

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



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

Bilan de trois années de QPC « Droit pénal, procédure pénale et liberté individuelle »

BOTTON ANTOINE

Référence de publication : BOTTON (A.), « Bilan de trois années de QPC "Droit pénal, procédure pénale et liberté individuelle" », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* (40), 2013, p. 83-104.

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

Bilan de trois années de QPC « Droit pénal, procédure pénale et liberté individuelle »

Résumé : *S'il y a un domaine où la procédure de question prioritaire de constitutionnalité (QPC) a modifié l'ordre juridique, c'est bien celui du droit pénal et de la procédure pénale. Le bilan proposé tente ainsi de retracer les trois années écoulées de la QPC dans ces domaines. À cette fin, il traite, d'une part, du contrôle opéré par le Conseil s'agissant du droit pénal substantiel ; contrôle dont il convenait de cerner aussi bien le champ matériel que la teneur. D'autre part, l'étude porte sur l'examen de constitutionnalité de la procédure pénale et ce, dans chacune de ses trois phases : l'enquête, l'instruction et le jugement. D'un point de vue général, ce bilan s'attache tant à embrasser l'ensemble de la jurisprudence QPC en matière pénale qu'à en dégager certaines perspectives.*

S'il y a un domaine où la procédure de question prioritaire de constitutionnalité (QPC) a modifié l'ordre juridique, c'est bien celui du droit pénal et de la procédure pénale. D'un point de vue quantitatif, comme le révèle le site Internet du Conseil constitutionnel⁽¹⁾, sur soixante-six décisions de censure rendues depuis le 1^{er} mars 2010, quinze l'ont été dans la matière qui intéresse la présente étude. Par ailleurs, qualitativement, il est notable que, parmi les décisions du Conseil rendues en ces matières figurent celles qui ont essentiellement retenues l'attention des commentateurs. Il suffit, pour s'en convaincre, de mentionner les décisions relatives à la garde à vue⁽²⁾, celle touchant la définition du harcèlement sexuel⁽³⁾ ou encore, plus récemment, celle intéressant l'exception à la pénalisation des courses de taureaux⁽⁴⁾.

Au regard du nombre et de la teneur des décisions en la matière, il est donc permis d'affirmer que le droit pénal et la procédure pénale ont été (et seront à coup sûr) l'un des objets principaux du contrôle exercé par le Conseil dans le cadre de la procédure de QPC ; observation que corroborent, selon nous, tant l'intérêt grandissant de la doctrine constitutionnaliste pour le domaine pénal⁽⁵⁾ que celui, inverse et tout aussi notable, des auteurs pénalistes pour le droit constitutionnel⁽⁶⁾.

Ce constat dressé, réaliser un bilan de trois années de QPC en « droit pénal, procédure pénale et liberté individuelle » nécessite quelques remarques liminaires relatives tant à l'exercice (le « bilan ») qu'à son objet (« le droit pénal, la procédure pénale et la liberté individuelle »).

Un bilan. Dès l'abord, il convient de préciser que loin de nous l'idée d'établir *le* bilan de trois années de QPC en matière pénale. Plus humblement, il s'agira de proposer ici *un* bilan de cette période, ce qui mène dès ici à formuler un avertissement : l'exercice implique des choix quant aux décisions retenues et à leur hiérarchisation. Aussi, qu'il nous soit permis de présenter par avance nos excuses à l'observateur attentif de la jurisprudence du Conseil qui trouverait, ci et là, manques et lacunes (nous l'espérons, volontaires) à *ce* bilan.

L'objet du bilan : le droit pénal, la procédure pénale et la liberté individuelle. À la lecture de cet objet d'étude, une première interrogation affleure. En effet, si les expressions « droit pénal » et « procédure pénale » renvoient aux normes infra-constitutionnelles, objets de l'examen du Conseil, la notion de « liberté individuelle » procède quant à elle de la Constitution, précisément de son article 66. Dès lors,

quelle structure choisir pour ce bilan ? Celle axée sur les normes constitutionnelles de contrôle ou celle basée sur les droits infra-constitutionnels contrôlés ? Deux raisons inclinent à adopter cette dernière approche.

En premier lieu, il faut prosaïquement observer que le bilan porte justement sur « le droit pénal et la procédure pénale », ce qui suppose de l'organiser autour des distinctions classiques que connaissent ces deux matières. À cela, il pourrait toutefois être opposé que notre étude porte également sur la « liberté individuelle », notion qui invite *a priori* à ordonner nos développements autour des droits et libertés constitutionnellement garantis. Toutefois, un simple constat suffit à écarter l'objection : si l'étude de la « liberté individuelle » est soluble dans celle du contrôle de constitutionnalité du droit pénal substantiel (la privation de liberté en cas d'ivresse publique⁽⁷⁾) ou de la procédure pénale (l'exécution des mandats d'arrêt ou d'amener⁽⁸⁾), le défèrement à l'autorité judiciaire⁽⁹⁾, la réciprocité n'est, à l'évidence, pas envisageable.

En second lieu, il faut rappeler que le contentieux QPC découle de l'application d'une norme infra-constitutionnelle dont un plaideur conteste la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit⁽¹⁰⁾. La question de constitutionnalité conviant, par hypothèse, à suivre une démarche inductive, comment prétendre alors dresser un bilan de la QPC en adoptant le point de vue inverse ? Cela semble d'autant plus difficile que le Conseil tient expressément compte, pour exercer son contrôle, de la nature de la norme infra-constitutionnelle ; jugeant, par exemple et suivant une formule de principe⁽¹¹⁾, qu'« *appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des manquements sanctionnés se trouve satisfaite, en matière disciplinaire, dès lors que les textes applicables font référence aux obligations auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent ou de l'institution dont ils relèvent* »⁽¹²⁾.

Au vu de ce qui précède, le bilan proposé sera donc organisé non au regard des normes de contrôle mais, au contraire, en considération de celles contrôlées. Ainsi à l'examen des QPC relatives aux normes substantielles, de droit pénal (I) succèdera l'étude de celles portant sur les règles formelles, de procédure pénale (II).

I – Le droit pénal

Suivant une distinction chère au recteur Lombois⁽¹³⁾, le contrôle du Conseil relatif au droit pénal substantiel a porté aussi bien sur la norme de comportement, l'incrimination, que sur celle de répression, la peine. Toutefois, avant même d'envisager la teneur de ce contrôle (B), encore convient-il de s'intéresser à son champ matériel (A) ; champ matériel dépendant de la qualification de « peine » ou plus exactement, de celle de « sanction ayant le caractère d'une punition ».

A - Le champ matériel du contrôle

L'article 8 de la Déclaration de 1789 constitue la norme de contrôle principale du droit pénal substantiel. Aux termes de cet article : « *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* ». Sans envisager pour l'instant les droits et libertés garantis par cette disposition, il faut juste relever qu'elle ne vise que les « peines », ce qui *a priori* aurait dû conduire le Conseil à ne l'appliquer

qu'en droit pénal *stricto sensu*. Cela étant, comme chacun sait, les juges constitutionnels ont admis, dès leur décision « *Loi de finances rectificative pour 1982* » du 30 décembre 1982 que l'article 8 de la Déclaration « *ne concerne pas seulement les peines appliquées par les juridictions répressives, mais s'étend nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition* »⁽¹⁴⁾.

Dans le cadre de son contrôle *a posteriori*, le Conseil a maintes fois reproduit la formule afin d'étendre son contrôle, sous l'égide de l'article 8, aux sanctions administratives⁽¹⁵⁾, disciplinaires⁽¹⁶⁾, fiscales⁽¹⁷⁾, civiques⁽¹⁸⁾ et même civiles⁽¹⁹⁾. Pareille extension du domaine de contrôle de constitutionnalité suscite deux remarques.

