, p. 1057 ; C. MANFREDI, J. KELLY, « Dialogue, Deference and Restraint : Judicial Independence and Trial Procedures », (2001), 64 *Sask. L. Rev.* 323, p. 331 et s ; J. LECLAIR, « Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien », *op. cit.*, p. 410 et s. ; D. STUART, « *Mills* : Dialogue with Parliament and Equality by Assertion at What Cost ? » (1999) 28 *Criminal Reports* (5th) 275.

¹⁰⁵⁷ J. CAMERON, « Dialogue and Hierarchy in Charter Interpretation: A Comment on *R. v. Mills* », (2000) 38 *Alta. L. Rev.* 1051, p. 1057 et s.

¹⁰⁵⁸ *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 RCS 577.

nuancée. En l'espèce, la Cour suprême a jugé que l'ancien article 276 du *Code criminel* contrevenait aux articles 7 et 11d) de la *Charte* en ce qu'il excluait, en règle générale, les éléments de preuve relatifs au comportement sexuel antérieur d'un plaignant. En réponse à cette décision, le Parlement a adopté la Loi modifiant le *Code criminel*¹⁰⁵⁹, laquelle reprend intégralement les enseignements de la Cour suprême. C'est qu'en effet, les juges suprêmes avaient émis des lignes directrices détaillées concernant l'admission de la preuve. Cependant, cette nouvelle disposition législative a été à son tour contestée jusqu'en Cour suprême, qui précise que l'article 276 du *Code criminel* est « essentiellement une codification par le législateur des lignes directrices que notre Cour a formulées dans l'arrêt *Seaboyer* »¹⁰⁶⁰. Selon les principaux pourfendeurs de la métaphore du dialogue théorisée par les professeurs Peter Hogg et Allison Bushell, « l'obéissance servile aux diktats des tribunaux »¹⁰⁶¹, est contraire à l'idée de dialogue. Pour les professeurs Manfredi et Kelly, cela revient à nier l'autorité supérieure devant être reconnue aux assemblées législatives par rapport aux tribunaux en matière d'interprétation constitutionnelle¹⁰⁶². En somme, si la relation entre la Cour suprême du Canada et le Parlement dans l'affaire étudiée s'apparente, pour certains, davantage à un monologue¹⁰⁶³ qu'à un dialogue¹⁰⁶⁴, l'affaire *Seaboyer* illustre néanmoins que le pouvoir législatif détient le pouvoir ultime de réviser ou de renverser une décision d'un tribunal participant ainsi à la légitimité du juge constitutionnel¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁵⁹ L.C. 1992, c. 38.

¹⁰⁶⁰ R. c. *Darrach*, [2000] 2 RCS 443, §. 20.

¹⁰⁶¹ C. MANFREDI, J. KELLY, «Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell», (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 513, 524.

¹⁰⁶² *Ibidem*.

¹⁰⁶³ J. LECLAIR, « Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien », *op. cit.*, p. 441.

¹⁰⁶⁴ K. ROACH, « Constitutional and *Common Law* Dialogues between the Supreme Court and Canadian Legislatures », *op. cit.*, note 13, pp. 525-26 : « The response to *Seaboyer* is an excellent example of how Parliament can use its institutional advantages to broaden the “rape shield” debate by engaging in comprehensive reform of the law of sexual assault in a way that the Court could not. It suggests a dialogue in which the Court and the Parliament play distinct and comprehensive roles and do not clash over issues of constitutional interpretation of who has the support of majority. ».

¹⁰⁶⁵ L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », (1994), *RIDC* 557, 578.

2) Un pouvoir d' « injonction »¹⁰⁶⁶ commun compatible avec la liberté d'intervention législative

260. La faculté d'intervention législative en France. De part et d'autre de l'Atlantique, le pouvoir d' « injonction » « correctif » des juges constitutionnels laisse intacte la liberté d'intervention du législateur. Dans certaines questions prioritaires de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel ne se contente pas d'user des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 61-1 de la Constitution. Il va au-delà puisqu'il s'autorise à réécrire la loi pénale litigieuse. Ainsi, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'exercer un pouvoir d'injonction exorbitant au sein de la question prioritaire de constitutionnalité relative à la composition des tribunaux maritimes commerciaux¹⁰⁶⁷. En effet, il a décidé qu'à compter du jour de la publication de la décision, « les tribunaux maritimes commerciaux siègeront dans la composition des juridictions pénales de droit commun »¹⁰⁶⁸. En combinant l'abrogation immédiate de l'article 90 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande d'une mesure corrective pour assurer la continuité du service de la justice, le Conseil constitutionnel s'octroie un véritable pouvoir de substitution. Ce pouvoir exorbitant a suscité de vives réactions doctrinales. Certains commentateurs ont avancé que cette intervention du juge constitutionnel est « tout simplement contraire à la Constitution, à l'esprit de la révision constitutionnelle de 2008 »¹⁰⁶⁹. Il n'en demeure pas moins que la détermination des règles transitoires dans l'attente de l'adoption d'une éventuelle réforme destinée à remédier à l'inconstitutionnalité,

¹⁰⁶⁶ S. BENZINA, L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel, *op.cit.*, p. 145.

¹⁰⁶⁷ Cons. const., 2 juill. 2010, n° 2010-10 QPC ; L. DE GRAEVE, « Quand le droit pénal français procède au cabotage législatif - À propos de l'ordonnance du 2 novembre 2012 portant réforme pénale en matière maritime », *Dr. pén.*, janvier 2013, n° 1, pp. 8-13 ; D. FALLON, « Précisions sur le droit constitutionnel au procès équitable. À propos de la décision du Conseil constitutionnel 2010-10 QPC du 2 juillet 2010 Consorts C. et autres », *RFDC*, avril 2011, n° 86, pp. 265-280 ; J. BOUDON, « Le Conseil constitutionnel s'est-il trompé de Constitution ? À propos de ce que devrait être la modulation dans le temps des effets de ses décisions », *JCP G.*, 2010, n° 40, pp. 1825-1827 ; J.-B. PERRIER, « Indépendance de la justice et soumission à l'autorité hiérarchique », *RFDC*, 2010, n° 84, pp. 841-847 ; P.-F. RACINE, G. NICOLAS, W. BENESSIANO, J.-B. PERRIER, A. MANGIAVILLANO, S. HUTIER, L. PHILIP, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel (août 2009-juillet 2010) », *RFDC*, 2010, n° 84, pp. 811-864.

¹⁰⁶⁸ Cons. const., 2 juill. 2010, n° 2010-10 QPC. Dans le même sens, v. Cons. const., 16 sept. 2011, n° 2011-164 QPC, [Responsabilité du « producteur » d'un site en ligne], *JORF*, 17 sept. 2011, p. 15601, texte n° 75, *Rec.*, p. 448.

¹⁰⁶⁹ J. BOUDON, « Le Conseil constitutionnel s'est-il trompé de Constitution ? À propos de ce que devrait être la modulation dans le temps des effets de ses décisions », *JCP G.*, 4 oct. 2010, n° 961.

permet d'harmoniser la loi pénale à la Constitution de manière rapide. L'usage de cette mesure corrective n'est pas sans rappeler la technique de l'interprétation large ou atténuée utilisée par les magistrats canadiens afin de remédier aux inconstitutionnalités des lois pénales. Toutefois, de part et d'autre de l'Atlantique, ce pouvoir exorbitant des juges constitutionnels laisse intact la liberté d'intervention des législateurs. Concernant la question prioritaire de constitutionnalité précitée, contrairement à ce qu'affirment certains commentateurs, le Conseil constitutionnel ne fixe pas de manière forcément définitive la composition des tribunaux. Les Sages n'ont en effet édicté que des règles transitoires dans l'attente d'une éventuelle réforme destinée à remédier à l'inconstitutionnalité. Ce faisant, le législateur est libre d'intervenir ou non. Dans cette perspective, il bénéficie de plusieurs options. Il peut consacrer dans le code disciplinaire et pénal de la marine marchande la composition des tribunaux commerciaux, telle que fixée par le Conseil constitutionnel. Il peut aussi opter pour une autre modalité de composition desdits tribunaux. En réaction à cette « injonction constitutionnelle », le Gouvernement a été habilité par la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit¹⁰⁷⁰ à prendre, par voie d'ordonnances, les dispositions nécessaires pour notamment « rationaliser et moderniser (...) le fonctionnement, la composition et les règles de procédure des tribunaux maritimes » et « modifier la loi du 17 décembre 1926 portant Code disciplinaire et pénal de la marine marchande ». C'est notamment sur le fondement de ce texte que l'ordonnance n° 2012-1218 du 2 novembre 2012 portant réforme pénale en matière maritime a été adoptée. De même, le Conseil constitutionnel modifie de manière temporaire la rédaction des dispositions de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982¹⁰⁷¹ relatives aux règles d'engagement de la responsabilité pénale du producteur d'un site de communication en ligne dont la constitutionnalité était contestée. Le Conseil constitutionnel a ainsi considéré, en matière que : « Les dispositions de l'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 ne sauraient, sans instaurer une présomption irréfragable de responsabilité pénale en méconnaissance du principe de présomption d'innocence, être interprétées comme permettant que le créateur ou l'animateur d'un site de publication au public en ligne, mettant à disposition du public, des messages

¹⁰⁷⁰ L. n° 2011-525, 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, *JORF* n° 0115, 18 mai 2011, p. 8537, texte n° 1.

¹⁰⁷¹ Art. 93-3, L. n° 82-652, 29 juillet 1982, *JORF*, 30 juill. 1982, p. 2422.

adressés par les internautes, voit sa responsabilité pénale engagée en qualité de producteur, à raison du seul contenu d'un message dont il n'avait pas connaissance avant la mise en ligne. Sous cette réserve, les dispositions de l'article 93-3 ne sont pas contraires à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et de citoyen »¹⁰⁷². Le choix de la réserve d'interprétation semble encore renforcer l'idée selon laquelle le Conseil constitutionnel intervient dans la confection de la norme pénale en lieu et place du législateur. Cependant, en dépit des injonctions du Conseil constitutionnel, la liberté d'intervention du législateur demeure intacte. Sur ce point, les propos du professeur Didier Ribes sont éloquentes : « Le Conseil prend une décision ciblée, conforme à la logique juridique, pertinente pour le bon fonctionnement de ces juridictions et qui ne constitue qu'un droit transitoire que le législateur peut ensuite implicitement valider ou modifier à tout moment »¹⁰⁷³, dans la mesure toutefois, du respect de la Constitution. Si ce pouvoir d'intervention du Conseil constitutionnel demeure contraire à l'esprit de la réforme constitutionnelle, et plus exactement au principe de la séparation des pouvoirs, cette décision autorise à effectuer un certain rapprochement dans le dialogue institutionnel à l'image de celui qui prospère au Canada.

261. La faculté d'intervention législative au Canada. En effet, même lorsque les juges canadiens formulent des injonctions à travers les techniques de « correction judiciaire des lois inconstitutionnelles »¹⁰⁷⁴, la liberté d'intervention du législateur est préservée. Parmi ces techniques, celle du *reading in* (interprétation large) permet d'opérer une extension de la portée de la loi¹⁰⁷⁵ en ne déclarant inopérante que l'omission du législateur. La technique du *reading down* (interprétation atténuée) permet quant à elle de restreindre la portée de la loi en ne retirant de celle-ci que ce

¹⁰⁷² Cons. const., 16 sept. 2011, n° 2011-164 QPC, [Responsabilité du « producteur » d'un site en ligne], *JORF*, 17 sept. 2011, p. 15601, texte n° 75, *Rec.*, p. 448.

¹⁰⁷³ D. RIBES, « La portée des décisions du Conseil constitutionnel », in *La question prioritaire de constitutionnalité*, *op. cit.*, p. 283.

¹⁰⁷⁴ D. PINARD, « Les sanctions d'une règle de droit législative incompatible avec la Charte canadienne des droits et libertés : le *reading in*, le *reading down*, l'interprétation large, l'interprétation atténuée, etc. ! », (2003) *R. du. B.* (numéro spécial) 421, p. 433.

¹⁰⁷⁵ *Schachter c. Canada*, [1992], 2 *RCS* 679, p. 698.

qu'elle comprend à tort¹⁰⁷⁶. En témoigne par exemple l'affaire *Vriend*¹⁰⁷⁷ qui atteste que le recours à l'interprétation large soit, une extension de la portée de la loi pénale litigieuse dans le cas où l'incompatibilité découle de ce que la loi exclut à tort¹⁰⁷⁸, n'entrave pas la liberté d'action du législateur. Le juge Iacobucci d'ajouter qu'en cas d'utilisation de cette mesure corrective, le législateur « peut en réponse adopter une loi »¹⁰⁷⁹ et parce qu'il est toujours en mesure d'« invoquer l'article 33 de la *Charte*¹⁰⁸⁰, la disposition de dérogation, laquelle constitue [...] « la garantie parlementaire par excellence »¹⁰⁸¹, ce dernier bénéficie, en principe, « d'une latitude dans la prise en compte des injonctions judiciaires en matière constitutionnelle »¹⁰⁸². Les professeurs Peter Hogg et Allison Bushell notent que la majorité des mesures législatives invalidées le sont au motif qu'elles ne satisfont pas au critère de l'atteinte minimale développé dans l'affaire *Oakes*¹⁰⁸³. Par conséquent, il demeure loisible aux autorités législatives de réagir aux injonctions judiciaires en redéfinissant le moyen législatif qui serait susceptible de porter le moins possible atteinte à la *Charte*. De même, les affaires *Hess* et *Nguyen*¹⁰⁸⁴ témoignent du dialogue institutionnel lors de l'édiction, par les juges pénaux, de certaines injonctions. Il s'agissait dans les deux cas d'espèce, d'exclure de l'infraction d'avoir des relations sexuelles avec une femme de 14 ans, les situations où l'accusé ne sait pas que cette femme a moins de 14 ans. L'on retrouve alors dans l'opinion de la majorité « qu'il est approprié de déclarer que les termes du paragraphe 146 (1) « que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus » sont inopérants. Par le moyen correctif du « *reading down* textuel », c'est-à-dire du retrait de certains

¹⁰⁷⁶ D. PINARD, « Les sanctions d'une règle de droit législative incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés* : le *reading in*, le *reading down*, l'interprétation large, l'interprétation atténuée, etc. ! », (2003) *R. du B.* (numéro spécial) 421, p. 432.

¹⁰⁷⁷ *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 *SCR* 493, p. 178.

¹⁰⁷⁸ *Schachter c. Canada*, [1992], 2 *RCS* 679, p. 698.

¹⁰⁷⁹ *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 *SCR* 493, p. 178

¹⁰⁸⁰ Art. 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés* : (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente *Charte*. (2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte. (3) La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur. (4) Le Parlement ou une législature peut adopter de nouveau une déclaration visée au paragraphe (1). (5) Le paragraphe (3) s'applique à toute déclaration adoptée sous le régime du paragraphe (4).

¹⁰⁸¹ *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 *SCR* 493, p. 178.

¹⁰⁸² P. HOGG, A. BUSHELL, «The *Charter* Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter Isn't Such a Bad Thing After All)», (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.

¹⁰⁸³ *R. c. Oakes*, [1986], 1 *RCS* 103.

¹⁰⁸⁴ *R. v. Hess* ; *R. v. Nguyen*, [1990] 2 *SCR* 906.

termes du libellé de la disposition législative douteuse, le juge est venu corriger l'inconstitutionnalité déclarée tout en créant une nouvelle norme. En déclarant comme inopérants les mots litigieux, le juge a restauré l'élément de connaissance de l'âge par l'auteur de l'infraction. Il en est ainsi résulté une nouvelle infraction au champ d'application plus réduit. Suite à ces injonctions judiciaires, la *Loi visant à Modifier le Code criminel et la preuve canadienne*¹⁰⁸⁵, est venue consacrer l'élément moral de l'infraction susvisée. Les arrêts *Hess et Nguyen* illustrent un cas de « dialogue institutionnel encadré » en ce que le législateur ne pouvait intervenir au mépris de la Constitution. Il bénéficiait d'une certaine marge de manœuvre mais il ne pouvait plus créer une infraction purement matérielle. Exceptionnellement, toutefois, certaines données extra-juridiques ne permettent pas aux autorités législatives de prendre en compte les injonctions judiciaires dans une nouvelle loi. L'affaire *Morgentaler*¹⁰⁸⁶ est éloquente en la matière. Suite à cet arrêt, ayant déclaré inopérantes les dispositions du Code criminel criminalisant l'avortement, c'est précisément le contexte politique qui ne permet pas aux autorités législatives de prendre en compte les injonctions judiciaires. En effet, l'invalidité du crime d'avortement au motif que la procédure prévue par l'article 251 du *Code criminel* violait le droit à la sécurité des femmes garanti par l'article 7 de la *Charte*, n'a pas abouti à une solution législative rapide dans la mesure où ce n'est qu'en mars 2017 que le législateur a introduit un projet de loi pour abroger le crime d'avortement¹⁰⁸⁷. En effet, après l'invalidation du crime d'avortement, le Parlement n'a pas été en mesure de formuler une solution législative apte à emporter l'adhésion d'un nombre suffisant d'acteurs politiques¹⁰⁸⁸. En définitive, la question prioritaire de constitutionnalité bouleverse l'architecture juridictionnelle dans un sens non envisagé par le Constituant français. En effet, la Cour de cassation se trouve renforcée dans son office de juge suprême de l'ordre judiciaire. Ce renforcement peut être avéré lorsque suite au contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* exercé, le Haut Conseil s'en remet aux juridictions judiciaires afin de garantir une application conforme des lois pénales. Mais, paradoxalement, le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité engendre une mutation du

¹⁰⁸⁵ Loi visant à Modifier le *Code criminel* et la preuve canadienne A, c Rt .S.C. 1985 (3d Supp.), C. 19, a. 1.

¹⁰⁸⁶ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30.

¹⁰⁸⁷ PL. §-39.

¹⁰⁸⁸ Le projet de *loi C-41* introduit en 1991 devait éventuellement être rejeté par le Sénat.

Conseil constitutionnel en un juge suprême censeur. Et, ce « chassé croisé juridictionnel » ne s'arrête pas là. En effet, un rapprochement des autorités judiciaires en tant que « juges constitutionnels de droit commun »¹⁰⁸⁹ peut également s'observer.

Section II : Le rapprochement de l'office des juges judiciaires français et canadien comme juges constitutionnels de droit commun

262. L'appréciation commune des atteintes aux droits et libertés fondamentaux au sein du procès pénal en dépit des divergences procédurales des contrôles de constitutionnalité *a posteriori*. La question prioritaire de constitutionnalité amène en premier lieu à envisager l'étude de la jurisprudence émise du Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. En effet, la Constitution française et l'esprit de la réforme constitutionnelle de 2008 érigent le Conseil constitutionnel comme l'unique organe chargé de contrôler la constitutionnalité des lois tant, *a priori* que *a posteriori*. Le Conseil constitutionnel représente ainsi l'acteur principal de la scène constitutionnelle. Cependant, cette exclusivité tenant à la sanction des inconstitutionnalités dévolue au Conseil constitutionnel français ne doit pas être confondue avec l'appréciation des inconstitutionnalités. En effet, l'appréciation du caractère sérieux des questions prioritaires de constitutionnalité permet à la chambre criminelle de la Cour de cassation de vérifier l'atteinte excessive d'une disposition législative aux droits et libertés fondamentaux constitutionnellement garantis, ce qui n'est pas sans rappeler le contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* traditionnellement exercé par les juges constitutionnels français et canadien (§1). Par ailleurs, l'appréciation du caractère nouveau de la question prioritaire de constitutionnalité renforce le rôle de la Cour de cassation comme « arbitre suprême » de la Constitution. Ainsi, une appréciation convergente de la nouveauté des contestations constitutionnelles de part et d'autre de l'Atlantique apparaît (§2).

¹⁰⁸⁹ S.-J. LIEBER, D. BOTTEGHI, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA*, 2010, p. 1355 ; D. ROUSSEAU, audition devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale, 4 déc. 2012, compte-rendu n° 23, p. 6.

§1) L'appréciation convergente de la pertinence de la contestation constitutionnelle au sein du procès pénal

263. Du sérieux de la contestation constitutionnelle au sérieux de l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux. L'analyse relative à l'activité des juridictions judiciaires de fond mérite d'être également intégrée dans le champ de l'étude en ce qu'elle autorise à penser qu'un contrôle diffus de constitutionnalité *a posteriori* n'est pas inenvisageable en France, dans un futur plus ou moins proche. Afin d'être transmise à la Cour de cassation, les juges *a quo* doivent relever que la contestation constitutionnelle n'est « pas dépourvue de caractère sérieux »¹⁰⁹⁰. De prime abord, si cette condition de transmission apparaît moins exigeante devant les juges *a quo* que devant la Cour de cassation, certaines questions prioritaires de constitutionnalité attestent que cette condition de recevabilité offre l'occasion aux juges *a quo* d'effectuer un pré-contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, à l'image de celui effectué par les juges constitutionnels français et canadiens et par la Cour de cassation lors de sa mission de filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité. Partant, il est permis de dégager une analogie dans l'appréciation du sérieux de l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux invoquée au sein du procès pénal, d'abord par les juridictions de premier filtre en France (A) ensuite par la Cour de cassation (B), à l'image du Conseil constitutionnel et des magistrats canadiens.

¹⁰⁹⁰ Art. 23-2 ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, *JORF* 9 nov. 1958, p. 10129.

A) L'appréciation convergente du contrôle de l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux au sein du procès pénal par les juridictions de premier filtre

264. Le partage commun de l'exercice des contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France et au Canada. Sans véritablement le vouloir, le Constituant français, en instaurant un double filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité, a nécessairement ouvert la voie à un potentiel contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France (1) à l'image de celui exercé au Canada (2).

- 1) Les prémices d'un contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France

265. L'exercice convergent du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* par les juridictions relevant de la Cour de cassation. Selon l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958¹⁰⁹¹, les juridictions relevant de la Cour de cassation doivent vérifier que la question prioritaire de constitutionnalité n'est pas « dépourvue de caractère sérieux » afin de justifier son renvoi à la Cour de cassation. Leur rôle de filtre ne leur permet donc pas, en principe, de décider si la disposition pénale en cause est ou non contraire aux droits garantis par la Constitution. L'examen du caractère sérieux des questions prioritaires de constitutionnalité et celui du sérieux de l'atteinte à un droit constitutionnel étant étroitement liés, un certain dévoiement du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de la part des juges du fond semblait inévitable. La frontière a été franchie très tôt après l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité. En témoigne notamment la question prioritaire de constitutionnalité « aixoise » du 22 janvier 2011¹⁰⁹² relative aux mesures de réparation et de médiation pénale. Le requérant mettait en cause la constitutionnalité des alinéas 4 et 5 de l'article 41-1 du code de procédure pénale en

¹⁰⁹¹ Art. 23-2 ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, *JORF* 9 nov. 1958, p. 10129.

¹⁰⁹² CA Aix-en-Provence, 10e chambre, 26 janv. 2011 QPC, n° 10/21317.

ce qu'ils contreviendraient au principe constitutionnel de séparation des pouvoirs. En effet, dans le cadre d'une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime, les dispositions litigieuses octroyaient au Procureur de la République et à son délégué de multiples attributions en dépit du rapport de subordination hiérarchique qui lie ces autorités au pouvoir politique, et de leur qualité d'autorité judiciaire controversée¹⁰⁹³. En outre, le justiciable contestait le fait que le système de médiation pénale plaçait la personne convoquée, bien que présumée innocente, dans la situation d'un accusé dans la mesure où le non-respect des modalités de la médiation pénale autorise l'autorité judiciaire à mettre en œuvre l'action publique à son encontre. Ayant préalablement rappelé « qu'il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction, et qu'autorité de poursuite et autorité de jugement doivent être séparées », les juges du fond ont rejeté le caractère sérieux du moyen au motif que : « [...] la mise en œuvre des mesures alternatives à la poursuite prévues par les alinéas 4 et 5 de l'article 41-1 du Code de procédure pénale [...] n'implique le prononcé d'aucune peine ou d'aucune sanction, et n'est pas de nature à porter atteinte à la liberté individuelle ; elle suppose l'accord préalable des intéressés, et ceux-ci ont la possibilité de voir soumettre à un juge l'appréciation de leur culpabilité s'ils entendent contester celle-ci ». Ces mesures n'entraînent par conséquent aucune atteinte aux principes susvisés. La motivation des juges judiciaires de premier filtre est matériellement la même que celle que pourrait adopter le Conseil constitutionnel s'il devait se prononcer sur la question constitutionnelle. Ils exercent en effet un véritable contrôle de proportionnalité entre le but poursuivi par le législateur (réduire l'intervention du juge répressif ou civil), et l'atteinte au principe constitutionnel de séparation des pouvoirs. Le contrôle poussé de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* par les juridictions relevant de la Cour de cassation demeure, toutefois, occasionnel. Il n'empêche que l'appréciation du caractère sérieux de certaines questions prioritaires de constitutionnalité par les juges du fond révèle que ces derniers peuvent exercer un pré-contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois

¹⁰⁹³ Si le Conseil constitutionnel considère que le procureur de la République est bien un membre de l'autorité judiciaire, ce n'est pas le cas de la Cour européenne des droits de l'Homme. Cons. const. 30 juill. 2010, n° 2010/14/22 QPC ; CEDH, cinquième section, *Medvedyev et autres contre France*, 10 juill. 2008, req. n° 3394/03 ; CEDH, grande chambre, *Medvedyev et autres contre France*, 29 mars 2010, req. n° 3394/03 ; CEDH, *Moulin contre France*, 23 nov. 2011, cinquième section, req. n° 37104/06 ; CEDH, cinquième section, *Vassis et autres contre France*, 27 juin 2013, req. n° 62736/09.

pénales. Ainsi, au sein du paysage juridictionnel français, apparaissent les prémices d'un contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* à l'image de celui exercé au Canada.

- 2) Le partage du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* au Canada

266. Le contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* au Canada. Le contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*, que peuvent effectuer tous les magistrats canadiens, tant ceux siégeant au sein des tribunaux de premier ressort que des tribunaux supérieurs, au niveau provincial comme fédéral, peut être illustré notamment, par l'affaire relative à la *Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*¹⁰⁹⁴ rendue par la Cour suprême du Canada suite au pourvoi formé par le Procureur général du Canada contre l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui atteste de la vérification des lois pénales *a posteriori* par les différents niveaux de juridictions. Au sein de cette affaire, la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada a mis en cause la constitutionnalité de certaines dispositions pénales issues de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* et du *Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*¹⁰⁹⁵. Ces dispositions obligeaient notamment les avocats agissant à titre d'intermédiaires financiers à recueillir et à conserver des renseignements afin de vérifier l'identité des personnes pour le compte desquelles ils paient ou reçoivent des fonds. Ils étaient par la suite assujettis à de possibles perquisitions et saisies de ces documents sans l'obtention préalable d'un mandat. Le défaut de se conformer à ces dispositions pouvait entraîner l'emprisonnement. En première instance, au regard de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la juge de première instance de la Colombie-Britannique a décidé que les dispositions contestées étaient contraires à cette norme constitutionnelle. En effet, la *Loi et le Règlement* contreviennent au droit à la liberté des avocats et de leurs clients dans la mesure où elles font peser sur ces derniers un risque d'incarcération. Par ailleurs, les

¹⁰⁹⁴ *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, [2016] ACS n° 7.

¹⁰⁹⁵ *L.C. 2000*, ch. 17.

obligations de consignation et de conservation de renseignements portent atteinte au secret professionnel de l'avocat. Toujours, selon la juge de première instance, les dispositions critiquées ne satisfont pas au critère de proportionnalité et cela, pour plusieurs raisons. En premier lieu, elles n'ont pas de « lien rationnel » avec l'objectif de lutte contre la criminalité financière. Ensuite, elles ne portent pas « le moins possible » atteinte aux droits prévus à l'article 7 de la *Charte*. Enfin, les effets préjudiciables du régime législatif en cause l'emportent sur ses effets bénéfiques. Cette décision a été approuvée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a jugé à l'unanimité que les obligations imposées aux avocats par les dispositions en cause violaient l'article 7 de la *Charte* et qu'elles n'étaient pas sauvegardées par l'article premier. Pour en arriver à cette conclusion, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique se prête à une pondération similaire du droit en vertu de l'article 1^{er} de la *Charte*. Elle juge que le régime législatif en cause échoue au critère de l'atteinte minimale en ce sens que ledit régime ne porte pas le « moins possible atteinte » à l'objectif législatif poursuivi étant donné que des régimes efficaces et constitutionnels de lutte contre le recyclage des produits de criminalité et le financement des activités terroristes étaient déjà prévus par la réglementation des avocats par les barreaux. Enfin, sur pourvoi du Procureur général du Canada, les juges suprêmes ont conclu, à l'unanimité, que le régime législatif litigieux violait les articles 7 et 8 de la *Charte*¹⁰⁹⁶ et que les restrictions qu'elles engendraient quant à ces droits constitutionnels ne trouvaient pas de justification dans le cadre d'une société libre et démocratique et ne pouvaient donc pas être sauvegardées par l'article premier de la *Charte*. L'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*, au niveau fédéral, et selon les différents degrés de juridiction, pourrait être illustré par une multitude de décisions tant la majorité des magistrats canadiens possèdent la pleine juridiction¹⁰⁹⁷. L'étude relative à la vérification d'un contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* doit être poursuivie avec l'examen du caractère sérieux du moyen d'inconstitutionnalité effectué par la chambre criminelle de la Cour de cassation. Elle montre que les juges criminels

¹⁰⁹⁶ La question de savoir si les dispositions relatives à la perquisition et à la production de documents portent atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l'article 8 de la *Charte* n'a pas été examinée par les tribunaux de la Colombie-Britannique, mais uniquement par les juges suprêmes. Cependant, cette analyse sera évoquée ultérieurement lorsque sera évoqué l'exercice convergent du contrôle de proportionnalité par les Cours suprêmes.

¹⁰⁹⁷ *R. c. Lloyd*, [2016], ACS, n° 13.

apprécient moins l'existence du caractère sérieux qu'une « atteinte sérieuse aux droits et libertés fondamentaux » et exercent, de ce fait, un véritable contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*.

B) L'appréciation convergente du contrôle de l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux au sein du procès pénal par les cours suprêmes

267. La transformation de la Cour de cassation en Cour constitutionnelle.

Lorsque la chambre criminelle de la Cour de cassation apprécie la constitutionnalité des dispositions législatives de manière limitée¹⁰⁹⁸, c'est-à-dire, sans se substituer au Conseil constitutionnel, le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ne souffre que peu de critiques. En revanche, lorsqu'elle apprécie les atteintes aux droits et libertés des justiciables pénaux commises par le législateur français, elle se substitue pleinement au Conseil constitutionnel et exerce un véritable contrôle de constitutionnalité *a posteriori* à l'image des juges constitutionnels canadiens (1). Une analogie entre l'analyse du caractère sérieux effectuée par la Cour de cassation et l'appréciation de l'atteinte à un droit garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés* peut être observée (2).

- 1) L'appropriation de la Constitution par la Cour de cassation lors de l'analyse du caractère sérieux des questions prioritaires de constitutionnalité

268. Le contrôle approfondi de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* par la Cour de cassation.

Il semblerait que la chambre criminelle de la Cour de cassation, par un exercice optimal du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité, effectue un véritable contrôle de constitutionnalité des lois pénales. La frontière a été très tôt franchie, comme en témoigne la décision du 7 mai 2010. Saisie de la question relative à la constitutionnalité du délit de contestation de crime contre l'humanité, la Cour considère que la question posée ne présente pas de caractère sérieux dans la mesure où « l'incrimination est définie de façon claire et précise et l'infraction ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de liberté

¹⁰⁹⁸ *Supra* n° 128.

d'expression et d'opinion »¹⁰⁹⁹. L'appréciation du caractère sérieux de la question permet aux juges criminels de préjuger du fond de la constitutionnalité des lois pénales contestées. Afin d'harmoniser les lois pénales litigieuses à la Constitution française, la Haute juridiction exerce un contrôle de proportionnalité des dispositions constitutionnelles à l'image de celui effectué par le Conseil constitutionnel et les juges canadiens au sein du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. En témoigne également son arrêt du 19 octobre 2016¹¹⁰⁰. La chambre criminelle, justifie en effet le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité relative au délit de communication irrégulière avec un détenu¹¹⁰¹ au Conseil constitutionnel en précisant que la contestation constitutionnelle présente un caractère sérieux « en ce que l'interdiction de communiquer par tout moyen avec une personne détenue, en dehors des cas autorisés par les règlements, est susceptible de porter une atteinte disproportionnée à la liberté de communication des pensées et des opinions et au droit au respect de la vie privée, principes de valeur constitutionnelle, et de méconnaître la compétence du législateur pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux personnes détenues ». En atteste encore le non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel de la question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 24 alinéas 7, 9 et 10 de la loi de 1881 sur la liberté de la presse qui témoigne que la Cour de cassation, à l'image des juges constitutionnels français et canadien, se prête à un véritable contrôle de proportionnalité entre le but poursuivi par le législateur et les principes directeurs de la matière pénale. Plus exactement, la chambre criminelle retient l'absence de caractère sérieux du grief d'inconstitutionnalité dans la mesure où les peines prévues par les dispositions contestées « sont conformes au principe de nécessité et répriment, sans disproportion manifeste, la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ». D'autre part, elle juge « que l'atteinte portée à la liberté d'expression par de telles sanctions, prévues par la loi et prononcées par le juge en tenant compte des circonstances propres à l'espèce, apparaît aussi nécessaire, adaptée et proportionnée, dans une société démocratique,

¹⁰⁹⁹ Cass. crim., QPC, 7 mai 2010, n° 09-80.774, D., 2010. 1286, NCCC, 2010, p. 256, chron. P. MONTALIVET.

¹¹⁰⁰ Cass. crim., QPC, 19 oct. 2016, n° 5378.

¹¹⁰¹ Cons. const., 24 janv. 2017, n° 2016-608 QPC.

à l'objectif de lutte contre le racisme et de protection de l'ordre public poursuivi par le législateur ; »¹¹⁰². Ce faisant, la chambre criminelle opère un contrôle poussé de la constitutionnalité des dispositions litigieuses en jugeant, en lieu et place du Conseil constitutionnel, que l'atteinte à la Constitution se justifie au regard de l'objectif législatif poursuivi. De même, la décision de la Cour de cassation du 9 mars 2016¹¹⁰³ démontre que cette dernière s'autorise à substituer son analyse à celle du Conseil constitutionnel. Était en cause la constitutionnalité des articles 570 et 571 du code de procédure pénale. Les requérants faisaient valoir l'atteinte au droit à un recours effectif, en ce que lesdites dispositions ne permettent pas à un prévenu, qui n'interjette pas appel du jugement de condamnation pénale, de voir juger le pourvoi qu'il a précédemment formé contre un arrêt de la chambre de l'instruction ayant rejeté sa demande d'annulation de pièces de la procédure et dont l'examen immédiat n'a pas été admis par le président de la chambre criminelle. Après avoir effectué une mise en balance entre les dispositions constitutionnelles alléguées, les juges criminels jugent la question prioritaire de constitutionnalité dépourvue de sérieux en ce que le régime procédural critiqué est « fondé sur des considérations légitimes tenant à l'intérêt de l'ordre public et d'une bonne administration de la justice »¹¹⁰⁴. Ainsi, les juges criminels se prêtent à un véritable exercice de pondération des intérêts contradictoires allégués à l'image de celui qu'aurait pu effectuer le Conseil constitutionnel et les magistrats canadiens dans le cadre du contrôle *a posteriori*. En témoigne encore la question prioritaire de constitutionnalité relative aux injures publiques de certaines personnes en date du 15 mars 2016¹¹⁰⁵. Les juges criminels énoncent que la disposition pénale contestée « tend ainsi à concilier la prévention des atteintes à l'ordre public, nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle, et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figure la liberté d'expression ». De même, l'arrêt de non-renvoi de la chambre criminelle du 7 janvier 2014¹¹⁰⁶ doit être mentionné. La

¹¹⁰² Cass. crim., QPC, 30 mars 2016, n° 15-84.511 ; dans le même sens : Cass. crim., QPC, 15 mars 2016, n° 15-90.022, *JurisData* n° 2016-004586.

¹¹⁰³ Cass. crim. QPC, 9 mars 2016, n° 15-84.491, inédit.

¹¹⁰⁴ Cass. crim., QPC, 9 mars 2016, n° 15-84.491, inédit.

¹¹⁰⁵ Cass. crim., QPC, 15 mars 2016, n° 15-90.022, *JurisData* n° 2016-004586.

¹¹⁰⁶ Cass. crim., QPC, 7 janv. 2014, n° 13-90.030 ; dans le même sens : Cass. crim., QPC, 22 janv. 2013, n° 12-90.065 au sein duquel les juges criminels jugent que « la question posée ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux, dès lors que la disposition légale critiquée, qui a été adoptée par le législateur dans un but de protection renforcée de l'enfance dont l'intérêt, la prise en compte des besoins et le respect des droits constituent des motifs d'intérêt général répondant à des exigences constitutionnelles reconnues et garanties par les alinéas 10 et 11 du préambule de la Constitution de 1946 et à l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public,

constitutionnalité de l'article L. 362-3 du code de l'environnement était mise en cause par les requérants. Ces derniers prétendaient que la disposition en cause contrevenait au droit au loisir et à la liberté d'entreprendre. Afin de juger comme dépourvue de caractère sérieux la contestation constitutionnelle soulevée, les juges criminels effectuent un véritable contrôle de proportionnalité de l'atteinte potentielle à l'image de celui exercé traditionnellement par les Sages. En somme, empruntant une formule similaire à celle utilisée par le Conseil constitutionnel, les juges du quai de l'Horloge énoncent que « les dispositions légales critiquées, qui ne méconnaissent aucun des droits reconnus par les textes invoqués, ne portent aucune atteinte disproportionnée aux principes constitutionnels invoqués »¹¹⁰⁷. Ces quelques exemples jurisprudentiels attestent ainsi que la chambre criminelle peut s'approprier la Constitution lors de l'analyse du caractère sérieux des questions prioritaires de constitutionnalité soulevée devant elle. Une analogie entre l'analyse du caractère sérieux effectuée par la Cour de cassation et l'appréciation du caractère minimal de l'atteinte à un droit garanti par la *Charte*, réalisée par les juges canadiens dans le cadre du test d'*Oakes*¹¹⁰⁸ peut être relevée.

2) L'analogie entre l'analyse du caractère sérieux effectuée par la Cour de cassation et l'appréciation de l'atteinte à un droit garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*

269. Le contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* à l'aune du test d'*Oakes* au Canada. Suivant ce cadre analytique, les magistrats se prêtent à une véritable pondération du droit et apprécient, notamment, le caractère minimal de l'atteinte au droit. En effet, l'article premier de la *Charte* garantit les droits et libertés énoncés dans ce texte, mais prévoit qu'il peut y être porté atteinte dans la mesure où l'État peut démontrer que la violation est raisonnable et justifiable dans une société libre et démocratique. Le cadre d'analyse se présente en ces termes : « [...] L'atteinte à

n'a pas pour effet de porter à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ».

¹¹⁰⁷ Dans le même sens : Cass. crim., QPC, 4 déc. 2013, n° 13-86.153 : « Les juges criminels justifient l'absence de caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité du 4 décembre 2013, en relevant, à l'image d'un juge constitutionnel, que les dispositions du code de procédure pénale prévoyant que le ministère public est assuré par un commissaire de police par devant la juridiction de proximité ne méconnaissent aucun principe constitutionnel, et notamment le principe d'égalité de la justice ».

¹¹⁰⁸ *R. c. Oakes*, [1986], 1 RCS 103, pp. 138-139.

une garantie constitutionnelle sera valide à deux conditions. Dans un premier temps, l'objectif de la loi doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Dans un second temps, le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif doit être raisonnable et doit pouvoir se justifier dans une société libre et démocratique. Cette seconde condition appelle trois critères : (1) la violation des droits doit avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif ; (2) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*, et (3) il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif. Dans ce contexte de l'article premier, il incombe toujours au gouvernement de prouver selon la prépondérance des probabilités que la violation peut se justifier [...] »¹¹⁰⁹. Pour ne citer qu'un exemple jurisprudentiel, la vérification de l'atteinte minimale à un droit garanti par la *Charte* peut être illustrée à la lumière de l'affaire *Ladouceur*¹¹¹⁰. Le contexte juridique s'inscrivait dans une vérification de routine effectuée par les agents de l'État. Ces interpellations sont et doivent être relativement brèves et n'exigent la présentation que de quelques documents. Cependant, le requérant arguait du fait qu'il avait fait l'objet d'une détention arbitraire et, de ce fait, n'avait pas bénéficié de la garantie consacrée par l'article 9 de la *Charte*¹¹¹¹. Dans un premier temps, la Cour a jugé que la détention au hasard de l'appelant était arbitraire. Afin de juger de la constitutionnalité des dispositions législatives contestées, les magistrats relèvent toutefois que l'inconvénient causé au conducteur est minime dans la mesure où la vérification de routine porte le moins possible atteinte à la garantie de l'article 9 de la *Charte* contre la détention arbitraire.

De manière similaire, la chambre criminelle de la Cour de cassation se prête, derrière sa fonction de « filtre », tantôt à un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* « limité » tantôt à un contrôle « approfondi » des dispositions pénales litigieuses lorsqu'elle détermine elle-même l'atteinte des dispositions critiquées à la Constitution. En effet, l'appréciation du caractère sérieux ouvre la voie à « une part de subjectivité »¹¹¹² considérable et la Cour de cassation a pu se révéler à plusieurs reprises déjà

¹¹⁰⁹ *R. c. Oakes*, [1986], 1 *RCS* 103, pp. 138-139.

¹¹¹⁰ *R. c. Ladouceur*, [1990], 1 *RCS* 1257, pp. 1286-1287 ; Dans le même sens, *R. c. Holmes*, [1988], 1 *RCS* 914, pp. 939-940 ; *R. c. Stevens*, [1988], 1 *RCS* 1153, pp. 1182-1183.

¹¹¹¹ Art. 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés* : « Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires ».

¹¹¹² J.-B. PERRIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », *RFDA*, 2011, p. 711.

comme un véritable juge de la constitutionnalité de la loi mais « masqué » en ce qu'elle dissimule cet office derrière sa fonction de filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité.

L'examen du caractère « nouveau » du moyen d'inconstitutionnalité, permet aussi à la Cour de cassation d'apprécier « l'opportunité »¹¹¹³ de saisir le Conseil constitutionnel. De ce fait, la Cour de cassation se voit renforcer dans son rôle « d'arbitre suprême » de la Constitution. Ce renforcement est d'autant plus palpable depuis que la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé conventionnel le refus de renvoi d'une QPC « motivé » par la Cour de cassation au Conseil constitutionnel au sein de l'affaire *Renard c/ France*¹¹¹⁴.

§2) L'appréciation convergente de la nouveauté de la contestation constitutionnelle au sein du procès pénal

270. Le contrôle de la nouveauté de la contestation constitutionnelle : de la divergence textuelle à la convergence substantielle. L'appréciation de la nouveauté de la contestation constitutionnelle réalisée par la Cour de cassation participe également de la mutation des juges du quai de l'Horloge en de « véritables juges constitutionnels de droit commun »¹¹¹⁵ reléguant le Conseil constitutionnel en un « juge constitutionnel d'exception »¹¹¹⁶. Cette évolution quant à l'office du juge de cassation autorise à relever un certain rapprochement avec la fonction de « juge constitutionnel » incarné par chaque juge ordinaire outre-Atlantique. Mais, afin de prendre correctement la mesure de cette « analogie fonctionnelle », encore faut-il s'entendre sur les termes employés. Il convient dans un premier temps, de déterminer les contours de la notion de « nouveauté » de la contestation constitutionnelle au regard desquels l'examen de l'opportunité de la contestation constitutionnelle s'effectue en France et au Canada (A). Dans un second temps, une fois la délimitation de la comparaison entreprise, il est possible d'analyser substantiellement le contrôle de la nouveauté de la contestation constitutionnelle

¹¹¹³ A. ROBLOT-TROIZIER, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *NCCC*, 2013, n° 40, p. 6.

¹¹¹⁴ *Supra* n° 242.

¹¹¹⁵ A. ROBLOT-TROIZIER, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *NCCC*, 2013, n° 40, p. 2.

¹¹¹⁶ *Ibidem* p. 6.

(B). L'étude révèle une progression d'intensité du contrôle quant à la nouveauté de la contestation constitutionnelle soulevée de part et d'autre de l'Atlantique.

A) L'absence d'équivalence textuelle quant au critère de la nouveauté de la contestation constitutionnelle

271. L'absence d'équivalence du « critère de nouveauté » au Canada. De part et d'autre de l'Atlantique, le contrôle relatif à l'opportunité de la contestation constitutionnelle ne s'effectue pas au regard des mêmes « critères ». Le critère de nouveauté qui permet à la Cour de cassation d'apprécier l'opportunité de saisir le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité ne trouve pas, textuellement parlant, son équivalent au Canada. Outre-Atlantique, le contrôle de la condition de la nouveauté de la question constitutionnelle intervient sur le terrain de la règle du *précédent*.

272. La « nouveauté » de la question prioritaire de constitutionnalité. Critère alternatif¹¹¹⁷ de transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au stade de la Cour de cassation, le caractère nouveau du moyen d'inconstitutionnalité français apparaît comme un outil d'examen supplémentaire permettant à la Cour de cassation de saisir le Conseil constitutionnel, quand bien même la question prioritaire de constitutionnalité est dépourvue de caractère sérieux¹¹¹⁸. Ce critère de nouveauté a suscité de nombreuses interrogations. Cette notion est premièrement apparue redondante par rapport au critère d'absence d'examen préalable, par le Conseil constitutionnel, de la disposition législative contestée. Mais, le Conseil constitutionnel par son interprétation, est venu mettre fin à cet amalgame. Selon les Sages, la question prioritaire de constitutionnalité est nouvelle dans deux hypothèses.

¹¹¹⁷ Art 23-4, ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : « Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la transmission prévue à l'article 23-2 ou au dernier alinéa de l'article 23-1, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Il est procédé à ce renvoi dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux ».

¹¹¹⁸ P. BON, « Les conditions de recevabilité de la question préjudicielle de constitutionnalité en droit comparé », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, op. cit., p. 38.

Dans une première acception, le critère de nouveauté implique que « le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application »¹¹¹⁹. « Une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être nouvelle au sens de ces dispositions au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas été examinée par le Conseil constitutionnel »¹¹²⁰. Par exemple, la chambre criminelle, juge implicitement le 10 novembre 2010¹¹²¹, que toute disposition constitutionnelle invoquée, en l'espèce, l'article 67C relatif au statut pénal du chef de l'Etat, alors même que le Conseil constitutionnel n'a pas eu à en faire application, ne renvoie pas aux dispositions constitutionnelles qui constituent des droits et libertés (respect des droits de la défense et droit à un procès équitable), au regard desquelles l'appréciation du caractère nouveau de la question prioritaire de constitutionnalité s'effectue. Autrement dit, la question nouvelle est interprétée par le Conseil constitutionnel comme la question qui fait appel à un principe constitutionnel qui n'aurait jamais fait l'objet d'une interprétation par le Conseil¹¹²².

Dans une seconde signification, à la lumière des commentaires issus des Cahiers du Conseil constitutionnel permettant d'éclairer le sens la décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2009, il est indiqué que le Conseil a estimé que ce caractère de nouveauté habilitait la Cour de cassation à apprécier, en fonction de ce critère alternatif, « l'intérêt de saisir »¹¹²³ le Conseil constitutionnel. Pourrait ainsi être qualifiée de « nouvelle » une disposition législative qui fait l'objet d'un recours massif à la question prioritaire de constitutionnalité et qu'il est opportun de faire trancher définitivement par le Conseil constitutionnel »¹¹²⁴. Telle a été finalement la position adoptée par la chambre criminelle concernant l'absence de motivation des verdicts de condamnation de la Cour d'assises. Après les nombreux refus de renvois des questions prioritaires de constitutionnalité portant sur cette contestation constitutionnelle, les juges criminels ont déclaré que « la question fréquemment

¹¹¹⁹ Cons. const., 3 déc. 2009, n° 2009-595 DC, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, consid. 21.

¹¹²⁰ Cons. const., 3 déc. 2009, n° 2009-595 DC, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *JORF* 11 déc. 2009, p. 21381, texte n° 2, *Rec.*, p. 206.

¹¹²¹ Cass. crim. QPC, 10 nov. 2010, n° 10-85678.

¹¹²² Cons. const., 3 déc. 2009, n° 2009-595 DC, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, consid. 21.

¹¹²³ Cons. const., 3 déc. 2009, n° 2009-595 DC, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, comm. *NCCC*, n° 28, p. 10.

¹¹²⁴ Cons. const., 3 déc. 2009, n° 2009-595 DC, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, comm. *NCCC*, n° 28, p. 10.

invoquée devant la Cour de cassation et portant sur la constitutionnalité des (ces dispositions) [...] présent(ait) un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce critère alternatif de saisine »¹¹²⁵. En ne retenant que le caractère nouveau de la question, le caractère sérieux ayant été indirectement écarté, la chambre criminelle a permis de soumettre la contestation constitutionnelle aux Sages. Ainsi, le critère de « nouveauté », en permettant à la chambre criminelle d'apprécier l'opportunité de saisir le Conseil constitutionnel d'une contestation constitutionnelle, tend à renforcer son rôle « d'arbitre suprême » de la Constitution et conforte l'hypothèse de l'appropriation d'un rôle constitutionnel par la Cour de cassation.

273. Le rapprochement de l'office du « juge constitutionnel de droit commun » français et canadien par le critère de « nouveauté ». Deux enseignements peuvent être tirés de l'analyse du critère de « nouveauté » de la contestation constitutionnelle. La première acception du critère de « nouveauté », portant sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil n'a pas encore fait application, préserve, dans une certaine mesure, le monopole d'appréciation de la Constitution de ce dernier. Ni les juges ordinaires ni les juges suprêmes ne sont habilités à interpréter les dispositions constitutionnelles, fussent-elles nouvelles. Ainsi, la première acception du critère de « nouveauté » appelle une certaine retenue de la part des juges judiciaires quant à l'interprétation de la Constitution. Elle se trouve, en revanche, dépourvue d'utilité au regard de la plénitude de compétence octroyée aux juges canadiens. Cependant, la seconde signification du critère de nouveauté de la question constitutionnelle, soit, l'appréciation de l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel, autorise à effectuer un rapprochement entre l'office de la Cour de cassation et celui des juges canadiens. En effet, l'appréciation de la question « nouvelle » permet à la Cour de cassation de se muer, à l'image de tout juge canadien, en juge constitutionnel de droit commun. De ce fait, la Cour de cassation, à l'image de la Cour suprême du Canada, devient l'interprète « ultime », ou plutôt « suprême » de la Constitution. En somme, une convergence substantielle lors de la vérification de l'opportunité de la contestation constitutionnelle peut être relevée. Au Canada, les magistrats sont également tenus d'apprécier l'opportunité de

¹¹²⁵ Cass. crim., 19 janv. 2011, n° 10-85.305, n° 10-85.159.

trancher ou non une contestation constitutionnelle. C'est au regard de la règle du *précédent* que cette appréciation prend forme.

B) Le contrôle de l'opportunité de la contestation constitutionnelle : un contrôle d'intensité progressive commun

274. La convergence substantielle lors de la vérification de l'opportunité de la contestation constitutionnelle. La détermination du caractère nouveau du grief d'inconstitutionnalité est tributaire d'une interprétation plus ou moins rigide de la part des juges constitutionnels canadiens et de la Haute juridiction de l'ordre judiciaire en France. Si dans les premiers temps, une appréciation restrictive du caractère nouveau des contestations constitutionnelles prévalait (1), une appréciation souple du caractère nouveau des moyens d'inconstitutionnalité semble désormais être privilégiée en France comme au Canada (2).

1) Le temps de l'appréciation restrictive du caractère nouveau des contestations constitutionnelles en France et au Canada

275. Le temps de l'appréciation restrictive du caractère nouveau des contestations constitutionnelles. Si, le Conseil constitutionnel a pris soin de préciser l'interprétation qu'il convient d'attribuer au critère de la « nouveauté » de la question constitutionnelle, dans les premiers temps de la mise en œuvre du moyen d'inconstitutionnalité, la chambre criminelle de la Cour de cassation s'est autorisée une interprétation quelque peu contraire à l'esprit de la réforme constitutionnelle. La rigueur avec laquelle la chambre criminelle de la Cour de cassation accueille la question prioritaire de constitutionnalité dans les premiers temps, peut être notamment attestée par les arrêts de non-renvoi relatifs à l'absence de motivation des arrêts des cours d'assises¹¹²⁶. Sur ce point, et suivant une jurisprudence constante, la chambre criminelle jugeait que l'absence de motivation s'agissant des raisons qui emportent l'intime conviction des jurés n'était pas contraire à la

¹¹²⁶ Cass. crim., 19 mai 2010 QPC, pourvoi n° 09-82582.

Constitution¹¹²⁷. De même, l'interprétation restrictive du caractère nouveau de la question constitutionnelle peut être attestée par la référence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, aux déclarations antérieures de constitutionnalité prononcées par le Conseil constitutionnel. En effet, la chambre criminelle de la Cour de cassation a-t-elle tendance à relever l'absence de caractère nouveau des dispositions constitutionnelles nouvellement invoquées, en raison de l'examen antérieur de dispositions constitutionnelles faisant référence indirectement, aux dispositions constitutionnelles fraîchement invoquées¹¹²⁸. La Haute juridiction de l'ordre judiciaire travestit la condition de « nouveauté » lorsqu'elle conclut, à l'aide d'une formule qui lui est propre, à l'absence d'un tel critère en rappelant que le Conseil constitutionnel « a eu l'occasion de faire application de ces dispositions »¹¹²⁹. De même, dans son arrêt QPC de non-renvoi du 11 juin 2010¹¹³⁰, la chambre criminelle considère que la contestation constitutionnelle concernant l'article 419 du code des douanes qui établit une présomption de contrebande en l'absence de justificatif ou de justificatif valable de certaines marchandises importées, n'est pas nouvelle dès lors que les Sages ont eu l'occasion de faire application de cette disposition.

Récemment, renouant quelque peu avec la rigueur avec laquelle la Cour de cassation accueillait la question prioritaire de constitutionnalité à ses débuts, la chambre criminelle relève, à quatre reprises, l'absence de tout caractère nouveau de la question prioritaire de constitutionnalité relative au pouvoir de sanction de l'autorité des marchés financiers¹¹³¹.

¹¹²⁷ Cass. crim. 14 oct. 2009, n° 08-86.480, *D.*, 2009, p. 2778, note J. PRADEL, p. 2473, édito. F. ROME, p. 2545, obs. K. GACHI, 2010, p. 39, chron. A. LEPRIEUR.; *AJPénal*, 2009, p. 495, J. LASSERRE. Capdeville ; 20 janv. 2010, n° 09-80.652, *AJPénal*, 2010, p. 245, obs. J.-B. PERRIER.

¹¹²⁸ Cons. const., 3 sept. 1986, n° 86-213 DC, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État*, *JORF* 5 sept. 1986, p. 10786. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution l'article 706-25 du code de procédure pénale, lequel renvoie à l'article 698-6 du code de procédure pénale relatif la procédure particulière en matière de terrorisme. Par conséquent, dans son arrêt QPC de non-renvoi du 19 mai 2010, la chambre criminelle considère que la question visant à contester l'article 698-6 du code de procédure pénale concernant la majorité requise pour les réponses défavorables données par le jury aux questions, n'est pas nouvelle dans la mesure où le Conseil constitutionnel a nécessairement validé ces dispositions dans sa décision du 3 septembre 1986.

¹¹²⁹ Cass. crim., QPC, 19 mai 2010, pourvoi n° 09-82582 : terrorisme et respect de la présomption d'innocence », *D.*, 2010, p. 1352 ; Cons. const., n° 86-213 DC, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État*, *JORF* 5 sept. 1986, p. 10786 ; L. FAVOREU, note sous décision n° 86-213 DC, *RDP*, mars-avril 1989, n° 2, p. 399 ; F. LOLUM, P. NGUYEN DUY-TAN, « Le Conseil constitutionnel et les réformes du droit pénal en 1986 », *RSC*, 1987 ; Cass. crim., QPC, 31 mai 2010, pourvois n°10-80637 et n°10-80649 ; Cass. crim., QPC, 31 mai 2010, pourvoi n° 09-87578.

¹¹³⁰ Cass. crim., QPC, 11 juin 2010, n° 09-85.874.

¹¹³¹ Cass. crim., QPC, 8 juill. 2010, n° 09-71.252, *Bonnemoy c/ Autorité des marchés financiers*.

En somme, ces cas jurisprudentiels témoignent du fait que l'accès des citoyens au contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* intervient, principalement, sur l'initiative de la Cour de cassation. C'est dans cette mesure, qu'il est permis d'avancer qu'à travers l'interprétation restrictive de la question « nouvelle »¹¹³², les juges du quai de l'Horloge détiennent la main mise sur le mécanisme du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, et s'érigent d'une certaine façon en un arbitre « ultime » de la Constitution.

Outre-Atlantique, le contrôle de la condition de la nouveauté de la question constitutionnelle intervient, sur le terrain de la règle du *précédent*. L'acceptation, rigide ou souple¹¹³³, de la règle du *stare decisis* endossée par la Cour suprême du Canada conditionne dès lors les revirements de *précédent* retenus par celle-ci. La première acception est à l'origine d'une application rigide de ladite règle qui conçoit que « les tribunaux sont liés par leurs décisions antérieures ainsi que par celles des instances supérieures. En vertu de cette position, toute autre considération doit être exclue ». Si cette première acception avait été retenue par la Cour suprême du Canada, les juges canadiens auraient nécessairement interprété de manière rigide la nouveauté de la question constitutionnelle canadienne. En effet, tout comme la chambre criminelle française, les juges canadiens auraient-t-ils eu tendance à relever l'absence de caractère nouveau des dispositions constitutionnelles nouvellement invoquées, en raison des décisions antérieures de constitutionnalité prononcées par les juridictions antérieures et qui leurs sont supérieures. Cependant, la Cour suprême du Canada a reconnu, en 1937, ne pas être liée par ses propres *précédents*. Par conséquent, en endossant la seconde acception de la règle du *précédent*, les juges suprêmes ouvrent la voie à une interprétation plus souple du caractère nouveau des griefs d'inconstitutionnalité et à une évolution progressive du droit¹¹³⁴. En France également, il apparaît que le contrôle restreint de l'opportunité de la contestation constitutionnelle fait désormais place à un contrôle plus enclin à accueillir le moyen d'inconstitutionnalité invoqué.

¹¹³² *Supra* n° 274 : La chambre criminelle est revenue sur sa position initiale concernant l'absence de motivation des verdicts de condamnation de la Cour d'assises et a fini par transmettre la question constitutionnelle.

¹¹³³ *Supra* n° 274.

¹¹³⁴ *Supra* n° 274.

2) Le temps de l'appréciation souple du caractère nouveau des contestations constitutionnelles en France et au Canada

276. Le temps de l'appréciation « souple » du « caractère nouveau » des contestations d'inconstitutionnalité en France. La chambre criminelle de la Cour de cassation et les magistrats canadiens, en 1937, ont apprécié avec plus de souplesse le critère de « nouveauté » des moyens d'inconstitutionnalité invoqués. En France, ce renversement de tendance s'est opéré sous l'impulsion des renvois des questions prioritaires de constitutionnalité relatifs à la motivation des arrêts des cours d'assises¹¹³⁵. Sur ce point, la chambre criminelle de la Cour de cassation relève finalement la « nouveauté » de la question constitutionnelle, au travers de la fréquence des questions prioritaires de constitutionnalité posées sur ce thème. Qui plus est, précise-t-elle, « il est intéressant de voir trancher la question par le Conseil constitutionnel »¹¹³⁶. Par cette interprétation audacieuse, la chambre criminelle de la Cour de cassation conclut à l'opportunité de saisir le Conseil constitutionnel ouvrant la voie à un potentiel¹¹³⁷ renforcement des droits de la défense. La loi française du 10 août 2011¹¹³⁸ a finalement été modifiée et la nouvelle règle est entrée en vigueur en janvier 2012. Le nouvel article 365-1 du code de procédure pénale¹¹³⁹ prévoit la rédaction par le président d'une « feuille de motivation » établissant, en cas de condamnation, « les principaux éléments à charge qui pour chacun des faits reprochés à l'accusé ont convaincu la cour d'assises ». Même si le Conseil

¹¹³⁵ Cass. crim., QPC, 19 janv. 2011, pourvois n° 10-85.305 et n° 10-85.159.

¹¹³⁶ Cass. crim., QPC, 19 janv. 2011, n° 10-85159.

¹¹³⁷ Cons. const., 1^{er} avr. 2011, n° 2011-113/115 QPC, M. Xavier P. et autre [Motivation des arrêts d'assises], *JORF* 2 avr. 2011, p. 5893, texte n° 72, *Rec.*, p. 173 au sein de laquelle le Conseil constitutionnel juge constitutionnelle l'absence de motivation des arrêts des cours d'assises, malgré le contexte européen qui incitait le Conseil constitutionnel à adopter une position jurisprudentielle inverse : v. CEDH 13 janv. 2009, *Taxquet c/ Belgique*, D. 2009. 1058, note J.-F. RENUCCI ; *RFDA*, 2009, p. 677, ét. L. BERTHIER, A.-B. CAIRE ; *RSC*, 2009, p. 657, obs. J.-P. MARGUENAUD ; CEDH, gde ch., 16 nov. 2010, n° 926/05, *Taxquet c/ Belgique*, D., 2011, p. 47, note J.-F. RENUCCI, p. 48, note J. PRADEL, *AJPénal*, 2011, p. 35, obs. C. RENAUD-DUPARC.

¹¹³⁸ L. n° 2011-939, 10 août 2011, art. 12-II.

¹¹³⁹ Art. 365-1, Code. pr. pén.: « Le président ou l'un des magistrats assesseurs par lui désigné rédige la motivation de l'arrêt. En cas de condamnation, la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises. Ces éléments sont ceux qui ont été exposés au cours des délibérations menées par la cour et le jury en application de l'article 356, préalablement aux votes sur les questions. La motivation figure sur un document annexé à la feuille des questions appelé feuille de motivation, qui est signée conformément à l'article 364. Lorsqu'en raison de la particulière complexité de l'affaire, liée au nombre des accusés ou des crimes qui leur sont reprochés, il n'est pas possible de rédiger immédiatement la feuille de motivation, celle-ci doit alors être rédigée, versée au dossier et déposée au greffe de la cour d'assises au plus tard dans un délai de trois jours à compter du prononcé de la décision ».

constitutionnel n'a pas statué dans le sens d'un renforcement des droits et libertés fondamentaux des justiciables pénaux en ne censurant pas l'absence de motivation des décisions de cours d'assises¹¹⁴⁰, c'est bien le renvoi de la question constitutionnelle de la Cour de cassation, pris sur le fondement de son caractère nouveau, qui a impulsé la voie à une progression possible de la procédure pénale française. En outre, la vérification « subjective » du caractère « nouveau » du moyen d'inconstitutionnalité entreprise par la Cour de cassation lui permet d'avoir le « dernier mot » sur l'opportunité de saisir ou non le Conseil constitutionnel d'une contestation constitutionnelle, tout comme une interprétation rigide.

Outre-Atlantique, la détermination du caractère nouveau du grief d'inconstitutionnalité est, également, tributaire d'une application plus ou moins rigide de la règle du *stare decisis*. Suivant ce principe, « deux situations » peuvent faire office de critère de nouveauté, autorisant, par conséquent, les tribunaux inférieurs à s'écarter des *précédents* des tribunaux supérieurs¹¹⁴¹. Ces deux hypothèses se présentent lorsque d'une part, « une nouvelle question juridique se pose » et d'autre part lorsqu'« une modification de la situation ou de la preuve « change radicalement la donne ».

277. L'hypothèse canadienne « d'une nouvelle question juridique posée ». Le premier cas peut être illustré par l'affaire *Bedford*¹¹⁴². Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a démontré que la règle selon laquelle les tribunaux inférieurs sont liés par les décisions des tribunaux supérieurs peut être écartée lorsque notamment « une nouvelle question juridique se pose ». Cette affaire mettait en cause la constitutionnalité de certaines dispositions du *Code criminel* liées à la prostitution. Or, 23 ans auparavant, dans le *Renvoi sur la prostitution*¹¹⁴³, la Cour avait conclu à la validité constitutionnelle de ces dispositions. Dans l'arrêt *Bedford*,

¹¹⁴⁰ Cons. const., 1er avr. 2011, n° 2011-113/115 QPC, M. Xavier P. et autre [Motivation des arrêts d'assises], *JORF* 2 avr. 2011, p. 5893, texte n° 72, *Rec.*, p. 173.

¹¹⁴¹ Le parallèle opéré entre la règle du *précédent* et la détermination du caractère « nouveau » de la question constitutionnelle aurait pu être transposé dans le cadre de la détermination de la notion de « changement de circonstances de droit et de fait ».

¹¹⁴² *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 RCS 1101, §. 45, M. BLOODWORTH, « A Fact is a fact is a fact: *stare decisis* and the distinction between adjudicative and social facts in *Bedford* and *Carter* », (Feb. 2014) 32 *NJCL* pp. 193-211.

¹¹⁴³ *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1 (1) c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 RCS 1123.

la Cour suprême déclare inconstitutionnelles ces mêmes dispositions, au motif de l'existence d'une nouvelle question de droit¹¹⁴⁴.

278. L'hypothèse d'«une modification de la situation ou de la preuve » combinée à une « nouvelle question juridique posée ». La seconde hypothèse, celle de la modification de la situation de la preuve, peut être illustrée par l'affaire *Carter*¹¹⁴⁵. En l'espèce, la juge de première instance s'est autorisée à réexaminer la constitutionnalité des dispositions législatives qui interdisent l'aide à mourir, soit l'article 241 du *Code criminel*. Les faits en litige étaient pourtant très semblables à ceux ayant donné lieu à l'arrêt *Rodriguez* rendu une vingtaine d'années auparavant¹¹⁴⁶. Dans les deux affaires, les requérantes, atteintes d'une maladie incurable, arguaient de leur droit à mourir dans la dignité. Au nom de la majorité, le juge Sopinka dans l'arrêt *Rodriguez* avait considéré que la prohibition de recourir à l'aide médicale à mourir portait atteinte à l'article 15 de la *Charte* ainsi qu'à la sécurité de la requérante mais d'une manière compatible avec les principes de justice fondamentale. La règle du précédent aurait donc dû avoir pour effet d'empêcher tout réexamen ultérieur de la constitutionnalité de l'article 241 du *Code criminel*. Sur ce point, les juges de la Cour d'appel de l'Ontario ont précisé que le *stare decisis* vertical est un principe constitutionnel qui oblige toutes les juridictions inférieures à suivre rigoureusement les précédents de la Cour relatifs à la *Charte*, et ce, tant et aussi longtemps que la Cour ne les a pas écartés »¹¹⁴⁷. Dans l'affaire *Carter*, se

¹¹⁴⁴ « [45] Il s'ensuit que, en l'espèce, la juge pouvait trancher la question de savoir si les dispositions en cause respectaient ou non le droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 de la *Charte*. Dans le *Renvoi sur la prostitution*, les juges majoritaires statuent uniquement en fonction du droit à la liberté physique de la personne garanti à l'art. 7. Seul le juge Lamer, qui s'exprime en son nom personnel, aborde la question de la sécurité de la personne, et ce, dans le seul contexte des droits économiques. Contrairement à ce que prétend le procureur général du Canada, le fait que le droit en cause garanti par l'art. 7 soit celui à la liberté économique ou à la sécurité de la personne n'est pas « une distinction sans importance » (m.a., par. 94). Les droits garantis à l'art. 7 sont des « intérêts indépendants auxquels la Cour doit respectivement donner un sens indépendant » (*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 *RCS* 30, p. 52). En outre, dans le *Renvoi sur la prostitution*, la Cour a examiné les principes de justice fondamentale sous l'angle de l'imprécision de la criminalisation indirecte et de son acceptabilité. En l'espèce, ce sont le caractère arbitraire, la portée trop grande et le caractère totalement disproportionné qui sont allégués, des notions qui ont en grande partie vu le jour au cours des vingt dernières années ».

¹¹⁴⁵ *Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 *RCS* 331, 2015 *CSC* 5 ; E. THERRIEN, « La Cour suprême du Canada invalide les dispositions du *Code criminel* relatives à l'aide médicale à mourir », (2015), *J. du Bar.*, vol. 47, n° 2, p. 22 ; v. égal. R.A. Skolrood, « *Carter v. Canada* (Attorney General) », (2012), 33 *Health L. Can.*, 7-8.

¹¹⁴⁶ *Rodriguez C. Colombie Britannique*, [1993] 3 *RCS* 519 ; case. comm., R. MYKTIUKI, J.-T. PALTIEL « Terminal care: the Supreme Court of Canada and Sue Rodriguez », (Winter 1994) 5 *Constit. Forum* 38 (6).

¹¹⁴⁷ *Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 *RCS* 331, 2015 *CSC* 5, §. 43 ; E. THERRIEN, « La Cour suprême du Canada invalide les dispositions du *Code criminel* relatives à l'aide médicale à mourir. », (2015), *J. du*

basant sur les conditions faisant exception à la règle du *stare decisis*, la juge du procès s'est autorisé à réexaminer l'affaire *Rodriguez*¹¹⁴⁸ « en signalant les changements, tant dans le cadre juridique applicable à l'art. 7 que dans la preuve relative à la maîtrise du risque d'abus associé à l'aide au suicide »¹¹⁴⁹. En d'autres termes, aussi bien l'existence d'une question juridique nouvelle¹¹⁵⁰, qu'une modification importante de la situation ou de la preuve¹¹⁵¹, justifiait le réexamen de l'affaire *Rodriguez*. Une cour suprême unanime lui a donné raison¹¹⁵². Concernant la nouveauté de la question juridique, celle-ci peut être attestée au regard de l'évolution quant au sens à donner aux principes de la portée excessive et du caractère totalement disproportionné des dispositions législatives contestées. En effet, dans l'affaire *Rodriguez*, les juges font une application différente du principe de la portée excessive contrairement à l'acception contemporaine dudit principe. De

Bar., vol. 47, n° 2, p. 22, v. égal., R.-A. SKOLROOD, « *Carter v. Canada (Attorney General)* », (2012), 33 *Health L. Can.*, pp. 7-8.

¹¹⁴⁸ *Rodriguez C. Colombie Britannique*, [1993] 3 *RCS* 519 ; case. comm., R. MYKITIUK and J.T. PALTIEL, « Terminal care: terminal justice: the Supreme Court of Canada and Sue Rodriguez », *Osgoode Hall Law School of York University*, 1993, vol. 1, n° 2, pp. 38-48.

¹¹⁴⁹ *Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 *RCS* 331, 2015 *CSC* 5, §. 45 ; E. THERRIEN, « La Cour suprême du Canada invalide les dispositions du *Code criminel* relatives à l'aide médicale à mourir ? », *J. du Bar.*, vol. 47, n° 2, p. 22, v. égal., R.-A. SKOLROOD, « *Carter v. Canada (Attorney General)* », (2012), 33 *Health L. Can.*, pp. 7-8.

¹¹⁵⁰ *Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 *RCS* 331, 2015 *CSC* 5, §§. 45 et 46 : « L'argument présenté à la juge de première instance reposait sur une conception juridique de l'art. 7 différente de celle qui avait cours lors du prononcé de l'arrêt *Rodriguez*. Plus particulièrement, le droit relatif aux principes de la portée excessive et du caractère totalement disproportionné avait évolué de façon importante depuis l'arrêt *Rodriguez*. Les juges majoritaires de notre Cour dans *Rodriguez* ont pris note de l'argument selon lequel les dispositions contestées avaient une « portée excessive » lorsqu'ils ont analysé les principes de justice fondamentale (v. p. 590). Ils n'ont toutefois pas appliqué le principe de la portée excessive au sens où on l'entend aujourd'hui; ils se sont plutôt demandé si la prohibition était « arbitraire ou injuste parce qu'elle n'a aucun lien avec l'intérêt de l'État à protéger la personne vulnérable et parce qu'elle n'a aucun fondement dans la tradition juridique et les croyances de la société que, soutient-on, elle représente » (p. 595). À l'opposé, le droit applicable à la portée excessive, désormais reconnu explicitement comme principe de justice fondamentale, veut que l'on détermine si la disposition empiète sur un comportement sans lien avec son objectif (*Bedford*, par. 101). Cette question différente peut appeler une réponse différente. L'analyse que les juges majoritaires ont faite de la portée excessive sur la base de l'article premier souffre de la même lacune : v. *Rodriguez*, p. 614. Enfin, les juges majoritaires dans *Rodriguez* ne se sont pas demandés si la prohibition était totalement disproportionnée.

¹¹⁵¹ *Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 *RCS* 331, 2015 *CSC* 5, §. 47 : « L'ensemble des faits législatifs et sociaux dans l'affaire qui nous occupe diffèrent également des éléments de preuve soumis à la Cour dans l'affaire *Rodriguez*. Les juges majoritaires dans *Rodriguez* se sont fondés sur la preuve (1) de l'acceptation générale d'une distinction morale ou éthique entre l'euthanasie passive et l'euthanasie active (pp. 605-607) ; (2) de l'absence de « demi-mesure » susceptible de protéger les personnes vulnérables (pp. 613-614) ; et (3) du « consensus important », dans les pays occidentaux, sur l'opinion selon laquelle une prohibition générale est nécessaire pour empêcher un dérapage (pp. 601-606 et 613). Le dossier soumis à la juge des faits en l'espèce comportait des éléments de preuve susceptibles de miner chacune de ces conclusions s'ils étaient acceptés (v. *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 *CSC* 20, [2011] 2 *RCS* 3, §. 136, le juge Rothstein) ».

¹¹⁵² *Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 *RCS* 331, 2015 *CSC* 5, §§. 45 et 46 ; E. THERRIEN, « La Cour suprême du Canada invalide les dispositions du *Code criminel* relatives à l'aide médicale à mourir », *J. du Bar.*, vol. 47, n° 2, p. 22 ; v. égal., R.-A. SKOLROOD, « *Carter v. Canada (Attorney General)* », (2012), 33 *Health L. Can.*, pp. 7-8.

même, les juges ne se sont pas prêtés à un examen de la proportionnalité des dispositions contestées au regard de l'article 7 de la *Charte*. Pour ce qui est de l'existence d'une modification importante de la situation ou de la preuve, l'ensemble des faits extra-judiciaires soumis à la Cour dans l'affaire *Carter* étaient différents de ceux présentés aux juges dans le procès *Rodriguez*. Ainsi, la Cour suprême conclut que les deux critères permettant de s'écarter de la règle du *stare decisis* dans l'affaire *Bedford* sont satisfaits et que les développements dont a fait état la juge de première instance étaient suffisants pour satisfaire au critère de la « nouvelle situation factuelle ». En définitive, il apparaît que l'étape de l'appréciation du caractère sérieux et du caractère nouveau des questions prioritaires de constitutionnalité attribuée à la chambre criminelle de la Cour de cassation un rôle constitutionnel à l'instar de son homologue canadien et du Conseil constitutionnel.

CONCLUSION CHAPITRE I TITRE I

279. Un partage du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* entre la chambre criminelle de la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel au service d'un rapprochement avec le système canadien. L'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité renouvelle les fonctions de la chambre criminelle de la Cour de cassation ainsi que l'office du Conseil constitutionnel. Tout d'abord, le rôle de filtre, mis en place par la loi organique du 10 décembre 2009, permet à la chambre criminelle d'apprécier le caractère sérieux de la contestation constitutionnelle, c'est-à-dire, sa pertinence. À son tour, l'appréciation du caractère sérieux implique l'appréciation de la constitutionnalité de la disposition contestée. Emerge alors un « contrôle de constitutionnalité négatif »¹¹⁵³. Ensuite, le rôle de filtre, permet à la Cour de cassation d'apprécier le caractère nouveau de la question constitutionnelle, c'est-à-dire, son opportunité. De tout cela, il résulte que la chambre criminelle détient la maîtrise de l'ordre constitutionnel. Traditionnellement garante de l'application uniforme de la loi pénale, la question prioritaire de constitutionnalité remodèle ainsi la fonction de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Corrélativement, et contrairement à l'esprit de la réforme, le Conseil constitutionnel se transforme en une « juridiction constitutionnelle d'exception ». Ce phénomène est moins marqué lorsqu'on étudie la jurisprudence émise par les juges judiciaires du fond dans le cadre du contrôle *a posteriori*. Hormis quelques « excès de zèle », les juges judiciaires du premier filtre restent cantonnés à leur rôle de filtre des griefs d'inconstitutionnalité. À n'en point douter, un partage du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* entre la chambre criminelle de la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel se dessine alors dans le paysage juridictionnel français, à l'image du système canadien. Une appréciation convergente des atteintes aux droits et libertés au sein du procès pénal français et canadien peut ainsi être observée de part et d'autre de l'Atlantique qui engendre à son tour, un rapprochement des principes directeurs des droits pénaux substantiels français et canadien.

¹¹⁵³ L'expression est employée afin de mettre en évidence le contrôle de constitutionnalité qu'exerce la chambre criminelle de la Cour de cassation en déclarant la loi conforme à la Constitution, à défaut de pouvoir affirmer l'inverse.

Chapitre II : Le rapprochement des principes constitutionnels des droits pénaux substantiels français et canadien par l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*

280. Le contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* au regard du principe de légalité criminelle : vecteur de rapprochement entre le droit pénal substantiel français et canadien. L'un des objectifs qui a présidé à l'avènement du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* en France est, à n'en point douter, la perfection juridique de la loi¹¹⁵⁴ et, par voie de conséquence, le renforcement du principe de la légalité criminelle, principe fondamental gouvernant tout le droit répressif. Paradoxalement, toutefois, l'exercice de la question prioritaire de constitutionnalité n'emporte pas toujours un renforcement du principe de légalité criminelle. Au Canada, un même phénomène peut être observé. Par conséquent, de part et d'autre de l'Atlantique, aussi bien un rapprochement du principe de légalité criminelle *stricto sensu* (Section I), que de ses corollaires (Section II), peut être identifié. L'affaiblissement du principe de légalité criminelle français, interroge sur le glissement possible d'une conception « formaliste » de la légalité criminelle en France à celle « réaliste »¹¹⁵⁵, dite aussi « matérielle » de la légalité criminelle qui prévaut principalement dans les systèmes de *common law*, auquel appartient le Canada.

¹¹⁵⁴ Cons. const., 3 déc. 2009, déc. n° 2009-595 DC, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *JORF* 11 déc. 2009, p. 21381, texte n° 2, *Rec.*, p. 206, comm., *CCCC*, n° 28, p. 3.

¹¹⁵⁵ E. GRANDE, « Droit pénal et principe de légalité : la perspective du comparatiste », *RIDC*, vol. 56 n° 1, 2004, pp. 119-129.

Section I. Le rapprochement des principes de légalité criminelle *stricto sensu* français et canadien

281. « **Quand le remède devient pire que le mal** ». Si la question prioritaire de constitutionnalité en France a pu être envisagée comme un remède à l'affaiblissement du principe de légalité criminelle dans sa conception classique constaté par certains auteurs¹¹⁵⁶, il apparaît, curieusement, que l'exercice même de la question d'inconstitutionnalité française participe indirectement à sa dilution. Cette transformation du droit pénal de fond en France s'analyse, principalement, à travers le prisme de la dimension formelle de la légalité criminelle (§1). Toutefois, dans un second temps, un certain rapprochement quant à la dimension matérielle de la légalité criminelle en France et au Canada apparaît (§2).

§1. Le rapprochement des dimensions formelles de la légalité criminelle française et canadienne

282. **À qui appartient le droit de punir ?** L'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité engendre, nous l'avons déjà dit, une dilution du principe de la légalité criminelle dans sa dimension formelle. Un phénomène participe de cette mutation. Il correspond à l'utilisation commune de la jurisprudence criminelle dans l'éviction des inconstitutionnalités des dispositions pénales, phénomène, qui se manifeste aussi au Canada (A). Partant, un rapprochement des sources du droit pénal en France et au Canada apparaît (B).

¹¹⁵⁶ B. DE LAMY, « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », *C. de D.*, vol. 50, n° 3-4, sept-déc., 2009, p. 590 ; A. GIUDICELLI, « Le principe de la légalité en droit pénal français. Aspects légistiques et jurisprudentiels », *RSC*, 2007, n° 3, p. 509 ; D. REBUT, « Le principe de la légalité des délits et des peines », *Rev. pén.*, 2001, n° 1, p. 249.

A) La fragilisation commune des principes de légalité formelle français et canadien par l'utilisation commune de la jurisprudence criminelle dans l'éviction des inconstitutionnalités des dispositions pénales

283. Vers un commun phénomène de constitutionnalisation du « droit vivant »¹¹⁵⁷ ? L'étude comparée du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois pénales exercé en France et au Canada permet de dresser le constat suivant : celui d'un phénomène commun de constitutionnalisation du « droit pénal vivant ». Plus particulièrement, il apparaît, dans certaines hypothèses, que le jugement de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France s'avère conditionné par la jurisprudence des juges pénaux (1). Au Canada, de manière similaire, les juges se réfèrent aux précédents afin de conclure ou non à la constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* (2).

1) Les inconstitutionnalités des dispositions pénales comblées par l'utilisation de la jurisprudence criminelle

284. La constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* conditionnée par la jurisprudence criminelle. Conformément aux articles 111-2¹¹⁵⁸ et 111-3¹¹⁵⁹ du code pénal, la légalité formelle implique que la norme pénale émane de la loi. Ce principe est également consacré par des textes internationaux, notamment l'article 11 § 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, ou encore les articles 9 § 1 et 15 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Par ailleurs, la Convention européenne des droits de l'Homme consacre une définition large du principe de légalité criminelle dans son arrêt *Sunday Times* du 26 avril 1979¹¹⁶⁰, en

¹¹⁵⁷ G. ZAGREBELSKY, « La doctrine du droit vivant et la question prioritaire de constitutionnalité », *Constitutions*, 2010, n° 1, p. 5.

¹¹⁵⁸ Art. 111-2 Code. pén.

¹¹⁵⁹ Art. 111-3 Code. pén.: « Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention ».

¹¹⁶⁰ CEDH, 26 avr. 1979, *Sunday Times c/Royaume-Uni*, req. n° 6538/74 ; E. DECAUX, « Note sous Cour européenne des droits de l'homme, Assemblée Plénière, 26 novembre 1991, *Observer et Guardian contre Royaume-Uni*, série A, numéro 216 et CEDH, Assemblée Plénière, 26 novembre 1991, *Sunday Times contre Royaume-Uni*, série A, numéro 217 », *Journal du droit international*, 1992-1993, pp. 803-807.

considérant que la légalité comprend aussi bien le droit écrit que le droit non-écrit. La mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité autoriserait-elle l'adhésion du système juridique français à cette définition européenne ? Certaines questions prioritaires de constitutionnalité amènent à conclure par l'affirmative. En France, il apparaît dans certaines hypothèses que la jurisprudence criminelle conditionne la constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*. Autrement dit, les juges constitutionnels utilisent, occasionnellement, la jurisprudence pénale afin d'écartier les griefs d'inconstitutionnalité invoqués. Dans cette perspective, la doctrine du « droit vivant contextuel »¹¹⁶¹, se trouve réaffirmée dans la mesure où cette théorie implique que la jurisprudence rendue par les juges judiciaires vient au soutien du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*. Le Conseil constitutionnel contrôle ainsi la constitutionnalité des dispositions pénales critiquées à l'aune des interprétations jurisprudentielles dont elles font l'objet. Une véritable collaboration entre le Conseil constitutionnel et les juridictions de l'ordre judiciaire est donc instaurée, ce qui contribue à la diffusion des valeurs constitutionnelles au sein du procès pénal. Comme le fait remarquer, Madame Catérina Sévérino dans sa thèse sur *la doctrine du droit vivant*, « l'isolement du Conseil constitutionnel pouvant s'avérer catastrophique pour la diffusion des valeurs constitutionnelles, une certaine collaboration s'est peu à peu mise en place entre ce juge et les autres juridictions »¹¹⁶². Ce phénomène de « constitutionnalisation-intégration »¹¹⁶³, c'est-à-dire la référence par le Conseil constitutionnel à la jurisprudence pénale au service du phénomène de « constitutionnalisation-conformité »¹¹⁶⁴, soit l'enrichissement du volet pénal de la Constitution trouve quelques cas d'illustration dans le cadre du recours *a posteriori*. Par exemple, le Conseil constitutionnel se réfère à la jurisprudence émise par les juges pénaux concernant la notion de « tradition locale interrompue » afin d'écartier le grief tiré du principe de légalité des délits et des peines invoqué au sein de la décision rendue sur question prioritaire de

¹¹⁶¹ Th. DI MANNO, « Les techniques de constitutionnalisation : réserves d'interprétation et « droit vivant » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *La constitutionnalisation des branches du droit*, actes de l'atelier du IIIème Congrès de l'Association française des constitutionnalistes, Dijon, 14-16 juin 1996, (sous la dir. B. MATHIEU, M. VERPEAUX), PUAM, Economica, Droit public positif, Travaux de l'Association française des constitutionnalistes, 1998, p. 39.

¹¹⁶² C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, PUAM, Economica, Droit public positif, Série thèses et travaux universitaires, 2003, p. 19.

¹¹⁶³ A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), Bibliothèque des sciences criminelles, LGDJ, Lextenso éditions, 2014, p. 140.

¹¹⁶⁴ *Ibidem*.

constitutionnalité du 21 septembre 2012¹¹⁶⁵. Les auteurs de la contestation constitutionnelle, en l'espèce le Comité radicalement anti-corrída, contestaient l'article 521-1 du code pénal qui punit les actes de cruauté envers les animaux de deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende. Ces dispositions ne sont cependant pas applicables aux courses de taureaux et aux combats de coqs, lorsqu'une « tradition locale ininterrompue peut être invoquée ». Les requérants dénonçaient la rupture d'égalité devant la loi pénale provoquée par l'article ainsi que le manque de clarté et de précision de la notion de « tradition locale interrompue ». Sur ce dernier point, le Conseil constitutionnel relève que la Cour de cassation a, à travers une jurisprudence abondante, clairement défini la teneur des qualificatifs « locale » et « interrompue » contenus au sein de l'alinéa 7 de l'article 521-1 du code pénal¹¹⁶⁶. Ainsi, la chambre civile de la Cour de cassation, au sein de l'arrêt en date 10 juin 2004¹¹⁶⁷, précise clairement les contours desdits qualificatifs. Dans cette perspective, elle énonce : « d'une part, l'adjectif « locale » doit faire l'objet d'une appréciation relativement stricte, nécessitant de constater l'existence de la tradition dans la localité en cause (et non dans une localité voisine ; la tradition toulousaine ne pouvant, par exemple, valoir pour Rieumes) et, d'autre part, l'adjectif « ininterrompue » implique que l'organisation de corridas soit régulière (ce qui interdit de constater cette tradition lorsqu'aucune corrida n'a pas été organisée depuis un grand nombre d'années) ». Et la chambre criminelle de la Cour de cassation d'ajouter, dans un arrêt du 16 septembre 1997¹¹⁶⁸, que « l'interdiction administrative ou l'absence de courses de taureaux liée à l'indisponibilité des arènes » ne constituent pas des cas d'interruption de la « tradition » tels que prévus par l'alinéa 7 de l'article 521-1 du code pénal.

