

La punition selon le Conseil constitutionnel

Jacques-Henri ROBERT - Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 26 (DOSSIER : LA CONSTITUTION ET LE DROIT PÉNAL) - AOÛT 2009

1 - Quoique le Conseil d'État et la Cour de cassation rendent des décisions insusceptibles de recours, leurs jurisprudences peuvent être brisées par le pouvoir législatif ou le pouvoir exécutif auxquels il suffit, pour cela, de modifier les textes que ces juridictions supérieures sont chargées d'interpréter. Lorsque sa mission se bornait à faire respecter la Constitution et elle seule, le Conseil constitutionnel était exposé au même désagrément, à cette importante différence près que seul le pouvoir constituant pouvait contrarier sa jurisprudence mais au prix d'un lourd processus de réforme. Par sa décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 (JO du 18 juillet, p. 7114), le Conseil ne s'est pas seulement donné le pouvoir de contrôler le contenu des lois, mais il a surtout assis sa puissance sur les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » qui sont hors d'atteinte pour le Constituant lui-même : ces principes sont en effet immuables, soit parce qu'ils sont écrits dans des déclarations et préambules de constitutions auxquels nul ne songerait toucher, soit parce qu'ils ne sont pas écrits du tout, mais induits de l'ensemble des valeurs dont se sont inspirés les législateurs des trois premières Républiques.

Le Conseil se place ainsi dans une position comparable à celles de la Cour de Justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme qui, elles aussi interprètent extensivement des traités dont elles procèdent pour accroître indéfiniment leurs compétences. Ces trois organes sont bien plus puissants que ne l'étaient les cours qu'on disait « souveraines » sous l'Ancien Régime mais dont l'orgueil était brisé par des lits de justice ou des « exils ».

2 - Le contenu des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, devenus les « principes ou règles de valeur constitutionnelle », permettent au Conseil constitutionnel de contrôler la totalité du droit pénal, substantiel ou procédural. En effet, les peines établies par le code pénal portent inévitablement atteinte aux libertés fondamentales, et notamment à la liberté d'aller et venir ; les incriminations auxquelles ces sanctions sont associées doivent être « évidemment et strictement nécessaires » selon l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; la procédure pénale tout entière brime toutes sortes de libertés, même celle d'aller et venir, et elle permet aux autorités judiciaires de ternir la présomption d'innocence, recueillie de l'Ancien Droit par l'article 9 de la même Déclaration. En un mot, parce que le droit pénal contient et retient les plus graves menaces que l'État puisse faire peser sur les libertés individuelles, il est placé sous la tutelle du Conseil constitutionnel et c'est cette discipline qui donne matière aux décisions les plus retentissantes.

3 - Bientôt quarante ans ont passé depuis la célèbre décision du 16 juillet 1971 au lendemain de laquelle on a craint que l'accumulation des décisions constitutionnelles ne finisse par paralyser l'action législative, de la même façon que des nains réussirent, par d'innombrables liens, à clouer au sol le géant Gulliver, selon une fable qui était justement de nature politique. Et il est vrai que le Conseil se plaît à revêtir de la « valeur constitutionnelle » des normes de plus en plus nombreuses parce qu'elles forment une coutume législative républicaine, au point que les contraintes qui pèsent sur le législateur pénal forment maintenant un réseau très dense. Mais il n'est pas très serré et le Conseil constitutionnel prend garde de ne pas entraver exagérément les mouvements du Parlement : les récentes décisions relatives aux lois des 12 décembre 2005, 10 août 2007 et du 25 février 2008 ont étonné les commentateurs par leur mansuétude à l'égard des nouveautés législatives. C'est que notre Conseil n'est pas la Cour européenne des droits de l'homme, quoique l'un et l'autre appliquent des règles aux contenus comparables ou identiques : il est, en effet, composé de personnes dont le culte du droit n'est pas l'unique profession, quand encore ce sont des juristes : elles ont exercé de hautes fonctions politiques et administratives et savent les inconvénients de l'excès de juridisme.