En premier lieu, contrairement à ce que certaines analyses doctrinales laissent entendre⁽²⁰⁾, il ne semble pas que le Conseil opte, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), pour une conception large de la notion de « peine ». En effet, si les juges de Strasbourg adoptent une approche autonome et unitaire des notions de « matière pénale »⁽²¹⁾ et de « peine »⁽²²⁾, on ne saurait en dire de même des juges constitutionnels. Il suffit, pour s'en assurer, de simplement remarquer que de 1982 à aujourd'hui, le Conseil a toujours distingué la « peine » de la « sanction ayant le caractère d'une punition ». Aussi la seule existence de cette dernière notion empêche-t-elle d'envisager une notion constitutionnelle unique de « peine ». La différence entre les conceptions européenne et constitutionnelle n'est d'ailleurs pas sans conséquence pratique. Comme il l'a déjà été relevé, les « sanctions ayant le caractère d'une punition », bien qu'objets d'un contrôle de constitutionnalité au regard de l'article 8 de la Déclaration de 1789, ne suivent pas exactement le même régime que les peines *stricto sensu*. Rappelons à cet égard que le Conseil juge constamment, dans le cadre de son contrôle *a priori*⁽²³⁾ et *a posteriori*⁽²⁴⁾, qu'« *appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements* »⁽²⁵⁾. De sorte que la distinction entre les « peines » et les « sanctions ayant le caractère d'une punition » est loin d'être théorique, revêtant une effectivité certaine.

Dans cette perspective, si la procédure de QPC a assurément contribué à asseoir l'extension du champ de contrôle relatif à l'article 8 de la Déclaration, elle n'a en rien remis en cause la position traditionnelle du Conseil : qu'on le regrette ou non, la « sanction ayant le caractère d'une punition » n'est, à ses yeux, pas une « peine ».

En second lieu, l'accroissement du domaine contrôlé connaît des limites. Ainsi, le Conseil a-t-il notamment jugé que la déchéance de plein droit des fonctions de juge au tribunal de commerce en cas de condamnation pénale « *pour des agissements contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs* » (article L. 723-2 du code de commerce) ne revêt aucun caractère répressif en ce qu'elle a « *pour objet d'assurer que les professionnels appelés à exercer les fonctions de juge au tribunal de commerce ou à élire ces juges présentent les garanties d'intégrité et de moralité indispensables à l'exercice de fonctions juridictionnelles* »⁽²⁶⁾. Suivant un même raisonnement, il a également considéré que la sanction d'inéligibilité d'un notaire destitué ou interdit temporairement d'exercer ses fonctions aux chambres, organismes et conseils régissant sa profession ne constitue pas une « sanction ayant le caractère d'une punition »⁽²⁷⁾. Point alors, sans que le Conseil la relève expressément⁽²⁸⁾, la distinction classique entre la « peine » *lato sensu*, tournée vers le passé et sanctionnant la faute commise, et la « mesure de sûreté », regardant l'avenir et tentant de neutraliser la dangerosité d'un agent⁽²⁹⁾ ; seule la première pouvant faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité au regard de l'article 8 de la Déclaration⁽³⁰⁾.

Quant à la détermination du champ matériel de contrôle, il apparaît donc que les décisions QPC s'inscrivent dans une tradition soit jurisprudentielle (distinction « peine » / « sanction ayant le caractère d'une punition ») soit doctrinale (distinction « peine » *lato sensu* / « mesure de sûreté »). Reste alors à préciser la teneur du contrôle opéré.

B - La teneur du contrôle

Comme il l'a été relevé plus avant, le contrôle du Conseil a porté tant sur les normes de comportement (1) que sur celles de répression (2).

1 - Le contrôle des normes de comportement L'examen de constitutionnalité des normes de comportement s'opère principalement(31) au regard de l'exigence de clarté de précision de la loi pénale d'incrimination. Le Conseil constitutionnel a énoncé la règle dans un considérant de principe suivant lequel « *le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis* »(32).

Il faut cependant rappeler que les juges constitutionnels appliquent le principe avec plus ou moins de fermeté suivant qu'ils se trouvent face à une « peine » *stricto sensu* ou à une « sanction ayant le caractère d'une punition ». En effet, suivant une formule récurrente déjà énoncée, le Conseil juge qu'« *appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite, en matière administrative (ou disciplinaire), par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements (ou aux obligations auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent ou de l'institution dont ils relèvent)* »(33). Si l'on peut regretter une telle différence de traitement entre « peine » et « sanction ayant le caractère d'une punition », on ne peut, une nouvelle fois, manquer d'observer que la différence (volontaire) de notions, sans nécessairement l'impliquer, la rend néanmoins possible.

Cette précision apportée, il faut relever que le contrôle de constitutionnalité réalisé au regard de l'exigence de clarté et de précision de la loi, a engendré deux décisions (déjà) célèbres : l'une de censure relative à l'incrimination du harcèlement sexuel(34) ; l'autre de validation ayant trait à l'immunité pénale en matière de courses de taureaux(35).

La première a sans doute été, parmi les décisions QPC rendues en matière pénale, l'une des plus commentées en doctrine(36). Rappelons que le Conseil a jugé ici que l'article 222-33 du code pénal, aux termes duquel « *Le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* », était contraire à l'exigence de précision de la loi. Cette censure, qui a conduit le législateur à modifier la définition du harcèlement sexuel(37), n'a dans son principe fait l'objet d'aucune contestation. Seul a été réellement discuté le caractère immédiat de l'abrogation des dispositions en cause, créant pour certains auteurs un « *vide juridique* »(38). Sans entrer dans le détail du débat, la critique semble cependant peu fondée. Comment pourrait-on, en effet, admettre qu'un individu soit pénalement condamné sur le fondement d'une loi déclarée inconstitutionnelle ? Au demeurant, le principe de rétroactivité *in mitius* de la loi pénale ne s'y opposerait-il pas ?

La seconde décision répondait, quant à elle, à un grief fondé non pas sur l'exigence de clarté et de précision de la loi mais sur le principe d'égalité devant la loi pénale découlant de l'article 6 de la Déclaration de 1789. Cela étant, il revient d'observer que les juges constitutionnels ont notamment basé leur décision de validation sur le caractère non équivoque de la notion de « tradition locale ininterrompue », critère d'une application territorialement différenciée de loi pénale. Effectivement, suivant ceux-ci, « *cette notion, qui ne revêt pas un caractère équivoque, est suffisamment précise pour garantir contre le risque d'arbitraire* » (considérant 5 *in fine*). En un mot, la différence de situation, étant clairement et précisément identifiable, justifie la différence de traitement.

En outre, trois autres décisions méritent d'être ici évoquées. Deux d'entre elles ont respectivement concerné les articles 222-31-1 et 227-27-2 du code pénal qui, définissant l' « inceste », ont tous deux été censurés en raison de leur imprécision quant aux personnes pouvant être regardées comme membres de la famille(39). L'autre décision remarquable portait sur l'incrimination de conduite après usage de stupéfiants ; le Conseil ayant ici validé le premier alinéa du paragraphe I de l'article L. 235-1 du code de la route aux motifs que la fixation d'un seuil minimal de détection témoignant de l'usage de stupéfiants ressortit non au législateur mais au pouvoir réglementaire sous le contrôle du juge compétent(40).

Au final, le contrôle des normes d'incrimination par le Conseil l'a mené à envisager le droit pénal sous son aspect *spécial*, au regard de tel ou tel comportement prohibé. La constitutionnalité de certains aspects de droit pénal *général*, touchant aux mécanismes fondamentaux de la responsabilité pénale, n'a en revanche jamais été *directement*(41) abordée par le Conseil. L'examen de l'article 121-2 du code pénal, relatif à la responsabilité pénale des personnes morales, aurait certes pu lui en fournir l'opportunité si toutefois la Cour de cassation ne s'était pas opposée à la transmission de la QPC(42).

2 - Le contrôle des normes de répression Le contrôle ici envisagé s'effectue au regard du principe de nécessité des peines ; principe découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 aux termes duquel : « *La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ». Toutefois, force est de reconnaître que le principe de nécessité se trouve rarement appliqué seul, sans l'adjonction d'un de ses corollaires que sont les principes d'individualisation et de proportionnalité des peines(43).

Il n'en reste pas moins que tel est parfois le cas. Ainsi, dans une décision 2010-74 QPC du 3 décembre 2010(44), le Conseil n'a pas hésité à assoir le principe de rétroactivité des lois pénales plus douces sur celui de nécessité des peines. Par ailleurs, dans une décision plus récente(45), les juges constitutionnels ont inféré notamment(46) du principe de nécessité celui selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait. Comment, il est vrai, une peine infligée à une personne non responsable pourrait-elle être nécessaire ? Hormis ces hypothèses, le principe de nécessité des peines est surtout utilisé au travers de ses implications : une peine – ou une sanction ayant le caractère d'une punition – n'est nécessaire que si elle est *proportionnelle et proportionnée*(47). Or, d'une part, pour être *proportionnelle*, c'est-à-dire, « *pour être en rapport* »(48) avec le comportement et la personnalité de l'agent condamné, la sanction doit être individualisable par le juge. D'autre part, pour être *proportionnée*, cette sanction se doit d'être « *dans une proportion normale* »(49) avec le comportement incriminé. Ce double objectif est alors garanti par deux principes consubstantiels à celui de nécessité : ceux d'individualisation et de proportionnalité qui tendent respectivement à ce que la sanction soit *proportionnelle et proportionnée*(50).