Dans la même lignée, il peut être fait référence à la décision QPC relative au trafic de stupéfiants du 9 décembre 2011¹¹⁶⁹. Le Conseil constitutionnel se réfère à

¹¹⁶⁵ Cons. const., 21 sept. 2012, n° 2012-271 QPC.

¹¹⁶⁶ Art. 521-1 Code. pén.: « Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux courses de taureaux lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée. Elles ne sont pas non plus applicables aux combats de coqs dans les localités où une tradition ininterrompue peut être établie ».

¹¹⁶⁷ Cass. civ., 2e chambre civile, 10 juin 2004, n° 02-17121.

¹¹⁶⁸ Cass. crim., 16 sept. 1997, n° 96-82649, *LPA*, 19 oct. 1998, n° 125, p. 9, note H. PEROZ.

¹¹⁶⁹ Cons. const., 9 déc. 2011, n° 2011-204 QPC, M. Jérémy M. [Conduite après usage de stupéfiants], *JORF*, 10 déc 2011, p. 20991, texte n° 94, *Rec.*, p. 582 ; F. FOURNIÉ, « Conduite et stupéfiants : quand l'autorité administrative s'en mêle, le juge s'emmêle », *Dr. pén.*, déc. 2014, n° 12, pp. 9-12 ; J.-P. CÉRÉ, « Principes de légalité des délits et des peines et de nécessité des peines et usage de stupéfiants au volant, *AJ pénal*, , févr. 2012, n° 2, pp. 96-97 ; S. DETRAZ, « Conduite d'un véhicule après usage de stupéfiants, *Gaz. Pal.*, 1-2 févr. 2012, n° 32-33, pp. 9-11 ; J.-H. ROBERT, « Mi-cannabis mi-raisin », *Dr. pén.*, févr. 2012, n° 2, p. 31 ; E. FORTIS, « De

nouveau à la jurisprudence émise par les juges pénaux concernant la notion de « stupéfiants » afin d'écarter le grief tiré du principe de légalité des délits et des peines. Dans un premier temps, par un arrêt QPC de non-renvoi¹¹⁷⁰, la chambre criminelle de la Cour de cassation dut effectuer un véritable contrôle de constitutionnalité à propos de l'article 222-37 du code pénal qui incrimine le trafic de stupéfiants, et de l'article 222-41 qui renvoie à l'article L. 5132-7 du Code de la santé publique, renvoyant lui-même à un arrêté du ministre de la santé. Interrogée sur le point de savoir si ces dispositions étaient conformes à l'article 34 de la Constitution, la chambre criminelle juge que la contestation constitutionnelle ne présentait pas un caractère sérieux dès lors que les textes susvisés ne méconnaissaient pas le principe de légalité des délits et des peines en renvoyant à une définition des stupéfiants donnée par voie réglementaire en conformité avec la convention unique sur les stupéfiants du 30 mars 1961 à laquelle la France a adhéré avec l'autorisation du législateur. Force est de constater que la chambre criminelle de la Cour de cassation ne condamne pas l'usurpation des prérogatives de la loi par le pouvoir réglementaire dans l'édiction de l'incrimination.

Dans un second temps, la Haute juridiction de l'ordre judiciaire décide de transmettre au Conseil constitutionnel la contestation constitutionnelle mettant en cause ces dispositions litigieuses qui définissent la notion de stupéfiant par voie réglementaire¹¹⁷¹. À nouveau, les Sages évincent le grief d'inconstitutionnalité tiré du principe de légalité des délits et des peines au regard de l'interprétation jurisprudentielle conférée aux dispositions contestées par la chambre criminelle et indiquent que le délit de conduite d'un véhicule après usage de stupéfiants « est constitué dès lors que l'usage de produits ou de plantes classés comme stupéfiants est établi par une analyse sanguine » et qu'« il appartient au pouvoir réglementaire, sous le contrôle du juge compétent, de fixer, en l'état des connaissances scientifiques, médicales et techniques, les seuils minima de détection témoignant de l'usage de stupéfiants »¹¹⁷².

l'influence des QPC sur la définition des infractions ou du principe de la légalité des délits et peines *a posteriori*, *RSC*, janvier / mars 2012, n° 1, pp. 131-137 ; B. DE LAMY, « La conception constitutionnelle de la légalité pénale et les aléas de la jurisprudence de la chambre criminelle », *RSC*, janvier / mars 2012, n° 1, pp. 221-227 ; J.-H. ROBERT, « La chambre criminelle milite en faveur de la dépénalisation routière du cannabis (Cass. crim., 5 octobre 2011, n° 11-90085) », *Dr. pén.*, déc. 2011, n° 12, p. 28.

¹¹⁷⁰ Cass. crim., QPC, 11 janv. 2011, n° 10-90.1116 ; *JCP G*, 2011, 347, note J. HUET.

¹¹⁷¹ Cass. crim. QPC, 5 oct. 2011, n° 11-90.085.

¹¹⁷² Cons. const., 9 déc. 2011, n° 2011-204 QPC, M. Jérémy M. [Conduite après usage de stupéfiants], consid. 5.

Ces exemples jurisprudentiels français témoignent du fait que les juges constitutionnels se fondent directement sur la jurisprudence criminelle afin de combler les imprécisions des dispositions pénales contestées. Autrement dit, la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de cassation fournit au Conseil constitutionnel le moyen de ne pas censurer une disposition pénale complétée par la jurisprudence pénale. Cette « collaboration jurisprudentielle » ne peut être que renforcée suite aux décisions constitutionnelles du 6 et 14 octobre 2010¹¹⁷³ qui conduisent le Conseil constitutionnel à contrôler la disposition pénale contestée à la lumière des orientations jurisprudentielles dont elle a fait l'objet par la Cour de cassation. Outre-Atlantique, un même recours à la jurisprudence peut être constaté.

2) Les inconstitutionnalités des dispositions pénales comblées par l'utilisation des *précédents*

285. Le renforcement du phénomène de « constitutionnalisation-intégration »¹¹⁷⁴ du droit pénal par la tradition anglo-saxonne au Canada. Au Canada, le phénomène de « constitutionnalisation-intégration »¹¹⁷⁵ du droit pénal est renforcé par la tradition anglo-saxonne dont est issu le droit canadien. L'intégration des précédents jurisprudentiels dans le jugement de constitutionnalité participe au fondement même du système de droit canadien. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*, l'utilisation des précédents, qu'il s'agisse de précédents en matière constitutionnelle ou de précédents en matière pénale, afin de combler les imprécisions des dispositions pénales critiquées, peut être notamment illustrée par l'affaire relative au recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes¹¹⁷⁶. Les magistrats ont été confrontés à la question de savoir si le devoir de dévouement de l'avocat à la cause de son client répond au « critère de précision » exigé. La Cour suprême du Canada

¹¹⁷³ Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC ; Cons. const., 14 oct. 2010, n° 2010-52 QPC : « En posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu' une interprétation jurisprudentielle constante donne à une disposition législative [...] ».

¹¹⁷⁴ A. CAPPELLO, *La Constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, *op. cit.*, p. 140.

¹¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹¹⁷⁶ *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, [2015] 1 RCS 401.

répond par l'affirmative. Plus précisément, c'est en se référant à une variété de décisions en matière criminelle que les juges canadiens concluent que le devoir de dévouement de l'avocat envers son client répond au « critère de précision » exigé¹¹⁷⁷ pour constituer un principe de justice fondamentale au sens de l'article 7 de la *Charte*. Les magistrats canadiens ne peuvent être plus explicites quant à l'utilisation des précédents dans la justification d'un jugement de constitutionnalité, lorsqu'ils indiquent sans équivoque que : « [...] Les principes de justice fondamentale trouvent leur "sens dans la jurisprudence et les traditions qui, depuis longtemps, exposent en détail les normes fondamentales applicables au traitement des citoyens par l'État [...] »¹¹⁷⁸. Afin de caractériser le dernier élément du test, c'est-à-dire de déterminer s'il existe « un consensus substantiel dans la société » concernant le devoir de dévouement de l'avocat à son client, les magistrats canadiens ne manquent pas de se référer, à nouveau, au précédent *Neil* afin de conclure à l'existence d'une telle approbation sociétale concernant la norme pratiquée étudiée¹¹⁷⁹. De même, il peut être fait référence à l'affaire *Heywood*¹¹⁸⁰. L'article 179(1) b) du *Code criminel* relatif au vagabondage a été jugé inconstitutionnel en raison de son imprécision et de sa portée excessive. Cet article interdisait à toute personne ayant été reconnue coupable d'agression sexuelle sur des enfants de « flâner » à proximité d'un terrain d'école, d'un terrain de jeu et d'un parc public. L'affaire portait précisément sur la définition du terme « flâner » à l'article 179(1) du *Code criminel*. Afin de déterminer l'objet précis de la disposition critiquée, il revenait à la Cour suprême du Canada de savoir si la notion litigieuse devait être interprétée dans son sens ordinaire, c'est-à-

¹¹⁷⁷ *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, [2015] 1 RCS 401, §. 92 ; *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 RCS 631, §. 19 : « [...] Bien que cette norme ne s'applique pas du tout automatiquement, elle s'est avérée suffisamment précise pour que les tribunaux puissent l'appliquer dans des situations factuelles fort différentes (v., p. ex., *McKercher*, §§. 43-44 et 55-56 ; *Neil*, §. 19). Cette jurisprudence démontre que le principe de dévouement à la cause du client est assez précis pour constituer une norme pratique en ce qu'on peut l'appliquer de manière à donner des indications sur le résultat approprié (*Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 RCS 519, pp. 590-591, le juge Sopinka; Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, par. 11, la juge en chef McLachlin) ; H. Stewart, *Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2012), p. 108 [...] ».

¹¹⁷⁸ *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, [2015] 1 RCS 401, §. 95.

¹¹⁷⁹ *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, §. 96 : « [...] Dans *Neil*, la Cour a souligné l'importance fondamentale que revêt le devoir de loyauté pour l'administration de la justice. Le devoir de dévouement à la cause du client constitue un élément essentiel de cette obligation fiduciaire plus large. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Binnie a insisté sur les origines lointaines du devoir et dit qu'il subsiste "parce qu'il est essentiel à l'intégrité de l'administration de la justice et il est primordial de préserver la confiance du public dans cette intégrité" (§.12 ; je souligne). Cette affirmation sans équivoque et récente me semble démontrer que le devoir de dévouement à la cause du client est à la fois généralement reconnu et fondamental pour l'administration de la justice au sens où nous l'entendons [...] ».

¹¹⁸⁰ *R. c. Heywood*, [1994] 3 RCS 761, 788.

dire comme renvoyant à l'idée d'un comportement innocent, ou, si une intention malveillante était exigée à des fins de répression. En se référant aux jurisprudences antérieures¹¹⁸¹, la Cour suprême du Canada conclut que l'article n'impose pas la nécessité de faire la preuve d'une intention spéciale ou de malveillance et donc que le terme « flâner » devait être retenu dans son sens ordinaire. Si la prise en compte des décisions antérieures dans le cadre du contrôle *a posteriori* permet, dans la majorité des cas, de conclure à la constitutionnalité des lois, tel n'était pas le cas en l'espèce. Dans notre affaire, c'est précisément le sens ordinaire retenu par les décisions antérieures du terme « flâner » qui confère une portée excessive à l'article 179(1) du *Code criminel* quant aux personnes visées. En effet, interprété à la lumière des précédents, l'article litigieux a vocation à s'appliquer à toutes les personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles, qu'elles présentent ou non un danger pour les enfants. Les exemples témoignant du fait que les magistrats canadiens, comme le Conseil constitutionnel, utilisent la jurisprudence criminelle pour justifier ou non de la constitutionnalité des dispositions législatives litigieuses, pourraient être multipliés¹¹⁸². En effet, le recours à la pratique des précédents afin de conclure ou non à la constitutionnalité des textes créateurs d'infraction est enraciné dans la tradition anglo-saxonne dont est issu le droit canadien. En revanche, en France, il s'agit d'un phénomène qui prend réellement son essor avec l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité. Avant le 1^{er} mars 2010, le Conseil constitutionnel ne prenait pas en compte la jurisprudence criminelle afin de justifier ou non de la constitutionnalité des lois pénales *a priori*. Par conséquent, la doctrine du droit vivant en France ne trouvait pas à s'appliquer. Cette analyse doit évidemment être revue aujourd'hui en raison de l'instauration du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* qui permet au Conseil constitutionnel de prendre en compte l'interprétation jurisprudentielle consolidée de la loi préalablement à son contrôle. En se référant à la jurisprudence judiciaire pour interpréter la loi contestée, le Conseil constitutionnel la déclare conforme à la Constitution française. La jurisprudence, notamment celle de la Cour de cassation, apparaît ainsi comme une source à part entière du droit pénal suivant en cela la voie

¹¹⁸¹ *R. c. Munroe* (1983), 5 CCC (3d) 217 ; *R. c. Gauvin* (1984), 11 CCC (3d) 229.

¹¹⁸² *R. c. Quesnelle*, [2014], 2 RCS 390, 2014, §. 27, de préciser que « L'examen qui vise à déterminer s'il existe une atteinte raisonnable en matière de protection de la vie privée aux fins de l'article 278 du *Code criminel* prend appui sur la jurisprudence relative à l'application de l'article 8 de la *Charte*. Selon cette jurisprudence l'existence d'une telle atteinte s'établit en fonction de l'ensemble des circonstances ».

tracée par le Conseil constitutionnel qui, comme la Cour européenne des droits de l'homme, estime que la loi ne se réduit pas au texte mais englobe aussi la jurisprudence, faisant peu à peu de celle-ci une source du droit pénal. Un certain rapprochement dans les sources du droit pénal de part et d'autre de l'Atlantique peut ainsi être observé¹¹⁸³.

B) Le rapprochement des conceptions du principe de légalité criminelle française et canadienne

286. Le glissement de la conception formelle à la conception matérielle du principe de légalité criminelle en France comme au Canada. À l'inverse de ce qui prévalait originellement en droit français (2), le système juridique canadien adopte une conception principalement matérielle de la loi en général et, de la légalité criminelle en particulier (1). L'exercice même de la question prioritaire de constitutionnalité participe à nouveau du rapprochement des conceptions du principe de légalité criminelle en France et au Canada.

1) La conception principalement matérielle du principe de légalité criminelle au Canada

287. L'intégration retenue des normes non écrites dans la notion de loi au Canada. De manière générale, l'adhésion à une conception matérielle du principe de légalité criminelle au Canada implique une préoccupation absolue à l'égard de la qualité rédactionnelle des lois¹¹⁸⁴. De manière plus spécifique, la conception purement matérielle du principe de légalité criminelle a pour effet d'intégrer dans la notion de loi les normes écrites les plus diverses, mais également les normes non écrites. L'intégration du droit non écrit à la notion de loi se concrétise principalement

¹¹⁸³ Dans le même sens, l'empiètement occasionnel du pouvoir réglementaire dans le domaine de la loi en France (par exemple : Cass. crim., QPC, 11 janv. 2011, n° 10-90.1116 ; *JCP G*, 2011, 347, note J. HUET) et au Canada (par exemple : *R. c. Smith*, 2015 CSC 34, [2015] 2 RCS 602, participe également du rapprochement de la dimension formelle du principe de légalité criminelle. Cependant, ces hypothèses étant rares, elles n'ont pas été développées dans notre étude.

¹¹⁸⁴ B. DE LAMY, « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », *C. de D.*, 2009, vol. 50, n° 3-4, p. 590.

par la jurisprudence, plus exactement par la *common law*. Sans exagérer plus que nécessaire la distinction entre les systèmes de *common law* et les systèmes romano-germaniques, les premiers, auxquels se rattache le Canada, semblent privilégier la conception matérielle à la conception formelle de la légalité criminelle dans la mesure où la source de la loi importe moins que son contenu¹¹⁸⁵. En effet, au Canada, bien que le *Code criminel* représente la source principale du droit criminel, la *common law* joue encore un rôle prépondérant dans l'élaboration du droit pénal canadien. Par exemple, la *common law* conserve sa pertinence lorsqu'il s'agit de s'y référer pour interpréter le texte d'incrimination lorsque celui-ci codifie une infraction¹¹⁸⁶. Par ailleurs, la *common law* représente la principale source du droit lorsqu'il s'agit de définir les moyens de défense. L'erreur de fait¹¹⁸⁷, l'automatisme¹¹⁸⁸ et la nécessité¹¹⁸⁹ ne sont pas codifiés. La *common law* a également défini partiellement la contrainte morale¹¹⁹⁰, l'intoxication¹¹⁹¹ et, enfin, l'erreur de droit¹¹⁹². Sur le plan de la procédure, la *common law* représente encore la principale source en droit de preuve. Néanmoins, quelques nuances doivent être apportées. En effet, l'essentiel des règles concernant la conception des délits et des peines procèdent du *Code Criminel*. Ainsi, l'alinéa 9a) du *Code criminel* prévoit que la *common law* n'est plus source d'infraction en droit canadien. De même, en vertu de l'alinéa 11(g) de la *Charte*, tout inculpé bénéficie du droit ne peut être déclaré coupable relativement à une conduite qui ne constituait pas une infraction d'après le droit canadien au moment où elle est survenue. Tant en vertu de la *Charte canadienne des droits et des libertés* que du *Code criminel*, c'est au législateur qu'il appartient de créer les infractions.

¹¹⁸⁵ CEDH, 26 avr. 1979, *Sunday Times* (n°1), série A, vol. 30, §. 47.

¹¹⁸⁶ *R. c. Jobidon*, [1991], 2 RCS 714.

¹¹⁸⁷ *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978], 2 RCS 1299.

¹¹⁸⁸ *R. c. K.*, (1971) 3 CCC (2d) 84, 84 (C.A. Ont.), cité dans *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 RCS 513 note 1, p. 518 : « L'automatisme désigne un comportement qui se produit à l'insu de la conscience et qui échappe à la volonté. C'est l'état d'une personne qui, tout en étant capable d'agir, n'est pas consciente de ce qu'elle fait. Il désigne un acte inconscient et involontaire, où l'esprit ne sait pas ce qui se produit ».

¹¹⁸⁹ *R. c. Perka*, [1984], 2 RCS 232.

¹¹⁹⁰ *R. c. Ruzic*, [2001], 1 RCS 687.

¹¹⁹¹ *R. c. Daviault*, [1994] 3 RCS 63.

¹¹⁹² *R. c. Dorosh* (2004), 183 CCC (3d) 224.

2) La conception traditionnellement formelle du principe de légalité criminelle en France

288. La jurisprudence : une source du droit pénal français en devenir ? La question prioritaire de constitutionnalité participe à l'éclatement des sources du droit pénal en France. Contrairement à la conception formelle du principe de légalité criminelle¹¹⁹³, la loi ne représente plus l'unique source des lois pénales dans l'ordre juridique français. En effet, la jurisprudence représente, comme ce qui prévaut au Canada, une source à part entière du droit pénal. C'est dans cette lignée qu'il peut être observé, dans un premier temps, un rapprochement de la dimension formelle de la légalité criminelle de part et d'autre de l'Atlantique puis, dans un second temps, un rapprochement dans les conceptions matérielles du principe de légalité en France et au Canada. Les quelques cas jurisprudentiels français témoignent de l'affaiblissement de la dimension formelle du principe de légalité criminelle en France par l'empiètement du pouvoir judiciaire dans la sphère de la loi pénale¹¹⁹⁴. En France, si, bien avant la consécration d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en France, la décadence de la dimension formelle du principe de légalité criminelle a pu être constatée par certains auteurs¹¹⁹⁵, l'exercice même de la question prioritaire de constitutionnalité intensifie, paradoxalement, ce mouvement de pénalisation à « différents acteurs ». Ce faisant, il apparaît que les législateurs, de part et d'autre de l'Atlantique, ne représentent pas les seuls détenteurs du pouvoir répressif. Ainsi, une multiplication des sources des lois pénales se manifeste dans les deux ordres juridiques pris en référence. Si, dans un système de *common law*, ce phénomène prête moins à la critique dans la mesure où la jurisprudence représente une source du droit pénal à part entière, l'évolution de la dimension formelle du principe de légalité criminelle dans le sens identifié s'avère plus problématique en France en raison du spectre de l'omnipotence de la loi qui y règne encore. Il convient

¹¹⁹³ D. ZEROUKI, *La légalité criminelle. Enrichissement de la conception formelle par une conception matérielle*, thèse, Lyon III, 12 octobre 2001, p. 26.

¹¹⁹⁴ Néanmoins, il convient de nuancer les propos au regard des décisions QPC qui ont conclu à une violation du principe de légalité pour certaines incriminations, v. *infra* n° 290, n° 291, et n° 292.

¹¹⁹⁵ B. DE LAMY, *Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français*, *C. de D.*, 2009, vol. 50, n° 3-4, pp. 590-609 ; A. GIUDICELLI, « Le principe de la légalité en droit pénal français. Aspects législatifs et jurisprudentiels », *RSC*, 2007, n° 3, pp. 509-525 ; D. REBUT, « Le principe de la légalité des délits et des peines », *Rev. pén.*, 2001, n° 1, p. 249.

désormais de vérifier si cette transformation de la dimension formelle du principe de légalité criminelle de part et d'autre de l'Atlantique se répercute sur la dimension matérielle dudit principe en France comme au Canada.

§2. Le renforcement commun des dimensions matérielles de la légalité criminelle française et canadienne

289. Involution ou évolution de la légalité criminelle dans sa dimension matérielle par le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ? En purgeant de l'ordre juridique français et canadien les textes d'incrimination pour cause d'imprécision, les contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* permettent un renforcement du principe de légalité criminelle dans sa dimension matérielle¹¹⁹⁶ (A). Ce constat est bienvenu au regard des « exigences de qualités rédactionnelles »¹¹⁹⁷ de la loi pénale française et canadienne (B) découlant du principe de légalité dans sa dimension matérielle.

A. La censure des incriminations pour cause d'imprécision en France et au Canada

290. Le perfectionnement commun de la textualité des lois pénales. En France (1) comme au Canada (2), la dimension matérielle du principe de légalité criminelle se trouve renforcée par la censure de certains textes d'incrimination qui ne sont pas définis en termes suffisamment clairs et précis ne dotant pas les interdits pénaux d'une prévisibilité suffisante.

¹¹⁹⁶ C. CLAVERIE-ROUSSET, « La légalité criminelle », *Dr. pén.*, n° 9, sept. 2011, ét. 16.

¹¹⁹⁷ A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, op. cit., p. 329.

1) La censure des incriminations pour cause d'imprécision en France

291. L'abrogation en France de certaines incriminations pour violation du principe de légalité criminelle en France. Depuis l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en France, le Conseil constitutionnel a, à six reprises, abrogé des textes d'incrimination pour violation du principe de légalité criminelle. Sur ces six abrogations, cinq ont été suivies d'une intervention législative. Mais, seule une réponse législative semble améliorer la rédaction des incriminations litigieuses.

292. Les infractions sexuelles et la question prioritaire de constitutionnalité. Le renforcement de la dimension matérielle du principe de légalité criminelle peut être attesté, par exemple, par la décision relative au harcèlement sexuel¹¹⁹⁸. Comme il a été déjà dit, la loi du 6 août 2012¹¹⁹⁹ est venue instituer la définition du nouveau délit de harcèlement sexuel en des termes insuffisamment clairs et précis. N'ayant pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori* et en raison du degré d'imprécision de la nouvelle rédaction de l'article 222-33 du code pénal issu de la loi du 6 août 2012, ce dernier s'exposait logiquement à des nouvelles contestations constitutionnelles. En témoignent, par exemple, les arrêts de non-renvoi de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 25 mai 2016¹²⁰⁰ et du 16 novembre 2016¹²⁰¹. Le renforcement de la légalité matérielle peut encore être attesté à travers les questions prioritaires de constitutionnalité relatives aux définitions des crimes et

¹¹⁹⁸ Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-240 DC, M. Gérard D., [Définition du délit de harcèlement sexuel], *JORF* 5 mai 2012, p. 8015, texte n° 150, *Rec.*, p. 233 ; B. DE LAMY, « Une devise pour le législateur pénal : normativité, prévisibilité, accessibilité », *RSC* 2013, n° 2, pp. 436-441 ; J.-B. PERRIER, « Harcèlement sexuel : précisions sur l'abrogation en raison de l'imprécision », *AJDP*, 2012, n° 9, pp. 482-484 ; D. GUÉRIN, « Le harcèlement sexuel : une copie à refaire pour le législateur », *Dr. pén.*, 2012, n° 6, pp. 19-20 ; A. LEPAGE, « À propos de l'abrogation de l'article 222-33 du code pénal », *JCP G.*, 2012, p. 662.

¹¹⁹⁹ L. n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, *JORF* n° 0182, 7 août 2012, p. 12921, texte n° 1 ; L. MAUREY, « Les délits de harcèlement sexuel et de discrimination : retour sur une difficile association (A propos de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel) », *LPA*, 24 sept. 2012, n° 191, pp. 6-8.

¹²⁰⁰ Cass. crim. QPC, 25 mai 2016, n° 16-82.377, F-D.

¹²⁰¹ Cass. crim. QPC, 16 nov. 2016, n° 16-82.377, FS-P+B+I.

délits incestueux¹²⁰² et des délits d'atteintes sexuelles incestueuses¹²⁰³ qui ont donné l'occasion au Conseil constitutionnel d'abroger les références à l'inceste au sein du Code pénal français. Issue de la loi du 8 février 2010¹²⁰⁴, la notion d'inceste a été introduite dans le code pénal français afin de distinguer les infractions sexuelles commises « au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une soeur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait »¹²⁰⁵. L'incorporation de la notion d'inceste mettait un terme à une situation où la notion d'inceste était envisagée par le seul droit civil pour interdire le mariage entre les membres d'une même famille¹²⁰⁶. Désormais incorporée dans le code pénal, la notion d'inceste devait encore satisfaire aux exigences découlant du principe de légalité criminelle. Mais, du fait de son imprécision quant à la délimitation des personnes pouvant être considérées comme un membre de la famille, le Conseil constitutionnel a considéré, dans les deux décisions précitées, que le législateur n'a pas précisément défini l'infraction en cause ce qui contrevient donc au principe de légalité criminelle. En réaction à cette censure, la loi sur l'inceste du 14 mars 2016¹²⁰⁷ est venue réintroduire la notion d'inceste à l'article 222-31-1 du code pénal, concernant les viols et agressions sexuelles, et à l'article 227-37-1 pour les atteintes sexuelles. L'apport législatif par rapport à la précédente rédaction réside dans

¹²⁰² Cons. const., 16 sept. 2011, n° 2011-163 QPC, « M. Claude N. [Définition des délits et crimes incestueux] », *JORF*, 17 sept. 2011, p. 15600, texte n° 74, *Rec.*, p. 446 ; J.-C. PLANQUE, « Infractions incestueuses : Objets Pénaux Non Identifiés et conséquences identifiables », *Gaz. Pal.*, 18-19 avril 2012, n° 109-110, pp. 13-15 ; P. COMBLES DE NAYVES, « Loi sur l'inceste : peut mieux faire », *Constitutions*, janvier-mars 2012, n° 2012-1, pp. 91-94 ; E. FORTIS, « De l'influence des QPC sur la définition des infractions ou du principe de la légalité des délits et peines *a posteriori* », *RSC*, janvier / mars 2012, n° 1, pp. 131-137 ; B. DE LAMY « La conception constitutionnelle de la légalité pénale et les aléas de la jurisprudence de la chambre criminelle », *RSC*, janvier / mars 2012, n° 1, pp. 221-227 ; M. TINEL, « La famille en droit pénal », *Droits*, 2012, n° 56, pp. 155-177 ; C. PORTERON, « Le respect du principe de légalité : un rappel évident... mais nécessaire », *AJPénal.*, déc. 2011, n° 12, pp. 588-589 ; J. BUISSON, « QPC : principes de légalité des délits et des peines et de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère », *Procédures*, novembre 2011, n° 11, p. 26 ; M. VÉRON, « Actes incestueux. La définition déclarée contraire à la Constitution », *Dr. pén.*, nov. 2011, n° 11, pp.19-20 ; A. LEPAGE, « La définition des agressions sexuelles incestueuses n'est pas conforme au principe de la légalité en raison de son caractère imprécis », *JCP G*, 24 oct. 2011, n° 43-44, pp. 1930-1932.

¹²⁰³ Cons. const. 17 févr. 2012, n° 2011-222 QPC, M. Bruno L. [Définition du délit d'atteintes sexuelles incestueuses], *JORF*, 18 févr. 2012, p. 2846, texte n° 71, *Rec.*, p. 123 ; J.-C. PLANQUE, « Infractions incestueuses : Objets Pénaux Non Identifiés et conséquences identifiables », *Gaz. Pal.*, 18-19 avril 2012, n° 109-110, pp. 13-15 ; M. TINEL, « La famille en droit pénal », *Droits*, 2012, n° 56, pp. 155-177.

¹²⁰⁴ Loi n° 2010-121 du 8 févr. 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, *JORF*, 9 févr. 2010, p. 2265 ; *RSC* 2010, p. 462 : obs. P. BONFILS.

¹²⁰⁵ Art. 222-31-1 du code pénal, concernant les viols et agressions sexuelles incestueux, et 227-27-2 du code pénal, concernant les atteintes sexuelles incestueuses.

¹²⁰⁶ Art. 161 à 164, Code. civ.

¹²⁰⁷ L. n° 2016-297, 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance, *JORF* 15 mars 2016.

l'abandon de la formule « membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait », remplacée par une liste limitative de personnes pouvant être considérées comme auteurs ou complice d'un inceste sur un mineur. Pourront ainsi être qualifiés d'incestueux les viols ou agressions sexuelles lorsqu'ils auront été commis sur un mineur par un ascendant, un frère, une soeur, un oncle, une tante, un neveu, une nièce ou bien le conjoint, le concubin ou le partenaire de pacte civil de solidarité (PACS) d'une de ces personnes s'il a une autorité de droit ou de fait sur le mineur. La nouvelle loi restreint donc le champ d'application de la notion d'inceste¹²⁰⁸. En effet, le législateur de 2016 a restreint la liste des personnes susceptibles d'être poursuivies pour des faits qualifiés d'inceste, et, limitée la qualification des relations incestueuses aux mineurs victimes. En effet, les agressions sexuelles commises sur une personne majeure par une personne énumérée aux articles 222-32-1 et 227-27-1 du code pénal ne peuvent tomber sous le coup de la qualification d'incestueux. En somme, si les deux décisions du Conseil constitutionnel sur l'inceste témoignent, à nouveau, du renforcement du principe de légalité criminelle dans sa dimension matérielle, il n'en demeure pas moins que la réponse législative n'améliore qu'imparfaitement la rédaction des incriminations litigieuses en ce qu'elle ne vise que le mineur victime.

293. Les infractions en lien avec le terrorisme et la question prioritaire de constitutionnalité. L'année 2017 a encore donné l'occasion au Conseil constitutionnel d'abroger trois incriminations pour défaut d'imprécision en violation au principe de légalité des délits et des peines. La censure la plus récente a trait au délit d'entreprise terroriste individuelle et n'a pas suscité de réaction législative. En effet, par sa décision du 7 avril 2017¹²⁰⁹, le Conseil constitutionnel est venu encadrer le délit d'entreprise terroriste individuelle par une censure partielle accompagnée d'une réserve d'interprétation. Toutefois, le Conseil constitutionnel n'effectue qu'un contrôle modéré de constitutionnalité du délit critiqué à l'aune du principe de légalité criminelle¹²¹⁰. On aurait pu en effet s'attendre à davantage de précisions de la part

¹²⁰⁸ J.-B. PERRIER, « Le retour de l'inceste dans le code pénal », *RSC* 2016, p. 381.

¹²⁰⁹ Cons. const., 7 avr. 2017, n° 2017-625 QPC, M. Amadou S. [Entreprise individuelle terroriste], *JORF* n° 0085 9 avril 2017, texte n° 38 ; S. DETRAZ, « Le délit de préparation d'une infraction en lien avec une entreprise, individuelle terroriste », *Gaz. Pal.* 2015, n° 55 ; J. ALIX, « Réprimer la participation au terrorisme », *RSC* 2014, p. 849 ; Y. MAYAUD, « Le terrorisme par entreprise individuelle sous contrôle constitutionnel », *D.*, 2017, p. 1134.

¹²¹⁰ Cons. const., 7 avr. 2017, n° 2017-625 QPC, consid. 6 à 20.

du Conseil constitutionnel tant la formulation large de la notion d'entreprise individuelle prévue à l'article 421-2-6 du code pénal¹²¹¹ permet de réprimer de nombreux comportements¹²¹². Afin d'écarter le grief d'inconstitutionnalité tiré de l'imprécision de la disposition litigieuse, le Conseil constitutionnel se satisfait d'un simple renvoi à sa propre décision rendue plus tôt le 3 septembre 1986¹²¹³ estimant que la notion d'entreprise individuelle avait déjà été estimée claire et précise. De même, il peut paraître étonnant que les Sages n'aient pas donné davantage de précisions¹²¹⁴ sur l'exigence de corroboration entre le mobile terroriste et la perpétration des faits matériels susceptibles de caractériser un acte préparatoire au délit d'entreprise terroriste individuelle. Même lorsque le Conseil constitutionnel se fonde sur le principe de nécessité des délits et des peines, son contrôle n'est pas dépourvu de toute réserve tant ce dernier est empreint de contradiction. Sur la base dudit principe, les Sages rappellent l'interdiction faite au législateur d'incriminer la simple perpétration d'actes préparatoires. Sur ce point, l'article 421-2-6 du code pénal aurait dû emporter la censure. Cependant, par le biais d'une réserve d'interprétation déroutante¹²¹⁵, le Conseil constitutionnel neutralise cette inconstitutionnalité avérée en exigeant qu'une intention terroriste corrobore les faits matériels retenus comme actes préparatoires au délit contesté sans pour autant, et c'est là où le bât blesse, que cette intention criminelle ne résulte des seuls faits matériels retenus comme actes préparatoires. Les faits matériels doivent à leur tour, corroborer le mobile criminel. Il n'est pas certain, qu'en pratique, cette réserve d'interprétation évince les « risques de circularité de la preuve »¹²¹⁶ que le Conseil constitutionnel cherche à éviter. Enfin, la censure partielle de l'article 421-2-6 du code pénal en raison de la consommation de l'infraction résultant de la seule recherche, et non pas de la détention, procuration ou de la fabrication « des objets

¹²¹¹ Art. 421-6 Code. pén.

¹²¹² N. CATELAN, J.-B. PERRIER, « L'entreprise individuelle terroriste et les axiomes du Conseil constitutionnel », *D.*, 2017, p. 1180.

¹²¹³ Cons. const., 3 sept. 1986, n° 86-213 DC, Loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État, *JORF*, 5 sept. 1986, p. 10786, *Rec.*, p. 122.

¹²¹⁴ Cons. const., 7 avr. 2017, n° 2017-625 QPC, consid. 11 : « [...] les faits matériels susceptibles de caractériser un acte préparatoire sont également définis avec suffisamment de précision pour que les comportements incriminés soient clairement identifiables [...] ».

¹²¹⁵ Cons. const., 7 avr. 2017, n° 2017-625 QPC, consid. 16 : « La preuve de l'intention de l'auteur des faits de préparer une infraction en relation avec une entreprise individuelle terroriste ne saurait, sans méconnaître le principe de nécessité des délits et des peines, résulter des seuls faits matériels retenus comme actes préparatoires » et ajoute au surplus que « ces faits matériels doivent corroborer cette intention ».

¹²¹⁶ Cons. const., 7 avr. 2017, n° 2017-625 QPC, comm. *NCCC*, p. 4.

ou des substances de nature à créer un danger pour autrui », est paradoxale. En effet, les Sages justifient cette censure dans la mesure où ce fait matériel n'implique pas l'intention criminelle requise en lien avec l'infraction projetée. Ce raisonnement revient à dégager l'intention criminelle des faits matériels incriminés. Or, c'est précisément cette démarche que le Conseil constitutionnel interdit. L'étude de cette question prioritaire de constitutionnalité témoigne du fait que le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ne permet pas toujours une protection optimale des droits des justiciables garantie par le principe de légalité criminelle et ses composantes. L'analyse peu poussée du Conseil constitutionnel concernant l'article 421-2-6 du code pénal est regrettable d'autant que la Loi du 14 novembre 2013 dont émane l'article litigieux n'avait pas fait l'objet d'un contrôle *a priori*.

Deux autres abrogations sont relatives au délit de consultation habituelle des sites terroristes et au délit de communication irrégulière avec un détenu, qui ont, en revanche, provoqué des réformes pénales sans que de réelles améliorations sur les incriminations ne s'ensuivent pour autant. Dans sa décision du 10 février 2017¹²¹⁷, le Conseil constitutionnel déclare contraire à la Constitution le délit de consultation habituelle de sites internet terroristes et l'abroge avec effet immédiat. La censure intervient sur le fondement de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 garantissant la liberté de communication, au regard de l'imprécision concernant l'exemption de la répression en raison de la consultation de « bonne foi » des sites internet terroristes. En effet, « les travaux parlementaires ne permettent pas de déterminer la portée que le législateur a entendu attribuer à cette exemption alors même que l'incrimination instituée..., ne requiert pas que l'auteur des faits soit animé d'une intention terroriste »¹²¹⁸. La loi du 28 février 2017¹²¹⁹ est donc venue remédier à cette anomalie rédactionnelle en précisant tant

¹²¹⁷ Cons. const. 10 févr. 2017, n° 2016-611 QPC, M. David P. [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes], *JORF* n° 0037, 12 févr. 2017 texte n° 46 ; P. CONTE, « Conformité aux principes du droit pénal constitutionnel », *Dr. pén.*, juin 2017, n° 6, p. 35 ; Y. MAYAUD, « Le terrorisme par entreprise individuelle sous contrôle constitutionnel », *D.*, 1 juin 2017, n° 20, pp. 1134-1135 ; B. DE LAMY, « La lutte contre le terrorisme à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité : utiles précisions sur la nécessité d'une incrimination », *RSC*, avril-juin 2017, n° 2, pp. 385-389 ; A. GOGORZA, B. DE LAMY, « L'abrogation par le Conseil constitutionnel du délit de consultation habituelle de sites terroristes », *JCP G*, 27 mars 2017, n° 13, pp. 613-616 ; V. GOESEL-LE BIHAN, « Une grande décision : la décision n° 2016-611 QPC », *AJDA*, 6 mars 2017, n° 8, p. 433 ; B. DERIEUX, « Mort et résurrection du délit de consultation habituelle de sites internet terroristes », *Légipresse*, mars 2017, n° 347, pp. 137-142.

¹²¹⁸ Cons. const., 10 févr. 2017 QPC, M. David P. [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes], consid. 15.

¹²¹⁹ L. n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique, *JORF* n° 0051, 1 mars 2017, texte n° 3.

l'intention criminelle terroriste requise que les « motifs légitimes » justifiant l'exclusion de la pénalisation du délit. Cependant, la loi du 28 février 2017 n'ayant pas fait l'objet d'un contrôle *a priori*, le Conseil constitutionnel a été à nouveau saisi de la nouvelle rédaction du délit¹²²⁰. Au surplus, en imposant une nouvelle condition, c'est-à-dire, « la manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce site internet », des difficultés de preuve pourront dès lors se présenter pour démontrer cette adhésion idéologique, souvent dissimulée.

Enfin, l'abrogation du délit de communication irrégulière d'un détenu suite à la décision du 24 janvier 2017¹²²¹ autorise une conclusion plus optimiste. Le Conseil constitutionnel a dû se prononcer sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit d'une partie du premier alinéa de l'article 434-35 du code pénal. Dans sa rédaction issue de la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure¹²²², l'article litigieux incrimine et sanctionne notamment le fait de communiquer par tout moyen avec une personne détenue, « en dehors des cas autorisés par les règlements ». La chambre criminelle de la Cour de cassation¹²²³ avait estimé que la question posée présentait un caractère sérieux, « en ce que l'interdiction de communiquer par tout moyen avec une personne détenue, en dehors des cas autorisés par les règlements, est susceptible de porter une atteinte disproportionnée à la liberté de communication des pensées et des opinions et au droit au respect de la vie privée, principes de valeur constitutionnelle, et de méconnaître la compétence du législateur pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux personnes détenues ». Le Conseil constitutionnel approuve le raisonnement de la Cour de cassation¹²²⁴. En effet, il a jugé qu'en s'en remettant au pouvoir réglementaire pour déterminer la portée du délit de communication irrégulière avec une personne détenue, le législateur n'a pas fixé lui-même le champ d'application de la loi pénale et a ainsi méconnu les exigences découlant du principe de légalité des délits et des peines. Suite à cette censure, la loi du 28 février 2017 est venue rétablir le nouveau délit qui se trouve

¹²²⁰ Cass. crim., 4 oct. 2017, n° 17-90017. Le Conseil constitutionnel a examiné le délit au regard du principe de la nécessité dans le cadre de la liberté de communication.

¹²²¹ Cons. const. 24 janv. 2017, n° 2016-608 QPC, Mme Audrey J. [Délit de communication irrégulière avec un détenu], JORF n° 0023, 27 janv. 2017, texte n° 99.

¹²²² L. n° 2003-239, 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, JORF 19 mars 2003.

¹²²³ Cass. crim., QPC, 19 oct. 2016, n° 16-81.743.

¹²²⁴ Cons. const. 24 janv. 2017, n° 2016-608 QPC, Mme Audrey J. [Délit de communication irrégulière avec un détenu], consid. 6.

plus limité et encadré dans la mesure où les faits doivent être désormais être commis par une personne se trouvant à l'extérieur d'un établissement pénitentiaire, à l'égard d'un détenu se trouvant à l'intérieur d'un tel établissement¹²²⁵. En définitive, l'étude des différentes abrogations des incriminations sur le fondement du principe de légalité criminelle conduit à un bilan empreint d'optimisme. En effet, le contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* permet d'épurer de l'ordre pénal français les dispositions pénales inconstitutionnelles pour cause d'imprécision. Le même constat se transpose-t-il au Canada ?

2) La censure des incriminations pour cause d'imprécision au Canada

294. L'invalidation au Canada de certaines incriminations pour violation du principe de légalité criminelle. « Nul ne peut être condamné ou puni pour un acte ou une omission qui n'est pas clairement interdit par une loi valide ». Cette « théorie de la nullité pour cause d'imprécision »¹²²⁶, reconnu rapidement par la Cour suprême du Canada rapidement sous l'ère de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹²²⁷, a offert l'occasion à cette dernière de préciser les tenants et les aboutissants de ce principe. Dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, les juges suprêmes approuvent deux arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis jugeant que « les lois d'une imprécision inacceptable » violent « l'élément fondamental de l'application régulière de la loi » et énoncent : « Les principes formulés dans ces deux citations ne sont pas nouveaux dans notre droit. En fait, ils sont fondés sur l'ancienne maxime latine *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* – il n'y a de crime ou de peine qu'en conformité avec une loi qui est certaine, sans ambiguïté et non rétroactive. La raison d'être de ce principe est claire. Il est essentiel dans une société libre et démocratique que les citoyens soient le mieux possible en mesure de prévoir les conséquences de leur conduite afin d'être raisonnablement prévenus des conduites à éviter et pour que le pouvoir

¹²²⁵ L. n° 2017-258, 28 févr. 2017 relative à la sécurité publique, *JORF* n° 0051, 1 mars 2017, texte n° 3, art. 30.

¹²²⁶ M. RIBEIRO, « Le problème constitutionnel de l'imprécision des lois », 1998, 32 *RJT*, 663.

¹²²⁷ *R. v. Nova Scotia pharmaceutical society*, [1992] 2. *SCR* ; *Canadian Foundation for Children, Youth, and the Law c. Canada* (Procureur général), 2004, *CSC* 2004, 1 *RCS* 76, §. 16 ; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel* (Man.), [1990] 1 *RCS* 1123.

discrétionnaire des responsables de l'application de la loi soit limité par des normes législatives claires et explicites [...]. Cela est particulièrement important en droit criminel parce que les citoyens peuvent être privés de leur liberté si leur conduite est contraire à la loi ». La préoccupation des juges canadiens à l'endroit de la qualité rédactionnelle des lois pénales peut être corroborée par le champ d'application large dont bénéficie la théorie de l'imprécision en matière constitutionnelle. En effet, l'argument d'imprécision constitutionnelle peut être évoqué d'abord, dans le cadre de l'article 7 de la *Charte* puisqu'un principe de justice fondamentale exige que les lois ne soient pas trop imprécises¹²²⁸. En atteste l'affaire *Nova Scotia pharmaceutical society*¹²²⁹. Était mise en cause notamment, la constitutionnalité de l'article 32(1)c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*¹²³⁰ pour cause d'imprécision résultant de l'emploi « indûment ». La disposition critiquée dispose qu' « Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans ou d'une amende d'un million de dollars, ou de l'une et de l'autre peine, toute personne qui complot, se coalise, se concerte ou s'entend avec une autre pour [...] empêcher ou diminuer, indûment, la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, le troc, la vente, l'entreposage, la location, le transport, la fourniture d'un produit, ou dans le prix d'assurances sur les personnes ou les biens [...] ». Les requérants ont été poursuivis sur ce fondement de deux chefs de complot se rapportant à la vente et la mise en vente de médicaments prescrits ainsi qu'à la fourniture de services de pharmacien avant une date déterminée, soit le 16 juin 1986. Pour leur défense, ils soulèvent l'imprécision du terme « indûment » de l'article 32(1)c). Après avoir dégagé le sens de la disposition litigieuse, les juges suprêmes rejettent toute atteinte à l'article 7 de la *Charte* dans la mesure où le terme « indûment », dénotant un « sentiment de gravité », ne souffre d'aucune inintelligibilité. Replaçant la disposition critiquée dans le contexte général dans lequel elle s'inscrit, les juges relèvent « qu'une sphère de risque qui a trait au comportement des parties à l'accord sur la concurrence »¹²³¹ ne laisse aucun doute quant à la signification du terme « indûment » mis en cause par les requérants.

¹²²⁸ A. VIOLETTE, « Précisions sur la théorie de l'imprécision en matière constitutionnelle », *R. du B.*, tome. 63, printemps 2003, p. 109.

¹²²⁹ *R. v. Nova Scotia pharmaceutical society*, [1992] 2. SCR 606.

¹²³⁰ SRC, 1970, ch. C-23 (maintenant l'al. 45(1)c) de la *Loi sur la Concurrence*, LRC (1985), ch. C.34.

¹²³¹ *R. v. Nova Scotia pharmaceutical society*, [1992] 2. SCR 606.

De même, dans l'affaire relative au *Renvoi sur la prostitution*¹²³², c'est au regard de l'article 7 de la *Charte* que la Cour suprême du Canada invalide l'article 193 et 195(1)c) du *Code criminel* pour cause d'imprécision. L'argument d'imprécision constitutionnelle peut encore être invoqué dans le cadre du test d'*Oakes* d'abord, au stade de l'article 1^{er} *in limine* « au motif qu'une disposition est imprécise au point qu'elle ne satisfait pas à l'exigence selon laquelle une restriction de droits garantis doit être prescrite par une règle de droit ensuite, au stade de l'atteinte minimale. Dans certaines affaires, l'argument d'imprécision constitutionnelle peut être soulevé concomitamment au regard de ces deux étapes. L'hypothèse s'est notamment présentée dans l'affaire *Butler*¹²³³. La constitutionnalité des termes « exploitation induite des choses sexuelles » de l'article 163(8) du *Code criminel*¹²³⁴ était mise en cause. Considérant que la disposition litigieuse constituait une « restriction prescrite par une règle de droit au sens de l'article 1^{er} de la *Charte*, et satisfaisait au critère de l'atteinte minimale relatif au même article, les juges suprêmes ont écarté le grief d'imprécision constitutionnelle.

Si ces exemples jurisprudentiels prouvent que la théorie de l'imprécision bénéficie d'un large champ d'application, la théorie de l'imprécision constitutionnelle n'est pas pour autant absolue. L'affaire *Morgentaler*¹²³⁵ enseigne que « Souplesse n'est pas synonyme d'imprécision »¹²³⁶. Était mise en cause la constitutionnalité de l'article 251(4)c) du *Code Criminel*¹²³⁷ qui interdisait l'avortement « sauf si un médecin délivrait un certificat attestant que la vie ou la santé de la mère était compromise ». Le danger pour la santé de la patiente relevait ainsi de la libre appréciation du médecin. Cependant, pour la Cour suprême du Canada, le degré de souplesse de la disposition critiquée n'emporte pas pour autant, son inconstitutionnalité pour cause d'imprécision au regard de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par ailleurs, le critère d'imprécision constitutionnelle ne semble pas devoir être confondu avec la notion de portée excessive¹²³⁸.

¹²³² *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel* (Man.), [1990] 1 RCS 1123.

¹²³³ *R. c. Butler*, [1992], 1 RCS 452.

¹²³⁴ *L.R.C.* (1985), ch. C-46.

¹²³⁵ *R. c. Morgentaler*, [1988], 1 RCS 30.

¹²³⁶ *R. c. Morgentaler*, [1988], 1 RCS 30, p. 107.

¹²³⁷ *SRC. 1970*, ch. C-34.

¹²³⁸ *R. c. Keegstra* [1990], 3 RCS 697 ; *R. c. Zundel*, [1992], 2 RCS 731.

En définitive, si la théorie de l'imprécision constitutionnelle n'est pas absolue, son champ d'application élargi permet de purger de l'ordre juridique canadien, nombre d'incriminations qui contreviendraient au principe de légalité criminelle. Si l'on pousse le raisonnement jusqu'à son terme, ce sont les « exigences de qualités rédactionnelles »¹²³⁹ des lois pénales qui peuvent être renforcée de part et d'autre de l'Atlantique.

B) Les enjeux des exigences de qualité rédactionnelle des lois pénales française et canadienne

295. Les effets du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* au regard des exigences de qualité rédactionnelle des lois pénales. En purgeant de l'ordre juridique français et canadien les incriminations qui contreviennent au principe de légalité criminelle dans sa dimension matérielle, les contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* garantissent indirectement la prévisibilité des lois pénales, condition *sine qua non* de la qualité des lois pénales.

296. Les rapports étroits entre qualité et prévisibilité des lois pénales. La qualité rédactionnelle des lois pénales revêt une particulière importance en matière pénale en ce que cette dernière représente un droit de contrainte mettant en cause la liberté de chacun. Dans cette perspective, la qualité des lois pénales permet au citoyen de prévoir et de connaître les comportements ou interdits sous peine de sanction pénale. C'est dans cette mesure, qu'il est permis d'affirmer que la qualité rédactionnelle des incriminations représente une condition nécessaire de leur prévisibilité. Cette consubstantialité des exigences se rencontre déjà au siècle des Lumières. Cesare Beccaria considérait que « si l'interprétation est un mal, l'obscurité qu'entraîne cette interprétation en est bien évidemment un autre, qui sera encore bien plus grand si les lois sont écrites en un langage étranger au peuple et qui le met dans la dépendance d'un petit nombre d'hommes, sans qu'il puisse juger par lui-même ce qu'il

¹²³⁹ A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, op. cit., p. 328.

advient de sa liberté et de celle des autres »¹²⁴⁰. Plus d'un siècle après, Julliot de la Morandière s'exclamait pour sa part que « tout [valait] mieux que l'hypocrisie consistant à promulguer un code, si les formules de ce code sont vagues » et se demandait « de quelle sécurité l'individu [pouvait] jouir s'il ne [savait] pas au juste ce qui lui [était] défendu »¹²⁴¹. En conséquence il estimait que la loi devait définir avec précision les incriminations diverses¹²⁴². Partant, la prévisibilité des lois pénales semble pouvoir être recherchée par la qualité desdites normes¹²⁴³.

297. Les rapports étroits entre qualité, prévisibilité et légalité des lois pénales.

Dès son énonciation, le principe de légalité criminelle répond à un souci de protection du citoyen contre l'arbitraire¹²⁴⁴, autrement dit, à un souci de prévisibilité. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*, la censure du Conseil constitutionnel du défaut de qualité de la loi pénale vise encore, à limiter l'interprétation judiciaire du juge pénal. La prévisibilité concourt également au libre-arbitre du citoyen. En effet, exiger la prévisibilité de l'infraction pénale permet à l'individu d'être mis en mesure de savoir quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale. Cela semble devoir être assuré dès lors que la loi pénale présente cette qualité suffisante conformément aux prescriptions du principe de légalité criminelle. Outre-Atlantique, la théorie de l'imprécision constitutionnelle repose également sur ces deux fondements et sont : « la nécessité de donner aux citoyens un avertissement raisonnable au sujet de la conduite prohibée, et la nécessité de limiter le pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi »¹²⁴⁵.

¹²⁴⁰ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., §.V, Obscurité des lois.

¹²⁴¹ L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *De la règle nulla poena sine lege*, thèse, Paris, 1910, p. 61.

¹²⁴² *Ibidem*.

¹²⁴³ La qualité des normes pénales ne représente pas la seule condition de la prévisibilité. En effet, le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères et la prohibition de l'interprétation analogique défavorable y participent également.

¹²⁴⁴ B. DE LAMY, « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », *C. de D.*, 2009, vol. 50, n° 3-4, p. 3.

¹²⁴⁵ *R.c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992], 2 RCS 606, pp. 626-627 ; *Ontario c. Canadian Pacific Ltée*, [1995], 2 RCS 1031, pp. 1069-1070.

298. Les rapports étroits entre qualité, prévisibilité et connaissance du droit pénal. Le droit à la connaissance du droit pénal représente un des droits substantiels auxquels les destinataires peuvent raisonnablement prétendre indirectement au titre de la dimension matérielle du principe de légalité criminelle¹²⁴⁶. C'est notamment, à travers les qualités rédactionnelles de la loi, que la Constitution française consacre le droit à la connaissance du droit pénal¹²⁴⁷. Afin de pouvoir être compréhensible pour son destinataire, la loi pénale doit en effet revêtir ces qualités rédactionnelles afin qu'il puisse adopter son comportement conformément aux prescriptions de la loi répressive. Dans cette optique, en France comme au Canada, le contrôle efficace de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* au regard du principe de légalité criminelle dans sa dimension matérielle, représente un atout pour la connaissance du droit pénal par ses destinataires.

La comparaison relative au principe de légalité criminelle *stricto sensu* de part et d'autre de l'Atlantique autorise des propos conclusifs contrastés. Si, les contrôles de constitutionnalité *a posteriori* en France et au Canada ont été envisagés comme un moyen de droit de nature à perfectionner les lois dans les deux systèmes juridiques étudiés, il apparaît vraisemblablement que leur exercice réciproque renforce le principe de légalité criminelle dans sa dimension matérielle. La dimension matérielle de la légalité criminelle semble principalement garantie en ce que, de part et d'autre de l'Atlantique, la nécessité des incriminations et les qualités des lois pénales sont justifiées et préservées. Cependant, la légalité formelle en France apparaît affaiblie dans la mesure où, comme au Canada, la jurisprudence devient une source à part entière du droit pénal.

¹²⁴⁶ A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, op.cit., p. 321.

¹²⁴⁷ A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, op.cit., p. 322.

Section II : Le rapprochement des corollaires des principes de légalité criminelle français et canadien

299. Le remaniement des corollaires des principes de légalité criminelle en France et au Canada par les contrôles de constitutionnalité des lois *a posteriori*.

Le glissement de la conception formelle à la conception matérielle de la légalité criminelle observé en France emporte un remaniement des corollaires dudit principe, c'est-à-dire du principe de l'interprétation stricte des lois pénales, du principe de non-rétroactivité des lois pénales et celui de la rétroactivité *in mitius*. Cette transformation autorise un rapprochement avec certaines composantes découlant du principe de primauté du droit, principe cardinal qui chapeaute le droit constitutionnel canadien. Ce dernier principe trouve une résonance particulière en droit pénal dans la mesure où certains dérivés du principe de primauté du droit, notamment le principe de l'interprétation stricte des lois pénales et le principe de non-rétroactivité des lois pénales, ne trouvent leur équivalent dans aucun autre contentieux. Plus précisément, la question prioritaire de constitutionnalité autorise à constater un affaiblissement tant du principe de l'interprétation stricte des lois pénales (§1) que des principes d'application de la loi pénale de fond dans le temps (§2), tous deux mis au service d'un rapprochement du droit pénal substantiel canadien.

§1. L'affaiblissement commun des principes d'interprétation des lois pénales français et canadien

300. Les implications théoriques et pratiques des corollaires des principes de légalité criminelle français et canadiens. En France comme au Canada, le principe de légalité criminelle représente un principe fondamental de l'État de droit. De part et d'autre de l'Atlantique, subsiste une consécration commune dudit principe et, partant de ses corollaires, notamment le principe de l'interprétation stricte des lois pénales¹²⁴⁸. Cependant, cette consécration théorique commune des corollaires n'est pas synonyme d'une application commune. Les corollaires du principe de légalité

¹²⁴⁸ Le principe de non-rétroactivité des lois pénales et le principe de la rétroactivité *in mitius*, corollaires du principe de légalité criminelle seront étudiés ultérieurement : v. *infra*. n° 306 à n° 311.

criminelle ne recouvrent pas la même signification et sont appliqués avec plus ou moins de rigueur selon le système de droit concerné. Dans cette perspective, la référence au principe de séparation des pouvoirs pour justifier d'abord, la divergence de signification quant au principe de l'interprétation stricte des lois pénales, ensuite d'application en France et au Canada, semble inévitable tant il apparaît que le dernier principe entretient des liens étroits avec le premier. Ce n'est qu'après ces fondamentaux rappelés, qu'il devient possible de conclure à un rapprochement tant des principes de la séparation des pouvoirs français et canadiens (A) que des principes d'interprétation des lois pénales (B) en France et au Canada, en raison de la transformation de la conception de la légalité criminelle en France par le prisme de la question prioritaire de constitutionnalité.

A. Le rapprochement des conceptions des principes de la séparation des pouvoirs français et canadiens

301. Les conceptions et les applications des principes de la séparation des pouvoirs en France et au Canada. De prime abord, en France et au Canada, semble prévaloir la conception originelle des principes de la séparation des pouvoirs (1). Toutefois, une première nuance doit être apportée dans la mesure où, en théorie du moins, et contrairement à la situation canadienne, jurisprudence et loi n'ont pas rang d'égalité en France. Ce faisant, deux conceptions dogmatiques des principes de la séparation des pouvoirs en France et au Canada émergent. Cependant, en pratique, la différence apparaît moins conséquente en raison, notamment, de l'évolution de la conception formelle à la conception matérielle de la légalité criminelle observée préalablement en France. Dans cette perspective, les principes qui paraissent prévaloir en pratique de part et d'autre de l'Atlantique semblent être une conception souple de la séparation des pouvoirs (2).

1) Les principes affichés : les conceptions originelles des principes de la séparation des pouvoirs français et canadien

302. La consécration commune du principe de séparation des pouvoirs aux portées divergentes. Il y a, dans chaque État, trois sortes de pouvoirs affirme Montesquieu : « La puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil. [...] On appellera cette dernière la puissance de juger ; et l'autre, simplement la puissance exécutive de l'État. [...] Tout [c'est-à-dire la liberté] serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs »¹²⁴⁹. La théorie de la séparation de pouvoirs initiée par Montesquieu repose donc sur une conception tripartite. Cette conception révolutionnaire semble rayonner au-delà des frontières de la France et inspirer, en théorie, le système juridique canadien. En effet, de manière similaire au Canada, trois organes distincts, soit, le législatif, l'exécutif et le judiciaire exercent les fonctions de l'État¹²⁵⁰. À cette fin, dogmatiquement du moins, la répartition des compétences entre les trois autorités repose sur l'idée que le pouvoir législatif doit se voir attribuer la mission d'énoncer les règles générales, le pouvoir judiciaire le pouvoir d'interpréter et d'appliquer les normes aux cas particuliers et le pouvoir exécutif, « l'ensemble des compétences [...] consistant à gouverner effectivement, même si elles excèdent la simple mise à exécution des lois, mais le plus souvent, sous la réserve des fonctions législatives et juridictionnelle, par opposition auxquelles on situe la fonction exécutive [...] »¹²⁵¹. En France, la séparation des pouvoirs est érigée en condition même de validité de la Constitution. L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 déclare à cet égard que « Toute société dans laquelle la séparation des pouvoirs [n'est pas] déterminée n'a point de Constitution ».

¹²⁴⁹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des Lois*, 1748, rééd. Flammarion 1979, Livre XI, chap. VI, *De la Constitution d'Angleterre*.

¹²⁵⁰ M. RIBEIRO, « Le problème constitutionnel de l'imprécision des lois », (1998) 32 *RJT*, pp. 663-750.

¹²⁵¹ G. CORNU, « Définition de « exécutive (fonction) », *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 378.

En revanche, au Canada, la théorie de la séparation des pouvoirs trouve difficilement sa place parmi les impératifs constitutionnels¹²⁵². Si le statut octroyé au principe de séparation des pouvoirs en France et au Canada ne semble pas être équivalent, une autre différence apparaît au stade de la conception même du principe de la séparation des pouvoirs. Afin de vérifier cette hypothèse, il convient de se référer à une définition plus consensuelle¹²⁵³ du concept de séparation des pouvoirs. Dans son acception commune, le respect de la spécialisation et celui de l'indépendance des trois pouvoirs représentent des composantes à part entière du principe de séparation des pouvoirs. « La séparation des pouvoirs, indique le professeur Michel Troper représente une organisation de l'État dans laquelle les organes sont spécialisés et mutuellement indépendants de telle manière qu'ils puissent se limiter les uns et les autres, se faire équilibre et garantir ainsi la préservation de la liberté »¹²⁵⁴. Partant, la spécialisation suppose que chaque organe n'exécute pas ses propres compétences afin d'éviter de s'immiscer dans la sphère de celles des autres. Si le respect de la spécialisation s'analyse comme une condition nécessaire au respect du principe de séparation des pouvoirs, elle n'est pas pour autant suffisante. Les différentes autorités doivent aussi être indépendantes l'une de l'autre afin de rendre effective la séparation des pouvoirs. Selon que ces deux critères de spécialisation et d'indépendance sont plus ou moins marqués dans une constitution, la conception de la séparation des pouvoirs diffère et peut être qualifiée de souple ou de rigide. Partant, le principe de la séparation des pouvoirs ne peut revêtir la même qualification de part et d'autre de l'Atlantique. Il est certain qu'en droit canadien, le principe de la séparation des pouvoirs ne peut être qualifié de rigide dans la mesure où la jurisprudence possède une fonction normative tout autant que la loi entendue dans son sens formel. En revanche, dans la tradition juridique et politique française, le principe de la séparation des pouvoirs vise, principalement, à préserver l'omnipotence du pouvoir législatif dans la sphère du droit répressif. Dans cette lignée, la conception de la séparation des pouvoirs ne peut être que rigide. Cependant, en pratique, l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité

¹²⁵² *Ibidem*.

¹²⁵³ J. CHEVALIER, « La séparation des pouvoirs », in *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Journées d'études de l'association française des constitutionnalistes des 16 et 17 mars 1989, Economica, 1990, p.113.

¹²⁵⁴ M. TROPER, « La notion de pouvoir judiciaire au début de la révolution française », in *1791, La première constitution française*, actes du colloque de Dijon des 26 et 27 septembre 1991, Economica 1993, p. 355.

vient, à certains égards, ébranler la tradition légaliste du système pénal français. Contribue à ce phénomène, on l'a déjà dit, le rôle palliatif de la jurisprudence pénale dans la correction des inconstitutionnalités des lois pénales. Mais, ici, c'est à la lueur du nouveau dialogue des juges entre la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme que l'affaiblissement de la tradition légaliste du système pénal français tentera d'être démontré¹²⁵⁵. L'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité renforce paradoxalement l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme et du citoyen dans l'ordre pénal interne. Ce renforcement provient, d'abord, du mécanisme même de la question prioritaire de constitutionnalité. En effet, avant l'avènement de cette dernière dans l'ordre juridictionnel français, lorsqu'un juge ordinaire conclut à l'inconventionnalité d'une disposition pénale, il l'écarte purement et simplement au sein du procès pénal. Cependant, la disposition pénale jugée inconventionnelle ne disparaît pas de l'ordre juridique français. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, c'est différent. Lorsque, la chambre criminelle de la Cour de cassation renvoie une question prioritaire de constitutionnalité qui porte sur une disposition législative dont on a toute raison de penser qu'elle est contraire à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen et qu'une abrogation du Conseil constitutionnel s'ensuit, la question prioritaire de constitutionnalité apparaît comme un véritable mécanisme de sanction des dispositions pénales législatives contraires aux exigences européennes. L'influence de la jurisprudence européenne sur le droit pénal interne se trouve ainsi paradoxalement renforcée par le mécanisme même de la question prioritaire de constitutionnalité. L'entaille à la tradition légaliste du système répressif français par l'effet d'une inconventionnalité déclarée par la Cour de cassation existait bel et bien avant l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité. Cependant, celle-ci permet désormais de tirer les conséquences d'une contrariété des dispositions pénales à la Convention européenne sur le plan pénal interne. Dans cette perspective, la politique criminelle du législateur se trouve à la fois contrariée et sanctionnée par le mécanisme même de la question prioritaire de constitutionnalité. Sur le plan procédural français, il convient ainsi de rappeler que la réforme de la garde à vue, la loi sur la motivation des arrêts de cours d'assises ou encore l'abrogation des interdictions de rapporter la preuve la preuve des faits

¹²⁵⁵ Au Canada, pareille analyse est impossible dans la mesure où le Canada n'est pas rattaché à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et du citoyen.

imputés en matière de diffamation ¹²⁵⁶ ont été impulsées par la Cour européenne des droits de l'Homme et du citoyen. Véritables vecteurs de mutation du droit pénal français, les décisions européennes permettent une refonte de certaines règles élémentaires du système pénal français. L'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité participe ainsi au phénomène de multiplication des sources du droit pénal français. La politique criminelle du législateur se trouve contrariée tant par la jurisprudence interne, qu'europpéenne. Partant, la conception rigide de la séparation des pouvoirs traditionnellement consacrée dans l'ordre juridique français, semble s'assouplir par l'effet même de l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité. D'une certaine façon, il semble que cette mutation autorise à percevoir un certain rapprochement quant à la conception du principe de la séparation des pouvoirs en France et au Canada.

2) Les principes appliqués : les conceptions souples des principes de la séparation des pouvoirs français et canadien

303. Vers une conception commune des principes de la séparation des pouvoirs ?

Une évolution du principe de légalité criminelle devrait nécessairement engendrer des répercussions sur la conception même du principe de séparation des pouvoirs. Mais, n'est-ce pas ce qui semble se produire en France suite à l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité ? Le rôle d'interprète de la Constitution endossé par la chambre criminelle de la Cour de cassation lors du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité a pu démontrer que la jurisprudence possède une fonction normative, tout autant que la loi entendue dans son sens formel¹²⁵⁷. Par conséquent, et, de manière générale, le monopole de la loi comme source exclusive des incriminations s'étiolo. La jurisprudence acquérant un caractère normatif à l'image de la loi, la conception rigide de la séparation des pouvoirs qui prévalait jusqu'ici en France, pourrait céder le pas à une conception plus souple telle celle qui prévaut au Canada. Outre-Atlantique, la réalité juridique

¹²⁵⁶ Cons. const., n° 2013-319 QPC, 7 juin 2013, M. Philippe B, M. Philippe B. [Exception de vérité des faits diffamatoires constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou ayant donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision], *JORF*, 9 juin 2013, p. 9632, texte n° 19, *Rec.*, p. 814.

¹²⁵⁷ *Supra.* n° 283.

canadienne s'éloigne quelque peu de la conception classique de la séparation des pouvoirs¹²⁵⁸. D'ailleurs, la fonction particulière assignée à la jurisprudence constitutionnelle pourrait difficilement se concilier avec une conception rigide de la séparation des pouvoirs. C'est dans cette mesure qu'il est avancé qu'il prévaut au Canada, une conception souple de la séparation des pouvoirs et qu'un rapprochement de conception quant à la séparation des pouvoirs en France et au Canada s'effectue à l'aune du mécanisme même de la question prioritaire de constitutionnalité. Cette relative convergence de conception des principes de la séparation des pouvoirs en France et au Canada représente un préalable nécessaire afin d'appréhender convenablement les conséquences d'application des principes d'interprétation des lois pénales de part et d'autre de l'Atlantique qui en découlent. En effet, selon la conception de la séparation de pouvoirs retenue, la marge de manœuvre accordée aux juges dans l'interprétation des lois pénales dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* sera plus ou moins importante.

B. Le rapprochement des principes d'interprétation des lois pénales en France et au Canada par l'atténuation du principe de l'interprétation stricte des lois pénales en France

304. De l'approche dogmatique à l'approche pragmatique des principes d'interprétation des lois pénales en France et au Canada. En théorie, de part et d'autre de l'Atlantique, prévalent deux conceptions distinctes des principes d'interprétation des lois pénales (1). Cependant, l'approche pragmatique du principe de l'interprétation stricte des lois pénales en France témoigne d'une potentielle convergence avec le principe de l'interprétation souple des lois pénales qui prévaut au Canada (2). C'est qu'en effet, partant de l'hypothèse suivant laquelle le principe de séparation des pouvoirs demeure le soutien nécessaire des principes d'interprétation des lois pénales, une évolution du premier devrait engendrer un remaniement du second.

¹²⁵⁸ M. RIBEIRO, « Le problème constitutionnel de l'imprécision des lois », (1998) 32 *RJT*, pp. 663-750.

1) L'approche dogmatique des principes d'interprétation des lois pénales en France et au Canada

305. Les conceptions originelles des principes d'interprétation des lois pénales en France et au Canada à l'aune des assises textuelles. En droit pénal français, l'article 111-4 du code pénal¹²⁵⁹ consacre le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale. Il consiste principalement en l'interdiction faite au juge de créer le droit sous couvert d'interprétation et la volonté de préserver ainsi le monopole législatif. C'est en ce sens qu'il peut être affirmé que le principe de l'interprétation stricte des lois pénales procède de la dimension, originellement formelle de la légalité criminelle en France¹²⁶⁰ et qu'il représente une conséquence directe du principe de séparation des pouvoirs. Dès avant l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité, le principe a été maintes fois mentionné tant par la juridiction suprême de l'ordre judiciaire que par le Conseil constitutionnel. Pour sa part, la chambre criminelle rappelle que « les textes répressifs sont d'interprétation stricte et les juges ne peuvent procéder en la matière par voie d'extension ou d'analogie »¹²⁶¹ et se sert de ce principe, par exemple, pour exclure l'homicide involontaire d'un fœtus¹²⁶². Dans le cadre du recours *a posteriori*, la chambre criminelle de la Cour de cassation veille encore au respect notamment de l'article 111-4 du code pénal et justifie le non-renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité relative au délit d'entrave « laquelle ne présente pas à l'évidence, un caractère sérieux, dès lors que l'article L. 2328-1 du Code du travail (...) est rédigé en des termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire et laisse au juge le soin de qualifier des comportements que le législateur ne peut énumérer, *a priori*, de façon exhaustive »¹²⁶³. La Haute juridiction de l'ordre judiciaire se retranche donc derrière l'office du juge dont le travail d'interprétation est désormais considéré comme faisant partie intégrante de la norme pénale afin de justifier le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité au Conseil constitutionnel qui

¹²⁵⁹ Art. 111-4 Code pén. : « La loi pénale est d'interprétation stricte ».

¹²⁶⁰ B. DE LAMY, « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », *C. de D.*, vol. 50, n° 3-4, 2009, p. 585.

¹²⁶¹ Cass. crim., 7 mai 1969, *Bull. crim.* 1969, n° 158.

¹²⁶² Cass. crim., 25 juin 2002, *Bull. crim.* 2002, n° 144.

¹²⁶³ Cass. crim., QPC, 24 juill. 2013, n° 13-90013.

reprochent à divers textes pénaux leur manque de clarté ou de précision¹²⁶⁴. Du côté de la Rue Montpensier, dans le cadre du recours *a priori*, les Sages ont demandé au juge judiciaire de respecter le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, prohibant l'interprétation par analogie¹²⁶⁵. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, dans une décision de 2011¹²⁶⁶, le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité concernant l'article L. 235-1 du Code de la route. Ce texte prévoit que toute personne qui conduit un véhicule après avoir fait un usage de stupéfiants encourt une peine de deux ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende. Les requérants invoquent que l'absence de précision du taux de présence dans le sang de ces substances ne permet pas l'application stricte de la loi pénale par le juge. Dans une telle situation, et sans précision, le juge est dans l'obligation de procéder par déduction, analogie ou induction. Cependant, l'article 111-4 du code pénal français le lui interdit.

Outre-Atlantique, le principe d'interprétation des lois pénales ne retient pas exactement la même signification. En effet, en droit pénal canadien, le principe ne peut être celui d'une interprétation stricte à proprement parler dans la mesure où la jurisprudence a rang de loi. Ainsi, ce n'est pas le principe de légalité criminelle en lui-même qui fonde le principe de l'interprétation des lois pénales au Canada. Par conséquent, rien ne s'oppose à ce que le juge se livre à une interprétation créatrice, du texte pénal. Rien ne s'y oppose si ce n'est le respect de la théorie de l'imprécision au Canada. Plus exactement, la théorie de l'imprécision au Canada est sous-tendue par deux objectifs législatifs principaux. Le premier, qui s'éloigne des propos entrepris, est celui de « l'avertissement raisonnable » qui vise à assurer que les citoyens soient en mesure de connaître l'étendue de leurs obligations légales¹²⁶⁷. Le second a trait à la limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi¹²⁶⁸. Par conséquent, d'une certaine façon, l'expression « d'interprétation stricte des lois pénales » désigne aussi l'existence de limites imposées aux juges dans l'interprétation de la loi. Néanmoins, ce dernier critère est apprécié avec souplesse

¹²⁶⁴ Cass. crim., QPC, 10 avr. 2013, n° 12-85618 ; Cass. crim., QPC, 16 avr. 2013, n° 13-90010 ; Cass. crim., QPC, 16 avr. 2013, n° 13-90008 ; Cass. crim., QPC 14 mai 2013, n° 13-90005 ; Cass. crim., QPC 28 mai 2013, n° 12-87266.

¹²⁶⁵ Cons. const., 22 janv. 1999, n° 99-408 DC, consid. n° 22, *JORF* 24 janv. 1999, p. 1317.

¹²⁶⁶ Cons. const., 9 déc. 2011, n° 2011-204 QPC, M. Jérémy M. [Conduite après usage de stupéfiants], *JORF* 10 déc. 2011, p. 20991, texte n° 94, *Rec.*, p. 582.

¹²⁶⁷ M. RIBEIRO, « Le problème constitutionnel de l'imprécision des lois », (1998) 32 *RJT* 663, p. 94.

¹²⁶⁸ A. VIOLETTE, « Précisions sur la théorie de l'imprécision en matière constitutionnelle », 108 *R. du B.*, tome 63, printemps 2003, p. 108.

par la Cour suprême du Canada. En effet, cette dernière relie le critère de la « limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi » à son corollaire¹²⁶⁹, soit le critère de « guide suffisant pour orienter un débat judiciaire »¹²⁷⁰. En vertu de la norme consacrée du « débat judiciaire », le seuil au-delà duquel une loi sera déclarée inconstitutionnelle pour cause d'imprécision est assez élevé. Les juges suprêmes du Canada sont en effet permissifs à l'égard du législateur quant au degré de généralité auquel il peut recourir. En ce sens, la Cour suprême du Canada précise que « Les règles juridiques ne fournissent qu'un cadre »¹²⁷¹ et « exposent les grandes lignes de ce qui est acceptable et de ce qui ne l'est pas ». Par conséquent, en autorisant un degré élevé de généralité dans le libellé des lois, la Cour suprême du Canada écarte une conception rigide de la fonction législative et ouvre la voie à une application souple du principe de l'interprétation stricte des lois pénales par les juges. Autrement dit, le plus Haut Tribunal du Canada accorde une grande discrétion aux juges¹²⁷². En définitive, il apparaît que les systèmes juridiques français et canadien ne consacrent pas exactement la même conception du principe de l'interprétation stricte des lois pénales. Mais, le glissement d'une conception formelle à la conception matérielle de la légalité criminelle en France n'est-il pas de nature à engendrer un remaniement de la conception rigide du principe de l'interprétation stricte des lois pénales et, partant, d'autoriser un certain rapprochement dans l'application dudit principe en France et au Canada ?

¹²⁶⁹ *Ibidem.* p. 105.

¹²⁷⁰ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 RCS 606 : « Une loi sera jugée d'une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire, c'est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d'une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques ».

¹²⁷¹ *Ibidem.*

¹²⁷² M. RIBEIRO, « Le problème constitutionnel de l'imprécision des lois », (1998) 32 *RJT* 663.

2) L'approche pragmatique des principes d'interprétation des lois pénales français et canadien

306. L'émancipation commune de la jurisprudence pénale au soutien d'une application souple des principes d'interprétation des lois pénales en France et au Canada. Bien avant la consécration du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* en France, des atteintes au principe de l'interprétation stricte ont pu être observées. Par exemple, en considérant que « le crime d'empoisonnement ne peut être caractérisé que si l'auteur a agi avec l'intention de donner la mort », alors que l'*animus necandi* n'est pas exigé par le code pénal, la chambre criminelle de la Cour de cassation procède à une interprétation *contra legem*¹²⁷³. Or, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, l'émancipation de la jurisprudence pénale continue, si ce n'est, s'amplifie. Ce phénomène peut s'expliquer, d'abord, par la fonction normative de la jurisprudence pénale réaffirmée à travers certaines questions prioritaires de constitutionnalités. Par exemple, il en va ainsi à chaque fois que le Conseil constitutionnel utilise la jurisprudence de la juridiction suprême de l'ordre judiciaire pour justifier de la constitutionnalité de la loi, de sorte que la constitutionnalité de la loi repose en partie sur l'œuvre jurisprudentielle de la chambre criminelle de la Cour de cassation. De même, les techniques juridictionnelles utilisées par cette dernière lors du filtrage des questions d'inconstitutionnalité, notamment, le « revirement anti-QPC »¹²⁷⁴ ou bien encore l'édiction de certaines réserves d'interprétation dites constructives¹²⁷⁵, familières aux juges constitutionnels, prouvent que la Cour de cassation va au-delà du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale. Partant, il devient possible d'effectuer une analogie avec les techniques dites du « *reading in* » et celles du « *reading down* » utilisées par les juges canadiens autorisant ces derniers à interpréter largement la loi pénale, autrement dit, à moduler le champ de l'infraction à travers une interprétation qui dépasse le seuil de la stricte adaptation de loi à la Constitution canadienne. L'émancipation de la jurisprudence pénale française au détriment d'une garantie

¹²⁷³ Cass. crim., 18 juin 2003, *Bull crim.* 2003, n° 127 ; Y. MAYAUD, « L'emprise contrastée de la jurisprudence sur le livre II du Code pénal », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, *Opinio doctorum*, D., 2009, p. 79.

¹²⁷⁴ S. CIMAMONTI, *Droit pénal général et question prioritaire de constitutionnalité*, *op. cit.*, p. 23 ; *infra*. n° 335.

¹²⁷⁵ *Infra*. n° 333, n° 334.

efficace du principe de l'interprétation stricte des lois pénales peut encore être illustrée à l'aune du contentieux relatif à l'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales qui fait vaciller l'interprétation jurisprudentielle de la chambre criminelle concernant l'article 121-2 du code pénal¹²⁷⁶, la chambre criminelle ne saisissant pas l'occasion qui lui est offerte par son nouveau rôle de filtre pour garantir efficacement le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale. Par exemple, dans l'arrêt de non-renvoi du 11 juin 2010¹²⁷⁷, celle-ci contourne « d'un revers de main » les bornes posées par l'article 111-4 du code pénal. Le contexte juridique de l'affaire est le suivant. Une personne morale a été condamnée du chef d'homicide involontaire par les juges du fond. A l'occasion du pourvoi en cassation qu'elle a formé, la société a contesté la constitutionnalité de l'article 121-2 du code pénal en raison de son imprécision et de son manque de clarté. Selon la requérante, l'article permettrait de retenir la responsabilité pénale des personnes morales sans qu'un fait précis ne soit imputé à ses organes ou représentants, ni même que ceux-ci soient identifiés. De prime abord, une lecture littérale du texte pénal litigieux ne permet pas de conforter les prétentions de la requérante. En effet, l'article 121-2 du code pénal en précisant que les personnes morales « sont responsables pénalement (...) des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants », définit clairement les conditions d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales. Sur ce point, le législateur n'a donc pas failli à son obligation de définir en des termes clairs et précis les textes répressifs. Cependant, la chambre criminelle de la Cour de cassation fait une application asymétrique du texte. En effet, deux courants jurisprudentiels s'opposent. Dans une première série d'arrêts, la chambre criminelle conditionne l'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale à l'exigence d'identification de l'organe ou du représentant¹²⁷⁸. En revanche, le second courant jurisprudentiel venait présumer la commission par un organe ou un représentant non identifié d'une

¹²⁷⁶ Art. 121-2, Code pén. : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 ».

¹²⁷⁷ Cass. crim. QPC, 11 juin 2010, n° 09-87.884, inédit.

¹²⁷⁸ Cass. crim. 23 févr. 2010, n° 09-81.819, *JurisData* n° 2010-002022 ; *Dr. pén.* 2010, comm. 73. ; Cass. crim., 16 févr. 2010, n° 09-83.991, *JurisData* n° 2010-003359 ; *Dr. pén.* 2010, comm. 74, note M. VÉRON ; Cass. crim., 2 mars 2010, n° 09-82.607, *JurisData* n° 2010-002926 ; Cass. crim., 9 mars 2010, n° 09-83.401, inédit ; Cass. crim., 13 avr. 2010, n° 09-86.429, inédit, *JurisData* n° 2010-006671.

infraction qui s'est produite dans le cadre de l'activité de l'entreprise. Cette seconde catégorie d'arrêts retenait des condamnations à l'encontre des personnes morales, sans que soit identifié l'organe ou le représentant qui, agissant pour le compte de celles-ci, a commis les faits délictueux¹²⁷⁹. À n'en point douter, cette dernière interprétation jurisprudentielle contrevient au principe de l'interprétation stricte de la loi pénale. Les prétentions de la requérante n'étaient donc pas dépourvues de tout fondement et le renvoi de la contestation constitutionnelle par la chambre criminelle de la Cour de cassation se justifiait alors. Mais, celle-ci, à l'appui de son axiome traditionnel, se réfugie derrière son office de juge en relevant l'absence de caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité dans la mesure où « la prétendue imprécision des dispositions critiquées, tend en réalité à contester l'application qu'en fait la Cour de cassation ». Ce faisant, la chambre criminelle n'a pas permis une garantie efficace du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale. Ce contournement des limites posées par ledit principe par la Cour de cassation pourrait inciter les plaideurs à se tourner vers les juges européens. En effet, le principe de légalité des délits et des peines dont découle le corollaire de l'interprétation stricte de la loi pénale puise son fondement dans l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen. La jurisprudence européenne exige des juges qu'ils n'appliquent pas la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé¹²⁸⁰. À nouveau, en terme de protection des droits des justiciables, le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité apparaît en retrait par rapport au contrôle de conventionnalité¹²⁸¹. En définitive, le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale n'est donc pas toujours respecté. Si l'atteinte au principe de l'interprétation stricte des lois pénales apparaît pour le moins non surprenante au Canada dans la mesure où la jurisprudence n'accorde à ce principe qu'« un rôle subsidiaire »¹²⁸², l'étonnement ne peut être que renforcé en France. Des atteintes aux principes de non-rétroactivité des lois pénales peuvent également être relevées en France. De manière similaire, la multiplication des

¹²⁷⁹ Cass. crim., 9 mars 2010, n° 09-80.543, *JurisData* n° 2010-005953, *D.* 2010, p. 2135, note J.-Y. MARÉCHAL; Cass. crim., 16 mars 2010, n° 09-82.041, *JurisData* n° 2010-033370.; *Dr. pén.* 2010, comm. 74, 3e esp., note M. VÉRON.

¹²⁸⁰ CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce*, § 52, Série A, n° 260-A - CEDH, 22 nov. 1995, *S.W. c/ Royaume-Uni*, § 35, Série A, n° 335-B. - CEDH, 15 nov. 1996, *Cantoni c/ France*, § 29 : *JCP G*, 1997, I, 4000, n° 31, obs. F. SUDRE ; *Dr. pén.* 1997, comm. 11, note J.-H. ROBERT.

¹²⁸¹ *Supra.* n° 401.

¹²⁸² *R. c. Hasselwander*, 1993 (CSC), [1993] 2 RCS 398, p. 412.

dérogations à ce dernier principe en France participe à un certain rapprochement avec le droit substantiel canadien.

§2. L'affaiblissement commun des principes d'application de la loi pénale de fond dans le temps français et canadien

307. Les portées atténuées des principes d'application de la loi pénale de fond dans le temps en France et au Canada au détriment de la sécurité juridique. Le principe de sécurité juridique justifie un principe général de non-rétroactivité des lois pénales de fond plus sévères. Cependant, la portée de ce dernier a été atténuée par certaines exceptions survenues dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* en France. De manière similaire au Canada, l'interprétation donnée au principe de non-rétroactivité des lois pénales de fond plus sévères ne garantit pas toujours une application généralisée de ce dernier principe. Par ailleurs, en France, certaines entorses au principe de rétroactivité *in mitius* sont observables. Sur ce point, au Canada, prévaut une divergence notable. En effet, le principe de rétroactivité *in mitus* n'existe pas. Corrélativement, la sécurité juridique souffre de la multiplication de ces atteintes. Partant, l'atténuation des principes d'application de la loi pénale de fond dans le temps en France autorise, paradoxalement, à rapprocher tant ces derniers principes en France et au Canada (A), que les deux conceptions des principes de sécurité juridique de part et d'autre de l'Atlantique (B).