4 - Et, même si elles ont un contenu largement commun, les règles appliquées par les deux juridictions, ne sont pas formulées ni organisées de la même façon ; au surplus, le Conseil et la Cour n'entreprennent pas leur œuvre normative en suivant le même plan, livrées qu'elles sont aux hasards des saisines. Ainsi la « matière pénale » a été découverte par la Cour européenne dans son arrêt Östürk (CEDH, 21 février 1984, Publications de la Cour, vol. 73) pour que les accusés bénéficient des garanties procédurales du procès équitable, inscrites dans l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH), alors que l'équité et la loyauté du procès ne sont pas expressément écrites ni synthétisées dans les textes constitutionnels français et n'ont pu être déduites, laborieusement, que de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ; l'équivalent de la matière pénale a donc été découvert par le Conseil à l'occasion d'une saisine dont le principe de proportionnalité des peines était le fondement (déc. n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, Rec. p. 63).

6 - Il n'a pas voulu imiter le vocabulaire de la Cour préférant construire un droit de la « punition » et il a développé autour de cette notion un important corps de solutions (I). Mais, sous la pression du législateur soucieux d'ordre public, il a consenti à ce que naissent des mesures de sûreté tout aussi afflictives que des peines, et pourtant soustraites aux exigences attachées à la qualification de « punition », à la condition toutefois que leur régime respecte un droit commun minimum protecteur de toutes les libertés

I. Le droit de la punition

7 - Le droit constitutionnel de la punition a été bâti avec les matériaux tirés de la Déclaration des droits de l'homme et de tous les grands principes que développent, depuis la Révolution, tous les manuels de droit pénal et de procédure pénale : nécessité des peines, non-rétroactivité, proportionnalité, légalité des incriminations, comprise comme clarté et précision du texte pénal, présomption d'innocence, droits de la défense. En 1989, Louis Favoreu se félicitait de la valeur constitutionnelle reconnue à ces principes et espérait que d'autres les rejoignent, tels que la personnalité de la responsabilité, l'individualisation et le non-cumul des peines (Favoreu (L.), « 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 », Cujas, 1989 p. 169). Sauf sur le non-cumul des peines, qui ne fut reconnu que comme une conséquence de la proportionnalité des peines et avec des effets limités (déc. n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, Rec. p. 71), le refondateur du droit constitutionnel fut satisfait et au-delà, comme on va le voir à l'énumération des nouvelles exigences imposées à l'exercice de la répression pénale. Au surplus, comme la matière pénale, le droit de la punition s'est imposé à toutes les autorités, judiciaires ou non, auxquelles la loi a confié le droit de punir.

A - Les nouvelles exigences constitutionnelles imposées à la répression exercée par les tribunaux judiciaires

8 - Le procès pénal porte, en anglais, le nom d'épreuve (trial), sans doute en souvenir des ordales, et c'est pourquoi le Conseil, comme la Cour européenne des droits de l'homme, déploie une grande sollicitude à l'égard des citoyens ainsi éprouvés. Il conforte de vieilles règles ou en énonce de nouvelles qui concernent la substance ou la forme du droit.

1°) Les règles de fond

9 - Il n'est plus guère utile, aujourd'hui, de revenir sur l'importance considérable de la décision des 19 et 20 janvier 1981 (déc. n° 80-127 des 19 et 20 janvier 1981, Rec. p. 15) qui affirma le principe de sa rétroactivité in mitius de la loi pénale et qui déduisit, du principe de légalité, l'exigence de la clarté et la précision, laquelle a, ultérieurement, été étendue à l'énoncé des faits justificatifs (déc. n° 98-399 DC du 5 mai 1998, Rec. p. 245, cons. 5 à 8 ; déc. n° 2006-540 DC du 26 juillet 2006, Rec. p. 88, cons. 57).

On s'attachera donc aux règles dont la jurisprudence récente du Conseil a reconnu la valeur constitutionnelle.