– S'agissant du principe d'individualisation des peines, le Conseil rappelle qu'une peine, pour être

conforme aux exigences constitutionnelles, « *ne peut être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à l'espèce* »(51). De cette formule de principe découle deux prohibitions : l'une, générale, concernant les sanctions *accessoires* ; l'autre, circonstanciée, concernant les sanctions *complémentaires obligatoires*.

En premier lieu, les sanctions accessoires se caractérisent par leur automaticité, s'attachant de plein droit à une condamnation et ne nécessitant pas, dès lors, l'intervention d'un juge. De telles sanctions, prosrites par l'article 132-17 du code pénal, sont également et nécessairement contraires au principe d'individualisation des peines(52).

En second lieu, les sanctions complémentaires obligatoires se distinguent des sanctions accessoires en ce qu'elles sont prononcées par un juge. Cependant, si l'intervention du juge est une condition nécessaire, elle n'est pas suffisante. Il faut en outre qu'il ait pu, suivant la formule consacrée, « *ten(ir) compte des circonstances propres à l'espèce* », ce qui implique la possibilité, pour ce juge, de moduler la sanction complémentaire obligatoire. Dans cette perspective, la sanction de publication et d'affichage des condamnations pour fraude fiscale a été jugée contraire au principe d'individualisation, comme ne permettant pas au juge tenu de la prononcer d'en modifier convenablement la durée et les modalités(53). À l'inverse, jugeant ici les prérogatives du juge suffisantes, le Conseil a déclaré conformes à la Constitution les sanctions complémentaires obligatoires d'annulation du permis de conduire(54) et de publication de la condamnation pour publicité mensongère(55).

Pour finir sur le principe d'individualisation, on ne peut manquer d'évoquer la jurisprudence relative aux majorations fiscales. Aussi doit-on constater que le Conseil a jugé toutes les dispositions de majoration fiscale attaquées devant lui, conformes au principe d'individualisation(56), quand bien même elles ne prévoiraient qu'un taux unique de majoration(57). En effet, dans cette dernière hypothèse, les juges constitutionnels ont inféré de la possibilité de cumuler la majoration contestée (pour cause d'évasion fiscale) avec une autre majoration (pour cause de mauvaise foi du contribuable), quant à elle non discutée par la QPC, la conformité de la première au principe d'individualisation.

– S'agissant, par ailleurs, du principe de proportionnalité des peines, il convient d'observer que le Conseil, suivant une jurisprudence développée dans le cadre de son contrôle *a priori*(58), *exerce un contrôle restreint, le menant à ne sanctionner que les disproportions manifestes entre l'infraction et la peine encourue. Cette position, justifiée par le souci du Conseil de ne pas se substituer au Parlement dans l'exercice de « son pouvoir général d'appréciation et de décision »*(59), l'a ainsi notamment conduit à juger non manifestement disproportionnées la peine de 2 ans et de 45 000 euros d'amende en cas de conduite sous usage de stupéfiants(60) ou encore plusieurs majorations fiscales dont la disproportion était dénoncée par les requérants(61).

Si bien qu'au regard des ces décisions, le principe de proportionnalité pourrait *a priori* être jugé ineffectif. Ce serait toutefois sans compter les autres implications du principe. À cet égard, il revient de constater que découle de ce principe, l'impossibilité d'un cumul sans limite de sanctions(62). En effet, suivant une jurisprudence constante du Conseil : « *lorsqu'une sanction administrative est susceptible de se cumuler avec une sanction pénale, 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* »(63).

Avant de conclure sur le contrôle de constitutionnalité des peines et des sanctions ayant le caractère d'une punition, il faut remarquer que la protection constitutionnelle de la liberté individuelle (article 66 de la Constitution) a mené le Conseil à opérer un contrôle strict(64) des privations de liberté telles que le placement en chambre de sûreté pour cause d'ivresse publique(65) ou les mesures d'hospitalisation psychiatrique(66). À l'endroit de ces dernières, il a ainsi apporté deux précisions importantes suivant lesquelles, d'une part, « *si l'article 66 de la Constitution exige que toute privation de liberté soit placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, il n'impose pas que cette dernière soit saisie préalablement à toute mesure de privation de liberté* »(67) et, d'autre part, « *la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible* »(68).

Au terme de ces développements relatifs aux QPC touchant les normes de répression, il apparaît que les décisions de censure l'ont été essentiellement au regard du principe d'individualisation des peines et de l'exigence de protection de la liberté individuelle ; ce qui ne saurait surprendre tant le contrôle opéré sous l'égide de ces principes peut s'asseoir sur des données objectives : l'intervention et les prérogatives du juge, pour le premier, l'existence d'un contrôle, à bref délai, par l'autorité judiciaire, pour le second. À l'inverse, le principe de nécessité et son corollaire, celui de proportionnalité des peines, puisqu'ils impliquent une appréciation d'opportunité du Conseil, l'ont logiquement conduit à exercer un contrôle plus restreint.

II – La procédure pénale

Avant de procéder à l'analyse des décisions QPC en procédure pénale, deux précisions s'imposent : l'une relative à son objet, l'autre touchant à son organisation.

Premièrement, en vue de respecter l'objet précis du présent bilan et d'en contenir la dimension matérielle, nous ne nous intéresserons qu'aux décisions rendues en procédure pénale *stricto sensu* ; celles touchant aux procédures douanière(69) ou fiscale(70), si instructives puissent-elles être, ne seront donc pas traitées ici. Deuxièmement, nous tenant à l'approche énoncée en introduction, les développements seront organisés autour du plan d'étude classique de la procédure pénale : l'enquête (A), l'instruction (B) et le jugement (C).

A - L'enquête

Dresser le bilan de la QPC s'agissant de la phase d'enquête nécessite évidemment de revenir sur les décisions relatives à la garde à vue(71). Toutefois, il convie également à s'intéresser à la jurisprudence touchant à l'audition libre(72) et à l'intervention d'une autorité judiciaire lors de cette phase d'enquête(73). – En premier lieu, l'étude du contrôle de constitutionnalité de la garde à vue, amplement commenté en doctrine(74), suppose de distinguer le régime de droit commun de ceux applicables en matière de criminalité organisée.

S'agissant de la garde à vue de droit commun, le Conseil a, dans sa décision *Garde à vue I* du 30 juillet 2010(75), censuré l'ensemble de la procédure, laissant au législateur un délai (jusqu'au 1^{er} juillet 2011) pour la conformer aux exigences constitutionnelles. Si la censure est générale, le Conseil n'en a pas moins indiqué au législateur les principaux points sur lesquels devait porter la réforme : les critères de la garde à vue, jugés trop lâches (considérant 27), et l'assistance effective d'un avocat, non assurée par le régime examiné (considérant 28). Sans procéder au commentaire détaillé de cette décision, il appartient juste de

noter qu'elle constitue la première condamnation, par une juridiction supérieure, du droit commun français de la garde à vue ; la décision *Brusco c/ France* de la CEDH, jugeant expressément(76) inconstitutionnel ce droit, étant intervenue postérieurement(77). Ainsi revêt-elle, au regard de la brève histoire de la QPC, un caractère hautement symbolique, constituant une première manifestation marquante de la place d'importance, prise par le Conseil, dans le contrôle de fondamentalité de la loi pénale.

La décision *Garde à vue II* du 18 novembre 2011(78) a, quant à elle, consisté dans l'examen de constitutionnalité du nouveau régime de la garde à vue, tel qu'issu de la réforme législative du 14 avril 2011(79). Le Conseil n'ayant pas – de manière surprenante – été saisi *a priori*, il a effectivement pu juger de la constitutionnalité de cette loi au travers de l'examen de plusieurs QPC. Les requérants lui faisaient principalement grief de limiter l'accès au dossier de l'avocat du gardé à vue, l'empêchant ainsi, selon eux, d'en assurer l'assistance effective. L'argument n'a toutefois pas convaincu le Conseil qui, distinguant les droits de la défense du principe du contradictoire, a jugé ce dernier inopérant lors de la phase d'enquête. Si cette ineffectivité du principe du contradictoire au stade de la garde à vue a été critiquée en doctrine(80), il faut néanmoins relever sa conformité à une jurisprudence constante du Conseil(81).