A. Le rapprochement des principes d'application dans le temps des lois pénales de fond plus sévères en France et au Canada par l'atténuation desdits principes en France

308. La non-rétroactivité des lois pénales de fond plus sévères et la rétroactivité *in mitius* des lois pénales plus douces en France et au Canada. De part et d'autre de l'Atlantique, les juges constitutionnels dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ont eu l'occasion de se prononcer sur les règles relatives à l'application dans le temps des lois pénales. Il convient ainsi, dans un premier temps, de préciser les fondements qui sous-tendent ces divers principes en

France et au Canada avant d'envisager leurs champs d'application. Suivant une logique propre à la matière pénale, les assises textuelles relatives au principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères seront d'abord identifiées (1) avant que ne soient évoquées les fondements relatifs au principe de rétroactivité *in mitius* de part et d'autre de l'Atlantique (2).

1) Les portées atténuées des principes de non-rétroactivité des lois pénales de fond plus sévères en France et au Canada

309. L'assise textuelle et la portée du principe de non-rétroactivité au Canada.

Le principe de non-rétroactivité de la loi pénale apparaît comme le prolongement nécessaire du principe de légalité. Il empêche l'application d'une loi nouvelle de fond plus sévère à une infraction non encore définitivement jugée qui a été commise avant l'entrée en vigueur de cette loi. C'est qu'en effet, la loi pénale doit avertir avant de frapper. Au Canada, l'assise textuelle du principe de non-rétroactivité des lois pénales se trouve à l'article 11 (g) de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui énonce que : « Tout inculpé a le droit : (g) de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations »¹²⁸³. Comme susmentionné¹²⁸⁴, à l'instar de son homologue français, le législateur canadien, interprète restrictivement la notion de « peine » refusant d'appliquer les garanties spécifiques au plus grand nombre de justiciables, et en définitive, n'opte pas pour une application généralisée du texte susvisé. Par conséquent, la portée du principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères s'en trouve restreinte.

¹²⁸³ Art. 11 (g) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ; v. not. *R. c. Furtney*, [1991] 3 RCS 89.

¹²⁸⁴ *Supra*. n° 84 et n° 87.

310. L'assise textuelle et la portée du principe de non-rétroactivité des lois pénales en France. L'assise légale de ce principe se retrouve au sein de l'alinéa premier de l'article 112-1 du code pénal français¹²⁸⁵ qui énonce que « sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis »¹²⁸⁶. Le deuxième alinéa ajoute que « peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date »¹²⁸⁷. Ainsi, le principe de non-rétroactivité concerne aussi bien les incriminations que les peines comme en atteste l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Cette assise textuelle lui confère valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de l'affirmer à maintes reprises¹²⁸⁸. Cependant, bien que dans la plupart des cas le principe de non-rétroactivité des lois pénales soit respecté, le domaine d'application dudit principe demeure finalement limité. Il faut se remémorer sur ce point que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui impose que la loi soit établie et promulguée antérieurement au délit, ne s'applique d'une part, qu'à la matière pénale et d'autre part, qu'aux lois édictant de nouvelles incriminations et de nouvelles « peines » au sens constitutionnel du terme. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, le Conseil constitutionnel s'est prononcé en ce sens au sein du contentieux fiscal, notamment dans les décisions QPC des 30 juillet 2010¹²⁸⁹ et 23 septembre 2011¹²⁹⁰. À deux reprises, le Conseil constitutionnel écarte l'atteinte au principe de non-rétroactivité en considérant que les dispositions contestées n'instituent à aucun moment une « sanction fiscale » de nature à justifier l'application du principe susvisé. Ainsi, suivant sa politique jurisprudentielle, le Conseil constitutionnel n'intègre ni l'article L.16 B du livre des procédures fiscales, ni le paragraphe III de l'article 31 de la loi du 30 décembre 1996 dans la catégorie des « peines ». Concernant le premier de ces articles, c'est plus

¹²⁸⁵ Art. 112-1 Code. pén.

¹²⁸⁶ *Ibidem*.

¹²⁸⁷ *Ibidem*.

¹²⁸⁸ Cons. const., 30 déc. 1982, n° 82-155 DC, Loi de finances rectificative pour 1982, *JORF* 31 déc. 1982, p. 4034, *Rec.*, p. 88 ; Cons. const., 3 sept. 1986, n° 86-215 DC, Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance, *JORF* 5 sept. 1986, p. 10788, *Rec.*, p. 130 ; Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, *JORF* 18 août 1993, p. 11722, *Rec.*, p. 224.

¹²⁸⁹ Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-19/27 QPC, Epoux P. et autres [Perquisitions fiscales], *JORF* 31 juill. 2010, p. 14202, texte n° 106, *Rec.*, p. 190.

¹²⁹⁰ Cons. const., 23 sept. 2011, n° 2011-166 QPC, M. Yannick N. [Validation législative de procédures fiscales], *JORF* 24 sept. 2011, p. 16016, *Rec.*, p. 455.; obs. X. DELPECH, « Validation législative de procédures fiscales », *D. actu.*, 28 sept. 2011.

précisément, les 1^o et 3^o du IV de l'article 164 de la loi du 4 août 2008 ayant modifié l'article L.16 B du livre des procédures fiscales qui faisait l'objet de la contestation constitutionnelle. L'article 164 représente une disposition de droit transitoire prenant acte de la condamnation de la France par la CEDH en 2008. C'est qu'en effet, dans leur arrêt *Ravon c/ France*¹²⁹¹, les juges européens considèrent que les dispositions relatives aux droits de visite et de saisie de l'administration fiscale étaient contraires à l'article 6§1 de la CESDH. Suite à cette condamnation, la loi du 4 août 2008¹²⁹² modifie l'article L.16 B conformément à la solution européenne. Ce faisant, le contribuable a désormais la possibilité de faire appel de l'ordonnance du juge autorisant les perquisitions, auprès du premier président de la Cour d'appel, dans les quinze jours qui suivent la remise des procès-verbaux de visites domiciliaires. L'article 164 vient quant à lui, ouvrir « dans des conditions analogues à celles que prévoit l'article L.16 B du livre des procédures fiscales, un appel contre l'ordonnance du juge des libertés et de la détention, pour les procédures de visite et de saisie pour lesquelles le procès-verbal ou l'inventaire a été remis ou réceptionné antérieurement à la date d'entrée en vigueur de la réforme de cette procédure ». Le Conseil écarte le grief tiré de l'atteinte au principe de non-rétroactivité en considérant que « la disposition contestée n'institue ni une incrimination ni une peine ; que par suite, le grief tiré de la méconnaissance de la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère doit être écarté »¹²⁹³. La seconde affaire interrogeait la constitutionnalité du paragraphe III de l'article 31 de la loi du 30 décembre 1996. Selon le requérant, le principe de non-rétroactivité n'était pas respecté en ce que le paragraphe III de ce texte a conféré un caractère rétroactif aux paragraphes I et II du même article 31, en permettant à l'administration d'engager un examen contradictoire de l'ensemble de la situation fiscale (ECSFP) des personnes n'ayant pas leur domicile fiscal en France. Une fois de plus, le Conseil constitutionnel évince cet argument, en considérant que le législateur n'a institué aucune « sanction fiscale »¹²⁹⁴ de nature à pouvoir justifier l'application du principe constitutionnel

¹²⁹¹ CEDH 3e sect., 21 févr. 2008, *Ravon c/France*, req. n° 18497/03 ; P. NEAU-LEDUC, « Visites domiciliaires en matière fiscale : condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme ; Note sous Cour européenne des droits de l'homme, 21 février 2008, *affaire Ravon et autres contre France*, requête numéro 18497/03 », *Revue des contrats*, 2008, n° 3, pp. 885-889.

¹²⁹² L. n° 2008-776, 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF* n° 0181, 5 août 2008, p. 12471, texte n° 1.

¹²⁹³ Cons. const. 30 juill. 2010, n° 2010-19/27 QPC.

¹²⁹⁴ Cons. const. 23 sept. 2011, n° 2011-166 QPC.

susvisé à la situation du requérant. En somme, ces quelques décisions permettent de réaffirmer le champ d'application du principe de non-rétroactivité mais aussi la jurisprudence du Conseil en matière d'intervention législative visant à modifier rétroactivement une règle de droit ou valider un acte administratif de droit privé¹²⁹⁵. Ces deux questions prioritaires de constitutionnalité offrent l'occasion de rappeler l'absence d'application du principe de non-rétroactivité en matière de procédure. En effet, en matière de lois pénales de forme, soit les lois fixant les modalités de poursuites, les formes de la procédure, l'organisation judiciaire et la compétence, les lois relatives à la prescription de l'action publique et à la prescription des peines, la règle demeure celle de l'application immédiate de la loi nouvelle¹²⁹⁶ favorable ou non¹²⁹⁷. Ensuite, seules les lois pénales plus sévères sont concernées, la loi pénale plus douce pouvant, par faveur au délinquant, venir s'appliquer à des situations nées avant son entrée en vigueur. Sur ce point, une divergence subsiste avec le droit pénal canadien.

2) Les portées atténuées des principes de rétroactivité *in mitius* des lois pénales en France et au Canada

311. L'assise textuelle du principe de rétroactivité *in mitius* des lois pénales en France. Si la loi pénale, nouvellement entrée dans l'ordre juridique correspond à une loi pénale de fond, alors le principe qui s'applique est celui du principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, consacré à l'article 112-1 du code pénal¹²⁹⁸ précité. En revanche, une loi pénale de fond plus douce pourra être appliquée le jour du jugement comme le prévoit le principe de rétroactivité *in mitius*. Cet autre

¹²⁹⁵ Les lois de validation n'étant pas l'objet de notre présente étude, il sera simplement fait référence aux décisions du Conseil constitutionnel qui mentionnent les conditions au regard desquelles une loi de validation peut être déclarée conforme à la Constitution. ; au sein du contrôle *a priori* : Cons. const., 28 déc. 1995, n° 95-369 DC, « Loi de finances pour 1996 », *JORF* 31 déc. 1995, p. 19099, *Rec.*, p. 257 ; Cons. const., 18 déc. 1997, n° 97-393 DC, « Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998 », *JORF* 23 déc. 1997, p.18649, *Rec.*, p. 320 ; Cons. const., 29 déc. 1999, n° 99-425 DC, « Loi de finances rectificative pour 1999 », *JORF* 31 déc. 1999, p. 20012, *Rec.* p. 168 ; au sein du contrôle *a posteriori* : Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-19/27 QPC, « Époux P. et autres [Perquisitions fiscales] ; Cons. const., 23 sept. 2011, n° 2011-166 QPC, consid. 4.

¹²⁹⁶ Art. 112-2 Code pén.

¹²⁹⁷ Toutefois, les lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines, « lorsqu'elles auraient pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation, ne sont applicables qu'aux condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à leur entrée en vigueur » : art. 112-2 3° Code pén.

¹²⁹⁸ Art. 112-1 Code pén.

principe qui s'oppose à la non-rétroactivité des lois pénales plus sévères est inscrit à l'alinéa 3 de l'article 112-1 du code pénal : « Toutefois les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes »¹²⁹⁹. Le Conseil constitutionnel lui a conféré une valeur constitutionnelle dans sa décision du 20 janvier 1981¹³⁰⁰ en se fondant sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 aux termes duquel « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ». Si on pouvait légitimement présager de cette consécration constitutionnelle l'immutabilité dudit principe, la décision QPC du 3 décembre 2010¹³⁰¹ du Conseil constitutionnel illustre l'entaille faite à ce principe directeur du droit pénal français. Dans cette affaire, était mise en cause la constitutionnalité des dispositions sanctionnant pénalement d'une amende la revente à perte. La définition du seuil de revente à perte a évolué au gré des impératifs économiques. Cette dernière évolution résulte de la loi du 2 août 2005¹³⁰² qui a modifié l'article L. 442-2 du code de commerce. Ces dispositions tendent à abaisser le seuil de revente à perte et donc à réduire les hypothèses où il y a revente à perte sanctionnable. Par conséquent, les entreprises qui avaient des procédures pénales en cours ont sollicité l'application de ces nouvelles dispositions quand bien même la loi de 2005 écartait cette application immédiate. Cependant, le Conseil constitutionnel valide la dérogation à la rétroactivité *in mitius* de la loi pénale plus douce au motif que « la précédente définition de ce seuil était inhérente à la législation économique antérieure »¹³⁰³. Ce faisant, le Conseil constitutionnel a estimé qu'un article de loi écartant dans les affaires en cours la rétroactivité d'une incrimination plus douce n'était pas contraire aux principes garantis par notre constitution. Autrement dit, le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce connaît une exception lorsque « la poursuite de la répression était inséparable du régime instauré antérieurement »¹³⁰⁴.

¹²⁹⁹ Art. 112-1 al. 3 Code. pén.

¹³⁰⁰ Cons. const. 19 et 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, consid. 75, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, *JORF* 22 janv. 1981, p. 308, *Rec.*, p. 15.

¹³⁰¹ Cons. const., 3 déc. 2010, n° 2010-74 QPC, M. Jean-Marc P. et autres [Rétroactivité de la loi pénale plus douce], *JORF* 4 déc. 2010, p. 21117, texte n° 87, *Rec.*, p. 361.

¹³⁰² L. n° 2005-882, 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, *JORF* n° 0179, 3 août 2005, p. 12639, texte n° 2.

¹³⁰³ Cons. const., 3 déc. 2010, n° 2010-74 QPC, consid. 3.

¹³⁰⁴ Cons. const., 3 déc. 2010, n° 2010-74 QPC, consid. 3.

312. L'absence de consécration du principe de rétroactivité *in mitius* des lois pénales de fond au Canada. Au Canada, on ne peut parler d'entorse au principe de rétroactivité *in mitius* des lois pénales dans la mesure où, ce principe, ne trouve pas son équivalent en droit pénal de fond. Il n'existe pas, au Canada un droit au bénéfice de la loi de fond moins sévère. Sur ce point, il peut être regrettable que l'introduction de la *Charte canadienne des droits et libertés* au Canada depuis 1982 n'ait pas permis une constitutionnalisation de ce principe qui trouve pourtant initialement sa source dans des considérations d'humanité. En définitive, les contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France et au Canada ne semblent pas toujours enclins à préserver les droits des justiciables qui découlent du respect des principes régissant l'application dans le temps des lois pénales. Mais, si un affaiblissement survient dans l'application des principes de non-rétroactivité des lois pénales français et canadien, la prévisibilité des lois pénales ne peut qu'en pâtir. En effet, la prévisibilité de la loi pénale semble liée au mécanisme de la non-rétroactivité de la loi¹³⁰⁵. Que la loi prévienne avant de frapper paraît indispensable pour des raisons qui tiennent tout autant à l'humanité qu'à l'efficacité de la répression. Est également en jeu, la sécurité juridique, principe du droit qui a notamment pour objectif de protéger les citoyens contre les effets négatifs du droit.

¹³⁰⁵ S. CIMAMONTI, « Sécurité juridique et mécanismes d'application du droit dans le temps », *R. du. N.* 110, 2008, p. 635.

B. Les conséquences communes sur les principes de sécurité juridique français et canadien

313. L'influence du contexte sur la conception du principe de sécurité juridique en France et au Canada. En France, en raison de l'affaiblissement du fondement du principe de légalité criminelle, soit le principe de séparation des pouvoirs, mais aussi de ses composantes, c'est-à-dire les principes relatifs à l'application des lois pénales dans le temps et le principe de l'interprétation stricte des lois pénales, il convient de savoir si cette érosion peut se répercuter sur le principe de sécurité juridique qui connaît une particulière résonance en matière pénale¹³⁰⁶ (1). Au surplus, l'évolution d'une conception formelle à matérielle de la légalité criminelle en France interroge sur une possible convergence quant à l'approche pragmatique des concepts de sécurité juridique français et canadiens (2).

1) L'approche dogmatique des principes de sécurité juridique en France et au Canada

314. Les conceptions divergentes des principes de sécurité juridique en France et au Canada. De façon générale, le concept de sécurité juridique ne s'appréhende pas de la même manière selon le système juridique qui le met en œuvre¹³⁰⁷. Au Canada, si le principe de sécurité juridique semble, tantôt utilisé comme un « concept descriptif »¹³⁰⁸, tantôt appréhendé comme un « souci implicite ou une valeur qui sous-tend ou regroupe un ensemble de règles de droit positif ou d'interprétation »¹³⁰⁹, il semble qu'un point de convergence apparaît avec l'approche française de la sécurité juridique. En effet, en France, le principe de sécurité juridique est considéré, avant toute chose, comme un objectif du droit. Ainsi, en France comme au Canada, le principe de sécurité juridique ne représente pas un véritable principe positif. Il ne fait donc pas partie intégrante du droit positif

¹³⁰⁶ *Ibidem.*

¹³⁰⁷ M.-C. BELLEAU, R. JOHNSON, « La diversité identitaire et les opinions dissidentes de la Cour suprême du Canada : Conséquences sur la sécurité juridique » (2008) 110 *R. du N.* 319 à la p. 322.

¹³⁰⁸ M. NADEAU, « Perspectives pour un principe de sécurité juridique en droit canadien : les pistes du droit européen », 2009-2010, 40 *R.D.U.S.* 511, p. 9.

¹³⁰⁹ *Ibidem.*

canadien. Aucune norme juridique ne peut donc être déduite dudit principe. Dans les années 1990, en Europe, une volonté des auteurs européens d'appréhender le concept de sécurité juridique en tant que norme réelle du droit positif peut être observée¹³¹⁰. Une telle consécration aurait eu pour conséquence d'octroyer au principe de sécurité juridique, le statut de principe de droit d'où peuvent être déduites des normes juridiques¹³¹¹. Or, encore aujourd'hui, le principe de sécurité juridique en France, n'a toujours pas fait l'objet d'une consécration constitutionnelle comme certains auteurs l'avaient prédit¹³¹². De même, au Canada, le principe de sécurité juridique ne bénéficie pas du statut de principe de droit. La Cour suprême du Canada conçoit d'ailleurs le principe de sécurité juridique comme un « objectif du droit pénal »¹³¹³. Cette analogie quant au statut de la sécurité juridique en France et au Canada peut-elle présager d'une même appréhension dudit principe par les magistrats français et canadiens ?

2) L'approche pragmatique des concepts de sécurité juridique en France et au Canada

315. L'avenir ? En France comme au Canada, le potentiel juridique du principe de sécurité juridique interroge sur l'éventuelle reconnaissance du principe de sécurité juridique. De part et d'autre de l'Atlantique, « l'exigence de sécurité juridique à, à son tour... des exigences »¹³¹⁴. En effet, les exigences tant de prévisibilité, que d'accessibilité et de stabilité de la règle de droit en découlent. Le principe de sécurité juridique renvoie, tout d'abord, à une exigence de prévisibilité du droit qui commande que seules les actions futures doivent être régies par les règles de droit. Plus spécifiquement, en matière pénale, la prévisibilité du droit se trouve

¹³¹⁰ *Ibidem*, p. 6.

¹³¹¹ *Ibidem*, p. 3.

¹³¹² A. L. VALEMBOIS, « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », *NCCC*, n° 17, 2004. LGDJ., t. 122, 2005. *Adde* se prononçant contre la consécration du principe de sécurité juridique dans la Constitution : audition du 11 septembre 2007 de M. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, par le Comité dit « Balladur » de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la cinquième République, position suivie, après hésitation, par le rapport du Comité, *Une Ve République plus démocratique*, Paris, Documentation française/Fayard, 2007, p. 85.

¹³¹³ *Proulx c. Québec (P.G.)*, [2001] 3 *RCS* 9, §. 144.

¹³¹⁴ S. CIMAMONTI, « Sécurité juridique et mécanismes d'application du droit dans le temps », *R. du. N.* 110, 2008, p. 633.

nécessairement liée au mécanisme de non-rétroactivité des lois pénales de fond plus sévères. Or, dans certaines hypothèses, le contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France et au Canada ne garantit pas, de manière efficace, le principe de non-rétroactivité des lois pénales de fond plus sévères. Par conséquent, la prévisibilité du droit, première exigence du principe de sécurité juridique, peut être compromise. Ensuite, la sécurité juridique entretient des liens étroits avec l'exigence d'accessibilité du droit. Dans la perspective de la garantie à la connaissance du droit, les règles de droit ne doivent pas, sur le plan substantiel, souffrir d'imprécisions. Or, dans certaines hypothèses, les contrôles de constitutionnalités des lois pénales *a posteriori* français et canadien apparaissent comme un outil partiel du respect de la légalité criminelle. Enfin, dans l'optique d'ajuster leur conduite aux prescriptions de la loi, les justiciables doivent compter sur la stabilité du droit. Or, le risque de prolifération des normes pénales dans le cadre des contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France et au Canada peut affaiblir cette exigence de stabilité. C'est la raison pour laquelle, il semble important de respecter et d'encadrer plus fortement le concept de sécurité juridique de part et d'autre de l'Atlantique. Dans cette optique, pourrait-on envisager le principe de sécurité comme un principe d'interprétation des lois ? Au Canada, les principes implicites de la Constitution représente une catégorie juridique exploitable en vue de la consécration du principe de sécurité juridique en tant que principe d'interprétation des lois. Ces derniers représentent des principes à valeur constitutionnelle dégagés par la Cour suprême du Canada dans l'interprétation de la Constitution. Ils découlent généralement du texte de la Constitution¹³¹⁵. Celle-ci étant la norme juridique suprême du pays, les principes implicites reconnus s'imposent à l'ensemble du droit canadien et, ont donc « un caractère prescriptif »¹³¹⁶. Par conséquent, les principes implicites de la Constitution du Canada ne peuvent contredire le texte de la Constitution dont ils émanent. En revanche, ils peuvent servir à interpréter d'autres normes de la Constitution¹³¹⁷. Or, le plus Haut tribunal du pays a déjà insisté sur le caractère non limitatif des principes implicites de l'ordre

¹³¹⁵ Entrent par exemple dans cette catégorie juridique, le fédéralisme, l'indépendance judiciaire, la primauté du droit, le constitutionnalisme, la démocratie et la protection des minorités. V. M. NADEAU, « Perspectives pour un principe de sécurité juridique en droit canadien : les pistes du droit européen », préc., p. 11.

¹³¹⁶ *Ibidem*.

¹³¹⁷ J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, D. LABRECHE, « Le contexte social du droit dans le Québec contemporain », Ecole du Barreau du Québec, Ethique, déontologie et pratique professionnelle, collection de droit, vol. 1, Cowansville, Yvon Blais, 2007, p. 233.

constitutionnel canadien¹³¹⁸. Partant, dans un avenir plus ou moins proche, le principe de sécurité juridique pourrait-il intégrer cette catégorie juridique et se voir conférer une dimension normative ? L'interrogation se pose également en France dans la mesure où le principe de sécurité juridique rencontre toujours des difficultés à être reconnu en tant que tel¹³¹⁹. L'assise constitutionnelle permettrait de renforcer l'exigence de sécurité juridique dont découlent d'autres exigences juridiques tout aussi importantes¹³²⁰. Plus spécifiquement, et selon la « dimension dynamique de la sécurité juridique »¹³²¹, cela permettrait de renforcer les exigences de stabilité et de prévisibilité du droit affaiblies tant par l'érosion commune tant du principe de légalité criminelle que de ses composantes, de part et d'autre de l'Atlantique.

¹³¹⁸ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, §§. 50, 61 et §§. 64, 67.

¹³¹⁹ F. GRECH, « Le principe de sécurité juridique dans l'ordre constitutionnel français », *RFDC*, n° 102, juill. 2015, pp. 405-428.

¹³²⁰ S. CIMAMONTI, « Sécurité juridique et mécanismes d'application du droit dans le temps », *R. du. N.* 110, 2008, p. 633.

¹³²¹ *Ibidem*, p. 634.

CONCLUSION DU CHAPITRE II DU TITRE I

316. La constitutionnalisation *a posteriori* des droits pénaux substantiels français et canadien : la commune « désillusion ? »¹³²². L'exercice comparé du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France et au Canada témoigne de la perméabilité du système juridique français à l'influence canadienne. En effet, la question prioritaire de constitutionnalité engendre un rapprochement des droits pénaux substantiels français et canadien. Cependant, toutes les évolutions du droit pénal suscitées par l'exercice de la question prioritaire de constitutionnalité n'ont pas forcément été envisagées par les promoteurs du recours *a posteriori*. En effet, de manière antinomique, les effets de la question prioritaire de constitutionnalité semblent provoquer un affaiblissement du principe de la légalité criminelle tant dans sa dimension principale, que dans ses corollaires. Si l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité a suscité beaucoup d'espoir tant des constitutionnalistes que des pénalistes, la constatation d'un effritement des principes fondamentaux du droit répressif tempère les premières attentes enthousiastes des professionnels du droit. À certains égards, cette désillusion tenant au phénomène de constitutionnalisation du droit pénal se retrouve au Canada. En effet, si l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés en 1982* laissait croire qu'une protection accrue des droits et libertés fondamentaux des justiciables pénaux puisse advenir, le resserrement des principes et des règles de la responsabilité pénale canadienne et la progression de la répression attestent du contraire¹³²³. Dans un second temps, l'identification des contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* indirect exercé par la Cour de cassation lors de sa mission de filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité autorise à effectuer également un rapprochement avec les contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* effectués par les juges constitutionnels français et canadiens au stade de la correction des inconstitutionnalités des lois pénales *a posteriori* (Chapitre II).

¹³²² Pour une étude exhaustive du phénomène de constitutionnalisation du droit pénal canadien suite à l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés en 1982* v. : A.-M. BOISVERT, « Vingt-cinq ans de droit pénal canadien "constitutionnalisé": la désillusion ? », in *Le juge constitutionnel et la proportionnalité. Juge constitutionnel et droit pénal*, AIJC, 2009, *op. cit.*, p. 455.

¹³²³ *Ibidem.* p. 453.

Titre II : L'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* au service d'un rapprochement des droits pénaux procéduraux français et canadien

317. L'exercice partagé de la question prioritaire de constitutionnalité au service d'un rapprochement des droits pénaux procéduraux ¹³²⁴ français et canadien.

La question prioritaire de constitutionnalité génère une multitude d'acteurs juridiques compétents pour contrôler la constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*. Par conséquent, c'est toute l'architecture juridictionnelle française qui s'en trouve métamorphosée. L'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité amène, plus précisément, la chambre criminelle de la Cour de cassation à procéder à un contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* indirects. On parle aussi de « contrôle de substitution »¹³²⁵. Ce dernier est qualifié comme tel « lorsqu'il ne relève pas des mêmes modalités que le contrôle de constitutionnalité, mais que son résultat est le même »¹³²⁶. La question prioritaire de constitutionnalité a ainsi principalement intensifié le recours par la plus Haute Cour de l'ordre judiciaire à l'interprétation conforme de la loi à la Constitution. Le juge interprète la loi conformément à la Constitution ce qui permet d'éliminer tout risque d'inconstitutionnalité de celle-ci et conduit donc au même résultat que le contrôle lui-même. L'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité a également initié les juges criminels au « revirement anti-QPC »¹³²⁷. Par une « réserve d'interprétation à usage inversé »¹³²⁸, la chambre criminelle de la Cour de cassation corrige les inconstitutionnalités potentielles en lieu et place du Conseil constitutionnel. Les doutes sur la constitutionnalité de la loi pénale sont purgés par une interprétation *contra-legem* donnée par la Cour de cassation. Ainsi ces

¹³²⁴ La formule « droits pénaux procéduraux » renvoie à l'expression du droit « processuel » qui se définit comme suit : G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v. « processuel », p. 712 : « Qui se rapporte au procès sous toutes ses espèces (civil, pénal, administratif, arbitral) ; se dit surtout d'une discipline de recherches (le Droit processuel) qui, plus qu'une branche du Droit, est une science comparative fondée sur le rapprochement des procédures en Droit privé, pénal, administratif... et l'étude des thèmes communs à tous les procès. Comp. Procédural (traditionnel et neutre) ».

¹³²⁵ A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel, op. cit.*, p. 176.

¹³²⁶ *Ibidem.*

¹³²⁷ *Infra.* n° 331.

¹³²⁸ *Infra.* n° 331.

différentes techniques de contrôle constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* développées par la chambre criminelle de la Cour de cassation permettent de constater un rapprochement procédural des contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* indirects français et canadien¹³²⁹ (Chapitre I). De manière générale, il convient de déterminer si le rapprochement des droits pénaux procéduraux français et canadiens dans le cadre de la vérification de la constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* est de nature à rapprocher les systèmes de contrôles de constitutionnalité des lois *a posteriori* de part et d'autre de l'Atlantique (Chapitre II).

¹³²⁹ Dans son sens le plus large, la procédure peut se définir comme un « Ensemble des actes successivement accomplis pour parvenir à une décision » : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* Les différentes typologie des réserves d'interprétation utilisées par le Conseil constitutionnel, dans le cadre du contrôle *a priori* comme *a posteriori* ont pu être qualifié de "techniques juridictionnelles" par certains auteurs : v. A. VIDAL-NAQUET, Quelles techniques juridictionnelles pour la QPC ? », *in* La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé., *op.cit.*, p. 176. Le professeur Ariane Vidal Naquet définit le terme « technique » de façon la plus large, « comme un ensemble de procédés utilisés par le Conseil constitutionnel aux fins d'assurer la mission qui lui est dévolue, en particulier l'appréciation de la constitutionnalité des lois ». Au sens le plus large du terme, le terme « procédé » peut être rapproché du terme « acte » issu de la première définition donnée de la procédure. Dans le cadre de notre étude, cette dernière définition autorise à assimiler les contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* indirects aux « procédés utilisés par le Conseil constitutionnel aux fins d'assurer la mission qui lui est dévolue, en particulier l'appréciation de la constitutionnalité des lois ». Les « procédés » renvoyant à « l'ensemble des actes successivement accomplis pour parvenir à une décision », les contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* indirects français et canadiens intègrent d'une certaine manière, la procédure pénale dans son ensemble.

Chapitre I : Le rapprochement des contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* indirects en cas de contestation constitutionnelle au sein du procès pénal

318. L'instrumentalisation du caractère sérieux par la Cour de cassation au service d'un rapprochement des compétences juridictionnelles françaises et canadiennes. Afin de démontrer un certain rapprochement des compétences juridictionnelles dans la correction des inconstitutionnalités des lois pénales utilisées par la chambre criminelle de la Cour de cassation et par les juges constitutionnels en France et au Canada, l'identification des contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* indirects représente un préalable nécessaire (Section I). Dans cette perspective, l'analyse se focalisera en France, principalement sur les questions prioritaires de constitutionnalité de non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel. En effet, les décisions de renvoi aux Sages ne font pas clairement état du contrôle préétabli de constitutionnalité des lois *a posteriori* effectué par la Cour de cassation et conduisent davantage à se focaliser sur les solutions rendues par le Conseil constitutionnel. Une fois le rapprochement effectué entre les contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* indirects utilisés par la chambre criminelle de la Cour de cassation et ceux des juges constitutionnels français et canadiens, il conviendra de s'interroger sur les conséquences desdits contrôles au sein du procès pénal (Section II). En effet, l'objectif principal de la démonstration vise à déterminer quel(s) juge(s) serai(en)t le plus à même de protéger les droits des justiciables pénaux tout en assurant la stabilité juridique à chaque phase du procès pénal. Dans cette optique, identifier les effets de la « paralysie » des inconstitutionnalités des lois pénales *a posteriori* suite à l'exercice optimal du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation permet de mesurer si l'appréciation de la constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* est assurée avec plus d'efficacité par cette dernière, comparativement à l'exercice principalement objectif du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* exercé par le Conseil constitutionnel.

Section I : L'identification « des contrôles de constitutionnalité des lois pénales a posteriori indirects »¹³³⁰ en cas de contestation constitutionnelle au sein du procès pénal

319. La « triangulation » des « contrôles de substitution »¹³³¹ en cas de contestation constitutionnelle des lois pénales. Le rôle de filtre assigné à la chambre criminelle de la Cour de cassation par la réforme de 2008 lui confère un pouvoir d'instrumentalisation des caractères sérieux et nouveau¹³³² des questions constitutionnelles qui a été critiqué par la doctrine¹³³³. À l'image des juges constitutionnels français et canadien, il apparaît que la chambre criminelle de la Cour de cassation recourt à « l'interprétation conforme »¹³³⁴ des lois pénales paralysant de ce fait toute contestation constitutionnelle (§1). Ce recours est similaire à celui des réserves d'interprétation développé par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori* et *a posteriori* et aux techniques de « correction judiciaire des lois inconstitutionnelles »¹³³⁵ canadiennes. Autrement dit, de manière analogue au Conseil constitutionnel et aux magistrats canadiens, la chambre criminelle de la Cour de cassation s'approprie d'une certaine manière la Constitution en considérant que cette dernière est dépourvue de toute ambiguïté et tranche dans le sens de la conformité de la loi pénale à la Constitution, tel un véritable juge constitutionnel. La chambre criminelle de la Cour de cassation use également du revirement jurisprudentiel (§2), afin d'harmoniser les lois pénales à la Constitution française, sans même laisser le soin au Conseil constitutionnel d'indiquer l'interprétation qu'il convient de donner aux dispositions pénales

¹³³⁰ A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, op. cit., p. 176.

¹³³¹ *Ibidem*.

¹³³² *Supra* n° 267, n° 272.

¹³³³ J.-B. PERRIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », *RFDA*, 2011, p. 711 ; J.-B. PERRIER, « La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : de la réticence à la diligence », *RFDA*, 2010, n° 84, pp. 793- 809 ; M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L'appréciation, par les Cours suprêmes, du caractère sérieux de la question de constitutionnalité, Institut Universitaire Varenne, in *La QPC : Vers une culture constitutionnelle partagée*, op.cit., pp. 29-42.

¹³³⁴ G. HILGER, « Le recours à l'interprétation conforme implicite comme technique de non-renvoi des deux ordres juridictionnels », in *La QPC : Vers une culture constitutionnelle partagée* (sous la dir. E. CARTIER, L. GAY, A. VIALA, LGDJ), Colloques et Essais, 2015, p. 55.

¹³³⁵ D. PINARD, « Les sanctions d'une règle de droit législative incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés* : le *reading in*, le *reading down*, l'interprétation large, l'interprétation atténuée, etc. ! », (2003) *R. du. B.* (numéro spécial) 421, p. 433.

critiquées. En définitive, si la Constitution française érige le Conseil constitutionnel comme l'unique organe chargé de contrôler la constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*, il appert que l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité octroie à la Cour de cassation, et plus précisément à la chambre criminelle, à travers son nouveau rôle de filtrage des contestations constitutionnelles, un pouvoir d'harmonisation des inconstitutionnalités des lois pénales *a posteriori* de même nature qu'un juge constitutionnel français et canadien.

§1 : Le recours commun à l'interprétation conforme en cas de contestation constitutionnelle au sein du procès pénal

320. L'appropriation de la Constitution par la chambre criminelle de la Cour de cassation à l'image du Conseil constitutionnel et des juges canadiens. Le rapprochement des techniques décisionnelles, utilisées tant par les juges constitutionnels que par la chambre criminelle de la Cour de cassation, se manifeste aussi bien en l'absence d'ambiguïté des dispositions pénales (A), qu'en l'absence d'ambiguïté des interprétations jurisprudentielles desdites dispositions (B). Dans cette dernière hypothèse, la chambre criminelle de la Cour de cassation et les juges canadiens contrôlent la constitutionnalité de leurs propres règles jurisprudentielles déduites des dispositions législatives. Partant, la chambre criminelle de la Cour de cassation, à l'image des juges canadiens, peut, occasionnellement, corriger les atteintes aux droits et libertés fondamentaux issues des dispositions constitutionnelles mêmes, mais également celles issues de ses propres décisions.

A) En l'absence d'ambiguïté des dispositions pénales

321. « De la théorie de l'acte clair à la théorie de la Constitution claire¹³³⁶ ». La question prioritaire de constitutionnalité permet à la Cour de cassation de renouveler son rôle d'interprète de la Constitution. Cette hypothèse se vérifie lorsque la chambre criminelle constate l'absence de toute ambiguïté des normes constitutionnelles. En effet, l'étude de certaines questions prioritaires de constitutionnalité atteste du fait que la Cour de cassation ne renvoie le moyen d'inconstitutionnalité au Conseil constitutionnel qu'en « dernier recours », c'est-à-dire lorsque l'anomalie constitutionnelle ne peut être palliée par la voie de l'interprétation conforme. Le contentieux relatif à la légalité pénale est particulièrement éloquent. Il atteste combien les juges suprêmes de l'ordre judiciaire peuvent trancher les questions prioritaires de constitutionnalité dans le sens de la conformité de la loi pénale aux droits et libertés constitutionnellement garantis lorsque les moyens d'inconstitutionnalité ne présentent pas d'ambiguïté constitutionnelle sérieuse. Par conséquent, les juges suprêmes de l'ordre judiciaire français déterminent tantôt eux-mêmes le sens des droits et libertés fondamentaux afin de justifier un non-renvoi du moyen d'inconstitutionnalité, tantôt la portée des normes constitutionnelles, tels des juges constitutionnels. En somme, la mutation de la chambre criminelle de la Cour de cassation en juge de la constitutionnalité peut s'illustrer à l'aune des cas jurisprudentiels français (1) et canadiens (2).

¹³³⁶ Cette expression est traditionnellement invoquée par le Conseil d'Etat pour refuser de renvoyer à la Cour de justice de l'Union européenne des questions préjudicielles en interprétation de normes de droit communautaire : not. CE, 19 juin 1964, *Société des Pétroles Shell-Berre et autres* ; *Rec.*, p. 344.

1) En l'absence d'ambiguïté des dispositions constitutionnelles en France

322. La détermination du sens des dispositions constitutionnelles par la chambre criminelle de la Cour de cassation. La chambre criminelle de la Cour de cassation endosse très tôt la technique de la « théorie de la Constitution claire »¹³³⁷ afin de justifier un non-renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité en l'absence d'ambiguïté des dispositions constitutionnelles. En témoigne la décision QPC relative au délit de contestation de crime contre l'humanité en date du 7 mai 2010 qui a pu mettre en avant le nouveau rôle de « juge constitutionnel négatif »¹³³⁸ de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Saisie de la constitutionnalité de la Loi Gayssot consacrant le délit de contestation de crime contre l'humanité, la Cour considère que la question posée ne présente pas de caractère sérieux dans la mesure où « l'incrimination est définie de façon claire et précise et l'infraction ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de liberté d'expression et d'opinion »¹³³⁹. Ce faisant, les juges suprêmes de l'ordre judiciaire déterminent eux-mêmes le sens des

¹³³⁷ *Ibidem.*

¹³³⁸ A. ROBLOT-TROIZIER, « La QPC, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation », in *Dossier : Le Conseil constitutionnel : trois ans de QPC*, NCCC, 2013, n° 40, p. 49.

¹³³⁹ Cass. crim., QPC, 7 mai 2010, n° 09-80774 ; L. COSTE, « Délit de contestation de crimes contre l'humanité et question prioritaire de constitutionnalité », *Revue Lamy droit de l'immatériel ex Lamy droit de l'informatique*, 2010, n° 61, pp. 44-45 ; A. LEPAGE, « Question prioritaire de constitutionnalité », *Communication Commerce Électronique*, 2010, n° 7, pp. 34-35 ; J. FRANCILLON, « Infractions relevant du droit de l'information et de la communication », *RSC*, 2010, n° 3, pp. 635-644 ; P. EGEA, « Les lois mémorielles et le droit de la presse », *D.*, 2010, n° 32, pp. 2139-2143 ; P. GUERDER, « Les infractions de presse », *Légipresse*, 2011, n° 281, pp. 187-196 ; O. MOUYSET, « Un an de droit pénal de la presse : avril 2010-mars 2011 », *Dr. pén.*, 2011, n° 6, pp. 19-30 ; La chambre criminelle de la Cour de cassation effectue ce contrôle poussé de constitutionnalité des lois pénales à chaque fois qu'elle relève non pas seulement l'absence de caractère sérieux de la contestation constitutionnelle posée mais, l'absence d'atteinte aux principes constitutionnels encourus : Cass. crim. QPC, 20 juin 2012, n° 12-90.018 concernant l'article 175 du code de procédure pénale : « la question posée ne présente pas, à l'évidence, de caractère sérieux puisqu'aucune atteinte au principe du procès équitable ou aux droits de la défense ne saurait résulter du dispositif de l'article 175 du code de procédure pénale, dès lors qu'il appartient aux parties, dans le délai qui leur est imparti, de prendre l'initiative de présenter au juge d'instruction leurs observations sur l'entier dossier de l'information obligatoirement mis à leur disposition, que leur droit de répliquer aux réquisitions du ministère public part du jour où elles leur sont communiquées, quel qu'en soit le moment, qu'enfin, c'est seulement à l'expiration de tous les délais prévus par la loi que le magistrat instructeur rend son ordonnance de règlement en précisant, conformément aux exigences posées par l'article 184 du code de procédure pénale, les éléments à charge et à décharge concernant les personnes mises en examen, en tenant compte des observations qui lui ont été éventuellement présentées par les parties, nonobstant la carence du ministère public ». Dans le même sens, Cass. crim. QPC, 14 sept. 2016, n°15-86.918 sur l'aide juridictionnelle : « Attendu que les quatrième, sixième, huitième et dixième questions, en ce qu'elles allèguent que les dispositions des articles 7, 22, 23 de la loi susvisée méconnaissent les droits au recours effectif devant une juridiction et à un procès équitable garantis par l'article 16 de la Déclaration de 1789, ne présentent pas de caractère sérieux, dès lors qu'il n'est porté aucune atteinte à la substance même du droit d'accès à un tribunal ».

dispositions constitutionnelles en se livrant à une interprétation desdites dispositions de manière similaire à celle entreprise traditionnellement par le Conseil constitutionnel et les magistrats canadiens. En effet, effectuant le même travail de conciliation entre les normes constitutionnelles à l'image d'un juge constitutionnel, la chambre criminelle justifie le non-renvoi de la contestation constitutionnelle en ce que le droit interne prévoit déjà des textes qui éclairent sur le sens à donner à l'incrimination contestée, si bien que la définition de celle-ci ne souffre qu'aucune contrariété à la Constitution.

De même, la Haute juridiction de l'ordre judiciaire met un terme à la contestation constitutionnelle relative aux articles L. 324-10 ancien et L. 8221-3 du code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi du 21 décembre 2011, en tant qu'ils répriment l'infraction de travail dissimulé par la minoration des déclarations faites aux organismes sociaux ou fiscaux, en interprétant lesdites dispositions dans un sens conforme à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹³⁴⁰. La Cour de cassation peut également utiliser des directives d'application de la loi. Ainsi, elle juge que les dispositions de l'article 431-3, alinéa 1^{er} du code pénal et de l'article 431-4, alinéa 1^{er} du code pénal, relatives à l'incrimination de méconnaissance d'une injonction de dispersion d'un attroupement ne méconnaissent pas le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle « dès lors qu'il revient à celle-ci, en dernier lieu, de s'assurer que le rassemblement a le caractère d'un attroupement au sens précité, de sorte que le juge saisi de poursuites pénales doit vérifier l'effectivité du risque de trouble à l'ordre public créé par le rassemblement »¹³⁴¹. Un pas supplémentaire semble franchi lorsque la chambre criminelle se réfère à l'intention du législateur afin de conclure à l'absence d'ambiguïté des dispositions constitutionnelles. En témoigne, la décision QPC du 22 janvier 2013 relative aux modalités d'interdiction des établissements à caractère pornographique à proximité d'établissements scolaires¹³⁴². La constitutionnalité de ces dispositions était mise en cause au regard de la liberté d'entreprendre. Afin d'octroyer un label de constitutionnalité aux dispositions pénales susvisées, la

¹³⁴⁰Cass. crim., QPC, 1^{er} oct. 2013, n° 1381240, arrêt au sein duquel la Cour de cassation énonce que « la question posée ne présente pas un caractère sérieux, en ce que la minoration d'une déclaration obligatoire n'est qu'une modalité de la dissimulation, dont il relève de l'office du juge d'apprécier l'étendue ».

¹³⁴¹ Cass. crim., QPC, 18 oct. 2016, n° 15-84.940.

¹³⁴² L. n° 87-588, 30 juillet 1987 *portant diverses mesures d'ordre social* modifié par l'art. 6 loi n° 2007-293, 5 mars 2007 *réformant la protection de l'enfance (1)*.

chambre criminelle de la Cour de cassation détermine elle-même le sens des dispositions constitutionnelles en explicitant l'intention du législateur¹³⁴³. Ainsi, elle juge que les dispositions litigieuses ne portent pas de manière manifestement disproportionnée atteinte à la liberté d'entreprendre compte tenu de l'objectif d'ordre public de protection renforcée de l'enfance qui sous-tend l'adoption des textes critiqués. De même, celle-ci valide l'article relatif à l'article 225-12-1, alinéa 1^{er} du code pénal qui incrimine les faits de prostitution de mineur, en se rabattant derrière l'intention claire du législateur¹³⁴⁴. En effet, la chambre criminelle refuse fréquemment de renvoyer les questions de constitutionnalité contestant la précision d'un texte répressif dès lors que la disposition législative critiquée est suffisamment précise permettant à la Cour d'interpréter le texte. Ainsi, dans de nombreuses décisions¹³⁴⁵, la Haute juridiction de l'ordre judiciaire rappelle que l'interprétation des textes répressifs entre dans l'office du juge judiciaire, si bien qu'aucune atteinte au principe de légalité des délits et des peines ne peut être relevée. Comme l'a souligné le professeur Perrier, cette position souffre d'une contradiction en ce que la nécessité de recourir à une interprétation prouve que le texte répressif n'est pas assez précis et qu'il est, en outre, impossible pour le législateur, de prévoir de manière exhaustive tous les comportements incriminés¹³⁴⁶. En déterminant elle-même le sens à donner aux droits et libertés fondamentaux afin de conclure ou non au caractère sérieux des questions prioritaires de constitutionnalité, la chambre criminelle s'approprie ainsi la Constitution de manière analogue à celles des juges constitutionnels français et canadiens.

¹³⁴³ Cass. crim., QPC, 22 janv. 2013, n° 1290065, *Bull. crim.* n° 23 au sein duquel la Cour de cassation énonce que « la question posée ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux, dès lors que la disposition légale critiquée, qui a été adoptée par le législateur dans un but de protection renforcée de l'enfance dont l'intérêt, la prise en compte des besoins et le respect des droits constituent des motifs d'intérêt général répondant à des exigences constitutionnelles reconnues et garanties par les alinéas 10 et 11 du préambule de la Constitution de 1946 et à l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, n'a pas pour effet de porter à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ».

¹³⁴⁴ Cass. crim., QPC, 21 août 2013, n° 1390021, « La question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que, d'une part, aucune atteinte n'est portée au principe de légalité des délits et des peines, le délit de recours à la prostitution d'un mineur étant défini de manière suffisamment claire et précise par l'article 225-12-1, alinéa 1er, du code pénal pour que son interprétation, qui entre dans l'office du juge pénal, puisse se faire sans risque d'arbitraire, et que, d'autre part, les dispositions critiquées n'instaurent aucune présomption de culpabilité, la preuve devant être établie que le prévenu n'ignorait pas que la victime était mineure ».

¹³⁴⁵ Cass. crim. QPC, 6 juin 2012, n° 12-90.016 concernant l'enregistrement et fixation d'images ou représentations pornographiques de mineurs ; Cass. crim. QPC, 24 sept. 2013, n° 12-87.059 concernant l'article 121-3 du code pénal ; Cass. crim. QPC, 7 janv. 2014, n° 13-82.514 concernant la contrefaçon ou falsification de chèques et usages ou encore, Cass. crim., QPC, 22 juin 2016, n° 16-900.12 concernant le proxénétisme.

¹³⁴⁶ J.-B. PERRIER, « Le droit commun (droit pénal et procédure pénale) in *Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité. Unité et diversité des pratiques. De la Cour de cassation et du Conseil d'État*, actes du colloque tenu du 26 au 27 octobre 2017 à l'Université de Clermont Auvergne par A. FAUTRE-ROBIN et N. DROIN.

2) En l'absence d'ambiguïté des dispositions constitutionnelles au Canada

323. La détermination du sens des dispositions constitutionnelles par les juges canadiens. Outre-Atlantique, « l'interprétation conciliatrice »¹³⁴⁷ permet également aux juges canadiens d'éviter un prononcé d'inconstitutionnalité en privilégiant une interprétation conforme de la disposition pénale critiquée. Dans la décision *Rodgers*¹³⁴⁸, la Cour suprême du Canada décrit l'interprétation conciliatrice qui permet d'harmoniser une règle de droit écrit avec la *Charte canadienne des droits et libertés* : « [...] lorsque la disposition législative se prête à deux interprétations différentes, mais également plausible et compatibles avec l'objet apparent de la loi, il convient de préférer l'interprétation qui s'harmonise avec les principes de la *Charte* ». Le recours à l'interprétation conciliatrice n'est opportun que lorsqu'une règle de droit édictée par le législateur « comporte une ambiguïté véritable »¹³⁴⁹. L'interprétation conciliatrice des dispositions pénales litigieuses est une étape préalable et nécessaire à la détermination de leur constitutionnalité¹³⁵⁰. Autrement dit, un prononcé d'inconstitutionnalité ne devrait advenir qu'en bout de piste, c'est-à-dire que si l'interprétation conciliatrice donnée par les juges canadiens n'est pas parvenue à « sauver » la disposition pénale défectueuse. La Cour suprême du Canada rappelle cette « logique judiciaire temporelle » dans l'affaire *Levkovic*¹³⁵¹ : « [...] Un tribunal ne peut conclure qu'une loi est d'une imprécision inconstitutionnelle qu'après avoir épuisé les possibilités rattachées à sa fonction d'interprétation [...] ». Tel a été le raisonnement entrepris par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Corbett*¹³⁵² : « À mon avis, le par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, ne serait pas compatible avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* à moins qu'on ne l'interprète comme accordant au juge du procès la discrétion de refuser le contre-interrogatoire d'un accusé au sujet de ses condamnations antérieures, si ces condamnations sont d'une valeur probante

¹³⁴⁷ D. PINARD, « Les sanctions d'une règle de droit législative incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés* : le *reading in*, le *reading down*, l'interprétation large, l'interprétation atténuée, etc. ! », (2003) *R. du B.* (numéro spécial) 421, p. 435 et s.

¹³⁴⁸ *R. c. Rodgers*, [2006], 1 RCS 554, 2006, CSC 15, §. 18.

¹³⁴⁹ *R. c. Rodgers*, [2006], 1 RCS 554, 2006, CSC 15, §. 18.

¹³⁵⁰ *R. c. Sharpe*, [2001], 1 RCS 45, 2001, CSC 2, §. 32.

¹³⁵¹ *R. c. Levkovic*, [2013], 2 RCS 204, 2013, CSC 25, §. 47.

¹³⁵² *R. c. Corbett*, [1988], 1 RCS 670, 699.

ténué dans l'évaluation de la crédibilité du témoignage et si leur dévoilement est hautement préjudiciable de l'accusé ». Ainsi, en déterminant le sens et la portée de la disposition pénale critiquée, la Cour suprême du Canada a évité les problèmes constitutionnels invoqués. De même, les juges suprêmes interprètent l'article 269 du *Code criminel* mis en cause de manière à le rendre conforme à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés de 1982* et juge ainsi que « les infractions sous-jacentes de responsabilité absolue »¹³⁵³ ne peuvent, selon les règles d'interprétation des lois, donner lieu à des poursuites en responsabilité que si elles renferment une norme objective devant être rapportée par l'accusé. En outre, pour que l'accusé puisse être condamné du chef d'infliction illégale de lésions corporelles à autrui prévu à l'article 269 du *Code criminel*, il doit avoir commis une infraction sous-jacente et causé des lésions corporelles à autrui. Pour prouver la *mens rea* de l'article 269 du *Code criminel*, il doit prouver la *mens rea* de l'infraction sous-jacente et l'exigence additionnelle requise par le mot « illégalement » dans la définition de l'infraction. Conformément à l'interprétation conciliatrice qu'en donne la Cour suprême, le terme « illégalement » exige que l'acte sous-jacent, criminel ou non, soit au moins objectivement dangereux en ce que toute personne raisonnable se rendra inévitablement compte qu'il fait courir à autrui le risque d'une blessure. En interprétant l'article 269 du *Code criminel* comme renfermant cette norme objective de la personne raisonnable, les juges criminels assurent la conformité de la disposition pénale litigieuse à la *Charte*.

En définitive, à l'image des juges constitutionnels français et canadiens, la technique de l'interprétation conforme des lois pénales permet à la chambre criminelle de la Cour de cassation de régler la contestation constitutionnalité avant même que celle-ci n'arrive jusqu'au prétoire du Conseil constitutionnel. Autrement dit, la chambre criminelle intervient plus tôt dans le temps que le Conseil constitutionnel pour examiner la constitutionnalité des dispositions litigieuses à la Constitution. En cela, le recours à l'interprétation conforme apparaît comme un procédé rapide et efficace pour rétablir la conformité de la loi à la Constitution. La solution n'en est pas moins contestable tant il n'appartient, en France, qu'au Conseil constitutionnel d'examiner

¹³⁵³ C'est-à-dire les infractions pour lesquelles « une fois la preuve faite par la poursuite de l'existence de l'élément matériel de l'infraction, il n'est pas possible pour l'accusé de se disculper en démontrant qu'il a pris toutes les précautions nécessaires pour éviter la commission de l'infraction » : v. A. MARCOTTE, « Rappel sur certains principes encadrant le droit pénal réglementaire », in *Conférence des juristes de l'État*, 14^e, 2000 : Québec, Actes de la XIV^e Conférence des juristes de l'État.- Cowansville, Québec : Y. Blais, c2000, p. 497.

la constitutionnalité des dispositions litigieuses au regard du bloc de constitutionnalité. Mais la cause de cette évolution au sein du contentieux constitutionnel n'est-elle pas à rechercher dans l'avènement même de la question prioritaire de constitutionnalité ? L'exercice optimal du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité par la chambre criminelle de la Cour de cassation ne pourrait-il être que le résultat prévisible du nouveau rôle constitutionnel que lui assigne la réforme de 2008 ? Il semble devoir répondre par la positive. De manière analogue, la chambre criminelle se fait « juge direct, immédiat et plein de la constitutionnalité »¹³⁵⁴ en se livrant, occasionnellement, à un contrôle de constitutionnalité des interprétations jurisprudentielles qu'elle donne aux dispositions législatives critiquées.

B) En l'absence d'ambiguïté des interprétations jurisprudentielles des dispositions constitutionnelles

324. La délimitation de la portée des dispositions constitutionnelles critiquées par la chambre criminelle de la Cour de cassation. L'hypothèse peut être illustrée à travers les quatre questions prioritaires de constitutionnalité posées à l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 20 mai 2011 concernant la prescription de l'action publique pour les délits dissimulés et les crimes rattachés à une infraction connexe non prescrite¹³⁵⁵. L'Assemblée plénière justifie l'absence de tout caractère sérieux pouvant justifier le renvoi au Conseil constitutionnel en relevant que le principe de la prescription de l'action publique ne représente « aucune disposition, règle ou

¹³⁵⁴ D. ROUSSEAU, « La Cour a ses raisons, la raison les siennes », *Gaz. Pal.*, 31 mai 2011, p. 7.

¹³⁵⁵ Cass. Ass. plén., 20 mai 2011, *Bull. crim.* n° 7 ; J. GALLOIS, « Prescription de l'action publique : quand la Cour de cassation se prend pour le Conseil constitutionnel », *AJ pénal*, 2011, n° 11, pp. 516-520 ; N. MAZIAU, Les "bonnes raisons" de la Cour de cassation (à propos des arrêts d'assemblée plénière rendus le 20 mai 2011, en matière de question prioritaire de constitutionnalité), *D.*, 2011, n° 26, pp. 1775-1779 ; A.-S. CHAVENT-LECLÈRE, « La question prioritaire de constitutionnalité relative à l'"imprescriptibilité" des infractions complexes est rejetée », *Procédures*, 2011, n° 7, pp. 28-29 ; G. DRAGO, « QPC et jurisprudence constante : fin de partie ? ; note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 20 mai 2011, pourvoi numéro 11-90.025 QPC, Cour de cassation, Assemblée plénière, 20 mai 2011, pourvoi numéro 11-90.032 QPC, Cour de cassation, Assemblée plénière, 20 mai 2011, pourvoi numéro 11-90.033 QPC et Cour de cassation, Assemblée plénière, 20 mai 2011, pourvoi numéro 11-90.042 QPC », *Gaz. Pal.*, 2011, n° 156-158, pp. 11- 13 ; D. ROUSSEAU, « La Cour a ses raisons, la raison les siennes ! ; note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 20 mai 2011, pourvoi numéro 11-90.032 », *Gaz. Pal.*, 2011, n° 149-151, pp. 7-9 ; A. LIENHARD, « Prescription de l'abus de biens sociaux : non-renvoi de la QPC », *D.*, 2011, n° 20, p. 1346.

principe de valeur constitutionnelle »¹³⁵⁶. Ce faisant, la Cour de cassation détermine de sa propre autorité, les droits et libertés fondamentaux garantis par la Constitution afin de justifier le non-lieu à renvoi des moyens d'inconstitutionnalité. Un raisonnement similaire peut être attesté par les questions prioritaires de constitutionnalité respectivement relatives aux articles 417 et 665 du code de procédure pénale. Au sein de la première décision QPC du 24 novembre 2010¹³⁵⁷, la Cour de cassation, tirant les conséquences de la précédente décision du 16 juillet 2010¹³⁵⁸, complète sa jurisprudence afin de la rendre conforme à la Constitution. Le prévenu a été condamné à neuf ans d'emprisonnement et dix ans de suivi socio-judiciaire pour agression sexuelle en récidive et tentative d'agression sexuelle par la Cour d'appel de Douai. Concomitamment à son pourvoi, le prévenu a soulevé une question prioritaire de constitutionnalité visant à contester la constitutionnalité de l'article 417 alinéa 1 et 2 du code de procédure pénale au regard du principe constitutionnel des droits de la défense en ce que, en dehors du cas du prévenu atteint d'une infirmité de nature à compromettre sa défense¹³⁵⁹, qui est obligatoirement assisté d'un défenseur, ces dispositions ne font pas obligation à la juridiction correctionnelle devant laquelle il comparaît sans avocat de l'informer qu'il a la faculté d'être assisté, au besoin sur commission d'office, se bornant à prévoir que ladite commission est subordonnée à une demande expresse dudit prévenu. Interprétant le texte litigieux dans le sens souhaité par le demandeur, la chambre criminelle précise que l'exercice de la faculté de se faire assister par un défenseur, prévue par l'article 417 alinéas 1 et 2 du code de procédure pénale, implique, pour être effectif, que le prévenu a été préalablement informé de cette faculté. Ce faisant, en posant un principe général¹³⁶⁰, la chambre criminelle rétablit la nécessité de la défense à tous les prévenus devant les juridictions correctionnelles en lieu et place du Conseil constitutionnel.

¹³⁵⁶ *Ibidem.*

¹³⁵⁷ Cass. crim., QPC, 24 nov. 2010, n° 1080551 ; M. LÉNA, « Assistance d'un avocat devant les juridictions correctionnelles », *Dalloz actu.*, 14 janv. 2011.

¹³⁵⁸ Cass. FSC., QPC, 16 juill. 2010, n° 12185.

¹³⁵⁹ Art. 417 al. 4 Code pr. pén.

¹³⁶⁰ Cass. crim., QPC, 24 nov. 2010, n° 1080551 : « L'exercice de la faculté reconnue au prévenu qui comparaît devant la juridiction correctionnelle de se faire assister d'un avocat, et, s'il n'en a pas fait le choix avant l'audience et demande cependant à être assisté, de s'en faire désigner un d'office par le président implique, pour être effectif, y compris en cause d'appel, que ce dernier l'ait préalablement informé de cette faculté s'il n'a pas reçu cette information avant l'audience ».

Concernant la seconde question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article 665 du code de procédure pénale relatif au renvoi d'une juridiction à une autre dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, la chambre criminelle de la Cour de cassation assure un élargissement des droits de la défense en complétant sa propre jurisprudence¹³⁶¹. Saisie d'une première question prioritaire de constitutionnalité visant à contester la constitutionnalité de l'alinéa 2 de l'article 665 du code de procédure pénale¹³⁶² en ce qu'il ne prévoit pas que la requête aux fins de renvoi soit signifiée aux parties ni que celles-ci puissent déposer un mémoire au greffe de la Cour de cassation, la formation spéciale de constitutionnalité de la Cour de cassation écarte le grief d'inconstitutionnalité tiré de la méconnaissance du principe du contradictoire en se rabattant derrière l'office du juge pénal, ce dernier étant chargé de veiller au respect de la contradiction lors de l'examen de la requête. D'un revers de main, la formation spéciale de constitutionnalité de la Cour de cassation écarte ainsi le doute quant à l'inconstitutionnalité de la disposition litigieuse. Cependant, le 15 juin 2011, la chambre criminelle est, à nouveau, amenée à se prononcer sur la constitutionnalité de l'article 665 alinéa 2 du code de procédure pénale. À l'appui d'une motivation plus laborieuse, les juges répressifs apportent les précisions utiles à la sauvegarde de la conformité du texte litigieux à la Constitution. En effet, la chambre criminelle précise, d'une part, qu'en cas de renvoi d'une affaire d'une juridiction à une autre, la requête est notifiée à chacune des parties qui sont informées du droit de déposer un mémoire au greffe, dans le délai de huit jours de la notification. D'autre part, elle justifie la différence de traitement établie par ce texte entre le procureur général qui a seul le pouvoir de saisir la Cour de cassation d'une demande de renvoi, et les autres parties, au regard des attributions particulières du Parquet, ce dernier étant le mieux à même d'apprécier l'opportunité d'une telle saisine dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Dans cette entreprise, c'est notamment à la lumière de jurisprudence constitutionnelle que la chambre criminelle de la Cour de cassation se prête à une motivation plus poussée de l'appréciation du caractère non sérieux du moyen d'inconstitutionnalité invoqué.

¹³⁶¹ Cass. crim., QPC, 15 juin 2011, n° 1183703 ; obs. « Dépaysement à la demande du procureur général : rejet de la QPC – Cour de cassation, crim. 15 juin 2011 », *D.* 2011, p. 1765 ; obs. C. BERLAUD, « Cour de cassation chambre criminelle, 15 juin 2011, n° 11-83703 », *Gaz. Pal.*, 2011, n° 202, p. 24.

¹³⁶² Cass. FSC., QPC, 8 juill. 2010, n° 1090048 ; N. MAZIAU, « L'appréhension de la Constitution par la Cour de cassation au travers de l'analyse de l'évolution de son mode de contrôle : la révolution de la QPC cinq ans après l'entrée en vigueur de la réforme », *RFDC*, juill.-sept. 2015, n° 102, pp. 453-481.

325. L'utilisation de la jurisprudence constitutionnelle. Dans certaines hypothèses, la chambre criminelle de la Cour de cassation apprécie et motive en quoi les dispositions pénales contestées ne sont pas contraires à la Constitution, à la lumière de la jurisprudence constitutionnelle. En témoigne, par exemple, la question prioritaire de constitutionnalité relative aux injures publiques à l'égard de certaines personnes susmentionnée, au sein de laquelle la Haute juridiction de l'ordre judiciaire utilise la jurisprudence constitutionnelle afin d'écarter tout doute d'inconstitutionnalité¹³⁶³. En effet, la chambre criminelle de la Cour de cassation reprend ici la définition du principe d'égalité telle que consacrée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le principe de l'égalité peut se définir selon deux acceptions. La première, formelle, suppose « un traitement uniforme des individus quelle que soit leur situation, (...) tous les sujets possédant exactement les mêmes droits »¹³⁶⁴. La seconde, matérielle, permet « l'application de règles distinctes selon des situations particulières »¹³⁶⁵. Le Conseil constitutionnel a fait le choix de la seconde acception de l'égalité. En effet, les Sages « affirment régulièrement que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes »¹³⁶⁶.

De même, la question prioritaire de constitutionnalité relative à la règle *non bis in idem* mérite d'être mentionnée. Bien qu'il s'agisse d'une question prioritaire de constitutionnalité de renvoi au Conseil constitutionnel, la décision QPC en date du 30 mars 2016¹³⁶⁷ prouve qu'en utilisant les mêmes critères jurisprudentiels dégagés par

¹³⁶³ Cass. crim., QPC, 15 mars 2016, n° 15-90.022 ; L. COSTES, « Injure publique : rejet d'une QPC relative aux articles 30 et 31 de la loi du 29 juillet 1881 », *Revue Lamy droit de l'immatériel ex Lamy droit de l'informatique*, 2016, n° 125, p. 31 ; Légipresse, « L'impossibilité d'invoquer l'excuse de provocation en cas d'injure proférée à l'égard des personnes visées aux articles 30 et 31 de la loi sur la presse n'est pas contraire à la Constitution », *Légipresse*, 2016, n° 337, p. 205 ; A. LEPAGE, « Diverses précisions sur l'excuse de provocation », *Communication Commerce Électronique*, 2016, n° 6, pp.32-33 ; B. ADER, « Procédure de presse (janvier-décembre 2016) », 2017, n° 347, pp. 109-112 ; N. VERLY, « Un an... de contentieux de la presse (janvier 2016 - mars 2017) », *Procédures*, 2017, n° 6, pp. 6-8.

¹³⁶⁴ A. FRANK, « Les critères objectifs et rationnels dans le contrôle constitutionnel de l'égalité », *RDP*, 2009, p. 78.

¹³⁶⁵ *Ibidem*.

¹³⁶⁶ A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 251-252.

¹³⁶⁷ Cass. crim., QPC, 30 mars 2016, n° 16-90.001, n° 16-90.005 ; C. HERMON, « Retour sur le cumul des poursuites et des sanctions pénales et fiscales, une partition inachevée », *RDP*, 2016, n° 5, pp. 1395-1423 ; obs. N. CATELAN, « Cumul de sanctions pénales et fiscales : renvoi d'une QPC », *D.*, 2016, p. 788. Pour rappel, la jurisprudence établie de la Cour de cassation acceptait le principe du cumul au motif que « la règle *non bis in idem* (...) ne trouve à s'appliquer (...) que pour les infractions relevant, en droit français, de la compétence des tribunaux statuant en

les Sages, les juges suprêmes de l'ordre judiciaire concluent, s'agissant du cumul de sanctions fiscales et pénales à une potentielle atteinte à la règle *non bis in idem*, justifiant de surcroît le renvoi de la contestation constitutionnelle au Conseil constitutionnel.

De même, la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans son arrêt de non-renvoi du 3 décembre 2014, reprenant la jurisprudence du Conseil constitutionnel, écarte encore tout doute sur la constitutionnalité des articles 1741 et 1743 du code général des impôts en ce qu'ils contreviendraient au principe de non cumul des sanctions administratives et pénales. Ainsi, usant d'une formule qui rappelle étroitement celle émise par le Conseil constitutionnel, la chambre criminelle estime que la contestation constitutionnelle ne revêt pas de caractère sérieux « dès lors que, d'une part, la procédure administrative et la procédure pénale sont indépendantes l'une de l'autre et ont des objets et finalités différents, d'autre part, en cas de cumul entre une sanction administrative et une sanction pénale, le juge judiciaire est tenu de respecter le principe, posé par le Conseil constitutionnel, selon lequel le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne doit pas dépasser le montant le plus élevé de l'une de celles encourues »¹³⁶⁸.

Enfin, la chambre criminelle peut s'appuyer sur une jurisprudence constitutionnelle pour en développer la portée. Alors que le Conseil constitutionnel a considéré que le parquet n'est pas une partie comme une autre, la Cour de cassation, dans son arrêt du 13 décembre 2016¹³⁶⁹, refuse de renvoyer une question portant sur l'inégalité des

matière pénale et n'interdit pas le prononcé de sanctions fiscales parallèlement aux sanctions infligées par le juge répressif » : Cass. crim., 20 juin 1996, n° 94-85.796 ; Cass. Crim., 16 janvier 2002, n° 01-83.742. Saisi d'un contrôle de constitutionnalité *a priori* de ces textes, le Conseil constitutionnel n'avait alors posé qu'une seule exigence : « le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne devait pas dépasser le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues » : Cons. Const., 30 décembre 1997, n° 97-395 DC, loi de finances pour 1998, *JORF*, 31 déc. 1997, p. 19313, *Rec.*, p. 333. En revanche, dans le cadre de la saisine *a posteriori*, le Conseil constitutionnel a jugé que « le principe *non bis in idem* s'opposait au cumul de sanctions pénales et administratives en matière d'infractions boursières de sorte que l'article L.465-1 du Code monétaire et financier concernant le délit d'initié était inconstitutionnel ». Cons. const., 18 mars 2015 QPC, n° 2015-462, *JORF* n°0067, 20 mars 2015, p. 5183, texte n° 98 ; Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-445 QPC, M. Alec W. et autre [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale], *JORF* n° 0151, 30 juin 2016 texte n° 110 : toutefois, dans ces deux décisions le Conseil constitutionnel réaffirme que « le principe de nécessité des délits et des peines ne saurait interdire au législateur de fixer des règles distinctes permettant l'engagement de procédures conduisant à l'application de plusieurs sanctions afin d'assurer une répression effective des infractions », écartant, à deux reprises, toute référence au principe *ne bis in idem* et se fondant sur le principe de nécessité des délits et des peines.

Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-446 QPC, M. Jérôme C. [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale], *JORF* n° 0151 du 30 juin 2016 texte n° 111.

¹³⁶⁸ Cass. crim., QPC, 3 déc. 2014, n° 14-90.040 ; C. HERMON, « Retour sur le cumul des poursuites et des sanctions pénales et fiscales, une partition inachevée », *RDP*, 2016, n° 5, pp. 1395-1423.

¹³⁶⁹ Cass. crim., QPC, 13 déc. 2016, n° 16-90.025, inédit.

armes en matière d'appel d'un jugement rendu par défaut en jugeant que « la personne poursuivie n'est pas dans une situation identique à celle du ministère public, chargé de la protection de l'intérêt général et disposant de moyens de procédure appropriés pour lui permettre de remplir sa mission ».

En définitive, ces cas jurisprudentiels autorisent le constat suivant : dès lors que les dispositions constitutionnelles ou que les interprétations jurisprudentielles desdites dispositions sont dépourvues de toute ambiguïté particulière, en ce qu'elles sont rédigées en des termes clairs et précis, le pouvoir d'interprétation des normes, qui entre dans l'office du juge pénal, lui offre l'opportunité d'exercer indirectement mais certainement, un contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*. C'est aussi à travers son pouvoir normatif jurisprudentiel que la chambre criminelle de la Cour de cassation exerce un contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* et corrige les inconstitutionnalités desdites lois, à l'image du Conseil constitutionnel et des magistrats canadiens.

§2. Le recours commun au pouvoir normatif jurisprudentiel en cas de contestation constitutionnelle au sein du procès pénal

326. L'éviction commune des inconstitutionnalités par le pouvoir normatif jurisprudentiel. La question prioritaire de constitutionnalité offre l'occasion à la chambre criminelle d'utiliser des techniques décisionnelles de nature à remédier aux inconstitutionnalités des lois pénales à la Constitution. Partant, elle ne laisse le soin au Conseil constitutionnel ni de corriger les incompatibilités flagrantes des lois pénales, ni de déterminer les modalités de leur application. Dans cette perspective, en sus de la technique de l'interprétation conforme des lois pénales, la chambre criminelle de la Cour de cassation use de son pouvoir normatif jurisprudentiel afin de modifier la loi pénale pour la rendre conforme à la Constitution (B). Ce faisant, il est possible d'effectuer un rapprochement avec les réserves d'interprétations utilisées traditionnellement par le Conseil constitutionnel et les juges canadiens (A). Si, logiquement, on pouvait s'attendre à ce que le Conseil constitutionnel transpose cette technique dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, il en demeurerait autrement pour la Cour de cassation. Pourtant, l'étude des arrêts de non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité prouve que la chambre

criminelle de la Cour de cassation évince elle aussi les inconstitutionnalités des lois pénales par l'édiction de réserves d'interprétation normatives, à l'image des juges constitutionnels français et canadiens.

A) L'éviction des inconstitutionnalités par le pouvoir normatif jurisprudentiel des juges constitutionnels français et canadien

327. La transposition des réserves d'interprétation dans le contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*. L'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité dans le paysage constitutionnel français a soulevé la question de la transposition des réserves d'interprétation émises traditionnellement par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori*, dans celui de l'article 61-1 de la Constitution. Cette question a été rapidement résolue puisque, trois mois et demi après l'entrée en vigueur de la saisine préjudicielle, le Conseil constitutionnel a fait usage d'une réserve d'interprétation dans sa décision du 18 juin 2010¹³⁷⁰. Dans le cadre du contrôle *a posteriori*, le Conseil constitutionnel émet ainsi des réserves d'interprétation neutralisantes, constructives voire correctives de la loi pénale litigieuse (1), qui ne sont pas sans rappeler les réserves d'interprétation

¹³⁷⁰ Cons. const., 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC, Époux L. [Faute inexcusable de l'employeur] ; F. GROUT, « La difficile délimitation du périmètre de la réparation complémentaire dans le cadre de la faute inexcusable de l'employeur [Cass., 2e civ., 4 avril 2012, n° 11-10308, 11-15393, 11-18014, 11-15393, 11-14311] », *Gaz. Pal.*, 6-7 juillet 2012, n° 188-189, pp. 19-22 ; R. SALOMON, « Action civile [Cass. crim., 3 janvier 2012, n° 09-87288]. [Chronique de droit pénal social] », *Dr. soc.*, juillet-août 2012, n° 7-8, pp. 728-731 ; X. PETROT, « L'indemnisation de la faute inexcusable de l'employeur est-elle conforme à la Constitution? Ou de l'esprit bien oublié de la loi n° 76-1106 du 6 décembre 1976 ... », *Dr. soc.*, déc. 2011, n° 12, pp. 1208-1217 ; T. HUMBERT, « Risques professionnels : évolution de l'indemnisation des préjudices personnels », *JCP S*, 15 nov. 2011, n° 46, pp. 20-22 ; E. MAZUYER, « Droit du travail - Etendue de la responsabilité de l'employeur », *D.*, 24 mars 2011, n° 12, pp. 840-842 ; S. JOSSO, « Pour une révolution des méthodes. Retour sur la décision QPC du 18 juin 2010, Époux L. (Faute inexcusable de l'employeur) », *Politeia*, printemps 2011, n° 19, pp. 133-152 ; S. PORCHY-SIMON, « L'indemnisation des préjudices des victimes de faute inexcusable à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010 : réelle avancée ou espoir déçu ? », *D.*, 17 févr. 2011, n° 7, pp. 459-464 ; A. MOREAU, « Un (petit) pas vers la réparation intégrale des préjudices consécutifs aux accidents du travail et maladies professionnelles », *LPA*, 04 févr. 2011, n° 21, pp. 5-7 ; C. BERNFELD, F. BIBAL, « Indemnisation des victimes de faute inexcusable de l'employeur. Vers une réparation intégrale », *Gaz. Pal.*, 19 déc. 2010, n° 353-355, pp. 6-9 ; J.-P. TESSONIERE, « Indemnisation des victimes de faute inexcusable de l'employeur. La décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010 : et après ? », *Gaz. Pal.*, 19 déc. 2010, n° 353-355, pp. 9-11 ; R.-F. RASTOUL, « Bikini ou la bombe du Conseil constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 1^{er} sept. 2010, n° 244-245, pp. 14-16 ; C. DE LA MARDIERE, « Question prioritaire de constitutionnalité : commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n°2010-8 QPC du 18 juin 2010 », *Constitutions*, juill.-sept. 2010, n° 2010-3, pp. 413-421 ; F. BIBAL, « Les victimes de faute inexcusable de l'employeur retrouvent enfin leur dignité », *Gaz. Pal.*, 30 juin 2010 - 1 juill. 2010, n° 181-182, pp. 13 ; G. VACHET, « Qu'en est-il de la conformité de la loi du 9 avril 1898 à la Constitution », *JCP S*, 2010, n° 37, pp. 42-44.

émises par les magistrats canadiens à travers les techniques du *reading in* et du *reading down* (2). Dans les deux hypothèses, les juges constitutionnels français et canadiens modifient les contenus des lois pénales de manière à les rendre conformes aux normes suprêmes.

1) L'éviction des inconstitutionnalités par le pouvoir normatif jurisprudentiel du Conseil constitutionnel

328. Le recours aux réserves d'interprétation neutralisantes par le Conseil constitutionnel. En France, dans le cadre du contrôle *a priori*, le Conseil constitutionnel émettait, déjà, de telles réserves d'interprétation neutralisantes¹³⁷¹. Dès l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité, il a donc transposé cette technique juridictionnelle. Le Conseil constitutionnel utilise en effet une

¹³⁷¹ Cons. const., 20 janv. 1981, n° 81-127 DC, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, *JORF* 22 janv. 1981, p. 308, *Rec.*, p. 15 ; Cons. const., 3 sept. 1986, n° 86-215 DC, Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance, *JORF* 5 sept. 1986, p. 10788, *Rec.*, p. 30 ; F. LOULOUM, P. NGUYEN DUY-TAN, « Le Conseil constitutionnel et les réformes du droit pénal en 1986 », *RSC*, 1987, p. 567 ; L. FAVOREU, « [Note sous décision n° 86-215 DC], *RDP*, mars-avril 1989, n° 2, p. 399 ; B. GENEVOIS, « [Note sous décision n° 86-215 DC], *AJJC*, 1986, n° II-1986, pp. 444 et 451. Cons. const., 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JORF* 10 mars 2004, p. 4637, texte n°4, *Rec.*, p. 66 ; Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, *JORF* 26 févr. 2008, p. 3272, texte n° 2, *Rec.*, p. 89. M. DISANT, « Le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et l'application dans le temps de la loi relative à l'irresponsabilité pénale pour trouble mental : jeu de pistes », *Constitutions*, 2010, n° 2010-2, pp. 235-237 ; B. DE LAMY, « La rétention de sûreté : pénal or not pénal ? (décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental) », *RSC*, 2009, n° 1, pp. 166-172 ; F. MALHIERE, « Le Conseil constitutionnel et la rétention de sûreté : une décision en demi-teinte Note sous la décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 - Loi relative à la rétention de sûreté et à la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *DA*, 2009, n° 367, pp. 36-43 ; C. GHICA-LEMARCHAND, « La rétention de sûreté (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 21 février 2008) », *RDP*, sept.-oct. 2008, n° 5, pp. 1381-1405 ; R. BOUSTHA, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel : une avancée "a minima" (à propos de la décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental) », *LPA*, 17 juin 2008, n° 121, p. 7-12 ; P. CONTE, « Aux fous ?, *Dr. pén.*, avril 2008, n° 4, pp. 1-2 ; F. CHALTIEL, « La réforme de la justice devant le Conseil constitutionnel : la loi, encadrée, dans l'ensemble validée, partiellement censurée », *LPA*, 20 mars 2008, n° 58, pp. 3-9 ; P. CASSIA, « La Constitution malmenée », *Esprit*, 2008, n° 344, pp. 188-190 ; J.-P. FELDMAN, « Un minority report à la française ? La décision du 21 février 2008 et la présomption d'innocence », *JCP G*, 2008, n° 16, pp. 38-41 ; L. GAY, W. BENESSIANO, « Mesures de sûreté, conflits de lois dans le temps et droit constitutionnel pénal. A propos, notamment, de la décision n° 2008-562 DC du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2008, n° 76, pp. 846-881 ; P. JAN, « Le Président, le Conseil et la Cour, une histoire de Palais de mauvais goût », *AJDA*, 2008, n° 13, pp. 714-716 ; B. MATHIEU, « La non-rétroactivité en matière de rétention de sûreté : exigence constitutionnelle ou conventionnelle », *JCP G*, 2008, n° 11, pp. 4-6 ; Y. MAYAUD, « La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *D.*, 2008, n° 20, pp. 1359-1366 ; I. MBOUP, « La rétention de sûreté et l'article 8 de la Déclaration de 1789, *RRJ*, 2008, n° 4, pp. 2151-2162 ; L. FAVOREU, L. PHILIP, « Contrôle de proportionnalité. Droit constitutionnel pénal. Droit constitutionnel des libertés. Principe de légalité des délits et des peines. Principe de nécessité des peines. Principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères. Principe de la présomption d'innocence. Liberté individuelle. Contrôle de proportionnalité », *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. Dalloz, 2009, pp. 816-827.

réserve d'interprétation neutralisante dans sa décision du 16 septembre 2010 concernant la portée de l'expression « crime ou délit » employée par le législateur dans l'article 706-54 du code de procédure pénale¹³⁷². Le requérant faisait valoir que cet article, en ce qu'il autorise un prélèvement biologique pour tout crime ou délit sans considération des strictes nécessités de l'enquête en cours, méconnaissait le principe de la présomption d'innocence consacré à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le juge vient interpréter de manière restrictive l'expression « crime ou délit » en considérant qu'elle « doit être interprétée comme renvoyant aux infractions énumérées par l'article 706-55 »¹³⁷³. Cet article, qui a donc été déclaré conforme à la Constitution dans cette même décision, renvoie à une liste limitative d'infractions pour lesquelles les empreintes génétiques sont centralisées dans le fichier national automatisé des empreintes génétiques. En faisant référence à cet article, le Conseil constitutionnel réduit considérablement le champ d'application de l'article 706-54 du code de procédure pénale.

De même, dans sa décision du 6 mai 2011, le Conseil a émis une réserve d'interprétation neutralisante concernant l'article 393 du code de procédure pénale¹³⁷⁴. Cette disposition autorise le procureur de la République à constater l'identité de la personne déférée devant lui postérieurement à une garde à vue, lui impose de lui faire connaître les faits qui lui sont reprochés et de recueillir ses déclarations si elle en fait la demande. Durant cette phase de la procédure, la personne déférée ne dispose pas de l'assistance d'un avocat et n'a pas accès au dossier de la procédure. Le requérant faisait ainsi valoir que cette disposition

¹³⁷² Cons. const., 16 sept. 2010, n° 2010-25 QPC, M. Jean-Victor C. [Fichier empreintes génétiques], *JORF* 16 sept. 2010, p. 16847, texte n° 64, *Rec.*, p. 220. ; J.-B. PERRIER, « Empreintes génétiques : constitutionnalité du prélèvement et de l'inscription dans le fichier », *RFDC*, 2011, n° 85, pp. 117-123 ; J. DANET, « Le FNAEG au Conseil constitutionnel : deux réserves, une confortation générale », *AJPénal*, déc. 2010, n° 12, pp. 545-548 ; PIERRE DE COMBLES DE NAYVES, « Les faiblesses de la QPC et l'inconventionnalité de l'article 706-56 III du code de procédure pénale (CA Pau, 31 mars 2011, n° 10/00438) », *AJPénal*, mai 2011, n° 5, pp. 250-251 ; E. BESSON, P. BONFILS, E. CARPENTIER, N. CATELAN, M. GIACOPPELI, L. HECKMANN, A. MANGIAVILLANO, J.-B. PERRIER, C. TZUTZUIANO, L. DOMINGO, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel – juill.-oct. 2010 », *RFDC*, 2011, n° 85, pp. 98-161.

¹³⁷³ Cons. const., 16 sept. 2010, n° 2010-25 QPC, consid. 19.

¹³⁷⁴ Cons. const., 6 mai 2011, n° 2011-125 QPC, M. Abderrahmane L. [Défèrement devant le procureur de la République], *JORF* 7 mai 2011, p. 7850, texte n° 76, *Rec.*, p. 218 ; N. CATELAN, « Défèrement devant le procureur de la République in *Jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *RFDC*, janv. 2012, n° 89, pp. 166-167 ; J.-B. PERRIER, « Défèrement devant le procureur de la République : le Conseil constitutionnel entre continuité et changement », *AJPénal*, oct. 2011, n° 10, pp. 471-473 ; S. DETRAZ, « Constitutionnalité des articles 393 et 802-3 du code de procédure pénale relatifs au défèrement devant le procureur de la République à l'issue de la garde à vue », *Gaz. Pal.*, 22 mai 2011, n° 142-144, pp. 18-20 ; J. DANET, « Le défèrement au procureur sans assistance d'un avocat : une conformité à la Constitution avec réserve, signe d'une réponse fragile », *RSC*, avril-juin 2011, n° 2, pp. 415-417.

méconnaissait les droits de la défense. Afin de rester cohérent avec sa jurisprudence antérieure, notamment avec la décision « Garde à vue » du 30 juillet 2010, sans toutefois censurer la disposition, le Conseil restreint la portée de l'article en considérant qu'il ne permet pas au procureur de la République d'interroger l'intéressé et ne l'autorise pas à consigner les déclarations de celui-ci dans le procès-verbal mentionnant les formalités de la comparution. Un autre exemple d'une réserve d'interprétation neutralisante est issu de la décision du 24 juin 2011¹³⁷⁵ concernant l'exécution du mandat d'arrêt et du mandat d'amener. Était mise en cause la constitutionnalité des articles 130, 130-1 et 133 alinéa 4 du code de procédure pénale relatives aux mandats d'amener et aux conditions de son décernement. Après avoir rappelé que le mandat d'arrêt européen ne peut être mise en œuvre à l'encontre d'une personne qu'à raison de faits punis d'au moins une peine correctionnelle d'emprisonnement, le Conseil constitutionnel a constaté que les dispositions déférées ne contenaient pas une telle condition quant au mandat d'amener. Or, pour le Conseil, « la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ne pourrait être regardée comme équilibrée si la privation de liberté de quatre ou six jours prévue par l'article 130 pouvait être mis en œuvre, dans le cadre d'un mandat d'amener, à l'encontre d'une personne qui n'encourt pas une peine d'emprisonnement correctionnelle ou une peine plus grave »¹³⁷⁶. Sous cette réserve neutralisante, il déclare les dispositions contestées conformes à la Constitution. Les juges constitutionnels réduisent le champ d'application de la loi litigieuse dans un sens favorable aux justiciables : le mandat d'amener ne doit pouvoir s'appliquer qu'à des personnes encourant une peine d'emprisonnement correctionnelle.

¹³⁷⁵ Cons. const., n° 2011-133 QPC 24 juin 2011, M. Kiril Z. [Exécution du mandat d'arrêt et du mandat d'amener], *JORF* 25 juin 2011, p. 10840, texte n° 70, *Rec.*, p. 296 ; J.-B. PERRIER, « Mandat d'arrêt et mandat d'amener : constitutionnalité, inconstitutionnalité et avancées législatives », *AJPénal*, déc. 2011, n° 12, pp. 602-603 ; L. BAGHESTANI, « Ordre public et sécurité des personnes [Chronique de jurisprudence constitutionnelle (2e partie)] », *LPA*, 31 juillet 2012, n° 152, p. 17 ; A.-S. CHAVENT-LECLÈRE, « Constitutionnalité des mandats d'arrêt et d'amener La privation de liberté suite à mandats est presque constitutionnelle », *Procédures*, août-septembre 2011, n° 8-9, pp. 23-25 ; J. DANE, « La présentation au procureur en cas de transfèrement : entre constitutionnalité et conventionnalité (Crim., 29 mars 2011, n°11-90008) », *RSC*, avril-juin 2011, n° 2, pp. 417-418.