Le principe de la responsabilité individuelle est d'une évidence si majestueuse que la Déclaration des droits de l'homme n'avait pas cru devoir l'énoncer expressément. Le Conseil constitutionnel a donc dû l'affirmer, comme il l'a fait, après une hésitation pour le principe d'individualisation de la peine, et enfin pour la spécificité du droit des mineurs.

a) Le principe de la responsabilité individuelle

10 - Selon l'article 121-1 du code pénal « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ». Le principe n'est que médiocrement respecté par l'article 121-2 qui, aussitôt après, déclare les personnes morales responsables d'infractions qui ne sont pas les leurs puisque, selon le texte même, elles ont été commises « pour leur compte, par leurs organes ou représentants ». Les spécialistes du droit criminel regrettent souvent que le nouveau code pénal n'ait pas été soumis à l'examen du Conseil constitutionnel.

C'est à un autre propos que le Conseil fut invité à appliquer le principe : la loi du 18 juin 1999 sur la sécurité routière qui rendit le titulaire du certificat d'immatriculation d'un véhicule « redevable pécuniairement de l'amende encourue » pour certaines contraventions au code de la route, lorsque le conducteur, en principe responsable, n'est pas identifié (art. L. 21-2 de l'ancien code de la route repris par l'article L. 121-3 du nouveau code). Le Conseil voulut bien valider la loi en disant que la dette du « redevable » était nécessairement justifiée par l'une ou l'autre des deux fautes ainsi décrites : « Le refus du titulaire du certificat d'immatriculation d'admettre sa responsabilité personnelle dans la commission des faits, s'il en est l'auteur, ou, dans le cas contraire, son refus ou son incapacité d'apporter tous les éléments justificatifs utiles seraient constitutifs d'une faute personnelle ; celle-ci s'analyserait, en particulier, ou en un refus de contribuer à la manifestation de la vérité ou en un défaut de vigilance dans la garde du véhicule » (déc. n° 99-411 DC du 16 juin 1999, Rec. p. 77 cons. 9). La conjugaison des verbes au conditionnel exprime à la fois l'embarras du Conseil et sa bienveillance à l'égard du législateur confronté à la nécessité d'assurer la sécurité routière.

11 - Le principe de la responsabilité personnelle ayant ainsi reçu, quoique de manière gauche, une consécration constitutionnelle dont nul n'avait douté, le Conseil lui donna un développement plus inattendu, pour rejeter des recours qui reprochaient au législateur de n'avoir pas prévu que le délit qu'il instituait, l'exploitation de la mendicité, comprenait un élément moral : ce que le prévenu n'a ni voulu ni prévu ne peut pas être proprement considéré comme son fait. Le Conseil répondit, par une réserve d'interprétation, que l'incrimination nouvelle respectait les articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme parce que s'appliquera de plein droit « le principe général du droit pénal énoncé à l'article 121-3 du code pénal qui précise qu'il n'y a point de délit sans intention de le commettre » (déc. n° 2003-467 du 13 mars 2003, Rec. p. 211, cons. 77). Même si l'on admet que l'imprudence suffit à constituer l'élément moral des infractions, cette réserve a pour effet de donner, au sein du droit pénal, une place dérogatoire à toute la matière contraventionnelle, selon un régime qui reste à déterminer dans de futures décisions.

L'irresponsabilité des personnes atteintes de troubles psychiques ou neuropsychiques est aussi érigée au rang des valeurs constitutionnelles comme une conséquence du principe de la personnalité de la responsabilité pénale (déc. n° 2008-562 DC du 25 février 2008, JO du 26 février 2008, cons. 27).