Somme toute, il apparaît donc que le Conseil, à l'origine de la réforme de la garde à vue de droit commun, a ensuite fait montre d'une certaine retenue dans son examen de constitutionnalité. La raison en est peut-être simple, qui consiste dans l'équilibre, constamment recherché par les juges constitutionnels, entre contrôle strict de la constitutionnalité de la loi et souci de ne pas substituer son appréciation à celle du législateur(82).

Concernant le régime dérogatoire de garde à vue en matière de criminalité organisée, il faut dès l'abord rappeler que le Conseil s'est précisément refusé, dans sa décision *Garde à vue I* (considérant 13), à renouveler l'examen de constitutionnalité opéré dans sa décision du 2 mars 2004 relatif au texte de la future loi *Perben II*(83). Estimant qu'il n'y avait eu, nonobstant l'intervention des arrêts *Salduz*(84) et *Dayanan*(85) rendus par la CEDH, aucun changement de circonstances justifiant un nouveau contrôle, le Conseil constitutionnel n'a effectivement pas contraint le législateur à réformer la garde à vue en matière de criminalité organisée(86). Au-delà de cette fin de non-recevoir, les juges constitutionnels ont cependant assigné quelques bornes à cette législation dérogatoire.

Dans une première décision(87), le Conseil constitutionnel avait à juger de la constitutionnalité de l'article 706-88-2 du code de procédure pénale octroyant, au juge des libertés et de la détention ou au juge d'instruction, la faculté de priver la personne gardée à vue pour une infraction de terrorisme de la liberté de choisir son avocat ; celui-ci étant, dans cette hypothèse, « désigné par le bâtonnier sur une liste d'avocats habilités ». Dans sa décision du 17 février 2012, le Conseil, ayant considéré qu'il incombait au législateur du 14 avril 2011 de préciser lui-même les modalités de limitation du libre choix de l'avocat, a relevé un cas d'incompétence négative de la loi portant atteinte aux droits de la défense et a, en conséquence, décidé d'abroger, avec effet immédiat, les dispositions contestées.

Dans sa décision du 6 avril 2012(88), le Conseil constitutionnel a par ailleurs estimé contraire au principe d'égalité le septième alinéa de l'article 64-1 du code de procédure pénale(89) excluant, par principe, l'enregistrement de la personne gardée à vue pour un crime mentionné à l'article 706-73 du code de procédure pénale ou prévu par les titres I^{er} et II du Livre IV du code pénal (atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation et actes de terrorisme).

Censurant ainsi des dispositions introduites postérieurement à la loi Perben II, les deux décisions permettent dès lors d'entrevoir les limites constitutionnelles des régimes dérogatoires de garde à vue.

– Le Conseil constitutionnel a, en deuxième lieu, été mené à envisager la constitutionnalité de l'audition libre et/ou de la convocation contraignante des témoins pratiquées par les officiers de police judiciaire (OPJ) dans le cadre d'une enquête de flagrance (article 62 du code de procédure pénale)⁽⁹⁰⁾ ou préliminaire (article 78 du même code)⁽⁹¹⁾. Aussi l'audition et/ou la convocation contraignante (en matière d'enquête préliminaire) du simple témoin ont-elles été jugées conformes à la Constitution sous une même réserve consistant dans sa nécessaire information « *de la nature et de la date de l'infraction qu'on (le) soupçonne d'avoir commise et de son droit de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie* »⁽⁹²⁾. Si l'on a pu regretter cette utilisation de la réserve d'interprétation⁽⁹³⁾, il convient de reconnaître qu'elle permet d'entourer de certaines garanties le passage de la qualité de « témoin » à celle de « suspect ». Reste à savoir si cette légitime réserve sera, en pratique, scrupuleusement respectée par les OPJ.

– En troisième et dernier lieu, une décision du 17 décembre 2010⁽⁹⁴⁾ portait sur la question de la liberté individuelle à l'issue de l'enquête, lors de la phase de défèrement. Le Conseil était ici saisi d'une QPC relative à l'article 803-3 du code de procédure pénale prévoyant notamment une privation de liberté de vingt heures à l'issue de la garde à vue, en vue du défèrement de la personne accusée devant un magistrat. Or, ayant à cette occasion rappelé que « *l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet* »⁽⁹⁵⁾, le Conseil a toutefois émis une réserve d'interprétation suivant laquelle la privation de liberté contestée « *méconnaîtrait la protection constitutionnelle de la liberté individuelle si la personne retenue n'était pas effectivement présentée à un magistrat du siège avant l'expiration du délai de vingt heures prévu par cet article* » (considérant 11). Dès lors, si l'on tient compte de sa jurisprudence antérieure⁽⁹⁶⁾, la privation de liberté sans intervention d'un magistrat du siège ne peut, suivant le Conseil, excéder soixante-huit heures (quarante-huit heures de garde à vue et vingt heures de retenue pour défèrement). Ce qui, contrairement aux idées reçues, fixe une limite temporelle plus stricte et plus claire que celle, pour l'heure, dressée par la Cour de Strasbourg⁽⁹⁷⁾.

En définitive, le bilan de la QPC concernant la phase d'enquête apparaît, sans doute, comme le plus conséquent en matière pénale : une censure d'envergure et de multiples réserves d'interprétation sont à noter. Un regret pourrait toutefois être formulé, celui de ne pas avoir vu le Conseil initier une nécessaire réforme des régimes dérogatoires de garde à vue.

B - L'instruction

L'examen des QPC portant sur des dispositions relatives à la phase d'instruction a principalement fourni l'occasion au Conseil d'asoir le principe d'équilibre des droits des parties, résultant de la combinaison des articles 6 (principe d'égalité) et 16 (droits de la défense) de la Déclaration de 1789. Dans un considérant de principe, il a en effet rappelé que : « *si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales* »⁽⁹⁸⁾.

Ce contrôle a ainsi permis aux juges constitutionnels d'envisager le problème de l'équilibre des droits des parties dans deux hypothèses : celles de l'exercice des voies de recours, d'une part, et du choix des parties

d'être assistées ou non par un avocat, d'autre part.

– Concernant le principe d'égalité des parties dans l'exercice des voies de recours, le Conseil a rendu deux décisions de censure et une de validation sous réserve.

La première censure a porté sur l'article 575 du code de procédure pénale, en ce qu'il limitait, de manière injustifiée, le droit de la partie civile de se pourvoir seule contre les arrêts de la chambre de l'instruction(99). La seconde concernait les deuxième et troisième phrases du premier alinéa de l'article 207 du même code qui, laissant la possibilité à la chambre de l'instruction, ayant statué sur l'appel d'une ordonnance relative à une détention provisoire, de se réserver pour l'avenir le contentieux de la détention, du contrôle judiciaire et de la surveillance électronique, privaient notamment(100) l'intéressé de son droit au double degré de juridiction et rompaient ainsi l'égalité entre les personnes placées en détention provisoire(101).

Si cette dernière censure semblait s'imposer, peut-on en dire de même de la première ? En effet, est-il permis d'envisager, dans le cadre de l'instruction pénale, un rapport d'égalité entre la victime, le mis en examen et le ministère public ? La victime doit-elle, par exemple, être dotée du droit de contester, devant la Cour de cassation, l'appréciation de la chambre de l'instruction concernant « *la constitution d'une infraction, la qualification des faits poursuivis et la régularité de la procédure qualification des faits poursuivis* »(102) ? Au regard de sa qualité de tiers à l'action publique et du défaut d'autorité sur le civil des décisions d'instruction, il est permis d'en douter(103).

Cette décision mérite d'ailleurs d'être mise en parallèle avec celle rendue par le Conseil s'agissant du droit d'appel de la personne mise en examen contre les ordonnances du juge d'instruction(104). Validant l'article 186 du code de procédure pénale cantonnant ce droit d'appel, le Conseil a néanmoins émis une réserve d'interprétation importante consacrant « *le droit de la personne mise en examen de former appel d'une ordonnance du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention faisant grief à ses droits* » (considérant 7), étendant ainsi sensiblement le droit d'appel du mis en examen.