¹³⁷⁶ Cons. const., 24 juin 2011, n° 2011-133 QPC, consid. 13.

329. L'utilisation commune des réserves d'interprétation constructives.

L'avènement du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en France s'est accompagné d'une transposition de la typologie traditionnelle des réserves d'interprétation formulées par le Conseil constitutionnel. Ainsi, la question prioritaire de constitutionnalité précitée autorise à effectuer un parallèle avec les réserves d'interprétation constructives. Celles-ci se singularisent des réserves d'interprétation neutralisantes ou directives en ce qu'elles enrichissent le contenu de la disposition de la loi par une extension de sa portée. En effet, selon la doctrine, les réserves d'interprétation sont dites constructives « lorsque le Conseil ajoute à la loi dans le but de la rendre ainsi conforme à la Constitution »¹³⁷⁷. Autrement dit, par l'extension du champ d'application de la portée de la règle de droit, le Conseil constitutionnel harmonise la loi pénale contestée à la Constitution. Rapidement après l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de transposer l'utilisation de la technique des réserves constructives¹³⁷⁸. En témoigne, par exemple, la décision QPC du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010 au sein de laquelle ce dernier, répare pour la première fois les omissions du législateur par l'intermédiaire d'une réserve d'interprétation constructive. En imposant que les victimes d'une faute inexcusable de l'employeur ou les ayants droits puissent obtenir de celui-ci la réparation de l'ensemble des dommages non couverts par le code de la sécurité sociale, le juge constitutionnel étend la portée des articles L. 451-1 et L. 452-1 à L. 452-5 du code de la sécurité sociale dont la constitutionnalité était mise en cause¹³⁷⁹. Il en est de

¹³⁷⁷ N. JACQUINOT, « QPC et interprétation de la loi », *LPA*, 5 mai 2011, n° 89, p. 5.

¹³⁷⁸ Cons. const. 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC, Époux L. [Faute inexcusable de l'employeur].

¹³⁷⁹ Dans le même sens : Cons. const., 29 sept. 2010, n° 2010-38 QPC, M. Jean-Yves G. [Amende forfaitaire et droit au recours], *JORF* 30 sept. 2010, p. 17781, texte n° 105, *Rec.*, p. 252. G. AYACHE, R. JOSSEAUME, « Le code de la route à l'épreuve du juge constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 13-14 avril 2011, n° 103-104, pp. 8-12 ; C. TZUTZIANO, « Le droit au recours préservé en matière d'amende forfaitaire », *RFDC*, 2011, n° 85, pp. 144-151 ; J.-P. CÉRÉ, « Réserve d'interprétation en matière d'amende forfaitaire », *AJ Pénal*, déc. 2010, n° 12, pp. 555-556 ; A. MARON, M. HAAS « Un bon conseil prodigué sur ton réservé », *Dr. pén.*, nov. 2010, n° 11, pp. 39-40.

Dans la même lignée, au sein de la question prioritaire de constitutionnalité relative à la décision « *Amende forfaitaire et au droit au recours* », le Conseil constitutionnel enrichit le contenu de la disposition l'article 529-10 du code de procédure pénale de manière à le rendre conforme à la Constitution. Il impose que la requête en exonération déclarée irrecevable puisse être contestée devant le juge de proximité afin de garantir le droit à un recours juridictionnel effectif. V. aussi, Cons. const., 17 déc. 2010, n° 2010-62, M. David M. [Détention provisoire : procédure devant le juge des libertés et de la détention] ; D. LE DREVO, « Détention provisoire : l'article 148 du code de procédure pénale, une conformité sous condition (Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel, 2010-62 QPC du 17 décembre 2010, M. David M. [Détention provisoire : procédure devant le juge des libertés et de la détention]) », in *Jurisprudence du Conseil constitutionnel*, oct. 2010-mars 2011, *RFDC*, juill. 2011, n° 87,

même dans la décision du 18 décembre 2011 relative au nouveau régime de la garde à vue¹³⁸⁰. Plus exactement, était en cause notamment l'article 62-2 alinéa 2 du code de procédure pénale en vertu duquel « S'il apparaît, au cours de l'audition de la personne, qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement, elle ne peut être maintenue sous la contrainte à la disposition des enquêteurs que sous le régime de la garde à vue ». Après avoir procédé à l'interprétation préalable du moyen¹³⁸¹, le Conseil constitutionnel par une réserve d'interprétation constructive, vient compléter la loi en reprenant certaines propositions que le Gouvernement avait proposé dans le projet de loi initial afin d'encadrer le déroulement de l'audition libre¹³⁸² qui « n'était définie qu' "en creux", comme l'audition par les services de police ou de gendarmerie d'une personne suspecte réalisée sans contrainte »¹³⁸³ : dans cette hypothèse, la personne ne peut « être entendue ou continuer à être entendue librement par les enquêteurs que si elle a été informée de la nature et de la date de l'infraction qu'on la soupçonne d'avoir commise et de son droit de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie »¹³⁸⁴. En somme, tout en admettant que la personne soupçonnée puisse être entendue sans être placée en garde à vue lorsqu'elle y consent, le Conseil impose que certaines informations soient

pp. 569-571 ; J.-B. PERRIER, « Procédure écrite et exigence du contradictoire pour l'examen des demandes de mise en liberté par le juge des libertés et de la détention », *AJpénal*, mars 2011, n° 3, pp. 136-137 ; E. DAOUD, A. TALBOT, « Procédure pénale : la détention provisoire », *Constitutions*, 2011, n° 2011-4, pp. 515-519. Cons. const., 17 déc. 2010, n° 2010-80 QPC, M. Michel F. [Mise à la disposition de la justice], *JORF* 19 décembre 2010, p. 22374, texte n° 50, *Rec.*, p. 408 ; E. DAOUD, A. TALBOT, « Procédure pénale : le défèrement devant le parquet », *Constitutions*, 2011, n° 2011-4, pp. 525-530. Dans les deux hypothèses, le Conseil constitutionnel répare les omissions du législateur. Ainsi, afin de garantir la constitutionnalité de la procédure de la détention provisoire, le Conseil constitutionnel impose que les réquisitions du ministère public et l'avis motivé du juge d'instruction puissent être accessibles à l'auteur de la demande. En ce sens, par une réserve d'interprétation, le Conseil constitutionnel étend le champ d'application du principe du contradictoire. D'autre part, concernant la décision relative à la « mise à disposition de la justice », les juges constitutionnels exigent que la mise en œuvre de l'article 803-3 du code de procédure pénale permette à l'autorité judiciaire devant laquelle la personne est appelée à comparaître d'être mise en mesure de porter une appréciation immédiate sur l'opportunité de cette rétention. En conséquence, le magistrat doit être informé sans délai de l'arrivée de la personne déférée dans les locaux de la juridiction.

¹³⁸⁰ Cons. const. 18 nov. 2011, n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, *JORF* 19 nov. 2011, p. 19480.

¹³⁸¹ *Ibidem*, consid. 18 : « Considérant qu'il résulte nécessairement de ces dispositions qu'une personne à l'encontre de laquelle il apparaît qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction peut être entendue par les enquêteurs en dehors du régime de la garde à vue dès lors qu'elle n'est pas maintenue à leur disposition sous la contrainte ».

¹³⁸² Les dispositions relatives à l'audition libre, vivement critiquées, ont fait l'objet d'un amendement. Cependant, en raison de la formulation de l'article 62, l'audition libre demeure possible sans que son régime ne soit expressément organisé dans la loi, notamment quant à l'information du prévenu.

¹³⁸³ *Projet de loi portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, Rapports législatifs*, <http://www.senat.fr/rap/113-380/113-3808.html>.

¹³⁸⁴ *Ibidem*, consid. 20.

portées à la sa connaissance. Cette même réserve d'interprétation constructive, sera à nouveau formulée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 8 juin 2012¹³⁸⁵. Plus récemment, tout en étant en adéquation avec l'intention du législateur, certaines réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel, notamment dans sa décision du 9 septembre 2016¹³⁸⁶, témoignent du fait que ce dernier complète, si ce n'est corrige, largement les dispositions du code pénal relatives au contrôle des mesures d'incarcération ou de placement sous écrou des personnes à l'encontre desquelles est engagée une procédure d'extradition. Il considère, en premier lieu, que les dispositions de l'article 696-11 code de procédure pénale « ne sauraient [...] être interprétées comme excluant la possibilité pour le magistrat du siège saisi aux fins d'incarcération dans le cadre d'une procédure d'extradition de laisser la personne réclamée en liberté sans mesure de contrôle dès lors que celle-ci présente des garanties suffisantes de représentation ». Le Conseil constitutionnel a ensuite formulé une seconde réserve d'interprétation, selon laquelle « le respect des droits de la défense exige que la personne présentée au premier président de la cour d'appel ou au magistrat désigné par lui puisse être assistée par un avocat et avoir, le cas échéant, connaissance des réquisitions du procureur général ». S'agissant des dispositions de l'article 696-19 du Code de procédure pénale, il juge « que la liberté individuelle ne saurait [...] être tenue pour sauvegardée si l'autorité judiciaire ne contrôlait pas à cette occasion la durée de l'incarcération, en tenant compte, notamment, des éventuels recours exercés par la personne et des délais dans lesquels les autorités juridictionnelles et administratives ont statué. Ce contrôle exige que l'autorité judiciaire fasse droit à la demande de mise en liberté lorsque la durée totale de la détention [...] excède un délai raisonnable ». Cette réserve constitue comme c'est le cas de toutes les réserves d'interprétation, une directive d'application

¹³⁸⁵ Cons. const., 8 juin 2012, n° 2012-257 QPC, *JORF* 19 juin 2012, p. 10181, consid. 9 ; X. SALVAT, « Audition d'une personne entendue en enquête préliminaire sans être placée en garde à vue », *RSC*, oct.-déc. 2013, n° 4, pp. 842-847 ; P. BLACHER, « Procédure pénale », *LPA*, 15 juill. 2013, n° 140, pp. 14-15 ; J.-B. PERRIER, « Convocation par OPJ, contrainte et audition libre », *AJPénal*, nov. 2012, n° 11, pp. 602-604 ; A.-S. CHAVENT-LECLÈRE, « Le régime de la garde à vue encore en construction », *Procédures*, août-septembre 2012, n° 8-9, pp. 17-18 ; O. BACHELET, « QPC : ordre de comparution et audition libre, bis repetita (non) placent », *Gaz. Pal.*, 8-10 juill. 2012, n° 190-192, pp. 17-21 ; A. DARSONVILLE, « Le maintien de l'audition libre, une nouvelle occasion manquée ? », *Constitutions*, juill.-sept. 2012, n° 2012-3, pp. 442-446 ; F. PERROTIN, « Police fiscale : les précisions du Conseil constitutionnel », *LPA*, 28 juin 2012, n° 129, pp. 4-5 ; A.-S. CHAVENT-LECLÈRE, « Le Conseil constitutionnel alignera-t-il le régime de l'audition libre du contrevenant sur celui de la garde à vue du prévenu ? (Cass. crim., 11 avril 2012, n° 11-87333) », *Procédures*, juin 2012, n° 6, p. 22.

¹³⁸⁶ Cons. const., 9 sept. 2016, n° 2016-561/562 QPC, M. Mukhtar A. [Écrou extraditionnel], *JORF* n° 0215, 15 sept. 2016, texte n° 59 ; D. BRACH-THIEL, « Utiles précisions autour du placement sous écrou extraditionnel », *AJPénal*, déc. 2016, n° 12, pp. 596-597.

adressée au juge judiciaire. Cependant, certaines réserves peuvent prendre la forme d'une interprétation quasi *contra legem* de la disposition attaquée. Ainsi, dans sa décision du 9 septembre 2016¹³⁸⁷ le Conseil constitutionnel juge conforme à la Constitution l'article 696-11 du code de procédure pénale relatives à la mesure de placement sous écrou extraditionnel. En application de ces dispositions, « lorsque le procureur général décide de ne pas laisser la personne réclamée en liberté, le magistrat du siège, tenu de statuer sur cette mesure d'incarcération, peut soit la placer sous écrou extraditionnel, soit la laisser en liberté en la soumettant aux obligations du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence avec surveillance électronique ». Une approche littérale du texte laissait croire que le magistrat du siège ne bénéficiait pas de la faculté de prononcer une mise en liberté sans mesure de contrôle. Par conséquent, le requérant contestait le fait que les dispositions litigieuses ne permettaient pas au juge du siège de laisser la personne réclamée en liberté. Il faisait encore valoir que la disposition pénale critiquée, en ne garantissant pas à la personne réclamée un débat contradictoire, une assistance effective d'un avocat devant le magistrat du siège et le droit à un recours effectif à l'encontre de la mesure de placement sous écrou extraditionnel, contrevenait aux droits de la défense¹³⁸⁸. Mais le Conseil déclare que cette disposition doit être interprétée comme permettant au président de la cour d'appel de laisser la personne réclamée en liberté sans mesure de contrôle. Il ajoute également, alors que le texte contesté ne le prévoit pas, que la personne concernée doit pouvoir être assistée d'un avocat et avoir le cas échéant connaissance des réquisitions du procureur général. De manière similaire, le Conseil constitutionnel édicte les mêmes réserves dans sa décision du 9 décembre 2016¹³⁸⁹ à propos de l'article 695-28 du code de procédure pénale relatif au mandat d'arrêt européen. En somme, par l'emploi des réserves d'interprétation normatives, le Conseil constitutionnel complète la loi pénale pour la rendre conforme à la Constitution. Qualifiée, de « troisième voie décisionnelle »¹³⁹⁰, la technique des réserves d'interprétation constructives, n'est pas sans rappeler la technique du *reading in*, traditionnellement mise en œuvre outre-Atlantique.

¹³⁸⁷ Cons. const., 9 sept. 2016, n° 2016-561/562 QPC.

¹³⁸⁸ Cons. const., 9 sept. 2016, n° 2016-561/562 QPC, consid. 7.

¹³⁸⁹ Cons. const., 9 déc. 2016, n° 2016-602 QPC, *JORF* 11 déc. 2016, M. Patrick H [Incarcération lors de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen], *JORF* n° 0288, 11 déc. 2016 texte n° 103 ; H. SURREL, « Conseil constitutionnel et jurisprudence de la Cour EDH », *NCCC*, 2017, n° 55-56, pp. 265-281.

¹³⁹⁰ A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique tome 92, 1999, pp. 155 et s.

2) L'éviction des inconstitutionnalités par le pouvoir normatif jurisprudentiel des juges canadiens

330. Le pouvoir créateur par la technique du « *reading in* ». Au Canada, les réserves d'interprétation constructives trouvent leur équivalent dans ce qu'il est dénommé la technique du « *reading in* » qui engendre une extension de la portée de la loi pénale litigieuse dans le cas où l'incompatibilité découle de ce que la loi exclut à tort¹³⁹¹. Plus exactement, lorsque la mise en cause de la constitutionnalité d'une loi pénale résulte d'une restriction de la portée de la loi litigieuse, l'interprétation large permet de remédier à cette anomalie constitutionnelle en étendant la portée de la règle de droit¹³⁹². L'affaire *Monney*¹³⁹³ est éloquente en la matière. Outre-Atlantique, l'article 98 de la loi sur les douanes habilite les agents des douanes à fouiller un voyageur s'ils ont des motifs raisonnables de soupçonner cette personne de « dissimuler sur elle ou près d'elle » de la marchandise de contrebande, lorsque la fouille a lieu « dans un délai justifiable »¹³⁹⁴ suivant l'arrivée de ce voyageur au Canada. En l'espèce, le requérant, soupçonné d'être un passeur de drogue, a été détenu puis a fait l'objet d'une fouille par les agents en vue de repérer les stupéfiants prohibés. Il prétend que sa garantie contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives¹³⁹⁵ a été violée. En effet, les agents de l'État ont procédé à une « veille au haricot » passive afin de confirmer la présence de boulettes d'héroïne dans son tube digestif. La contestation constitutionnelle soulevait ainsi la question de savoir si les actes des agents étaient autorisés par l'article 98 de la loi sur les douanes. Afin de répondre à cette question, les juges ont, dans un premier temps, dû déterminer le sens de l'expression « sur elle ou près d'elle ». L'expression vise-t-elle non seulement les marchandises de contrebande cachée par un voyageur dans ses bagages, sous ses vêtements ou à tout autre endroit à l'extérieur de son corps, mais

¹³⁹¹ *Schachter c. Canada*, [1992], 2 RCS 679.

¹³⁹² D. PINARD, « Les sanctions d'une règle de droit législative incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés* : le *reading in*, le *reading down*, l'interprétation large, l'interprétation atténuée, etc. ! », (2003) *R. du B.* 421, p. 432.

¹³⁹³ *R. c. Monney*, [1999] 1 RCS 652.

¹³⁹⁴ *R. c. Monney*, [1999] 1 RCS 652, §. 11.

¹³⁹⁵ Art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* : « Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ».

aussi les marchandises de contrebande qu'il a ingérée ? À l'appui d'une interprétation large de la disposition pénale contestée, les juges concluent que l'expression « sur elle ou près d'elle » autorise les agents des douanes à effectuer la fouille à l'intérieur du corps du requérant. Ce faisant, les juges écartent le grief d'inconstitutionnalité tiré de l'interprétation trop extensive des dispositions pénales critiquées et retiennent la constitutionnalité de la fouille effectuée par les fonctionnaires.

Dans certaines hypothèses, l'élargissement de la portée d'une loi pénale litigieuse peut être obtenu par la technique de la dissociation. Lorsque l'incompatibilité des dispositions pénales critiquées résulte de ce que la loi pénale « inclut à tort », les magistrats canadiens dissocient cette incompatibilité et l'annulent de manière à rendre conforme ladite loi pénale à la Constitution. Cette technique « canadienne » trouve en France, également, son équivalent.

331. L'utilisation commune de la technique de la dissociation par les juges constitutionnels français et canadiens. La technique de la dissociation exige des magistrats canadiens qu'ils apprécient adéquatement la mesure de l'incompatibilité de loi pénale critiquée avec les prescriptions constitutionnelles afin de ne déclarer inopérants « que la partie incompatible, ainsi que toute partie du reste de la loi relativement à laquelle il n'y aurait pas lieu de supposer que le législateur l'aurait adoptée sans la partie incompatible »¹³⁹⁶. Dans cette perspective, l'élargissement de la portée d'une loi pénale litigieuse par la technique de la dissociation peut être illustré par la récente affaire *Smith*¹³⁹⁷. Était mise en cause la constitutionnalité de l'exemption médicale prévue par la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*¹³⁹⁸. Plus précisément, la Cour suprême du Canada est confrontée à la question de savoir si le fait de restreindre l'accès médical à la marijuana uniquement à « sa forme séchée » est incompatible avec l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Tant les juges des tribunaux de premier ressort, d'appel que les juges suprêmes ont conclu que la restriction du champ de l'exemption médicale uniquement à « sa forme séchée » contrevient, doublement, à l'article 7 de la

¹³⁹⁶ *Schachter c. Canada*, [1992], 2 RCS 679, pp. 696-697.

¹³⁹⁷ *R. c. Smith*, [2015], CSC 34.

¹³⁹⁸ *L.C. 1996, c. 19*.

*Charte*¹³⁹⁹ qui consacre le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. En effet, selon les magistrats, cette exemption médicale porte atteinte au droit à la liberté de l'accusé au regard de l'emprisonnement applicable à ce dernier en cas de déclaration de culpabilité en vertu des paragraphes 4(1) et 5(2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*¹⁴⁰⁰. Le risque d'emprisonnement en cas de déclaration de culpabilité prive l'accusé, et de manière générale les patients, de la possibilité d'effectuer des choix médicaux raisonnables¹⁴⁰¹. Cette conclusion amène les magistrats à se poser la question de savoir si cette violation peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. Autrement dit, est-ce que la restriction de l'accès à la marijuana à des fins médicales uniquement sous sa forme séchée se justifie au regard du test d'*Oakes* en vertu de l'article 1^{er} de la *Charte* ? La réponse étant négative, il revient aux magistrats de décider de la réparation constitutionnelle à donner à l'inconstitutionnalité avérée, c'est-à-dire à la restriction du champ d'application de l'exemption médicale prévue par le régime législatif litigieux. Ainsi, en déclarant inopérants les articles 4 et 5 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* prévoyant l'interdiction de possession des dérivés du cannabis en dépit d'une autorisation médicale possédée par un patient, les juges suprêmes viennent étendre le champ d'application de l'autorisation quant à l'accès à la marijuana à des fins médicales. En d'autres termes, par l'effet d'une déclaration d'invalidité « circonscrite » qu'autorise la technique de la dissociation, la Cour suprême du Canada remédie à l'inconstitutionnalité des dispositions pénales contestées.

Le Conseil constitutionnel français recourt au même « procédé de sauvetage » de la loi pénale dans sa décision du 3 juin 2016¹⁴⁰². Plusieurs griefs d'inconstitutionnalité étaient soulevés. Cependant, le Conseil constitutionnel ne procède à une dissociation des dispositions pénales litigieuses qu'au regard du seul grief d'inconstitutionnalité relatif au nombre d'assesseurs-jurés et aux règles de majorité applicables à la cour d'assises de Mayotte. Par dérogation au droit commun, l'alinéa premier de l'article

¹³⁹⁹ Art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* : « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ».

¹⁴⁰⁰ *R. c. Smith*, [2015], SCC 34, [2015] 2 *SCR* 602, §17.

¹⁴⁰¹ *R. c. Smith*, [2015], SCC 34, [2015] 2 *SCR* 602, §18.

¹⁴⁰² Cons. const., 3 juin 2016, n° 2016-544 QPC, M. Mohamadi C. [Règles de formation, de composition et de délibération de la cour d'assises de Mayotte], *JORF* 4 juin 2016, texte n° 65 ; J.-B. PERRIER, « Les juridictions pénales d'outre-mer sous le feu du Conseil constitutionnel », *RFDC*, janvier-mars 2017, n° 109, pp. 244-245 ; P. CASTÉRA, « Le Conseil constitutionnel précise les règles de procédure applicables dans les cours d'assises de Mayotte », *Gaz. Pal.*, 20 sept. 2016, n° 32, pp. 16-18.

885 du code de procédure pénale fixe, en premier ressort, le nombre d'assesseurs-jurés composant la cour d'assises de Mayotte à quatre et, en appel, à six. L'article 888 du même code prévoit qu'une condamnation exige une majorité de cinq voix sur sept en premier ressort et de six voix sur neuf en appel. Si, dans un premier temps, le Conseil constitutionnel juge que le législateur, en réduisant le nombre de jurés composant la cour d'assises de Mayotte tant en premier ressort qu'en appel, institue « une différence de traitement qui tient compte des caractéristiques et contraintes particulières propres au département de Mayotte et qui est en rapport avec l'objet de la loi »¹⁴⁰³, il conclut différemment concernant la modification des règles relatives à la condition de majorité applicable à la cour d'assises de Mayotte. En effet, il juge que la condition des cinq septièmes pour emporter la culpabilité de l'accusé est contraire au principe de l'égalité devant la justice. Selon le Conseil, cette spécificité procédurale, par opposition à la règle de la majorité des deux tiers des membres des cours d'assises qui prévaut en droit commun, « crée une différence de traitement sans rapport avec l'objet de la loi et privant les justiciables de garanties égales »¹⁴⁰⁴. Partant, afin de corriger « sur mesure » les inconstitutionnalités alléguées, le Conseil constitutionnel procède à un « retranchement » des seules dispositions litigieuses de la loi pénale. Par conséquent, seuls sont jugés contraires à la constitution « les mots « de cinq ou » figurant à l'article 888 du code de procédure pénale et »¹⁴⁰⁵, « les mots « de quatre assesseurs-jurés lorsque la cour d'assises statue en premier ressort et » et les mots « lorsqu'elle statue en appel » figurant au premier alinéa de l'article 885 du même code »¹⁴⁰⁶. En somme, par la technique de la dissociation « à la canadienne », le Conseil constitutionnel rétablit tant le principe d'indépendance et d'impartialité des juridictions, que le principe d'égalité devant la justice¹⁴⁰⁷. Dans une autre optique, les magistrats canadiens harmonisent les lois pénales litigieuses à la Constitution en utilisant la technique de l'interprétation atténuée. La différence avec la technique de la dissociation résulte du fait que les magistrats utilisent leur pouvoir normatif dans le cadre de la technique du « *reading down* » lorsque, dans le cadre de la dissociation, ils ne font que retrancher les parties de la loi pénale incompatibles.

¹⁴⁰³ Cons. const., 3 juin 2016, n° 2016-544 QPC, consid. 20. ; V. PELTIER, E. BONIS-GARCON, « Chronique de droit pénal et de procédure pénale », *NCCC*, 2016, n° 53, pp. 121-135.

¹⁴⁰⁴ Cons. const., 3 juin 2016, n° 2016-544 QPC, consid. 21.

¹⁴⁰⁵ Cons. const., 3 juin 2016, n° 2016-544 QPC, consid. 22.

¹⁴⁰⁶ Cons. const., 3 juin 2016, n° 2016-544 QPC, consid. 22.

¹⁴⁰⁷ Cons. const., 3 juin 2016, n° 2016-544 QPC, consid. 21 à 23.

332. Le pouvoir créateur par la technique du « *reading down* ». La technique de l'interprétation atténuée permet aux magistrats canadiens de restreindre la portée de la loi pénale litigieuse lorsqu'il s'avère que l'incompatibilité résulte de ce que la loi pénale « inclut à tort ». En France, cette technique peut être rapprochée des réserves dites « neutralisantes » qui visent également à atténuer l'effet d'une disposition pénale afin qu'elle satisfasse aux exigences constitutionnelles. Plus précisément, de telles réserves retirent du champ d'application de la loi litigieuse, la partie qui l'empêche d'être conforme à la Constitution. Outre-Atlantique, les magistrats ont, par exemple, eu recours à la technique de l'interprétation atténuée dans la récente affaire relative au recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes¹⁴⁰⁸. En l'espèce, les dispositions critiquées obligeaient notamment les avocats agissant à titre d'intermédiaires financiers à recueillir et conserver des renseignements afin de vérifier l'identité des personnes pour le compte desquelles ils paient ou reçoivent des fonds. Ils étaient par la suite, assujettis à de possibles perquisitions et saisies de ces documents sans l'obtention préalable d'un mandat. Le défaut de se conformer à ces dispositions pouvait entraîner l'emprisonnement. L'incompatibilité des dispositions pénales critiquées résidait dans l'inclusion de ces obligations supplémentaires imposées notamment aux avocats. Afin de pallier l'incompatibilité des dispositions pénales issues de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* et du *Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, les juges suprêmes ont eu recours à l'interprétation atténuée afin de restreindre la portée excessive des dispositions pénales susvisées. Se ralliant au jugement de la juge de première instance, la Cour suprême donne une interprétation atténuée de ces dispositions en excluant les conseillers juridiques et les cabinets d'avocats de leur champ d'application. De même, les magistrats canadiens usent de l'interprétation atténuée au sein de l'affaire *Appulonappa*¹⁴⁰⁹ qui porte sur la potentielle criminalisation de l'aide aux réfugiés. La constitutionnalité de l'article 117 de la LIPR relative à l'organisation d'entrée illégale était mise en cause en ce qu'il permettait de criminaliser les

¹⁴⁰⁸ *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 RCS 401.

¹⁴⁰⁹ *R. c. Appulonappa*, [2015] 3 RCS 755.

comportements tant des individus qui aidaient les demandeurs d'asile au Canada, dont les travailleurs s'occupant des réfugiés que les personnes aidant des membres de leur famille. La définition de l'organisation d'entrée clandestine était jugée inconstitutionnelle par le requérant en raison de son champ d'application trop large. Afin de pallier ce vice constitutionnel, la Cour suprême du Canada, qui a accueilli la demande de l'accusé, a conféré une interprétation atténuée à la définition litigieuse : « Il convient de donner à l'article 117 de la LIPR, une interprétation atténuée qui exclut de son champ d'application les personnes qui fournissent de l'aide humanitaire à des demandeurs d'asile ou les demandeurs d'asile qui s'assistent mutuellement, en vue d'assurer la conformité de la disposition avec la *Charte* »¹⁴¹⁰. Dans le cadre de sa mission de filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité, la chambre criminelle de la Cour de cassation use également de son pouvoir normatif afin d'harmoniser les lois pénales litigieuses à la norme suprême.

B) L'éviction des risques d'inconstitutionnalité par le pouvoir normatif jurisprudentiel de la chambre criminelle de la Cour de cassation

333. Le pouvoir d'harmonisation des inconstitutionnalités des lois pénales *a posteriori* de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Dans le cadre de l'exercice de sa mission de filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité, la chambre criminelle de la Cour de cassation use de techniques décisionnelles de même nature que celles utilisées par les juges constitutionnels canadiens et français. Ainsi, l'étude des arrêts de non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité témoigne du fait que la Cour de cassation a recours, principalement, aux réserves d'interprétations normatives (1). Exceptionnellement, la chambre criminelle de la Cour de cassation fait usage d'une autre modalité de réserves d'interprétation, soit les « réserves d'interprétation à usage inversé »¹⁴¹¹(2). Par cette technique décisionnelle « atypique », la chambre criminelle s'approprie la Constitution à l'image du Conseil constitutionnel sans laisser le soin à ce dernier de corriger

¹⁴¹⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹¹ A. VIALA, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP*, 2011, p. 965 ; A. ROBLOT-TROIZIER, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *NCCC*, 2013, n° 40, p. 6.

l'inconstitutionnalité flagrante des normes pénales et de déterminer les modalités de leur application.

1) Le recours aux réserves d'interprétation normatives par la chambre criminelle de la Cour de cassation

334. La création d'une obligation prétorienne. Le rôle prétorien correcteur des inconstitutionnalités des lois pénales dans le cadre du contrôle *a posteriori* par la chambre criminelle de la Cour de cassation peut être attesté par l'arrêt du 16 juillet 2010¹⁴¹². Il démontre combien le juge de cassation peut se prêter à une interprétation de la norme pénale en faisant presque office d'une réserve d'interprétation, laquelle représente originairement, une technique d'interprétation dévolue spécifiquement au Conseil constitutionnel. Au soutien de la contestation constitutionnelle soulevée en l'espèce, le requérant prétendait que l'article 417 du code de procédure pénale, prévoyant la possibilité pour le prévenu d'être assisté d'un défenseur devant la juridiction correctionnelle était inconstitutionnelle, à défaut de prévoir l'obligation pour la juridiction de l'informer de cette faculté. Cette question de l'assistance d'un défenseur a donc été l'occasion pour la Cour de cassation de préciser elle-même les conditions dans lesquelles les garanties procédurales sont suffisantes, comme aurait pu le faire le Conseil constitutionnel. En effet, tout en considérant que ladite question prioritaire de constitutionnalité ne présente pas un caractère sérieux, elle précise que « l'exercice de la faculté de se faire assister par un défenseur implique pour être effectif que le prévenu a été préalablement informé de cette faculté »¹⁴¹³. Ce faisant, et sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, la chambre criminelle de la Cour de cassation renforce le droit à l'assistance d'un avocat en étendant le champ d'application de cette garantie au-delà du cas du prévenu atteint d'une infirmité de nature à compromettre sa défense.

¹⁴¹² Cass. crim., QPC, 16 juill. 2010, n° 10-80551.

¹⁴¹³ Obs. M. DISANT, *NCCC*, 2011, p. 236 ; obs. J. DANET, *RSC*, 2011, p. 151.

335. La création d'une nouvelle voie de recours. Dans la même perspective, il peut être évoqué l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 3 mai 2011¹⁴¹⁴ à travers lequel la Haute juridiction de l'ordre judiciaire renforce la protection des droits fondamentaux de la personne poursuivie. En considérant comme étant de caractère non sérieux la question de la non-conformité de l'article L.218-30 du code de l'environnement à un droit au recours juridictionnel effectif « dès lors que les décisions prises par le procureur de la République d'immobilisation d'un navire, qui a pour effet de le placer sous main de justice, puis de mainlevée de cette immobilisation contre fourniture d'un cautionnement, peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal correctionnel dans les conditions prévues aux articles 41-4 ou 478 du code de procédure pénale »¹⁴¹⁵, la chambre criminelle a créé, par voie d'interprétation de la loi, une voie de recours contre les décisions d'immobilisation de navires pollueurs. Ce cas jurisprudentiel revêt une particulière importance en ce qu'il prouve que la Cour de cassation peut elle-même trouver un « correctif » à une inconstitutionnalité flagrante sans même renvoyer la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Par conséquent, la Cour de cassation, par son pouvoir normatif, intervient plus tôt pour remédier à une inconstitutionnalité flagrante en lieu et place du Conseil constitutionnel ce qui autorise à effectuer un rapprochement avec les réserves d'interprétation constructives formulées par le Conseil constitutionnel et les décisions à travers lesquelles les magistrats canadiens font usage de la technique du « *reading in* ».

¹⁴¹⁴ Cass. crim. QPC, 3 mai 2011, n° 11-90.012.

¹⁴¹⁵ Cass. crim. QPC, 3 mai 2011, n° 11-90.012.

2) Le recours aux « réserves d'interprétation à usage inversé »¹⁴¹⁶ par la chambre criminelle de la Cour de cassation

336. Les « revirements anti-QPC »¹⁴¹⁷ de la chambre criminelle de la Cour de cassation. L'hypothèse s'est d'abord présentée dans l'arrêt du 5 octobre 2011¹⁴¹⁸ relatif à l'imputation de la détention provisoire subie à l'étranger sur la durée de la peine prononcée en France. De jurisprudence constante¹⁴¹⁹, la chambre criminelle considérait que la détention provisoire subie à l'étranger ne s'impute sur la peine française. En effet, l'article 716-4 du code de procédure pénale dans sa version antérieure à la loi du 3 juin 2016¹⁴²⁰, ne visait pas l'incarcération subie à l'étranger dans l'éventail des mesures privatives de liberté ouvrant droit à déduction sur la durée de la peine prononcée. Mais, opérant un véritable revirement de jurisprudence, la chambre criminelle de la Cour de cassation prend désormais en compte l'incarcération subie à l'étranger dans le décompte d'une peine d'emprisonnement à exécuter en France. Partant, les juges criminels interprètent les dispositions pénales contestées conformément aux principes de légalité des délits et des peines et de proportionnalité des peines sans qu'elle n'ait besoin de renvoyer ladite contestation constitutionnelle au Conseil constitutionnel.

Dans la même lignée, il peut être fait référence à l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 12 avril 2012¹⁴²¹ concernant les modalités de mise en œuvre de l'article 132-5 du code pénal. Par cet arrêt, les juges criminels modifient la jurisprudence criminelle constante relative aux conséquences résultant d'une confusion totale de deux peines d'emprisonnement dont au moins l'une est assortie

¹⁴¹⁶ A. ROBLOT-TROIZIER, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *NCCC*, 2013, n° 40, p. 6.

¹⁴¹⁷ S. CIMAMONTI, *Droit pénal général et question prioritaire de constitutionnalité*, *op. cit.*, p. 23 ; N. MAZIAU, « Le revirement de jurisprudence dans la procédure QPC. Comment la Cour de cassation, dans son interprétation de la loi, s'inspire du Conseil constitutionnel dans son rôle d'interprète de la Constitution... », *D.*, 2012, p. 1833 ; Dans le même sens : Cass. crim., 13 mars 2013, n° 12-83.024 ; N. MAZIAU, « Nouveaux développements dans la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité : le filtre au service des évolutions jurisprudentielles de la Cour de cassation », *D.* 2011, p. 2811.

¹⁴¹⁸ Crim. 5 oct. 2011, n° 11-90.087, *D.*, 2011, p. 2477 ; *AJpénal*, 2012, p. 356, obs. M. HERZOG-EVANS.

¹⁴¹⁹ Cass. crim. 21 oct. 1997, n° 97-81.099 au sein duquel les juges criminels jugeaient qu'« aucune disposition légale ou conventionnelle ne permet d'imputer sur l'exécution d'une peine privative de liberté prononcée par une juridiction nationale, saisie sur dénonciation officielle des faits, pour un crime ou un délit commis par un citoyen français sur le territoire d'un Etat étranger, la durée de l'incarcération subie dans ce pays, soit au titre de la détention provisoire ordonnée pour les mêmes faits par une juridiction dudit Etat, soit en exécution d'une condamnation infligée pour ces faits par une telle juridiction dès lors que, comme c'est le cas en l'espèce, le condamné ne justifie pas que sa peine a été intégralement subie ou qu'elle a été prescrite ».

¹⁴²⁰ L. n° 2016-731, 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale (1), *JORF* n° 0129, 4 juin 2016, texte n° 1.

¹⁴²¹ Cass. crim., QPC, 12 avril 2012, n° 12-90.004.

d'un sursis partiel. Alors que la chambre criminelle de la Cour de cassation jugeait jusque-là que les fractions fermes des deux peines d'emprisonnement s'exécutaient cumulativement¹⁴²², seule doit dorénavant s'exécuter la partie d'emprisonnement sans sursis la plus longue. Ce revirement de jurisprudence est bienvenu tant il permet une avancée dans la protection des droits et libertés fondamentaux de l'accusé. Afin d'évaluer concrètement la portée de cette nouvelle évolution jurisprudentielle sur la protection des droits et libertés fondamentaux des justiciables, il convient de rappeler les faits principaux de l'affaire qui donnent lieu à la question prioritaire de constitutionnalité. La contestation constitutionnelle était en lien avec des faits d'agressions sexuelles commis en réunion. La particularité de l'affaire réside dans le fait que l'accusé a été condamné par deux juridictions différentes. En effet, pour les faits commis avant sa majorité, le tribunal pour enfants a condamné l'accusé à un an d'emprisonnement. Cependant, pour les faits commis après sa majorité, l'accusé a également été condamné à quatre ans d'emprisonnement dont deux ans avec sursis assorti d'une mise à l'épreuve pendant vingt-quatre mois. Avant l'évolution jurisprudentielle de l'article 132-5 alinéa 5 du code pénal, la personne condamnée aurait dû purger une peine d'emprisonnement de trois ans. En effet, l'article énonce que « Le bénéfice du sursis attaché en tout ou partie à l'une des peines prononcées pour des infractions en concours ne met pas obstacle à l'exécution des peines de même nature non assorties du sursis ». La chambre criminelle jugeait de manière constante que « les peines de même nature peuvent se confondre, le sursis n'étant qu'une modalité de l'application de la peine d'emprisonnement »¹⁴²³. C'est dans ce contexte que le requérant met en cause la constitutionnalité du texte tel qu'appliqué et interprété par les juges criminels, au regard des principes d'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs et d'égalité devant la loi pénale. En effet, appliquer l'article 132-5 alinéa 5 du code pénal selon l'interprétation constante de la Cour de cassation, revient à condamner plus sévèrement un accusé ayant commis les faits répréhensibles pendant une période durant laquelle il a été mineur puis majeur, qu'un accusé ayant commis les mêmes faits incriminants exclusivement durant sa majorité. Prenant en compte l'argumentation juridique du

¹⁴²² Cass. crim., 24 janv. 2007, *Bull. crim.* n° 21, *D.*, 2007, p. 728 ; *AJpénal*, 2007, p. 146, obs. M. HERZOG-EVANS. Au sein de cet arrêt la chambre criminelle de la Cour de cassation jugeait que « les deux parties d'emprisonnement sans sursis doivent être exécutées cumulativement dans la limite de la durée totale de la peine absorbante ».

¹⁴²³ Cass. crim., 19 oct. 1981, *Bull. crim.* n° 278.

requérant, la chambre criminelle fait évoluer l'interprétation de l'article 132-5 alinéa 5 du code pénal dans un sens favorable à l'accusé qui, suite au revirement de jurisprudence, ne doit purger « plus que » deux ans d'emprisonnement.

La technique du revirement de jurisprudence utilisée par les juges criminels dans le cadre du contrôle *a posteriori*, a également permis d'étendre le champ d'application du principe du contradictoire en faveur des parties civiles. En effet, revenant sur une jurisprudence constante suivant laquelle « lorsqu'en application de l'article 174 alinéa 1 du code de procédure pénale, la chambre d'accusation relève d'office des moyens de nullité, elle n'a pas à les soumettre préalablement aux parties par observations »¹⁴²⁴, la chambre criminelle de la Cour de cassation renforce l'exigence du respect du contradictoire en considérant désormais que l'annulation d'office d'un mise en examen faisant grief aux parties civiles doit faire l'objet d'un débat contradictoire¹⁴²⁵.

337. Vers une évolution du contentieux constitutionnel à l'image du modèle canadien ? En définitive, l'identification des techniques décisionnelles utilisées par la chambre criminelle de la Cour de cassation lors de sa mission de filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité révèle un certain rapprochement des autorités juridictionnelles participant au phénomène de convergence des deux systèmes juridiques pris en référence. À la lumière de ce constat se pose dès lors une question : le filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité effectué par la Haute juridiction de l'ordre judiciaire, n'est-il pas à même d'ériger cette dernière en juge de la constitutionnalité de la loi pénale ? En effet, l'examen de la constitutionnalité des lois pénales est tributaire de la transmission de la contestation constitutionnelle par la chambre criminelle de la Cour de cassation au Conseil constitutionnel. Dans cette hypothèse, le Conseil constitutionnel, occupe, par conséquent, la fonction d'un juge suprême de la constitutionnalité des lois pénales. Par ailleurs, en cas de non transmission de la question constitutionnelle, la chambre criminelle de la Cour de cassation devient « juge constitutionnel de droit

¹⁴²⁴ Cass. crim. 6 févr. 1996, *Bull. crim.* n° 60 ; *D.* 1996. 198, note J. PRADEL ; *Rev. sociétés*, 1997, p. 125, note B. BOULOC, *RSC*, 1996, p. 880, obs. J.-P. DINTILHAC.

¹⁴²⁵ Cass. crim., QPC, 26 juin 2012, n° 12-80.319.

commun »¹⁴²⁶ participant, à un partage du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*.

Section II : Les effets « des contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* indirects »¹⁴²⁷ en cas de contestation constitutionnelle au sein du procès pénal

338. Les mécanismes d'application dans le temps de la règle jurisprudentielle en France et au Canada. Le rapprochement « des contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* indirect »¹⁴²⁸ lors de la correction des inconstitutionnalités des lois pénales en France et au Canada, est-il favorable aux justiciables pénaux français ? Les nouvelles règles jurisprudentielles issues de la mise en œuvre des techniques décisionnelles de la chambre criminelle de la Cour de cassation ont-elles vocation à régir les situations subjectives des justiciables et, le cas échéant, dans quelle mesure ? L'édition des réserves d'interprétation normatives ou « à usage inversé », engendre une mutabilité certaine de la jurisprudence pénale. Dans l'hypothèse d'une simple déclaration de conformité des dispositions pénales à la Constitution, les juges ne font que réitérer une règle de droit jurisprudentielle déjà existante. Le schéma est tout autre en présence d'une réserve d'interprétation normative ou d'un revirement de jurisprudence. Le justiciable, qui ne pouvait prévoir les revirements de jurisprudence des juges judiciaires possède-t-il un droit acquis issu de la jurisprudence antérieure ? Autrement dit, est-il en droit de contester l'application de la nouvelle règle de droit jurisprudentielle à sa situation juridique ? Afin de répondre à ces interrogations, il convient d'appréhender les mises en œuvre des « droits transitoires jurisprudentiels »¹⁴²⁹ au sein des procès pénaux français et

¹⁴²⁶ S.-J. LIEBER, D. BOTTEGHI, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA*, 2010, p. 1355 ; D. ROUSSEAU, audition devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale, 4 déc. 2012, compte-rendu n° 23, p. 6.

¹⁴²⁷ A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, *op. cit.*, p. 176.

¹⁴²⁸ *Ibidem*.

¹⁴²⁹ Le droit transitoire constitutionnel renvoie « aux règles contenues dans une Constitution qui gouvernent la succession temporelle des normes » : v. P.Y. GAHDOUN, « L'émergence d'un droit transitoire constitutionnel », *RDP*, 01 janv. 2016, n° 1, p. 149. Par analogie, l'expression « droit transitoire jurisprudentiel » renvoie aux nouvelles règles jurisprudentielles issues de la mise en œuvre des techniques décisionnelles de la chambre criminelle de la Cour de cassation dans le cadre de sa mission de filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité.

canadien (§1) avant d'approfondir leurs fonctions (§2), qui s'avèrent, à certains égards, controversées.

§1) Les mises en œuvre des droits transitoires jurisprudentiels au sein des procès pénaux français et canadien

339. La gestion des règles de droit jurisprudentielles nouvelles par les « mécanismes d'application du droit dans le temps »¹⁴³⁰. Si le thème de la gestion dans le temps de la règle jurisprudentielle est une thématique ancienne, l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité renouvelle la problématique et interroge sur les éventuels mécanismes d'application du droit dans le temps mis en œuvre dans le cadre du contrôle *a posteriori* afin, entre autres, de neutraliser les effets, parfois négatifs, de l'application immédiate des nouvelles règles de droit jurisprudentielles. Sur ce point, le droit français, tout comme le droit canadien, sont riches d'enseignement. En effet, au Canada, les magistrats canadiens ont élaboré une technique originale, celle de la suspension d'une déclaration d'invalidité en matière constitutionnelle. Cette technique autorise à effectuer un rapprochement avec l'article 62 alinéa 2 de la Constitution française¹⁴³¹. En effet, ledit article autorise le Conseil constitutionnel soit à abroger la loi inconstitutionnelle le jour de sa publication au Journal Officiel de la République Française, soit à différer l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité à une date ultérieure. Dans cette perspective, un certain rapprochement procédural entre les mécanismes de droit transitoires jurisprudentiels procéduraux peut être relevé (A). Toutefois, une différence substantielle apparaît lors de la mise en œuvre desdites techniques. Même si ces deux techniques juridictionnelles permettent, d'une certaine façon, de gérer la période transitoire entre la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition pénale et l'entrée en vigueur de la nouvelle loi pénale, il semblerait que la Cour suprême du Canada soit davantage préoccupée par le souci d'éviter de pénaliser celui qui a contesté la constitutionnalité au sein du procès en cours, contrairement au Conseil constitutionnel français. Le droit comparé révèle que les magistrats canadiens

¹⁴³⁰ S. CIMAMONTI, « Sécurité juridique et mécanismes d'application du droit dans le temps », (2008) 110 *R. du N.* 631.

¹⁴³¹ Art. 62 al. 2 Const. 4 oct. 1958.

utilisent également des mécanismes de droit transitoire jurisprudentiels « substantiels »¹⁴³² à travers notamment, les techniques de « corrections judiciaires des inconstitutionnalités »¹⁴³³. Contrairement aux régimes transitoires procéduraux, les régimes transitoires substantiels conduisent le Conseil constitutionnel et les juges canadiens à fixer la date d'entrée en vigueur de la nouvelle décision QPC tout en édictant une règle de droit spécifique applicable entre la déclaration d'inconstitutionnalité et l'application de la nouvelle norme constitutionnelle. Les juges constitutionnels français et canadiens érigent alors, selon l'expression du professeur Françoise Dekeuwer-Défossezl, un régime transitoire « substantiel »¹⁴³⁴. Outre-Atlantique, ce droit transitoire jurisprudentiel peut être mis en œuvre par le biais des techniques du *reading in* et du *reading down*. Dans le contexte de la modulation de la règle de droit jurisprudentielle celles-ci trouvent à s'appliquer avec une particulière acuité en ce qu'elles autorisent les juges canadiens de prévoir un régime transitoire applicable aux procès en cours et ce, jusqu'à ce que la période de suspension de l'invalidité arrive à son terme. Peut-être, est-il permis de voir, dans ce mécanisme substantiel d'application du droit dans le temps, une piste exploitable et transposable dans le cadre du contrôle *a posteriori* en France. En effet, la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité révèle au grand jour le pouvoir normatif de la chambre criminelle dans son rôle de filtre. Cependant, le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité prévoit un régime transitoire de la décision d'abrogation ne pouvant être mis en œuvre que par le Conseil constitutionnel. L'article 62 alinéa 2 précité n'intéresse, en effet, que l'office des juges constitutionnels. Par conséquent, aucun régime de droit transitoire de la règle jurisprudentielle dans le temps n'a été prévu par le Constituant français pour pallier les effets de la rétroactivité qui s'attachent aux différentes réserves d'interprétation émises par les juges pénaux dans le cadre du contrôle *a posteriori*. Pourtant, l'exercice optimal du filtre par la Cour de cassation semble justifier la nécessité d'une consécration d'un tel régime afin de mieux préserver les intérêts des

¹⁴³² F. DEKEUWER-DEFOSSEZL, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, LGDJ, 1977, spéc. p. 207 et s.

¹⁴³³ P. TAILLON, F. HENAULT, « Des faits décisifs ! Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité au Québec et au Canada », *op. cit.*, p. 32.

¹⁴³⁴ F. DEKEUWER-DEFOSSEZL, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, *op. cit.*, p. 207 et s.

justiciables lors d'une contestation constitutionnelle au sein du procès pénal¹⁴³⁵. C'est dans cette mesure, qu'il semble intéressant d'étudier les mécanismes substantiels d'application du droit dans le temps au Canada afin d'évaluer si, une éventuelle transposition d'un tel mécanisme en France, serait possible, voire profitable, pour la protection des droits et libertés fondamentaux des justiciables (B).

A) Les dispositifs transitoires jurisprudentiels procéduraux et substantiels en France

340. La gestion de la règle jurisprudentielle nouvelle par les mécanismes procéduraux d'application de droit dans le temps. Comment les effets plus ou moins « négatifs » issus de l'application immédiate de la nouvelle règle jurisprudentielle sont-ils « procéduralement » neutralisés en France dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* ? Cette interrogation nécessite d'identifier dans un premier temps, les régimes transitoires jurisprudentiels procéduraux et substantiels mis en œuvre par le Conseil constitutionnel français (1), ensuite par la chambre criminelle de la Cour de cassation (2), acteur en passe de devenir un véritable juge constitutionnel lors de sa mission du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité.

¹⁴³⁵ Dans un premier temps, l'étude du régime transitoire constitutionnel mis en œuvre par le Conseil constitutionnel représente une étape préalable nécessaire pour savoir, dans un second temps, si ce type de régime serait transposable à la chambre criminelle.

1) Par le Conseil constitutionnel français

341. Le régime de droit transitoire constitutionnel¹⁴³⁶ dans le temps en cas d'effet différé de la déclaration d'inconstitutionnalité. Si, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*, la question du droit transitoire de la règle jurisprudentielle ne se pose pas étant donné que ladite règle n'a vocation qu'à régir des situations subjectives dans l'avenir, tel n'est pas le cas dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Dans le cadre de la saisine *a posteriori*, afin de pallier les inconvénients attachés à l'application immédiate de la décision d'abrogation, le Constituant est venu consacrer un régime transitoire du droit dans le temps par l'article 62 alinéa 2 de la Constitution française¹⁴³⁷. Le Conseil constitutionnel a en effet reconnu les profonds bouleversements que pouvaient entraîner certaines de ses décisions et, sans nier formellement le caractère rétroactif de celles-ci, a recouru à la modulation dans le temps de la nouvelle règle jurisprudentielle pour en atténuer les effets. Ainsi, lorsqu'une déclaration d'inconstitutionnalité risque d'engendrer des conséquences disproportionnées, le Constituant français autorise le Conseil constitutionnel à suspendre les conséquences de cette déclaration pendant une période déterminée. Comme il a été déjà dit¹⁴³⁸, la typologie des effets attachés aux décisions rendues par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité est, cependant, beaucoup plus complexe que la simple distinction entre l'abrogation immédiate et différée. En effet, l'abrogation immédiate d'une disposition inconstitutionnelle, peut s'accompagner soit d'une extension de l'effet utile dans le passé¹⁴³⁹ ou d'une limitation¹⁴⁴⁰, voire, d'un refus¹⁴⁴¹ de l'effet utile. De même, dans

¹⁴³⁶ P.Y. GAHDOUN, « L'émergence d'un droit transitoire constitutionnel », *RDP*, 01 janv. 2016, n° 1, p. 149.

¹⁴³⁷ Art. 62 al. 2 Const. 4 oct. 1958.

¹⁴³⁸ *Supra* n° 172 à n° 189.

¹⁴³⁹ Cons. const., 3 févr. 2012, n° 2011-218 QPC, M. Cédric S., Condamnation d'un officier de carrière et perte de grade entraînant la cessation d'office de l'état militaire, *JORF* 4 février 2012, p. 2076, texte n° 69.

¹⁴⁴⁰ Cons. const., 9 sept. 2011, n° 2011-160 QPC, M. Hovanes A., Communication du réquisitoire définitif aux parties], *JORF* 10 septembre 2011, p. 15273, texte n° 61, *Rec.*, p. 438 ; J.-B. PERRIER, « Communication du réquisitoire définitif à l'avocat de la partie assistée : la Chambre criminelle, interprète de la décision du Conseil constitutionnel », *AJPénal*, 2013, n° 12, pp. 682-683 ; J.-B. PERRIER, « Communication du réquisitoire définitif aux avocats des parties », 2012, n° 1, pp. 46-47.

¹⁴⁴¹ Cons. const., 6 avr. 2012, n° 2012-228/229 QPC, M. Kiril Z., Enregistrement audiovisuel des interrogatoires et des confrontations des personnes mises en cause en matière criminelle, *JORF* 7 avril 2012, p. 6414, texte n° 68, *Rec.*, p. 186.

le cadre de l'effet différé d'une déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil constitutionnel peut préserver l'effet utile de ses « décisions QPC ». Plus précisément, à travers deux modalités de contrôle, le Conseil constitutionnel peut imposer¹⁴⁴² ou, proposer¹⁴⁴³, au législateur une rétroactivité procédurale de l'éventuelle loi éventuelle venant corriger l'abrogation découlant de la déclaration d'inconstitutionnalité. Parmi toutes ces hypothèses, l'article 62 alinéa 2 de la Constitution octroie la possibilité au Conseil constitutionnel de prévoir un « régime transitoire formel »¹⁴⁴⁴ c'est-à-dire un régime de droit applicable entre l'ancien et le nouveau texte de loi¹⁴⁴⁵. Autrement dit, le Conseil constitutionnel module simplement la date d'entrée en vigueur de la décision d'abrogation. En matière pénale, le Conseil constitutionnel procède, le plus fréquemment, à un report de l'abrogation des lois pénales inconstitutionnelles lorsque l'abrogation immédiate « entraînerait des conséquences manifestement excessives ». De même, il peut justifier ses reports de l'abrogation au regard de « l'objectif de valeur constitutionnel de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infraction »¹⁴⁴⁶, du « principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice pénale des mineurs »¹⁴⁴⁷, ou bien encore, au regard de « l'intérêt des parties dans un procès pénal »¹⁴⁴⁸. L'article 62 alinéa 2 de la Constitution offre ainsi la possibilité au Conseil constitutionnel d'aménager « formellement » dans le temps l'entrée en vigueur de l'abrogation.

Cependant, certaines questions prioritaires de constitutionnalité témoignent du fait que le Conseil constitutionnel a su exploiter d'autres potentialités que lui offre l'article 62 alinéa 2 de la Constitution pour aménager les effets dans le temps de ses décisions tout en garantissant la stabilité juridique au sein du procès pénal. Entre le laps de temps qui sépare la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi pénale et l'éventuelle loi dont on espère qu'elle sera constitutionnelle, c'est normalement la législation « ancienne » qui a vocation à régir les situations juridiques pendantes¹⁴⁴⁹.

¹⁴⁴² Cons. const., 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC, *Consorts L. Cristallisation des pensions*, *JORF* 29 mai 2010, p. 9728, texte n° 67, *Rec.*, p. 91.

¹⁴⁴³ Cons. const., 21 oct. 2011, n° 2011-190 QPC, *M. Bruno L. et autre, Frais irrépétibles devant les juridictions pénales*, *JORF* 22 octobre 2011, p. 17969, texte n° 87, *Rec.*, p. 522.

¹⁴⁴⁴ P.-Y. GAHDOUN, « L'émergence d'un droit transitoire constitutionnel », *RDP*, 01 janv. 2016, n° 1 p. 149.

¹⁴⁴⁵ Une seconde possibilité s'offre au Conseil constitutionnel à travers la mise en place possible d'un régime transitoire normatif : *infra* n° 419.

¹⁴⁴⁶ Cons. const., 1^{er} déc. 2013, n° 2013-357 QPC, consid. 10, *JORF* 1^{er} déc. 2013, p. 19603.

¹⁴⁴⁷ Cons. const., 8 juill. 2011, n° 2011-147 QPC, consid. 12, *JORF* 9 juill. 2011, p. 11979.

¹⁴⁴⁸ Cons. const., 10 nov. 2011, n° 2011-190 QPC, consid. 12, *JORF* 22 oct. 2011, p. 17969.

¹⁴⁴⁹ P.-Y. GAHDOUN, « L'émergence d'un droit transitoire constitutionnel », *RDP*, 01 janv. 2016, n° 1, p. 149.

Mais, le Conseil constitutionnel peut aussi appliquer la « "troisième voie" normative »¹⁴⁵⁰. Certaines questions prioritaires de constitutionnalité retracent cette gestion normative de la décision d'abrogation dans le temps par le Conseil constitutionnel notamment, dans l'affaire Tapie du 9 octobre 2014¹⁴⁵¹. Cette décision témoigne du souci plus marqué du Conseil constitutionnel de garantir les droits de la défense en cas d'effet différé d'une abrogation. Dans cette décision, était mise en cause la constitutionnalité des dispositions autorisant la prolongation exceptionnelle d'une garde à vue au-delà du délai de droit commun et dans la limite de quatre-vingt-seize heures pour des faits d'escroquerie en bande organisée. Dans la lignée de sa décision du 4 décembre 2013¹⁴⁵², le Conseil constitutionnel prononce l'inconstitutionnalité des dispositions critiquées et diffère la date de l'abrogation au 1^{er} septembre 2015. Toutefois, et à la différence de sa décision relative au régime de la garde à vue de droit commun, le Conseil constitutionnel émet une réserve qui a vocation à s'appliquer à titre transitoire entre la date de publication de la décision et le 1^{er} septembre 2015 au plus tard. Cette réserve a pour effet d'interdire le recours à la garde à vue dans les conditions prévues par l'article 706-88 du code de procédure pénale pour des faits d'escroquerie en bande organisée. Partant, le Conseil constitutionnel fait cesser immédiatement l'inconstitutionnalité qui résulte de l'application des dispositions critiquées relatives à la garde à vue. Cette décision témoigne du souci du Conseil constitutionnel de préserver les situations subjectives des justiciables lors de la détermination des effets dans le temps de ses décisions. De même, dans la décision du 4 décembre 2015¹⁴⁵³, après avoir reporté au 1^{er} octobre 2016, la date d'abrogation du troisième alinéa de l'article 56 du Code de procédure pénale, le Conseil constitutionnel fait cesser immédiatement l'inconstitutionnalité par le biais d'une réserve d'interprétation « transitoire » et estime qu'« il y a lieu, de

¹⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 149.

¹⁴⁵¹ Cons. const., 9 oct. 2014, n° 2014-420/421 QPC, M. Maurice L. et autre, Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée, *JORF* 12 oct. 2014, p. 16578, texte n° 32 ; T.-S. RENOUX, X. MAGNON, « Droit pénal constitutionnel : la jurisprudence du Conseil constitutionnel rendue sur question prioritaire de constitutionnalité en matière répressive (février 2014-septembre 2015) », *RDP*, 2015, n° 3, pp. 641-680.

¹⁴⁵² Cons. const., 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC, Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, *JORF* 7 déc. 2013, p. 19958, texte n° 8, *Rec.*, p. 1060.

¹⁴⁵³ Cons. const., 4 déc. 2015, n° 2015-506 QPC, M. Gilbert A. [Respect du secret professionnel et des droits de la défense lors d'une saisie de pièces à l'occasion d'une perquisition], *JORF* n° 0283, 6 déc. 2015, p. 22502, texte n° 35 ; J.-B. PERRIER, « Perquisitions et protection du secret du délibéré », *AJPénal*, 2016, n° 5, pp. 276-277 ; D. DECHENAUD, « Procédure pénale », *Rev. pén.*, 2016, n° 1, pp. 107-114 ; M. HAAS, A. MARON, « Une victoire à la Pyrrhus », *Dr. pén.*, 2016, n° 1, pp. 42-44.

juger que les dispositions du troisième alinéa de l'article 56 du code de procédure pénale ne sauraient être interprétées comme permettant, à compter de cette publication, la saisie d'éléments couverts par le secret du délibéré ». Partant, les effets négatifs issus de la période transitoire succédant à la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi pénale sont neutralisés par le jeu de l'article 62 alinéa 2 de la Constitution française. *Quid* des mécanismes de « neutralisation » des revirements jurisprudentiels effectués par la chambre criminelle de la Cour de cassation ?

2) Par la chambre criminelle de la Cour de cassation

342. L'absence de régime transitoire de droit dans le temps en cas de contestation constitutionnelle devant la Cour de cassation. Le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité prévoit un régime transitoire de la règle jurisprudentielle qui ne peut être mis en œuvre que par le Conseil constitutionnel. L'article 62 alinéa 2 de la Constitution française n'intéresse, en effet, que l'office des juges constitutionnels. Pourtant, l'exercice optimal du filtre par la Cour de cassation, à travers lequel les juges pénaux se muent en véritables juges constitutionnels, semble justifier la nécessité d'une consécration d'un tel régime afin de mieux préserver les intérêts des justiciables lors d'une contestation constitutionnelle au sein du procès pénal. Partant, se pose la question de la nature que devrait revêtir un tel mécanisme d'application de droit dans le temps, dans l'optique d'une éventuelle consécration. Dans cette perspective, il peut être imaginé qu'un mécanisme d'application de droit dans le temps, par le jeu de la fixation d'une date d'entrée en vigueur de la nouvelle règle jurisprudentielle par la chambre criminelle de la Cour de cassation, pourrait être envisagé dans la Constitution. À la lumière des atouts dudit mécanisme de gestion de droit dans le temps, il devient légitime de s'interroger sur le fait de savoir si la Cour de cassation pourrait user du même type de procédé afin de neutraliser les effets contraignants des revirements de jurisprudence qu'elle émet dans le cadre de ses arrêts QPC de non-renvoi. Le cas échéant, cette transposition engendrerait-elle des changements dans le raisonnement judiciaire traditionnellement adopté par la Cour de cassation ? Autrement dit,

l'approche factuelle commandée par le dispositif transitoire jurisprudentiel pourrait-elle se concilier avec l'office du juge de cassation.

343. La réforme de la Cour de cassation au service de la transposition du dispositif transitoire jurisprudentiel ? « La cassation a été introduite plutôt pour le maintien des ordonnances royales que pour l'intérêt des justiciables »¹⁴⁵⁴. Par cette allégation, était clairement affirmée la distinction entre le fait et le droit que le juge de cassation se doit de respecter. La Cour de cassation ne peut en principe connaître du fond des affaires. Par conséquent, le dispositif transitoire jurisprudentiel semble, de prime abord, difficilement conciliable avec cette limite qui encadre l'office de la Cour de cassation¹⁴⁵⁵. En effet, dans la mesure où le dispositif transitoire jurisprudentiel substantiel conduit les juges à édicter une règle de droit spécifique applicable entre l'ancien et le nouveau texte pénal, les juges judiciaires devraient s'immiscer dans le fond de l'affaire afin d'édicter la règle de droit efficiente attendue dans le cadre de la période transitoire. Mais, en pratique, cette distinction textuelle est-elle réellement respectée ? L'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité n'est-elle pas de nature à faire évoluer la nature du contrôle exercé par la Cour de cassation et partant, à rapprocher davantage celle-ci des faits de l'espèce ? À certains égards, certaines questions prioritaires de constitutionnalité attestent de l'approche subjective du « contentieux QPC » adoptée par la Cour de cassation. En ce sens, les juges pénaux sembleraient justifier, occasionnellement, le refus de renvoi de certaines questions prioritaires de constitutionnalité au Conseil constitutionnel au regard de « l'intérêt des requérants »¹⁴⁵⁶. Cette dernière terminologie semble se rapprocher de la notion de « l'intérêt des justiciables », que la Cour de cassation semblait renier depuis la Révolution française. Par ailleurs, et de manière générale, la Cour régulatrice se prête quotidiennement à un contrôle concret de son contentieux. En effet, le fait représente pour cette dernière, « un véritable élément d'appréciation de la correcte appréciation de la loi »¹⁴⁵⁷. La Cour de cassation assume en effet deux fonctions distinctes. Tout d'abord une fonction

¹⁴⁵⁴ J. BORÉ, « La Cour de cassation juge du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation, La documentation française*, 1994, p. 53.

¹⁴⁵⁵ Néanmoins, hors le contentieux QPC, le Conseil d'état et la Cour de cassation le pratiquent déjà.

¹⁴⁵⁶ Cass. crim., QPC, 10 mai 2012, n° 11-87.328 ; Cass. crim., QPC 9 mai 2012, n° 12-81.242 ; Cass. crim., QPC, 11 juill. 2012, n° 11-88.430 : non-renvoi de la QPC dès lors qu'une « déclaration d'inconstitutionnalité, à la supposer encourue, serait sans incidence sur la solution du pourvoi ».

¹⁴⁵⁷ C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, t. II, La compétence, Bruxelles, Larcier, 1981, p. 759.

juridique. À travers cette première tâche, elle assume son rôle de gardienne des lois l'obligeant, à veiller au maintien de l'unité et de l'uniformité de la jurisprudence. Dans un second temps, elle a pour mission de veiller à ce que les décisions des juges du fond répondent aux exigences d'une bonne administration de la justice, chose qu'elle exerce à travers sa fonction disciplinaire. C'est cette seconde fonction qui retiendra particulièrement notre attention. En effet, la Cour de cassation n'a jamais autant côtoyé d'aussi près les faits de l'espèce qu'à l'occasion de son contrôle de la motivation¹⁴⁵⁸ qui lui est soumise par les juges du fond, « sous l'angle de sa légalité »¹⁴⁵⁹. Comme le rappelle le magistrat Benoît Dejemeppe, « le juge du droit ne peut en effet s'assurer de l'exacte application de la loi qu'à la condition de disposer d'une motivation de fait qui puisse donner une assise suffisante à son contrôle et lui donner l'assurance que l'auteur de cette motivation n'en a pas arbitrairement tronqué les termes en vue d'y appliquer la solution juridique de son choix¹⁴⁶⁰ ». En guise d'illustration quant à la méthode d'approche utilisée par la Cour de cassation afin d'appréhender concrètement le litige en cause, on peut faire référence à la règle *ne bis in idem*, dont l'application nécessite de cerner au mieux quels faits ont été sanctionnés pour éviter qu'ils ne le soient une seconde fois. Ainsi, ce n'est qu'au prix d'une analyse minutieuse des faits de l'espèce que la Cour de cassation peut exceller dans sa fonction disciplinaire et donc conjuguer une application rigoureuse du droit aux faits de l'espèce qui lui sont soumis. Par conséquent, tant la fonction disciplinaire de la Cour de cassation que l'évolution de son contrôle dans le cadre des filtrages des questions prioritaires de constitutionnalité autorise à penser que la Haute juridiction de l'ordre judiciaire, pourrait, à l'image des magistrats canadiens, utiliser le dispositif transitoire jurisprudentiel substantiel afin de neutraliser « normativement » les effets néfastes

¹⁴⁵⁸ L'actuelle réforme de la Cour de cassation qui, entre autres, propose, en sus de l'intensification du contrôle de proportionnalité, d'améliorer la motivation des arrêts en privilégiant la casuistique au sein des décisions, laisse présager que la Haute juridiction de l'ordre judiciaire puisse se livrer davantage à un contrôle de cassation au plus prêt des faits de l'espèce. V. *infra* n° 429. À propos de la réforme : v. le dossier spécial « Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation. Actes de la conférence-débat du 24 novembre 2015 », *JCP G* supplément au n° 1-2, janv. 2016, 57 pp. ; J.-B. BOCON-GIBOD, « Ce qui pourrait changer à la Cour de cassation », *D.*, 2014, p. 1107 ; F. CHENÉDÉ, « Contre-révolution tranquille de la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796. ; N. FRICERO, « L'avenir de la Cour de cassation : la vision originale du Club des juristes », *JCP G*, 2015, act. 753 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, T. MOUSSA, « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité », *D.* 2015, 278 ; B. HAFTEL, « Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge », *D.*, 2015, p. 1378.

¹⁴⁵⁹ B. DEJEMEPE, « La Cour de cassation, troisième degré de juridiction ? À propos de la distinction du fait et du droit en cassation », *Rev. pén.*, 2013, n° 4, pp. 264-280.

¹⁴⁶⁰ *Ibidem*.

qui s'attachent aux différentes réserves d'interprétation émises par les juges pénaux lors de son exercice optimal du filtre. En définitive, ces quelques exemples jurisprudentiels attestent d'un rapprochement dans la mise en œuvre des dispositifs transitoires jurisprudentiels procéduraux et substantiels uniquement lorsque ces derniers sont mis en œuvre par le Conseil constitutionnel français. En effet, au Canada, il semble que la Cour suprême soit également encline à faire bénéficier la partie qui a soulevé la contestation constitutionnelle de la déclaration d'inconstitutionnalité.

B) Les dispositifs transitoires jurisprudentiels procéduraux et substantiels au Canada

344. La gestion de la règle jurisprudentielle nouvelle par les mécanismes procéduraux au Canada en cas de déclaration d'inconstitutionnalité. Comment les effets plus ou moins « négatifs » issus de l'application immédiate de la nouvelle règle jurisprudentielle sont-ils « normativement » neutralisés outre-Atlantique ? Sur ce point, la technique de la suspension des décisions d'invalidité combinée, le cas échéant, avec une exemption constitutionnelle apporte un éclairage original, autorisant un rapprochement avec le régime de modulation de la règle jurisprudentielle mise en œuvre dans le cadre de l'article 62 alinéa 2 de la Constitution par le Conseil constitutionnel français. Lorsque la Cour suprême du Canada relève le caractère inconstitutionnel d'une loi ou d'un règlement, elle suspend l'effet de sa décision pendant une certaine période de temps si les conséquences d'une application immédiate iraient à l'encontre de l'ordre public. L'affaire relative au *Renvoi Manitoba*¹⁴⁶¹ est éloquent. La Cour suprême du Canada a décidé que toutes les lois du Manitoba étaient inconstitutionnelles parce qu'elles n'avaient pas été adoptées dans les deux langues officielles. Les juges suprêmes ont donné cinq ans à la province pour adopter des lois bilingues avant que la déclaration d'inconstitutionnalité ne prenne effet. Toutefois, se pose la question de savoir si l'arrêt peut néanmoins être invoqué dans les affaires qui sont « en cours ». Sur ce point, il peut être fait référence à l'affaire *Bériault*¹⁴⁶². À cette occasion, les juges

¹⁴⁶¹ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985], 1 1 RCS 721, 19, DLR (4C) 1 [Renvoi Manitoba].

¹⁴⁶² *R. c. Bériault*, (1993) 53 QAC 317, pp. 319 et s.

ont refusé à l'appelant le droit d'invoquer un argument lié à l'inconstitutionnalité des dispositions relatives à la procédure de sélection des membres du jury. La Cour suprême avait rendu l'arrêt *Bain*¹⁴⁶³ entre l'appel et son audition. La Cour d'appel a cité l'opinion du juge Stevenson de la Cour suprême afin que l'arrêt *Bain*¹⁴⁶⁴ puisse bénéficier à ceux dont l'affaire était en cours et qui avaient plaidé l'inconstitutionnalité des mêmes articles¹⁴⁶⁵. La Cour suprême évite de pénaliser celui qui a contesté la constitutionnalité des mesures étatiques¹⁴⁶⁶ : « Dans les rares cas où notre Cour a rendu une décision applicable pour l'avenir, elle a toujours permis à la partie qui a porté l'affaire devant le tribunal de profiter de la conclusion d'inconstitutionnalité »¹⁴⁶⁷. Il peut encore être reporté à l'affaire *Brydges*¹⁴⁶⁸ « en raison de l'imposition d'une obligation supplémentaire aux policiers [...] il convient de fixer une période de transition. [...] [Celle-ci est nécessaire] pour tenir compte de ce que les policiers ont souvent des cartons imprimés dont ils se servent pour lire la mise en garde des personnes détenues ». De même, à l'occasion de l'affaire *Feeney*¹⁴⁶⁹, la Cour suprême précise que « La période transitoire [d'un an] s'appliquera partout au Canada, sans toutefois s'appliquer à la décision qui a été prise ou qui doit l'être en l'espèce »¹⁴⁷⁰. En somme, ces cas jurisprudentiels attestent de l'octroi possible d'une période transitoire de validité dans certaines circonstances pour assurer la primauté du droit. Par ailleurs, lorsque la Cour suprême du Canada constate l'inconstitutionnalité d'une loi pénale, elle peut ériger un régime transitoire substantiel dans l'attente de l'adoption d'une nouvelle loi.

¹⁴⁶³ *R. c. Bain*, [1992] 1 RCS 91.

¹⁴⁶⁴ *R. c. Bain*, [1992] 1 RCS 91.

¹⁴⁶⁵ *R. c. Wigman* [1937], 1 RCS 246.

¹⁴⁶⁶ *Renvoi : juges de la Cour fédérale*, [1998], 1 RCS 3.

¹⁴⁶⁷ *Renvoi : juges de la Cour fédérale*, par. 20 ; *R. c. Brydges*, [1990] 1 RCS 190 ; *R. c. Fenney*, [1997], 2 RCS 117 ».

¹⁴⁶⁸ *R. c. Brydges*, [1990], 1 RCS 190, p. 217.

¹⁴⁶⁹ *R. c. Fenney*, [1997], 2 RCS 13, p. 117.

¹⁴⁷⁰ *R. c. Bain*, [1992], 1 RCS 91, à la p. 104 ; *R. c. Swain*, [1991], 1 RCS 933.

345. La gestion de la règle jurisprudentielle nouvelle par les dispositifs transitoires jurisprudentiels substantiels en cas de déclaration d'inconstitutionnalité au Canada. L'affaire *Lavallee*¹⁴⁷¹ en matière de perquisitions dans un cabinet d'avocat est éloquente. Dans trois pourvois distincts, était mis en cause la constitutionnalité de l'article 488.1 du *Code criminel* qui imposait un scellé des documents et une procédure de révision judiciaire afin de protéger le secret professionnel avocat-client lors d'une perquisition policière d'un cabinet d'avocat. Dans ces trois affaires, la police a saisi des documents dans des cabinets d'avocats en vertu d'un mandat. Les procédures prévues par l'article litigieux pour la protection de documents susceptibles d'être protégés par le privilège des communications entre client et avocat ont été suivies et les cabinets d'avocats ont invoqué le secret professionnel au nom de leurs clients. Les associés ont cherché à obtenir une déclaration d'inconstitutionnalité de la disposition législative, en vertu de l'article 8 de la *Charte*, qui garantit la protection de l'individu contre les perquisitions, fouilles et saisies abusives. La requête en annulation du mandat pour inconstitutionnalité est rejetée, mais la Cour du Banc de la Reine annule l'article 488.1 du *Code criminel*, le déclarant inconstitutionnel, et la Cour d'appel confirme cette décision. À son tour, la Cour suprême du Canada déclare inconstitutionnel l'article litigieux. En attendant que le législateur édicte une nouvelle loi, la Cour suprême a créé dix principes généraux pour encadrer les perquisitions de cabinets d'avocats¹⁴⁷² par lesquels elle assure le respect des principes constitutionnels en amont de toute intervention législative.

¹⁴⁷¹ *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général); White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général); R. c. Fink*, [2002] 3 RCS 209, 2002 CSC 61.

¹⁴⁷² 1. Aucun mandat de perquisition ne peut être décerné relativement à des documents reconnus comme étant protégés par le secret professionnel de l'avocat. 2. Avant de perquisitionner dans un bureau d'avocats, les autorités chargées de l'enquête doivent convaincre le juge saisi de la demande de mandat qu'il n'existe aucune solution de rechange raisonnable. 3. Lorsqu'il permet la perquisition dans un bureau d'avocats, le juge saisi de la demande de mandat doit être rigoureusement exigeant, de manière à conférer la plus grande protection possible à la confidentialité des communications entre client et avocat. 4. Sauf lorsque le mandat autorise expressément l'analyse, la copie et la saisie immédiates d'un document précis, tous les documents en la possession d'un avocat doivent être scellés avant d'être examinés ou de lui être enlevés. 5. Il faut faire tous les efforts possibles pour communiquer avec l'avocat et le client au moment de l'exécution du mandat de perquisition. Lorsque l'avocat ou le client ne peut être joint, on devrait permettre à un représentant du Barreau de superviser la mise sous scellés et la saisie des documents. 6. L'enquêteur qui exécute le mandat doit rendre compte au juge de paix des efforts faits pour joindre tous les détenteurs potentiels du privilège, lesquels devraient ensuite avoir une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège et, si cette objection est contestée, de faire trancher la question par les tribunaux. 7. S'il est impossible d'aviser les détenteurs potentiels du privilège, l'avocat qui a la garde des documents saisis, ou un autre avocat nommé par le Barreau ou par la cour, doit examiner les documents pour déterminer si le privilège devrait être invoqué et doit avoir une occasion raisonnable de faire valoir ce privilège. 8.

En définitive, l'appréhension et la mise en œuvre des dispositifs transitoires jurisprudentiels au sein des procès pénaux, de part et d'autre de l'Atlantique, autorisent à constater que les réserves d'interprétation transitoires poursuivent une même finalité : celle de la neutralisation des effets inconstitutionnels de la disposition pénale en cause jusqu'à sa substitution par une loi pénale nouvelle. Pour cette raison, les dispositifs transitoires jurisprudentiels sont utiles au rayonnement de la Constitution française et canadienne mais aussi pour la protection des droits des justiciables pénaux. Les réserves d'interprétation transitoires revêtent en effet deux fonctions dont il faut se demander dans quelle mesure elles peuvent être mises au service d'une protection renforcée des droits et libertés fondamentaux des justiciables pénaux.

§2 : Les fonctions controversées des dispositifs transitoires jurisprudentiels au sein des procès pénaux français et canadien

346. Les fonctions des dispositifs transitoires jurisprudentiels au service d'un rapprochement procédural des contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* français et canadien. Les réserves d'interprétation transitoires poursuivent une même finalité : celle de la neutralisation des effets inconstitutionnels de la disposition pénale en cause jusqu'à sa substitution éventuelle par une loi pénale nouvelle. En cela, les réserves d'interprétation transitoires sont utiles à la protection des droits des justiciables pénaux (A). Mais, parce qu'elles présentent un caractère normatif, elles sont en contradiction avec un grand principe du droit pénal, à savoir le principe de légalité criminelle (B).

Le procureur général peut présenter des arguments sur la question du privilège, mais on ne devrait pas lui permettre d'examiner les documents à l'avance. L'autorité poursuivante peut examiner les documents uniquement lorsqu'un juge a conclu qu'ils ne sont pas privilégiés. 9. Si les documents scellés sont jugés non privilégiés, ils peuvent être utilisés dans le cours normal de l'enquête. 10. Si les documents sont jugés privilégiés, ils doivent être retournés immédiatement au détenteur du privilège ou à une personne désignée par la cour.

A. Les fonctions des dispositifs transitoires jurisprudentiels au service de la protection des droits des justiciables pénaux

347. La dénomination évolutive de la question prioritaire de constitutionnalité au regard du modèle canadien. En France, la doctrine majoritaire s'accorde pour qualifier la question prioritaire de constitutionnalité de question préjudicielle¹⁴⁷³. Mais cette qualification correspond-elle à sa réelle nature ? La réponse semble mitigée à certains égards. D'abord, au regard de la fonction subjective commune des dispositifs transitoires jurisprudentiels mis en œuvre dans le cadre des contrôles des lois pénales *a posteriori* en France et au Canada (1), ensuite au regard de leur fonction objective commune (2).

1) Une fonction subjective commune : la préservation des décisions constitutionnelles françaises et canadiennes au sein des procès pénaux en cours

348. Le caractère subjectif des contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* renforcés par les dispositifs transitoires jurisprudentiels. « Donner un droit nouveau au justiciable en lui permettant de faire valoir les droits qu'il tire de la Constitution »¹⁴⁷⁴, tel était le premier des objectifs de la réforme constitutionnelle de 2008 qui a présidé à l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité. Cette première finalité attestait du caractère partiellement subjectif du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* français. Les réserves d'interprétation transitoires émises dans le cadre de la modulation des lois pénales inconstitutionnelles révèlent, si ce n'est renforcent, la nature subjective de la

¹⁴⁷³X. PHILIPPE, « Brèves réflexions sur la question prioritaire de constitutionnalité dans une perspective comparatiste – Le juge *a quo* : Juge du filtre ou « Juge constitutionnel négatif » ? », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, op. cit., p. 106 ; P. BON, « Les conditions de recevabilité de la question préjudicielle de constitutionnalité en droit comparé » in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, op. cit., p. 33 et s. ; B. DE LAMY, « Proposition de réforme : vers une question préjudicielle d'inconstitutionnalité ? », RSC, 2008, p. 130 ; D. ROUSSEAU, « La question préjudicielle de constitutionnalité : un big bang juridictionnel », RDP, 2009, p. 631 ; X. MAGNON, « La question prioritaire de constitutionnalité est-elle une « question préjudicielle »? », AJDA, 2015, p. 254 ; E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1, 2e éd., Berger-Levrault et Cie, 1896, p. 492 et s. ; G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, thèse, Lyon III, 2013, dactyl., 527 p. ; S. FATAL, *Recherche sur la catégorie juridique des questions préjudicielles*, thèse, Montpellier, 2014, dactyl., 494 p.

¹⁴⁷⁴M. GUILLAUME, « La question prioritaire de constitutionnalité », in *Justice et Cassation*, 2010, p. 279.

question prioritaire de constitutionnalité dans la mesure où ces techniques décisionnelles préservent l'effet utile des décisions constitutionnelles, notamment au sein des procès pénaux en cours. Il convient de rappeler que la modulation des effets des décisions constitutionnelles conformément à l'article 62 alinéa 2 de la Constitution représente une exception au principe suivant lequel « la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier au justiciable qui a présenté une question prioritaire de constitutionnalité »¹⁴⁷⁵. Cette hypothèse n'est donc pas favorable au justiciable. En cas d'abrogation avec effet différé, le Conseil constitutionnel dispose de deux solutions afin de préserver l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité. D'abord, lorsque le report de l'effet abrogatif est justifié par des conséquences manifestement excessives, il peut maintenir en application la disposition législative inconstitutionnelle¹⁴⁷⁶. Ensuite, il peut énoncer qu'il appartient, d'une part, aux juridictions de surseoir à statuer dans les instances dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles et, d'autre part, au législateur de prévoir une application des nouvelles dispositions à ces instances en cours à la date de la décision¹⁴⁷⁷. Mais, en tant qu'exception à l'exception, les réserves d'interprétation transitoires offrent l'opportunité au Conseil constitutionnel de concilier le mode d'emploi général des décisions QPC¹⁴⁷⁸ et de sécurité juridique auxquels tendent les deux premières solutions sus-évoquées, tout en assurant l'application de la décision constitutionnelle au requérant qui est à l'origine de la contestation constitutionnelle. Orientées vers la satisfaction des intérêts des justiciables pénaux en ce qu'elles assurent l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité aux instances en cours, les réserves d'interprétation transitoires confortent le caractère subjectif de la question prioritaire de constitutionnalité de nature à la rapprocher de l'exception d'inconstitutionnalité canadienne dont le caractère subjectif a été plus tôt démontré¹⁴⁷⁹. La fonction objective commune des réserves d'interprétation transitoires conforte également,

¹⁴⁷⁵ Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, préc., consid. 21.

¹⁴⁷⁶ Cons. const. 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC.

¹⁴⁷⁷ Cons. const., 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC, consid. 12., [Consorts L. [Cristallisation des pensions], *JORF* 29 mai 2010, p. 9728, texte n° 67, *Rec.*, p. 91 ; Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-83 QPC., M. Claude G. [Rente viagère d'invalidité], *JORF* 14 janv. 2011, p. 811, texte n° 121, *Rec.*, p. 57 ; Cons. const., 27 sept. 2013, n° 2013-343 QPC, préc., Époux L. [Détermination du taux d'intérêt majorant les sommes indûment perçues à l'occasion d'un changement d'exploitant agricole], consid. n° 9.

¹⁴⁷⁸ Cons. const., 25 mars 2011, n° 2010-108 QPC.

¹⁴⁷⁹ *Supra.* n° 48.

une nouvelle fois, l'hypothèse d'un rapprochement procédural des deux contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*.

2) La fonction objective commune : annihiler les inconstitutionnalités constatées

349. Le caractère objectif des contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* renforcés par les dispositifs transitoires jurisprudentiels. Les réserves d'interprétation transitoires renforcent d'une certaine façon le respect de la Constitution au sein du procès pénal français en ce qu'elles permettent d'annihiler les inconstitutionnalités constatées à compter de la publication de la décision des Sages. La décision QPC du 9 octobre 2014 du Conseil constitutionnel est éloquente : « il y a lieu de juger que les dispositions du 8° bis de l'article 706-73 du code de procédure pénale ne sauraient être interprétées comme permettant, à compter de cette publication, pour des faits d'escroquerie en bande organisée, le recours à la garde à vue prévu par l'article 706-88 du code de procédure pénale »¹⁴⁸⁰. Par cette réserve d'interprétation transitoire, le Conseil constitutionnel garantit que les actes de procédure pénale pris sur le fondement des dispositions pénales déclarées inconstitutionnelles ne peuvent être contestés car cela méconnaîtrait l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions. La réserve d'interprétation transitoire renforce ainsi le deuxième et troisième objectif de la réforme constitutionnelle de 2008, à savoir, « assurer la prééminence de la Constitution dans l'ordre interne »¹⁴⁸¹ et « purger l'ordre juridique des dispositions constitutionnelles »¹⁴⁸².

Au Canada, au nom de la primauté du droit, les tribunaux canadiens sont enclins à accorder des périodes transitoires de validité dans certaines circonstances¹⁴⁸³. En somme, parce qu'elles permettent d'assurer la diffusion de la norme suprême au sein du procès pénal français ou canadien, les réserves d'interprétation transitoires représentent une technique décisionnelle utile au respect de la Constitution. Cependant, parce qu'elles revêtent un caractère normatif, elles entrent en

¹⁴⁸⁰ Cons. const., 9 oct. 2014, n° 2014-420/421 QPC, M. Maurice L. et autre, consid. 26, préc.

¹⁴⁸¹ G. MARC, « La question prioritaire de constitutionnalité », in *Justice et cassation*, revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation », Dalloz, 2010, p. 1.

¹⁴⁸² *Ibidem*.

¹⁴⁸³ *Supra*. n° 343.

contradiction avec le principe de légalité criminelle consacré de part et d'autre de l'Atlantique.