b) L'individualisation de la peine

12 - Après avoir refusé à l'individualisation de la peine le rang de principe constitutionnel (déc. n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, Rec. p. 15 et spéc. p. 18) au motif qu'il instaurerait l'arbitraire du juge, le Conseil renversa son opinion en affirmant, pour répondre à un recours qui invoquait ce principe, qu'il découlait « de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme » (déc. n° 2005-520 du 22 juillet 2005, Rec. p. 118, cons. 3), ce qui est un rattachement audacieux. Un auteur (Garçon (E.) « La resocialisation du délinquant à travers la jurisprudence constitutionnelle », *Politéia*, 2004, n° 5, p. 125) croit discerner une première allusion au principe dans une décision plus ancienne qui énonce, parmi les finalités de la peine, l'amendement du condamné et son éventuelle réinsertion (déc. n° 93-334 du 20 janvier 1994, Rec. p. 27). Par conséquent, le principe s'applique sans que la loi ait besoin de le dire (déc. n° 2007-553 du 3 mars 2007, Rec. p. 93), mais il est loisible au législateur, s'il lui plaît, de ne pas en faire un facteur exclusif du choix de la peine fulminée par lui (déc. n° 2007-554 DC du 9 août 2007, Rec. p. 303 cons. 13).

Ces conditions et restrictions sont si nombreuses que l'individualisation de la peine se réduit à une pieuse recommandation adressée au juge, car si une loi écartait toute individualisation en fulminant une peine fixe, c'est le principe de proportionnalité qui serait blessé (déc. n° 87-237 du 30 décembre 1987, précitée ; déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. 43 à 49, Rec. p. 224 ; déc. n° 99-410 du 15 mars 1999, JO du 21 mars, p. 4238, cons. 40 à 42).

c) La particularité de la justice des mineurs

13 - En analysant les deux lois des 12 avril 1906 et 22 juillet 1912 et l'ordonnance du 2 février 1945, le Conseil affirma que « l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, comme la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des juridictions spécialisées et selon des procédures appropriées » méritaient de devenir des principes constitutionnels (Cons. const., déc. n° 2002-461 du 29 août 2002, Rec. p. 204 cons. 26 à 61). Depuis, ce considérant a été répété à plusieurs reprises (déc. n° 2003-467 du 13 mars 2003, préc., cons. 36 à 38 ; déc. n° 2004-492 du 2 mars 2004, Rec. p. 66, cons. 95 ; déc. n° 2007-553, préc., du 3 mars 2007, Rec. p. 93, cons. 9 à 28 ; déc. n° 2007-554 du 9 août 2007, préc., cons. 13 à 24). Mais ces invocations fréquentes n'ont engendré aucune annulation, seulement un rappel selon lequel la loi du 10 août 2007 sur la récidive n'avait pas abrogé l'article 2, alinéa 1 de l'ordonnance de 1945 qui oblige le juge à considérer d'abord la possibilité d'une mesure de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation avant de se résoudre, « si les circonstances l'exigent » à prononcer une peine.

2°) La procédure pénale

14 - En matière de procédure pénale, et depuis la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 relative à la garantie des droits individuels des citoyens, le législateur français fut presque un élève modèle dans le traitement des droits de l'homme. Il fut aiguillonné par la Cour européenne des droits de l'homme à la voix de laquelle la Cour de cassation prêta une oreille docile : c'est ainsi que le parquet près la Cour de cassation fut chassé de la chambre des délibérations (CEDH 31 mars 1998, JCP 1999 II 10074, note Soler (S.) et Cass. ass. plén. 22 novembre 2002, Bull. crim., nov., n° 2) ; fut pareillement raboté, au nom de « l'égalité des armes », le régime particulier du procureur général en matière contraventionnelle (Cass. crim. 6 et 21 mai 1997, Bull. crim., n°s 170 et 191). Et le législateur lui-même s'est mué en quasi-constituant lorsqu'il plaça en tête du code de procédure pénale un article préliminaire pour proclamer les principes auxquels il entendait désormais se plier (loi n° 2000-516 du 15 juin 2000).