– Le Conseil a, par ailleurs, fait application du principe d'équilibre des droits des parties afin de censurer partiellement des dispositions privant les parties, non assistées par un avocat lors de l'instruction, de certaines prérogatives. Il a ainsi jugé que rompaient l'égalité entre les parties, les dispositions prévoyant une communication aux seuls avocats des parties, et non aux parties elles-mêmes, des réquisitions du procureur de la République émises lors de la clôture de l'instruction (article 175 du code de procédure pénale)(105) et des décisions ordonnant une expertise (article 161-1 du même code)(106). Par le biais de l'exigence d'équilibre des droits des parties, le Conseil garantit ainsi l'effectivité du libre choix, reconnu à chaque partie privée, d'être assistée ou non par un avocat lors de l'instruction ; pareille position laissant alors envisager de nombreuses autres QPC relatives aux dispositions entravant ce libre choix(107).

Outre ces décisions rendues sous l'égide du principe d'équilibre des droits des parties, il est nécessaire d'évoquer celle rendue, au regard de l'article 66 de la Constitution garantissant la liberté individuelle, s'agissant de l'exécution des mandats d'arrêt et d'amener émis par un juge d'instruction ; exécution pouvant conduire à une privation de liberté, avant présentation au juge émetteur, de quatre, voire de six jours(108). Validant les dispositions contestées aux motifs que le mandat d'arrêt ou d'amener est ordonné par un juge d'instruction et, de surcroît, exécuté sous son contrôle, le Conseil a toutefois énoncé une réserve d'interprétation : la privation de liberté de quatre ou six jours, subie dans le cadre de l'*exécution* d'un

mandat d'amener, n'est constitutionnelle qu'à condition d'aligner le régime d'*émission* de ce mandat sur celui du mandat d'arrêt (la personne concernée doit encourir l'emprisonnement).

Contrairement à la CEDH dans l'affaire *Moulin c/ France*(109), il faut remarquer que le Conseil constitutionnel n'a ici nullement abordé le problème de la teneur de l'autorité judiciaire, ayant précisément jugé que le mandat s'exécutait sous le contrôle d'un juge du siège. L'observation invitait alors à relever si ce n'est une compatibilité, du moins un défaut de divergence fondamentale entre les positions constitutionnelle et européenne.

Finalement, si le contrôle *a posteriori* de constitutionnalité de la phase d'instruction ne peut s'enorgueillir du même retentissement doctrinal que celui de la phase d'enquête, son bilan est cependant loin d'être négligeable. En effet, au travers notamment de l'exigence d'équilibre des droits des parties, la jurisprudence du Conseil semble, par petites touches, fournir un véritable cadre constitutionnel à l'instruction pénale.

C - Le jugement

Pour l'heure, la phase de jugement n'a, au regard des deux précédentes, donné lieu qu'à un nombre relativement restreint de QPC. Aussi son bilan sera-t-il plus bref, qui reviendra essentiellement sur trois questions : la motivation des décisions de cour d'assises, la composition du tribunal pour enfants et les frais irrépétibles de la procédure pénale.

– La décision du Conseil du 1^{er} avril 2011(110) relative au défaut de motivation des arrêts d'assises lui a donné l'occasion de préciser que « *si la Constitution ne confère pas à (l'obligation de motivation) un caractère général et absolu, l'absence de motivation en la forme ne peut trouver de justification qu'à la condition que soient instituées par la loi des garanties propres à exclure l'arbitraire* » (considérant 11). Or, ayant constaté que la loi et la jurisprudence constante de la Cour de cassation offraient de telles garanties (respect du principe du contradictoire ; clarté, précision et individualisation des questions posées au jury ; majorité absolue des jurés requise pour toute décision défavorable à l'accusé), le Conseil en a alors déduit qu'elles ne conféraient pas « *un pouvoir arbitraire pour décider de la culpabilité d'un accusé* » (considérant 17). Cette décision de validation, dont l'argumentation était très proche de celles développées par la CEDH(111) et la Cour de cassation(112), n'a toutefois pas dissuadé le législateur du 10 août 2011(113) de fixer une obligation de motivation en la forme des verdicts d'assises.

– Le Conseil a par ailleurs été saisi d'une QPC mettant en cause l'impartialité du juge des enfants qui, ayant instruit une affaire concernant un mineur, est ensuite mené à présider le tribunal pour enfants habilité à prononcer des peines à son encontre. Dans une décision du 8 juillet 2011(114), le Conseil a alors procédé à la distinction suivante : « *le principe d'impartialité des juridictions ne s'oppose pas à ce que le juge des enfants qui a instruit la procédure puisse, à l'issue de cette instruction, prononcer des mesures d'assistance, de surveillance ou d'éducation ; que, toutefois, en permettant au juge des enfants qui a été chargé d'accomplir les diligences utiles pour parvenir à la manifestation de la vérité et qui a renvoyé le mineur devant le tribunal pour enfants de présider cette juridiction de jugement habilitée à prononcer des peines, les dispositions contestées (de l'article L. 251-3 du code de l'organisation judiciaire) portent au principe d'impartialité des juridictions une atteinte contraire à la Constitution* » (considérant 11). Un tel critère de distinction (la nature de la mesure à prononcer), discuté en doctrine(115), diffère alors de celui exprimé, quelques mois auparavant, par la CEDH dans sa décision *Adamkiewicz c/ Pologne*(116). En effet,

alignant le régime des mineurs sur celui des majeurs(117), la CEDH a décidé d'induire une éventuelle violation du principe d'impartialité de la nature des décisions prises, avant jugement, par le juge des enfants, adoptant ainsi un point de vue totalement inverse de celui retenu par le Conseil. Pouvait-il toutefois en aller autrement ? Sans doute non tant le contexte d'intervention du Conseil se distingue, par hypothèse, de celui d'une Cour qui, saisie d'espèces, a la possibilité d'examiner au cas par cas l'activité du juge suspecté d'impartialité.

– En dernier lieu, il revient d'évoquer brièvement la jurisprudence du Conseil relative aux frais irrépétibles de la procédure pénale. À cet égard, une première décision(118) a censuré l'article 618-1 du code de procédure pénale réservant à la seule partie civile le droit de demander le remboursement des frais irrépétibles engagés à l'occasion d'un pourvoi en cassation ; le Conseil ayant ici logiquement estimé que l'équilibre des droits entre cette partie civile et la personne relaxée ou acquittée était rompu. Dans une même perspective, il a également déclaré inconstitutionnel l'article 800-2 du même code qui, lorsque l'action publique avait été mise en mouvement par la partie civile, déniait à toute personne autre que celle visée par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement, la possibilité de demander une indemnité au titre des frais exposés pour sa défense(119).

Sans commenter plus avant ces deux censures, il convient juste de noter, en guise de conclusion du bilan de la QPC concernant la phase de jugement, qu'elles laissent entrevoir toutes les potentialités de l'exigence d'équilibre des droits des parties dans le cadre du contrôle envisagé.

Un constat et une remarque tiendront lieu de conclusion à ce bilan.

D'une part, le constat : si la QPC a donné l'occasion au Conseil constitutionnel de contrôler un pan entier de la procédure pénale (celui de la garde à vue), elle ne lui a, en revanche, pas encore permis de s'intéresser aux grandes questions de droit pénal général telles que, répétons-le, la responsabilité pénale des personnes morales. Aussi cette étude nous donne-t-elle l'occasion de formuler un vœu (pieux ?) : celui de voir, un jour, la Cour de cassation accepter de transmettre cette sérieuse question aux juges constitutionnels.

D'autre part, la remarque : les trois années écoulées d'application de la QPC en matière pénale ont, comme on a pu s'en apercevoir, donné lieu à de nombreuses décisions. Aussi, si les prochaines années devaient voir tarir le flot des QPC en la matière, faudrait-il nécessairement y voir un signe de désintérêt des plaideurs vis-à-vis de l'institution ? Rien n'est moins sûr tant l'accessibilité, aussi bien matérielle qu'intellectuelle, de la jurisprudence du Conseil pourrait en être à l'origine.

Notes de bas de page

(1) URL : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/mars-2013-3-ans-de-qpc-quelques-chiffres.136319.html>.