B. Les fonctions des dispositifs transitoires jurisprudentiels en contradiction avec le principe de légalité criminelle

350. Les dispositifs transitoires jurisprudentiels : des outils controversés au service des garanties juridictionnelles des Constitutions françaises et canadiennes. Les dispositifs transitoires jurisprudentiels sont des « outils utiles au rayonnement des Constitutions »¹⁴⁸⁴ française et canadienne au sein des procès pénaux. Toutefois, en raison de leur caractère normatif, les dispositifs transitoires jurisprudentiels contredisent le principe de légalité criminelle¹⁴⁸⁵ (1). Cependant, à l'image du modèle canadien, un encadrement juridique potentiel de ces dispositifs transitoires jurisprudentiels pourrait limiter leur contradiction avec le principe de légalité criminelle (2).

1) Une contradiction avec le principe de légalité criminelle

351. La confection de la loi pénale à multiples auteurs. De part et d'autre de l'Atlantique, le principe de légalité criminelle bénéficie d'une consécration constitutionnelle. En France, le principe de légalité criminelle puise sa source constitutionnelle dans l'article 34 de la Constitution française¹⁴⁸⁶. Au Canada, le principe de légalité criminelle *stricto sensu* est consacré à l'article 11(g) de la *Charte canadienne des droits et libertés de 1982*¹⁴⁸⁷. Dans les deux pays, le principe de légalité criminelle revêt deux dimensions. Dans sa dimension formelle, le principe de légalité criminelle renvoie aux autorités habilitées par les Constitutions française

¹⁴⁸⁴ A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, op. cit., p. 84

¹⁴⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁸⁶ Art. 34 Const. 4 oct. 1958.

¹⁴⁸⁷ L'alinéa 11(g) dispose que : « 11. Tout inculpé a le droit : g) de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations ».

et canadienne à faire le droit pénal. Or, les réserves d'interprétation transitoire, comme normatives, permettent aux juges constitutionnels français et canadiens, mais aussi à la chambre criminelle de la Cour de cassation, de participer à la confection de la loi pénale. La technique des réserves d'interprétations participerait même au « déclin du principe de légalité criminelle » comme l'exprimait le professeur Maistre du Chambon : « la pratique des réserves d'interprétation permet au Conseil constitutionnel de se faire législateur, en méconnaissant purement et simplement le sens du texte soumis à son contrôle »¹⁴⁸⁸. L'entaille à la dimension formelle du principe de légalité criminelle est encore renforcée par la composition éminemment politique du Conseil constitutionnel¹⁴⁸⁹. La loi pénale, n'émane donc plus d'un organe représentatif exprimant la volonté générale, mais d'un organe dont la légitimité constitutionnelle pour ce faire est remise en cause.

Au Canada, les juges constitutionnels de la Cour suprême du Canada sont certes majoritairement nommés par le Gouvernement fédéral, mais la spécialisation des membres de celle-ci¹⁴⁹⁰, permet d'atténuer l'entorse à la dimension formelle du principe de légalité criminelle faite par les réserves d'interprétations transitoires et normatives. Cette technique décisionnelle pose donc des difficultés communes en France et au Canada.

Dans sa dimension matérielle, le principe de légalité criminelle signifie que la loi pénale doit être rédigée en des termes clairs et précis. Autrement dit, des exigences d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi pénale sous-tendent la dimension matérielle de la légalité criminelle. En France, dans le cadre du contrôle *a priori*, une dépréciation qualitative des réserves d'interprétations émises par le Conseil constitutionnel a déjà pu être relevée par certains auteurs¹⁴⁹¹. Par exemple, la généralité de la réserve d'interprétation émise dans la décision du 2 mars 2004 au sujet du vol commis en bande organisée¹⁴⁹², selon laquelle cette infraction doit présenter des « éléments suffisants de gravité » pour se voir appliquer les règles de procédure pénale dérogatoires instituées par la loi a conduit une circulaire

¹⁴⁸⁸ P. MAISTRE DU CHAMBON, « Le déclin du principe de légalité en matière pénale », in *Mélanges en l'honneur du doyen Roger Decottignies*, Presses Universitaires de Grenoble, 2003, p. 212.

¹⁴⁸⁹ *Infra.* n° 376.

¹⁴⁹⁰ *Infra.* n° 376.

¹⁴⁹¹ G. ROYER, « La réserve d'interprétation constitutionnelle en droit criminel », *RSC*, 2008, p. 385 ; C. LAZERGES, « Le Conseil constitutionnel acteur de la politique criminelle, À propos de la décision 2004-492 DC du 2 mars 2004 », *RSC*, 2004, p. 731 ».

¹⁴⁹² Cons. const. 02 mars 2004, n° 2004-492 DC, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JORF*, 10 mars 2004, p. 4637, texte n° 4, *Rec.*, p. 66.

ministérielle à préciser cette réserve d'interprétation¹⁴⁹³. Les lacunes rédactionnelles des réserves d'interprétation normative ou transitoire interagissent nécessairement sur les lois pénales dans la mesure où les premières font corps avec les secondes¹⁴⁹⁴. La qualité rédactionnelle des réserves d'interprétation revêt donc une grande importance. En effet, les réserves d'interprétation, tant normatives que transitoires, ne censurent aucun texte mais fixent une règle d'interprétation. Elles s'adressent donc directement à toute autorité susceptible de l'appliquer, en particulier au juge ordinaire. Les réserves d'interprétation normatives et transitoires contredisent ainsi le principe de légalité criminelle dans ses deux dimensions, ce qui est problématique. Cependant, il convient de nuancer ces critiques.

2) Une contradiction atténuée avec le principe de légalité criminelle

352. L'encadrement des réserves d'interprétation normatives par les gardes-fous français et canadiens. De part et d'autre de l'Atlantique, les réserves d'interprétation normatives et transitoires soulèvent des difficultés certaines au regard du principe de légalité criminelle en raison du principe de séparation des pouvoirs mais aussi au regard de l'imprécision de certaines réserves d'interprétation. Cependant, il convient de nuancer ces propos. En effet, au Canada, certains gardes-fous permettent d'atténuer la contradiction entre les techniques de correction judiciaire des lois inconstitutionnelles et le principe de légalité criminelle dans sa dimension formelle. En effet, lorsque les tribunaux décident de recourir à l'interprétation large et atténuée des dispositions pénales critiquées, ils doivent s'assurer que leur redressement judiciaire respecte tant les valeurs de la *Charte* que l'intention du législateur. Sur ce point, l'arrêt *Schachter*¹⁴⁹⁵ est topique. Il requiert des tribunaux canadiens, lorsqu'ils entendent opter pour une interprétation atténuée ou large, de n'intervenir en ce sens que lorsque « l'objectif législatif est évident et l'interprétation large ou l'interprétation atténuée constituerait un empiétement moindre sur cet objectif que l'annulation de la loi ». En France, également, certains

¹⁴⁹³ Cir. Crim. 04-13 G1, 2 sept. 2004 présentant les dispositions relatives à la criminalité organisée de la loi n° 2004-204, 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

¹⁴⁹⁴ A. CAPPELLLO, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, op. cit., p. 89.

¹⁴⁹⁵ *Schachter c. Canada*, [1992] 2 RCS, 679.

éléments plaident en faveur d'une atténuation de la contradiction des réserves d'interprétation avec le principe de légalité criminelle. En effet, de manière générale, les réserves d'interprétations normatives émises par le Conseil constitutionnel respectent l'intention du législateur et ne sont donc pas en rupture avec les choix législatifs. De même, les questions prioritaires de constitutionnalité au sein desquelles le Conseil constitutionnel se transforme en législateur provisoire demeurent occasionnelles. Aucun usage abusif de la part du Conseil constitutionnel ne peut être relevé, même si le risque de voir se multiplier les « arrêts manipulatifs »¹⁴⁹⁶ par l'édition des réserves d'interprétation, normative et transitoire, est grand.

¹⁴⁹⁶ P. BON, « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA*, 2009, p. 1107.

CONCLUSION DU CHAPITRE I TITRE II

353. Le rapprochement procédural des contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* français et canadien au service d'une convergence des deux systèmes de contrôles *a posteriori* ?. L'étude du droit jurisprudentiel transitoire dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*, témoigne de la participation certaine du Conseil constitutionnel et de la chambre criminelle de la Cour de cassation dans la confection de la norme pénale dans le but de la rendre conforme à la Constitution à l'image des juges canadiens. En agissant sur le contenu de la loi pénale litigieuse, par l'intermédiaire des réserves d'interprétation – classiques et transitoires –, ils participent tout deux au processus de constitutionnalisation du droit pénal. Mais cette association formelle des juges judiciaires et du Conseil constitutionnel français dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* engendre, à son tour, une association matérielle des juges. En toile de fond, il apparaît en effet que l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France révèle une certaine perméabilité du droit pénal substantiel à l'influence du système canadien. La convergence procédurale issue de l'exercice des contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* de part et d'autre de l'Atlantique, fait émerger un « fond commun » atténuant les divergences qui sous-tendent les grands modèles de contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* étudiés. Évidemment, le futur est incertain sur la forme que prendra le contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en droit français. Néanmoins, au regard de ces évolutions tant procédurales que substantielles du droit pénal suscitées par le recours *a posteriori*, il devient possible de dresser une grille des divers « types » de contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* susceptibles d'advenir prochainement en France. Cette ultime étape vise, en définitive, à vérifier si un rapprochement entre les systèmes de contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France et au Canada demeure envisageable (Chapitre II)

Chapitre II : L'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* au service d'un rapprochement des systèmes de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* français et canadien

354. Vers une convergence des systèmes de contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* français et canadien ? L'originalité du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* canadien repose sur deux caractéristiques principales. D'abord, s'exerce au Canada un contrôle diffus de constitutionnalité des lois *a posteriori*. En ce sens, de multiples juges sont ainsi compétents pour vérifier la constitutionnalité des lois à l'aune de la *Charte canadienne des droits et libertés de 1982*. En effet, tant « [...] la Cour suprême du Canada, qui entend les appels en dernier instance, que les tribunaux – de droit commun ou spécialisés, de première instance ou d'appel, des provinces ou du fédéral – sont habilités à examiner la constitutionnalité des lois ou des règlements [...] »¹⁴⁹⁷. Ensuite, il s'agit d'un contrôle concret de constitutionnalité. L'exercice de la question prioritaire de constitutionnalité ouvre-t-il la voie à une éventuelle transposition des principaux points saillants du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* canadien en France ? Une réponse mitigée semble devoir être donnée. Seront successivement envisagées d'abord, les difficultés d'une transposition en France d'un contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* (Section I), ensuite, celles d'une évolution conditionnée d'un contrôle « semi-diffus »¹⁴⁹⁸ de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* exercé par la chambre criminelle de la Cour de cassation française (Section II).

¹⁴⁹⁷ P. TAILLON, F. HENAULT, « Des faits décisifs ! Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité au Québec et au Canada », in *Pluralisme des garanties et des juges et droits fondamentaux. Les droits culturels.*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁴⁹⁸ D'abord, dans son acception positive, l'expression « contrôle semi-diffus de constitutionnalité *a posteriori* » implique que la Cour de cassation à l'image du Conseil constitutionnel, serait habilitée à examiner la constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*. Le Conseil constitutionnel se transformant, par conséquent, en un juge d'appel de la constitutionnalité des lois pénales à l'image de la Cour suprême du Canada. Ensuite, dans son acception négative, cette expression signifie que les juridictions relevant de la Cour de cassation ne seraient pas habilités à exercer un contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*. Elles n'exerceraient qu'un rôle de filtre des contestations constitutionnelles.

Section I : La transposition compromise du contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* canadien en France

355. Les difficultés d'évolution du contentieux constitutionnel français à l'image du modèle canadien. L'hypothèse d'un contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* à l'image du modèle canadien doit être envisagée pour aussitôt être écartée. En effet, au regard de la pratique juridictionnelle de la question prioritaire de constitutionnalité, avancer qu'un contrôle diffus de constitutionnalité des lois *a posteriori* « à la canadienne » puisse être transposé en France semble prématuré. En revanche, l'hypothèse d'un contrôle « semi-diffus » de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* par la Cour de cassation semble plus envisageable au regard de la réalité juridictionnelle française. Partant, il convient de justifier le caractère incertain de la transposition du contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* canadien en France (§1), avant d'évoquer le caractère possible d'un contrôle semi-diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* par la Cour de cassation française (§2).

§1. Le caractère incertain de la transposition du contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* canadien en France

356. Le contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* canadien : une hypothèse écartée. À la lumière du système de contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* canadien, une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français est-elle en passe d'advenir ? L'exercice de la question prioritaire de constitutionnalité témoigne du partage du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* entre les juridictions relevant de la Cour de cassation, la chambre criminelle de la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel. Si, de prime abord, ce partage des compétences dans la vérification de la constitutionnalité *a posteriori* des lois pénales ouvre la brèche à un contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* à l'image du système canadien, certains obstacles en empêchent la transposition (A). Cependant, la transposition du contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* canadien en France conserve son

intérêt (B), dans l'optique d'une amélioration de l'exercice de la question prioritaire de constitutionnalité.

A. Les difficultés de transposition du contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* canadien en France

357. Quel avenir pour la question prioritaire de constitutionnalité à l'aune de l'expérience canadienne ? L'étude de l'exercice de la question prioritaire de constitutionnalité prouve que le contentieux constitutionnel français est en pleine mutation. L'avenir semble lui offrir des perspectives d'évolution. Mais quel chemin procédural la question prioritaire de constitutionnalité doit-elle emprunter ? A l'image de l'expérience canadienne, la transposition en France d'un contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* semble compromise. En effet, les juridictions relevant de la Cour de cassation exercent, principalement, un contrôle de constitutionnalité restreint des lois pénales *a posteriori* (1), et n'ont pas développé, contrairement à la plus Haute Cour de l'ordre judiciaire français, de « contrôle de substitution »¹⁴⁹⁹ de nature à éliminer tout risque d'inconstitutionnalité (2).

1) Le contrôle de constitutionnalité restreint des lois pénales *a posteriori* par les juridictions relevant de la Cour de cassation

358. L'absence d'appréciation au fond sur la constitutionnalité des lois pénales par les juridictions relevant de la Cour de cassation. L'organisation de la structure étatique du Canada justifie le caractère diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*¹⁵⁰⁰. Ce caractère diffus a été notamment consacré par la jurisprudence dans l'affaire précitée *Big Drug Mart Ltd*¹⁵⁰¹. En France, l'exercice de la question prioritaire de constitutionnalité engendrerait-elle une «

¹⁴⁹⁹ A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, op. cit., p. 176

¹⁵⁰⁰ *Supra*. n° 31.

¹⁵⁰¹ *R. c Big Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 RCS 295, p. 316.

déconcentration » du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* dépossédant, de surcroît, le Conseil constitutionnel de son monopole en la matière ? Au regard de l'étude entreprise, la réponse demeure mitigée. En effet, affirmer qu'un contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* « à la canadienne » puisse advenir en France semble, en l'état du droit positif, avant-gardiste. Et pour cause, les juridictions relevant de la Cour de cassation exercent principalement un contrôle minimal des conditions d'application de la question prioritaire de constitutionnalité¹⁵⁰². Très peu de cas jurisprudentiels témoignent de l'appréciation au fond sur la constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* de la part des juges judiciaires du premier degré. L'absence de référence à un tel contrôle dans les dernières chroniques de jurisprudence est éloquente¹⁵⁰³. Par ailleurs, un contrôle plus approfondi de la constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* n'engendre pas automatiquement une substitution des juridictions relevant de la Cour de cassation au Conseil constitutionnel. Par exemple, saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les alinéas 4 et 5 de l'article 41-1 du Code de procédure pénale relatifs aux mesures de réparation et de médiation pénale, la cour d'appel aixoise rappelle longuement « qu'il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction », avant de constater que « la mise en œuvre des mesures alternatives à la poursuite prévues par les alinéas 4 et 5 de l'article 41-1 du Code de procédure pénale [...] n'implique le prononcé d'aucune peine ou d'aucune sanction, et n'est pas de nature à porter atteinte à la liberté individuelle ; elle suppose l'accord préalable des intéressés, et ceux-ci ont la possibilité de voir soumettre à un juge l'appréciation de leur culpabilité s'ils entendent contester celle-ci. Ces mesures n'entraînent par conséquent aucune atteinte au principe susvisé »¹⁵⁰⁴. Si les juges aixois s'investissent pleinement dans la vérification de la constitutionnalité de la disposition pénale critiquée, il n'empêche que leur raisonnement ne les conduit pas à vérifier la compatibilité d'une

¹⁵⁰² L. BRIAND, « Un an (ou presque) de QPC devant les juridictions judiciaires du fond », *Gaz. Pal.*, 17 févr. 2011, I4769 ; L. BRIAND, « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions judiciaires du fond : 1er semestre 2011 », *Gaz. Pal.*, 15 sept. 2011, I. 6816 ; L. BRIAND, « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions judiciaires du fond : 2nd semestre 2011 », *Gaz. Pal.*, 8 mars 2012, I. 8705 ; A. BONNET, L. BRIAND, « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions judiciaires du fond : 1^{er} semestre 2012 », *Gaz. Pal.*, 9 août 2012, I. 0637.

¹⁵⁰³ B. MATHIEU, « Jurisprudence relative à la question prioritaire de constitutionnalité 8 juillet-16 décembre 2016 », *JCP G*, 2017, n° 3, pp. 109-115 ; B. MATHIEU, « Jurisprudence relative à la question prioritaire de constitutionnalité 28 janvier-6 juillet 2016 », *JCP G*, 2016, n° 30, pp. 1536-1542.

¹⁵⁰⁴ CA Aix-en-Provence, 26 janv. 2011, n° 10/21317.

telle atteinte des dispositions pénales litigieuses avec les impératifs liés à l'intérêt général ou à la protection d'autres droits et libertés tels de véritables juges constitutionnels. De même, saisis de la contestation de la constitutionnalité relative à la référence aux notions d'honneur et de considération de la personne par l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 réprimant l'infraction de diffamation, les juges du fond du tribunal correctionnel de Créteil se limitent à rappeler l'interprétation des notions litigieuses qu'en donne la Cour de cassation¹⁵⁰⁵. Dans certaines décisions encore, les juridictions relevant de la Cour de cassation se bornent à affirmer le caractère sérieux de la contestation constitutionnelle sans réelle démonstration. Par exemple, afin de justifier la transmission de la question constitutionnelle relative à la référence de la notion de dommage grave ou léger par les textes réprimant l'infraction de dégradations volontaires, le tribunal de grande instance de Nantes se limite à énoncer que cette définition ne s'appuie sur aucun critère précis¹⁵⁰⁶. Si, par leur rôle de filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité, les juridictions relevant de la Cour de cassation entrent dans le cercle des juges de la constitutionnalité, ils adoptent, généralement, un raisonnement non contestable qui respecte la délimitation classique de leur office judiciaire. Par exemple, concernant l'article 435 du code de procédure pénale, prévoyant que les témoins de la défense sont cités par le prévenu selon les modalités prévues à l'article 550 du même code, alors que les règles applicables en matière criminelle permettent à l'accusé de faire citer cinq témoins par l'accusation, la juridiction saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité juge que « la différence de traitement imposée respectivement au prévenu et à l'accusé ne semble pas pouvoir se justifier, comme le fait le ministère public, par le caractère oral de la procédure applicable devant la cour d'assises », et que les droits de la défense « semblent ainsi plus étendus en matière criminelle qu'en matière correctionnelle ». Allant plus loin, le tribunal énonce que « l'inégalité de traitement litigieuse ne peut par ailleurs pleinement s'expliquer par le seul fait que

¹⁵⁰⁵T. corr. Créteil, 12 sept. 2011, n° 11/00314 : « [...] Contrairement à ce qu'exposent les demandeurs, les notions d'honneur et de considération de la personne ont un sens et ne sont pas des concepts vagues, et elles sont appréciées à leur juste mesure en fonction du texte incriminé, des modalités de sa diffusion et des circonstances. S'agissant des deux notions en elles-mêmes, elles sont définies avec précision, et la Cour de cassation rappelle que pour déterminer si l'allégation ou l'imputation d'un fait porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne à laquelle le fait est imputé, les juges n'ont pas à rechercher quelles peuvent être les conceptions personnelles et subjectives de celle-ci concernant la notion de l'honneur et celle de la considération. L'intervention de la jurisprudence pour affiner une notion, caractériser l'élément matériel ou moral d'une infraction n'est pas illégitime et n'est pas contraire au principe de séparation des pouvoirs [...] ».

¹⁵⁰⁶T. corr. Nantes, 4 août 2014, n° 427/14.

les peines encourues par lui accusé soient sensiblement plus lourdes que celles encourues par un prévenu dès lors que ces dernières peuvent atteindre dix années d'emprisonnement correspondant à la durée minimale de la réclusion criminelle », qu'« à défaut de justification parfaitement évidente de cette différence de traitement, la question posée revêt un caractère sérieux et doit donc donner lieu à transmission à la Cour de cassation »¹⁵⁰⁷. Ainsi, en l'espèce, même si les juges judiciaires du fond se prêtent à une motivation poussée pour constater le caractère sérieux de la question constitutionnelle posée à l'appui d'une motivation conséquente, ils renvoient toutefois la contestation constitutionnelle à la Cour de cassation respectant la délimitation classique de leur office judiciaire. Par ailleurs, contrairement à la chambre criminelle de la Cour de cassation, les juridictions relevant de la Cour de cassation n'ont pas développé de « contrôle de constitutionnalité indirect »¹⁵⁰⁸ permettant de contourner tout risque d'inconstitutionnalité. Du moins, s'ils y ont eu recours, ces hypothèses restent exceptionnelles.

2) L'absence de recours aux « contrôles de constitutionnalité indirects »¹⁵⁰⁹ de la part des juridictions relevant de la Cour de cassation

359. L'absence de recours aux « contrôle de substitution »¹⁵¹⁰ devant les juges judiciaires du fond. Les juridictions relevant de la Cour de cassation doivent contrôler que « la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux », alors que les cours suprêmes sont censées s'assurer qu'elle « présente un caractère sérieux ». La première formulation employant la forme négative plutôt que la forme positive, paraît moins exigeante que la seconde. Même si une brèche vers un contrôle de constitutionnalité directement exercé par les juridictions relevant de la Cour de cassation demeure possible, l'étude des différentes questions prioritaires de constitutionnalité examinées jusqu'à présent témoigne de l'absence d'un réel contrôle de constitutionnalité des lois pénales par les juges du fond. En effet, contrairement à la chambre criminelle de la Cour de cassation, les juridictions

¹⁵⁰⁷ T. corr. Saint-Denis de la Réunion, 13 oct. 2011, n° 1218/2011.

¹⁵⁰⁸ A. CAPPELLO, *La Constitutionnalisation du droit pénal constitutionnel. Pour une étude du droit pénal constitutionnel.*, op. cit, p. 176.

¹⁵⁰⁹ *Ibidem.*

¹⁵¹⁰ *Ibidem.*

relevant de la Cour de cassation n'utilisent pas le « revirement anti-QPC »¹⁵¹¹, ou même la technique de l'interprétation conforme de la loi pénale à la Constitution afin de contourner tout risque d'inconstitutionnalité. C'est dans cette mesure qu'il est permis d'affirmer que les juridictions relevant de la Cour de cassation n'ont pas développé de contrôle de constitutionnalité indirects. Si le risque de dévoiement du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* par les juridictions relevant de la Cour de cassation a été observé par certains auteurs¹⁵¹², ces dernières ne seraient probablement pas les premiers « acteurs » concernés par l'évolution du contentieux constitutionnel dans le sens décrit plus haut. Pour autant, la consécration d'un tel contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* par les juridictions relevant de la Cour de cassation serait-elle, de manière générale, souhaitable dans l'optique d'une meilleure efficacité de la question prioritaire de constitutionnalité ?

B) L'intérêt de la transposition du contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* canadien en France

360. Les atouts probables d'une transposition du contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* canadien en France. La problématique des questions sérielles et la conception principalement abstraite du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* français peuvent altérer l'efficacité du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité. À certains égards, la transposition du contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* canadien en France pourrait représenter un remède aux questions sérielles (1) et au caractère abstrait du contrôle de *a posteriori* français (2)

¹⁵¹¹ S. CIMAMONTI, *Droit pénal général et question prioritaire de constitutionnalité*, op. cit., p. 23.

¹⁵¹² L. BRIAND, « Un an (ou presque) de QPC devant les juridictions judiciaires du fond », *Gaz Pal.*, 17 févr. 2011 n° 48, pp. 7-15.

1) La transposition du contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* canadien en France : un remède aux questions sérielles ?

361. En termes de traitement des questions sérielles. La lecture du rapport d'information de l'Assemblée nationale n° 842 de 2013¹⁵¹³ soulève rapidement la question du traitement des questions sérielles¹⁵¹⁴ et, plus exactement, de la faculté du sursis à statuer des juridictions relevant de la Cour de cassation dans cette hypothèse précise. Les questions sérielles peuvent se définir comme les contestations constitutionnelles mettant en cause, par les mêmes motifs, la constitutionnalité de dispositions législatives similaires¹⁵¹⁵. En effet, conformément aux articles 126-5 du code de procédure civile et R. 49-26 du code de procédure pénale, lorsque les juridictions relevant de la Cour de cassation sont confrontées à une contestation constitutionnelle mettant en cause, pour les mêmes motifs, une disposition pénale dont la Cour de cassation ou le Conseil constitutionnel est déjà saisi, ces dernières ne sont pas tenues de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation. Autrement dit, le sursis à statuer en cas de non transmission¹⁵¹⁶ ne représente qu'une faculté et non une obligation qui pèse sur les juridictions relevant de la Cour de cassation. Partant, un encombrement de la Haute juridiction de l'ordre judiciaire demeure possible, si ce n'est réel dans la mesure où la transmission des questions prioritaires de constitutionnalité est privilégiée par les juridictions relevant de la Cour de cassation en cas de doute ou parce que les motifs qui sous-tendent la question prioritaire de constitutionnalité

¹⁵¹³ J.-J URVOAS, Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement *par la Commission des lois constitutionnelles, de la Législation et de l'administration générale de la République, sur la question prioritaire de constitutionnalité, quatorzième législature*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 mars 2013.

¹⁵¹⁴ *Ibidem.* p. 37.

¹⁵¹⁵ *Ibidem.*

¹⁵¹⁶ Art. R. 49-27 CPP : « En cas d'absence de transmission pour ce motif, il sursoit à statuer sur le fond, jusqu'à ce qu'il soit informé de la décision du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation ou du Conseil constitutionnel. Cette absence de transmission est matérialisée par une décision de sursis à statuer au fond, motivée par l'existence d'une question similaire préalable, et non dans un acte juridictionnel de refus de transmission, lequel dessaisirait la juridiction du moyen tiré de la QPC ».

sérielle ne sont pas les mêmes¹⁵¹⁷. Dans l'optique d'une amélioration de la question prioritaire de constitutionnalité, le caractère impératif du sursis à statuer a été avancé par le Premier président de la Cour de cassation et le procureur général près la Cour¹⁵¹⁸. Au surplus, le Premier président de la Cour de cassation suggère l'instauration d'une sanction en cas de non-respect de cette obligation¹⁵¹⁹. Dans cette perspective, la désignation d'un « contrôleur » semble également nécessaire afin de pouvoir sanctionner. Cependant, le rapport de l'Assemblée nationale reste silencieux sur ce point. Néanmoins, on pourrait imaginer, à l'image du Service de documentation, des études et du rapport (SDER) de la Cour de cassation comportant, notamment, un bureau de droit constitutionnel et du droit public, qu'un bureau spécialisé dans le contentieux constitutionnel s'implante dans chaque ressort des juridictions relevant de la Cour de cassation. Ce service d'aide des « décisions QPC » des juridictions relevant de la Cour de cassation renforcerait le suivi des questions prioritaires de constitutionnalité de manière à faciliter l'examen, par ces derniers, des questions sérieelles. Afin de simplifier le contrôle de celles-ci, une obligation nouvelle de motivation incomberait aux parties invoquant un grief d'inconstitutionnalité.

Par ailleurs, l'expérience canadienne autorise à envisager une troisième voie. En effet, la difficulté du traitement des questions sérieelles ne pourrait-elle pas être résolue par la variété des compétences juridictionnelles dévolues aux juges canadiens ? Ces derniers jouent en effet plusieurs rôles lors d'un procès pénal au sein duquel est soulevée la contestation constitutionnelle. Arbitres du droit, interprètes des lois pénales, élaborateurs des choix de politique pénale en cas de silence du législateur au regard de la *common law* et, juges constitutionnels¹⁵²⁰, aucune césure entre le procès pénal et la contestation constitutionnelle n'a lieu d'être. Partant, la problématique du sursis à statuer ne se pose pas, ni même le risque des contestations constitutionnelles sérieelles dans la mesure où la plénitude de

¹⁵¹⁷ J.-J. URVOAS, Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des lois constitutionnelles, de la Législation et de l'administration générale de la République, sur la question prioritaire de constitutionnalité, quatorzième législature, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 mars 2013.

¹⁵¹⁸ Cité par J.-J. URVOAS, Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la question prioritaire de constitutionnalité, quatorzième législature, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 mars 2013, p. 37.

¹⁵¹⁹ *Ibidem*.

¹⁵²⁰ A.-M. BOISVERT, « Vingt-cinq ans de droit pénal canadien « constitutionnalisé » : la désillusion ? », in *Le juge constitutionnel et la proportionnalité. Juge constitutionnel et droit pénal.*, op. cit., p. 456.

compétence des juges canadiens autorise ces derniers à résoudre *ipso facto* la question de constitutionnalité. Dans l'éventualité où les questions constitutionnelles seraient tranchées au cours des litiges ordinaires, il peut être imaginé que les décisions rendues par les juridictions de première instance sur les questions prioritaires de constitutionnalité pourraient être davantage motivées dans la mesure où les faits de l'affaire examinée deviendraient une donnée du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* à part entière. Ainsi, cela permettrait éventuellement de mettre un terme aux « motivations variables des juges *a quo* »¹⁵²¹. La relation entretenue par les juges judiciaires du fond avec les faits de l'espèce laisse encore à penser que ces derniers pourraient exercer un contrôle efficace de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*.

2) L'intégration des considérations factuelles dans l'examen des contestations constitutionnelles au Canada : un remède au caractère abstrait du contrôle *a posteriori* en France ?

362. La compétence matérielle des juridictions relevant de la Cour de cassation.

L'étude du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* canadien a permis de mettre en exergue le rôle essentiel des considérations factuelles dans le raisonnement constitutionnel des juges canadiens. Ces derniers accordent en effet une place primordiale aux faits de l'espèce, et cela dès l'étape de la recevabilité de la contestation constitutionnelle jusqu'à sa résolution. En effet, « [...] Les décisions relatives à la *Charte* ne doivent pas être rendues dans un vide factuel. Essayer de le faire banaliserait la *Charte* et produirait inévitablement des opinions mal motivées. [...] »¹⁵²². Ainsi, les situations factuelles de l'espèce à l'origine de laquelle naît la contestation constitutionnelle sont primordiales pour le bon examen des questions constitutionnelles.

En France, il est important de rappeler la compétence matérielle des juges relevant de la Cour de cassation. En vertu de l'article L.311-1 alinéa 2 du Code de

¹⁵²¹ J.-J. URVOAS, Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement *Par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la question prioritaire de constitutionnalité*, quatorzième législature, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 mars 2013, p. 41.

¹⁵²² *Mackay c. Manitoba*, [1989] 2 RCS 357.

l'organisation judiciaire¹⁵²³, « La cour d'appel statue souverainement sur le fond des affaires », il en va de même des juges judiciaires de premier degré. Dans l'éventualité d'une consécration d'un contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*, la proximité des juridictions relevant de la Cour de cassation avec les faits de l'espèce renforcerait le caractère concret de la question prioritaire de constitutionnalité. En l'état actuel du droit positif français, s'il devait advenir une quelconque évolution dans le contentieux constitutionnel français, l'hypothèse d'un contrôle « semi-diffus » de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* s'ajusterait davantage avec la pratique juridictionnelle actuelle de la question prioritaire de constitutionnalité.

§2. Le caractère possible d'un contrôle semi-diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* exercé par la Cour de cassation en France

363. La pertinence d'une évolution vers un contrôle semi-diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* par la Cour de cassation en France. L'exercice de la question prioritaire de constitutionnalité transforme la Cour de cassation en « juridiction constitutionnelle suprême »¹⁵²⁴. Cependant, cette mutation n'existe qu'au travers de la fonction de filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité. Partant, la Cour de cassation ne peut pas être considérée, à proprement parler, comme un véritable juge constitutionnel. L'évolution de l'office du juge de cassation en juge constitutionnel ne peut ainsi être que partielle. Quels pourraient alors être les tenants et les aboutissants d'une consécration de la Cour de cassation en juge de la constitutionnalité plein et entier des lois pénales *a posteriori* ? La chambre criminelle de la Cour de cassation n'effectue-t-elle pas déjà un contrôle de constitutionnalité des lois pénales indirect, c'est-à-dire, un « contrôle de substitution »¹⁵²⁵, dans le cadre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité ? Ainsi, par exemple, lorsque la chambre criminelle de la Cour de cassation contrôle la conformité de la loi aux conventions internationales, elle opère

¹⁵²³ Art. L. 311-1 alinéa 2 COJ.

¹⁵²⁴ A. ROBLOT-TROIZIER, La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation, *NCCC*, 2013, n° 40, p. 49.

¹⁵²⁵ M. JEOL, « Les techniques de substitution », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994, organisé par la Cour de cassation et le Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle de l'Université de droit, d'économie et de sciences d'Aix-Marseille PUAM, 1995, p. 71.

indirectement un contrôle de constitutionnalité des lois pénales à la Constitution dans la mesure où existe souvent une équivalence des principes constitutionnels et conventionnels. À l'heure où l'influence des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme et celles de la Cour de justice de l'Union européenne abreuve le contentieux de la question prioritaire de constitutionnalité, la consécration du contrôle semi-diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* par la Cour de cassation ne semble-t-elle pas justifiée, voire incontournable afin de maintenir son statut de juridiction suprême de l'ordre judiciaire ? En effet, des raisons conjoncturelles (A), qui ont trait principalement à la portée des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme et celles de la Cour de justice de l'Union européenne, pourraient justifier la consécration d'un contrôle semi-diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* exercé par la Cour de cassation. Dans l'éventualité d'une telle évolution du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France, des conséquences structurelles sur l'organisation juridictionnelle française en résulteraient nécessairement (B), de nature à rapprocher les systèmes de contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* français et canadien.

A. Les raisons conjoncturelles de la consécration du contrôle semi-diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* exercé par la Cour de cassation en France

364. L'invocation des griefs d'inconventionnalité et d'inconstitutionnalité dans les arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation. La moindre efficacité de l'exercice de la question prioritaire de constitutionnalité combinée à une efficacité de l'inconventionnalité peut conduire au succès de cette dernière voie au détriment de la première¹⁵²⁶. Sur ce point, chacun garde en mémoire les propos du Président Badinter : « Alors qu'ils étaient devenus des majeurs conventionnels, les citoyens français ne pouvaient rester des mineurs constitutionnels »¹⁵²⁷. Après sept ans d'application, la question prioritaire de constitutionnalité est-elle arrivée à se mesurer qualitativement face au contrôle de conventionnalité ? Une réponse mitigée semble s'imposer. En effet, l'influence des décisions de la Cour européenne des

¹⁵²⁶ *Infra.* n° 368.

¹⁵²⁷ R. BADINTER, Sénat, séance du 13 octobre 2009, *compte rendu intégral des débats*.

droits de l'Homme (1), mais aussi celles de la Cour de justice de l'Union européenne (2) sur l'évolution du droit pénal français est prépondérante. Dans cette perspective, la consécration d'un contrôle semi-diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* par la Cour de cassation permettrait de renforcer son autorité en tant que plus Haute Cour de l'ordre judiciaire en France face aux « géants juridiques européens ».

1) La prévalence du contrôle de conventionnalité des lois pénales sur la question prioritaire de constitutionnalité

365. La concurrence « des mécanismes de garantie des droits et libertés fondamentaux »¹⁵²⁸. Les limites d'un contrôle abstrait de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* peuvent être illustrées à travers l'étude relative à l'articulation des mécanismes de contrôle des droits et libertés fondamentaux en matière pénale en France. En effet, l'incomplétude d'un contrôle abstrait *a posteriori* afin de résoudre en lui-même la contestation constitutionnelle inscrite au sein du procès pénal pousse les justiciables pénaux à emprunter une autre voie juridictionnelle afin de faire valoir leur droits et libertés fondamentaux, et notamment, à privilégier le contrôle de conventionnalité. En revanche, au Canada, la concurrence des mécanismes de garantie des droits fondamentaux ne se pose pas étant donné qu'il n'y a aucun tribunal au-dessus ou à côté de la Cour suprême du Canada.

366. Les sources multiformes du droit pénal. Les sources du droit pénal ainsi que les mécanismes de contrôle s'y rattachant sont en effet multiples. A n'en point douter, les normes européennes et le contrôle de conventionnalité qui pourvoit à leur respect, influencent de manière considérable la jurisprudence pénale interne et représentent une voie de droit redoutable pour les justiciables pénaux n'ayant pas obtenu satisfaction à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité soulevée. Les sources multiformes du droit pénal engendrent indéniablement des risques de concurrence entre les différents mécanismes de contrôle des droits et libertés fondamentaux. Dans cette perspective, la question prioritaire de

¹⁵²⁸ S. CIMAMONTI, *Droit pénal général et question prioritaire de constitutionnalité*, op. cit., p. 18.

constitutionnalité se trouve parfois directement concurrencée par le moyen de conventionnalité.

367. Saisine du juge *a quo* d'un double grief d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité ne portant pas sur la mise en jeu d'un même droit ou d'une même liberté. Conformément à la logique du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité, le juge *a quo* devra dans un premier temps examiner le grief d'inconstitutionnalité, puis celui d'inconventionnalité. En d'autres termes, la discussion sur l'inconventionnalité ne disparaît pas mais devient subsidiaire. Les deux contrôles s'exécuteront successivement en respectant un ordre précis. Le Conseil constitutionnel a validé cette disposition de la loi organique qui précise « qu'en imposant l'examen par priorité des moyens de constitutionnalité, le législateur organique a entendu garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l'ordre juridique interne ; que cette priorité a pour seul effet d'imposer, en tout état de cause, l'ordre d'examen des moyens soulevés devant la juridiction saisie ; qu'elle ne restreint pas la compétence de cette dernière, après avoir appliqué les dispositions relatives à la question prioritaire de constitutionnalité, de veiller au respect et à la supériorité sur les lois des traités ou accords légalement ratifiés ou approuvés et des normes de l'Union européenne »¹⁵²⁹. En d'autres termes, à travers cette priorité, il est possible de voir une manifestation de la hiérarchie des normes, autorisant un rappel avec l'arrêt Sarran rendu par le Conseil d'Etat le 30 octobre 1998¹⁵³⁰. De surcroît, est affirmée la subsidiarité du droit européen des droits de l'Homme par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'Homme. Ce propos peut être illustré par l'arrêt *Handsyde contre Royaume-Uni*¹⁵³¹ au sein duquel les juges européens énoncent que « le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme. La Convention confie en premier lieu à chacun des Etats contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre. Les institutions créées par elles y contribuent de leur côté, mais elles

¹⁵²⁹ Cons. const., déc. n° 2009-595 DC, 3 déc. 2009, cons. 14.

¹⁵³⁰ CE, Ass. 30 oct. 1998, n° 200286, n° 200287, publié au *Rec. Lebon* énonce « Si l'article 55 de la Constitution dispose que les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie, la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelles ».

¹⁵³¹ CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72.

n'entrent en jeu que par la voie contentieuse et après épuisement des voies de recours internes ». En somme, la jurisprudence européenne affirme que les systèmes nationaux ont priorité pour veiller à l'effectivité de la protection des droits de l'homme. La coexistence de ces deux mécanismes de contrôle des droits fondamentaux peut encore se justifier sous un autre angle.

368. L'équivalence de protection constitutionnelle et conventionnelle des principes de droit pénal. A l'occasion de l'examen du projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, le vice-président du Conseil d'Etat, lors de son audition par la commission des lois de l'Assemblée nationale, a souligné que « la plupart des principes constitutionnels ont leur équivalent dans les stipulations des engagements internationaux, et en particulier la Convention européenne des droits de l'Homme et ses protocoles »¹⁵³². Au regard de cette observation, le risque de poser une même question fondée sur la constitutionnalité et la conventionnalité apparaît comme fort probable. Cependant, le caractère prioritaire de la question prioritaire de constitutionnalité ne fixant pas l'ordre d'évocation des questions par le juge, une fois la question prioritaire de constitutionnalité traitée par le Conseil constitutionnel, ou rejetée par la Cour de cassation, la juridiction pourra procéder à un contrôle de conventionnalité de la disposition législative, objet de la question prioritaire de constitutionnalité. D'ailleurs, certaines affaires pénales témoignent davantage de la prévalence de la jurisprudence européenne sur la jurisprudence constitutionnelle¹⁵³³. Cependant, équivalence ne rime pas forcément avec identité. Pour être confronté à l'hypothèse envisagée, encore faut-il que les deux griefs portent sur le même objet et sur le même degré de protection. En matière, dans la plupart des cas, les principes constitutionnels du droit pénal seront protégés par le contrôle de conventionnalité du fait de leur équivalence de protection dans les engagements internationaux¹⁵³⁴.

¹⁵³² *Comm. des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République*, mardi 30 juin 2009, compte rendu n° 63, Présidence de M. D. PERBEN, de M. J.-L. WARSMANN, Président, puis de M. P. HOUILLON.

¹⁵³³ Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, sur la garde à vue ; Cons. const, 1^{er} avril 2011, n° 2011-113/115 QPC, sur la motivation des arrêts d'assises.

¹⁵³⁴ C'est notamment le cas du principe de légalité des délits et des peines : v. CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, req. n° 6538/74 ; du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale de fond plus sévère etc. ; art. 7 §1 CESDH. Par ailleurs, même si l'article 7 § 1 ne mentionne pas expressément le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce, les juges européennes l'ont implicitement consacré : CEDH, 17 sept. 2009, *Scoppola c. Italie*, req. n° 10249/03, n° 2, [GC], §§. 103-109.

Dès lors, les justiciables pourraient soulever davantage un moyen d'inconventionnalité.

369. La prévalence des normes européennes sur les normes constitutionnelles en matière pénale. Le contentieux relatif à la garde à vue représente par excellence l'hypothèse dans laquelle la protection des droits et libertés fondamentaux en matière pénale est davantage protégée par la jurisprudence européenne que constitutionnelle. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation, prenant le contre-pied de la jurisprudence constitutionnelle¹⁵³⁵, a en effet fait prévaloir la jurisprudence européenne afin de permettre aux requérants de bénéficier immédiatement des droits de la défense¹⁵³⁶. Au sein de cette affaire, le contrôle de conventionnalité apparaît dès lors plus efficace que le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* effectué par le Conseil constitutionnel pour assurer une protection effective des droits et libertés fondamentaux en matière pénale. De manière générale, le Conseil constitutionnel fait en effet prévaloir le respect de l'ordre public sur la protection des droits et libertés fondamentaux¹⁵³⁷. Si dans l'optique d'un renforcement de la protection des droits et libertés fondamentaux en matière pénale la concurrence entre les deux mécanismes de contrôle est bienvenue, il n'empêche que la prévalence des normes européennes sur celles de nature constitutionnelle remet en cause le caractère « prioritaire » du moyen de constitutionnalité que lui confère pourtant la loi organique du 10 décembre 2009.

370. La remise en cause du caractère prioritaire du moyen de constitutionnalité.

Si l'hypothèse relative à la prévalence de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur celle des juges de la Rue Montpensier devait à l'avenir se renouveler, les justiciables et leurs conseils soulèveraient davantage un moyen de conventionnalité afin de garantir convenablement la protection de leurs droits et libertés fondamentaux au sein du procès pénal. Les requérants au moyen d'inconventionnalité trouveraient à n'en point douter un gage d'efficacité dans leurs quêtes relative à la préservation de leurs droits les plus élémentaires en ce que la

¹⁵³⁵ Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC.

¹⁵³⁶ Cass. Ass. plén., 15 avril 2011, *Dr. pén.*, 2011, comm. n° 72, n° 84, note A. MARON, M. HAAS ; v. égal. : Cass. crim. 19 oct. 2010, *Dr. pén.*, 2010, n° 11, dossier 9-12.

¹⁵³⁷ E. DREYER, « Le Conseil constitutionnel et la matière pénale », *JCP G.*, 2011, p. 1614.

Cour européenne des droits de l'homme effectue traditionnellement un contrôle concret de conventionnalité¹⁵³⁸. Ce faisant, la solution rendue par les juges européens répond directement aux intérêts des justiciables. À ce gain d'efficacité, s'ajoute un gain de temps. Alors que le juge ordinaire peut statuer lui-même sur un grief d'inconventionnalité, il ne peut que transmettre une question prioritaire de constitutionnalité portant sur le grief d'inconstitutionnalité. Comme susmentionné, la question prioritaire de constitutionnalité doit surmonter un double filtrage, c'est-à-dire celui des juridictions judiciaires ordinaires puis celui effectué par la Cour de cassation avant d'arriver jusqu'au prétoire des juges constitutionnels. Sur ce point, le caractère direct du contrôle de conventionnalité effectué par la Cour de cassation apparaît comme un atout face à la lourdeur du mécanisme même de la question prioritaire de constitutionnalité. En outre, l'équivalence de protection des principes de droit pénal dans les engagements internationaux autorise à avancer que lorsque la Cour de cassation contrôle la conformité de la loi pénale aux exigences européennes, elle effectue indirectement un contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*. La consécration du contrôle semi-diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* exercé par la Cour de cassation en France semble ainsi envisageable. Par ailleurs, le moyen d'inconstitutionnalité peut être amené à se concilier avec le droit de l'Union européenne et plus précisément avec le principe de la primauté communautaire.

2) La prévalence du droit de l'Union européenne sur la question prioritaire de constitutionnalité

371. La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne. Dès avant l'avènement du nouveau moyen de constitutionnalité dans le paysage juridique français, la doctrine s'est interrogée sur la compatibilité de ce dernier avec la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, au regard notamment des termes de l'arrêt *Simmenthal*¹⁵³⁹. Cette décision précise en effet que le juge national doit procéder, « de sa propre autorité » et « sans délai » à

¹⁵³⁸ M. GUERRINI, « L'articulation de la question prioritaire de constitutionnalité avec les autres mécanismes de contestation juridictionnelle de la loi », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche du droit comparé, op. cit.*, p. 565.

¹⁵³⁹ CJUE, 9 mars 1978, *Simmenthal*. aff. 106/77.

l'application du droit communautaire. Dans un arrêt du 16 avril 2010, la formation spécialisée de la Cour de cassation a ainsi décidé de poser à la Cour de justice de l'Union européenne, dans le cadre de la procédure de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), une question préjudicielle relative à la compatibilité du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité avec les exigences découlant de la primauté du droit communautaire¹⁵⁴⁰. Par l'arrêt rendu le 22 juin 2010¹⁵⁴¹, la Cour de justice de l'Union rappelle qu'afin d'assurer la primauté du droit de l'Union, le juge national doit rester libre de saisir, à tout moment de la procédure qu'il juge approprié, et même à l'issue d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de justice de toute question préjudicielle qu'il estime nécessaire. Dans cette perspective, l'article 267 précité s'oppose à une législation nationale instaurant une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales qui empêcherait le juge national d'exercer cette faculté. Seule peut satisfaire à cette exigence la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité qui laisse les juridictions nationales libres de saisir la Cour à tout moment de la procédure qu'elles jugent appropriée, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union ; et de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union. La Cour de justice de l'Union européenne confie à la juridiction de renvoi la mission de vérifier si la législation nationale peut être interprétée conformément à ces exigences du droit de l'Union. La formation spécialisée de la Cour de cassation en a tiré les conséquences en précisant que « dans l'hypothèse particulière où le juge est saisi d'une question portant à la fois sur la constitutionnalité et la conventionnalité d'une disposition législative, il lui appartient de mettre en œuvre, le cas échéant, les mesures provisoires ou conservatoires propres à assurer la protection juridictionnelle des droits conférés par l'ordre juridique européen ; qu'en cas d'impossibilité de satisfaire à cette exigence, comme c'est le cas de la Cour de cassation devant laquelle la procédure ne permet pas de recourir à de telles mesures, le juge doit se prononcer sur la conformité de la disposition critiquée au regard du droit de l'Union en laissant alors inappliquées les

¹⁵⁴⁰ Cass. crim., QPC, 16 avr. 2010, n° 10-40002.

¹⁵⁴¹ CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. jointes C-188/10 et C-189/10.

dispositions de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée, prévoyant une priorité d'examen de la question de constitutionnalité ». Le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité semble être tenu en échec par le principe de primauté de l'Union européenne. Au surplus, l'incomplétude du contrôle abstrait de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* pourrait représenter un fait générateur et « accélérateur » de l'application du principe de primauté de l'Union européenne au détriment du caractère prioritaire assigné au moyen d'inconstitutionnalité français. Les justiciables qui se sont prévalus du moyen de constitutionnalité français mais qui n'ont pas obtenu satisfaction, pourraient trouver dans le moyen de la question préjudicielle un moyen détourné d'obtenir la protection recherchée de leurs droits et libertés en matière pénale. C'est dans cette mesure qu'il peut être avancé qu'une consécration du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* par la Cour de cassation, éviterait que la question prioritaire de constitutionnalité perde de son intérêt auprès des justiciables et que ces derniers se tournent vers le mécanisme de contrôle luxembourgeois des droits et libertés. Si une telle consécration advenait, des conséquences structurelles sur l'architecture juridictionnelle en France en résulteraient de nature à rapprocher les deux systèmes de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* français et canadiens.

B. Les conséquences structurelles du contrôle semi-diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* exercé par la Cour de cassation en France

372. Les incidences d'un contrôle semi-diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* par la Cour de cassation sur l'architecture juridictionnelle française à l'image du modèle canadien. L'hypothèse d'un contrôle semi-diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* exercé par la Cour de cassation en France engendrerait inévitablement des conséquences structurelles sur la répartition des compétences juridictionnelles française de nature à rapprocher les deux systèmes de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* français et canadien. En effet, une transformation du Conseil constitutionnel en juge d'appel de dernier ressort à l'image de la Cour suprême du Canada peut être envisagée (1), rendant une réforme de sa composition nécessaire à l'image de la Cour suprême du Canada (2).

- 1) La transformation du Conseil constitutionnel en juge d'appel de dernier ressort à l'image de la Cour suprême du Canada ?

373. La potentielle transformation du Conseil constitutionnel en juge d'appel des décisions de la Cour de cassation. Suite à l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité dans le paysage juridique français, l'instauration d'un recours contre les décisions de non-renvoi de la Cour de cassation au Conseil constitutionnel s'est posée. Cette interrogation n'emporte pas le consensus de toutes les personnalités du monde juridique. Pour sa part, le premier président de la Cour de cassation de l'époque, Vincent Lamanda, après avoir évoqué la possibilité d'instaurer un tel recours, l'écarte. Selon le premier président de la Cour de cassation, cela préfigurerait la transformation de la Cour de cassation en Cour constitutionnelle et anéantirait l'utilité de l'instauration du double filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité¹⁵⁴². En revanche, le constitutionnaliste Didier Maus, ainsi que l'avocat pénaliste David Lévy sont davantage partisans de l'idée d'instaurer un tel recours. Tandis que le premier plaide pour un mécanisme restreint de réexamen des arrêts de non-renvoi, le second s'interroge sur l'opportunité de maintenir un double filtrage. Dans cette perspective, le Conseil constitutionnel combinerait nécessairement un rôle de filtrage des contestations constitutionnelles avec son contrôle « classique » de constitutionnalité des lois *a posteriori*. Partant, il ne serait pas improbable que le Conseil constitutionnel puisse être autorisé à relever d'office les moyens d'inconstitutionnalité, ce qui en l'état du droit positif lui est interdit¹⁵⁴³. De manière générale, les arrêts de non transmission

¹⁵⁴² J.-L. WARSMANN, *Rapport d'information, Loi organique relative à l'application de la question prioritaire de constitutionnalité : première évaluation de la procédure*, n° 2838, oct. 2010, p. 45 : (citant le premier président de la Cour de cassation de l'époque, Vincent Lamanda), « [...] Mais, il importe d'abord de répondre à une question que certains se posent : faut-il instituer un recours contre les décisions de non-transmission ? La Cour de cassation n'est pas une juridiction constitutionnelle, même si le législateur lui a confié une mission de filtrage, et par suite un pré-contrôle de la constitutionnalité de la loi. Comment concilier une telle mission avec l'existence d'un recours ? Le demandeur à la question prioritaire de constitutionnalité ne manquerait pas de l'exercer. Le recours ainsi engagé aurait inévitablement pour effet de dénaturer la fonction de filtre, de la rendre illusoire, mais aussi d'instituer la Cour de cassation en une juridiction constitutionnelle, ce qui est contraire à la philosophie du texte. Ouvrir une faculté d'évocation au profit du Conseil constitutionnel produirait des effets identiques et pourrait ainsi poser problème au regard des exigences de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. En pratique, la solution obligerait le Conseil à examiner l'ensemble des QPC, rendant insignifiant le rôle de filtre confié aux juridictions judiciaires et administratives, qu'il vaudrait alors mieux supprimer totalement. [...] ».

¹⁵⁴³ *Supra*. n° 114.

des questions prioritaires de constitutionnalité au Conseil constitutionnel érigerait ce dernier en juge d'appel de dernier ressort à l'image de la Cour suprême du Canada. Outre-Atlantique, l'appel représente la voie de contestation principale à l'encontre des décisions constitutionnelles. Ainsi, le recours contre une décision constitutionnelle, qu'il s'agisse d'une décision de constitutionnalité ou d'inconstitutionnalité, se fait lors d'un éventuel appel du verdict final de culpabilité ou d'acquittement du prévenu puisque les appels interlocutoires ne sont pas autorisés par la procédure pénale canadienne¹⁵⁴⁴. Par ailleurs, afin que la Cour suprême du Canada qui représente le tribunal général d'appel du Canada accueille cet appel, l'affaire doit revêtir un « intérêt de nature nationale »¹⁵⁴⁵. De manière similaire, pourrait-on imaginer une même faculté au profit du Conseil constitutionnel qui serait conditionnée à un même « intérêt de nature national »¹⁵⁴⁶, à contester la constitutionnalité d'une disposition législative ? Si cette voie prospective advenait en France elle nécessiterait une réforme de la composition du Conseil constitutionnel.

2) La recomposition potentielle du Conseil constitutionnel au regard de la Cour suprême du Canada

374. Les conséquences des mouvements de juridictionnalisation du Conseil constitutionnel et de la Cour suprême du Canada sur leur recomposition.

L'obligation d'une recomposition du Conseil constitutionnel français au regard de celle de la Cour suprême du Canada ne peut convenablement s'appréhender qu'à la mesure de l'identification préalable de leur commun phénomène de juridictionnalisation. En France et au Canada, ce phénomène de juridictionnalisation n'a pas été induit par les mêmes causes. En effet, si l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité en France représente le vecteur principal, au Canada, ce phénomène est davantage suscité par la consécration texte normatif fondamental

¹⁵⁴⁴ A.-M. BOISVERT, «Vingt-cinq ans de droit pénal canadien « constitutionnalisé » : La désillusion ? », in *Le juge constitutionnel et la proportionnalité. Juge constitutionnel et droit pénal*, in *Le juge constitutionnel et la proportionnalité. Juge constitutionnel et droit pénal*, op. cit., p. 455.

¹⁵⁴⁵ *Ibidem.*

¹⁵⁴⁶ *Ibidem.*

dans l'ordre juridique canadien, soit, l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982.

375. L'évolution du contentieux constitutionnel en France suite à l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité. Selon le professeur Louis Favoreu, la légitimité du juge constitutionnel, en tant qu'interprète de la Constitution, demeure conditionné à quatre éléments : « le système politique et constitutionnel dans lequel il s'insère et auquel il s'adapte ; les fonctions qu'il assume ; la composition de la juridiction et, enfin, que le juge constitutionnel n'a pas le dernier mot »¹⁵⁴⁷. C'est autour de la question controversée¹⁵⁴⁸ de la composition du Conseil constitutionnel qu'il convient d'orienter la démonstration. En effet, depuis son institution, le rôle du Conseil constitutionnel s'est de plus en plus juridictionnalisé sans pour autant que sa composition évolue¹⁵⁴⁹. La fonction originelle dévolue au Conseil constitutionnel lui conférait, principalement, un rôle politique, c'est-à-dire, un rôle de « juge de la répartition des compétences »¹⁵⁵⁰. Le Conseil constitutionnel représentait ainsi « un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics »¹⁵⁵¹. Puis, un premier mouvement de juridictionnalisation de l'institution constitutionnelle survint avec la célèbre décision *Liberté d'association* du 16 juillet 1971¹⁵⁵² conférant une seconde fonction au Conseil constitutionnel, celle d'assurer un contrôle substantiel des lois au regard des textes que constituaient le Préambule de la Constitution de 1958, de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et du Préambule de la Constitution de 1946. Cependant, les requérants, confrontés à une loi potentiellement inconstitutionnelle, ne pouvaient en effet qu'invoquer son inconstitutionnalité. C'est dans ce contexte juridique lacunaire qu'émerge l'idée maîtresse de la réforme des institutions de 2008 afin, en outre,

¹⁵⁴⁷ L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, 2-2014, vol. 96, n° 2, p. 557.

¹⁵⁴⁸ P. WACHSMANN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, 2010, n° 5 ; pour l'expression récente de points de vue divers : « Réformer la composition du Conseil constitutionnel ? », *RDA*, févr. 2010, n° 5, p. 88 et s.

¹⁵⁴⁹ J.-L. WARSMANN, *Rapport d'information, Loi organique relative à l'application de la question prioritaire de constitutionnalité : première évaluation de la procédure*, n° 2838, oct. 2010, p. 65.

¹⁵⁵⁰ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2006, 25^e éd., p. 507.

¹⁵⁵¹ Cons. const., 6 nov. 1962, n° 62-20 DC, consid. 2, Election du Président de la République au suffrage universel direct, *JORF*, 7 nov. 1962, p. 10778, *Rec.*, p. 27.

¹⁵⁵² Cons. const., 16 juill. 1971, n° 71-44 DC, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, *JORF*, 18 juill. 1971, p. 7114, *Rec.*, p. 29.

d'assurer « la prééminence de la Constitution dans l'ordre interne »¹⁵⁵³. La question prioritaire de constitutionnalité intensifie ce mouvement de juridictionnalisation du Conseil constitutionnel. Autrefois tourné vers les autorités politiques, le Conseil constitutionnel, par l'avènement même de la question prioritaire de constitutionnalité, se voit conférer une fonction juridictionnelle au service des justiciables. Cette évolution substantielle des fonctions du Conseil constitutionnel a notamment été confortée par l'adoption du règlement intérieur du 4 février 2010¹⁵⁵⁴ qui atteste la soumission du Conseil constitutionnel aux exigences du procès équitable prévues à l'article 6§1 de la Convention européenne de Sauvegarde des droits de l'Homme. En effet, le contrôle de la loi *a posteriori* devant le Conseil constitutionnel se déroule lors d'un débat public, avec l'assistance d'un avocat pour le requérant à la question prioritaire de constitutionnalité, dans un délai raisonnable et, de manière contradictoire. Ces multiples conditions procédurales plaident en faveur de la juridictionnalisation du Conseil constitutionnel. Au Canada, c'est l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982 qui a engendré un même phénomène de juridictionnalisation de la Cour suprême du Canada.

376. L'évolution du contentieux constitutionnel au Canada suite à l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le rôle de la Cour suprême du Canada s'est corrélativement transformé au gré de l'évolution des contextes constitutionnels dans lesquels elle s'insère. Originellement, lors de sa création par l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁵⁵⁵, la Cour suprême du Canada adoptait essentiellement un rôle politique. En effet, avant l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en 1982, les affaires constitutionnelles portaient principalement sur les questions de fédéralisme, c'est-à-dire le partage des pouvoirs entre l'État central et les États fédérés¹⁵⁵⁶. Mais, avant l'application du texte fondamental, les juges suprêmes du Canada, exerçaient déjà un contrôle substantiel

¹⁵⁵³ Comm. déc. n° 2009-595 DC, 3 déc. 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *JORF*, n° 0287, 11 déc. 2009, p. 21379, texte n° 1.

¹⁵⁵⁴ F. JACQUELOT, « La procédure de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2010, p. 950 ; M. GUILLAUME, « Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité », *Gaz. Pal.*, 23 févr. 2010, n° 54, p. 10.

¹⁵⁵⁵ P. BELIVEAU, M. VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, *op. cit.*, p. 102

¹⁵⁵⁶ J. WOEHRLING, Le système judiciaire et la justice constitutionnelle au Canada, site internet, http://www.umk.ro/images/documente/publicatii/masarotunda2010/le_systeme.pdf.

de la loi au regard, notamment, de la *Common Law*. Après 1982, suite à l'avènement de la *Charte*, le plus Haut tribunal du pays endosse une fonction davantage substantielle, autrement dit une « fonction d'arbitre »¹⁵⁵⁷ à l'égard des droits et libertés fondamentaux de la *Charte* de nature à élargir son champ d'action constitutionnel. Corrélativement, les juges suprêmes canadiens tranchent majoritairement des litiges relatifs à la *Charte canadienne des droits et libertés* pour dont 75 % portent sur des affaires pénales ou ont trait à l'application des droits relatifs au processus judiciaire¹⁵⁵⁸. La transformation substantielle des fonctions de la Cour suprême du Canada est donc suivie d'une évolution même du contentieux constitutionnel. Ainsi, un commun phénomène de juridictionnalisation du Conseil constitutionnel et de la Cour suprême du Canada, le premier permis par un nouveau mécanisme de contrôle de la loi, le second par l'avènement d'un texte normatif fondamental, peut être observé. La légitimité de la justice constitutionnelle rendue de part et d'autre de l'Atlantique est-elle pour autant d'une même intensité ? En France, la composition du Conseil constitutionnel peut alimenter les doutes quant à la légitimité de l'institution constitutionnelle. Si, en France, devait advenir un contrôle davantage concret de constitutionnalité des lois *a posteriori*, un renforcement de la légitimité du Conseil constitutionnel devrait nécessairement s'effectuer, notamment, par une refonte de la composition de ses membres. Sur ce point, le droit canadien propose-t-il des solutions prometteuses ?

¹⁵⁵⁷ S. BERNATCHEZ, « Les traces du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », 36 *R.D.U.S.* 165.

¹⁵⁵⁸J. WOEHLING, Le système judiciaire et la justice constitutionnelle au Canada, site internet, http://www.umk.ro/images/documente/publicatii/masarotunda2010/le_systeme.pdf.

377. La controverse sur la composition du Conseil constitutionnel.

Conformément à l'article 56 de la Constitution française¹⁵⁵⁹, le Conseil constitutionnel est composé de neuf membres. Cette composition est électorale. Elle comprend, un Président, des Membres de droit et, les autres membres réguliers. Le Président de la République nomme le plus souvent le Président du Haut Conseil. Les autres membres de droit, c'est-à-dire, les anciens présidents de la République bénéficient d'une nomination automatique et à vie¹⁵⁶⁰. Ainsi, la composition du Conseil constitutionnel demeure principalement de nature politique. Les juges constitutionnels ne possèdent, dans la majorité des cas, aucune « qualification technique »¹⁵⁶¹, si ce n'est leur expérience politique. À ce titre, la justice constitutionnelle française peut-elle paraître crédible aux yeux des justiciables français ? De manière générale, la qualité de juriste semble être une exigence requise afin d'asseoir la légitimité de la justice constitutionnelle¹⁵⁶². Au regard de la tâche qui incombe aux juges constitutionnels, soit celle d'apprécier la constitutionnalité des lois, cette qualification juridique semble nécessaire et logique. Par ailleurs, puisque les membres du Conseil constitutionnel sont nommés par ceux qui habitent les hautes sphères de l'État¹⁵⁶³, il est fort à parier que leurs décisions constitutionnelles peuvent être influencées par leur appartenance politique, alimentant ainsi le doute d'impartialité. En revanche, côté canadien, une première différence notable avec le Conseil constitutionnel apparaît en raison d'une spécialisation caractérisée des membres de la Cour suprême du Canada. Les juges de la Cour suprême du Canada sont nommés par le gouvernement fédéral¹⁵⁶⁴. Concernant le mode de nomination des membres des institutions constitutionnelles, les systèmes français et canadien se rejoignent dans la mesure où ce sont les autorités

¹⁵⁵⁹ Art 56 Const. 4 oct. 1958 : « Le Conseil constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale, trois par le président du Sénat. La procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 est applicable à ces nominations. Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée concernée. En sus des neuf membres prévus ci-dessus, font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel les anciens Présidents de la République. Le président est nommé par le Président de la République. Il a voix prépondérante en cas de partage ».

¹⁵⁶⁰ R. BADINTER, « Aux origines de la question prioritaire de constitutionnalité », *RFDC*, 2014, n° 4, p. 782.

¹⁵⁶¹ L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, 2-2014, vol. 96, n° 2, p. 574.

¹⁵⁶² *Ibidem*.

¹⁵⁶³ Art. 56 Const. 4 oct. 1958.

¹⁵⁶⁴ P. BÉLIVEAU, M. VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, op. cit., p. 102.

politiques qui nomment les juges constitutionnels. Au Canada, le fait que les juges à la Cour suprême du Canada sont désignés par le seul gouvernement fédéral, sans participation des autorités provinciales, a suscité des critiques. Ainsi, aux diverses propositions de réforme ont été avancées en ce qui concerne la désignation des juges de la Cour suprême, mais sans aucune suite n'a été donnée jusqu'à présent. Conformément à l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême*¹⁵⁶⁵, au moins trois des neuf juges de la Cour sont choisis parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats¹⁵⁶⁶ de celle-ci. Par conséquent, une communauté de juristes compose la Cour suprême du Canada. Il peut être supposé que cette compétence juridique participe à légitimation de la justice constitutionnelle ou du moins assure l'apparence d'impartialité des juges constitutionnels attendue par tout justiciable canadien. Au regard de l'exemple canadien, une spécialisation des membres du Conseil constitutionnel pourrait être envisagée afin de renforcer le manque de légitimité de ce dernier. Aussi, un projet de loi constitutionnelle du 14 mars 2013¹⁵⁶⁷ a-t-il été adopté par le Conseil des ministres afin de supprimer la nomination automatique des anciens chefs de l'État en tant que membres à vie du Haut Conseil. Par ailleurs, le professeur Dominique Rousseau a proposé d'augmenter le nombre des membres du Conseil constitutionnel, la moyenne européenne se situant entre douze et quinze¹⁵⁶⁸. Cette augmentation pourrait en effet parer à l'éventuel manque de collégialité qui aurait pu advenir notamment, dans l'affaire Chirac relative aux emplois fictifs de la ville de Paris. En effet, si la Cour de cassation avait décidé du renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité¹⁵⁶⁹, les Sages auraient été fort embarrassés pour statuer. En effet huit des onze membres du Conseil avaient des liens directs ou indirects avec l'ancien président de la République, et n'auraient probablement pas eu d'autre choix que de se déporter¹⁵⁷⁰. Cependant, l'article 14 de l'ordonnance de 1958 prévoit que « les décisions et les avis du Conseil constitutionnel sont rendus

¹⁵⁶⁵ Art. 6. L.R.C. (1985), ch. S-26.

¹⁵⁶⁶ L'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême du Canada* se lit restrictivement. En ce sens, les avocats doivent exercer pour être membres de la Cour suprême du Canada. Plus précisément, une exigence de contemporanéité entre l'exercice du métier d'avocat et la nomination en tant que membre à la Cour suprême du Canada est exigée par celle-ci même : *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, [2014] 1 RCS 433.

¹⁵⁶⁷ *Projet de loi constitutionnelle relatif à la démocratie sociale*, n° 813, 14 mars 2013.

¹⁵⁶⁸ J.-L. WARSMANN, *Rapport d'information, Loi organique relative à l'application de la question prioritaire de constitutionnalité : première évaluation de la procédure*, n° 2838, oct. 2010, p. 65.

¹⁵⁶⁹ Cass. Ass. plén., 20 mai 2011 QPC, n° 11 -90.025, n°11-90.032, n° 11-90.033 et n° 11-90.042.

¹⁵⁷⁰ E. CARTIER, *La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel : côte mal taillée ou réelle avancée ?*, *LPA*, 5 mai 2011,

par sept conseillers au moins, sauf cas de force majeure ». La force majeure s'analyse traditionnellement comme un événement externe, imprévisible et irrésistible¹⁵⁷¹. Dans l'affaire Chirac, il s'agit sans doute d'un événement insurmontable, mais ni externe ni imprévisible. Partant, le Conseil constitutionnel aurait risqué de devoir faire face à une situation inextricable s'il avait été saisi par la Cour de cassation. En définitive, ces différentes propositions d'aménagement structurelles du Conseil constitutionnel justifieraient que ce dernier devienne une véritable Cour constitutionnelle, au risque de voir émerger un « Gouvernement des juges » tant redouté. Néanmoins, ces perspectives d'évolution d'un système de contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* ne peuvent subvenir que si la structure et l'exercice de la question prioritaire de constitutionnalité devant la chambre criminelle de la Cour de cassation évolue à son tour.

Section II : L'évolution conditionnée du contrôle semi-diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* par la Cour de cassation française l'aune de l'expérience canadienne

378. Le renforcement de l'efficacité et de la légitimité du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* français à l'aune du modèle canadien. « Est efficace ce qui produit, dans de bonnes conditions et sans autre aide, l'effet attendu »¹⁵⁷². Tant la structure que l'exercice de la question prioritaire de constitutionnalité ne permettent pas d'attribuer ce brevet d'efficacité au moyen d'inconstitutionnalité français. *In fine*, c'est la légitimité même de la justice constitutionnelle française qui peut être remise en cause. En effet, dans une perspective légitimatrice d'un système juridique, il est fréquent, dans le discours juridique, de raisonner en termes d'efficacité¹⁵⁷³. Efficacité et légitimité entretiennent ainsi des liens étroits. Partant, afin de renforcer la légitimité du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* français (§2), il convient corrélativement de renforcer son efficacité (§1) à l'image du modèle canadien.

¹⁵⁷¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Définition « Force », *op. cit.*, p. 415.

¹⁵⁷² E. DEBOUT, « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question », *RDP*, 2013, n° 1, p. 107.

¹⁵⁷³ *Ibidem*.

§1 : La nécessité de renforcer l'efficacité du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* à l'image du modèle canadien

379. Le perfectionnement de la fonction d'épuration des lois inconstitutionnelles par la question prioritaire de constitutionnalité conditionnée par sa refonte. La question prioritaire de constitutionnalité ne s'exerce en France que depuis sept années, là où au Canada un contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* au regard de la *Charte canadienne des droits et libertés* se pratique depuis plus de trente ans. Sept années d'exercice dans une « vie constitutionnelle » ne peuvent résumer à elles seules les apports de la jeune question prioritaire de constitutionnalité à la matière pénale. Cependant, un « épanouissement constitutionnel » de la question prioritaire de constitutionnalité ne peut advenir que dans un contexte juridique favorable. Afin de combler les « défauts de jeunesse » de la question prioritaire de constitutionnalité, un contrôle semi-diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* exercé par la chambre criminelle de la Cour de cassation est envisagé comme une piste d'amélioration de la question prioritaire de constitutionnalité. Dans cette optique, une transformation tant structurelle (A) que substantielle (B) du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* par la Cour de cassation française, doit être envisagée à l'aune du modèle canadien.

A. La transformation structurelle du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* par la Cour de cassation française à l'image du modèle canadien

380. La nécessaire évolution structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité à l'aune du modèle canadien. En l'état du droit positif français, la question prioritaire de constitutionnalité n'exerce pas dans sa mission d'épuration des inconstitutionnalités dans l'ordre juridique interne. En effet, les conditions d'exercice de la question prioritaire de constitutionnalité empêchent la contestation de situations d'inconstitutionnalité révélées dans la pratique. En sus, le double filtrage prévu par l'article 61-1 de la Constitution française retarde le jugement de constitutionnalité. Une transformation structurelle de la question prioritaire de

constitutionnalité demeure ainsi nécessaire afin de maximiser la plus-value d'un recours *a posteriori* par rapport à un contrôle *a priori*. L'évolution structurelle s'obtiendrait au prix de l'abandon du double filtrage, de nature à rapprocher les deux systèmes de contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* français et canadien.

381. La suppression du double filtrage justifiée par la spécificité de la matière pénale. En matière pénale, plus que dans tout autre contentieux, la question prioritaire de constitutionnalité intervient dans le domaine sensible des libertés. Les effets du nouveau moyen d'inconstitutionnalité se situant au stade du procès en cours, ce dernier doit redoubler d'efficacité étant donné les liens étroits entretenus par la matière pénale avec les droits et libertés fondamentaux. Plus exactement, étant donné qu'une détention est souvent en jeu en matière pénale, il semble regrettable qu'il n'existe pas d'autres correctifs plus rapides applicables à un cas d'inconstitutionnalité avérée en France. En effet, en l'état actuel du droit constitutionnel en France, le monopole de la correction des inconstitutionnalités, soit le « monopole du rejet des lois »¹⁵⁷⁴ appartient exclusivement au Conseil constitutionnel. Cependant, l'exercice du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité exercé par la chambre criminelle de la Cour de cassation dévoile les atouts d'un contrôle semi-diffus de constitutionnalité des lois *a posteriori* dans l'optique d'un renforcement de la protection des droits et libertés fondamentaux. Le Constituant français, en aménageant la procédure de question prioritaire de constitutionnalité par des dispositions spécifiques, ne demeure pas indifférent à la spécificité de la matière pénale. Bien au contraire, les exceptions au sursis à statuer¹⁵⁷⁵ prouvent que la préservation de la célérité de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité en matière pénale revêt une particulière importance. Il en va du respect du délai raisonnable consacré par les articles 5§3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme. En effet, les juges européens condamnent la durée d'une détention excessive¹⁵⁷⁶, à moins le cas échéant, que le délai

¹⁵⁷⁴ T. SANTOLINI, « La question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit comparé », *RFDC*, 2013/1, n° 93, p. 89.

¹⁵⁷⁵ Art. 23-3 al.1 ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹⁵⁷⁶ CEDH, 3 oct. 2013, *Vosgien c/ France*, req. n° 12430/11 ; CEDH, 29 oct. 2009, *Paradyz c/ France*, req. n° 17020/05.

déraisonnable ne soit justifié par les circonstances de l'affaire en cause¹⁵⁷⁷. Cependant, la pratique a démontré que dans tout procès pénal important, il y a systématiquement un dépôt d'une ou plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité notamment en début d'audience susceptibles d'entraîner, en principe, un sursis à statuer immédiat¹⁵⁷⁸. Certains auteurs souhaitent dès lors que cette pratique du dépôt des questions prioritaires de constitutionnalité puisse être encadrée par le législateur comme, par exemple, imposer un délai déterminé à partir de la décision de renvoi devant le tribunal correctionnel et prévoir que cela ne sera plus possible après l'expiration de ce délai. Mais une consécration d'un contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* ne représenterait-elle pas une solution plus opportune afin de remédier aux incertitudes issues du sursis à statuer ? Si, en France, chaque juge de l'ordre judiciaire était compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*, tant l'instauration du double filtrage que les aménagements au sursis à statuer ne se justifieraient plus. Outre-Atlantique, la complétude des compétences des juges canadiens peut engendrer une résolution de la contestation constitutionnelle immédiate sans qu'une scission entre le procès pénal et la question d'inconstitutionnalité n'intervienne. Les juges canadiens ont toujours soigneusement veillé à préserver un lien étroit entre le grief d'inconstitutionnalité et l'issue du litige¹⁵⁷⁹. Sur ce point, le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité se trouve en retrait face au système de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* canadien. C'est dans cette lignée qu'il est plaidé l'abandon du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité. La chambre criminelle de la Cour de cassation ne contrôlerait plus la constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* à travers son rôle de filtre, mais en qualité de juge plein et entier de la constitutionnalité. Dans cette éventualité, il pourrait être envisagé de restaurer la formation spécialisée – la chambre des QPC – initialement prévue par l'article 23-6 de l'ordonnance du 7 novembre 1958¹⁵⁸⁰. Cette formation spécialisée avait été instituée en vue d'homogénéiser le traitement des questions prioritaires de constitutionnalité permettant de dégager une jurisprudence uniforme. En privilégiant un contrôle concret, la chambre criminelle de la Cour de cassation

¹⁵⁷⁷ CEDH, 30 juill. 2015, *Loisel c/ France*, req. n° 50104/11.

¹⁵⁷⁸ S. CIMAMONTI, *Droit pénal général et question prioritaire de constitutionnalité*, op. cit., p. 13.

¹⁵⁷⁹ *Supra*. n° 139.

¹⁵⁸⁰ Art. 23-6 ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

effectuerait un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* plus adapté à la spécificité des lois pénales en particulier et, à la protection des droits et libertés fondamentaux de manière générale. La réforme de la Cour de cassation actuellement proposée¹⁵⁸¹ qui prévoit outre, l'intensification du contrôle de proportionnalité, d'améliorer la motivation des arrêts en privilégiant la casuistique au sein des décisions, laisse présager que la Haute juridiction de l'ordre judiciaire puisse se livrer davantage à un contrôle de cassation au plus prêt des faits de l'espèce. Logiquement, on peut penser que cette même tendance réformatrice se transpose dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* exercé par la chambre criminelle. En tout état de cause, dans l'optique d'une consécration du contrôle concentré de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* par la chambre criminelle de la Cour de cassation, celle-ci devrait nécessairement renforcer son contrôle de proportionnalité des lois pénales dans ce cadre.

B. La transformation substantielle du contrôle de constitutionnalité des lois pénales par la Cour de cassation française à l'image du modèle canadien

382. La réforme de la Cour de cassation : vecteur approprié au contrôle semi-diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* par la Cour de cassation ? La jeune question prioritaire de constitutionnalité tient sa principale faille dans sa conception même. Exerçant un contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* principalement abstrait, le Conseil constitutionnel ne garantit pas une protection optimale des droits des justiciables pénaux. Cela étant dit, certains aspects de la réforme actuellement envisagée de la Cour de cassation présentent d'une certaine tendance à faire évoluer le contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* vers davantage de concrétisation. Afin de saisir les tenants et aboutissants de la réforme envisagée, il convient d'effectuer préalablement un état des lieux du

¹⁵⁸¹ À propos de la réforme : v. le dossier spécial « Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation. Actes de la conférence-débat du 24 novembre 2015 », *JCP G* supplément au n° 1-2, janv. 2016, 57 pp. ; J.-B. BOCON-GIBOD, « Ce qui pourrait changer à la Cour de cassation », *D.*, 2014, p. 1107 ; F. CHENEDE, « Contre-révolution tranquille de la Cour de cassation ? », *D.*, 2016, p. 796. ; N. FRICERO, « L'avenir de la Cour de cassation : la vision originale du Club des juristes », *JCP G*, 2015, act. 753 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, T. MOUSSA, « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité », *D.*, 2015, 278 ; B. HAFTEL, « Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge », *D.*, 2015, 1378.

contrôle de proportionnalité des lois pénales par la chambre criminelle de la Cour de cassation (1). Si un contrôle concret de constitutionnalité des lois *a posteriori* « à la canadienne » semble difficilement envisageable à l'heure actuelle, il n'empêche qu'une « concrétisation à couvert »¹⁵⁸² du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* émerge à certains égards avec la réforme de la Cour de cassation portée par le Premier Président Bertrand Louvel. Cependant, afin que l'évolution du contentieux constitutionnel français arrive jusqu'à son terme, l'adaptation du contrôle de proportionnalité exercé par la chambre criminelle de la Cour de cassation à l'aune du modèle canadien (2) semble indispensable.

1) Le contrôle de proportionnalité des lois pénales par la chambre criminelle de la Cour de cassation : état des lieux

383. L'insertion timide de la proportionnalité dans le contrôle de fondamentalité de la Cour de cassation. Le concept de proportionnalité peut se définir comme le « critère directif de pondération qui doit conduire le juge non pas à affirmer, en général, la primauté d'une règle sur l'autre, mais à mettre en balance concrètement les conséquences qui découlent de l'application de chacune, afin de faire prévaloir, en l'espèce, celle qui sauvegarde le mieux les intérêts en présence »¹⁵⁸³. Si, le contrôle de proportionnalité demeure central dans le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour de justice de l'Union européenne, mais, aussi, du Conseil constitutionnel, la situation est différente concernant la Cour de cassation française. Les missions traditionnelles de la Cour de cassation constituent, à première vue, un obstacle à l'exercice du contrôle de proportionnalité dans la mesure où ce dernier impliquerait une appréciation portant sur les faits de l'espèce¹⁵⁸⁴. Or, « La cassation a été introduite plutôt pour le maintien des ordonnances royales que pour l'intérêt des justiciables »¹⁵⁸⁵. Était clairement ainsi affirmée la distinction entre le fait et le droit que le juge de cassation se doit de

¹⁵⁸² M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité – Cadre juridique, Pratiques jurisprudentielles*, coll. Axe Droit, Paris, Lamy, 2011, p. 107.

¹⁵⁸³ C. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, Définition « proportionnalité », *op. cit.*, p. 820.

¹⁵⁸⁴ C. FLEURIOT, « Et si la Cour de cassation s'intéressait aussi aux faits ? », *Dalloz. actu.*, 30 juin 2015.

¹⁵⁸⁵ J. BORÉ, « La Cour de cassation juge du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation, La documentation française*, 1994, p. 53.

respecter. La Cour de cassation ne peut donc, en principe, connaître du fond des affaires. Par conséquent, le contrôle de proportionnalité semble, de prime abord, difficilement conciliable avec cette limite qui encadre l'office de la Cour de cassation. Dans l'optique d'une consécration d'un contrôle semi-diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* par la Cour de cassation, l'intégration formelle de la proportionnalité dans l'appréciation de la Cour de cassation serait particulièrement opportune. En effet, la proportionnalité est, à son tour, consubstantielle aux droits et libertés fondamentaux, lesquels représentent le point névralgique autour duquel s'effectue le contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*. Pour cette raison, l'intégration de la proportionnalité dans l'appréciation de la Cour de cassation impulsée par la réforme de la Cour de cassation représente un vecteur approprié au contrôle semi-diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* exercé par la chambre criminelle de la Cour de cassation. Cependant, afin d'asseoir le contrôle de proportionnalité dans l'ordre judiciaire français, il convient de lui octroyer une assise législative afin de déterminer précisément ses modalités de mise en œuvre. C'est notamment au regard du droit canadien, que seront avancés les critères d'application potentiels.

2) Les perspectives envisagées du contrôle de proportionnalité des lois pénales par la chambre criminelle de la Cour de cassation à l'aune du modèle canadien

384. L'intérêt d'une consécration législative du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation à l'aune du modèle canadien. La notion de proportionnalité représente un concept polymorphe aux manifestations diverses¹⁵⁸⁶. En effet, aucune définition juridique n'existe dans l'ordre juridique français et, au surplus, la Cour européenne des droits de l'Homme, la Cour de justice de l'Union européenne et le Conseil constitutionnel adoptent des contrôles de proportionnalité singuliers. Outre-Atlantique, les juges canadiens adoptent aussi un type de contrôle de proportionnalité spécifique à trois branches. La mesure étatique litigieuse doit alors passer l'épreuve du triple test d'*Oakes* pour être considérée comme proportionnée à

¹⁵⁸⁶ E. JEULAND, « Réforme à la Cour de cassation. Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », dossier spécial « Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation. Actes de la conférence-débat du 24 novembre 2015 », *JCP G* supplément au n° 1-2, janv. 2016, spéc. §§ 4 à 6 et §§ 10 à 14.

son but. Cette vision tripartite du contrôle de proportionnalité canadien pourrait constituer une piste de réflexion sur les caractères d'un contrôle de proportionnalité intégré par la chambre criminelle de la Cour de cassation. Les critères de proportionnalité qui se dégagent du test d'*Oakes* canadien pourraient constituer une piste de réflexion sur les critères d'application du nouveau contrôle de proportionnalité réalisée par la Cour de cassation. Cependant, réformer sur le seul aspect de la proportionnalité ne serait pas satisfaisant, car, comme le souligne, le professeur Loic Cadiet, « la nécessité d'une motivation suffisamment claire et précise pour que l'arrêt soit compris en dehors du club des initiés et du cercle des parties s'impose alors ; elle s'impose dans le cadre traditionnel du contrôle de légalité ; elle s'impose encore plus dans le cadre du nouveau contrôle de proportionnalité »¹⁵⁸⁷ et, même, - d'autant plus ? -, dans l'hypothèse d'une consécration du contrôle concentré des lois pénales *a posteriori* par la chambre criminelle de la Cour de cassation.

§2 : La nécessité de renforcer la légitimité du système de contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* français à l'aune du modèle canadien

385. La réforme de la Cour de cassation : vecteur amplificatif de légitimité du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* ? Dans l'optique d'une réforme de la Cour de cassation, le Premier Président Louvel a plusieurs fois affirmé l'importance primordiale que revêt la motivation dans la justification du discours tant à l'égard des parties qu'à l'égard des justiciables¹⁵⁸⁸. Pour ce dernier, l'introduction du contrôle de proportionnalité doit nécessairement conduire à une nouvelle réflexion sur les modes de motivation¹⁵⁸⁹. Dans la perspective d'une consécration d'un contrôle semi-diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* par la chambre criminelle de la Cour de cassation, la modification de la

¹⁵⁸⁷ L. CADIET, « Introduction », dossier spécial « Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation. Actes de la conférence-débat du 24 novembre 2015 », *JCP G* supplément au n° 1-2, janvier 2016, §. 6.

¹⁵⁸⁸ B. LOUVEL, « Allocution du Premier Président Bertrand Louvel », *JCP G.*, supplément au n° 1-2, 11 janv. 2016, p. 4

¹⁵⁸⁹ B. LOUVEL, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP G.*, 19 oct. 2015, 1122.

motivation des arrêts de transmission comme de non-transmission de la Cour de cassation impulsée par la réforme actuelle de la Cour de cassation est bienvenue tant la légitimité des décisions de justice constitutionnelle demeure liée à leur motivation¹⁵⁹⁰ (A). Néanmoins, il convient d'avoir à l'esprit qu'une réforme constitutionnelle d'un système juridique en général ne peut se réaliser qu'au sein d'un environnement culturel propice. La réforme constitutionnelle requise devra nécessairement graviter autour de deux pôles culturels juridiques opposés qui seront de nature à freiner, dans une certaine mesure, la réforme du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* imaginée (B).