Le Conseil constitutionnel n'eut donc guère besoin de renchérir sur tant de zèle, d'autant que, comme on le verra ci-après (n°s 19 à 21), il a élaboré un droit commun des libertés individuelles pour les protéger contre toutes les entreprises étatiques, qu'elles soient ou non liées à l'exercice de la répression par l'autorité judiciaire. Il censura sévèrement « l'injonction pénale » qui aurait dû figurer dans la loi n° 95-125 du 8

février 1995 (déc. n° 95-360 DC du 2 février 1995, JO du 7 février, p. 2097) et qui présentait le défaut de confondre les fonctions de poursuites et de sanction ; mais l'institution voisine de la composition pénale prit sa place, moyennant une validation par le juge du siège (loi n° 99-515 du 23 juin 1999, art. 41-2 c. proc. pén.). D'autres décisions censurèrent des défaillances législatives plus limitées : le refus de toute présence d'un avocat lors de la garde à vue des personnes suspectées de terrorisme ou de trafic de stupéfiants (déc. n° 93-326 DC du 11 août 1993, JO du 15 août, p. 11 599, cons. 15), l'irrecevabilité des requêtes en nullité élevées contre certaines formes très intrusives d'enquête et d'instruction contre la criminalité organisée (déc. n° 2004-492 du 2 mars 2004, Rec. p. 66, cons. 70 et 71) et le refus de publicité à l'audience d'homologation de la peine acceptée par le prévenu à l'occasion d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (même décision, cons. 117).

En revanche, il ne lui sembla pas que l'égalité des armes commande une identité de régime entre le « référé-liberté » formé par le mis en examen et le « référé-détention » introduit par le procureur de la République (déc. n° 2002-461 DC du 22 août 2002, Rec. p. 204, cons. 71).

B - La punition infligée par des autorités non judiciaires

15 - Dans sa décision précitée du 30 décembre 1987, le Conseil constitutionnel avait affirmé que « toute sanction ayant le caractère d'une punition » obéissait aux principes de nécessité et de proportionnalité déduits de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme, « même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire ». Il admettait ainsi le pouvoir punitif des autorités administratives qu'ultérieurement il affirma ouvertement : ainsi, il déclara que le pouvoir sanctionnateur de la Commission des opérations de bourse (déc. n° 89-260 DC, précitée, cons. 6) et celui du Conseil supérieur de l'audiovisuel (déc. n° 2000-433 du 27 juillet 2000, Rec. p. 121, cons. 48 à 52) n'offensaient pas la séparation des pouvoirs, ni aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle, pourvu que « soient respectés les principes de nécessité et de légalité des peines, ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition ». D'autres décisions suivirent, par exemple celle du 12 août 2004 (déc. n° 2004-504 DC du 12 août 2004, Rec. p. 153, cons. 24 à 27) qui, après avoir ajouté le rappel de la non-rétroactivité, déclare conforme au bloc de constitutionnalité une sanction financière infligée par les directeurs des organismes locaux de sécurité sociale, (art. L. 162-1-14 c. séc. soc.) et celle qui autorisa le président du conseil général à suspendre les allocations familiales versées aux familles des mineurs délinquants (déc. n° 2005-535 du 30 mars 2006, Rec. p. 50, cons. 36).

Ainsi, le législateur peut faire infliger la « punition » par telle autorité qu'il lui semble bon, mais à la condition, posée aussi la Cour européenne des droits de l'homme, que le justiciable jouisse des mêmes garanties que s'il était traduit devant une juridiction répressive judiciaire. Le rappel du principe de proportionnalité, contenu dans celui de légalité, n'est pas fait en vain puisque le Conseil constitutionnel annula une sanction qui aurait dû être prononcée automatiquement et qui consistait en une publication en cas de manquement des éditeurs de radio-télévision (déc. n° 2000-433 DC, du 27 juillet 2000, préc.).

Si l'assimilation est parfaite pour ce qui concerne le droit substantiel, il en va tout autrement des droits de la défense : le Conseil est indifférent au fait que l'autorité administrative ne soit pas un organe juridictionnel (déc. n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, préc., cons. 50) ou à celui que les droits de la défense ne puissent être exercés qu'a posteriori, devant la juridiction administrative (déc. n° 2004-504 DC du 12 août 2004, préc., cons. 27).

Mais, et la précision est considérable, la compétence sanctionnatrice de l'autorité administrative cesse dès lors que la « punition » porte atteinte à une liberté garantie par des règles de valeur constitutionnelle, comme la liberté d'aller et venir ou l'inviolabilité du domicile (infra n° 19 à 21).