(2) Notamment, Cons. const., déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 (*Garde à vue I*) ; n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011 (*Garde à vue II*). V. également *infra*, les nombreux commentaires doctrinaux de ces décisions.

(3) Cons. const., déc. n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012 (*Harcèlement sexuel*). V. également *infra*, les nombreux commentaires doctrinaux de ces décisions.

(4) Cons. const., déc. n° 2012-271 QPC du 21 septembre 2012 (*Immunité pénale en matière de courses*

de taureaux).

(5) V. notamment, T. S. Renoux et X. Magnon, « Chroniques de droit pénal constitutionnel », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2011 (p. 417 et s.), 2012 (p. 703 et s.).

(6) V. notamment, B. de Lamy, chroniques à la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2011 et 2012 ; A.-S. Chavent-Leclère, observations dans la revue *Procédures*.

(7) Cons. const., déc. n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012 (*Ivresse publique*).

(8) Cons. const., déc. n° 2011-133 QPC du 24 juin 2011 (*Exécution du mandat d'arrêt et du mandat d'amener*).

(9) Cons. const., déc. n° 2010-80 QPC du 17 décembre 2010 (*Mise à disposition de la justice*).

(10) V. sur ce point, B. de Lamy et A. Botton, « La QPC, révélateur des limites du droit constitutionnel ? Lectures contrariées et contradictoires (1) », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2030 et la réplique de X. Magnon, p. 2032.

(11) Cons. const., déc. n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 37.

(12) V. notamment, Cons. const., déc. n° 2011-199 QPC du 25 novembre 2011 (*Discipline des vétérinaires*), cons. 7.

(13) C. Lombois, *Droit pénal international*, 2^e éd., Précis Dalloz, 1979, p. 22 à 24, n° 29-30.

(14) Cons. const., déc. n° 82-155 DC du 30 décembre 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982*, cons. 33.

(15) V. notamment, Cons. const., déc. n° 2011-210 QPC du 13 janvier 2012 (*Révocation des fonctions de maire*) ; n° 2012-266 du 20 juillet 2012 (*Décision de retrait de l'indemnité due en cas de décision administrative d'abattage d'un cheptel*).

(16) V. notamment, Cons. const., déc. n° 2011-211 QPC du 27 janvier 2012 (*Discipline des notaires*) ; n° 2012-289 QPC du 17 janvier 2013 (*Discipline des médecins*).

(17) V. notamment, Cons. const., déc. n° 2011-103 QPC (*Majoration fiscale de 40 % pour mauvaise foi*), n° 2011-104 QPC (*Majoration fiscale de 80 % pour activité occulte*) et n° 2011-105/106 QPC (*Majoration fiscale de 40 % après mise en demeure*) du 17 mars 2011 ; n° 2011-220 QPC du 10 février 2012 (*Majoration fiscale de 40 % pour non-déclaration de comptes bancaires à l'étranger ou de sommes transférées vers ou depuis l'étranger*) ; n° 2012-239 du 4 mai 2012 (*Transmission des amendes, majorations et intérêts dus par un contribuable défunt ou une société dissoute*).

(18) Cons. const., déc. n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010 (*Article L. 7 du code électoral*) ; n° 2011-211 QPC du 27 janvier 2012 (*Discipline des notaires*).

(19) Cons. const., déc. n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011 (*Déséquilibre significatif dans les relations commerciales*), cons. 3 et 4 (clarté et précision de la notion de « déséquilibre significatif », conditionnant une condamnation à une amende civile prévue à l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce).

(20) V. notamment, T. S. Renoux et X. Magnon, *op.cit.*, 2011, p. 434. Les deux auteurs parlent de « notion large de « peine » : de la peine... aux sanctions ayant le caractère d'une punition ».

(21) CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c/ Pays-Bas*, n°s 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72.

(22) CEDH, 9 février 1995, *Welch c/ Royaume-Uni*, n° 17440/90 ; 8 juin 1995, *Jamil c/ France*, n° 15917/89.

(23) Cons. const., déc. n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 37.

(24) Cons. const., déc. n° 2012-266 du 20 juillet 2012, (*Décision de retrait de l'indemnité due en cas de décision administrative d'abattage d'un cheptel*) préc., cons. 6.

(25) Formule tirée de la décision précitée du 17 janvier 1989 et reprise, de manière quasi-identique, dans celle du 20 juillet 2012. Par ailleurs, pour une utilisation de la formule en matière disciplinaire, v. Cons.

const., déc. n° 2011-199 QPC du 25 novembre 2011 (*Discipline des vétérinaires*), préc., cons. 7.

(26) Cons. const., déc. n° 2011-114 QPC du 1^{er} avril 2011 (*Déchéance de plein droit des juges consulaires*), cons. 5.

(27) Cons. const., déc. n° 2011-211 QPC du 27 janvier 2012 (*Discipline des notaires*), cons. 4.

(28) Ce qui est tout à fait légitime dans la mesure où l'enjeu consiste exclusivement dans la qualification de « peine » ou de « sanction ayant le caractère d'une punition ».

(29) Sur cette distinction entre peine et mesure de sûreté, v. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, T. I, Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 824 et s.

(30) La distinction n'est toutefois pas toujours si nette. V. à cet égard, Cons. const., déc. 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*.

(31) Mais pas exclusivement, v. à cet égard, Cons. const., déc. n° 2011-164 QPC du 16 septembre 2011 (*Responsabilité du « producteur » d'un site en ligne*). Le contrôle de constitutionnalité d'une incrimination concernant le « producteur » d'un site en ligne s'est ici réalisé au regard du principe de présomption d'innocence garanti par l'article 9 de la Déclaration de 1789.

(32) Cons. const., déc. n° 2010-73 QPC du 3 décembre 2010 (*Paris sur les courses hippiques*), cons. 10 ; n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011 (*Définition des crimes et délits incestueux*), cons. 3 ; n° 2011-204 QPC du 9 décembre 2011 (*Conduite après usage de stupéfiants*), cons. 3 ; n° 2012-222 QPC du 17 février 2012 (*Atteintes sexuelles incestueuses*), cons. 3 ; n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012 (*Harcèlement sexuel*), cons. 3 ; n° 2012-271 QPC du 21 septembre 2012 (*Immunité pénale en matière de courses de taureaux*), cons. 4.

(33) V. décisions précitées à la note 25.

(34) Cons. const., déc. n° 2012-240 du 4 mai 2012 (*Harcèlement sexuel*), préc.

(35) Cons. const., déc. n° 2012-271 QPC du 21 septembre 2012 (*Immunité pénale en matière de courses de taureaux*), préc.

(36) V. notamment, S. Détraz, « Harcèlement sexuel : justification et portée de l'inconstitutionnalité », *Recueil Dalloz*, 31 mai 2012, n° 21, p. 1372-1375 ; A. Lepage, « À propos de l'abrogation de l'article 222-33 du Code pénal », *JCP éd. G.*, 4 juin 2012, n° 23, p. 1094-1096 ; M. Veron, « Harcèlement sexuel. La création d'un vide juridique », *Droit Pénal*, juin 2012, n° 6, p. 32-33 ; V. Malabat, « Le harcèlement sexuel n'est plus... Comment redéfinir le harcèlement sexuel ? », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, avril-juin 2012, n° 2, p. 389-397 ; Y. Mayaud, « Le délit de harcèlement sexuel : histoire d'une abrogation fatale ! », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, avril-juin 2012, n° 2, p. 380-387.

(37) Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 *relative au harcèlement sexuel*. L'article 222-33 du code pénal, entré en vigueur le 8 août 2012, dispose dorénavant que : « I. – Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa 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. – (...) »

(38) V. notamment, M. Veron, « Harcèlement sexuel. La création d'un vide juridique », *Droit Pénal*, préc.

(39) Cons. const., déc. n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011, préc. (*Définition des crimes et délits incestueux, article 222-31-1 du code pénal*) ; n° 2012-222 QPC du 17 février 2012, préc. (*Atteintes sexuelles incestueuses, article 227-27-2 du code pénal*)

(40) Cons. const., déc. n° 2011-204 QPC du 9 décembre 2011 (*Conduite après usage de stupéfiants*), préc., cons. 5.