A. La nécessité d'intensifier la motivation des « décisions QPC » de la Cour de cassation à l'aune du modèle canadien

386. L'enjeu de la motivation des « décisions QPC » par la Cour de cassation et les remèdes canadiens. Pour mieux comprendre les enjeux de la motivation des arrêts de la Cour de cassation, il convient d'analyser le problème sous deux angles. Tout d'abord, il convient de déterminer la manière à travers laquelle la Cour de cassation argumente ses décisions (1). Dans un second temps, il conviendra de comparer la motivation française des décisions de la Cour de cassation avec les décisions émises par la Cour suprême du Canada. Le regard porté sur le droit canadien en la matière permettra d'envisager deux remèdes éventuels à la motivation lacunaire des arrêts de la Cour de cassation (2).

1) La motivation lacunaire des arrêts de la Cour de cassation française

387. Etat des lieux. Depuis une vingtaine d'années, le style laconique des arrêts de la Cour de cassation est vivement critiqué¹⁵⁹¹. Pour certains auteurs, cette brièveté des décisions de la Cour de cassation se justifierait au regard de son rôle traditionnel d'interprète des lois. La motivation succincte apparaîtrait comme un moyen de

¹⁵⁹⁰ E. DEBOUT, « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question », *RDP*, 2013, n° 1, p. 107.

¹⁵⁹¹ A. TUNC, A. TOUFFAIT, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice et notamment celles de la Cour de cassation », *RTD Civ.* 1974, p. 487 et s.

cantonner la Cour de cassation dans son rôle de gardienne des lois. En d'autres termes, la Cour de cassation serait une « cour normative » dont la motivation lapidaire s'explique par l'interprétation de la loi, « seule source du droit », selon les mots du premier Président Louvel¹⁵⁹². Le style lacunaire des arrêts de la Cour de cassation se justifie ainsi compte tenu de rôle limité du juge de cassation au seul droit¹⁵⁹³. Néanmoins, ce constat doit être relativisé au regard du nouveau contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*. En effet, l'exercice du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité par la chambre criminelle de la Cour de cassation prouve que la jurisprudence s'apparente de plus en plus en une source du droit pénal. Les « revirements anti-QPC » de la plus Haute Cour de l'ordre judiciaire témoignent ainsi de son émancipation au regard de sa fonction initiale de cour normative. Par conséquent, en raison de l'évolution même du rôle de la Cour de cassation dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*, le style lapidaire des arrêts de la Cour de cassation ne trouverait plus à se justifier. La nécessité d'une justification plus importante se comprend particulièrement lorsque, par l'édition des « réserves d'interprétation à usage inversé », la Cour de cassation renverse la jurisprudence pénale constante. Dans cette hypothèse, les justiciables pénaux ne peuvent se contenter d'une motivation lapidaire de la part de la plus Haute Cour de l'ordre judiciaire. Dans l'optique d'une consécration entière du contrôle concentré de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*, celle-ci doit ainsi faire évoluer qualitativement sa motivation. Sur ce point, le droit canadien propose des instruments de changement qui permettraient d'améliorer la motivation des arrêts de la Cour de cassation.

¹⁵⁹² B. LOUVEL, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP G.*, 2015, n° 43, p. 1122.

¹⁵⁹³ H. CROZE, *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Paris, Defrénois, 2005, p. 193.

2) Les perspectives canadiennes en matière de motivation des décisions constitutionnelles

388. La motivation poussée des décisions constitutionnelles canadiennes. Deux caractéristiques essentielles participent de la motivation poussée des décisions constitutionnelles rendues par la Cour suprême du Canada. La première, a trait à l'intégration de considérations factuelles à la motivation des décisions des juges canadiens. La seconde, concerne l'intégration des opinions dissidentes à la suite des solutions des juges suprêmes. Ces deux traits saillants peuvent-ils et doivent-ils être transposés en France afin de remédier à la brièveté des arrêts de la Cour de cassation ? La première possibilité, c'est-à-dire, l'intégration des faits à la motivation des décisions constitutionnelles rendues par la Cour suprême du Canada semble liée à la conception du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*. En effet, selon l'exercice du contrôle abstrait ou concret, le contenu des solutions rendues par les juges constitutionnels français et canadiens sera déterminé ou pas en fonction du contexte particulier dans lequel elles auront vocation à s'appliquer. Au Canada, l'intégration de considérations factuelles à la motivation des décisions des juges peut être attestée par plusieurs aspects singuliers. Par exemple, l'intégration des antécédents judiciaires par les juges dans leurs décisions participe de la nature concrète du contrôle *a posteriori*¹⁵⁹⁴. Par ailleurs, le fait que les dissidences des juges canadiens se trouvent intégrées dans la motivation de leurs décisions conforte cette nature¹⁵⁹⁵. Une rubrique « faits » ou « contexte »¹⁵⁹⁶ au sein des décisions constitutionnelles se trouve ainsi érigée au sein de laquelle sont retranscrits aussi bien les antécédents judiciaires que les dissidences des juges. Les considérations factuelles de l'espèce représentent donc des éléments à part entière des décisions des juges canadiens qui guident leur raisonnement depuis l'étape de la recevabilité de la contestation constitutionnelle jusqu'au jugement au fond de l'affaire. Si les considérations factuelles de l'espèce conditionnent le jugement de constitutionnalité, il en va de même des faits « sociaux ». L'hypothèse s'est

¹⁵⁹⁴ P. TAILLON, F. HENAULT, « Des faits décisifs ! Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité au Québec et au Canada », in *Pluralisme des garanties et des juges et droits fondamentaux. Les droits culturels.*, op. cit., p. 29.

¹⁵⁹⁵ *Ibidem.*

¹⁵⁹⁶ *Ibidem.*

présentée dans l'affaire *Bedford* au sein de laquelle la Cour suprême du Canada, suite à une analyse pointilleuse « du dossier de preuve et d'expertise présenté ne comportant rien de moins que 25 000 pages réunies en 88 volumes »¹⁵⁹⁷, déclare inconstitutionnelles les dispositions du *Code criminel* relatives à certaines activités liées à la prostitution. Autrement dit, la Cour suprême au Canada ne justifie pas seulement sa déclaration d'inconstitutionnalité au regard uniquement des faits de l'espèce mais intègre des données exogènes à la contestation constitutionnelle. Ce phénomène d'intégration des faits de l'espèce dans la motivation des décisions des juges canadiens trouve sa principale justification dans le fait que le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* est envisagé comme un contrôle de l'applicabilité de la disposition législative. Partant, au regard de la dimension principalement abstraite du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* en France, l'intégration des faits dans la solution du Conseil constitutionnel semble, pour l'heure, compromise. Néanmoins, à l'échelle de la Cour de cassation, la réforme rend probable une intégration plus poussée des faits dans la solution des arrêts de nature à enrichir leur motivation. Par conséquent, dans l'éventualité d'une consécration d'un contrôle concentré des lois pénales *a posteriori* par la chambre criminelle, il peut être imaginé que cette motivation plus dense se transpose également dans le cadre de la saisine *a posteriori*. Enfin, reste l'hypothèse de l'intégration des opinions dissidentes. Celles-ci peuvent se définir comme « l'exposé officiel par un membre d'une juridiction internationale, de son désaccord sur les motifs d'une décision prise par cette juridiction et des motifs de ce dissentiment »¹⁵⁹⁸. Certains auteurs, favorables à leur intégration nationale, plaident pour leur apparition en ce qu'elles permettraient une meilleure compréhension de la solution et de l'économie générale en favorisant la discussion¹⁵⁹⁹. D'autres, en revanche, perçoivent les opinions dissidentes comme un risque de perturbation de la compréhension de la solution¹⁶⁰⁰, contrevenant, de surcroît, au rôle d'unification du droit de la Cour de cassation. Il semble que cet argument doit être nuancé. En effet, le rôle d'unification du droit attribué à la Cour suprême du Canada semble se concilier avec l'intégration des opinions dissidentes. L'obstacle principal à l'intégration des opinions dissidentes dans la motivation des

¹⁵⁹⁷ *Ibidem*, p. 30.

¹⁵⁹⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, « Définition : Dissidence », *op. cit.*, p. 712.

¹⁵⁹⁹ J.-P. ANCEL, « Les opinions dissidentes », Cycle de conférences annuelles sur les méthodes de jugement, site de la Cour de cassation.

¹⁶⁰⁰ P. DEUMIER, « Motivation des arrêts de la Cour de cassation : conférence du Professeur Deumier ».

arrêts de la Cour de cassation réside davantage dans l'appartenance de la France et du Canada à deux traditions juridiques différentes. En effet, l'évolution du droit se conjugue avec d'autres données extra-juridiques, telles que la culture d'un pays ou bien l'évolution des mœurs d'un pays. Reste à savoir si le système juridique français est enclin à intégrer dans son ordre juridique les opinions dissidentes, trait saillant du modèle de *common law*.

B. Les difficultés d'évolution du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* français à l'aune du modèle canadien au regard des cultures juridiques opposées

389. La perméabilité du droit aux significations juridico-culturelles. Les effets de la question prioritaire de constitutionnalité ne se situent pas seulement sur la matière pénale *stricto sensu*. En effet, l'avènement même de la question prioritaire de constitutionnalité modifie l'essence même de la culture juridique française. Dans un premier temps, le nouveau moyen d'inconstitutionnalité français s'inscrit à contre-courant de la culture française (1) et, plus précisément, va à l'encontre des rouages légicentristes de la tradition française. Cependant, dans un second temps, cette émancipation juridico-culturelle suscitée par la question prioritaire de constitutionnalité participe au rapprochement des cultures juridiques française et canadienne (2) au service d'une culture constitutionnelle commune.

1) La question prioritaire de constitutionnalité : à contre-courant de la culture juridique française ?

390. Le lien étroit entre Droit national et culture nationale. Le droit est inextricablement lié à la culture nationale qui innerve l'ensemble d'un pays donné. La définition donnée du mot culture par l'UNESCO lors de la Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles en 1982, témoigne de cette relation complexe : « Dans son sens large, la culture peut aujourd'hui être considérée comme l'ensemble des traits distinctifs, spirituels et matériels, intellectuels et affectifs, qui caractérisent une société ou un groupe social. Elle englobe, outre les arts et les lettres, les modes de vie, les droits fondamentaux de l'être humain, les systèmes de valeurs, les traditions

et les croyances »¹⁶⁰¹. Le droit étant sans aucun doute lié à la culture d'un pays, il peut être affirmé que la culture nationale confectionne à son tour le droit national. Suivant cette interdépendance, le droit français et le droit canadien, au regard de l'influence même de leurs cultures nationales respectives, entretiennent des relations antagonistes. Tout semble à première vue opposer les deux systèmes juridiques de référence. Cette divergence apparaît clairement au niveau de la conception de la norme juridique.

391. La question prioritaire de constitutionnalité : vecteur d'évolution de la culture juridique française ? Alors que la loi représente la source primordiale du droit français, le droit canadien, qui est en partie un droit anglo-saxon, est essentiellement jurisprudentiel. Il en résulte deux visions opposées du constitutionnalisme en France et au Canada, d'où les difficultés d'asseoir la réforme constitutionnelle envisagée. En effet, l'avènement d'un contrôle de constitutionnalité diffus des lois irait à l'encontre de la culture et de la tradition légicentriste de la France. La reconnaissance d'un tel contrôle reviendrait, en aval, à reconnaître indirectement un pouvoir normatif aux juges qui romprait avec l'idée cartésienne insufflée par *De l'esprit des lois*, selon laquelle « les juges de la Nation demeurent la bouche qui prononcent les paroles de la loi » mais aussi avec le concept d'infailibilité de la loi. À ce premier obstacle, s'ajoutent le principe d'interprétation stricte commandant la matière pénale. Cependant, lorsque la chambre criminelle se prête à une interprétation des lois pénales en faisant presque office d'une réserve d'interprétation à l'image des juges constitutionnels français et canadiens, elle contrevient directement à ce principe directeur. En somme, les rouages légicentristes de la tradition française et les principes directeurs régissant la matière pénale semblent, à première vue, présager un futur non enclin à accorder une place plus importante au juge de cassation. Néanmoins, en pratique, depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, les juges français ont tendance à ressembler à leurs homologues canadiens. En effet, l'entrée en vigueur du moyen d'inconstitutionnalité français réaffirme la tendance du juge à créer des normes en usant de son pouvoir d'interprétation des lois. Certes, le pouvoir normatif des juges existait bel et bien avant la naissance de la question prioritaire de constitutionnalité,

¹⁶⁰¹ Conférence mondiale sur les politiques culturelles, Mexico City, 26 juillet - 6 août 1982.

seulement il n'apparaissait pas de manière aussi tangible que ne le démontre la question d'inconstitutionnalité française. Règne ainsi une inadéquation troublante en France entre l'idéologie française, consistant à idéaliser la loi et à cantonner le juge à un rôle subalterne, avec la pratique judiciaire nouvelle issue de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité. Comme si la boucle n'était pas bouclée, l'idéologie française trouve des difficultés à s'aligner avec l'évolution de son propre système juridique. Et, pourtant, la question prioritaire de constitutionnalité ne représente-t-elle pas un vecteur d'évolution de la culture juridique française et, partant, un vecteur de rapprochement des cultures juridiques françaises et canadiennes ?

2) La question prioritaire de constitutionnalité : vecteur de rapprochement des cultures juridiques française et canadienne ?

392. La question prioritaire de constitutionnalité : vecteur d'évolution de la culture juridique française à l'image de la canadienne ? Plus qu'un simple pont juridique permettant d'effectuer des rapprochements entre les ordres juridiques de référence, la question prioritaire de constitutionnalité procède à un changement de philosophie quant à la conception, voire la tradition, du système juridique française qui ouvre la brèche à un contrôle de constitutionnalité diffus « dissimulé », elle pourrait redoubler d'efficacité dans sa mission de protection des droits fondamentaux des justiciables s'il advenait que les acteurs mêmes de ce mécanisme, à l'image de leurs homologues canadiens, détenaient la totalité des armes pour donner pleine effectivité à ce nouveau moyen de protection de la Constitution.

393. La question prioritaire de constitutionnalité : une évolution ou une révolution dans l'ordre juridique français ? Si certains auteurs ont pu s'interroger sur le fait de savoir si la question prioritaire de constitutionnalité représentait une révolution dans l'ordre juridique français¹⁶⁰², elle ne le deviendra certainement que lorsqu'elle sera allée au bout de son cheminement par la reconnaissance du pouvoir correcteur des inconstitutionnalités déclarées par le juge suprême, comme l'y invite son mécanisme. De ce fait ne serait-il pas temps d'aller au bout de cette évolution

¹⁶⁰² J.-L. HALPERIN, « La question prioritaire de constitutionnalité : une révolution juridique dans l'Histoire du droit français ? », in *Dossier : L'Histoire du contrôle de constitutionnalité*, NCCC, 2010, n° 28, pp. 31-34.

juridique initiée par la question d'inconstitutionnalité française, afin que le système français connaisse une véritable révolution juridique en la matière ? Il semble que le temps est aujourd'hui venu d'admettre que le juge de cassation en France détient la faculté d'exercer un contrôle concret de constitutionnalité *a posteriori* de la loi pénale à l'image du modèle canadien, le tout au nom d'une meilleure protection des droits des justiciables pénaux.

CONCLUSION DU CHAPITRE II TITRE II

394. La conception kelsénienne du contrôle de constitutionnalité contrariée par la question prioritaire de constitutionnalité. Hans Kelsen expliquait en 1928 que les questions préjudicielles ne devaient permettre que d'offrir au juge constitutionnel une occasion nouvelle de confronter les normes inférieures à la norme suprême¹⁶⁰³. Partant, l'éminent juriste adhérait à une conception abstraite du contrôle de constitutionnalité des lois. La question prioritaire de constitutionnalité provoque inéluctablement un bouleversement de cette conception. À ce propos, le professeur Xavier Philippe présageait qu'il s'agirait « d'abord [...] d'un contrôle abstrait exercé sur une question concrète », mais envisageait déjà que « le fait qu'il y ait une affaire à l'origine du litige ne pourra pas laisser le juge constitutionnel indifférent et il y aura donc [...] inévitablement une forme de concrétisation »¹⁶⁰⁴. Sept années de pratique de la question prioritaire de constitutionnalité valident ces dernières prévisions, si ce n'est confirment l'impérativité d'évolution du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* exercé par le Conseil constitutionnel vers davantage de « concrétisation ». Il ne s'agit plus tant d'espérer une évolution de la conception même du recours *a posteriori* que de l'intensifier, voire l'ancrer dans la tradition nationale française de manière analogue à la situation canadienne. C'est qu'en effet, la protection effective des droits des justiciables pénaux le recommande.

¹⁶⁰³ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 246.

¹⁶⁰⁴ X. PHILIPPE, « Rapprochements et divergences persistantes des systèmes juridiques de *Civil Law* et de *Common Law* », Entretiens et débats, *AJJC*, 2008, vol. XXIV, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, p. 47.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

395. Contrôle concret de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* versus sécurité juridique. Plus que tout autre pan du droit, la matière répressive apparaît comme un domaine de prédilection du nouveau moyen de protection des droits et libertés fondamentaux et cela pour deux raisons. La première justification, tient à l'étroite corrélation entretenue entre le droit pénal et les libertés individuelles. La seconde tient au fait que le Conseil constitutionnel n'avait pas été saisi lors de l'adoption du code pénal de 1992, laissant dès lors bien des perspectives à la question prioritaire de constitutionnalité. En témoigne les nombreuses abrogations des dispositions législatives jugées inconstitutionnelles par le Conseil constitutionnel en matière pénale. Si ces déclarations d'inconstitutionnalité sont appréciables, notamment en ce qu'elles permettent d'octroyer plus de légitimité à la matière répressive, les effets de telles censures ont pu inquiéter et des interrogations sont apparues, notamment quant au droit transitoire constitutionnel entre le moment de la décision d'inconstitutionnalité et celui de sa mise en application au sein du procès pénal. De l'étude du pouvoir de modulation des effets dans le temps opéré par les Sages, il ressort que le Conseil constitutionnel a su occasionnellement tirer profit de ses prérogatives conférées par l'article 62 alinéa 2 de la Constitution et les ajuster à la matière pénale, cela en optant pour des réserves d'interprétation transitoires lorsque la consécration de la garantie des droits des justiciables était en jeu. De manière similaire, dans le cadre de son exercice de son filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité, la chambre criminelle de la Cour de cassation s'est appropriée la techniques des réserves d'interprétation normatives afin d'harmoniser la loi pénale à la Constitution française à l'image des juges constitutionnels français et canadiens. Ce partage du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France suscité par la question prioritaire de constitutionnalité en matière pénale, illustre sans doute ces propos du professeur François Rigaux « Les lieux de production du droit se sont démultipliés, il n'y a plus de centre ni de juridiction ayant, à elle seule et en toute matière, le pouvoir du dernier mot »¹⁶⁰⁵.

¹⁶⁰⁵ F. RIGAUX, « La Cour de cassation dans le réseau des cours suprêmes », *J.T.*, 2007, p. 652.

Si, dans la première partie de cette étude, les tenants et les aboutissants d'un contrôle concret et abstrait de constitutionnalité *a posteriori* sur la protection des droits des justiciables pénaux ont été envisagés de part et d'autre de l'Atlantique, dans la seconde partie l'effort a porté sur les potentialités d'évolution de la question prioritaire de constitutionnalité à l'aune du modèle canadien dans l'optique d'une amélioration des droits des justiciables pénaux. Plus précisément, un double questionnement a été mené. En premier lieu, il s'est agi de déterminer si un contrôle concret de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* était envisageable en France, dans un futur plus ou moins proche. En second lieu, il a fallu déterminer quel(s) juge(s) de l'ordre judiciaire, tant suprêmes qu'ordinaires, sembla(en)t plus enclin(s) à s'approprier une telle mission. En définitive, l'étude autorise à constater qu'un partage du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* d'abord entre les juridictions relevant de la Cour de cassation et cette dernière, ensuite avec le Conseil constitutionnel, prend naissance avec l'avènement même de la question prioritaire de constitutionnalité. Si, à certains égards, l'exercice du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité tant par les juges judiciaires *a quo*, que par les juges judiciaires suprêmes autorise à observer une certaine « décentralisation » du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*, la transposition à la situation française d'un contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* « à la canadienne » paraît prématurée. Aucun système de contrôle *a posteriori* n'est parfait. Un contrôle de constitutionnalité de l'application des lois pénales *a posteriori* fait peser des risques sur la sécurité juridique dans la mesure où la décision d'inconstitutionnalité ne produit qu'un effet *inter partes*. En revanche, s'agissant du contrôle abstrait *a posteriori*, l'abrogation qui accompagne une déclaration d'inconstitutionnalité malmène moins la sécurité juridique. En définitive, l'étude comparée tangué entre deux systèmes de contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* : l'un étant abstrait et concentré, l'autre concret et diffus. Quelle destination sélectionner ? Quel système de contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* privilégier au nom d'une protection pleine et entière des droits des justiciables pénaux ? La destination finale semble vague tant il apparaît que le contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* concret et diffus canadien, tout comme le contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* abstrait et, principalement concentré en France présentent respectivement des avantages comme des inconvénients. Si pour

reprendre les termes du professeur Xavier Philippe à propos de la question prioritaire de constitutionnalité, « il est difficile de prédire aujourd’hui si cette réforme constitue un aboutissement ou la première étape d’un processus qui évoluera dans le temps »¹⁶⁰⁶, il semble véritablement que la question prioritaire de constitutionnalité témoigne de la perméabilité du système français à l’égard de son homologue canadien.

¹⁶⁰⁶ X. PHILIPPE, « La QPC, à l’aube d’une ère nouvelle », *RFDC*, 2010, n° 82, p. 276.

CONCLUSION GÉNÉRALE

396. Quel bilan ? La question prioritaire de constitutionnalité constitue, de prime abord, une nouvelle arme pénale contre les excès du droit pénal. En effet, depuis le 1^{er} mars 2010, cette nouvelle voie de droit permet de s'assurer de la conformité du droit pénal à la Constitution. À n'en point douter, la question prioritaire de constitutionnalité renforce le mouvement de « constitutionnalisation-conformité »¹⁶⁰⁷, dans le sens où le droit pénal est rendu conforme à la Constitution. Il est opportun ici de se rappeler que le Conseil constitutionnel n'avait pas été saisi lors de l'adoption du code pénal en 1992. La matière pénale, qui dans l'opinion publique peut « *faire peur* » de part son côté répressif, bénéficie, avec l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, d'une nouvelle légitimité en ce que les libertés individuelles se trouvent renforcées et précisées. Les « décisions QPC » les plus nombreuses et les plus connues ont ainsi été en lien avec le droit pénal et la procédure pénale. Toutefois, un certain esprit critique vis-à-vis de la question prioritaire de constitutionnalité en matière pénale doit être maintenu dans la mesure où l'étude a démontré que le nouveau mécanisme de droit ne permettait pas toujours une protection optimale des droits des justiciables garantis par les principes directeurs de la matière pénale. Au surplus, le contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* en France demeure principalement abstrait dans la mesure où l'application effective des lois pénales n'est pas examinée à la lumière de la Constitution française. Ne peut-on pas y voir une faille dans l'essence même du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* français de nature à affaiblir la protection des droits des justiciables pénaux ? La première partie de notre étude autorise une réponse positive. Le regard porté sur l'objet du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* canadien, c'est-à-dire la loi pénale vivante, telle qu'elle est appliquée aux situations des justiciables canadiens, prouve que les inconstitutionnalités des lois pénales se révèlent lors de leur application, et souvent même en raison de leur application. De même, ce qui intéresse au premier chef les sujets de droit, c'est la conformité de l'application de la loi pénale avec leurs

¹⁶⁰⁷ A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, op. cit., p. 216.

droits et libertés fondamentaux. En restreignant l'examen de la constitutionnalité à la loi pénale *stricto sensu*, le Conseil constitutionnel prive la réforme constitutionnelle de la majeure partie de sa substance principale. Ainsi, en l'état actuel des choses, le phénomène de « constitutionnalisation-conformité » réimpulsé par l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité n'est pas allé jusqu'au bout de son cheminement. En effet, en laissant subsister des inconstitutionnalités potentielles qui auraient pu être décelées par un contrôle d'applicabilité des lois pénales, les droits fondamentaux en matière répressive ne jouent plus leur rôle de garant contre les excès probables du droit pénal. Afin d'optimiser le phénomène de constitutionnalisation-conformité évoqué en propos introductif, et ainsi obtenir un droit pénal constitutionnalisé foncièrement humanisant, une évolution de la conception même du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France à l'aune du modèle canadien semble indispensable.

397. Quels enseignements ? Le premier enseignement de l'expérience canadienne, sans doute le plus important, a trait à la conception concrète du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*. En ce sens, c'est moins la loi *stricto sensu* qui est examinée au regard de la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982, que son application. En termes de protection des droits des justiciables pénaux, il s'agit, à n'en point douter, d'une plus-value par rapport à un contrôle abstrait de constitutionnalité des lois *a posteriori*. La qualité de la loi « pure » n'intéresse les justiciables qu'en second lieu, voire pas du tout. L'objet du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* canadien demeure la norme en situation et non pas seulement la norme contrôlée. La mise en situation de la norme représente ainsi le vecteur du processus de vérification de la constitutionnalité des lois *a posteriori* dans sa globalité. En effet, dès le stade de l'invocation de la contestation constitutionnelle au sein du procès pénal et jusqu'à celui de sa résolution, les juges canadiens sont soucieux de rendre leur jugement de constitutionnalité au regard des situations subjectives des sujets de droit. De manière générale, l'approche pragmatique adoptée par les juges canadiens lors de la vérification de la constitutionnalité *a posteriori* des lois ne peut être que saluée tant le contrôle *a posteriori* par nature demeure basé sur l'expérience et n'est pas désincarné,

contrairement à un contrôle de constitutionnalité *a priori*. Plus spécifiquement, le contrôle concret de constitutionnalité des lois *a posteriori* s'harmonise davantage avec la spécificité de la matière pénale. Il s'agit-là du second enseignement de l'expérience canadienne. Le contentieux pénal entretient des liens étroits avec les considérations factuelles qui entourent le cas d'espèce litigieux. Le principe de légalité criminelle impose que les juges rattachent le fait soumis par les justiciables à une qualification pénale abstraite, c'est-à-dire l'infraction. Un comportement, quel que soit son degré de désapprobation, ne peut être pénalement sanctionné que s'il entre dans les prévisions du texte pénal. De la qualification découlera un régime juridique spécifique. En définitive, il est difficilement concevable de raisonner en droit pénal autrement qu'à partir d'une infraction dont la qualification résulte d'un rapprochement des faits issus du litige pénal originel. Lorsque le Conseil constitutionnel se prononce sur la constitutionnalité d'une disposition pénale, il ne peut faire abstraction de ce contexte factuel qui sous-tend la contestation constitutionnelle. Les faits de l'affaire pénale conditionnent le jugement de constitutionnalité. Par exemple, la résolution de la question de savoir si une mesure privative de liberté est constitutionnelle ou si d'autres mesures moins attentatoires à la liberté des justiciables peuvent lui être substituées, dépendra, le cas échéant, des atteintes potentielles portées à l'ordre public, des attributs personnels du délinquant, c'est-à-dire son âge, son comportement ou bien encore de ses antécédents judiciaires. Partant, c'est au regard de ces considérations factuelles que le juge constitutionnel semble pouvoir efficacement conclure à la constitutionnalité ou non de la disposition pénale litigieuse. Dans cette perspective, le contrôle concret de constitutionnalité des lois *a posteriori* canadien semble plus adapté à la spécificité de la matière pénale qu'un contrôle abstrait *a posteriori* « à la française ». Enfin, l'expérience canadienne dévoile les atouts de la complétude de compétences des juges canadiens lors d'une contestation constitutionnelle au sein du procès pénal. Au Canada, la contestation constitutionnelle est tranchée au cours du litige pénal ordinaire. Cette caractéristique structurelle du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* canadien s'accompagne nécessairement d'une spécificité substantielle des juges canadiens. En effet, dans la mesure où une scission entre le procès pénal et la résolution de la contestation constitutionnelle n'advient qu'exceptionnellement au Canada, les juges d'un procès pénal à qui on soumet une contestation

constitutionnelle combinent simultanément différents rôles¹⁶⁰⁸. En termes de célérité, cette particularité des juges canadiens à « plusieurs casquettes » ne peut être que saluée. Force est de constater que la structure fédérale du Canada a engendré naturellement la spécialisation des juges canadiens et a justifié l'émergence d'un contrôle diffus de constitutionnalité des lois *a posteriori*. Serait-ce éventuellement l'inverse ? Peut-être est-ce le contrôle diffus *a posteriori* qui a engendré la complémentarité des fonctions des juges canadiens. Malgré cette énigmatique interrogation, il n'empêche que le dénouement de la contestation constitutionnelle au cœur même du procès pénal permet une prompte et efficace résolution de la question constitutionnelle. La jeune question prioritaire de constitutionnalité est-elle sur la voie de ce modèle canadien ?

398. Quelles perspectives ? L'une des finalités majeures de cette étude vise à déterminer quel(s) juge(s) serait(ent) le(s) plus à même de contrôler la constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* dans un souci d'amélioration de la protection des droits des justiciables pénaux. L'idée était celle d'une consécration d'un contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* plein et entier exercé par la chambre criminelle de la Cour de cassation. L'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en France bouleverse en effet l'office des juges judiciaires. Un certain partage dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* entre le Conseil constitutionnel et les juges judiciaires, tant suprêmes qu'ordinaires, peut être observé. Cependant, ce serait omettre que la Cour de cassation n'exerce un contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* que de manière indirecte, c'est-à-dire lors de sa mission de filtrage des griefs d'inconstitutionnalité. L'appréciation poussée des juges judiciaires *a quo* quant à elle occasionnelle. Dès lors, avancer un contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* à l'image du modèle canadien serait tenir des propos avant-gardistes. Néanmoins, une certaine perméabilité du système français à l'égard de son homologue canadien peut être observée. En termes de protection des droits et libertés fondamentaux, le basculement de la Cour de cassation de sa fonction d'application de la loi pénale à celle de vérification constitutionnelle peut, à certains

¹⁶⁰⁸ A.-M BOISVERT, «Vingt-cinq ans de droit pénal canadien "constitutionnalisé" : la désillusion ? », in *Le juge constitutionnel et la proportionnalité. Juge constitutionnel et droit pénal*, op. cit., p. 456.

égards, être mis au service de la protection des droits des justiciables. En effet, à travers les « revirements anti-QPC »¹⁶⁰⁹, la chambre criminelle de la Cour de cassation rend une décision plus rapide pour les justiciables pénaux sous la pression de la question prioritaire de constitutionnalité. Mais toute médaille a son revers, et l'exercice optimal de la question prioritaire de constitutionnalité n'est pas sans altérer la sécurité juridique attendue lors de chaque phase du procès pénal. Une dernière interrogation surgit néanmoins : peut-on imaginer, dans un futur plus ou moins proche, qu'un contrôle concret de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* puisse être exercé par le Conseil constitutionnel français ? Si la réponse est douteuse, certaines techniques juridictionnelles utilisées par ces derniers ouvrent la brèche à une telle évolution et, partant, à une meilleure protection des droits des justiciables pénaux. Cependant, l'évolution du contentieux constitutionnel français à l'aune du modèle canadien demeure encore incertaine. En effet, en l'état du droit positif français, un contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* « à la canadienne » demeure hypothétique. Par ailleurs, un contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* concentré dans les mains de la Cour de cassation semble tout à la fois probable mais risqué en termes de sécurité juridique. Enfin, un contrôle concret de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* exercé par le Conseil constitutionnel reste conditionné, semble-t-il, à une prise de conscience du changement juridico-culturel insufflé par l'avènement même de la question prioritaire de constitutionnalité. Les débats sont encore ouverts... Mais outre ces divergences et convergences entre les contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* français et canadien, il faut se rappeler les limites du droit comparé, dont l'objet est justement de comparer et non de privilégier un type de contrôle *a posteriori* sur un autre. Mais, nous pensons que la conception du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France devrait évoluer vers un contrôle concret de constitutionnalité *a posteriori* à l'image de la pratique canadienne. En plus, le Conseil constitutionnel pourrait à l'avenir contrôler la

¹⁶⁰⁹ N. MAZIAU, « Le revirement de jurisprudence dans la procédure QPC. Comment la Cour de cassation, dans son interprétation de la loi, s'inspire du Conseil constitutionnel dans son rôle d'interprète de la Constitution », *D.*, 2012, p. 1833 ; Dans le même sens : Cass. crim., 13 mars 2013, n° 12-83.024 ; N. MAZIAU, « Nouveaux développements dans la mise en oeuvre de la question prioritaire de constitutionnalité : le filtre au service des évolutions jurisprudentielles de la Cour de cassation », *D.* 2011, p. 2811.

constitutionnalité des décisions de justice pénale à l'aune de la Constitution dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité.

ANNEXES

ANNEXE N°1 – Tableau des principales caractéristiques des contrôles de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* en France et au Canada

Source : Annexe 1 : Tableau des principales caractéristiques des questions de constitutionnalité en France, Espagne et Italie¹⁶¹⁰

	FRANCE : LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE	CANADA : L'EXCEPTION D'INCONSTITUTIONNALITE
Assises textuelles	<p>Article 61-1 de la Constitution française du 4 octobre 1958</p> <p>Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.</p>	<p>Article 52 de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i></p> <p>La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.</p> <p style="text-align: center;">Article 24 de la <i>Charte canadienne des droits et libertés de 1982</i></p> <p>(1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.</p> <p>(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de</p>

¹⁶¹⁰ L. GAY, *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé, op. cit.*, p. 693.

Conception	Abstrait	déconsidérer l'administration de la justice. Concret
Personne habilitée à poser la question	Parties (en défense et partie civile)	Parties (Uniquement en défense)
Normes contrôlées	« Dispositions législatives »	« Dispositions et actes ayant force de loi de l'Etat et des régions »
Normes de référence de contrôle	Droits et libertés que la Constitution garantit Non invocabilité des objectifs à valeur constitutionnelle (OVC)	<i>Charte canadienne des droits et libertés de 1982</i> Invocabilité des objectifs à valeur constitutionnelle (OVC)
Autorités habilitées à renvoyer la question à la Cour constitutionnelle	Premier filtre français : Tout juge <i>a quo</i> saisi de la question prioritaire de constitutionnalité lors d'une « instance en cours »	Tout juge <i>a quo</i> directement (premier juge devant lequel est posée la question ou qui la soulève d'office)
Autorités habilitées à renvoyer la question à la Cour constitutionnelle	Second filtre français : Cour de cassation et Conseil d'Etat seulement N.B. : CC, SEN, 2011-4538 du 12 janvier 2012 : le Conseil constitutionnel accepte aussi, en tant que juge électoral, qu'une QPC lui soit directement posée	Absence de filtrage similaire

<p>Conditions du renvoi</p>	<p>Premier filtre français : Trois conditions :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Disposition applicable au litige, à la procédure ou constituant le fondement des poursuites 2) Disposition non déjà déclarée conforme à la Constitution sauf changement de circonstances 3) Question non dépourvue de caractère sérieux ou présentant un caractère sérieux et nouvelle (devant les Cours suprêmes) <p>Second filtre français : Trois conditions :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Disposition applicable au litige, à la procédure ou constituant le fondement des poursuites 2) Disposition non déjà déclarée conforme à la Constitution sauf changement de circonstances 3) Question présentant un caractère sérieux ou nouvelle (devant les Cours suprêmes) 	<p>Non</p> <p>Non</p>

Motivation du renvoi	Faible motivation du caractère sérieux de la question par la Cour de cassation	Motivation poussée du jugement de constitutionnalité en général
Existence d'une procédure de contrôle de la recevabilité de la question par le juge constitutionnel	Non	Non
Existence d'un recours contre le refus de renvoi à la Cour de constitutionnelle (ou de transmission à la Cour suprême en France)	Non	Non
Rappel des faits du litige principal dans le jugement de constitutionnalité	Non	Oui Jugement divisé en une partie « en fait » et une partie « en droit »
Effet du rejet de la question (déclaration de constitutionnalité de la norme)	Effet <i>erga omnes</i>	Effet <i>inter partes</i>
Effets de la déclaration d'inconstitutionnalité	Effet <i>erga omnes</i> ; effet abrogatif	Effet <i>inter partes</i> ; effet d'invalidité de la norme

<p>Possibilité de modulation dans le temps des effets de la décision</p>	<p>Oui, consacré par l'article 62, alinéa 2 de la Constitution française du 4 octobre 1958</p>	<p>Oui, consacré de façon prétorienne par la Cour suprême du Canada</p>
<p>Articulation avec le contrôle de conventionnalité</p>	<p>Contrôle de conventionnalité relevant du juge ordinaire, sous réserve du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité</p>	<p>Non</p>

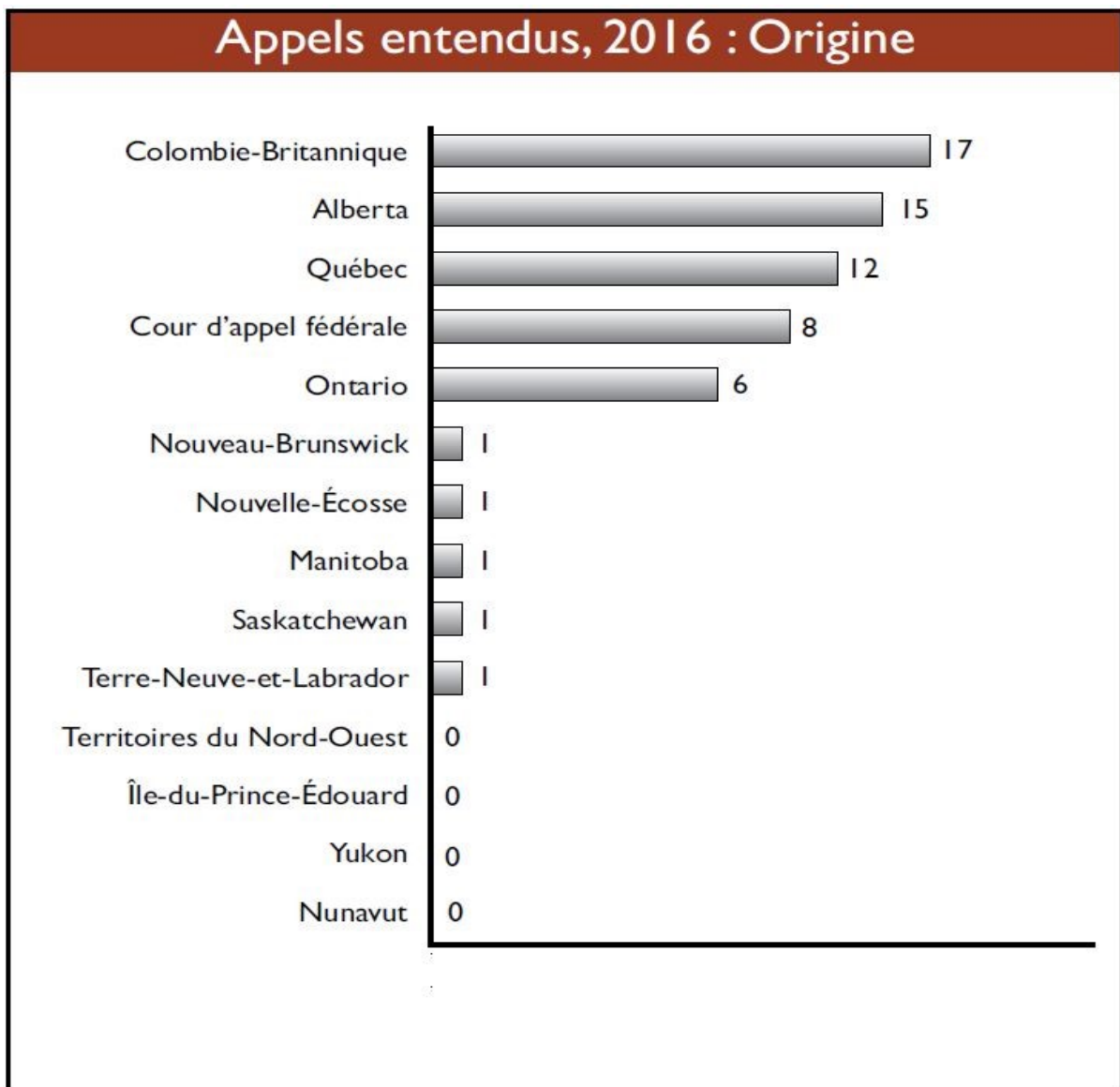
ANNEXE N°2

Statistiques sur l'activité de la Cour suprême du Canada (source : statistiques 2006 à 2016

Catégorie 3 : Appels entendus, site officiel de la Cour suprême du Canada :

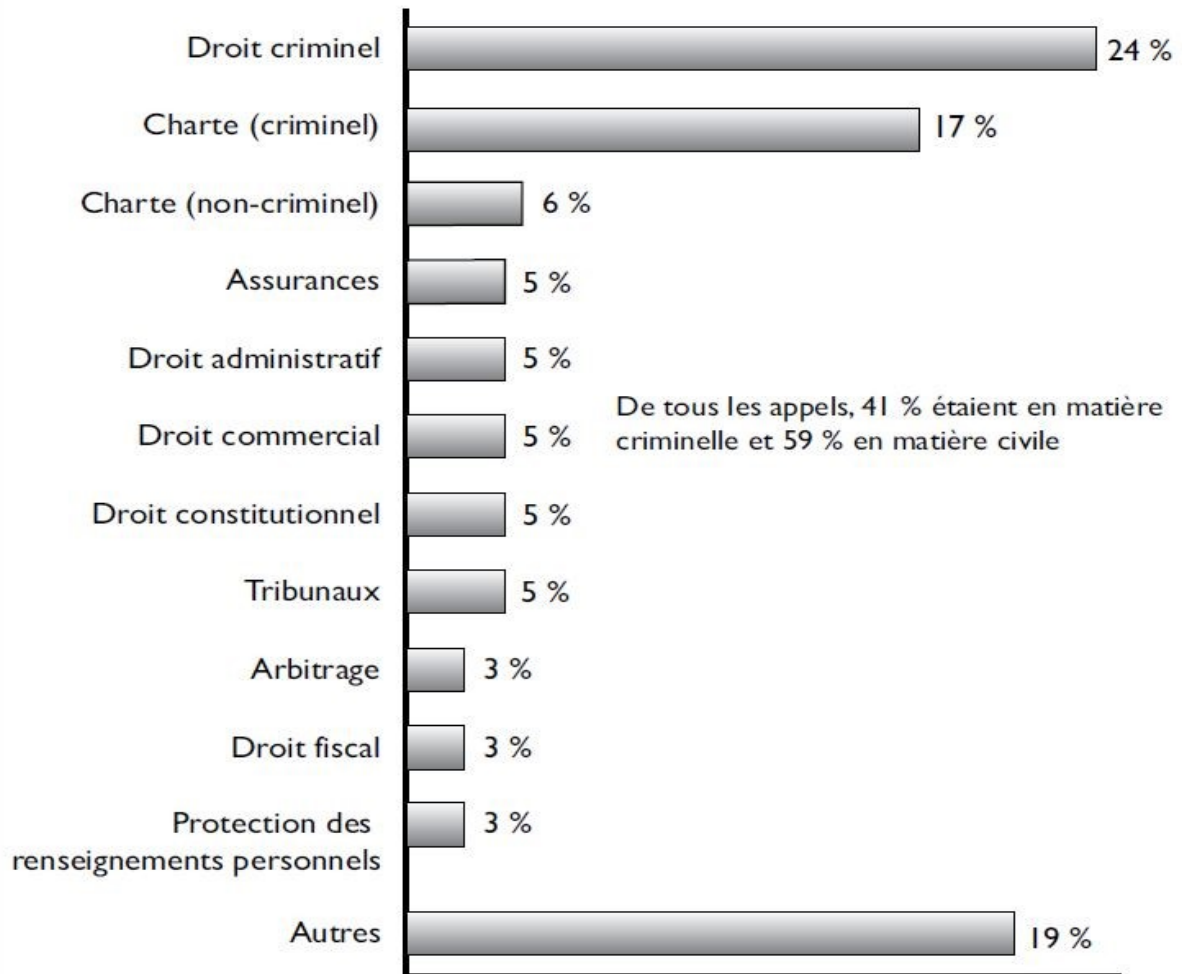
<http://www.scc-csc.ca/case-dossier/stat/cat3-fra.aspx#cat3b>).

Catégorie 3 : Appels entendus

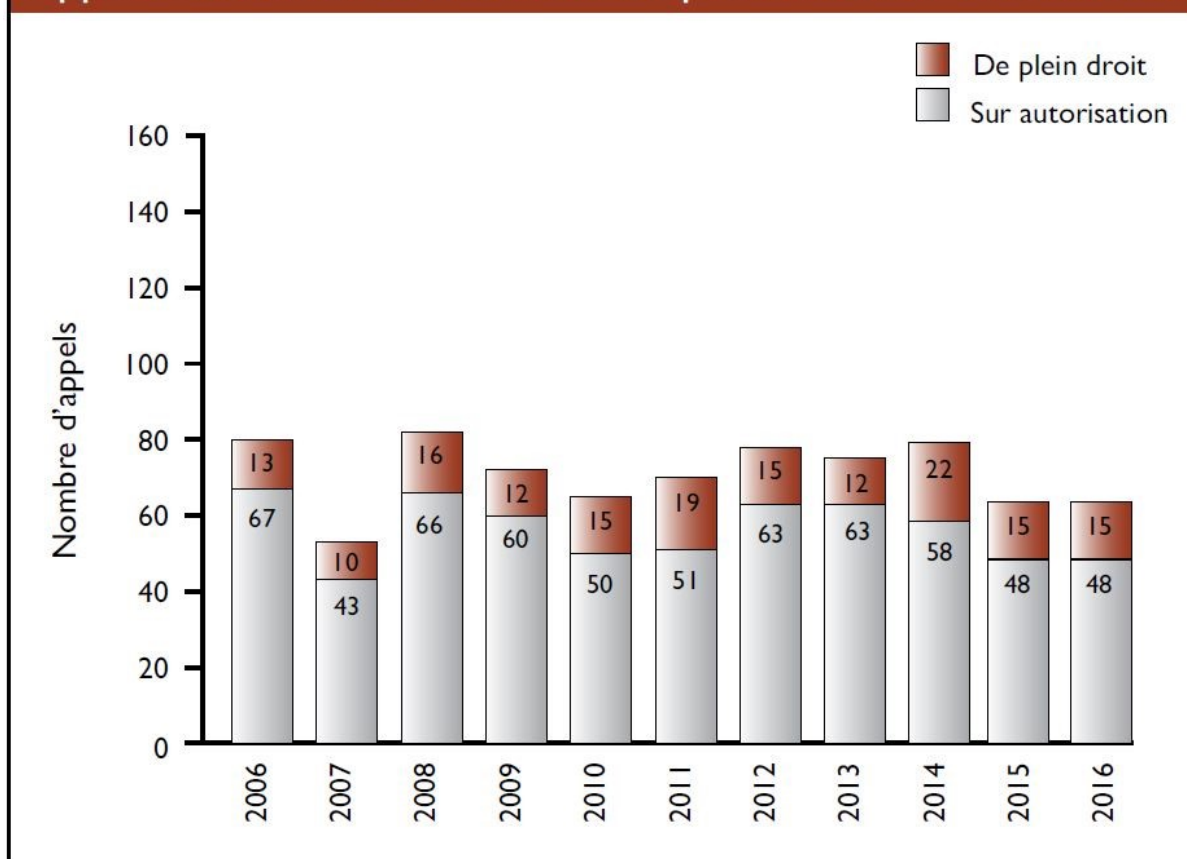


Appels entendus, 2016 : Nature

Les dossiers sont classés suivant le principal domaine de droit.

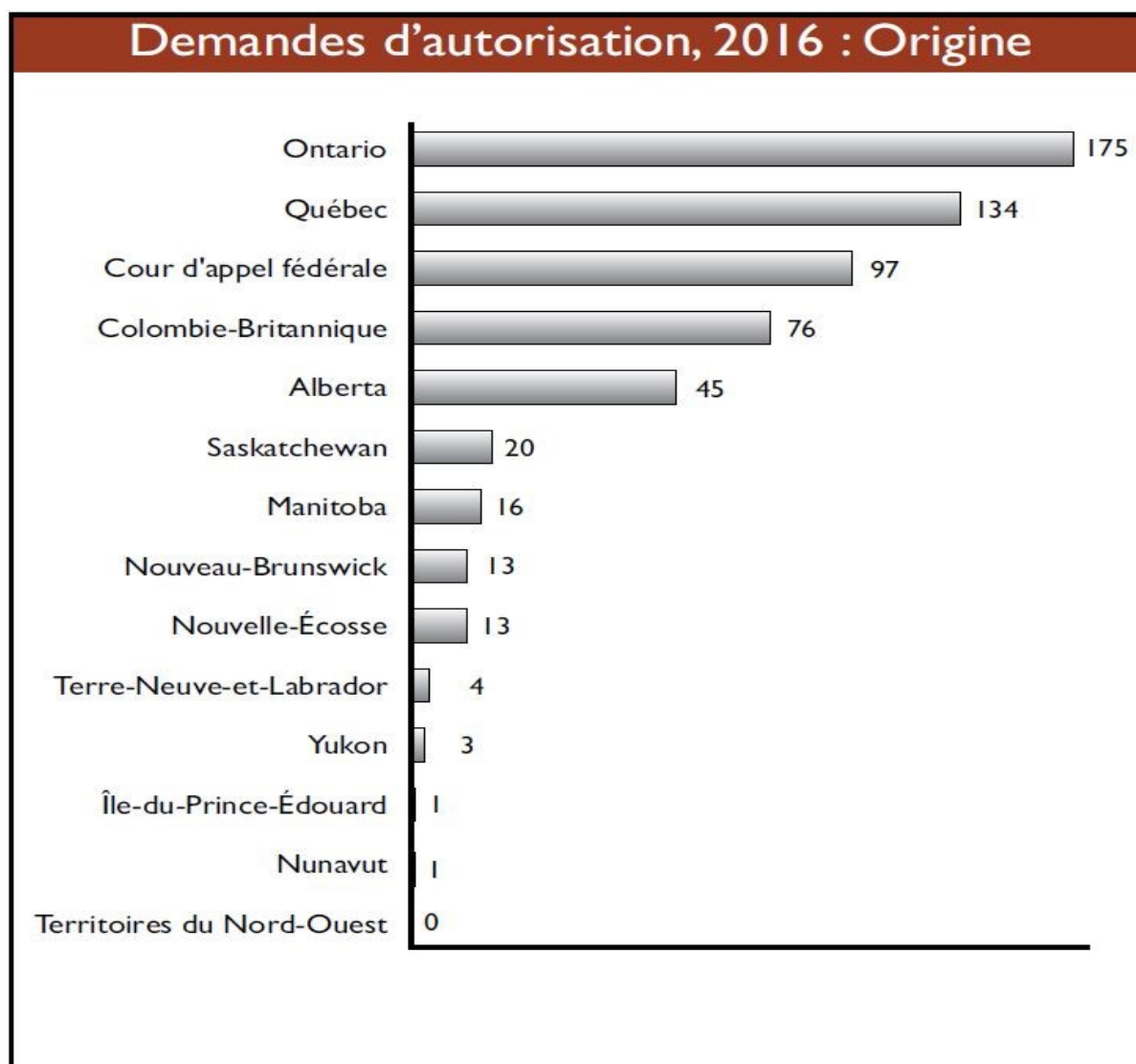


Appels entendus, 2006 à 2016 : De plein droit/Sur autorisation



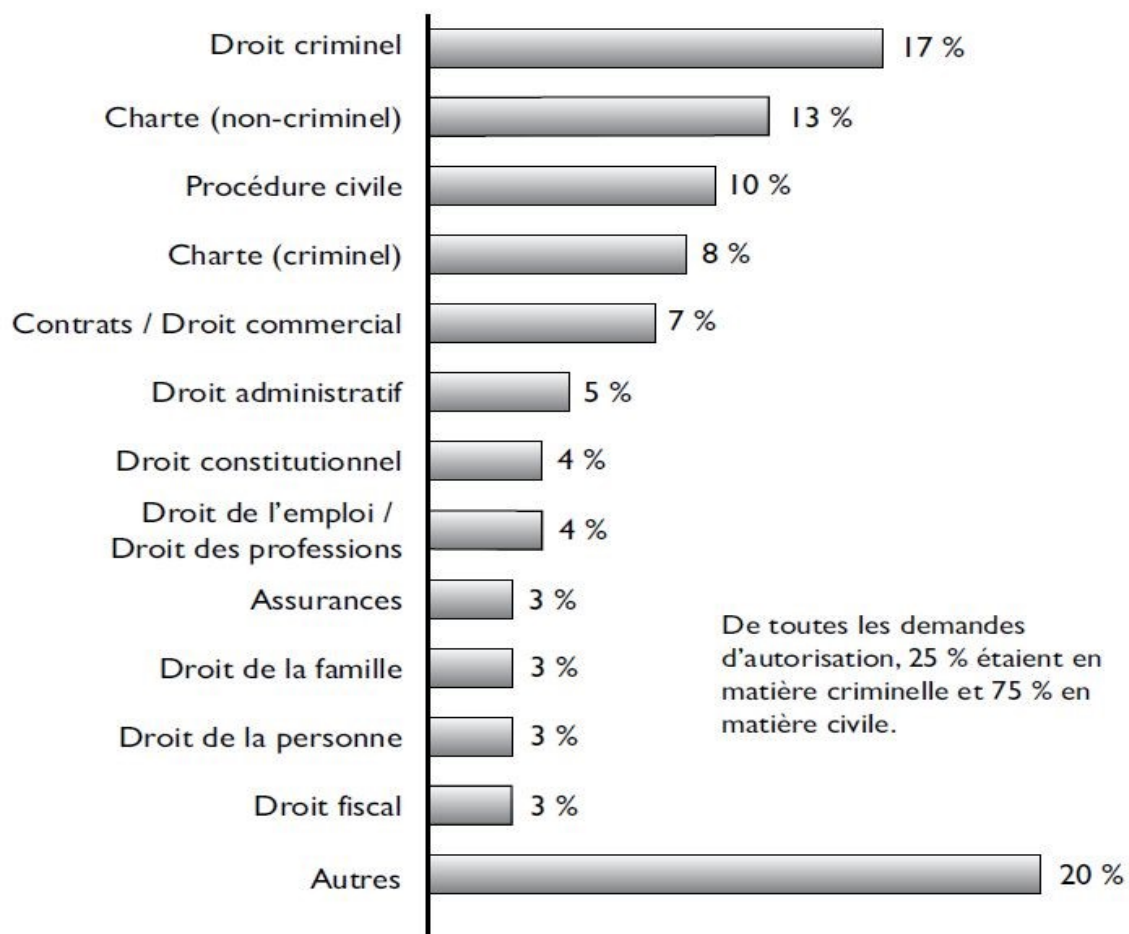
Appels entendus, 2006 à 2016 : Résultat

Catégorie 2 : Demandes d'autorisation soumises



Demandes d'autorisation, 2016 : Nature

Les dossiers sont classés suivant le principal domaine de droit.



ANNEXE 3

Bilan statistique au 31 mars 2017

Source : Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 55-56 - juin 2017.

Site du Conseil constitutionnel

	195 8-	196 8-	197 7-	198 8-	199 8-	200 8	200 9	201 0	201 1	201 2	201 3	201 4	201 5	201 6	201 7	Total général (au 31 mars)
Loi ordinaire	5	23	116	106	120	9	17	15	15	12	15	19	13	11	4	500
Loi organique	13	21	16	30	27	1	6	9	6	4	6	3	4	7	1	154
Traité		2	1	3	6					1						13
Règlement des assemblées	16	9	9	22	11	2	3		2		1	2	1			78
SOUS TOTAL DC	34	55	142	161	164	12	26	24	23	17	22	24	18	18	5	745
Loi du pays	~	~	~		2						1	1	1	1		6
Question prioritaire de constitutionna lité	~	~	~	~	~	~	~	64	110	74	66	67	68	81	18	548
Sous-total contrôle de constitutionn alité	34	55	142	161	166	12	26	88	133	91	89	92	87	100	23	1299
Élections à l'Assemblée nationale	341	106	147	106 ⁸	680	114	11	5		83	254	3	8	4	2	2826
Élections au Sénat	32	14	17	27	31	2	1		3	3		3	44			177
Divers élections parlementaire s			3	12	9	1				1	1					27
Élection du président de la République	11	22	16	44	49					13	2				10	167
Référendum	9	2		9	18											38
Sous-total élections	393	144	183	116⁰	787	117	12	5	3	100	257	6	52	4	12	3235
Déchéance	3		1	7	8		2	1				1		1		24

	195 8-	196 8-	197 7-	198 8-	199 8-	200 8	200 9	201 0	201 1	201 2	201 3	201 4	201 5	201 6	201 7	Total général
Incompatibilité	1	4	1	10	5	2	1	1	1		1		3			30
Déclassement	49	52	51	29	28	5	4	4	6	8	6	9	10	4	4	269
Compétences outré-mer	~	~	~	~	1							6	2	2		11
Fins de non- recevoir	7	2	2									1				12
Avis article 16	1															1
Décisions d'organisation interne	14	11	23	36	27	2	3	3	2	4	4	3	2	2	2	138
Autres décisions	1															1
Total général	503	268	403	140 3	102 2	138	48	102	145	203	357	118	156	113	41	5020

ANNEXE N° 4

Liste des décisions QPC rendues en matière pénale (au 21 juillet 2017)

Source : Site : Sine lege

- 1 Décision n° 2010-6/7 QPC, 11 juin 2010 : article L. 7 du Code électoral
- 2) Décision n° 2010-9 QPC, 2 juillet 2010 : article 706-53-21 du Code de procédure pénale
- 3) Décision n° 2010-15/23 QPC, 23 juillet 2010 : article 575 du Code de procédure pénale
- 4) Décision n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010 : articles 62, 63, 63-1, 63-4, 77, 706-73 du Code de procédure pénale
- 5) Décision n° 2010-30/34/35/47/48/49/50 QPC, 6 août 2010 : articles 62, 63, 63-1, 63-4, 64, 706-73 du Code de procédure pénale
- 6) Décision n° 2010-25 QPC, 16 septembre 2010 : articles 706-54, alinéas 2 et 3, 706-55, 706-56, II, alinéa 1, 29 de la loi no 2003-239 du 18 mars 2003
- 7) Décision n° 2010-31 QPC, 22 septembre 2010 : articles 63-1, 63-4, 77, 706-88 du Code de procédure pénale
- 8) Décision n° 2010-32 QPC, 22 septembre 2010 : article 323 du Code des douanes
- 9) Décision n° 2010-38 QPC, 29 septembre 2010 : article 529-10 du Code de procédure pénale
- 10) Décision n° 2010-40 QPC, 29 septembre 2010 : article L. 234-13 du Code de la route
bibliographie sur le site du Conseil constitutionnel
- 11) Décision n° 2010-41 QPC, 29 septembre 2010 : article L. 121-4 du Code de la consommation
- 12) Décision n° 2010-55 QPC, 18 octobre 2010 : article 2 de la loi no 83-628 du 12 juillet 1983 relative aux jeux de hasard dans sa rédaction antérieure au 13 mai 2010
- 13) Décision n° 2010-61 QPC, 12 novembre 2010 : article 706-56, III du Code de procédure pénale
- 14) Décision n° 2010-66 QPC, 26 novembre 2010 : article 131-21 du Code pénal
- 15) Décision n° 2010-74 QPC, 3 décembre 2010 : article 47, IV, de la loi no 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises
- 16) Décision n° 2010-77 QPC : 10 décembre 2010 : article 495-15-1 du Code de procédure pénale

- 17) Décision n° 2010-72/75/82 QPC, 10 décembre 2010 : article 1741, alinéa 4, du Code général des impôts
- 18) Décision n° 2010-62 QPC, 17 décembre 2010 : article 148 du Code de procédure pénale
- 19) Décision n° 2010-80 QPC, 17 décembre 2010 : article 803-3 du Code de procédure pénale
- 20) Décision n° 2010-81 QPC, 17 décembre 2010 : article 207 du Code de procédure pénale
- 21) Décision n° 2011-111 QPC, 25 mars 2011 : article L. 8223-1 du Code du travail
- 22) Décision n° 2011-112 QPC, 1er avril 2011 : article 618-1 du Code de procédure pénale
- 23) Décision n° 2011-113/115 QPC, 1er avril 2011 : articles 349, 350, 353, 357 du Code de procédure pénale
- 24) Décision n° 2011-131 QPC, 20 mai 2011 : article 35, alinéa 5, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse
- 25) Décision n° 2011-132 QPC, 20 mai 2011 : articles L. 3336-2 et L. 3336-3 du Code de la santé publique
- 26) Décision n° 2011-133 QPC, 24 juin 2011 : articles 130 et 130-1 du Code de procédure pénale
- 27) Décision n° 2011-147 QPC, 8 juillet 2011 : articles L. 251-3 et L. 251-4 du Code de l'organisation judiciaire
- 28) Décision n° 2011-150 QPC, 13 juillet 2011 : article 164, IV, 2° de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (régime des visites et saisies réalisées par certains agents de l'administration sur autorisation d'un juge)
- 29) Décision n° 2011-153 QPC, 13 juillet 2011 : article 186 du Code de procédure pénale
- 30) Décision n° 2011-156 QPC, 22 juillet 2011 : article 43, alinéa 2, du Code de procédure pénale (dépaysement de l'enquête)
- 31) Décision n° 2011-160 QPC, 9 septembre 2011 : article 175 du Code de procédure pénale
- 32) Décision n° 2011-161 QPC, 9 septembre 2011 : article L. 725-21 du Code rural et de la pêche maritime
- 33) Décision n° 2011-162 QPC, 16 septembre 2011 : article 530-1 du Code de procédure pénale
- 34) Décision n° 2011-163 QPC, 16 septembre 2011 : article 222-31-1 du Code pénal
- 35) Décision n° 2011-164 QPC, 16 septembre 2011 : article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle

- 36) Décision n° 2011-179 QPC, 29 septembre 2011 : article 22 de la loi n° 71 1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (formation disciplinaire du Conseil de l'Ordre des avocats de Paris)
- 37) Décision n° 2011-168 QPC, 30 septembre 2011 : article 146 et 186 du Code de procédure pénale
- 38) Décision n° 2011-185 QPC, 21 octobre 2011 : article L. 3213-8 du Code de la santé publique (version antérieure à la loi du 5 juillet 2011), hospitalisation d'office des personnes pénalement irresponsables
- 39) Décision n° 2011-190 QPC, 21 octobre 2011 : article 800-2 du Code de procédure pénale (frais irrépétibles devant les juridictions pénales)
- 40) Décision n° 2011-192 QPC, 10 novembre 2011 : articles 56-4 du Code de procédure pénale, L. 2311-1, L. 2312-1, L. 2312-2, L. 2312-3, L. 2312-4, L. 2312-5, L. 2312-6, L. 2312-7-1, L. 2312-8 du Code de la défense, 413-9, 413-9-1, 413-10, 413-10-1, 413-11, 413-11-1, 413-12 du code pénal (secret défense)
- 41) Décision n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, 18 novembre 2011 : articles 62, 63-3-1, 63 4, 63-4-1 à 63-4-5 du Code de procédure pénale (garde à vue)
- 42) Décision n° 2011-204 QPC, 9 décembre 2011 : article L. 235-1, I, du Code de la route (conduite après usage de stupéfiants)
- 43) Décision n° 2011-217 QPC, 3 février 2012 : article L. 621-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
- 44) Décision n° 2012-222 QPC, 17 février 2012 : article 227-27-2 du Code pénal
- 45) Décision n° 2012-223 QPC, 17 février 2012 : article 706-88-2 du Code de procédure pénale
- 46) Décision n° 2012-228/229 QPC, 6 avril 2012 : articles 64-1 et 116-1 du Code de procédure pénale
- 47) Décision n° 2012-235 QPC, 20 avril 2012 : articles L. 3211-2-1, L. 3211-12-1, L. 3213-8 et L. 3211-12 du Code la santé publique
- 48) Décision n° 2012-240 QPC, 4 mai 2012 : article 222-33 du Code pénal
- 49) Décision n° 2012-253 QPC, 8 juin 2012 : article L. 3341-1 du Code de la santé publique
- 50) Décision n° 2012-257 QPC, 18 juin 2012 : article 78 du Code de procédure pénale
- 51) Décision n° 2012-271 QPC, 21 septembre 2012 : article 521-1 du Code pénal
- 52) Décision n° 2012-272 QPC, septembre 2012 : article 8-2 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante dans sa rédaction postérieure à la loi n° 2011-1940 du 26 décembre 2011 visant à instaurer un service citoyen pour les mineurs délinquants

- 53) Décision n° 2012-284 QPC, 23 novembre 2012 : article 161-1 du Code de procédure pénale
- 54) Décision n° 2012-289 QPC, 17 janvier 2013 : article L. 145-2 du code de la sécurité sociale
- 55) Décision n° 2013-314 QPC, 4 avril 2013 : article 695-46 du code de procédure pénale (question préjudicielle) ; 14 juin 2013.
- 56) Décision n° 2013-302 QPC, 12 avril 2013 : article 65-3 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse dans sa rédaction résultant de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 adaptant la justice aux évolutions de la criminalité
- 57) Décision n° 2013-311 QPC, 17 mai 2013 : article 53 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse
- 58) Décision n° 2013-318 QPC, 7 juin 2013 : articles L. 3123-1, L. 3123-2 et L. 3124-9 du code des transports
- 59) Décision n° 2013-318 QPC, 7 juin 2013 : article 35 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse
- 60) Décision n° 2013-328 QPC, 28 juin 2013 : article L. 135-1 du code de l'action sociale et des familles
- 61) Décision n° 2013-329 QPC, 28 juin 2013 : article L. 3452-4 du code des transports
- 62) Décision n° 2013-331 QPC, 5 juillet 2013 : article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques
- 63) Décision n° 2013-350 QPC, 25 octobre 2013 : article 48 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse
- 64) Décision n° 2013-356 QPC, 29 novembre 2013 : article 20 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante
- 65) Décision n° 2013-363 QPC, 31 janvier 2014 : article 497 du Code de procédure pénale
- 66) Décision n° 2014-375 et autres QPC, 21 mars 2014 : articles L. 943-4 et L. 943-5 du Code rural et de la pêche maritime
- 67) Décision n° 2014-387 QPC, 4 avril 2014 : article L. 8271-13 du Code du travail
- 68) Décision n° 2014-390 QPC, 11 avril 2014 : article 41-4, alinéa 4, du Code de procédure pénale
- 69) Décision n° 2014-393 QPC, 25 avril 2014 : article 728 du code de procédure pénale, dans sa rédaction postérieure à la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire
- 70) Décision n° 2014-403 QPC, 13 juin 2014 : article 380-11 du code de procédure pénale
- 71) Décision n° 2014-408 QPC, 11 juillet 2014 : article 721 du code de procédure pénale

- 72) Décision n° 2014-412 QPC, 19 septembre 2014 : articles 226-19 du code pénal et L. 1223-3 du code de la santé publique
- 73) Décision n° 2014-416 QPC, 26 septembre 2014 : article L. 173-12 du code de l'environnement
- 74) Décision n° 2014-420/421 QPC, 9 octobre 2014 : article 706-73, 8° bis du code de procédure pénale et article 706-88 du code de procédure pénale
- 75) Décision n° 2014-423 QPC, 24 octobre 2014 : articles L. 311-2, L. 311-3, L. 311-5, L. 313-1, L. 313-4, L. 313-6, L. 313-7-1, L. 313-11, L. 314-3, L. 314-4 et L. 314-18 du code des juridictions financières
- 76) Décision n° 2014-427 QPC, 14 novembre 2014 : article 696-4, 1°, du code de procédure pénale
- 77) Décision n° 2014-428 QPC, 21 novembre 2014 : article 706-88, alinéas 7 à 9 du code de procédure pénale
- 78) Décision n° 2014-439 QPC, 23 janvier 2015 : article 25, 1°, et 25 du code civil
- 79) Décision n° 2014-446 QPC, 29 janvier 2015 : article 194, al. 4 du code de procédure pénale
- 80) Décision n° 2014-448 QPC, 6 février 2015 : article 222-22-1 du code pénal
- 81) Décision n° 2014-452 QPC, 27 février 2015 : article 131 du code de procédure pénale
- 82) Décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, 18 mars 2015 : article 6 du code de procédure pénale et des articles L. 465-1, L. 466-1, L. 621-15, L. 621-15-1, L. 621-16, L. 621-16-1 et L. 621-20-1 du code monétaire et financier
- 83) Décision n° 2015-464 QPC, 9 avril 2015 : article L. 480-12 du code de l'urbanisme
- 84) Décision n° 2015-461 QPC, 24 avril 2015 : articles 698-1 et 698-2 du code de procédure pénale
- 85) Décision n° 2015-467 QPC, 7 mai 2015 : article 530, al. 3 du code de procédure pénale
- 86) Décision n° 2015-477 QPC, 31 juillet 2015 : article 521-1 du code pénal
- 87) Décision n° 2015-484 QPC, 22 septembre 2015 : article L. 3124-13 du code des transports
- 88) Décision n° 2015-489 QPC, 14 octobre 2015 : article L. 462-5 ancien du code de commerce, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 et article L. 464-2, I, du code de commerce
- 89) Décision n° 2015-492 QPC, 16 octobre 2015 : article 48-2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse

- 90) Décision n° 2015-493 QPC, 16 octobre 2015 : article L. 3352-2, alinéa 2, du code de la santé publique
- 91) Décision n° 2015-494 QPC, 16 octobre 2015 : article 99, alinéa 2, du code de procédure pénale
- 92) Décision n° 2015-499 QPC, 20 novembre 2015 : article 308 du code de procédure pénale
- 93) Décision n° 2015-501 QPC, 27 novembre 2015 : article 786, alinéa 3 du code de procédure pénale
- 94) Décision n° 2015-506 QPC, 4 décembre 2015 : articles 56, 57, 81 et 96 du code de procédure pénale
- 95) Décision n° 2015-508 QPC, 11 décembre 2015 : article 706-73, 14° et 15°, du code de procédure pénale, dans sa version applicable, entre le 1^{er} mars 2010 et le 2 janvier 2014
- 96) Décision n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015 : article 6 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence dans sa rédaction résultant de la loi du 20 novembre 2015
- 97) Décision n° 2015-510 QPC, 7 janvier 2016 : article L. 464-2, I, alinéa 4, du code de commerce
- 98) Décision n° 2015-512 QPC, 8 janvier 2016 : article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse
- 99) Décision n° 2015-513/514/526 QPC, 14 janvier 2016 : article L. 621-15 du code monétaire et financier dans sa rédaction issue de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009
- 100) Décision n° 2015-535 QPC, 19 février 2016 : article 8 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence
- 101) Décision n° 2015-536 QPC, 19 février 2016 : article 11, I, de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence dans sa rédaction résultant de la loi du 20 novembre 2015
- 102) Décision n° 2015-524 QPC, 2 mars 2016 : articles L. 562-1 et L. 562-2 du code monétaire et financier
- 103) Décision n° 2016-532 QPC, 1^{er} avril 2016 : articles 836 du code de procédure pénale et L. 532-8 du code de l'organisation judiciaire
- 104) Décision n° 2016-541 QPC, 18 mai 2016 : articles 62 et 63 du code des douanes dans leur rédaction issue de la loi n° 2014-742 du 1er juillet 2014 relative aux activités privées de protection des navires
- 105) Décision n° 2016-542 QPC, 18 mai 2016 : article L. 442-6, III, du code de commerce
- 106) Décision n° 2016-543 QPC, 24 mai 2016 : articles 35 et 39 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 et articles 145-4 et 715 du code de procédure pénale

- 107) Décision n° 2016-544 QPC, 3 juin 2016 : articles 877, al. 2, 885, alinéas 1 et 2, et 888 du code de procédure pénale
- 108) Décision n° 2016-545 QPC, 24 juin 2016 : articles 1729 et 1741 du code général des impôts
- 109) Décision n° 2016-546 QPC, 24 juin 2016 : articles 1729 et 1741 du code général des impôts
- 110) Décision n° 2016-550 QPC, 1^{er} juillet 2016 : article L. 314-18 du code des juridictions financières
- 111) Décision n° 2016-554 QPC, 22 juillet 2016 : article 1736 du code général des impôts
- 112) Décision n° 2016-555 QPC, 22 juillet 2016 : article 1^{er} de la loi n° 77-1453 du 29 décembre 1977 (L. 228 du livre des procédures fiscales)
- 113) Décision n° 2016-556 QPC, 22 juillet 2016 : articles 1729 et 1741 du code général des impôts
- 114) Décision n° 2016-561/562 QPC, 9 septembre 2016 : articles 696-11 et 696-19 du code de procédure pénale
- 115) Décision n° 2016-566 QPC, 16 septembre 2016 : article 197 du code de procédure pénale
- 116) Décision n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016 : article 11 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960 modifiant certaines dispositions de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence
- 117) Décision n° 2016-569 QPC, 23 septembre 2016 : articles 41-1-1 du code de procédure pénale et L. 132-10-1 du code de la sécurité intérieure
- 118) Décision n° 2016-570 QPC, 29 septembre 2016 : article L. 653-5, 6° du code de commerce
- 119) Décision n° 2016-573 QPC, 29 septembre 2016 : articles L. 654-2, 2°, L. 654-5, 2° et L. 654-6 du code de commerce
- 120) Décision n° 2016-572 QPC, 30 septembre 2016 : articles L. 621-15 et L. 465-2 du code monétaire et financier
- 121) Décision n° 2016-583/584/585/586 QPC, 14 octobre 2016 : article 706-153 du code de procédure pénale
- 122) Décision n° 2016-590 QPC, 21 octobre 2016 : article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure
- 123) Décision n° 2016-594 QPC, 4 novembre 2016 : article 153 du code de procédure pénale
- 124) Décision n° 2016-596 QPC, 18 novembre 2016 : article 99, alinéa 5, du code de procédure pénale

- 125) Décision n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016 : article 11 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste
- 126) Décision n° 2016-601 QPC, 9 décembre 2016 : article 22 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante
- 127) Décision n° 2016-602 QPC, 9 décembre 2016 : articles 695-28 et 695-34 du code de procédure pénale
- 128) Décision n° 2016-606/607 QPC, 24 janvier 2017 : articles 78-2, alinéa 7, 78-2-2 du code de procédure pénale et L. 611-1 et L. 611-1-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers
- 129) Décision n° 2016-608 QPC, 24 janvier 2017 : article 434-35 du code pénal
- 130) Décision n° 2016-611 QPC, 10 février 2017 : article 421-2-5-2 du code pénal
- 131) Décision n° 2016-616/617 QPC, 9 mars 2017 : articles L. 561-41 et L. 561-42 du code monétaire et financier
- 132) Décision n° 2016-618 QPC, 16 mars 2017 : article 1736, IV *bis*, du code général des impôts
- 133) Décision n° 2016-624 QPC, 16 mars 2017 : article 6 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et du paragraphe II de l'article 2 de la même loi du 19 décembre 2016.
- 134) Décision n° 2016-621 QPC, 30 mars 2017 : article L. 8253-1 du code du travail
- 135) Décision n° 2017-625 QPC, 7 avril 2017 : articles 421-2-6 et 421-5 du code pénal
- 136) Décision n° 2017-639 QPC du 23 juin 2017 : paragraphe I de l'article 5-1 de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique, dans sa rédaction issue de la loi n° 2011-412 du 14 avril 2011 portant simplification de dispositions du code électoral et relative à la transparence financière de la vie politique.
- 137) Décision n° 2017-645 QPC du 21 juillet 2017 : troisième alinéa de l'article 306 du code de procédure pénale, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées.
- 138) Décision n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017 : l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

BIBLIOGRAPHIE

I – OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPÉCIAUX

. Français

ALLIX (D.), *Les droits fondamentaux dans le procès pénal*, 2002, 2^{ème} éd., éd. Montchrestien, 114 p.

BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, 2015, coll. « Bibliothèque de Philosophie », Gallimard, 240 p.

CARBASSE (J-M), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2006, 2^{ème} éd., PUF, Droit fondamental, Classiques, 408 p.

CARTIER (E.), *La QPC, le procès et ses juges, l'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, 2013, éd. Dalloz, coll. Méthodes du droit, 544 p.

CARTUYVELS (V. Y.), *D'où vient le Code pénal ? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIIIème siècle*, 1996, Paris, Bruxelles, éd. De Boeck-Wesmael, 316 p.

CHEVALLIER (J.), *L'état de droit*, 2010, Montchrestien, Clefs politique, 158 p.

COURTIN (C.), *La QPC et la matière pénale*, 2013, éd. Bruylant, 125 p.

CUNIBERTI (G.), *Grands systèmes de droit contemporains : Introduction au droit comparé*, 2015, LGDJ, 3^{ème} éd., 510 p.

DE BECHILLON (D.), Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en cour suprême, *in Renouveau du droit constitutionnel : Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, 2007, Dalloz, p. 109.

DE TOCQUEVILLE (A.), *De la démocratie en Amérique I*, 1992, Paris: éd. Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, tome I, 506 p.

DERRIEN (A.), *Les juges français de la constitutionnalité : étude sur la construction d'un système contentieux : Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat et Cour de cassation, trois juges pour une norme*, Bruylant, Bibliothèque européenne, Droit constitutionnel-Science politique, 2003.

DISANT (M.), *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité : Cadre juridique, Pratiques jurisprudentielles*, 2011, éd. Lamy, Paris, 107 p.

DUPIC (E.), *La question prioritaire de constitutionnalité, une révolution des droits fondamentaux*, 2012, coll. Presses Universitaires de France, Paris, 244 p.

DRAGO (G.), Contentieux constitutionnel français, 2006, 2^{ème} éd. PUF, Thémis droit, pp. 582-607.

FAVOREU (L.), *Les Cours constitutionnelles*, 1996, 3^{ème} éd., coll. Que sais-je ?, Paris, PUF, 128 p.

FROMONT (M.), *Justice constitutionnelle comparée*, 2013, Dalloz, 505 p.

- GAY (L.), *La question prioritaire de constitutionnalité – Approche du droit comparé*, Bruylant, 2014, 717 p.
- GUINCHARD (S.), BUISSON (J), *Procédure pénale*, 2017, 11e éd., LexisNexis, 1510 p.
- HAMON (L.), *Les juges de la loi*, 1987, Ed. Fayard, p. 253.
- KELSEN (H.), *Théorie générale des normes*, 1996, Paris, PUF, Coll. Leviathan, p. 63.
- LABBÉE (X.), *Introduction générale au droit : pour une approche éthique*, Presses Universitaires du Septentrion, 2005, 3^{ème} éd., 292 p.
- LAMANDA (V.), *Cour de cassation et contrôle de constitutionnalité*, in *Une nouvelle compétence pour la Cour de cassation*, actes du colloque organisé par la Cour de cassation, 3 avril 2009, *LPA*, n° 126, p. 3.
- LAZERGES (C.), De l'écriture à l'usage de l'article préliminaire du code de procédure pénale, in *Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 81.
- LEGRAND (P.) et SAMUEL (G.)
- Introduction au Common Law*, 2008, Repères, 119 p.
- Le droit comparé*, 2016, Que sais-je ?, PUF, 128 p.
- MAGNON (X.), *QPC - La Question Prioritaire de Constitutionnalité. Pratique et contentieux*, 2011, éd. Litec, 466 p.
- MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), 2006, 25^{ème} éd., *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, p. 507.
- MERLE (R.), VITU (A.), *Traité de droit criminel*, Tome 1, *Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, 1197, 7^{ème} éd. Paris, éd. Cujas, 1068 p.
- MOOR (P.), Systématique et illustration du principe de proportionnalité, in *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges offerts à Michel Fromont*, 2002, coll. Presses universitaires de Strasbourg, spéc. p. 340.
- MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, Livre XI, 2015, ellipses, 92 p.
- MUZNY (P.), La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme – *Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, 2005, PUAM, Tome I, spéc. p. 90.
- OST (F.), *Le temps du droit*, 1999, Paris, Odile Jacob, 163 p.
- PERRIER (J.B.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Bulletin d'Aix Hors série, Coll. Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2011, PUAM, 304 p.
- PHILIPPE (X.) et FATIN-ROUGE (S.), Question prioritaire de constitutionnalité. Premiers bilans. (Actes du colloque du 26 novembre 2010 organisé par l'Institut Louis Favoreu et la Communauté du Pays d'Aix), PUAM, Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu, 104 p.

PICQ (J.), *Une histoire de l'État en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen Âge à nos jours*, 2015, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 680 p.

PONTHOREAU (M.-C.), *Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)*, 2010, Economica,

PRADEL (J.),

-*Droit pénal comparé*, coll. Précis, 3^{ème} éd., éd. Cujas, 2010, 726 p.

-*La Justice pénale dans les droits canadien et français : Etude comparée d'un système accusatoire*, 2^{ème} éd., éd. Yvon Blais, 2007, 960 p.

-*Droit pénal général*, Cujas, 18. éd. Référence, 2010, p.16.

SEILLER (B.), La modulation des effets dans le temps de la règle prétorienne : tentative iconoclaste de systématisation in « *Le dialogue des juges : Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois* », 2009, éd. Dalloz, 977 p.

STAHL (J.-H.) et MAUGUE (C.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, connaissance du droit, 2012, 2^{ème} éd., 250 p.

STEFANINI (F.R), L. GAY, VIDAL-NAQUET (A.), *L'efficacité de la norme juridique*, Bruxelles, 2012, éd. Bruylant, 354 p.

. Canadiens

ALEXY (R.), *A theory of Constitutional Rights*, trad. J. Rivers, Oxford University Press, 2010

BEAUDOIN (G-A.) et RATUSHKY (E.), Les principes généraux d'interprétation de la Charte, dans « *La Charte canadienne des droits et libertés* », 2^e éd., Montréal, éd. Wilson et Lafleur, 1989

BEAUDOIN (G-A) et MENDES (E.), *Charte canadienne des droits et libertés*, LexisNexis Butterworths, 2005

BEAUDOIN (G-A), *Le fédéralisme au Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000 à la p. 43

BECKTON (C.F) et MACKAY (A.W), *The Courts and the Charter*, Université of Toronto Press, 1985

BRUN (H), TREMBLAY (G.), BROUILLET (E.), *Droit constitutionnel*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008.

BRUNELLE (C.), *L'application de la Charte canadienne des Droits et libertés aux Institutions Gouvernementales*, Carswell, 1993

Canadian Institute for the Administration of Justice, *La Charte canadienne des droits et libertés : ses débuts, ses problèmes, son avenir / Institut canadien d'administration de la justice = The Canadian Charter of Rights and Freedoms : initial experience, emerging issues, future challenges*, / Canadian Institute for the Administration of Justice, Winnipeg, Man, 1983

CAMERON (J.) and STRIBOPOULOS (J.), *The Charter and criminal justice – Twenty-five year later*, 2008

- COTE (P.A.), *Interprétation des lois*, 3^{ème} éd., Montréal, coll. Thémis droit, 1999
- DUPLE (N.), *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 6^{ème} éd., Montréal, coll. Thémis droit, 2014
- FITZGERALD (O.E.), *Understanding Charter remedies : a practitioner's guide*, Toronto, Carswell, 1994
- GOSSELIN (J.) et LAPORTE (G.),
- La charte canadienne des droits et libertés : les grands énoncés de la Cour suprême*, éd. Yvon Blais, vol. 1 à feuilles mobiles, 1993, 3190 p.
 - La charte canadienne des droits et libertés : les grands énoncés de la Cour suprême*, éd. Yvon Blais, vol. 4 à feuilles mobiles, 1993, 3190 p.
- HOGG (P.W.), *Constitutional law of Canada*, Student edition, Carswell, 2013
- LAUZIERE (L.) et EMONT (A.), *Introduction à l'étude du droit*, Wilson et Lafleur, 2003
- LETOURNEAU (G.), *Code de procédure pénale du Québec annoté*, Wilson et Lafleur, 2011
- MCLEOD (R.M.), *The Canadian Charter of rights : The Prosecution and Defence of Criminal and Other Statutory Offences*, t. 1, Toronto, Carswell, 1983
- MORIN (A.), *Constitution, fédéralisme et droits fondamentaux*, LexisNexis, 2008
- MORIN (A.) et LAPORTE (G.), *Litige constitutionnel : L'ABC d'une cause*, LexisNexis, 2014
- MORIN (J-Y) et WOEHLING (J.), *Les constitutions du Canada et du Québec. Du régime français à nos jours*, tome 1, Montréal, Thémis, 1994, pp. 634-639.
- PELLETIER (R.), *Le Québec et le fédéralisme canadien : un regard critique*, coll. « Prisme », Québec, Les Presses de l'Université de l'Université Laval, 2008, 246 p.
- ROACH (K.),
- Criminal law*, Fifth Edition, 2012
 - Due process and victims' rights, the new law and politics of criminal justice*, University of Toronto Press, 1999
- TREMBLAY (A.),
- Précis de droit constitutionnel*, Les éditions Thémis, 1982
 - Droit constitutionnel, Principes*, Les éditions Thémis, 1993
- VAUCLAIR (M.), *Traité général de preuve et de procédure pénales*, Les éditions Yvon Blais, 2017, 24^{ème} éd., 2017, 1900 p.

. Anglais

BLACKSTONE (W.), *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, vol. 1, 2007, 569 p.

LASSER (M.), *Judicial Deliberations - A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford UP, 2004, 396 p.

WHEARE (K. C.), *Federal Government*, 4ème éd., New York, Oxford University Press, 1963.

II – THÈSES ET MONOGRAPHIES

. Françaises

BEHRENDT (C.), *Le juge constitutionnel comme législateur-cadre positif : les normes juridictionnelles relatives à la production et au contenu de normes législatives futures. Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, thèse, Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2005, 540 p.

BENZINA (S.), *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, LGDJ, *Bibliothèque constitutionnelle et de science politique*, tome 148, 2017, 772 p.

BONFILS (P.), *Droit pénal général*, Cours magistral, 2016-2017.

BONNET (J.), *Le juge ordinaire français et le contrôle de constitutionnalité des lois : analyse critique d'un refus*, thèse, Université de Montpellier, éd. Dalloz, 2009, 716 p.

CAPPELLO (A.), *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, thèse, LGDJ, Université Panthéon-Assas (Paris II), tome 58, 2014, 505 p.

CARTIER (E.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Étude sur le réagencement du procès et de l'architecture juridictionnelle française*, Dalloz, GIP « Mission de Recherche Droit et Justice », 2013, 544 p.

CASU (G.), *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, Thèse, Lyon III, 2013, dactyl., 527 p.

CIMAMONTI (S.), *Droit pénal général et question prioritaire de constitutionnalité*, « Cours de droit pénal général, Master II Recherche, « Sciences criminelles », 2016-2017.