Le Conseil se contente donc d'assez peu, si l'on compare ses solutions avec celles que la Cour européenne déduit de l'article 6 de la CESDH.

Mais sa compréhension à l'égard du législateur français ne s'est pas arrêtée là.

II - Autour et à côté du droit de la punition : le droit commun des libertés constitutionnellement garanties

16 - Le Conseil énonce les garanties qui doivent être attachées à l'application de la « punition » mais ne la définit pas. Depuis quelques années, cette lacune peut être comblée par la comparaison avec une catégorie qui retient l'attention du Conseil, celle des mesures de sûreté dont il dit que ce ne sont pas des punitions, et qui pourtant sont ressenties comme telles par ceux qu'elles frappent et qui sont infligées individuellement à des individus que la loi entend stigmatiser. On peut inventer pour elle la dénomination de « mesures de sûreté afflictives ». Les personnes concernées ne sont pas privées pour autant de toutes les garanties, mais celles qui leur sont accordées forment le droit commun de toutes les limitations que l'État peut apporter à l'exercice des libertés.

A - Les mesures de sûreté afflictives

17 - Le recensement des décisions du Conseil constitutionnel désigne certains domaines dans lesquels l'opposition entre les partis politiques est très sensible : l'immigration clandestine, la criminalité organisée et la récidive. La lutte contre ces phénomènes a engendré la création de mesures de sûreté afflictives dont voici quelques exemples : le retrait de la carte de séjour prononcé contre les étrangers « passibles de poursuites » du chef de diverses infractions relevant de la « traite des êtres humains » (déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Rec. p. 211, cons. 81 à 85) ; l'inscription sur le fichier des auteurs d'infractions sexuelles (déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, Rec. p. 66, cons. 74 à 76) ; la surveillance judiciaire, incluant la surveillance électronique mobile, infligée à certains condamnés (déc. n° 2005-527 DC du 8 décembre 2005, Rec. p. 153, cons. 13 à 19) ; la surveillance de sûreté et bien évidemment, mais avec un régime particulier, la rétention de sûreté (déc. n° 2008-562 DC du 25 février 2008, JO du 26 février 2008). Le Conseil décide expressément que l'application de toutes ces mesures échappe à la présomption d'innocence puisqu'elles sont infligées non en réponse à une culpabilité, mais dans un souci de police ou pour prévenir une récidive ressentie comme probable, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'elles sont prononcées par l'autorité judiciaire et d'autres par l'administration active. Elles échappent même au principe de la « nécessité des peines » (déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, préc. cons. 74 et déc. n° 2008-562 DC du 25 février 2008, cons. 8), mais la remarque a peu de portée pratique car le principe de proportionnalité en limite l'intensité coercitive. Toutes ces punitions, sauf la rétention de sûreté à raison de sa gravité, peuvent être appliquées aux personnes condamnées pour des faits antérieurs à leur institution par la loi, puisque, à la différence des peines, elles ne sont pas destinées à dissuader, d'avance, les citoyens d'entrer dans la délinquance.

De là se déduit a contrario que la dissuasion est le fondement du droit pénal proprement dit, et la culpabilité, la justification de l'application de la « punition ». Si la déduction est juste, le Conseil rejoint l'opinion de la Cour européenne des droits de l'homme qui caractérise la « matière pénale » par « le caractère général de la norme sanctionnée et le but à la fois préventif et répressif de la sanction » (CEDH, 21 février 1984, Östürk, précité). À défaut de ces caractères, la mesure de sûreté, si afflictive qu'elle soit, n'est pas soumise aux règles fondamentales du droit pénal.

18 - Étrangère aux contraintes propres à cette discipline, elle n'est pas pour autant affranchie des précautions et obligations auxquelles le législateur doit se soumettre quand il limite l'exercice des libertés individuelles constitutionnellement protégées. Imitant le raisonnement que le Conseil d'État conduit en matière de police administrative, le Conseil constitutionnel se livre donc, chaque fois qu'il est saisi d'un recours contre les mesures de sûreté, afflictives ou non, à un calcul de proportionnalité « entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties » (déc. n° 2008-562 DC du 25 février 2008, précité, cons. 13) ; il s'autorise à le faire par une interprétation extensive de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme qui, visant spécialement la présomption d'innocence, interdit « toute rigueur qui ne serait pas nécessaire ».