(41) Elle a, en effet, été *indirectement* abordée, v. à cet égard, pour la question de l'application de la loi pénale dans l'espace, Cons. const., déc. n° 2012-271 QPC du 21 septembre 2012 (*Immunité pénale en matière de courses de taureaux*), préc. ; pour la distinction entre culpabilité et imputabilité matérielle de l'infraction, déc. n° 2011-164 QPC du 16 septembre 2011 (*Responsabilité du « producteur » d'un site en ligne*), préc., cons. 3.

(42) Cass., QPC, 11 juin 2010, n° 09-87.884. Sur cette décision, v. B. de Lamy, « La légalité de l'article 121-2 du code pénal : la préservation par la Cour de cassation de sa propre jurisprudence », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2011, p. 177 ; dans le même sens, Cass., QPC, 27 avril 2011, n° 11-90.013.

(43) Pour un constat analogue, v. T. S. Renoux et X. Magnon, *op. cit.*, p. 441.

(44) Cons. const., déc. n° 2010-74 du 3 décembre 2010 (*Rétroactivité de la loi pénale plus douce*), cons. 3.

(45) Cons. const., déc. n° 2012-239 QPC du 4 mai 2012 (*Transmission des amendes, majorations et intérêts dus par un contribuable défunt ou une société dissoute*).

(46) Le Conseil fonde également le principe de personnalité des peines sur celui de la présomption d'innocence (article 9 de la Déclaration de 1789).

(47) Pour une utilisation de la distinction entre les deux adjectifs, v. J.-P. Gridel, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire français », *Les petites affiches*, 5 mars 2009, p. 113-118.

(48) *Le petit Robert de la langue française*, v° « proportionnel, elle ».

(49) *Idem*, v° « proportionné, ée ».

(50) Ce constat invite à s'interroger sur la pertinence de l'expression « principe de proportionnalité », ne devrait-on pas, en effet, lui préférer celle de « principe de proportion » ?

(51) Cons. const., déc. n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010 (*Article L. 7 du code électoral*), cons. 4 ; n° 2010-40 QPC (*Annulation du permis de conduire*) et n° 2010-41 QPC (*Publication du jugement de condamnation*) du 29 septembre 2010, cons. 3 ; n° 2010-72/75/82 QPC du 10 décembre 2010 (*Publication et affichage du jugement de condamnation*), cons. 3. ; n° 2011-211 QPC du 27 janvier 2012 (*Discipline des notaires*), cons. 6.

(52) V. notamment, Cons. const., déc. n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010 (*Article L. 7 du code électoral*), préc. ; n° 2011-211 QPC du 27 janvier 2012 (*Discipline des notaires*), préc. ; n° 2011-218 QPC du 3 février 2012 (*Condamnation d'un officier de carrière et perte de grade entraînant la cessation d'office de l'état militaire*).

(53) Cons. const., déc. n° 2010-72/75/82 du 10 décembre 2010, cons. 5 (*Publication et affichage du jugement de condamnation*).

(54) Cons. const., déc. n° 2010-40 QPC du 29 septembre 2010 (*Annulation du permis de conduire*).

(55) Cons. const., déc. n° 2010-41 QPC du 29 septembre 2010 (*Publication du jugement de condamnation pour publicité mensongère*).

(56) Cons. const., déc. n° 2010-103 QPC du 17 mars 2011 (*Majoration fiscale de 40 % pour mauvaise foi*) ; n° 2010-104 QPC du 17 mars 2011 (*Majoration fiscale de 80 % pour activité occulte*) ; n° 2010-105/106 QPC du 17 mars 2011 (*Majoration fiscale de 40 % après mise en demeure*) ; n° 2012-220 QPC du 10 février 2012 (*Majoration fiscale de 40 % pour non-déclaration de comptes bancaires à l'étranger ou de sommes transférées vers ou depuis l'étranger*).

(57) Cons. const., déc. n° 2012-220 QPC du 10 février 2012, préc.

(58) Cons. const., déc. n° 2010-604 DC du 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, cons. 14 ; n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, cons. 22.

(59) *Idem.*

(60) Cons. const., déc. n° 2011-204 QPC du 9 décembre 2011, préc. (*Conduite après usage de stupéfiants*).

(61) Cons. const., déc. n° 2010-103 QPC du 17 mars 2011 (*Majoration fiscale de 40 % pour mauvaise foi*) ; n° 2010-105/106 QPC du 17 mars 2011 (*Majoration fiscale de 40 % après mise en demeure*) ; n° 2012-220 QPC du 10 février 2012 (*Majoration fiscale de 40 % pour non-déclaration de comptes bancaires à l'étranger ou de sommes transférées vers ou depuis l'étranger*).

(62) V. notamment, Cons. const., déc. n° 2012-266 du 20 juillet 2012 (*Décision de retrait de l'indemnité due en cas de décision administrative d'abattage d'un cheptel*) ; n° 2012-289 QPC du 17 janvier 2013 (*Discipline des médecins*).

(63) Pour une application de cette jurisprudence en matière de QPC, v. Cons. const., déc. n° 2012-266 du 20 juillet 2012, préc., cons. 9.

(64) Ainsi ce contrôle a donné lieu à une réserve d'interprétation (placement en chambre de sûreté pour cause d'ivresse publique) et à trois censures (hospitalisations psychiatriques). V. décisions citées *infra*.

(65) Cons. const., déc. n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012 (*Ivresse publique*).

(66) Cons. const., déc. n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010 (*Hospitalisation sans consentement*) ; n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011 (*Hospitalisation d'office*) ; n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012 (*Dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement*).

(67) Cons. const., déc. n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010 (*Hospitalisation sans consentement*), cons. 20 ; n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011 (*Hospitalisation d'office*), cons. 9.

(68) Cons. const., déc. n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010 (*Hospitalisation sans consentement*), cons. 25 ; n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011 (*Hospitalisation d'office*), cons. 13. Rappr. déc. n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012 (*Ivresse publique*), cons. 8 (comme prenant en considération la brièveté de la privation de liberté).

(69) Cons. const., déc. n° 2010-32 QPC du 22 septembre 2010 (*Retenue douanière*) ; n° 2011-203 QPC du 2 décembre 2011 (*Vente des biens saisis par l'administration douanière*) ; n° 2011-214 QPC du 27 janvier 2012 (*Droit de communication de l'administration des douanes*).

(70) Cons. const., déc. n° 2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010 (*Perquisitions fiscales*).

(71) Cons. const., déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 (*Garde à vue I*) ; n° 2010-30/34/35/47/48/49/50 QPC du 6 août 2010 (*Garde à vue*) ; n° 2010-32 QPC du 22 septembre 2010 (*Garde à vue terrorisme*) ; n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011 (*Garde à vue II*) ; n° 2011-223 QPC du 17 février 2012 (*Ordre des avocats au barreau de Bastia*) ; n° 2012-228/229 QPC du 6 avril 2012 (*Enregistrement audiovisuel des interrogatoires et des confrontations des personnes mises en cause en matière criminelle*).

(72) Cons. const., déc. n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011 (*Garde à vue II*), préc. ; n° 2012-257 QPC du 18 juin 2012 (*Convocation et audition par OPJ en enquête préliminaire*).

(73) Cons. const., déc. n° 2010-80 QPC du 17 décembre 2010 (*Mise à disposition de la justice*).

(74) V. notamment, sur ce débat, concernant la décision *Garde à vue I*, 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 » *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2011, p. 165 ; Ph. Conte, « In Limine, Cuisine constitutionnelle », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2010, n° 3, p. 533-535 ; C. Mascala, « Réflexions sur la censure constitutionnelle du régime de certaines gardes à vue », *Politeia*, 2010, n° 17, p. 271-281 ; v. également les contributions de praticiens et d'universitaires « Dossier spécial – Garde à vue, la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 », *Revue de droit pénitentiaire et de droit pénal*, 2010, n° 3, p. 599-608. Sur *Garde à vue II*, v. notamment, B. de Lamy, « La fin de la saga « garde à vue » ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2012, n° 1, p. 217-221 ; J.

Pradel, « La loi du 14 avril 2011 sur la garde à vue réussit son examen de passage devant le Conseil constitutionnel », *JCP éd. G.*, 26 décembre 2011, n° 52, p. 2564-2567 ; H. Matsopoulou, « Les dispositions de la loi du 14 avril 2011 sur la garde à vue déclarées conformes à la Constitution », *Recueil Dalloz*, 2011, n° 44, p. 3034-3039 ; F. Fourment, « Assistance effective d'un avocat en garde à vue : énième épisode d'une série loin d'en être à sa dernière saison », *La Gazette du Palais*, 13-14 janvier 2012, n° 13-14, p. 46-47.