DESAULNAY (O.), *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, thèse, Université de Pau, 2009, 840 p.

DUFFY (A.), *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni, Recherche sur le Human Rights Act 1998 et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse, Université de Paris, LGDJ, Collection Fondation Varenne, 2007, 654 p.

FATAL (S.), *Recherche sur la catégorie juridique des questions préjudicielles*, Thèse, Montpellier, 2014, dactyl., 494 p.

GRÉGOIRE (L.), *Les mesures de sûreté : essai sur l'autonomie d'une notion*, Fondation Varenne, Collection des thèses, déc. 2015, 752 p.

MALABAT (V.), *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, thèse, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 1999, 461 p.

MAURIN (A.), *Le rôle créateur du juge dans les jurisprudences canadiennes et françaises comparées*, thèse, Université de Paris, Rousseau, 1938, 307 p.

SEVERINO (C.), *La doctrine du droit vivant*, LGDJ, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Economica, Droit public positif, Série thèses et travaux universitaires, 2003, 282 p.

SCIORTINO-BAYART (S.), *Recherches sur le droit constitutionnel de la sanction pénale*, thèse, Université Aix-Marseille III, 2000, 470 p.

VERGES (E.), *La catégorie des principes directeurs du procès judiciaire*, thèse, Aix-Marseille III, 2000

VIALA (A.), *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique tome 92, 1999, p. 155 et s.

. Canadiennes

BEAUDOIN (G.A.), *Charter cases*, 1986, Université de Montréal, FEAD C4865.

LABRECHE (D.), *Droit pénal- Infractions, moyens de défense et peine*, École du barreau, Collection de droit, 2014-2015.

III – ARTICLES ET CHRONIQUES

. Français

ABADIE (P.), « La tradition taumachique devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions*, oct.-déc. 2012, n° 2012-4, pp. 616-618.

AKANDJI-KOMBE (J-F.), « Le juge (du fond), les parties et la question prioritaire de constitutionnalité. Stratégies contentieuses entre question de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *D.* 2010, n° 27, pp. 1725-1732.

ALBERTON (G.), « Peut-on encore dissocier exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité », *AJDA*, 2008, p. 967.

AUSTRY (S.), « QPC fiscale et effets de la décision dans le temps », *NCCC*, 2011, n° 33, p. 69.

AUTIN (J.-L.), « La décision du Conseil constitutionnel relative au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel », *DA*, 1989, pp. 223-228.

AYACHE (G.), JOSSEAUME (R.), « Le code de la route à l'épreuve du juge constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 13-14 avril 2011, n° 103-104, pp. 8-12.

AYRAULT (L.),

-« Pouvoir du juge pénal et peine complémentaire de publicité », *Procédures*, février 2011, n° 2, pp. 38-39.

-« Office du juge et répression administrative en matière fiscale », *Procédures*, juin 2011, n° 6, pp. 28-30.

-« Majoration applicable sur les droits imposés sur les sommes transférées à l'étranger ou depuis l'étranger », *Procédures*, mars 2012, n° 3, pp. 88-89.

BAGHESTANI (L.),

-« Principe de nécessité des peines et des sanctions [Chronique de jurisprudence constitutionnelle (2e partie)] », *LPA*, 31 juill. 2012, n° 152, pp. 28-29.

-« Ordre public et sécurité des personnes [Chronique de jurisprudence constitutionnelle (2e partie)] », *LPA*, 31 juillet 2012, n° 152, p. 17

BALDES (O.), « Le retour de l'inceste dans le Code pénal : pourquoi faire ? », *Dr. Pén.* 2010, n° 4, pp. 24-26.

BARILANI (A.), « "Il faut sauver les pénalités forfaitaires !" », *Constitutions*, juill.-sept. 2011, n° 2011-3, pp. 377-379 ; « [Commentaire de décisions QPC en droit fiscal] in *Jurisprudence du Conseil constitutionnel*, oct. 2010-mars 2011, *RFDC*, juillet 2011, n° 87, pp. 627-639.

BARRANGER (D.), « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, 2012, n° 7, p. 5.

BARQUE (F.), « Le Conseil constitutionnel et la technique de la « censure virtuelle » : développements récents », *RDP*, n° 5, 2006, p. 1409.

BARTHELEMY (J.), BORÉ (L.),

-« La question prioritaire de constitutionnalité entre recours objectif et recours subjectif », *Constitutions*, 2010, n° 4, p. 554.

- « Juges constitutionnels négatifs et interprète négatif de la loi », *Constitutions*, Dalloz, n°1, 2011, p. 69.

BASSET (A.),

-« Question prioritaire de constitutionnalité et risque de conflits d'interprétation, *Droit et société*, 2012, n° 82, pp. 713-732.

-« Question prioritaire de constitutionnalité et risque de conflits d'interprétation », *Droit et société*, 2012, n° 82, pp. 713-732.

BATTEUR (A.), « Le statut de l'enfant des homosexuel(le)s : hors l'intervention du parlement, point de changements possibles », *LPA*, 1 déc. 2010, n° 239, pp. 6-13.

BEAUSSONIE (G.), « Loi relative au harcèlement sexuel », *RSC*, 2012, pp. 906-915.

BÉRALDIN (C.), « La question prioritaire de constitutionnalité et la garde à vue », *LPA*, 2011, n° 89, pp. 55-60.

BACHELET (O.),

-« La garde à vue, entre inconstitutionnalité virtuelle et inconvencionnalité réelle », *Gaz. Pal.*, 4-5 août 2010, n° 216-217, p. 14-17.

-« QPC : ordre de comparution et audition libre, bis repetita (non) placent », *Gaz. Pal.*, 8-10 juill. 2012, n° 190-192, pp. 17-21.

BLACHER (P.),

-« QPC : Censure vaut abrogation ! », *LPA*, 05 mai 2011 n°89, p. 14.

-« Droit pénal général », *LPA*, 15 juill. 2013, n° 140, pp. 12-14.

BECHILLON (DE D.), « « Pragmatisme. Ce que la QPC peut utilement devoir à l'observation des réalités », *JCP G*, 2010, n° 51, p. 2410.

BENETTI (J.)

-« La question prioritaire de constitutionnalité. La genèse de la réforme », *AJDA*, 2010, pp. 74-79

-« Les incidences de la question prioritaire de constitutionnalité sur le travail législatif. D'une logique de prévention à une logique de correction des inconstitutionnalités », *Constitutions*, 2011, n°1, p. 43.

-« Echec au renvoi : les décisions QPC de « non-lieu à statuer », *RDP*, 2012, p. 593.

BERNFELD (C.), BIBAL (F.), « Indemnisation des victimes de faute inexcusable de l'employeur. Vers une réparation intégrale », *Gaz. Pal.*, 19 déc. 2010, n° 353-355, pp. 6-9.

BESSON (E.), BONFILS (P.), CARPENTIER (E.), CATELAN (N.), GIACOPELLI (M.), HECKMANN (L.), MANGIAVILLANO (A.), PERRIER (J.-B), TZUTZUIANO (C.), DOMINGO (L.), « Jurisprudence du Conseil constitutionnel - juillet-octobre 2010 », *RFDC*, 2011, n° 85, pp. 98-161.

BIBAL (F.), « Les victimes de faute inexcusable de l'employeur retrouvent enfin leur dignité », *Gaz. Pal.*, 30 juin 2010 - 1 juill. 2010, n° 181-182, pp. 13.

BIOY (X.),

-« La judiciarisation accrue de l'hospitalisation sous contrainte », *AJDA*, 31 janvier 2011, n° 3, pp.174-178

-« Le régime de l'hospitalisation sur demande d'un tiers », *Constitutions*, janvier- mars 2011, n° 2011-1, pp. 108-112.

BLACHER (P.), « Procédure pénale », *LPA*, 15 juill. 2013, n° 140, pp. 14-15.

BOCCARA (D.), « Curiosité du différé de l'inconstitutionnalité », *Gaz. Pal.*, 18-19 janvier 2012, p. 5.

BONFILS (P.), « L'extension constitutionnelle du droit pour la partie civile de former un pourvoi en cassation, *RFDC*, 2011, n° 85, p. 111-114.

BON (P.), « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA*, 2009, p. 1107.

BONNET (J.), « Le juge ordinaire français et le contrôle de constitutionnalité des lois : analyse critique d'un refus », *D.*, 2009, p. 716.

BORZEIZ (A.), « La question prioritaire de constitutionnalité : quelle confiance légitime, quelle sécurité juridique ? », *RDP.*, 2010, n° 4, p. 981.

BOUDON (J.),

-« Le Conseil constitutionnel s'est-il trompé de Constitution ? -A propos de ce que devrait être la modulation dans le temps des effets de ses décisions », *JCP G.*, n°40, 2010, p. 961.

BOULANGER (F.), « La question de la conformité à l'intérêt supérieur de l'enfant dans le refus de partage égal de responsabilité entre deux personnes de même sexe », *JCP G.*, 23 mai 2011, n° 21, pp. 1029-1032.

BOULET (M.), « Questions prioritaires de constitutionnalité et réserves d'interprétation », *RFDA*, 2011, p. 753.

BOULOC (B.), « Flux, reflux, flux en matière de peine obligatoire », *D.*, 2011, n° 13, pp. 929-930.

BOULOUIS (J.),

-« Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Du droit international au droit de l'intégration*, Liber amicorum, Pierre Pescatore, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1987, pp. 85-103.

- « La double notion d'inconventionnalité de la loi », Conclusions sur CE, Sect., 10 novembre 2010, n° 314449 et 314580, Communes de Palavas-les-Flots et de Lattes, *RFDA*, 2011, p. 124

BOUSTA (R.),

-« Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *RFDC*, 2011, n° 88, p. 913

- « La « spécificité » du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *RIDC*, 2007, n° 4, pp. 859-877

-« Jurisprudence du Conseil constitutionnel : une avancée "a minima" (à propos de la décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental) », *LPA* 17 juin 2008, n° 121, pp. 7-12.

BRACH-THIEL (D.), « Utiles précisions autour du placement sous écrou extraditionnel », *AJPénal.*, déc. 2016, n° 12, pp. 596-597.

BRETONNEAU (A.), « Les suites de la QPC : histoire et géographie du dialogue des juges », *AJDA*, 2011, p. 1136.

BRIAND (L.),

-« Un an (ou presque) de QPC devant les juridictions judiciaires du fond », *Gaz. Pal.*, 2011, n° 48, p. 7

- « L'office du juge du fond et les QPC jugées non sérieuses par les cours suprêmes », *Gaz. Pal.*, 2011, n° 338-340, pp. 15-17

BRIGANT (J.-M.), « Quand la QPC a rendez-vous avec la discipline des notaires », *JCP G*, 12 mars 2012, n° 11-12, pp. 553-555.

BRIMO (S.), « Les conséquences de la modulation dans le temps des effets des décisions QPC », *RDP.*, 20 novembre 0901 n° 5, p. 1189

BRONDEL (S.),

-« Trois réserves d'interprétation pour la question prioritaire de constitutionnalité », *AJDA*, 2009, n° 42, p. 2318.

-« Trois réserves pour la question prioritaire de constitutionnalité », *D.*, 2009, n° 44, pp. 29-17-2918.

BROUSSOLLE (D.), « Les lois déclarées inopérantes par le Conseil constitutionnel », *RDP*, 1985, p. 751.

CAMUS (A.), « Commentaire de la décision n° 2016-550 QPC du Conseil constitutionnel en date du 1er juillet 2016 à propos du cumul des sanctions disciplinaires et pénales », *DA*, février 2017, n° 2, pp. 24-25.

CARTIER (M.E.),

-« L'ambiguïté des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité sur le procès », in « *La QPC. Etude sur le réaménagement du procès et de l'architecture juridictionnelle* », Rapport GIP Droit et Justice, 2012, p. 141.

-« Les principes constitutionnels du droit répressif », in « *La Cour de cassation et la Constitution de la République* » : actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994 (Paris), organisé par la Cour de cassation et le Groupe d'Etudes et de recherches sur la justice constitutionnelle de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, PU Aix-Marseille, 1995, pp. 153-172.

CASAROLA (F.), POINAS (J.), « Le point de vue du magistrat (Dossier spécial Garde à vue, la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010) », *Rev. pén.*, juillet-septembre 2010, n° 3, p. 609-621.

CASSARD-VALEMBOIS (A.-L.), « Absence de déclaration préalable de conformité des dispositions législatives contestées [Chronique de jurisprudence constitutionnelle (3e partie et fin)] », *LPA*, 1er août 2012, n° 153, pp. 12-15.

CASSIA (P.), « La Constitution malmenée », *Esprit*, 2008, n° 344, pp. 188-190.

CASTAING (C.), « Quand les "sages" veillent sur les "fous"... », *LPA*, 23 décembre 2010, n° 255, pp. 5-10.

CASTÉRA (P.), « Le Conseil constitutionnel précise les règles de procédure applicables dans les cours d'assises de Mayotte », *Gaz. Pal.*, 20 septembre 2016, n° 32, pp. 16-18.

CATELAN (N.),

-« Défèrement devant le procureur de la République » *In Jurisprudence du Conseil constitutionnel* », *RFDC*, janvier 2012, n° 89, pp. 166-167.

-« La constitutionnalité à géométrie variable des régimes de garde à vue », *RFDC*, 2011, n° 89, pp. 99-110.

-« La double convocation en matière de CRPC : une constitutionnalité sans raison ni rationalisation (Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel, n° 2010-77 QPC du 10 décembre 2010, Mme Barta Z. [Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité]) *in Jurisprudence du Conseil constitutionnel*, octobre 2010 - mars 2011, *RFDC*, juill. 2011, n° 87, pp. 581-585.

CATELAN (N.), PERRIER (J.B.), « L'entreprise individuelle terroriste et les axiomes du Conseil constitutionnel », *D.*, 2017, p. 1180.

CÉRÉ (J.-P.), « Réserve d'interprétation en matière d'amende forfaitaire », *AJPénal*, décembre 2010, n° 12, pp. 555-556.

CERF-HOLLENDER (A.),

-« Imprécis et imprévisible délit de harcèlement sexuel », *RSC*, 2012, p. 380.

-« Cumul des poursuites pénales et administratives en cas d'emploi illégal d'un travailleur étranger », *RSC*, avril-juin 2017, n° 2, pp. 325-329.

CHALTIEL (F.),

-« Le régime juridique de la garde à vue est inconstitutionnel », *LPA*, 2010, n° 223, pp. 3-10.

-« La réforme de la justice devant le Conseil constitutionnel : la loi, encadrée, dans l'ensemble validée, partiellement censurée », *LPA*, 20 mars 2008, n° 58, pp. 3-9.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Les clairs-obscur de la décision du 13 janvier 2005 », *AJDA*, 2005, pp. 905-909.

CHARRIERE-BOURNAZEL (C.), « La garde à vue : le sursaut républicain », *D.*, 2010, n° 29, p. 1928.

CHARRUAUL (C.), « Le filtrage selon la Cour de cassation » *in La question prioritaire de constitutionnalité - Premier bilan et prospective*, *JCP G*, 2010, n° 48, p. 51.

CHAUCHAT (M.), « La réforme des suspensions outre-mer devant le Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2010, n° 40, pp. 2262-2266.

CHAVENT-LECLÈRE (A.-S.),

-« Constitutionnalité des mandats d'arrêt et d'amener La privation de liberté suite à mandats est presque constitutionnelle », *Procédures*, août-septembre 2011, n° 8-9, pp. 23-25.

-« La question prioritaire de constitutionnalité relative à l'"imprescriptibilité" des infractions complexes est rejetée », *Procédures*, 2011, n° 7, pp. 28-29.

-« Le régime de la garde à vue encore en construction », *Procédures*, août-septembre 2012, n° 8-9, pp. 17-18.

-« Le Conseil constitutionnel alignera-t-il le régime de l'audition libre du contrevenant sur celui de la garde à vue du prévenu ? (Cass. crim., 11 avril 2012, n° 11-87333) », *Procédures*, juin 2012, n° 6, p. 22.

CHENEDE (F.),

-« QPC et interprétation jurisprudentielle: entre ralliement officiel et résistance ponctuelle de la Cour de cassation », *JCP G*, 2011, n° 45, p. 1197.

-« QPC : le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle et l'interdiction de l'adoption au sein d'un couple homosexuel », *D.*, 2010, n° 41, pp. 2744-2749.

CHETARD (G.), « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC*, 2013, p. 51.

COLLET (C.) et DAOUD (E.), « Le harcèlement sexuel et moral à l'épreuve de la Constitution », *Constitutions*, 2012, p. 446.

COMBLES DE NAYVES (P. DE.), « Les faiblesses de la QPC et l'inconventionnalité de l'article 706-56 III du code de procédure pénale (CA Pau, 31 mars 2011, n° 10/00438) », *AJPénal*, mai 2011, n° 5, pp. 250-251

CONTE (V.P.),

-« Cuisine constitutionnelle », *Rev. pén.*, 2010, n° 3, pp. 533-535.

-« Invenias disjecti membra criminis : lecture critique de la nouvelle définition du harcèlement sexuel », *Dr. Pén.*, 2012, n° 11, pp. 7-11.

-« Le militant et l'état de droit [Libres propos] », *RPDP*, octobre-décembre 2012, n° 4, pp. 905-907

-« QPC », *Dr. pén.*, octobre 2010, n° 10, pp. 1-2.

-« Aux fous ?, *Dr. pén.*, avril 2008, n° 4, pp. 1-2.

COUTURIER (G.), « L'impossibilité de réintégrer (sur l'article 77-V de la loi de programmation sociale) », *Dr. soc.*, avril 2005, n° 4, pp. 403-409.

CROZE (H.), « Inconstitutionnalité de la garde-à- vue, une loi peut-elle être en sursis? », *Procédure*, 2010, n° 10, repère 9.

DADOUN (A.), « Faut-il avoir peur du "déséquilibre significatif" dans les relations commerciales ? Cons. const., 13 janv. 2011, 2010-85 QPC », *LPA*, 13 avril 2011, n° 73, pp. 17-23.

DANET (J.),

-« La présentation au procureur en cas de transfèrement : entre constitutionnalité et conventionnalité (Crim., 29 mars 2011, n°11-90008) », *RSC*, avril-juin 2011, n° 2, pp. 417-418.

-« Le FNAEG au Conseil constitutionnel : deux réserves, une confortation générale », *AJPénal*, déc. 2010, n° 12, pp. 545-548.

-« Le défèrement au procureur sans assistance d'un avocat : une conformité à la Constitution avec réserve, signe d'une réponse fragile », *RSC*, avril-juin 2011, n° 2, pp. 415-417.

DAOUD (E.), DESPLANQUES (M.), « Les présomptions d'intentionnalité posées par la Cour de cassation : une pratique inconstitutionnelle », *Constitutions*, 2012-2, p. 320.

DAOUD (E.), MERCINIER (E.), « Garde à vue : faites entrer l'avocat ! », *Constitutions*, octobre-décembre 2010, n° 2010-4, p. 571-585.

DAOUD (E.), TALBOT (A.),

-« Procédure pénale : la détention provisoire », *Constitutions*, 2011, n° 2011-4, pp. 515-519.

-« Procédure pénale : le défèrement devant le parquet », *Constitutions*, 2011, n° 2011-4, pp. 525-530.

DAVERAT (X.), « La déclaration de constitutionnalité des dispositions relatives aux courses de taureaux », *D.*, 25 octobre 2012, n° 37, pp. 2486-2490.

DARSONVILLE (A.),

-« Droit pénal : les peines accessoires et les peines complémentaires obligatoires », *Constitutions*, 2011, n° 2011-4, pp. 531-537.

- « Le maintien de l'audition libre, une nouvelle occasion manquée ? », *Constitutions*, 2012, n° 2012-3, pp. 442-446.

DE BECHILLON (D.), Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour Suprême in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, éd. Dalloz, 2007, pp. 109-129.

-« Remettre en cause la chose jugée en application d'une loi inconstitutionnelle », *JCP G*, 2010, n° 9-10, p. 450.

-« L'interprétation de la Cour de cassation ne peut être complètement tenue à l'écart du contrôle de constitutionnalité des lois, *JCP G* 2010, p. 676.

-« Comment encadrer le pouvoir normatif du juge constitutionnel ? », in (Le dossier : le pouvoir normatif du juge constitutionnel), *NCCC*, juillet 2008, n° 24, p. 43.

DECHEPY (J.), « L'incidence de la question prioritaire de constitutionnalité sur le droit pénal de fond », *Rev. pén.*, 2012, p. 53.

DE GRAEVE (L.), « Quand le droit pénal français procède au cabotage législatif - À propos de l'ordonnance du 2 novembre 2012 portant réforme pénale en matière maritime », *Dr. pén.*, janvier 2013, n° 1, pp. 8-13.

DEJEMEPPE (B.), « La Cour de cassation, troisième degré de juridiction ? A propos de la distinction du fait et du droit en cassation », *Rev. pén.*, 2013, n° 4, p. 55.

DE LAFORCADE (A.), « L'articulation entre les contrôles du Conseil constitutionnel français et de la Cour Européenne des droits de l'Homme en matière pénale », *RTDH*, 2012, n° 91, pp. 531-546.

DELAGE (P.-J.), « La constitutionnalité évincée (à propos de la mesure d'éviction du domicile de l'article 41-1 6° du code de procédure pénale) », *Arch. Pol. Crim. A. Pédone*, 2007, pp. 59-67.

DEL PRETE (D.), « La QPC, une nouvelle victoire des justiciables devant le Conseil constitutionnel », *JCP G*, 2010, n° 25, p. 1294.

DE LAMY (B.),

-« La légalité de l'article 121-2 du code pénal : la préservation par la Cour de cassation de sa propre jurisprudence », *RSC*, 2011, p. 177.

-« Chronique constitutionnelle, Les principes constitutionnels dans la jurisprudence judiciaire, Le juge judiciaire, juge constitutionnel ? », *RDJ*, 2002, n° 3, pp. 781-820.

-« La conception constitutionnelle de la légalité pénale et les aléas de la jurisprudence de la chambre criminelle », *RSC*, 2012, p. 221.

-« Les incidences, possibles et souhaitables, de l'avènement de la question préjudicielle de constitutionnalité - Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République », *RSC*, 2009, p. 154.

-« Indulto pour la corrida », *RSC*, avril-juin 2013, n° 2, p. 427-430.

-« Actualité de la constitutionnalisation des peines : maintien d'un clair obscur », *RSC*, janvier / mars 2012, n° 1, pp. 230-232.

-« Chronique de droit pénal constitutionnel », *RSC*, janvier / mars 2012, n° 1, pp. 217-237.

-« La transmission d'une amende par voie successorale », *RSC*, avril-juin 2013, n° 2, pp. 430-433.

DE MONTALIVET (P.), « QPC sur la loi incriminant le négacionisme », *NCCC*, 2010, p. 256.

DESAULNAY (O.), « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation », *NCCC*, 2011, n° 30, p. 30.

DETRAZ (S.),

-« Responsabilité pénale ; Note sous Cour de cassation, chambre criminelle, 22 juin 2011, pourvoi n°11-90053, *Gaz. Pal.*, 9 novembre 2010, n° 313-314, p. 14.

-« Constitutionnalité des articles 393 et 802-3 du code de procédure pénale relatifs au défèrement devant le procureur de la République à l'issue de la garde à vue », *Gaz. Pal.*, 22 mai 2011, n° 142-144, pp. 18-20.

-« Réforme de la peine de publication et d'affichage de la condamnation pour fraude fiscale », *RSC*, juillet-septembre 2011, n° 3, pp. 624-627.

DEUMIER (P.),

-« QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage), *RTD Civ.*, 2010, p. 504

-« QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos de l'interprétation de la loi), *RTD Civ.*, 2010, p. 508.

DEUMIER (P.) et PUIG (P.), « Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC », *RTD Civ.*, Chroniques, n° 3, 2010, p. 520.

DEUMIER (P.) « L'interprétation de la loi : quel statut ? quelles interprétations ? quel(s) juge(s) ? quelles limites ? » in *Chronique "Sources du droit en droit interne"*, *RTD Civ.*, janvier-mars 2011, n° 1, pp. 90-96.

DEYGAS (S.), « Annulation de la déclaration d'utilité publique sur le projet d'extension du tramway : la validation législative est contraire à la Constitution », *Procédures*, mars 2005, n° 3, pp. 27-28.

DI MANNO (TH.),

-« Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel » in *Le dossier : les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel*, *NCCC*, 2008, n° 24, p. 26.

-« L'influence des réserves d'interprétation », *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Acte du colloque des 20-21 septembre 1996, Rennes, éd. Economica, 1999, p. 205

-« Les techniques de constitutionnalisation : réserves d'interprétation et droit vivant dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, in *La constitutionnalisation des branches du droit, actes de l'atelier du IIIe Congrès de l'Association française des constitutionnalistes*, Dijon, 14-16 juin 1996, sous la direction de Bertrand Mathieu et Michel Verpaux, PUAM, Economica, Droit public positif, Travaux de l'Association française des constitutionnalistes, 1998, p. 42.

-« Les quotas par sexe dans les jurys de concours et l'autorité de la chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 28 avril 2003, n° 16, pp. 820-825.

DISANT (M.),

-« Les effets dans le temps des décisions QPC. Le Conseil constitutionnel « maître du temps » ? Le législateur, bouche du Conseil constitutionnel ?, *NCCC*, n° 40, pp. 63-82.

-« Les juges de la QPC et les principes constitutionnels en matière de Justice », *NCCC*, 2011, p. 236.

DOBKINE (M.), « La transaction en matière pénale », *D.*, 1994, p. 137.

DOMINO (X.), BRETONNEAU (A.), « Les suites de la QPC : histoire et géographie du dialogue des juges », *AJDA*, 2011, p. 1136.

DORD (O.), « La QPC et le Parlement : une bienveillance réciproque », *NCCC*, 2013, n° 38.

DOURIS (M.), « Homosexualité, couples non mariés, accès au mariage et à la parenté : l'évolution du droit français et de la famille devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 17 janvier 2011, n° 11, pp. 4-6.

DRAGO (G.),

-« La défense de la Constitution à regret. Principe et modalités de la question préjudicielle de constitutionnalité selon l'article 61-1 de la Constitution et le projet de loi organique », in *Contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle*, Aix-en-Provence, PUAM, 2009, p. 64.

-« Vers la question prioritaire de constitutionnalité, Une Constitution proche du citoyen, *JCP G*, 2010, n° 1, p. 6.

-« La Cour de cassation, juge constitutionnel », *RDP*, 2011, n° 6, pp. 1438-1444.

-« L'influence de la QPC sur le Parlement où la loi sous la dictée du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 6, p. 152.

-« QPC et jurisprudence constante : fin de partie ? ; Note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 20 mai 2011, pourvoi numéro 11-90.025 QPC, Cour de cassation, Assemblée plénière, 20 mai 2011, pourvoi numéro 11-90.032 QPC, Cour de cassation, Assemblée plénière, 20 mai 2011, pourvoi numéro 11-90.033 QPC et Cour de cassation, Assemblée plénière, 20 mai 2011, pourvoi numéro 11-90.042 QPC », *Gaz. Pal.*, 2011, n° 156-158, pp. 11- 13.

DREYFUS (J-D.), « Pour un renouveau du référé précontractuel », *AJDA*, 2010, n° 28, p. 1553.

DREYER (E.),

-« Le Conseil constitutionnel et la matière pénale. La QPC et les attentes déçues », *JCP G*, 2011, n° 37, pp. 1614-1621.

-« Limitation constitutionnelle de la rétroactivité *in mitius* », *JCP G*, n°4, 2011, p. 82.

-« Rancoeur et Droit pénal », *Gaz. Pal.*, 2012, p. 3.

-« La Cour de cassation, suspend l'application de l'article 6, paragraphe 3, de la Convention européenne jusqu'au 1 er juillet 2011 », *D.*, 2010, n° 42, pp. 2809-2814.

DROSS (W.), « La jurisprudence, est-elle seulement rétroactive ? », *D.* 2006, n° 7, p. 472.

DUBOIS (C.), « La corrida dans l'arène de Montpensier : les sages jouent aux toréadors ! », *LPA*, 27 déc. 2012, n° 259, pp. 10-15

DUBOUT (E.), « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité », *RDP*, 2013, n° 1, p. 107.

DUBREUIL (C.-A.), « Inconstitutionnalité partielle de la procédure d'hospitalisation sans le consentement du patient », *JCP G*, 2010, n° 49, p. 2288.

EGÉA (P.), « Les lois mémorielles et le droit de la presse », *D.*, 2010, n° 32, pp. 2139-2143.

FAGES (B.), « La lutte contre les déséquilibres significatifs reçoit le renfort du Conseil constitutionnel », *RTDciv*, janvier-mars 2011, n° 1, pp. 121-122.

FALLON (D.), « Précisions sur le droit constitutionnel au procès équitable. A propos de la décision du Conseil constitutionnel 2010-10 QPC du 2 juillet 2010 Consorts C. et autres », *RFDC*, avril 2011, n° 86, pp. 265-280.

FAVOREU (L.),

-« Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale », 1984, *RDP*, n° 6, p. 1591.

-« La décision de constitutionnalité », *RIDC*, 1986, p. 622.

- 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*, éd. Cujas, 1989, vol. 1, 468 p.

-« Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale », *RDP* 1984, n° 5, pp. 1147-1201.

-« Loi sur les 35 heures », *D.*, 2000, pp. 60-61.

- Note sous décision n° 98-402 DC, *RFDC*, 1998, pp. 640-642.

FAVOREU (L.), PHILIP (L.),

-« Principe d'égalité, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel », *D.*, 2009, pp. 213-242.

-« Autorités administratives indépendantes », *in Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009, pp. 554-575.

-« Conseil supérieur de l'audiovisuel. Liberté de communication audiovisuelle. Autorités administratives indépendantes. Sanctions administratives et séparation des pouvoirs », *in Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1989, pp. 723-744.

-« Contrôle de proportionnalité. Droit constitutionnel pénal. Droit constitutionnel des libertés. Principe de légalité des délits et des peines. Principe de nécessité des peines. Principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères. Principe de la présomption d'innocence. Liberté individuelle. Contrôle de proportionnalité », *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009, pp. 816-827.

- L. FAVOREU, R. GHEVONTIAN, L. GAIA, A. ROUX, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Régime juridique de la question prioritaire de constitutionnalité *in Les grandes décisions du Conseil constitutionnel* » *D.*, 2011, pp. 466-486.

FELDMAN (J.-P.), « Un minority report à la française ? La décision du 21 février 2008 et la présomption d'innocence », *JCP G*, 2008, n° 16, pp. 38-41.

FISCHER-ACHOURA (E.), « La consécration d'une conception réaliste de la norme », *RRJ*, 2013, n° 2, pp. 547-568.

FORTIS (E.), « De l'influence des QPC sur la définition des infractions ou du principe de la légalité des délits et peines *a posteriori* », *RSC*, janvier / mars 2012, n° 1, pp. 131-137.

FOSSIER (T.), « Comprendre les refus de transmission de QPC par la Chambre criminelle de la Cour de cassation », *Constitutions*, 2012-1, p. 95.

FOURGOUX (J.-L.), « Déséquilibre significatif : Le Conseil constitutionnel considère que le déséquilibre significatif des droits et obligations, prohibé par l'article L. 442-6-I 2° du Code de commerce, respecte le principe de légalité des délits et des peines », *Concurrences : revue des droits de la concurrence*, mars 2011, n° 1-2011, pp. 131-132.

FOURNIÉ (F.),

-« Nouvelles considérations huroniques –A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 », *JCP G*, 2010, n° 38, p. 914.

-« La garde à vue au Conseil constitutionnel ou l'inconstitutionnalité à effet différé », *Journal spécial des Sociétés*, 2010, n° 46, pp. 9-11.

FRAISSE (R.),

-« La chose jugée par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de ses décisions et la QPC », *NCCC*, 2011, n° 30, p. 77.

-« Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et module de la proportionnalité »

FRAISSEX (P.), « Le Conseil constitutionnel et le législateur, collaboration ou concurrence ? », *LPA*, 23/07/1993, n° 88, p. 14.

FRANCILLON (J.), « Infractions relevant du droit de l'information et de la communication », *RSC*, 2010, n° 3, pp. 635-644.

FRANCK (C.), « Loi de modernisation sociale : La nouvelle définition du licenciement économique porte atteinte à la liberté d'entreprendre », *JCP G*, 12 juin 2002, n° 24, pp. 1096-1100.

FROMONT (M.), « L'éclairage du droit comparé. Les particularités de la QPC », *Ann. dr. Eur.*, vol. VII, 2012, pp. 27-52.

GAHDOUN (P.-Y.), « L'émergence d'un droit transitoire constitutionnel », *RDP*, 01 janvier 2016 n° 1, p. 149.

GALLOIS (J.),

-« Discipline des notaires : inconstitutionnalité de l'automatisme de la non-inscription sur les listes électorales en cas de destitution », *AJPénal*, mai 2011, n° 5, pp. 286-287.

-« Prescription de l'action publique : quand la Cour de cassation se prend pour le Conseil constitutionnel », *AJPénal*, 2011, n° 11, pp. 516-520.

GALLMEISTER (I.), « Adoption simple : l'article 365 du code civil conforme à la Constitution », *D.*, 2010, n° 35, p. 2293.

GAY (L.), « L'égalité et la protection sociale dans les premières décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan mitigé », *RSS*, novembre-décembre 2010, n° 6, pp. 1061-1075.

GAY (L.), BENESSIANO (W.), « Mesures de sûreté, conflits de lois dans le temps et droit constitutionnel pénal. A propos, notamment, de la décision n° 2008-562 DC du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2008, n° 76, pp. 846-881.

GEFFRAY (E.), « QPC : De l'office du juge de cassation après une décision d'inconstitutionnalité : contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité appliqués à la cristallisation des pensions », *Concl. Sur CE, Ass.*, 13 mai 2011, M'Rida, *Rec. Lebon*, 2012, *RFDA*, 2011, p. 789.

GENEVOIS (B.), « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *RFDA*, 1989, p. 215.

GHÉVONTIAN (R.),

-« Election des conseils régionaux », *D.*, 2000, pp. 194-195.

-« L'inconstitutionnalité de l'article 7 du code électoral : la fin d'une incongruité juridique », *Constitutions*, 2010, n° 2010-3, pp. 454-456.

-« Le contentieux des élections régionales en Ile-de-France : Tout ça pour ça CE, Ass, 4 juillet 2011, Élections régionales Ile -de-France ; Décision de renvoi QPC, CE, 28 janvier 2011; Décision QPC : Cons. const 2011-117 QPC, 8 avril 2011 », *RFDC*, oct. 2011, n° 88, pp. 875-880.

GHICA-LEMARCHAND (C.), « La rétention de sûreté (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 21 février 2008) », *RDP*, septembre-octobre 2008, n° 5, pp. 1381-1405.

GIACOPELLI (M.), « Les peines obligatoires, une nouvelle fois devant le Conseil constitutionnel (Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel, n°2010-72/75/82 QPC du 10 décembre 2010, M. Alain D. et autres [Publication et affichage du jugement de condamnation]) in : *Jurisprudence du Conseil constitutionnel*, oct. 2010-mars 2011 », *RFDC*, juill. 2011, n° 87, pp. 576-578.

GICQUEL (J.-E.), « Droit fiscal (suite) [Chronique QPC (janvier-avril 2012)] », *LPA*, 2 oct. 2012, n° 197, pp. 8-9.

GINDRE (E.), « Une réforme en urgence : La loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue », *RPDP*, 2011, n° 2, pp. 297-310.

GIUDICELLI (V.-A.), « Le principe de la légalité en droit pénal français: Aspects légistiques et jurisprudentiels », *RSC* 2007, p. 509.

-« Les premières applications jurisprudentielles de l'article préliminaire du code de procédure pénale », *RSC* 2003, p. 122.

-« Le Conseil constitutionnel et la garde à vue : "puisque ces mystères nous dépassent, feignons d'en être l'organisateur », *RSC*, janvier-mars 2011, n° 1, pp. 139-142.

GODIVEAU (G.), « La réécriture de la loi au carrefour des temps juridictionnels et parlementaire » *RDP*, 2011, n° 4, pp. 987-1011.

GOESEL-Le BIHAN (V.), « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *RFDC*, 2007, n° 70, pp. 269-295.

GOHIN (O.), « Du contrôle de la constitutionnalité des lois, en général, et de la question prioritaire de constitutionnalité, en particulier », *AFAAIDC, Politeia*, 2010, n°17, p. 165.

GOUTTENOIRE (A.), RADE (C.), « La jurisprudence relative à l'adoption de l'enfant du concubin devant le Conseil constitutionnel », *JCP G*, 2010, n° 47, pp. 2158-2161.

GRALL (J.-C), ZOUGHI (J.), « Le déséquilibre significatif conforme à la Constitution ! », *Décideurs stratégie finance droit. Guide-annuaire*, 2011, n° 2010-2011, pp. 148-149.

GRANGER (M.-A.), « Secret et publicité dans la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel », *JCP G*, 2012, pp. 1459-1464.

GRIENENBERGER-FASS (M.), « Les filtres juridictionnels dans la question préalable en appréciation de constitutionnalité, préfiguration d'un contrôle diffus de constitutionnalité ? », *LPA*, 2009, n° 212, p. 24.

GUASTINI (R.), « Réalisme et anti-réalisme dans la théorie de l'interprétation », in *Melanges P. Amselek*, Bruylant, 2005, p. 431.

GUERDER (P.), « Les infractions de presse », *Légipresse*, 2011, n° 281, pp. 187-196.

GUÉRIN (D.), « Flexibilité du droit européen : arrêts *Brusco c/ France* et *Gäfgen c/ Allemagne* », *D.*, 2010, n° 43, pp. 2850-2851.

GUILLAUME (M.), « Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une Cour suprême ? », *JCP G*, 2012, n° 24.

GROUT (F.), « La difficile délimitation du périmètre de la réparation complémentaire dans le cadre de la faute inexcusable de l'employeur [Cass., 2e civ., 4 avril 2012, n° 11-10308, 11-15393, 11-18014, 11-15393, 11-14311] », *Gaz. Pal.*, 6-7 juillet 2012, n° 188-189, pp. 19-22.

HAAK (V.), « Quelques aspects du contrôle de constitutionnalité des lois exercé par la Cour constitutionnelle de la République Fédérale d'Allemagne », *RIDC*, 1961, vol.13, n° 1, pp. 78-88.

HAAS (M.), MARON (A.),

-« La Cour de cassation et le Conseil d'Etat sous tutelle ? », *Dr. pén.*, nov. 2010, n° 11, p. 47.

-« Un bon conseil prodigué sur ton réservé », *Dr. pén.*, nov. 2010, n° 11, pp. 39-40.

HALPERIN (J. L.), « La question prioritaire de constitutionnalité : une révolution juridique dans l'Histoire du droit français ? in, *Dossier : L'histoire du contrôle de constitutionnalité* », *NCCC*, 2010, n° 28.

HAUSER (J.), « Hospitalisation psychiatrique sans consentement : branle-bas de combat ! », *RTD Civ.*, janv.-mars 2011, n° 1, pp. 101-103.

HERMON (C.), « Retour sur le cumul des poursuites et des sanctions pénales et fiscales, une partition inachevée », *RDP*, 2016, n° 5, pp. 1395-1423.

HERRMANN (J.), « Les mesures de sûreté - Étude comparative des droits pénaux français et allemand », *RSC*, 2015, p. 996.

HERZOG-EVANS (M.), « PSEM : après le Conseil constitutionnel, la validation par le Conseil d'État », *AJPénal*, mars 2008, n° 3, pp. 131-134.

HOCHMANN (T.), « Gallodromes ou stupeur ? », *AJDA*, 26 oct. 2015, n° 35, p. 1945.

HUMBERT (T.), « Risques professionnels : évolution de l'indemnisation des préjudices personnels », *JCP S.*, 15 nov. 2011, n° 46, pp. 20-22.

JAN (P.),

-« Le Président, le Conseil et la Cour, une histoire de Palais de mauvais goût », *AJDA*, 2008, n° 13, pp. 714-716.

-« La question prioritaire de constitutionnalité », *LPA*, 18 déc. 2009, n° 252, pp. 6-16.

JOSSO (S.), « Pour une révolution des méthodes. Retour sur la décision QPC du 18 juin 2010, Époux L. (Faute inexcusable de l'employeur) », *Politeia*, printemps 2011, n° 19, pp. 133-152

JOUANJAN (O.), WACHSMANN (P.), « La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et le statut pénal du chef de l'Etat. A propos de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 10 octobre 2001 », *RFDA*, 2001, p. 1169.

KATZ (D.), « La modulation des pouvoirs du Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois – A propos de la décision n°2010-1 QPC », *Politeia*, 2010, n°17, p. 263.

KELSEN (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 246.

HEUZE (V.), « A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP G*, 2005.I.130, n°13.

HOSTIOU (R.), « Le contrôle du Conseil constitutionnel sur la validation législative d'une déclaration d'utilité publique annulée pour vice de procédure », *RFDA*, mars-avril 2005, n° 2, pp. 289-293.

KOERING-JOULIN (R.), « Droits fondamentaux et droit criminel », *AJDA*, 1998, numéro spécial Droits fondamentaux, p. 106 et sp. 121

LACROIX (C.),

-« Pas de mise à mort pour l'article 521-1 du code pénal », *AJPénal.*, nov. 2012, n° 11, pp. 597-598.

-« Les parties civiles à l'assaut de la chambre criminelle de la Cour de cassation », *D.*, 2010, n° 40, pp. 2686-2690.

LA MARDIERE (C. DE), « Question prioritaire de constitutionnalité : commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n°2010-8 QPC du 18 juin 2010 », *Constitutions*, juill.-sept. 2010, n° 2010-3, pp. 413-421.

LAMY (DE B.)

-« Dérives et évolutions du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », *C. de D.*, 2009, pp. 589-609.

-« L'avancée des garanties en matière de garde à vue ou la consécration d'un basculement de la procédure pénale vers la phase policière ? », *RSC*, janvier-mars 2011, n° 1, p. 165-173.

-« Mesures ayant le caractère d'une punition, mesure préventive et... peine perdue », *RSC*, avril-juin 2013, n° 2, pp. 433-436.

-« Actualité de la constitutionnalisation des peines : maintien d'un clair obscur », *RSC*, janvier / mars 2012, n° 1, pp. 230-232.

-« Chronique de droit pénal constitutionnel », *RSC*, janvier / mars 2012, n° 1, pp. 217-237.

-« Le coq, le taureau et le Conseil constitutionnel : fable sur la nature », *RSC*, juill.-sept. 2015, n° 3, pp. 718-721.

-« La question prioritaire de constitutionnalité : une nouveauté... lourde et inachevée (Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution ; Cons. const. 3 décembre 2009, décision n° 2009-595 DC) Chronique de droit pénal constitutionnel », *RSC*, 2010, n° 1.

LARRIBAU-TERNEYRE (V.), L'article 365 du code civil constitutionnel ... mais inconstitutionnel ?, *Dr. fam.*, 2010, n° 11, pp. 1-2.

LATOUR (G.), « Panorama de procédure pénale. Garde à vue. » *D.*, 2010, n° 34, pp. 2259-2260.

LAVRIC (S.), « Inconstitutionnalité du régime de garde à vue », *D.*, 2010, n° 29, p. 1876-1876.

LAZERGES (C.),

-« De la fonction déclarative de la loi pénale », *RSC* 2004, p. 194.

-« La question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel en droit pénal : entre audace et prudence », *RSC* 2011, p.193.

LE BOT (O.),

-« Exception pénale en matière de corrida : la différenciation fondée sur la tradition », *RFDC*, janv. 2013, n° 93, pp. 194-199.

-« Cumul de sanctions pénales et disciplinaires : deux réserves d'interprétation pour la CDBF », *Constitutions*, juill.-sept. 2016, n° 2016-3, pp. 468-470.

LE CALVEZ (J.), « Les principes constitutionnels en droit pénal », *JCP G*, 1985, I.3198.

LECUYER (G.),

-« La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique », *Dr. Pén.*, 2005, étude 14.

-« Les paradoxes du contentieux européen des droits de l'homme à l'égard des avocats », *Cah. dr. euro.*, 2015, n° 2-3, pp. 429-467.

-« Les paradoxes du contentieux européen des droits de l'homme à l'égard des avocats », *Cah. dr. eur.*, 2015, n° 2-3, pp. 429-467.

-« Filiation ; Note sous Conseil constitutionnel, 6 octobre 2010, 2010-39 QPC, *Gaz Pal*, 10-11 nov. 2010 », n° 314-315, pp. 39-41.

LE DREVO (D.), « Détention provisoire : l'article 148 du code de procédure pénale, une conformité sous condition (Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel, 2010-62 QPC du 17 décembre 2010, M. David M. [Détention provisoire : procédure devant le juge des libertés et de la détention]) in : *Jurisprudence du Conseil constitutionnel*, oct. 2010-mars 2011, *RFDC*, juill. 2011, n° 87, pp. 569-571.

LEGROS (R.), « Considérations sur les lacunes et l'interprétation en droit pénal », *RSC*, 1966, pp. 3-35.

LEPAGE (A.),

-« Réflexions sur l'introduction de l'inceste dans le code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP G*, 2010, n° 12, étude 335.

-« Principe d'égalité – corridas », *Rev. pén.*, juillet-septembre 2012, n° 3, pp. 632-636.

LESCLOUS (V.), « Un an de droit de la garde à vue », *Dr. pén.*, sept. 2010, n° 9, p. 36-44.

LEVADE (A.),

-« QPC et interprétation : quand la Cour de cassation se fait gardienne de l'esprit de la réforme ! », *D.*, 2011, p. 2707.

-« La révision du 23 juillet 2008 : temps et contretemps », *RFDC*, 2009/2, n° 78, p. 299-316.

LEVY (D.),

-« L'efficacité de la question prioritaire de constitutionnalité. Le point de vue du justiciable et de ses conseils », *AJDA*, 2011, p. 1251.

-« La QPC : de la culture de la Loi à la culture de la Constitution », *La Documentation française*, 2011, pp. 80-90.

LIEBER (S.-J.) et BOTTEGHI (D.), « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA*, 2010, p. 1355.

LIEBER (S.-J.), « La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'Etat », *NCCC*, n° 29, 2010, p. 101.

LIENHARD (A.), « Prescription de l'abus de biens sociaux : non-renvoi de la QPC », *D.*, 2011, n° 20, p. 1346.

LUCHAIRE (F.),

-« La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *NCCC*, 2001, n° 11, pp. 67-69.

-« Le contrôle de la loi promulguée sur renvoi des juridictions : une réforme constitutionnelle différée », *RDP*, nov.-déc. 1990, p. 1625-1651.

LUCIANI (M.), « L'interprétation conforme et le dialogue des juges », in *Melanges B. Genevois*, Dalloz, 2009, p. 695.

MAGNON (X.),

-« La QPC, beaucoup de bruit pour quoi ? », *AJDA*, n° 30, 2010, p.1673

-« Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du conseil constitutionnel », *RFDA*, 2011, n°4, p. 761.

-« Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2011, n°4, p. 768.

-« La QPC révélateur des limites du droit constitutionnel ? Lecture contrariée et contradictoire », *D.*, 2012, p. 2030.

MAINGUY (D.), « Le Conseil constitutionnel et l'article L. 442-6 du code de commerce », *JCP G*, 7 mars 2011, n° 10, pp. 477-480.

MALHIÈRE (F.), « Le Conseil constitutionnel et la rétention de sûreté : une décision en demi-teinte Note sous la décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 - Loi relative à la rétention de sûreté et à la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *DA*, 2009, n° 367, pp. 36-43.

MALIGNER (B.), « Inconstitutionnalité de l'article L. 7 du code électoral », *AJDA*, 2010, n° 32, pp. 1831-1837.

MARÉCHAL (J.-Y.), « La tradition tauromachique devant le Conseil constitutionnel : la réponse contestable à une question mal posée », *Dr. pén.*, déc. 2012, n° 12, pp. 7-12.

MARIA (I), « Intervention de l'autorité judiciaire dans l'hospitalisation sous contrainte : éclaircissement ou nouvelle complexification ? », *Dr. fam.*, 2011, n° 1, pp. 37-39.

MARKUS (J.-P.), « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'Etat », *AJDA*, 1999, p.100.

MARON (A.), HAAS (M.), « L'article 61-1 de la Constitution efface les articles 62 et suivants du Code de procédure pénale », *RDJ* 2010, n° 10, pp. 37-42.

MASCALA (C.), « Réflexions sur la censure constitutionnelle du régime de certaines gardes à vue », *Politeia*, novembre 2010, n° 17, p. 271-281.

MATHIEU (B.),

-« La prescription de l'action publique ne constitue pas un principe constitutionnel », *JCP G*, 2011, n° 24, p. 670.

-« Les décisions du Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme : coexistence-autorité-conflits-régulation », *NCCC*, 2011/3, n° 32, p. 61.

-« Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme, *D.*, 1995, p. 21.

-« La QPC, une protection efficace des droits et libertés ? », *JCP G*, 2013, n° 11, p. 283.

-« Un état des lieux sans concessions – A propos du rapport d'évaluation de la QPC du 5 octobre 2010 », *JCP G*, 2010, p. 1136.

-« Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme : Coexistence – Autorité – Conflits – Régulation », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32, 2011, p. 45.

-« La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit –A propos de la loi organique du 10 décembre 2009 et de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-595, *JCP G*, 2009, p. 62.

-« La non-rétroactivité en matière de rétention de sûreté : exigence constitutionnelle ou conventionnelle », *JCP G*, 2008, n° 11, pp. 4-6.

-« La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie du droit (A propos de la loi organique du 10 décembre 2009 et de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-595 DC), *JCP G*, 2009, n° 52, pp. 54-69.

-« Les décisions du Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme : coexistence-autorité-conflits-régulation », *NCCC*, 2011/3, n° 32, p. 61.

-« Pour une reconnaissance de l'"autorité de la chose interprétée" par le Conseil constitutionnel. A propos de la question des quotas par sexe dans les jurys de concours de la fonction publique », *D.*, 26 juin 2003, n° 23, pp. 1507-1509.

-« De quelques exemples récents de l'influence des droits européens sur le juge constitutionnel français

- A propos des décisions 2002-458 DC et 2001-455 DC », *D.*, 2 mai 2002, n° 18, pp. 1439-1441.

MARTINON (A.), « La pratique de la QPC par la Cour de cassation : filtrage ou barrage ? », *JCP S*, n° 45, p. 1476.

MATSOPOULOU (H.),

-« Questions prioritaires de constitutionnalité et abus de biens sociaux », *RSC*, 2011, p. 611.

-« Les dispositions de la loi du 14 avril 2011 sur la garde à vue déclarées conformes à la Constitution », *D.*, 2011, p. 3034.

-« La garde à vue - Une réforme inachevée », *JCP G*, 2011, n° 542.

MAYAUD (Y.),

-« Le délit de harcèlement sexuel : histoire d'une abrogation fatale », *RSC* 2012, pp. 371-374.

-« La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *D.*, 2008, n° 20, pp. 1359-1366.

MAYEL (M.), « Winter is coming ou la douche froide dans la saga du cumul des sanctions », *Gaz. Pal.*, 11 juill. 2017, n° 26, pp. 21-23.

MAYER (D.),

-« L'apport du droit constitutionnel au droit pénal en France », *RSC*, 1998, p. 439.

- « Vers un contrôle du législateur par le juge pénal », *D.*, 2001, p. 1643.

MAZIAU (N.),

-Les « bonnes raisons » de la Cour de cassation - A propos des arrêts d'assemblée plénière rendus, le 20 mai 2011, en matière de question prioritaire de constitutionnalité », *D.*, 2011, pp. 1775-1779.

-Nouveaux développements dans la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité : le filtre au service des évolutions jurisprudentielles de la Cour de cassation », *D.*, 2011, n°41, p. 2811.

-« Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité », *Retour sur l'expérience italienne et possibilités d'évolutions en France*», *D.*, 2011, p. 529.

-« Le revirement de jurisprudence dans la procédure QPC », *D.*, 2012, p. 1833.

MAZUYER (E.), « Droit du travail - Etendue de la responsabilité de l'employeur », *D.*, 24 mars 2011, n° 12, pp. 840-842.

MBOUP (I.), « La rétention de sûreté et l'article 8 de la Déclaration de 1789, *RRJ*, 2008, n° 4, pp. 2151-2162.

MESTRE (J.L.),

-« Les juridictions judiciaires et l'inconstitutionnalité des ordonnances royales de la Restauration au Second Empire », *RFDC*, 1993, n° 15, pp. 451-461.

-« La Cour de cassation et le contrôle de la constitutionnalité. Données historiques », dans « *La Cour de cassation et la Constitution de la République* », Aix, PUAM, 1995, pp. 35-67.

MODERNE (F.), « La déclaration de conformité sous réserve », in *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques* (sous la dir. L. FAVOREU), Economica-PUAM, 1988, p. 93.

MOLFESSIS (N.),

-« La dimension constitutionnelle des libertés et droits fondamentaux », *Libertés et droits fondamentaux*, 9ème éd., *D.*, 2003, n° 159, spéc. p. 69.

-« La jurisprudence *surpra-constitutionem* », *JCP G*, n° 42, 18 oct. 2010, p. 1039.

-« Le Conseil constitutionnel redécouvre le droit civil », *RTD. Civ.*, juillet-septembre 1998, n° 3, pp. 796-800.

MOLFESSIS (N.) et BECHILLON (D. de), « Sur les rapports entre le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit », *NCCC*, n° 16, 2004, p. 100.

MONGIN-ARCHAMBEAUD (L.), « Le recul des sages dans la suppression des peines automatiques », *Gaz. Pal.*, 31 oct. 2010, n° 304-308, pp. 12-13.

MOOR (P.), « Systématique et illustration du principe de proportionnalité », in *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges offerts à Michel Fromont*, éd. Presses universitaires de Strasbourg, 2002, spéc. p. 340.

MOREAU (A.), « Un (petit) pas vers la réparation intégrale des préjudices consécutifs aux accidents du travail et maladies professionnelles », *LPA*, 04 févr. 2011, n° 21, pp. 5-7.

MORVAN (P.), « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.*, 2005, n° 17, p. 247.

MOUYSET (O.), « Un an de droit pénal de la presse : avril 2010-mars 2011 », *Dr. pén.*, 2011, n° 6, pp. 19-30.

MUIR-WATT (H.), « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, vol 52, n° 3, pp. 503-527.

NOGUELLOU (R.), « L'hospitalisation forcée », *DA*, janvier 2011, n° 1, pp. 3-4.

OLIVIA (E.), « [Commentaire de décisions QPC en droit fiscal] » in : *Jurisprudence du Conseil constitutionnel*, oct. 2010-mars 2011, *RFDC*, juill. 2011, n° 87, pp. 627-639.

OST (F.), « Quand l'enfer se pave de bonnes intentions...A propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme », dans l'ouvrage « *Les droits de l'Homme, bouclier ou épée du droit pénal ?* », (sous la dir. Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK), juin 2007, éd. Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles (F.U.S.L.) & éd. Bruylant, 634 p.

PACTET (P.), « Libres réflexions sur les interprétations « constituanes » du juge constitutionnel français », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 19, 2005, p. 138.

PARDINI (J.-J.), « La jurisprudence constitutionnelle et les faits », *NCCC*, n° 8, 2000, p. 122.

PAULIAT (H.), « Les animaux seront-ils sauvés par le Conseil constitutionnel ? Quelques réflexions à propos de questions prioritaires de constitutionnalité récentes... », *Revue semestrielle de droit animalier*, oct. 2012, n° 1/2012, pp. 89-95.

PELTIER (V.), « Discipline des notaires : principes (constitutionnels) généraux », *Dr. pén.*, mai 2014, n° 5, pp. 51-52.

PENA (A.), « Le "fou" est un homme comme les autres mais pas un malade ordinaire... », *RFDC*, avril 2011, n° 86, pp. 298-303.

PERELMAN (Ch.), « L'interprétation juridique », *APD, -L'interprétation en droit*, 1972, n° 17, pp. 29-37.

PERRIER (J.-B.),

-« Communication du réquisitoire définitif à l'avocat de la partie assistée : la Chambre criminelle, interprète de la décision du Conseil constitutionnel », *AJPénal*, 2013, n° 12, pp. 682-683.

-« Communication du réquisitoire définitif aux avocats des parties », 2012, n° 1, pp. 46-47.

-« La constitutionnalité de la légalisation de la pratique de la double convocation en matière de CRPC », *AJPénal*, avril 2011, n° 4, pp. 188-190.

-« Inconstitutionnalité de la peine de publication de la décision de condamnation pour des faits de fraude fiscale », *AJPénal*, 2011, p. 76

-« *La question prioritaire de constitutionnalité et la matière pénale : De la concurrence à la complémentarité dans la protection des droits et libertés fondamentaux* », Bulletin d'Aix Hors série, éd. Presses universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2011, 304 p.

-« Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », *RFDA*, 2011, p. 711

-« La garde-à-vue devant le Conseil constitutionnel, une décision empreinte de pragmatisme ? », *AJPénal*, 2010, p. 470.

-« La Cour de cassation face à la QPC : De la réticence à la diligence », *RFDC*, 2010, n°84, p. 793.

-« Harcèlement sexuel : précision sur l'abrogation en raison de l'imprécision », *AJPénal* 2012, p. 482.

-« Inconstitutionnalité de la peine de publication de la décision de condamnation pour des faits de fraude fiscale », *AJPénal*, févr. 2011, n° 2, pp. 76-77.

-« Indépendance de la justice et soumission à l'autorité hiérarchique », *RFDC*, 2010, n° 84, pp. 841-847.

-« Constitutionnalité de la transmission successorale des amendes fiscales », *RFDC*, janv. 2013, n° 93, pp. 220-221.

-« Gallodromes : là où la loi distingue, il y a lieu de distinguer », *RFDC*, mars 2016, n° 105, pp. 161-163.

-« Procédure écrite et exigence du contradictoire pour l'examen des demandes de mise en liberté par le juge des libertés et de la détention », *AJPénal*, mars 2011, n° 3, pp. 136-137.

-« Convocation par OPJ, contrainte et audition libre », *AJPénal*, nov. 2012, n° 11, pp. 602-604.

-« Les juridictions pénales d'outre-mer sous le feu du Conseil constitutionnel », *RFDC*, janvier-mars 2017, n° 109, pp. 244-245.

-« Empreintes génétiques : constitutionnalité du prélèvement et de l'inscription dans le fichier », *RFDC*, 2011, n° 85, pp. 117-123.

-« Défèrement devant le procureur de la République : le Conseil constitutionnel entre continuité et changement », *AJPénal*, oct. 2011, n° 10, pp. 471-473.

-« Mandat d'arret et mandat d'amener : constitutionnalité, inconventionnalité et avancées législatives », *AJPénal*, déc. 2011, n° 12, pp. 602-603.

PERRIN (B.), « L'absolution », *AJDA*, 2010, n° 33, p. 1849.

PERROTIN (F.),

-« Le Conseil constitutionnel valide les pénalités fiscales », *LPA*, 5 avr. 2011, n° 67, pp. 3-5.

-« La majoration de 40 % est conforme à la Constitution », *LPA*, 20 févr. 2012, n° 36, pp. 3-5.

-« Police fiscale : les précisions du Conseil constitutionnel », *LPA*, 28 juin 2012, n° 129, pp. 4-5.

PETROT (X.),

-« De la liberté d'entreprendre au droit à un emploi, ou les bases constitutionnelles du droit du licenciement », *Droit social*, avril 2005, n° 4, pp. 371-376.

-« L'indemnisation de la faute inexcusable de l'employeur est-elle conforme à la Constitution? Ou de l'esprit bien oublié de la loi n° 76-1106 du 6 décembre 1976 ... », *Dr. soc.*, déc. 2011, n° 12, pp. 1208-1217.

PFERSMANN (O.), « Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret a posteriori, article 61-1 et 62 de la Constitution », *LPA*, 2008, p. 103.

PHILIP (L.), « La constitutionnalisation du droit pénal », *RSC*, 1985, p. 711.

PHILIPPE (X.),

-« Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *LPA*, 2009, n° 46, p. 6.

-« Brèves réflexions sur la question prioritaire de constitutionnalité dans une perspective comparatiste : Le juge *a quo*, juge du filtre ou « juge constitutionnel négatif ? », *RFDC*, 2011-2-3, p. 147.

-« La question prioritaire de constitutionnalité dans une perspective comparatiste : Les effets des décisions du juge constitutionnel dans le contrôle *a posteriori* », *RFDC*, 2011-2-3, p. 159.

-« Rapprochements et divergences persistantes des systèmes juridiques de *Civil Law* et de *Common*

Law », Entretiens et débats, *AIJC*, 2008, vol. XXIV, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, p. 47.

PICOD (Y.), « Le déséquilibre significatif et le Conseil constitutionnel », *D.*, 10 févr. 2011, n° 6, pp. 415-418

PINI (J.), « (Simples) réflexions sur le statut normatif de la jurisprudence constitutionnelle », *NCCC*, n° 24, 2008, p. 81.

PORCHY-SIMON (S.), « L'indemnisation des préjudices des victimes de faute inexcusable à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010 : réelle avancée ou espoir déçu ? », *D.*, 17 févr. 2011, n° 7, pp. 459-464.

PORTERON (C.), « Le respect de la légalité : un rappel évident...mais nécessaire », *AJ Pénal*, 2011, p. 588.

POUJADE (B.), « Question prioritaire de constitutionnalité et hospitalisation sans consentement », *Gaz. Pal.*, 4-5 nov. 2011, n° 308-309, pp. 16-19.

PUIG (P.), « Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC », *RTD Civ.*, juillet septembre 2010, n° 3, pp. 517-520.

PRADEL (J.),

-« Garde à vue. Droit constitutionnel des libertés. Déclaration de 1789. Droit constitutionnel pénal. Droit constitutionnel processuel. Droit de la défense. Avocat, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. Dalloz, 2011, pp. 531-541.

-« Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue », *JCP G*, 2011, n° 665.

-« Panorama de procédure pénale. Pourvoi de la partie civile contre un arrêt de la chambre d'instruction », *D.*, 2010, n° 34, pp. 2262-2263.

PRETOT (X.), « La Constitution, la loi et le droit de l'Union européenne, Réflexions sur le caractère prioritaire de la question prioritaire de constitutionnalité », *RJS*, 01/11/2010, n° 11, p. 747.

PUIG (P.),

-« Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC », *RTD Civ.*, 2010, p. 517.

-« QPC : le changement de circonstances source d'inconstitutionnalité ? », *RTD Civ.*, 2010, n°3, pp. 513-517.

RACINE (P.-F.), « L'harmonisation constitutionnelle du principe d'individualisation des peines », *RFDC*, 2010, n° 84, pp. 830-840.

RACINE (P.-F.), BENESSIANO (W.), NICOLAS (G.), PERRIER (J.-B.), MANGIAVILLANO (A.), HUTIER (S.), PHILIP (L.), « Jurisprudence du Conseil constitutionnel (août 2009-juillet 2010) », *RFDC*, 2010, n° 84, pp. 811-864.

RADE (C.), « La chambre sociale de la Cour de cassation, juge constitutionnel ? », *Constitutions*, 2010, p. 587.

RAQUIN (C.), « Le contrôle des juges de la constitutionnalité et de la conventionnalité sur les dispositifs de prévention de l'évasion fiscale internationale », *RJF*, avril 2012, n° 4/12, pp. 299-303.

RASSAT (M.-L.), « A remettre sur le métier - Des insuffisances de la réforme, Libres propos », *JCP G*, 2011, n° 632.

RASTOUL (R.-F.), « Bikini ou la bombe du Conseil constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 1 sept. 2010, n° 244-245, pp. 14-16.

REDOR-FICHOT (M.J.), « Le Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité et les « droits et libertés que la Constitution garantit », *CRDF*, 2011, n° 9, pp. 41-53.

RENEAUD (F.), « A propos du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 12 janvier 2002 sur l'article 107 de la loi de modernisation sociale », *AJDA*, 11 nov. 2002, n° 18, pp. 1163-1167.

RENOUX (TH.), « Justice de proximité : du mythe à la réalité ? », *RFDC*, Vol. 55, 2003, n° 2, p. 548.

-« Autorité de chose jugée ou autorité de la Constitution ? A propos de l'effet des décisions du Conseil constitutionnel », in *Mélanges Pierre Pactet*, 2003, p.835.

-« Le point de vue de l'universitaire (Dossier spécial Garde à vue, la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010) », juillet-septembre 2010, n° 3, p. 629-638.

RIBES (D.),

-« La portée des décisions du Conseil constitutionnel », dans l'ouvrage « *La question prioritaire de constitutionnalité* », PUAM, 2011, p. 283.

-« L'incidence financière des décisions du juge constitutionnel », *NCCC*, n° 24, 2008, p. 107.

-« Le Conseil constitutionnel et le financement des retraites ou quand le législateur déshabille Pierre pour habiller Paul... », *RFDC*, juill.-sept. 2002, n° 51, pp. 608-613.

RIGAUX (F.), « La Cour de cassation dans le réseau des cours suprêmes », *J.T.*, 2007, p. 652.

RIVERO (J.),

-« La garantie par le Conseil constitutionnel à l'occasion du contrôle de la Constitution », *AJDA.*, 1971, p. 537

-« Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968, p. 15.

ROBERT (J.-H.),

-« Distinguos », *Dr. pén.*, mars 2012, n° 3, pp. 38-40.

-« La fin d'un pilori », *Dr. pén.*, févr. 2011, n° 2, pp. 25-26 ;

- « Incapacité électorale : nostalgie de l'ancien Code pénal [Cass. crim., 14 novembre 2012, n°12-85319] », *Dr. pén.*, févr. 2013, n° 2, pp. 39-40.

-« L'honneur des limonadiers », *Dr. pén.*, juill.-août 2011, n° 7-8, pp. 50-51.

-« Tirelire suisse », *Dr. pén.*, mars 2012, n° 3, pp. 37-38.

ROBLOT-TROIZIER (A.),

-« Une déliquescence des principes constitutionnels d'égalité et de légalité », *RFDA*, 2013, n°1, p. 141.

- « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat », *RFDA*, 2011, pp. 704-710.

-« La QPC, le CE et la Cour de cassation », *NCCC*, 2013, n° 40, p. 49.

ROLIN (F.), « Pour un « discours de la méthode » du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception », *AJDA*, 2010, p. 2384.

ROME (F.), « Olé ! », *D.*, 4 oct. 2012, n° 34, p. 2233.

ROUJOU DE BOUBÉE (G.), « La réforme de la garde-à-vue », *D.* 2011, chron., p. 1570.

ROUSSEAU (D.),

-«Vive la QPC ? Oui ! », *Gaz. Pal.*, 2010, p. 16.

-« La question prioritaire de constitutionnalité : un big bang juridictionnel ? » *RDP*, 2009, n° 3, pp. 631-634.

-« La Cour a ses raisons, la raison les siennes ! ; Note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 20 mai 2011, pourvoi numéro 11-90.032 », *Gaz. Pal.*, 2011, n° 149-151, pp. 7-9.

-« La question prioritaire de constitutionnalité validée. La décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2009 », *Gaz. Pal.*, 9-10 déc. 2009, n° 343-344, pp. 4-5, *Rec.*, p. 206.

ROUSSEL (G.), « Les garanties de la défense pénale dans les premières décisions rendues sur question prioritaire de constitutionnalité », *AJPénal*, 2011, n° 6, p. 286.

ROUVILLOIS (F.), « La notion de dangerosité devant le Conseil constitutionnel », *D.*, 2006, pp. 966-970.

ROUX (J.),

-« QPC et interprétation jurisprudentielle de dispositions législatives: Le conflit entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel a-t-il vraiment pris fin ? », *LPA*, 2011, n°135, p. 8.

-« La QPC menace-t-elle l'indépendance du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation vis-à-vis du Conseil constitutionnel ? », *Indépendance(s). Etudes offertes au professeur Jean-Louis Autin*, Vol. II, Imprimerie de la faculté de droit et science politique de Montpellier-I, 2012, pp. 1253-1292.

-« QPC et contrôle de caducité des dispositions législatives incompatibles avec une norme constitutionnelle postérieure », *JCP G.*, 2010, n° 51, pp. 2396 – 2402.

-« La question prioritaire de constitutionnalité à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2009 », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, janv.-févr. 2010, n° 1, pp. 233-259.

ROYER (G.), « La réserve d'interprétation en droit criminel », *RSC* 2008, p. 825.

RUBIO LLORENTE (F.), « Tendances actuelles de la justice constitutionnelle en Europe », *AJJC*, 1996, vol. XII, pp. 16-17.

SOURZAT (C.), « Les droits de la défense », *Dr. Pén.* 2011, étude 18.

SABETE (W.), « De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2011, p. 885.

SAINT-PIERRE (F.),

-« Les avocats s'emparent de la QPC », *AJPénal* 2011, p. 288.

-« Le point de vue de l'avocat », *Rev. pén.*, 2010, n°3 (dossier spécial « Garde-à-vue : La décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010), pp. 623-628

SALOMON (R.), « Action civile [Cass. crim., 3 janvier 2012, n° 09-87288]. [Chronique de droit pénal social] », *Droit social*, juillet-août 2012, n° 7-8, pp. 728-731.

SALVAT (X.), « Audition d'une personne entendue en enquête préliminaire sans être placée en garde à vue », *RSC*, oct.-déc. 2013, n° 4, pp. 842-847.

SANTOLINI (T.),

-« La question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit comparé », *RFDC*, 2013, n° 93, p. 83.

-« Les parties dans le procès constitutionnel en droit comparé », *NCCC*, 2008, n° 24.

SAVONITTO (F.), « L'absence de double filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité. Argument pour sa suppression ? », *RFDC*, 2013, n° 93, p. 107.

SCHMITT (S.), « La nature objective du contentieux constitutionnel des normes : les exemples français et italien », *RFDC*, 2007, pp. 719-747.

SCHOETTL (J.-E.),

-« Travail », *AJDA*, 1998, n° s.n., pp. 495-499.

-« La loi de modernisation sociale devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 21 janv. 2002, n° 15, pp. 3-30.

-« La loi de programmation pour la cohésion sociale devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 11-14 nov. 2005, n° 225-226, pp. 49-64.

-« La loi sur le traitement de la récidive des infractions pénales devant le Conseil constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 2005, pp. 9-17.

SCOFFONY (G.), « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *Revue international de droit comparé*, 2-1999, vol.51, pp. 243-280.

SEGONDS (M.), « Un an de droit pénal du travail », *Dr. Pén.* 2001, n° 11, pp. 14-21.

SEILLER (B.), « La modulation des effets dans le temps de la règle prétorienne. Tentative iconoclaste de systématisation », in *Le dialogue des juges*, Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois, Paris, Dalloz, 2009, p. 982.

SERMET (L.),

-« La QPC, source d'une protection constitutionnelle de basse intensité », *RFDC*, mars 2016, n° 105, pp. 150-159.

-« Droit de l'animal », *Revue juridique de l'environnement*, déc. 2015, n° 4-2015, pp. 717-733.

SEUBE (J.-B.), « Les coqs au Conseil », *JCP G.*, 7 sept. 2015, n° 37, pp. 1578-1581.

SEUVIC (J.-F.), « Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 sur la récidive. Placement sous surveillance électronique mobile, suivi socio-judiciaire, "surveillance judiciaire" », *RSC*, 2006, n° s.n., pp. 357-359.

STRAEHLI (G.), « La loi sur la garde à vue au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'appliquée dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », *D.*, 2011, n° 187-188, pp. 12-16.

SORDINO (M.C.),

-« Réflexions sur la QPC au regard du droit pénal », *Gaz. Pal.*, 2009, p. 3.

-« L'inconstitutionnalité de l'article 1741, alinéa 4 du Code général des impôts, nouvelle manifestation de la désaffectation à l'encontre des peines automatiques », *LPA*, 9-10 août 2010, n° 157-158, pp. 11-16.

-« Le principe de la personnalisation de la peine à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité : premières décisions », *Gaz. Pal.*, 2 déc. 2010, n° 336, pp. 19-23.

STEFANINI (F.R.), « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret, la part d'abstrait », *NCCC*, 2013, n° 38, p. 205, spéc. p. 211.

STONE SWEET (A.), « Le Conseil constitutionnel et la transformation de la République » (Trad. Kinder-Gest P.), *NCCC*, n° 25, 2008, p. 65.

SUDRE (F.), GONZALEZ (G), AFROUKH (M.), BLAY-GRABARCZYK (K.), MILANO (L.), PASTRE-BELDA (B), PICHERAL (C.), SCHAHMANÉCHE (A.), SURREL (H.), « Les droits de procédure », *RDP*, 2015, n° 3, pp. 841-847.

SUDRE (F.), « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2011, n° 4, pp. 182-188.

TELLIER (V),

-« Brèves réflexions sur la QPC en matière pénale », *Gaz. Pal.* 2010, n° 223-224, pp. 6-9.

-« La constitutionnalisation de la procédure pénale », *AJPénal*, 2011, n° 6, pp. 283-285.

THIERRY (J.B.), « L'interprétation créatrice de droit en matière pénale », *RPDP*, 2009, n° 4, pp. 799-807.

TEYSSIE (B.), « Le mot de la rédaction [sur la question prioritaire de constitutionnalité] », *La Semaine juridique. Social*, 2009, n° 52.

TESSONIERE (J.-P.), « Indemnisation des victimes de faute inexcusable de l'employeur. La décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010 : et après ? », *Gaz. Pal.*, 19 décembre 2010, n° 353-355, pp. 9-11

TILLI (N.), « La modulation dans le temps des effets des décisions d'inconstitutionnalité a posteriori », *RDP* 2010, n° 6, p. 1591.

TORCOL (S.), « Les effets du report dans le temps de la déclaration d'inconstitutionnalité et la protection des droits fondamentaux après la question prioritaire de constitutionnalité sur la garde-à-vue », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, PUC, 2011, n° 9, pp. 69-84.

TOUILLER (M.), « Le Conseil constitutionnel sonne le glas de l'article 575 du Code de procédure pénale note sous Cons. const., 23 juillet 2010 », *Gaz. Pal.*, 11 août 2010, n° 223-224, pp. 10-13.

TRAORÉ (S.) « Le Conseil constitutionnel et la modernisation de la vie publique. À propos de la décision 98-407 DC du 14 janvier 1999 », *DA.*, oct. 1999, n° 10, pp. 6-11.

TRICOT (D.), « Vers un équilibre significatif dans les pratiques commerciales », *Concurrences : revue des droits de la concurrence*, mars 2011, n° 1-2011, pp. 26-30.

TROIZIER (R.), « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat. Vers la mutation du Conseil d'Etat en un juge constitutionnel de la loi », *RFDA*, 2011, spéc. p. 704.

TROPER (M.), « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, 1900, n° 1, p. 31.

TUKOV (C.), « La 5e mue du Conseil constitutionnel ? Point sur l'État de droit et le gouvernement des juges », *JCP G*, 2013, n° 8, pp. 378-386.

TURK (P.), « L'affaire Huchon : le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité en action in : Dossier : la question prioritaire de constitutionnalité en amont et en aval », *RFDA*, juillet-août 2011, n° 4, pp. 723-741.

TZUTZUIANO (C.),

-« L'adoption simple des couples homosexuels au coeur d'un croisement des contrôles », *Dr. fam.*, juin 2011, n° 6, pp. 17-22.

-« Des sanctions ayant le caractère de punition et de celles qui n'en sont pas [Jurisprudence du Conseil constitutionnel] », *RFDC*, oct. 2012, n° 92, pp. 891-893.

-« Une nouvelle QPC en matière d'incapacité et d'interdiction professionnelles, In "Jurisprudence du

Conseil constitutionnel" », *RFDC*, janv. 2012, n° 89, pp. 173-174.

-« Le droit au recours préservé en matière d'amende forfaitaire », *RFDC*, 2011, n° 85, pp. 144-151.

VACHET (G.), « Qu'en est-il de la conformité de la loi du 9 avril 1898 à la Constitution », *JCP G*, 2010, n° 37, pp. 42-44.

VAN DER MENSBRUGGHE (Fr. R.), « L'utilisation de la méthode comparative dans la thèse de doctorat en droit », *Ann. dr.*, 2006, vol. 66, n° 1-2, pp. 41-53.

VERGES (E.), L'effet normatif de l'article préliminaire du code de procédure pénale, *in* mélanges offerts à Raymond Gassin : sciences pénales et sciences criminologiques, PUAM, 2007, p. 327.

VERLY (N.), « Un an... de contentieux de la presse (janvier 2016 - mars 2017) », *Procédures*, 2017, n° 6, pp. 6-8.

VERON (M.), « Harcèlement sexuel : La création d'un vide juridique ? » *Dr. Pén.* 2012, n° 6, pp. 32-33.

VERPEAUX (M.), « Le Conseil constitutionnel juge de la question prioritaire de constitutionnalité », *AJDA*, 2010, p. 88.

VIALA (A.),

-« De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP* 2011, n° 4, pp. 965-996.

-« De la dualité du *sein* et du *sollen* pour mieux comprendre l'autorité de la chose interprétée »,

-« La légalité des quotas par sexe (pour certains jurys de concours) », 28 avril 2003, n° 16, pp. 817-820 ; « La liberté d'entreprendre aurait-elle un "coût" ».

VIDAL-NAQUET (A.), « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *RFDA*, 2008, p. 899.

VIGNEAU (D.), « La guerre des « trois » aura bien lieu ! A propos de l'application dans le temps du dispositif législatif « anti-Perruche », *D.* 2012, p. 323.

VIOLA (A.), « La modification du scrutin des élections régionales : chronique d'une réforme... Attendue », *LPA*, 1999, n° s.n., pp. 13-15.

VLACHOGIANNI (A.), « Mutations du droit public. Le Conseil constitutionnel face au changement de circonstances de fait : réflexions à la lumière de l'expérience américaine », *Jus Politicum*, 2013, n° 11, p. 20.

VIGUIER (J.), « La participation des citoyens au processus de contrôle de la constitutionnalité des lois dans les projets français de 1990 et 1993 », *RDP*, 1994, n° 4, p. 996.

WACHSMANN (P.), « L'oracle des libertés ne parle qu'une seule fois », *Jus Politicum*, 2012, n° 7, p. 18.

WASERMAN (F.), « L'application du principe non bis in idem et les procédures devant la CDBF », *Constitutions*, juill.-sept. 2016, n° 2016-3, pp. 456-464.

ZAGREBELSKY (G.), « La doctrine du droit vivant et la question prioritaire de constitutionnalité », *Constitutions* 2010, p. 9.

-« Aspects abstraits et aspects concrets du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *LPA*, 2009, n°126, p. 12.

ZARKA (J.-C.), « Aperçu rapide. La décision du Conseil constitutionnel n° 98-407 DC du 14 janvier 1999 relative aux institutions régionales », *JCP G.*, 1999, pp. 449-450.

ZOLLER (E.), « Qu'est-ce-que faire du droit constitutionnel comparé? », 32 *DROITS* 121, 2000.

. Canadiens

BEAUDOIN (A.),

-« Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », 2003, 45 *McGill L.J.* 325

-« La Cour suprême et le contrôle de constitutionnalité des lois, dans *Actualité du contrôle juridictionnel des lois (Journées d'Etudes Jean Dabin)*, Bruxelles, Maison Flarcier, 1973, p. 200

-« Les vingt-cinq premières décisions de la Cour suprême du Canada », dans « *Causes invoquant la Charte, 1986-1987* », Yvon Blais, pp. 3-39

BEETZ (J.), « Le contrôle juridictionnel du pouvoir législatif et les droits de l'homme dans la Constitution du Canada », (1958), 18 *R. du B.* 361, p. 372

BERNATCHEZ (S.), « Les traces du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », 36 *R.D.U.S.*, (2005-2006), pp. 165-288.

-« La controverse doctrinale sur la légitimité du juge constitutionnel canadien », *Politique et Sociétés*, V.19, N°2-3, 2000, pp. 89-113.

BOISVERT (A.M.),

-« *R. c. Seaboyer* : Au-delà du droit de la preuve », (1992) 37 *R.D. McGill*, p. 1110.

-« Peines minimales obligatoires et exemptions constitutionnelles : la politique du pire », (2001), 31 *R.G.D.*647.

-« Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle », chapitre 12, p. 647 (alinéa 10a), b), 11a), c) et d) de l'article 13) », in *Charte canadienne des droits et libertés*, (sous la dir. de G. BEAUDOIN et E.P. MENDES), 3e éd., Montréal : Wilson & Lafleur, c1996, xxv, 1192 p., pp. 643-717.

-« Chronique-Canada », in *Le juge constitutionnel et la proportionnalité. Juge constitutionnel et droit pénal*, Economica, 2009, p. 611.

CAMERON (J.), « Dialogue and hierarchy in charter interpretation : A comment on *R. v. Mills* (2001) 38 *Alta. L. Rev.*, 1051.

CHEVRETTE (F.),

-« Les trois visages du constitutionnalisme canadien », (1986), *R. J. T.*, V.20.

-« La protection constitutionnelle contre les abus de la police », (1989), 23 *R.J.T.*, 449.

-CIMAMONTI (S.), « Sécurité juridique et mécanisme d'application du droit dans le temps », *R. du N.*, vol. 11, 2008, Montréal, p. 631.

CÔTE (P. A.), « La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés », (1984), 18 *R.J.T.*, 106.

DE COSTE (F.C) « The Separation of State Powers in Liberal Polity: *Vriend v. Alberta* », (1999) 44 *McGill L.J.* 231.

DESCHENES (J.), « Le rôle législatif du pouvoir judiciaire », (1974) *R.D.U.S. I.*

FLETCHER (J.F), HOWE (P), « Public Opinion of the Courts », (2000) 6 *Choices / Choix* 1.

FREMONT (J.), « La sanction des lois inconstitutionnelles et la fonction législative des tribunaux à la lumière de l'arrêt *schachter* », dans *Droits de la personne : l'émergence de droits nouveaux, aspects canadiens et européens*, Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, 1992, Cowansville, Yvon Blais, 1993.

-« Les tribunaux et la *Charte*: le pouvoir d'ordonner la dépense de fonds publics en matières sociales et économiques » (1991) 36 *R.D. McGill* 1323.

FRIEDLAND (M.L), « Prospective and Restropective Judicial Law Making (1974), 24 *U.T.L.J.*, 170.

GELINAS (F.), « La primauté du droit et les effets d'une loi inconstitutionnelle », *R. du B. can.*, 1988, Vol.67, pp. 455-488.

HOGG (P.W.) and BUSHELL (A.A.), « The charter dialogue between courts and legislatures (Or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all) », *Osgoode Hall L.J.* 35-1, (1997), pp. 75-124.

HOGG (P.W) et TORNTON (A.A), « Reply to "Six Degrees of Dialogue" », (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 529.

HUPPE (L.), « L'émergence d'une pouvoir judiciaire souverain », *R. du B.*, 1995, Tome 55, n° 1.

LAUZIÈRE (L.), « Le pouvoir de rectification de la loi par le juge et son application en droit constitutionnel : étude de l'arrêt *R. c. Laba* », 25 *R.D.U.S.*, (1994-1995).

LECLAIR (J.) et MORISETTE (Y.-M),

-« L'indépendance judiciaire et la Cour suprême: reconstruction historique douteuse et théorie constitutionnelle de complaisance », (1998) 36 *Osgoode Hall L.J.* 485.

-« Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien », *R. du B.*, numéro spécial.

LEESON (H.), « Section 33, The Notwithstanding Clause: A Paper Tiger », (2000) 6 *Choices / Choix* n° 4.

LETOURNEAU (S.), « L'autorité d'un jugement prononçant l'inconstitutionnalité d'une loi », 1989, 23 *RJT* 173, p. 197.

MANFREDI (C.P), KELLY (J.B), « Dialogue, Deference and Restraint : Judicial Independence and Trial Procedures » (2001) 64 *Sask. L. Rev.* 323, 336.

MATHEN (C.), « Dialogue theory, judicial review, and judicial supremacy : A comment on « charter dialogue revisited », *O.H.L.J.*, vol. 45, n° 1.

MITCHELL (G.G), « Developments in Constitutional Law: The 1997-1998 Term : Activism and Accountability », (2000) 10 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 83.

MOREL (A.),

-« La clause limitative de l'article 1^{er} de la Charte canadienne des droits et libertés : une assurance contre le gouvernement des juges », 1983, G1 *R. du B. can.* 81, p. 87.

-Le droit d'obtenir réparation en cas de violation de droits constitutionnels », (1984), 18 *R.J.T.* 253, p. 268.

MORTON (F.L), « Dialogue or Monologue», *Policy Options*, April 1999, 23.

MURPHY (J.), «Dialogic Responses to M. v. H.: From Compliance to Defiance», (2001) *U. of T. Fac. L. Rev.* 299.

MUZNY (P.), « La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme », dans « *Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique* », PUAM, 2005, tome I, spéc. p. 90.

NEVITTE (N.), « Value Change and Reorientations in Citizen-State Relations », (2000) 26 *Canadian Public Policy* 73.

PATENAUDE (P.), «L'affaire des juges de la Cour provinciale et l'extension du contrôle judiciaire», (1998-99) *R.D.U.S.* 321.

PIGEON (J.P.), « L'effectivité des décisions de justice en droit public interne (constitutionnel), 26 *C. de D.*, (1985), 995, pp. 995-1003.

PINARD (D.),

-« Les sanctions d'une règle de droit législative incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés*: le *reading in*, le *reading down*, l'interprétation large, l'interprétation atténuée, etc.! », *R du B.*, (numéro spécial de la Revue du Barreau en marge du vingtième anniversaire de l'adoption de la *Charte Canadienne des droits et libertés*), 2002, p. 421.

-« La méthode contextuelle », Montréal, *R. du B. can.*, 2002, p. 323.

-« Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la *Charte canadienne des droits et libertés* », *C.de D.*, Vol. 30, 1989.

-« Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés* », *Revue de droit de McGill*, vol. 35, 1990, n° 2.

PROULX (M.), « Redéfinir les rapports de force au procès criminel : l'effet de la règle d'exclusion de l'article 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* », (1986), 20 *R.J.T.*, p. 109.

REMILLARD (G.), « Le contrôle de constitutionnalité des lois au lendemain de la loi constitutionnelle de 1982 », (1982), 42 *R. du B.* 565, p. 566.

ROACH (K.), DUCLOS (N.), « Constitutional remedies as “Constitutional Hints”: A comment on *R. v. Schachter* », *McGill L.J.*, 1991, vol. 36, n°1.

ROACH (K.), « Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislatures », (2001) 80 *Can. Bar. Rev.* 481

SCHMIT (S.), « La nature objective du contentieux constitutionnel des normes : Les exemples français et italien », *RFDC*, 2007, vol. 72, spéc. p. 719.

STUART (D.), «Mills: Dialogue with Parliament and Equality by Assertion at What Cost?», (1999) 28 *C.R.* (5th) 275.