L'application aux mineurs des mesures de sûreté afflictives est elle aussi soumise, avec une bienveillance particulière, au calcul de proportionnalité.

Mais il est un droit qui ne s'éteint jamais, et c'est celui d'un recours juridictionnel, devant le juge judiciaire ou le juge administratif : ce droit imprescriptible est fondé sur la clause de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme selon laquelle « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

Toute personne, menacée par une sanction quelconque, même si elle n'est pas qualifiée de « punition » jouit de garanties minimales, mais ce minimum ne constitue pas un plancher plane, puisque les limites légitimement apportées à l'exercice des libertés sont plus fortes quand l'objectif que s'assigne le législateur est d'une plus grande importance : par exemple, la lutte contre la traite des êtres humains ou contre le terrorisme justifie des intrusions nocturnes dans les domiciles qui ne sont pas autorisées quand il s'agit de limiter l'activité des hooligans à proximité des stades ou la répression de la reproduction illicite des œuvres de l'esprit sur Internet.

Le calcul de proportionnalité appliqué aux sanctions afflictives les soumet au régime général qui est celui que le Conseil constitutionnel a construit pour encadrer toutes les mesures de surveillance ou de contrôle que l'autorité publique, judiciaire ou non, exerce aux dépens des libertés individuelles.

B - Le droit commun de surveillance, de contrôle et de recherche

19 - La recherche et la constatation des infractions est une des tâches de la puissance publique et elle l'accomplit en limitant diverses libertés individuelles : inviolabilité du domicile, liberté d'aller et venir, secret des correspondances et de la vie privée. Mais ces libertés, sont pareillement limitées par les besoins qu'ont diverses administrations de s'informer ou de prévenir les désordres à l'ordre public sans dessein répressif : c'est ce qui justifie des investigations, parfois très intrusives, de l'administration fiscale ; même la liberté d'aller et venir peut être temporairement limitée par l'autorité administrative, par exemple lors des contrôles d'identité à finalité préventive ou la rétention provisoire des immigrants. Quel que soit le dessein que poursuit le législateur, répressif ou préventif, toutes ces intrusions et indiscretions sont soumises

au même calcul de proportionnalité.

C'est en cela que la jurisprudence du Conseil constitutionnel se distingue de celles du Tribunal des conflits et du Conseil d'État qui établissent des régimes différents pour les investigations à finalité administrative et pour celles qui tendent seulement au maintien de l'ordre (Trib. confl., 7 juin 1951, Noualec et Cons. d'État, 11 mai 1951, Baud, S. 1952.3.13, concl. Delvolvé, note Drago (R.)). Selon le Conseil constitutionnel, il suffit qu'une disposition légale porte atteinte à une « liberté individuelle » pour que sa mise en œuvre soit soumise au contrôle de l'autorité judiciaire, instituée gardienne des libertés individuelles (déc. n° 83-164 DC du 23 décembre 1983, JCP 1984 II 20160, note Drago (R.) et Decocq (A.) ; déc. n° 84-184 DC du 29 décembre 1984). Il répète inlassablement la règle pour apprécier la constitutionnalité de toutes sortes de mesures : contrôles d'identité, même à finalité préventive (déc. n° 93-323 DC du 5 août 1993, JO du 7 août, p. 11193, cons. 7 à 10) ; mandat de dépôt à l'audience (déc. n° 2005-527 DC du 8 décembre 2005, préc., cons. 6) ; maintien en détention du mis en examen avant l'examen du référé-détention (déc. n° 2002-461 DC du 22 août 2002) ; prolongation de la rétention des étrangers (déc. n° 97-396 DC du 24 avril 1997, préc., cons. 61 ; déc. n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, Rec. p. 438, cons. 66) ; fouille des véhicules (déc. n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, JO du 21 janvier 1995, p. 154) ; prononcé de la rétention de sûreté (déc. n° 2008-562 du 21 février 2008 DC, préc., cons. 33 et 34).