(75) Cons. const., déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 (*Garde à vue I*).

(76) Cette inconventionnalité étant implicitement comprise dans les décisions *Salduz c/ Turquie* (CEDH, 27 novembre 2008, n° 36391/02) et *Dayanan c/ Turquie* (CEDH, 13 octobre 2009, n° 7377/03).

(77) CEDH, 14 octobre 2010, *Brusco c/ France*, n° 1466/07.

(78) Cons. const., déc. n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011 (*Garde à vue II*), préc.

(79) Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 *relative à la garde à vue*.

(80) V. notamment, la critique circonstanciée de M. le professeur Bertrand de Lamy in « La fin de la saga « garde à vue » ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2012, n° 1, p. 217-221, *in fine*.

(81) V. à cet égard, Cons. const., déc. n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, *Loi de finances pour 1990*, cons. 58. V. également, le commentaire en ligne de la décision *Garde à vue II*, p. 15-16.

(82) Il n'en reste pas moins que ce législateur, sous la contrainte du droit communautaire, pourrait être rapidement conduit à revoir sa copie en matière d'accès au dossier de l'avocat du gardé à vue. V. 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 qui, devant être transposée au plus tard le 2 juin 2014, dispose dans son article 7 1° que : « Lorsqu'une personne est arrêtée et détenue à n'importe quel stade de la procédure pénale, les États membres veillent à ce que les documents relatifs à l'affaire en question détenus par les autorités compétentes qui sont essentiels pour contester de manière effective conformément au droit national la légalité de l'arrestation ou de la détention soient mis à la disposition de la personne arrêtée ou de son avocat ».

(83) Cons. const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 23 et s.

(84) CEDH, 27 novembre 2008, *Salduz c/ Turquie*, n° 36391/02.

(85) CEDH, 13 octobre 2009, *Dayanan c/ Turquie*, n° 7377/03.

(86) C'est la chambre criminelle de la Cour de cassation qui, dans le cadre de son contrôle de conventionnalité, s'en chargera : Cass. crim., 19 octobre 2010, *Bull. crim.*, n° 164.

(87) Cons. const., déc. n° 2011-223 QPC du 17 février 2012 (*Ordre des avocats au barreau de Bastia*), préc.

(88) Cons. const., déc. n° 2012-228/229 QPC du 6 avril 2012 (*Enregistrement audiovisuel des interrogatoires et des confrontations des personnes mises en cause en matière criminelle*), préc. Le Conseil a également déclaré contraire à la Constitution le septième alinéa de l'article 116-1 du code prévoyant une telle exception en matière d'instruction.

(89) Issu de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 *tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale*.

(90) Cons. const., déc. n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011 (*Garde à vue II*), préc., cons. 15 à 21.

(91) Cons. const., déc. n° 2012-257 QPC du 18 juin 2012 (*Convocation et audition par OPJ en enquête préliminaire*), préc.

(92) Cons. const., déc. n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011, préc., cons. 20 ; n° 2012-257 QPC du 18 juin 2012, préc., cons. 9.

(93) B. de Lamy, *op.cit.*

(94) Cons. const., déc. n° 2010-80 QPC du 17 décembre 2010 (*Mise à disposition de la justice*). Sur la

question de l'assistance par un avocat lors du défèrement, v. déc. n° 2011-125 QPC du 6 mai 2011 (*Défèrement devant le procureur de la République*).

(95) Cons. const., déc. n° 93-326 DC du 11 août 1993, *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale*, cons. 5.

(96) *Idem*.

(97) Il est vrai que, saisie de situations concrètes, la Cour n'a pour l'heure pas fixé de durée maximale de non intervention d'un magistrat du siège. Toutefois, elle a notamment jugé que les délais de quatre jours et six heures (*Brogan et autres c/ Royaume-Uni*, 29 novembre 1988, § 62, série A, n° 145-B) et *a fortiori* de plus de cinq jours (*Moulin c/ France*, 23 novembre 2010, n° 37104/06, § 60 et s.) étaient contraires à l'article 5 § 3 de la Convention.

(98) Cons. const., déc. n° 2010-15/23 QPC du 23 juillet 2010 (*Article 575 du code de procédure pénale*), cons. 4 ; n° 2010-81 QPC du 23 juillet 2010 (*Détention provisoire : réserve de compétence de la chambre de l'instruction*), cons. 4 ; n° 2011-153 QPC du 13 juillet 2011 (*Appel des ordonnances du juge d'instruction et du juge des libertés et de la détention*), cons. 3 ; n° 2011-160 QPC du 9 septembre 2011 (*Communication du réquisitoire définitif aux parties*), cons. 4 ; n° 2012-284 QPC du 23 novembre 2012 (*Droit des parties non assistées par un avocat et expertise pénale*), cons. 4.

(99) Cons. const., déc. n° 2010-15/23 QPC du 23 juillet 2010 (*Article 575 du code de procédure pénale*).

(100) Il était aussi privé, comme l'a relevé M. le professeur Bertrand de Lamy (« Les fonctions du principe d'égalité : lutte contre les discriminations et améliorations de la qualité de la législation pénale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2012, p. 233), « des possibilités du juge d'instruction ou du JLD d'ordonner sa libération immédiate dès lors que les conditions légales de la détention ne sont plus remplies, de la possibilité de bénéficier du double regard d'abord du juge d'instruction, et le cas échéant du JLD lors d'une demande de mise en liberté ».

(101) Cons. const., déc. n° 2010-81 QPC du 23 juillet 2010 (*Détention provisoire : réserve de compétence de la chambre de l'instruction*).

(102) Droit que lui reconnaît expressément le Conseil dans sa décision précitée du 23 juillet 2010 (cons. 8).

(103) V. sur ce point, B. de Lamy, « Inconstitutionnalité de l'article 575 du code de procédure pénale : la partie civile promue par le Conseil constitutionnel », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2011, p. 188.

(104) Cons. const., déc. n° 2011-153 QPC du 13 juillet 2011 (*Appel des ordonnances du juge d'instruction et du juge des libertés et de la détention*).

(105) Cons. const., déc. n° 2011-160 QPC du 9 septembre 2011 (*Communication du réquisitoire définitif aux parties*).

(106) Cons. const., déc. n° 2012-284 QPC du 23 novembre 2012 (*Droit des parties non assistées par un avocat et expertise pénale*).

(107) V. sur ce point, B. de Lamy, « Les fonctions du principe d'égalité : lutte contre les discriminations et améliorations de la qualité de la législation pénale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, préc. V. cependant, le commentaire en ligne de la décision n° 2012-284 QPC du 23 novembre 2012 qui rappelle que, pour de telles dispositions, « un raisonnement au cas par cas s'impose » (p. 11).

(108) Cons. const., déc. n° 2011-133 QPC du 24 juin 2011 (*Exécution du mandat d'arrêt et du mandat d'amener*).

(109) CEDH, 23 novembre 2010, *Moulin c/ France*, préc.

(110) Cons. const., déc. n° 2011-113/115 QPC du 1^{er} avril 2011 (*Motivation des arrêts d'assises*).

(111) V. en dernier lieu, CEDH, Gde Chambre, 16 novembre 2010, *Taxquet c/ Belgique*, n° 926/05 ; CEDH, 10 janvier 2013 (deux décisions), *Legillon c/ France* (n° 53406/10) et *Agnelet c/*

France (n° 61198/08).

(112) Cass. crim., 14 octobre 2009, n° 08-86480, *D.*, 2009, p. 2778, note J. Pradel ; *JCP éd. G.*, 2009, p. 47, note H. Matsopoulou.

(113) Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 *sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs*.

(114) Cons. const., déc. n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011 (*Composition du tribunal pour enfants*).

(115) V. notamment, B. de Lamy, « Droit pénal des mineurs : une spécificité toujours limitée », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2012, p. 227.

(116) CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz c/ Pologne*, n° 54729/00.

(117) CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, n° 10486/83.

(118) Cons. const., déc. n° 2011-112 du 1^{er} avril 2011 (*Frais irrépétibles devant la Cour de cassation*).

(119) Cons. const., déc. n° 2011-190 QPC du 21 octobre 2011 (*Frais irrépétibles devant les juridictions pénales*).