TIMSIT (G.), « La surdétermination de la norme de droit : questions et perspectives » in, « *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité* », Coll. Thémis, 2004, Sous la direction d'Andrée Lajoie, Roderick A. Macdonald, Richard Janda, et Guy Rocher, 201 p.

TREMBLAY (L.B.),

-« La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement rationnel » 1999, 44 *R.D.McGill* 39.

-« L'interprétation téléologique des droits constitutionnels », 1995, 29 *R.J.T.* 459

TUSHNET (M.), « The possibilities of Comparative Constitutional law », *Yale Law Journal* 1999, 1225

VIGNEAU (D.), « La guerre des « trois » aura bien lieu ! A propos de l'application dans le temps du dispositif anti-perruche », *D.*, 2012, n°5, pp. 323-326.

WACHSMAN (P.), « L'oracle des libertés ne parle qu'une fois », *Jus politicum*, 2012, n° 7, 18p.

WOEHLINGAL (J.), « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : L'exemple des Etats-Unis et du Canada », 2000, 46 *McGill L.J.* 21.

IV- AVIS ET RAPPORTS

-BADINTER (R.) et GENEVOIS (B.), « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », rapport français présenté à la VIIIe Conférence des Cours constitutionnelles européennes, (Ankara, 7-10 mai 1990), in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.133-159.

-WARSMANN (J-L), « Rapport d'information sur l'évaluation de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution », Rapport n°2838 enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 5 octobre 2010, consultable sur www.assemblee-nationale.fr.

-Rapport d'information n° 2838, 5 octobre 2010, sur l'évaluation de la loi organique n° 2009-1523, 10 déc. 2009, relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

-Rapport d'information sur la question prioritaire de constitutionnalité, Commission des lois, Assemblée Nationale, n° 842, 27 mars 2013, p. 43.

V- Lois

. Françaises

- L. n° 90-615, 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe.

- L. n° 92-1179, 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail.

- L. 16 mai 1996 n° 96-392 relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic de stupéfiants.

- L. n° 98-468, 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.

- L. n° 2002-73, 17 janv. 2002 de modernisation sociale, *JORF*, 18 janv. 2002, p. 1008, texte n° 1.

- L. n° 2003-239, 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *JORF* 19 mars 2003

- L. constitutionnelle n° 2008-724, 23 juill. 2008 de modernisation de la Ve République.

- L. organique n° 2009-1523, 10 déc. 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *JORF* n°0287, 11 déc. 2009, p. 21379.

- L. n° 2007-1198, 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, *JORF* n° 185, 11 août 2007, p. 13466, texte n° 1.

- L. n° 2002-73, 17 janv. 2002 de modernisation sociale, *JORF*, 18 janv. 2002, p. 1008.

- L. n° 2005-882, 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, *JORF* n° 0179, 3 août 2005, p. 12639, texte n° 2

- L. n° 2010-121, 8 févr. 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, *JORF* n° 0033, 9 févr. 2010, p. 2265, texte n°1.

- L. n° 2011-266, 14 mars 2011 relative à la lutte contre la prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs, *JORF*, 15 mars 2011

- L. n° 2011-392, 14 avr. 2011 relative à la garde à vue (1) *JORF* n° 0089, 15 avr. 2011, p. 6610 texte n° 1.

- L. n° 2011-525, 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JORF n° 0115, 18 mai 2011, p. 8537, texte n° 1
- L. n° 2011-939, 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, JORF n° 0185, 11 août 2011, p. 13744, texte n° 1.
- L. n° 2012-954, 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, *JORF* n°0182, 7 août 2012 p. 12921.
- L. n° 2014-535, 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales (1), *JORF* n°0123, 28 mai 2014, p. 8864.
- L. n° 2014-896, 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, *JORF* n° 0189, 17 août 2014 p. 13647, texte n° 1.
- L. n° 2014-1353, 13 nov. 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, *JORF* n° 0263, 14 nov. 2014, p. 19162, texte n° 5.
- L. n° 2016-297, 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance, *JORF* 15 mars 2016.
- L. n° 2017-258, 28 février 2017 relative à la sécurité publique, *JORF* n° 0051, 1 mars 2017, texte n° 3.

. Canadiennes

- Loi constitutionnelle de 1982, 1982 (R.-U), c.11, art.52(2)
- Loi visant à Modifier le *Code criminel et la preuve canadienne* A, c Rt .S.C. 1985 (3d Supp.), C. 19, a. 1.

VI – PROPOSITIONS ET LOI

. Françaises

- Proposition de loi organique modifiant la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution déposée au Sénat par le sénateur Hyest le 9 juillet 2010

VII - TABLE CHRONOLOGIQUE DE JURISPRUDENCE

. Françaises

Conseil constitutionnel

Décision DC

- Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981 : Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes
- Décision n° 92-305 DC du 21 février 1992
- Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002 : Loi d'orientation et de programmation pour la Justice
- Décision n° 2004-492 DC, 02 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.
- Décision n° 2004-509 DC, Loi de programmation pour la cohésion sociale, considérant 25
- Décision n° 2009-595 DC, 3 déc. 2009 : Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

QPC DE NON-CONFORMITÉ

- Décision n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010 : article 26 de la loi n° 81-734 du 3 août 1981 de finances rectificative pour 1981 ; article 68 de la loi n° 2002-1576 du 30 décembre 2002 de finances rectificative pour 2002 ; article 100 de la loi n° 2006-1666 du 21 décembre 2006 de finances pour 2007
- Décision n° 2010-6/7 QPC, 11 juin 2010 : article L. 7 du Code électoral
- Décision n° 2010-10 QPC du 02 juillet 2010 : article 90 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande
- Décision n° 2010-15/23 QPC, 23 juillet 2010 : article 575 du Code de procédure pénale
- Décision n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010 : articles 62, 63, 63-1, 63-4, alinéas 1 à 6, 77 du Code de procédure pénale (non-lieu à statuer sur l'article 706-73 et l'article 63-4, alinéa 7), *JORF* du 31 juillet 2010, p. 14198 ;
- Décision n° 2010-32 QPC, 22 septembre 2010 : article 323, 3°, du Code des douanes (conformité des 1° et 2°)
- Décision n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010
- Décision n° 2010-72/75/82 QPC, 10 décembre 2010 : article 1741, alinéa 4, du Code général des impôts
- Décision n° 2010-81 QPC, 17 décembre 2010 : article 207, alinéas 1 (2e et 3e phrase), du Code de procédure pénale

- Décision n° 2011-112 QPC, 1er avril 2011 : article 618-1 du Code de procédure pénale, *JORF* du 2 avril 2011, p.5893
- Décision n° 2011-131 QPC, 20 mai 2011 : article 35, alinéa 5, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse
- Décision n° 2011-147 QPC, 8 juillet 2011 : articles L. 251-3 et L. 251-4 du Code de l'organisation judiciaire
- Décision n°2011-160 QPC, 9 septembre 2011 : article 175 du Code de procédure pénale
- Décision n° 2011-161 QPC, 9 septembre 2011 : article L. 725-21 du Code rural et de la pêche maritime
- Décision n° 2011-163 QPC, 16 septembre 2011 : article 222-31-1 du Code pénal
- Décision n° 2011-185 QPC, 21 octobre 2011 : article L. 3213-8 du Code de la santé publique
- Décision n° 2011-190 QPC, 21 octobre 2011 : article 800-2 du Code de procédure pénale
- Décision n°2011-185 QPC, du 21 octobre 2011
- Décision n° 2011-192 QPC, 10 novembre 2011 : articles 56-4, III du Code de procédure pénale, L. 2312-1, alinéa 3, L. 2312-2, L. 2312-4, alinéa 4, les mots « et d'accéder à tout lieu classifié » de l'article L. 2312-5, alinéa 2, 413-9-1, 413-10-1, 413-11-1
- Décision n° 2012-222 QPC, 17 février 2012 : article 227-27-2 du Code pénal
- Décision n° 2012-223 QPC, 17 février 2012 : article 706-88-2 du Code de procédure pénale
- Décision n° 2012-228/229 QPC, 6 avril 2012 : articles 64-1 et 116-1 du Code de procédure pénale
- Décision n° 2012-235 QPC, 20 avril 2012 : L. 3213-8 et L. 3211-12 du Code la santé publique
- Décision n° 2012-240 QPC, 4 mai 2012 : article 222-33 du Code pénal
- Décision n° 2012-284 QPC, 23 novembre 2012 : article 161-1 du Code de procédure pénale
- Décision n° 2013-318 QPC, 7 juin 2013 : article L. 3124-9, 4° du code des transports
- Décision n° 2013-318 QPC, 7 juin 2013 : article 35 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse
- Décision n° 2013-314 QPC, 4 avril 2013 : article 695-46 du code de procédure pénale (question préjudicielle) ; 14 juin 2013.
- Décision n° 2013-328 QPC, 28 juin 2013 : article L. 135-1 du code de l'action sociale et des familles

- Décision n° 2013-331 QPC, 5 juillet 2013 : article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques
- Décision n° 2013-350 QPC, 25 octobre 2013 : article 48 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse
- Décision n° 2013-360 QPC, 9 janvier 2014
- Décision n° 2014-375 et autres QPC, 21 mars 2014 : articles L. 943-4 et L. 943-5 du Code rural et de la pêche maritime
- Décision n° 2014-387 QPC, 4 avril 2014 : article L. 8271-13 du Code du travail
- Décision n° 2014-390 QPC, 11 avril 2014 : article 41-4, alinéa 4 du Code de procédure pénale
- Décision n° 2014-393 QPC, 25 avril 2014 : article 728 du code de procédure pénale, dans sa rédaction postérieure à la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire
- Décision n° 2014-403 QPC, 13 juin 2014 : article 380-11 du code de procédure pénale
- Décision n° 2014-420/421 QPC, 9 octobre 2014 : article 706-73, 8° bis du code de procédure pénale et article 706-88 du code de procédure pénale
- Décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, 18 mars 2015 : article L. 465-1, L. 466-1, L. 621-15, L. 621-15-1, L. 621-16, L. 621-16-1 du code monétaire et financier
- Décision n° 2015-492 QPC, 16 octobre 2015 : article 48-2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse
- Décision n° 2015-494 QPC, 16 octobre 2015 : article 99, alinéa 2, du code de procédure pénale
- Décision n° 2015-499 QPC, 20 novembre 2015 : article 308 du code de procédure pénale
- Décision n° 2015-506 QPC, 4 décembre 2015 : articles 56, alinéa 3, article 57 du code de procédure pénale
- Décision n° 2015-508 QPC, 11 décembre 2015 : article 706-73, 14° et 15°, du code de procédure pénale, dans sa version applicable, entre le 1^{er} mars 2010 et le 2 janvier 2014
- Décision n° 2015-536 QPC, 19 février 2016 : article 11, I, 3^e alinéa, 2nde phrase, de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence dans sa rédaction résultant de la loi du 20 novembre 2015
- Décision n° 2015-524 QPC, 2 mars 2016 : Les mots : « ou, de par leurs fonctions, sont susceptibles de commettre » figurant à l'article L. 562-2 du code monétaire et financier
- Décision n° 2015-532 QPC, 1^{er} avril 2016 : article 836, alinéa 2, du code de procédure pénale
- Décision n° 2016-543 QPC, 24 mai 2016 : article 39 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 et les troisième et quatrième alinéas de l'article 145-4 du code de procédure pénale

- Décision n° 2016-544 QPC, 3 juin 2016 : références aux articles 254 à 258-2, 288 à 303 et 305 du code de procédure pénale figurant au second alinéa de l'article 877 du même code, les mots « de quatre assesseurs-jurés lorsque la cour d'assises statue en premier ressort et », les mots « lorsqu'elle statue en appel » figurant au premier alinéa de l'article 885 du même code ainsi que les mots « de cinq ou » figurant à l'article 888
- Décision n° 2016-554 QPC, 22 juillet 2016 : article 1736 du code général des impôts
- Décision n° 2016-566, 16 septembre 2016 : article 197 du code de procédure pénale
- Décision n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016 : article 11 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960 modifiant certaines dispositions de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence
- Décision n° 2016-569 QPC, 23 septembre 2016 : article 41-1-1, I, 4°, du code de procédure pénale et L. 132-10-1, I, 4°, du code de la sécurité intérieure
- Décision n° 2016-573 QPC, 29 septembre 2016 : article L. 654-6 du code de commerce
- Décision n° 2016-590 QPC, 21 octobre 2016 : article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure
- Décision n° 2016-594 QPC, 4 novembre 2016 : article 153 du code de procédure pénale
- Décision n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016 : « À l'exception de celles qui caractérisent la menace que constitue pour la sécurité et l'ordre publics le comportement de la personne concernée, » figurant à la dernière phrase du huitième alinéa du paragraphe I de l'article 11 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste
- Décision n° 2016-601 QPC, 9 décembre 2016 : article 22 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante
- Décision n° 2016-608 QPC, 24 janvier 2017 : article 434-35 du code pénal
- Décision n° 2016-611 QPC, 10 février 2017 : article 421-2-5-2 du code pénal
- Décision n° 2016-616/617 QPC, 9 mars 2017 : articles L. 561-41 et L. 561-42 du code monétaire et financier
- Décision n° 2016-618 QPC, 16 mars 2017 : article 1736, IV *bis*, du code général des impôts
- Décision n° 2016-624 QPC, 16 mars 2017 : article 6 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et du paragraphe II de l'article 2 de la même loi du 19 décembre 2016.
- Décision n° 2017-625 QPC, 7 avril 2017 : article 421-2-6 du code pénal

RÉSERVES D'INTERPRÉTATION

- Décision n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010 : faute inexcusable de l'employeur
- Décision n° 2010-20/21 QPC du 06 août 2010
- Décision n° 2010-25 QPC, 16 septembre 2010 : articles 706-54 du Code de procédure pénale, dans sa rédaction antérieure à la loi du 10 mars 2010 (conformité des articles 706-55 et 706-56 dans leur rédaction antérieure à la loi du 10 mars 2010)
- Décision n° 2010-38 QPC, 29 septembre 2010 : article 529-10 du Code de procédure pénale
- Décision n° 2010-62 QPC, 17 décembre 2010 : article 148 du Code de procédure pénale
- Décision n° 2010-80 QPC, 17 décembre 2010 : article 803-3 du Code de procédure pénale
- Décision n° 2011-133 QPC, 24 juin 2011 : articles 130 et 130-1 du Code de procédure pénale
- Décision n° 2011-153 QPC, 13 juillet 2011 : article 186 du Code de procédure pénale
- Décision n° 2011-164 QPC, 16 septembre 2011 : article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle
- Décision n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, 18 novembre 2011 : articles 62 du Code de procédure pénale
- Décision n° 2012-253 QPC, 8 juin 2012 : article L. 3341-1 du Code de la santé publique
- Décision n° 2012-257 QPC, 18 juin 2012 : article 78 du Code de procédure pénale
- Décision n° 2014-423 QPC, 24 octobre 2014 : article L. 314-18 du code des juridictions financières
- Décision n° 2014-446 QPC, 29 janvier 2015 : article 194, al. 4 du code de procédure pénale
- Décision n° 2015-467 QPC, 7 mai 2015 : article 530, al. 3 du code de procédure pénale
- Décision n° 2016-545 QPC, 24 juin 2016 : articles 1729 et 1741 du code général des impôts
- Décision n° 2016-546 QPC, 24 juin 2016 : articles 1729 et 1741 du code général des impôts
- Décision n° 2016-550 QPC, 1^{er} juillet 2016 : article L. 314-18 du code des juridictions financières
- Décision n° 2016-556 QPC, 22 juillet 2016 : articles 1729 et 1741 du code général des impôts
- Décision n° 2016-561/562, 9 septembre 2016 : articles 696-11 et 696-19 du code de procédure pénale

- Décision n° 2016-569 QPC, 23 septembre 2016 : article 41-1-1 du code de procédure pénale
- Décision n° 2016-572 QPC, 30 septembre 2016 : articles L. 621-15 et L. 465-2 du code monétaire et financier
- Décision n° 2016-602 QPC, 9 décembre 2016 : articles 695-28 et 695-34 du code de procédure pénale
- Décision n° 2016-606/607 QPC, 24 janvier 2017 : articles 78-2, alinéa 7, 78-2-2 du code de procédure pénale et L. 611-1 et L. 611-1-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers
- Décision n° 2016-624 QPC, 16 mars 2017 : article 6 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et du paragraphe II de l'article 2 de la même loi du 19 décembre 2016.
- Décision n° 2017-625 QPC, 7 avril 2017 : article 421-2-6 du code pénal

QPC DE CONFORMITÉ

- Décision n° 2010-30/34/35/47/48/49/50 QPC, 6 août 2010 : article 64 du Code de procédure pénale conforme (non-lieu à statuer sur les articles 62, 63, 63-1, 63-4, et 706-73 du Code de procédure pénale)
- Décision n° 2010-31 QPC, 22 septembre 2010 : conformité de l'article 706+-88, alinéas 7 à 10 (non-lieu à statuer sur les articles 63-1, 63-4, et 77 du Code de procédure pénale)
- Décision n° 2010-40 QPC, 29 septembre 2010 : conformité de l'article L. 234-13 du Code de la route
- Décision n° 2010-41 QPC, 29 septembre 2010 : conformité de l'article L. 121-4 du Code de la consommation
- Décision n° 2010-55 QPC, 18 octobre 2010 : conformité de l'article 2 de la loi no 83-628 du 12 juillet 1983 relative aux jeux de hasard dans sa rédaction antérieure au 13 mai 2010
- Décision n° 2010-66 QPC, 26 novembre 2010 : conformité de l'article 131-21 du Code pénal
- Décision n° 2010-74 QPC, 3 décembre 2010 : conformité de l'article 47, IV, de la loi no 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises
- Décision n° 2010-77 QPC : 10 décembre 2010 : conformité de l'article 495-15-1 du Code de procédure pénale
- Décision n° 2011-113/115 QPC, 1er avril 2011 : conformité des articles 349, 350, 353, 357 du Code de procédure pénale

- Décision n° 2011-132 QPC, 20 mai 2011 : articles L. 3336-2 et L. 3336-3 du Code de la santé publique
- Décision n° 2011-147 QPC, 8 juillet 2011 : articles L. 251-4 du Code de l'organisation judiciaire
- Décision n° 2011-150 QPC, 13 juillet 2011 : article 164, IV, 2° de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (régime des visites et saisies réalisées par certains agents de l'administration sur autorisation d'un juge)
- Décision n° 2011-156 QPC, 22 juillet 2011 : article 43, alinéa 2, du Code de procédure pénale (dépaysement de l'enquête)
- Décision n° 2011-162 QPC, 16 septembre 2011 : article 530-1 du Code de procédure pénale (minimum de peine applicable en cas d'amende forfaitaire)
- Décision n° 2011-179 QPC, 29 septembre 2011 : article 22 de la loi n° 71 1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (formation disciplinaire du Conseil de l'Ordre des avocats de Paris)
- Décision n° 2011-168 QPC, 30 septembre 2011 : article 146 du Code de procédure pénale
- Décision n° 2011-192 QPC, 10 novembre 2011 : articles 56-4, I et II du Code de procédure pénale, articles 413-9, 413-10, 413-11 et 413-12 du code pénal, surplus des articles L. 2312-1, L. 2312-4 et L. 2312-5 du code de la défense, articles L. 2311-1, L. 2312-2, L. 2312-3, L. 2312-6, L. 2312-7 et L. 2312-8 du code de la défense
- Décision n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, 18 novembre 2011 : article 62, al. 1, 63-3-1, al. 3, 63-4, al. 2, 63-4-1 à 63-4-5 du Code de procédure pénale
- Décision n° 2011-204 QPC, 9 décembre 2011 : article L. 235-1, I, du Code de la route (conduite après usage de stupéfiants)
- Décision n° 2011-217 QPC, 3 février 2012 : article L. 621-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
- Décision n° 2012-235 QPC, 20 avril 2012 : articles L. 3211-2-1, L. 3211-12-1 du Code de la santé publique
- Décision n° 2012-257 QPC, 18 juin 2012 : article 78 du Code de procédure pénale
- Décision n° 2012-271 QPC, 21 septembre 2012 : article 521-1 du Code pénal
- Décision n° 2012-272 QPC, septembre 2012 : article 8-2 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante dans sa rédaction postérieure à la loi n° 2011-1940 du 26 décembre 2011 visant à instaurer un service citoyen pour les mineurs délinquants
- Décision n° 2012-289 QPC, 17 janvier 2013 : article L. 145-2 du code de la sécurité sociale

- Décision n° 2013-302 QPC, 12 avril 2013 : article 65-3 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse dans sa rédaction résultant de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 adaptant la justice aux évolutions de la criminalité
- Décision n° 2013-311 QPC, 17 mai 2013 : article 53 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse
- Décision n° 2013-318 QPC, 7 juin 2013 : articles L. 3123-1, L. 3123-2 et L. 3124-9 du code des transports (conformité partielle)
- Décision n° 2013-329 QPC, 28 juin 2013 : article L. 3452-4 du code des transports
- Décision n° 2013-350 QPC, 25 octobre 2013 : article 47 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (conformité de l'article 47, mais l'article 48 est pour partie déclaré inconstitutionnel)
- Décision n° 2013-356 QPC, 29 novembre 2013 : article 20 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante (prorogation de compétence de la cour d'assises des mineurs)
- Décision n° 2013-363 QPC, 31 janvier 2014 : article 497 du Code de procédure pénale (droit d'appel des jugements correctionnels par la partie civile)
- Décision n° 2014-408 QPC, 11 juillet 2014 : article 721 du code de procédure pénale
- Décision n° 2014-412 QPC, 19 septembre 2014 : articles 226-19 du code pénal et L. 1223-3 du code de la santé publique
- Décision n° 2014-416 QPC, 26 septembre 2014 : article L. 173-12 du code de l'environnement
- Décision n° 2014-423 QPC, 24 octobre 2014 : articles L. 311-2, L. 311-3, L. 311-5, L. 313-1, L. 313-4, L. 313-6, L. 313-7-1, L. 313-11, L. 314-3, L. 314-4 du code des juridictions financières
- Décision n° 2014-427 QPC, 14 novembre 2014 : article 696-4, 1°, du code de procédure pénale
- Décision n° 2014-428 QPC, 21 novembre 2014 : article 706-88, alinéas 7 à 9 du code de procédure pénale
- Décision n° 2014-439 QPC, 23 janvier 2015 : article 25, 1°, et 25 du code civil
- Décision n° 2014-448 QPC, 6 février 2015 : article 222-22-1 du code pénal
- Décision n° 2014-452 QPC, 27 février 2015 : article 131 du code de procédure pénale
- Décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, 18 mars 2015 : article 6 du code de procédure pénale et L. 621-20-1 du code monétaire et financier
- Décision n° 2015-464 QPC, 9 avril 2015 : article L. 480-12 du code de l'urbanisme

- Décision n° 2015-461 QPC, 24 avril 2015 : articles 698-1 et 698-2 du code de procédure pénale
- Décision n° 2015-477 QPC, 31 juillet 2015 : article 521-1 du code pénal
- Décision n° 2015-484 QPC, 22 septembre 2015 : article L. 3124-13 du code des transports
- Décision n° 2015-489 QPC, 14 octobre 2015 : article L. 462-5 ancien du code de commerce, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 et article L. 464-2, I, du code de commerce
- Décision n° 2015-493 QPC, 16 octobre 2015 : article L. 3352-2, alinéa 2, du code de la santé publique
- Décision n° 2015-501 QPC, 27 novembre 2015 : article 786, alinéa 3 du code de procédure pénale
- Décision n° 2015-506 QPC, 4 décembre 2015 : article 96, alinéa 3 du code de procédure pénale
- Décision n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015 : article 6 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence dans sa rédaction résultant de la loi du 20 novembre 2015
- Décision n° 2015-510 QPC, 7 janvier 2016 : article L. 464-2, I, alinéa 4, du code de commerce
- Décision n° 2015-512 QPC, 8 janvier 2016 : article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse
- Décision n° 2015-513/514/526 QPC, 14 janvier 2016 : Les mots « s'est livrée ou a tenté de se livrer à une opération d'initié ou » article L. 621-15, II, c) et d) du code monétaire et financier dans sa rédaction résultant de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social
- Décision n° 2015-535 QPC, 19 février 2016 : article 8 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence
- Décision n° 2015-536 QPC, 19 février 2016 : article 11, I, de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence dans sa rédaction résultant de la loi du 20 novembre 2015 (sauf 3^e alinéa, 2nde phrase)
- Décision n° 2015-524 QPC, 2 mars 2016 : article L. 562-1 du code monétaire et financier dans sa rédaction résultant de la loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme et article L. 562-2, sauf les mots « ou, de par leurs fonctions, sont susceptibles de commettre »
- Décision n° 2016-541 QPC, 18 mai 2016 : articles 62 et 63 du code des douanes dans leur rédaction issue de la loi n° 2014-742 du 1er juillet 2014 relative aux activités privées de protection des navires
- Décision n° 2016-542 QPC, 18 mai 2016 : article L. 442-6, III, du code de commerce

- Décision n° 2016-544 QPC, 3 juin 2016 : articles 877, al. 2 (partiellement), 885, alinéa 2, et 888 (partiellement) du code de procédure pénale
- Décision n° 2016-555 QPC, 22 juillet 2016 : article 1^{er} de la loi n° 77-1453 du 29 décembre 1977 (L. 228 du livre des procédures fiscales)
- Décision n° 2016-561/562, 9 septembre 2016 : articles 696-11 et 696-19 du code de procédure pénale
- Décision n° 2016-569 QPC, 23 septembre 2016 : article L. 132-10-1, I, 3° et 4° (pour le surplus) du code de la sécurité intérieure
- Décision n° 2016-570 QPC, 29 septembre 2016 : article L. 653-5, 6° du code de commerce
- Décision n° 2016-573 QPC, 29 septembre 2016 : articles L. 654-2, 2°, L. 654-5, 2° du code de commerce
- Décision n° 2016-572 QPC, 30 septembre 2016 : articles L. 621-15 et L. 465-2 du code monétaire et financier
- Décision n° 2016-583/584/585/586 QPC, 14 octobre 2016 : article 706-153 du code de procédure pénale
- Décision n° 2016-596 QPC, 18 novembre 2016 : article 99, alinéa 5, du code de procédure pénale
- Décision n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016 : cinquième à dixième alinéas du paragraphe I de l'article 11 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste
- Décision n° 2016-602 QPC, 9 décembre 2016 : deuxième et troisième phrases du deuxième alinéa de l'article 695-34 du code de procédure pénale.
- Décision n° 2016-606/607 QPC, 24 janvier 2017 : articles 78-2, alinéa 7, 78-2-2 du code de procédure pénale et L. 611-1 et L. 611-1-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers
- Décision n° 2016-621 QPC, 30 mars 2017 : article L. 8253-1 du code du travail
- Décision n° 2017-625 QPC, 7 avril 2017 : article 421-5 du code pénal
- Décision n° 2017-639 QPC du 23 juin 2017 : paragraphe I de l'article 5-1 de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique, dans sa rédaction issue de la loi n° 2011-412 du 14 avril 2011 portant simplification de dispositions du code électoral et relative à la transparence financière de la vie politique

- Décision n° 2017-645 QPC du 21 juillet 2017 : troisième alinéa de l'article 306 du code de procédure pénale, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées.

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

CEDH 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, req. 6538/74, § 49

CEDH 2 août 1984 *Malone c/ Royaume-Uni*, req. 8691/79, § 66

CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce*, § 52, Série A, n° 260-A

CEDH, 22 nov. 1995, *S.W. c/ Royaume-Uni*, § 35, Série A, n° 335-B

CEDH 22 juin 2000, *Coëme, Mazy, Stalport, Hermanus, Javeau c/ Belgique*, req. 32492/96, req. 32547/96, req. 32548/96, req. 33209/96 et req. 33210/96

CEDH 5 nov. 2002, *Wynen c/ Belgique*, req. 32576/96

CEDH 3e sect., 21 févr. 2008, *Ravon c/France*, req. n° 18497/03

CEDH, cinquième section, *Medvedyev et autres contre France*, 10 juill. 2008, req. n° 3394/03
CEDH, grande chambre, *Medvedyev et autres contre France*, 29 mars 2010, req. n° 3394/03

CEDH 21 octobre 2008 *Salihoglu c/ Turquie*, req. 1606/03, § 26

CEDH, 27 nov. 2008, affaire *Salduz c./ Turquie*, req. n° 36391/02

CEDH 17 septembre 2009, *Scoppola c/ Italie*, req. 10249/03

CEDH, 29 oct. 2009, *Paradysz c/ France*, req. n° 17020/05

CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco c. France*, req. n° 1466/07.

CEDH 6 octobre 2011, *Soros c/ France*, req. 50425/06

CEDH, 23 nov. 2011, *Moulin contre France*, cinquième section, req. n° 37104/06

CEDH, *Vassis et autres contre France*, 27 juin 2013, cinquième section, req. n° 62736/09

CEDH, 3 oct. 2013, *Vosgien c/ France*, req. n° 12430/11

CEDH, 30 juill. 2015, *Loisel c/ France*, req. n° 50104/11

CEDH, 25 août 2015, *Renard et a. c/France*, req. nos 3569/12, 9145/12, 9161/12 et 37791/13, *Gaz. Pal.* 3 oct. 2015, p. 16, n° 241

COUR DE CASSATION

Arrêts

Assemblée plénière

- Cass, Ass. plén. 10 octobre 2001, non publié au bulletin, n° 01-84.922
- Cass, Ass. plén. 07 mai 2010, non publié au bulletin, n° 09-15.034
- Cass, Ass. plén. 18 juin 2010, n° 10-40.005
- Cass, Ass. plén. 18 juin 2010, n° 10-40.006
- Cass, Ass. plén. 18 juin 2010, n° 10-40.007
- Cass. Ass. plén. 15 avril 2011, n° 10-17.049, n°10-30.313, n° 10.30.136 et n° 10-30.242
- Cass. Ass. plén. 20 mai 2011, n° 11-90.025

Ancienne formation spécialisée de la Cour de cassation

- Crim., QPC, 2 mars 2010, n° 09-81.027
- Crim., QPC, 19 mai 2010, n° 12023, pourvoi n° 09-82.582, n° 12020 et n° 09-87.307
- Crim., QPC, 8 juillet 2010, n° 10-90.048
- Crim., QPC 16 juillet 2010, n° 10-80.55

Chambre civile

- Civ., 2e chambre civile, 10 juin 2004, n° 02-17121

Chambre sociale

- Cass. soc., 28 févr. 2002, *Bull.* 2002, n° 81.

Chambre criminelle

- Crim. 11 mai 1833, « Paulin », *Bull. crim.*, 1833, n° 182
- Crim. 2 juillet 1852, *Bull. crim.*, n° 221

- Crim., 8 févr. 1966, Josserand, *Bull crim.* n° 36
- Crim., 7 mai 1969, *Bull. crim.* 1969, n° 158
- Crim., 25 nov. 1975, n° 75-90665
- Crim., 11 oct. 1995, *Bull. crim.*, n° 301
- Crim., 16 septembre 1997, n° 96-82649
- Crim. 21 octobre 1997, *Bull. crim.*, n° 344
- Crim., 24 nov. 1998, n° 97-85.378
- Crim, 30 janvier 2002, *Bull. crim.*, n° 16
- Cass. crim., 25 juin 2002, *Bull. crim.* 2002, n° 144
- Cass. crim., 18 juin 2003, *Bull crim.* 2003, n° 127
- Cass. crim., 3 juin 2004, n° 03-80593, *Bull. crim.*, n° 152 p. 567
- Cass. crim., 11 mai 2006, n° 05-87.099
- Crim. 20 juin 2006, *Bull. crim.*, n° 188
- Cass. crim., 24 janv. 2007, *Bull. crim.* n° 21
- Crim. 27 janvier 2007, *Bull crim.*, n° 21
- Crim. 14 oct. 2009, n° 08-86.480
- Crim. 28 janvier 2009, non publié au bulletin, n° 09-82.140
- Crim. 1^{er} déc. 2009, non publié au bulletin, n° 09-82.140
- Cass. crim., 16 févr. 2010, n° 09-83.99
- Cass. crim., 16 mars 2010, n° 09-82.041
- Crim. 2 septembre 2010, non publié au bulletin, n° 10-86.257
- Cass. crim., 2 mars 2010, n° 09-82.607
- Cass. crim., 9 mars 2010, n° 09-83.401, *inédit*, n° 09-80.543
- Cass. crim., 13 avr. 2010, n° 09-86.429, *inédit*
- Crim. 19 oct. 2010, n° 10-86.051, n° 10-82.902 et n° 10-82.306
- Crim. 24 novembre 2010, *Bull. crim.*, n° 130
- Cass. crim., 31 mai 2011, n° 10-80.034, n° 11-81.412, n° 10.88-293 et n° 10-88.809

- Crim. 12 octobre 2011, *Bull. crim.*, n° 208
- Crim. 12 octobre 2011, *Bull. crim.*, n° 207
- Crim. 12 octobre 2011, *Bull. crim.*, n° 206
- Crim. 12 avril 2012, n° 12-90.004
- Crim. 31 janvier 2012, *Bull. crim.*, n° 29
- Crim., 13 juin 2012, n° 11-84.092

QPC DE NON-TRANSMISSION

- Cass. QPC, 16 avr. 2010, n° 10-40.002
- Crim. QPC, 7 mai 2010, non publié au bulletin, n° 09-15.034
- Crim. QPC, 7 mai 2010, non publié au bulletin, n° 09-80.774
- Crim. QPC, 19 mai 2010, non publié au bulletin, n° 09-82.582
- Crim, QPC, 31 mai 2010, *Bull. crim.*, n° 09-87.578, n° 10-80637 et n° 10-80649
- Crim. QPC, 11 juin 2010, non publié au bulletin, n° 09-87.884
- Crim. QPC, 25 juin 2010, non publié au bulletin, n° 10-90.068
- Crim, QPC, 31 mai 2010, non publié au bulletin, n° 09-87.578
- Crim. QPC, 28 sept. 2010, non publié au bulletin, n° 10-90.096
- Crim. QPC, 5 oct. 2010, non publié au bulletin, n° 10-83.090
- Crim. QPC, 13 octobre 2010, non publié au bulletin, n° 10-82.865
- Crim., QPC, 10 nov. 2010, n° 6376, pourvoi n° 10-85.678
- Crim. QPC, 23 novembre 2010, non publié au bulletin, n° 10-86.067
- Crim. QPC, 30 novembre 2010, non publié au bulletin, n° 10-90.076, n° 30-11-2010
- Crim., QPC, 11 janvier 2011, non publié au bulletin, n° 10-90.116
- Crim., QPC, 15 février 2011, non publié au bulletin, n° 10-90124
- Crim. QPC, 9 mars 2011, non publié au bulletin, n° 10-87.103
- Crim. QPC, 9 mars 2011, non publié au bulletin, n° 10-87.542
- Crim. QPC, 15 mars 2011, non publié au bulletin, pourvoi n° 10-90126

- Crim. QPC, 6 avril 2011, non publié au bulletin, n° 10-85.470
- Crim. QPC, 27 avril 2011, non publié au bulletin, n° 11-90.013
- Cass. QPC, 3 mai 2011, n° 11-90.012
- Crim. QPC, 10 mai 2011, non publié au bulletin, n° 11-90.019
- Crim. QPC, 1er juin 2011, non publié au bulletin, n° 11-90.039
- Crim. QPC, 7 juin 2011, non publié au bulletin, n° 11-90.043
- Crim. QPC, 11 juin 2010, n° 09-87.884
- Crim., QPC, 15 juin 2011, *Bull. crim.*, n° 132
- Crim. QPC, 1 septembre 2011, non publié au bulletin, n° 11-84.268
- Crim. QPC, 5 octobre 2011, *Bull. crim.*, n° 19
- Crim. QPC, 16 juillet 2010, non publié au bulletin, n° 10-80.551
- Crim. QPC, 19 octobre 2010, *Bull. crim.*, n° 164
- Crim. QPC, 10 novembre 2010, *Bull. crim.*, n° 180
- Crim., QPC, 30 novembre 2010, non publié au bulletin, n° 10-90109
- Crim. QPC, 3 mai 2011, *Bull. crim.*, n° 89
- Crim. QPC, 16 juin 2011, *Bull. crim.*, n° 136
- Crim. QPC, 21 juin 2011, non publié au bulletin, n° 11-90.046
- Crim. QPC, 17 août 2011, non publié au bulletin, n° 11-90063
- Crim. QPC, 17 août 2011, non publié au bulletin n°11-84504
- Crim., QPC 31 août 2011, non publié au bulletin, n° 11-90069
- Crim. QPC, 13 septembre 2011, non publié au bulletin criminel, n° 11-90.077
- Crim., QPC, 15 juin 2011, n° 1183703
- Crim. QPC, 13 sept. 2011, n° 11-90079
- Crim. QPC, 5 octobre 2011, *Bull. crim.*, n° 196
- Crim. QPC, 11 octobre 2011 n° 10-87.212, *Bull. crim.*, n° 202
- Crim. QPC, 6 décembre 2011, non publié au bulletin, n° 11-90.091

- Crim. QPC, 22 janvier 2012, non publié au bulletin, n° 12-90.064
- Crim. 3 avril 2012, non publié au bulletin, n° 12-90.005
- Crim. QPC, 4 avril 2012, non publié au bulletin, n° 11-90.100
- Crim. QPC 11 avril 2012, n° 10-86.974
- Crim, QPC 12 avril 2012, n° 12-90.004
- Crim. QPC, 2 mai 2012, non publié au bulletin, n° 12-90.012
- Crim. QPC, 9 mai 2012, non publié au bulletin, n° 12-81.242
- Crim., QPC, 10 mai 2012, n° 11-87.328
- Crim. QPC, 5 juin 2012, non publié au bulletin, n° 11-88.744
- Crim. QPC, 6 juin 2012, non publié au bulletin, n° 12-90.013
- Crim. QPC, 6 juin 2012, non publié au bulletin, n° 12-90.016
- Crim. QPC, 13 juin 2012, non publié au bulletin, n° 12-90.025
- Crim. QPC, 26 juin 2012, n° 12-80.319
- Crim. QPC, 27 juin 2012, non publié au bulletin, n° 12-90.028
- Crim. QPC, 11 juillet 2012, *Bull. crim.*, n° 170
- Crim. QPC, 11 juillet 2012, non publié au bulletin, n° 11-88.664
- Crim., QPC, 11 juillet 2012, n° 11-88.430
- Crim., QPC, 11 sept. 2012, n° 12-84.172
- Crim. QPC, 12 septembre 2012, non publié au bulletin, n° 12-80.374
- Crim. QPC, 2 octobre 2012, n° 11-84.415
- Crim. QPC, 3 octobre 2012, n° 12-90.052
- Crim. QPC, 10 octobre 2012, *Bull. crim.*, n°15
- Crim. 5 décembre 2012, non publié au bulletin, n° 12-90.062
- Crim. QPC, 12 décembre 2012, non publié au bulletin, n° 12-85.585
- Crim. QPC, 19 décembre 2012, non publié au bulletin, n° 11-88.664
- Crim., QPC, 22 août 2012, non publié au bulletin, n° 12-90.043

- Crim., QPC, 22 janv. 2013, n° 1290065, n° 12-90.064
- Crim. QPC, 26 février 2013, non publié au bulletin, n° 12-82.985
- Cass. crim., QPC, 16 avr. 2013, n° 13-90010, n° 13-90008,
- Cass. crim., QPC 14 mai 2013, n° 13-90005
- Cass. crim., QPC 28 mai 2013, n° 12-87266
- Crim. QPC, 25 juin 2013, *Bull. crim.*, n° 156
- Crim. QPC, 26 juin 2013, *Bull.crim.*, n° 12-88284
- Cass. crim., QPC, 24 juill. 2013, n° 13-90013
- Crim QPC, 21 août 2013, n° 1390021
- Crim., QPC, 24 sept. 2013, pourvoi n° 12-87.059
- Crim crim., QPC, 4 déc. 2013, n° 13-86.153
- Cass. crim., QPC, 1^{er} oct. 2013, n° 1381240
- Crim., QPC, 7 janv. 2014, n° 13-90.030
- Crim. QPC, 9 avril 2014, non publié au bulletin, n° 14-90.007
- Crim., QPC, 3 déc. 2014, n° 14-82526
- Cass. crim., QPC, 5 mai 2015, n° 15-8183
- Crim., QPC, 6 mai 2015, n° 14-87984
- Crim., QPC, 13 mai 2015, n° 14-86873
- Cass. crim., QPC, 20 mai 2015, n° 14-86842
- Crim., QPC, 24 juin 2015, n° 15-82123
- Crim., QPC, 15 mars 2016, n° 15-90.022
- Crim. QPC, 9 mars 2016, n° 15-84.491, *inédit*
- Crim., QPC, 30 mars 2016, n° 15-84.511
- Cass. crim., QPC, 27 juill. 2016, n° 16-80.694
- Crim., QPC, 18 oct. 2016, n° 15-84.940
- Crim., QPC, 13 déc. 2016, n° 16-90.025, *inédit*.

QPC DE TRANSMISSION

- Cass. crim., QPC, 19 janv. 2011, pourvois n° 10-85.305 et n° 10-85.159
- Crim. QPC, 22 juin 2011, n° 10-84.992
- Crim. QPC, 29 février 2012, n° 11-85.377
- Crim. QPC, 20 août 2014, n° 14-80.394
- Crim. QPC, 15 mars 2016, n° 15-90.022
- Crim. QPC, 25 mai 2016, n° 16-82.377
- Crim., QPC, 18 oct. 2016, n° 16-90.022, n° 16-90.023
- Crim., QPC, 19 oct. 2016, n° 5378
- Crim., QPC, 19 oct. 2016, n° 16-81.743
- Crim. QPC, 16 nov. 2016, n° 16-82.377
- Crim., QPC, 29 nov. 2016, n° 5797

COUR D'APPEL

- CA Aix-en-Provence, 10e chambre, 26 janv. 2011 QPC, n° 10/21317
- CA Grenoble 15 avril 2011 QPC, n° 09-045.87
- CA Paris - Paris - PÔLE 05 CH. 11, 18 nov. 2011 QPC, n° 11/08991
- CA Saint-Denis, 20 février 2012 QPC, n° 11/00234

TRIBUNAUX

QPC DE NON-TRANSMISSION

- T. corr. de Créteil, 24 mai 2011, *Gaz. Pal.*, n° 312, p. 19
- T. corr. de Créteil, 27 mai 2011, *Gaz. Pal.*, n° 312, p. 19
- T. corr. de Créteil, 21 juin 2011, *Gaz. Pal.*, n° 312, p. 19
- T. corr. Saint-Denis de la Réunion, 13 oct. 2011, n° 1218/2011.
- T. corr. Nantes, 4 août 2014, n° 427/14

VII -CONCLUSIONS, NOTES, OBSERVATIONS, ET RAPPORTS SOUS DÉCISIONS DE JUSTICE

BACHELET (O.)

Note, *Gaz. Pal.*, 2010, p. 14, I2572, sous Cons. const. 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC

Note, *Gaz. Pal.*, 2011, p. 7, n°158, sous Crim. 31 mai 2011 ; n° 11-81.412 ; n° 10-80.034 ; n° 10-88.809 ;

HERZOG-EVANS (M.)

Observation, *AJPénal.*, 2012, p. 356, sous Crim. 5 octobre 2011, n° 11-90.087

MESA (R.)

Observation, *Gaz. Pal.*, 2013, n°304, p. 9, sous Crim. 24 sept 2013, n° 12-87.059

.Canadiennes

COUR SUPRÊME DU CANADA

AFFAIRES CIVILES

-*Regina v. Rao* (1984) 12 CCC 97

-*Hunter c. Southam Inc.*, (1984), 2 RCS 145

-*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, (1985), 1 RCS 721, 746

-*Vriend c. Alberta*, (1998), 1 RCS 493

-*Schachter c. Canada*, (1992) 2 RCS 75

AFFAIRES CRIMINELLES

-*R. c. Whitfield*, [1970], RCS 46

-*Wolf c. La Reine* [1975], 2 RCS 107

-*R. c. Gardiner*, [1982] 2 RCS 368

-*R. c. Turpin*, [1989] 1 RCS 1296

-R. c. *Sussex J.J. Ex parte McCarthy*, (1924), 1 KB 256.
-R. v. *Sorko*, [1969] 4 CCC 241 (C.A.C.-B.)
-R. c. *Rahey*, [1987] 1 RCS 588
-R. c. *Morgentaler*, [1988], 1 RCS 30
-R. c. *Gamble*, [1988] 2 RCS 595
-R. c. *Oakes*, (1983) 32 CR (3d) 193 (Ont. C.A)
-R. c. *Plant*, [1993] 3 RCS 281
-R. c. *Big M drug* (1985) 1 RCS 295
-R. c. *Therens*, (1985) 1 RCS 613
-R. c. *Edwards Books and Art Ltd.* (1986), 2 RCS 713
-R. c. *Mills*, (1986) 1 RCS 863
-R. v. *McLean* (1986), 52 CR (3d) 262 (C.S.C.-B.)
-R. c. *Wigglesworth*, [1987] 2 RCS 541.
-R. c. *Smith*, (1987) 1 RCS 1045
-R. c. *Manninen*, [1987] 1 RCS 1233
-R. c. *Collins*, [1987] 1 RCS 265
-R. c. *Strachan*, (1988), 2 RCS 980
-R. c. *Stevens* (1988) 1 RCS 1153
-R. c. *Dyment*, (1988) 2 RCS 417
-R. c. *Hufsky*, [1988] 1 RCS 621
-R. c. *Borowski* (1989), RCS 342
-R. c. *Hébert*, (1990) 2 RCS 151
-R. c. *Askow*, (1990) 2 RCS 119
-R. c. *Hess*, (1990) 2 RCS 906
-R. c. *Hebert*, [1990] 2 RCS 151.176
-R. c. *Nguyen*, (1990) 2 RCS 906
-R. c. *Brydges*, (1990) 1 RCS 190

-R. c. *Seaboyer*, (1991) 2 RCS 577
-R. c. *Furtney*, [1991] 3 RCS 89
-R. c. *Swain*, (1991) 1 RCS 933
-R. c. *Wholesale Travel Group Inc*, (1991) 3 RCS 154
-R. c. *Morales* (1992) 3 RCS 711
-R. c. *Hasselwander*, 1993 (CSC), [1993] 2 RCS 398
-R. c. *Prosper*, [1994] 3 RCS 236
-R. c. *Suberu*, [2009], CSC 32
-R. c. *Borden*, [1994] 3 RCS 145, 166.
-R. c. *Oakes*, [1986], 1 RCS, 103.
-R. c. *Généreux*, [1992] 1 RCS 259
-R. c. *Nova Scotia Pharmaceutical society*, [1992] 2 RCS 608.
-R. c. *DeSousa* [1992], 2 RCS, 944
-R. c. *Pearson*, [1992] 3 RCS 665
-R. c. *Grant*, (1993), 1 SCR 890
-R. c. *Dersch*, (1993) 3 RCS 295
-R. c. *Plant*, [1993] 3 RCS 281
-R. c. *Goltz*, [1991] 3 RCS 485
-R. c. *Jobidon*, [1991], 2 RCS, 714
-*Rodriguez c. Colombie-Britannique (P.G.)* [1993] 3 RCS 519
-R. c. *Heywood*, (1994) 3 RCS 761
-R. c. *Laba* (1994) 3 RCS 965
-R. c. *O'Connor*, [1995] 4 RCS 411
-R. c. *Edwards*, [1996] 1 RCS 128.
-R. c. *M. (C.A.)*, [1996] 1 RCS 500
-R. c. *Caslake*, [1998] 1 RCS 51
-R. c. *Bernard*, [1998], 2 RCS 833

-R. c. *Dixon*, [1998] 1 RCS 244
-R. c. *Morrissey*, [2000] 2 RCS 90
-R. c. *Darrach*, [2000] 2 RCS 443
-R. c. *Ruzic* (2001) 1 RCS 687
-R. c. *974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 RCS 575
-R. c. *Sharpe* (2001) 1 RCS 45
-R. c. *Mentuck*, [2001] 3 RCS 442
-R. c. *Law*, [2002] 1 RCS 227
-R. c. *Hall* (2002) CSC 64
-R. c. *Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 RCS 631
-R. c. *Asante-Mensah*, [2003], 2 RCS 3
-R. c. *Malmo-Levine*, [2003], SCC 74
-R. c. *S.A.B.*, [2003] 2 RCS 678
-R. c. *Buhay*, [2003] 1 RCS 631
-R. c. *Demers* (2004) RCS 489
-R. c. *Mann*, [2004] 3 RCS 59
-R. c. *Tessling*, 2004 CSC 67
-R. c. *Shepberd*, 2009 CSC 35
-R. c. *Harrison*, 2009 CSC 34
-R. c. *Patrick*, [2009] 1 RCS 579
-R. c. *Morelli*, [2010] CSC 8
-R. c. *Sinclair*, [2010] 2 RCS 310
-R. c. *Willier*, [2010] 2 RCS 429.
-R. c. *Vu*, [2013] CSC 60
-R. c. *Levkovic*, [2013], 2 RCS 204, 2013, CSC 25
-*Bedford c. Canada [Procureur général]*, [2013] ACS 72.
-R. c. *Spencer*, 2014 CSC 43

-*R. c. Fearon*, 2014 CSC 77

-*R. c. Quesnelle*, [2014], 2 RCS 390

-*R. v. Nur* [2015] SCC 2015

-*Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 RCS 331, 2015 CSC 5

-*Guindon c. Canada*, [2015] 3 RCS 3, 2015 CSC 41

-*R. c. Lloyd*, [2016] 1 RCS 130

-*Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, [2016] ACS n° 7.

COUR D'APPEL

-*R. c. Chief*, (1989), 74 CR (3d) 57, 71

-*Regina v. Rao*, (1984), 12 CCC 97 (C.A.Ont)

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les numéros renvoient aux numéros de paragraphe)

A

- Auteurs des moyens d'inconstitutionnalité, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 117
- Atteintes aux droits et libertés fondamentaux, 262 et s
- Ambiguïté des dispositions pénales, 321 et s.
- Actes de procédures, 168, 169, 170
- Assises constitutionnelles, 18
- Accessibilité des lois pénales, 77

C

- Casuistique, 23
- Compétences des juges canadiens, 31
- Conseil constitutionnel,
 - Compétences du Conseil constitutionnel, 33
 - Composition du Conseil constitutionnel, 377
- Conception du contrôle *a posteriori*, 15
- Considérations factuelles, 55, 56, 57, 362
- Conventionnalité, 242, 243
- Convention (Cour) européenne des droits de l'homme, 244
- Cour d'assises, 117, 118, 119, 121
- Changement de circonstances, 134, 136
 - de fait ou de droit, 135
- Common law*, 21, 22
- Clarté de la loi pénale, 71, 76
- "Constitutionnalisation-intégration", 285
- Contrôle de constitutionnalité *a posteriori* indirects, 338
- Culture juridique, 391

D

- Destinataires des moyens d'inconstitutionnalité, 116, 117, 118, 119, 122.
- Droit transitoire, 203
 - Mise en oeuvre des droits transitoires jurisprudentiels, 339 et s.
 - Dispositifs transitoires jurisprudentiels procéduraux en France, 340
 - Dispositifs transitoires jurisprudentiels procéduraux au Canada, 344
 - Dispositifs transitoires jurisprudentiels substantiels au Canada, 345
 - Fonction des dispositifs jurisprudentiels transitoires jurisprudentiels, 346 et s.
- Dialogue des juges, 217, 218, 219, 257, 258, 259
- Diffus, 31, 265, 266, 360, 356
- Déclaration d'inconstitutionnalité
 - Immédiate, 182
 - Différée, 190
- Droit objectif, 45
- Droit à la sûreté, 90
- Détention, 93, 174, 175
- Droit à l'assistance d'un avocat, 98
- Droit au juge, 102
- Droit d'accès à un tribunal, 245 et s.

E

- Effet utile**, 184 et s.
- extension, 184
- limitation, 185
- Refus, 186
- Exception, 187
- Effectivité des décisions constitutionnelles, 227, 228, 229
- Exception d'inconstitutionnalité**
35, 37, 40, 61
- Erga omnes*, 52
- Expectative raisonnable des justiciables en matière de vie privée**, 91
- Egalité devant la loi pénale**, 78, 81, 106, 247
- Effets dans le temps**, 180
- Exemption constitutionnelle**, 210, 211, 212

F

- Fédéral**, 32
- Finalités des contrôles *a posteriori***, 41

G

- Garde-à-vue**, 99
- Grief d'inconventionnalité, 370

I

- Inter partes*, 53
- Injonctions**, 256, 259
- Imprécision constitutionnelle**, 67, 68, 69, 290 et s.
- Inertie du législateur**, 233
- Infractions sexuelles**, 292
- Infractions en lien avec le terrorisme**, 293

J

- Jurisprudence criminelle**

Utilisation de la jurisprudence criminelle, **284, 285, 306**

L

- Principe de légalité criminelle**
280, 286, 287, 294, 351
- Dimension formelle, 286 et s.
- Dimension matérielle, 287, 289 et s.
- Corollaires du principe de légalité criminelle
- principe d'interprétation stricte, 305 et s.
- principe de non-rétroactivité, 309, 310
- principe de rétroactivité *in mitius*, 311, 312
- Prévisibilité des lois pénales**, 295, 296, 298
- Liberté d'intervention législative en France**, 260
- Liberté d'intervention législative au Canada**, 261

M

- Moyen d'inconstitutionnalité**
- Invocation, 107
- Recevabilité, 123, 127, 128, 129, 130, 131
- Caractère incident, 40
- Caractère théorique, 49
- Caractère abstrait, 57, 59, 132
- Caractère concret, 24, 25, 60, 395
- Modulation des effets dans le temps**, 196, 197
- Motivation**,
- Motivation des décisions QPC par la Cour de cassation, 387
- Motivation des décisions constitutionnelles par la Cour suprême du Canada, 388

N

Nécessité

- Des incriminations, 146, 144, 147
- Des peines, 155, 156, 158
- Normes de référence, 139 et s.
- Normes européennes, 369
- Nouveauté de la contestation constitutionnelle, 270 et s.
- Appréciation restrictive, 275
- Appréciation souple en France, 276
- Appréciation souple au Canada, 277

O

- Objet du contrôle *a posteriori*, 26, 27, 28

P

-Proportionnalité

- Des incriminations, 150, 152
- Des peines, 155, 161, 163, 164, 167
- Peines
- Notion au Canada, 84
- Notion en France, 83, 85
- Préjudiciel, 134
- Pertinence de la contestation constitutionnelle, 263 et s.
- Pouvoir jurisprudentiel normatif, 326 et s.
- Contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation, 383

Q

- Question prioritaire de constitutionnalité, 35, 37, 40
- conception, 35, 37, 40
- évolution structurelle de la QPC, 380
- caractère prioritaire, 370
- Questions sérielles, 361

- Qualité des lois pénales, 295, 296, 298

R

- Recours en inconstitutionnalité, 34, 36, 38, 39
- Relevé d'office, 115
- Rétroactivité procédurale
- proposée, 192
- imposée, 191
- Règle du *precedent*, 246 et s.
- Réserves
- d'interprétation neutralisante du Conseil constitutionnel, 328, 329
- d'interprétation normatives par la Cour de cassation, 334, 335, 352
- d'interprétation d'interprétation à usage inverse, 336
- Réforme de la Cour de cassation, 343, 382, 385

S

- Sanction
- ayant le caractère de punition,
- Système de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, 17, 19, 29
- Sursis à statuer, 187, 188, 189
- Suspension d'invalidité, 193
- Sécurité juridique, 313, 314, 315
- Séparation des pouvoirs, 302, 303
- Semi-diffus, 354, 363, 372

T

- Test d'*Oakes*, 153, 154, 155

**-Théorie de la démocratie délibérative
canadienne, 257, 258, 259**
-Théorie de la Constitution claire, 321
-Technique du revirement “anti-QPC”, 336
**-Technique de l’interprétation conforme,
319**

U

-Union européenne, 371

V

-Victime dans le procès pénal canadien, 110
-Victime dans le procès pénal français, 113

-Technique du *reading in*, 330
-Technique du *readin down*, 332
-Technique de la dissociation, 331

TABLE DES MATIÈRES

AVERTISSEMENT

REMERCIEMENTS

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
I. LE PHÉNOMÈNE DE CONSTITUTIONNALISATION DES DROITS PÉNAUX FRANÇAIS ET CANADIEN.....	4
II. LE CADRE DE L'ÉTUDE COMPARÉE DE DROIT PÉNAL CONSTITUTIONNEL.....	14
A. Pourquoi comparer ?.....	14
B. Comment comparer ?.....	18
III. LA PROBLÉMATIQUE DE L'ÉTUDE COMPARÉE DE DROIT CONSTITUTIONNEL-PÉNAL.....	23

PREMIÈRE PARTIE : LA PROTECTION DES DROITS DES JUSTICIABLES À L'ÉPREUVE DE L'OBJET DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS PÉNALES *A POSTERIORI*

TITRE I. LA PROTECTION DES DROITS DES JUSTICIABLES PÉNAUX À L'ÉPREUVE DE L'EXAMEN DE LA CONTESTATION CONSTITUTIONNELLE..29

Chapitre I : La protection des droits des justiciables pénaux à l'épreuve de la détermination de la norme objet du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.....31

Section I. La protection des droits des justiciables pénaux à l'épreuve des fondements de la norme « objet » du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.....32

§1 : La divergence de conceptions du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.....33

A. L'identification de la divergence quant à la nature du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.....33

1) Le concept de*common law*.....34

2) La définition du contrôle concret de constitutionnalité *a posteriori*.....38

B.	L'identification de la divergence quant à l'objet du contrôle de constitutionnalité <i>a posteriori</i>	41
1)	Le contrôle de constitutionnalité <i>a posteriori</i> en France : un contrôle sur la validité des normes juridiques.....	42
2)	Le contrôle de constitutionnalité <i>a posteriori</i> au Canada : un contrôle sur l'applicabilité des normes juridiques.....	43
§2 :	Les conséquences de la divergence de conceptions pour le système de contrôle de constitutionnalité <i>a posteriori</i>	46
A)	L'adhésion à un type de contrôle de constitutionnalité <i>a posteriori</i>	47
1)	La compétence dispersée des juges canadiens en matière de contrôle de constitutionnalité <i>a posteriori</i>	47
2)	La compétence exclusive du Conseil constitutionnel en matière de contrôle de constitutionnalité <i>a posteriori</i>	50
B)	L'adhésion à un type de recours en inconstitutionnalité.....	51
1)	La justification de l'exclusion de certaines recours en inconstitutionnalité au Canada au regard de la question prioritaire de constitutionnalité.....	51
2)	La justification de la comparaison de la question prioritaire de constitutionnalité au regard de l'exception d'inconstitutionnalité.....	54
Section II. La protection des droits des justiciables pénaux à l'épreuve des finalités de la norme « objet » du contrôle de constitutionnalité <i>a posteriori</i>		
58		
§1 :	Les finalités divergentes des moyens d'inconstitutionnalité.....	58
A)	La divergence des contentieux constitutionnels français et canadiens au sein des procès pénaux.....	59
1)	La prévalence de la protection du droit objectif sur la préservation des droits subjectifs en France.....	59
2)	La prévalence de la protection des droits subjectifs sur le droit objectif au Canada...65	65
B)	La divergence de portées des moyens d'inconstitutionnalité.....	70
1)	La déclaration d'inconstitutionnalité en France : une décision d'abrogation de la loi.....	70
2)	La déclaration d'inconstitutionnalité au Canada : une censure de l'application de la loi.....	72
§2 :	Les appréciations divergentes des moyens d'inconstitutionnalité.....	75
A)	L'assise factuelle divergente dans l'examen des moyens d'inconstitutionnalité.....	76

1) Les considérations factuelles prépondérantes dans l'examen de la contestation constitutionnelle au Canada.....	76
2) Les considérations factuelles exceptionnelles dans l'examen de la contestation constitutionnelle en France.....	78
B) L'étendue divergente des moyens d'inconstitutionnalité.....	80
1) L'évolution progressive de l'étendue des moyens d'inconstitutionnalité en France....	81
2) L'influence indéniable du contrôle concret de constitutionnalité <i>a posteriori</i> sur l'étendue du moyen d'inconstitutionnalité canadien.....	85
CONCLUSION DU CHAPITRE I TITRE I.....	87

Chapitre II : La protection des droits des justiciables pénaux à l'épreuve de la détermination de la norme de référence du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*...88

Section I : L'identification des normes de référence lors d'une contestation constitutionnelle au sein du procès pénal.....	89
§1 : Les droits fondamentaux du justiciable en droit pénal de fond.....	90
A) Le champ d'application des normes constitutionnelles par rapport aux incriminations.....	91
1) Les exigences découlant de la qualité de la loi pénale.....	92
a) Les fondements du contrôle des qualités formelles et matérielles des lois pénales.....	92
b) Le contenu des qualités formelles et matérielles des lois pénales.....	96
i) Le contenu de l'exigence de clarté et de précision.....	97
ii) Le contenu de l'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité.....	107
2) Les exigences découlant de l'égalité devant la loi pénale.....	110
B) Le champ d'application des normes constitutionnelles par rapport aux sanctions pénales.....	116
1) L'autonomie de la notion constitutionnelle de peine en France et au Canada.....	117
2) Les conséquences de l'application des normes constitutionnelles sur les garanties constitutionnelles en matière répressive.....	123
§2) Les droits fondamentaux du justiciable pénal en droit pénal de forme.....	127
A) Les droits fondamentaux des justiciables durant la phase pré-sententielle du procès pénal.....	128
1) Les principes protecteurs de la liberté individuelle.....	129
a) La protection contre les fouilles et perquisitions abusives	130
b) La protection contre la détention arbitraire.....	133

2)	Les principes protecteurs des droits de la défense durant la phase pré-sententielle du procès pénal.....	137
a)	Le droit à l'assistance d'un avocat sous l'impulsion de l'avènement de la <i>Charte canadienne des droits et libertés au Canada</i>	138
b)	Le droit à l'assistance d'un avocat lors de la garde à vue sous l'impulsion de la question prioritaire de constitutionnalité en France.....	139
B)	Les droits fondamentaux du justiciable pendant la phase de jugement au sein du procès pénal	143
1)	Les garanties institutionnelles protégeant le droit au juge.....	144
2)	Les garanties de l'effectivité du droit au juge	147

Section II : La divergence dans le déclenchement des moyens d'inconstitutionnalité au sein du procès pénal..... 150

§1 : La divergence quant à l'invocation des moyens d'inconstitutionnalité au sein du procès pénal..... 151

A)	La divergence quant aux auteurs des moyens d'inconstitutionnalité.....	151
1)	La domination de la procédure accusatoire dans le procès pénal canadien.....	152
2)	La domination de la procédure inquisitoire dans le procès pénal français.....	156
B)	La divergence quant aux destinataires des moyens d'inconstitutionnalité.....	162
1)	Le particularisme des instances pénales en France.....	162
2)	L'absence de spécialisation des juridictions au Canada.....	166

§2 : La divergence quant à la recevabilité des moyens d'inconstitutionnalité au sein du procès pénal..... 166

A)	Les conditions de recevabilité des moyens d'inconstitutionnalité devant les juridictions relevant de la Cour de cassation et devant la Cour de cassation.....	167
1)	Les conditions de recevabilité des moyens d'inconstitutionnalité devant les juridictions relevant de la Cour de cassation	167
2)	Les conditions de recevabilité des moyens d'inconstitutionnalité devant la Cour de cassation.....	171
B)	Les conditions de recevabilité des moyens d'inconstitutionnalité devant le Conseil constitutionnel.....	176
1)	L'exercice objectif du contrôle de constitutionnalité des lois pénales <i>a posteriori</i> par le Conseil constitutionnel.....	176

2) Les conséquences de l'exercice objectif du contrôle de constitutionnalité <i>a posteriori</i> par le Conseil constitutionnel sur la protection des droits des justiciables pénaux.....	183
---	-----

CONCLUSION DU CHAPITRE II DU TITRE I.....186

TITRE II : LA DIVERGENCE QUANT A LA RÉOLUTION DE LA CONTESTATION CONSTITUTIONNELLE AU SEIN DU PROCÈS PÉNAL.....187

Chapitre I : La protection des droits des justiciables à l'épreuve de l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois pénales <i>a posteriori</i>	188
---	-----

Section I : La divergence quant à l'exercice du contrôle de conformité des lois d'incrimination et des peines.....	190
--	-----

§1 : La divergence de protection des droits des justiciables pénaux lors de l'exercice du contrôle de conformité des incriminations.....	191
--	-----

A) Le contrôle principalement convergent de la nécessité des incriminations.....	192
--	-----

1) Les fondements divergents du contrôle de la nécessité des incriminations.....	193
--	-----

2) Les portées principalement convergentes du contrôle de nécessité des incriminations....	196
--	-----

B. Le contrôle principalement divergent de la proportionnalité des incriminations.....	201
--	-----

1) Le contrôle principalement restreint de la proportionnalité des incriminations par le Conseil constitutionnel.....	202
---	-----

2) Le contrôle principalement entier de la proportionnalité des incriminations par la Cour suprême du Canada.....	204
---	-----

§2 : La divergence de protection des droits des justiciables pénaux lors de l'exercice du contrôle de conformité des peines.....	208
--	-----

A. La convergence quant à l'exercice du contrôle de la nécessité des peines.....	208
--	-----

1) Le contrôle principalement restreint de la nécessité des peines en France.....	209
---	-----

2) Le contrôle principalement restreint de la nécessité des peines au Canada.....	212
---	-----

B. La divergence quant à l'exercice du contrôle de la proportionnalité des peines.....	213
--	-----

1) L'approche objective du contrôle de proportionnalité des peines en France.....	213
---	-----

2) L'approche contextuelle du contrôle de proportionnalité des peines au Canada.....	219
--	-----

Section II : La divergence de protection des droits des justiciables pénaux lors de l'exercice du contrôle de conformité des lois de procédure.....	223
---	-----

§1. Les conditions de mise en œuvre des actes procéduraux intrusifs : un critère de contrôle secondaire en France	225
---	-----

A) Les limites du contrôle de constitutionnalité abstrait <i>a posteriori</i> au regard du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine.....	225
---	-----

B) Les limites du contrôle de constitutionnalité abstrait <i>a posteriori</i> au regard du principe de la présomption d'innocence.....	227
§2 : Les conditions de mise en œuvre des mesures procédurales intrusives : un critère de contrôle prioritaire au Canada.....	229
A. L'inévitable contrôle concret <i>a posteriori</i> dans le cas de la détention avant procès d'un accusé	230
B. L'inévitable contrôle concret <i>a posteriori</i> dans le cas de la détention automatique d'un accusé.....	231
CONCLUSION DU CHAPITRE I TITRE II.....	233

Chapitre II : La protection des droits des justiciables à l'épreuve des effets du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*234

Section I : La divergence quant aux effets dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité au sein du procès pénal.....235

§1 : La divergence quant aux régimes juridiques intrinsèques des effets dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité au sein du procès pénal.....236

A) La divergence quant aux prescriptions constitutionnelles des effets dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité au sein du procès pénal.....236

1) Le principe : l'application immédiate de la décision d'inconstitutionnalité au procès pénal en cours.....237

2) L'exception : l'absence d'application immédiate de la décision d'inconstitutionnalité au procès pénal en cours.....248

B. La divergence quant à la modulation des effets dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité au sein du procès pénal.....252

1) La conceptualisation principalement contextuelle des inconstitutionnalités au Canada.....253

2) La conceptualisation principalement abstraite des inconstitutionnalités en France.....254

§2 : La divergence quant aux suites juridiques extrinsèques des décisions d'inconstitutionnalité au sein du procès pénal.....259

A) En cas de censure immédiate de la loi pénale inconstitutionnelle.....259

1) Les limites de l'effet abrogatif immédiat d'une disposition inconstitutionnelle en France.....260

2) Les potentiels palliatifs canadiens aux conséquences d'une déclaration d'inconstitutionnalité immédiate.....264

B. En cas de censure différée de la loi pénale inconstitutionnelle.....268

1) Les limites de l'effet abrogatif différé d'une disposition inconstitutionnelle.....268

2) Les potentiels palliatifs canadiens aux conséquences d'une déclaration d'inconstitutionnalité suspendue.....	271
Section II : La divergence quant aux effets dans l'espace des effets des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal	277
§1) La divergence quant à l'application des décisions d'inconstitutionnalité au sein du procès pénal par le pouvoir judiciaire.....	278
A) L'application conditionnée et non sanctionnée des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal par les juges <i>a quo</i> en France.....	278
1) La garantie juridictionnelle conditionnée de la Constitution au sein du procès pénal par l'intervention des juges judiciaires.....	279
2) La garantie juridictionnelle non sanctionnée de la Constitution au sein du procès pénal.....	290
B) L'application non conditionnée des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal par les juges au Canada.....	291
1) La justification par la conception concrète du contrôle de constitutionnalité des lois <i>a posteriori</i>	291
2) La justification par le caractère incident des décisions constitutionnelles canadiennes.....	293
§2 : La divergente quant à la réception des décisions constitutionnelles par le pouvoir législatif.....	294
A) La liberté d'intervention des parlements en cas de censure des lois pénales inconstitutionnelles.....	295
1) La liberté d'intervention du législateur en cas de censure immédiate des lois pénales inconstitutionnelles et l'effectivité compromise des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal en France.....	290
2) La liberté d'intervention du législateur en cas de censure immédiate des lois pénales inconstitutionnelles et l'effectivité garantie des décisions constitutionnelles au sein du procès pénal au Canada	295
B. La liberté d'intervention des parlements en cas de censure différée des lois pénales inconstitutionnelles.....	301
1) L'influence des censures différées des lois pénales inconstitutionnelles sur les délais et contenus de la production législative pénale en France.....	301
2) L'influence des censures différées des lois pénales inconstitutionnelles sur les délais et contenus de la production législative pénale au Canada.....	302
CONCLUSION DU CHAPITRE II DU TITRE II.....	307
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	309

**SECONDE PARTIE : L'EXERCICE DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ
DES LOIS PÉNALES *A POSTERIORI* AU SERVICE DE LA PROTECTION DES
DROITS DES JUSTICIABLES**

**TITRE I : L'EXERCICE DES CONTRÔLES DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS
PÉNALES *A POSTERIORI* AU SERVICE D'UN RAPPROCHEMENT DES DROITS
PÉNAUX SUBSTANTIELS FRANÇAIS ET CANADIENS315**

Chapitre I : Le rapprochement de l'appréciation des atteintes aux droits et libertés français et canadien par l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori*.....316

Section I : Le rapprochement de l'office des juges judiciaires français et canadien comme Cour suprême.....317

§1 : Le renforcement de la Cour de cassation comme « Cour suprême » à l'image de la Cour suprême du Canada.....318

A) La Cour de cassation, garante de l'ordre constitutionnel à l'image de la Cour suprême du Canada.....319

1) La Cour de cassation, garante de l'ordre constitutionnel par le jeu des non-renvois des questions prioritaires de constitutionnalité.....320

2) La Cour suprême du Canada, garante de l'ordre constitutionnel par le jeu de la règle du *stare decisis*.....323

B) La Cour de cassation, garante de l'unité de la jurisprudence criminelle à l'image de la Cour suprême du Canada.....324

1) Un contrôle commun de l'application uniforme des normes constitutionnelles au sein du procès pénal.....325

2) Un contrôle commun de l'interprétation uniforme des normes constitutionnelles au sein du procès pénal.....328

§2 : La mutation du Conseil constitutionnel comme « Cour suprême » à l'image de la Cour suprême du Canada.....330

A) Le Conseil constitutionnel et le pouvoir d'interprétation de la loi pénale à l'image de la Cour suprême du Canada.....330

1) L'appartenance de la France et du Canada à deux systèmes opposés d'organisation des cours constitutionnelles.....331

2) Le contrôle commun de l'interprétation « consolidée » des lois pénales par les juges constitutionnels.....332

B) Le Conseil constitutionnel et le pouvoir d'injonction exorbitant de la loi pénale à l'image de la Cour suprême du Canada.....336

1) Un pouvoir d'injonction exorbitant commun des juges constitutionnels français et canadiens légitimé par la théorie de la démocratie délibérative canadienne...337

2) Un pouvoir d'injonction commun compatible avec la liberté d'intervention législative..	345
Section II : Le rapprochement de l'office des juges judiciaires français et canadiens comme juges constitutionnels de droit commun.....	350
§1 : L'appréciation convergente de la pertinence de la contestation constitutionnelle au sein du procès pénal.....	351
A) L'appréciation convergente du contrôle de l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux au sein du procès pénal par les tribunaux du premier degré.....	352
1) Les prémices d'un contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales <i>a posteriori</i> en France.....	352
2) Le partage du contrôle de constitutionnalité des lois pénales <i>a posteriori</i> au Canada.....	354
B) L'appréciation convergente du contrôle de l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux au sein du procès pénal par les cours suprêmes.....	356
1) L'appropriation de la Constitution par la Cour de cassation lors de l'analyse du caractère sérieux des questions prioritaires de constitutionnalité.....	356
2) L'analogie entre l'analyse du caractère sérieux par la Cour de cassation et l'appréciation de l'atteinte à un droit garanti par la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	359
§2 : L'appréciation convergente de la nouveauté de la contestation constitutionnelle au sein du procès pénal.....	361
A) L'absence d'équivalence textuelle quant au critère de la nouveauté de la contestation constitutionnelle.....	362
B) Le contrôle de l'opportunité de la contestation constitutionnelle : un contrôle d'intensité progressive commun.....	365
1) Le temps de l'appréciation restrictive du caractère nouveau des contestations constitutionnelles en France et au Canada.....	365
2) Le temps de l'appréciation souple du caractère nouveau des contestations constitutionnelles en France et au Canada.....	368
CONCLUSION DU CHAPITRE I TITRE I.....	373
Chapitre II : L'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois pénales <i>a posteriori</i> au service d'un rapprochement des principes directeurs des droits pénaux substantiels français et canadiens.....	374
Section I. Le rapprochement des principes de légalité criminelle stricto sensu français et canadiens.....	375
§1. Le rapprochement des dimensions formelles de la légalité criminelle françaises et canadiennes.....	375
A) La fragilisation commune des principes de légalité formelle français et canadiens par l'empiètement du pouvoir judiciaire dans le domaine de la loi.....	376

1) Les inconstitutionnalités des dispositions pénales comblées par l'utilisation de la jurisprudence criminelle.....	376
2) Les inconstitutionnalités des dispositions pénales comblées par l'utilisation des précédents.....	380
B) Le rapprochement des conceptions du principe de légalité criminelle française et canadienne.....	383
1) La conception principalement matérielle du principe de légalité criminelle au Canada.....	383
2) La conception traditionnellement formelle du principe de légalité criminelle en France.....	385
§2. Le renforcement commun des dimensions matérielles de la légalité criminelle françaises et canadiennes.....	386
A. Le contrôle de constitutionnalité des lois pénales a posteriori au regard du principe de légalité criminelle en France et au Canada.....	386
1) La censure des incriminations pour cause d'imprécision en France.....	387
2) La censure des incriminations pour cause d'imprécision au Canada.....	393
B. Les enjeux des exigences de qualité rédactionnelles des lois pénales française et canadienne.....	396
Section II : Le rapprochement des corollaires des principes de légalité criminelle français et canadiens.....	399
§1. L'affaiblissement commun des principes de l'interprétation stricte des lois pénales français et canadiens.....	399
A. Le rapprochement des conceptions des principes de la séparation des pouvoirs français et canadiens.....	400
1) Les principes affichés : les conceptions classiques des principes de la séparation des pouvoirs français et canadiens.....	401
2) Les principes appliqués : les conceptions souples des principes de la séparation des pouvoirs français et canadiens.....	404
B. L'application atténuée des principes de l'interprétation stricte des lois pénales français et canadiens.....	405
1) L'approche dogmatique des principes de l'interprétation stricte en France et au Canada.....	406
2) L'approche pragmatique des principes de l'interprétation stricte des lois pénales français et canadiens.....	409

§2. L'affaiblissement commun des principes de non-rétroactivité des lois pénales de fond plus sévères en France et au Canada.....	412
A. Les exceptions communes aux principes de non-rétroactivité des lois pénales en France et au Canada.....	412
1) Les portées atténuées des principes de non-rétroactivité des lois pénales de fond plus sévères en France et au Canada.....	413
2) Les portées atténuées des principes de rétroactivité <i>in mitius</i> des lois pénales en France et au Canada.....	416
B. Les conséquences communes sur les principes de sécurité juridique français et canadiens.....	419
1) L'approche dogmatique des concepts de sécurité juridique en France et au Canada.....	419
2) L'approche pragmatique des concepts de sécurité juridique en France et au Canada.....	420
CONCLUSION DU CHAPITRE II DU TITRE I.....	423
TITRE II : L'EXERCICE DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS PÉNALES <i>A POSTERIORI</i> AU SERVICE D'UN RAPPROCHEMENT DES DROITS PÉNAUX PROCÉDURAUX FRANÇAIS ET CANADIEN	424
Chapitre I : Le rapprochement des contrôles de constitutionnalité des lois pénales <i>a posteriori</i> indirects en cas de contestation constitutionnelle au sein du procès pénal.....	426
Section I : L'identification commune des contrôles de constitutionnalité des lois pénales <i>a posteriori</i> indirects en cas de contestation constitutionnelle au sein du procès pénal.....	427
§1 : Le recours commun à l'interprétation conforme en cas de contestation constitutionnelle au sein du procès pénal.....	428
A) En l'absence d'ambiguïté des dispositions constitutionnelles.....	429
1) En l'absence d'ambiguïté des dispositions constitutionnelles en France.....	430
2) En l'absence d'ambiguïté des dispositions constitutionnelles au Canada.....	433
B) En l'absence d'ambiguïté des interprétations jurisprudentielles des dispositions constitutionnelles	435
§2. Le recours commun au pouvoir normatif jurisprudentiel en cas de contestation constitutionnelle au sein du procès pénal.....	440
A) L'éviction des inconstitutionnalités par le pouvoir normatif jurisprudentiel des juges constitutionnel français et canadiens.....	441
1) L'éviction des inconstitutionnalités par le pouvoir normatif jurisprudentiel du Conseil constitutionnel.....	442
2) L'éviction des inconstitutionnalités par le pouvoir normatif jurisprudentiel des juges canadiens.....	449

B)	L'éviction des risques d'inconstitutionnalité par le pouvoir normatif jurisprudentiel de la Cour de cassation.....	454
1)	Le recours aux réserves d'interprétations normatives par la Cour de cassation.....	455
2)	Le recours aux « réserves d'interprétation à usage inversées » par la chambre criminelle de la Cour de cassation.....	457
Section II : Les effets des contrôles de constitutionnalité des lois pénales <i>a posteriori</i> indirects en cas de contestation constitutionnelle au sein du procès pénal.....		460
§1 : Les mises en œuvre des droits transitoires jurisprudentiels au sein des procès pénaux français et canadiens.....		461
A)	Les dispositifs transitoires jurisprudentiels procéduraux et substantiels au sein du procès pénal français.....	463
1)	Par le Conseil constitutionnel.....	464
2)	Par la chambre criminelle de la Cour de cassation.....	467
B)	Les dispositifs transitoires jurisprudentiels procéduraux et substantiels au Canada.....	470
§2 : Les fonctions controversées des dispositifs transitoires jurisprudentiels au sein des procès pénaux français et canadiens.....		473
A)	Les fonctions des dispositifs transitoires jurisprudentiels au service de la protection des droits des justiciables pénaux.....	474
1)	Une fonction subjective commune : la préservation des décisions constitutionnelles françaises et canadiennes au sein des procès pénaux en cours.....	474
2)	La fonction objective commune : annihiler les inconstitutionnalités constatées....	476
B)	Les fonctions des dispositifs transitoires jurisprudentiels en contradiction avec le principe de légalité criminelle.....	477
1)	Une contradiction réelle avec le principe de légalité criminelle.....	477
2)	Une contradiction limitée avec le principe de légalité criminelle.....	479
CONCLUSION DU CHAPITRE I TITRE II.....		481

Chapitre II : L'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* au service d'un rapprochement des systèmes de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* français et canadien.....

Section I : La transposition compromise du contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales <i>a posteriori</i> canadien en France.....		483
§1. Le caractère incertain de la transposition du contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales <i>a posteriori</i> canadien en France.....		483
A.	Les difficultés de transposition du contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales <i>a posteriori</i> canadien en France.....	484

1) L'exercice principalement restreint de la question prioritaire de constitutionnalité par les juges judiciaires du fond.....	484
2) L'absence de recours aux contrôle de substitution par les juridictions relevant de la Cour de cassation.....	487
B) L'intérêt de la transposition du contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales a posteriori canadien en France.....	488
1) La transposition du contrôle diffus de constitutionnalité des lois pénales a posteriori canadien en France : un remède aux questions sérielles ?.....	489
2) L'intégration des considérations factuelles dans l'examen des contestations constitutionnelles au Canada : un remède au caractère abstrait du contrôle <i>a posteriori</i> en France ?.....	491
§2. Le caractère possible d'un contrôle semi-diffus de constitutionnalité des lois pénales <i>a posteriori</i> exercé par la Cour de cassation en France.....	492
A. Les raisons conjoncturelles de la consécration du contrôle concentré de constitutionnalité des lois pénales <i>a posteriori</i> exercé par la Cour de cassation en France...	493
1) La prévalence du contrôle de conventionalité des lois pénales sur la question prioritaire de constitutionnalité.....	494
2) La prévalence du droit de l'Union européenne sur la question prioritaire de constitutionnalité.....	498
B. Les conséquences structurelles du contrôle concentré de constitutionnalité des lois pénales a posteriori exercé par la Cour de cassation en France.....	500
1) La transformation du Conseil constitutionnel en juge d'appel de dernier ressort à l'image de la Cour suprême du Canada ?.....	501
2) La recomposition potentielle du Conseil constitutionnel à l'aune de la Cour suprême du Canada.....	502
 Section II : L'évolution conditionnée du contrôle semi-diffus de constitutionnalité des lois pénales <i>a posteriori</i> par la Cour de cassation française l'aune de l'expérience canadienne	
§1 : La nécessité de renforcer l'efficacité du contrôle de constitutionnalité des lois pénales a posteriori à l'image du modèle canadien.....	509
A. La transformation structurelle du contrôle de constitutionnalité des lois pénales a posteriori par la Cour de cassation française à l'image du modèle canadien.....	509
B. La transformation substantielle du contrôle de constitutionnalité des lois pénales par la Cour de cassation française à l'image du modèle canadien.....	512
1) Le contrôle de proportionnalité des lois pénales par la chambre criminelle de la Cour de cassation : état des lieux.....	513
2) Les perspectives envisagées du contrôle de proportionnalité des lois pénales par la chambre criminelle de la Cour de cassation à l'aune du modèle canadien.....	514

§2 : La nécessité de renforcer la légitimité du système de contrôle de constitutionnalité des lois pénales <i>a posteriori</i> français à l'aune du modèle canadien.....	515
A. La nécessité d'intensifier la motivation des « décisions QPC » de la Cour de cassation à l'aune du modèle canadien.....	516
1) La motivation lacunaire des arrêts de la Cour de cassation française.....	516
2) Les perspectives canadiennes en matière de motivation des décisions constitutionnelles.....	518
B. Les difficultés d'évolution du contrôle de constitutionnalité des lois pénales <i>a posteriori</i> français à l'aune du modèle canadien au regard des cultures juridiques opposées.....	520
1) La question prioritaire de constitutionnalité : à contre-courant de la culture juridique française ?.....	520
2) La question prioritaire de constitutionnalité : vecteur de rapprochement des cultures juridiques françaises et canadiennes ?.....	523
CONCLUSION DU CHAPITRE II TITRE II	524
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	525
CONCLUSION GÉNÉRALE	528
ANNEXES	534
BIBLIOGRAPHIE	554
INDEX ALPHABÉTIQUE	625
TABLE DES MATIÈRES	628

RÉSUMÉ

Au-delà des différences tenant aux spécificités respectives du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois en France et au Canada, l'un étant un contrôle institutionnel, l'autre juridictionnel, la question prioritaire de constitutionnalité jette un véritable « pont juridique » entre le système français et canadien. Des rapprochements majeurs apparaissent quant au mode de protection des droits des justiciables pénaux. En effet, au-delà, de la divergence de conception des deux contrôles de constitutionnalité des lois *a posteriori*, l'un étant un contrôle concret *a posteriori*, l'autre abstrait *a posteriori* et, mises à part les différentes histoires conduisant à l'avènement du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* dans les deux pays respectifs, l'émergence d'un fond commun apparaît. En ce sens, il peut être dégagé aussi bien un rapprochement des droits pénaux procéduraux français et canadiens tenant au mécanisme même du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*, qu'une convergence des droits pénaux substantiels français et canadien résultant des effets du mécanisme sur la protection des droits des justiciables franco-canadiens au sein du procès pénal. Ces ressemblances témoignent de la perméabilité du système français à l'égard de son homologue canadien. En définitive, le droit comparé ouvre ici la voie à des pistes de réflexions pour l'amélioration de la jeune question prioritaire de constitutionnalité dans une optique de renforcement de la protection des droits des justiciables français au sein du procès pénal.

Mots-clés :

Question prioritaire de constitutionnalité, contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, lois pénales, France, Canada, contrôle concret *a posteriori*, contrôle abstrait *a posteriori*, protection des droits, justiciables, procès pénal, convergence, droits pénaux procéduraux, droit pénaux substantiels, révision constitutionnelle.

ABSTRACT

Beyond the differences in the specificity of the *ex post* constitutionality review laws in France and in Canada, one being an institutional control, the other a jurisdictional one, the priority issue of constitutionality (QPC) established a "legal bridge" between the French and Canadian systems. Moreover, major similarities appear of the way in which the rights of criminal offenders are protected. Indeed, beyond the divergence of conceptions of the two *ex post* constitutionality reviews of laws, one being a concrete *ex post* control, the other an abstract one and, apart from the various histories leading to the advent of the constitutional review of the laws *a posteriori* in the two respective countries, the emergence of a common background appears. In this sense, a comparison of French and Canadian procedural penalties relating to the mechanism of the *ex post* constitutionality review of laws can be found, as well as a convergence of substantial French and Canadian criminal rights resulting from the effects of the mechanism on the protection of the rights of Franco-Canadian litigants in the criminal trial. These resemblances demonstrate the permeability of the French system and the influence applied by the Canadian system. Finally, comparative law paves the way to suggestions for the improvement of the new problematic of the priority issue of constitutionality in order to strengthen the protection of the French litigants rights in criminal proceedings.

Keywords :

Issue of constitutionality, *ex post* constitutionality review laws, criminal law, French, Canada, concrete *ex post* control, abstract *ex post* control, protection of the rights, litigants, criminal proceedings, convergence, procedural criminal law, substantial criminal law, constitutional revision.