20 - La définition de ce qu'est une autorité judiciaire donne lieu à discussion. Contre la Cour européenne des droits de l'homme, qui en exclut le procureur de la République (CEDH 10 juillet 2008, D 2009, p. 600, note Renucci (J-F)), le Conseil range ce magistrat parmi les autorités habilitées à ordonner ou contrôler les atteintes aux libertés individuelles protégées par des principes de valeur constitutionnelle (déc. n° 97-389 DC du 22 avril 1997, préc., cons. 19 ; déc. n° 2002-461 DC du 22 août 2002, préc., cons. 74 ; déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, préc., cons. 98), mais refuse aux juges de proximité le droit de se mêler de liberté individuelle, à raison de leur imparfaite intégration dans le corps des magistrats (déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002, préc., cons. 18) et, s'ils siègent dans un tribunal qui prononce des emprisonnements, ils doivent être en minorité par rapport aux magistrats de carrière (déc. n° 2004-510 DC du 20 janv. 2005, JO du 27 janvier, p. 1412, cons. 17).

21 - Mais toute limitation des facultés des personnes n'est pas nécessairement une atteinte à une liberté individuelle constitutionnellement protégée. On a vu plus haut (supra n° 15), que les sanctions pécuniaires ou celles infligées par les organismes de sécurité sociale sont bien qualifiées de « punitions » mais que le contrôle de leur application peut être assuré, et a posteriori, par une juridiction administrative ; et si le Conseil a le pouvoir de vérifier leur constitutionnalité, ce n'est pas à raison de leur contenu, mais parce que ce sont des punitions. La différence entre les facultés et les droits individuels protégés est clairement illustrée par le cas des étrangers : ils n'ont aucun droit constitutionnel à entrer sur le territoire national et à y séjourner (déc. n° 97-389 du 22 avril 1997 DC, préc., cons. 36) ce qui justifie qu'on puisse prononcer le retrait de leur carte de séjour (déc. n° 2003-467 du 13 mars 2003 DC, cons. 81 à 85) ; mais, même en séjour irrégulier, ils ne sont pas dépouillés de droits indéfectiblement attachés à la personne humaine, comme le droit au mariage (déc. n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003 DC, préc., cons. 97).

Conclusion

22 - L'attitude du Conseil constitutionnel à l'égard de ce qu'il nomme la punition amène à une comparaison entre lui et la Cour européenne des droits de l'homme qui parle de « matière pénale ». Moins casuiste et moins idéaliste que sa rivale de Strasbourg, il ressemble beaucoup au Conseil d'État à qui il emprunte son personnel, ses modes de pensée et même la forme de ses décisions : il en introduit le dispositif par un « Décide », et l'ordonne dans les articles numérotés, comme ceux d'une loi ou d'un décret. La formule, il est vrai, fut adoptée dès sa naissance, en un temps où on ignorait l'essor qu'il prendrait ultérieurement, mais on n'a jamais songé à la lui faire abandonner.

Il se voit donc comme le Conseil de l'État dans les matières essentielles et participe ainsi au gouvernement de la nation.

Il en est si bien conscient qu'il a rejeté avec agacement l'idée qu'il serait lié par ce que des parlementaires ont, à l'occasion d'une saisine, appelé « l'effet cliquet », selon lequel, quand l'exercice d'une liberté a été rendu plus facile par le législateur, le Conseil devrait lui interdire d'édicter à l'avenir des règles plus restrictives (déc. n° 2007-554 DC du 9 août 2007, préc., cons. 9). Et auparavant, sans que les auteurs de la saisine ne parlent de cliquet : déc. n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, préc., cons. 55.

Le pouvoir politique ne peut pas indéfiniment se dessaisir de son autorité au profit de citoyens investis, dans la sphère indéfiniment étendue des libertés individuelles immuables, du droit de gouverner à leur guise et souverainement leur propre personne.