

Jurisprudence du Conseil constitutionnel

LA CHRONIQUE EST COORDONNÉE PAR **Aurélie Duffy-Meunier**, ET **Laurence Gay**, **Ariane Vidal-Naquet**, **Stéphanie Douteaud**, **Léo Griffaton-Sonnet**, **Jean-Baptiste Perrier**, **Nicolas Catelan**

DANS **REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL 2020/3 N° 123**, PAGES 669 À 723
ÉDITIONS **PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE**

ISSN 1151-2385

DOI 10.3917/rfdc.123.0669

Date de mise en ligne : 24/08/2020

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2020-3-page-669?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

ARIANE VIDAL-NAQUET
STÉPHANIE DOUTEAUD
LÉO GRIFFATON-SONNET
JEAN-BAPTISTE PERRIER
NICOLAS CATELAN

La chronique est coordonnée par Aurélie Duffy-Meunier et Laurence Gay

I – COMMENTAIRES DES DÉCISIONS

Décision 2020-799 DC du 26 mars 2020, Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19

LE VIRUS, L'URGENCE SANITAIRE ET LE VACCIN

Par une décision très courte, à l'image de la loi organique qui lui était déférée, le Conseil constitutionnel participe à la vaccination de la loi ordinaire n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, qui se trouve ainsi temporairement préservée de toute contestation constitutionnelle, alors même qu'elle organise un régime d'exception inédit profondément attentatoire aux droits et libertés fondamentaux.

La loi organique examinée par le Conseil constitutionnel était composée d'un seul article ainsi rédigé : « Afin de faire face aux conséquences de l'épidémie du virus covid-19, les délais mentionnés aux articles 23-4, 23-5 et 23-10 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel sont suspendus jusqu'au 30 juin 2020. » Il s'agit donc

Ariane Vidal-Naquet, Professeur, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France ; Stéphanie Douteaud, Maître de conférences en droit public à l'Université du Littoral Côte d'Opale ; Léo Griffaton-Sonnet, Docteur en droit, ATER à l'Université Paris-I Panthéon-Sorbonne ; Jean-Baptiste Perrier, Professeur AMU ; Nicolas Catelan, Maître de conférences AMU, LPDSC (EA4690).

de suspendre temporairement les délais relatifs à la transmission et au jugement des questions prioritaires de constitutionnalité, à savoir le délai de trois mois imparti au Conseil d'État et à la Cour de cassation pour se prononcer sur la transmission d'une QPC au Conseil constitutionnel ainsi que le délai de trois mois dont dispose le Conseil constitutionnel pour rendre sa décision.

Cette loi organique a été adoptée en même temps que la loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, dans des « circonstances véritablement exceptionnelles » pour reprendre les mots du rapporteur de la commission des lois du Sénat¹. Seulement trente-six heures après leur présentation en Conseil des ministres et l'engagement de la procédure accélérée par le Gouvernement, les deux projets ont été déposés devant le Sénat, première assemblée saisie, le 18 mars 2020, adoptés dans la nuit du 19 au 20 mars et renvoyés à l'Assemblée nationale qui les a adoptés le 21 mars ; une commission mixte paritaire a été convoquée le 22 mars 2020 pour examiner les dispositions restant en discussion ne concernant que la loi ordinaire, puis, le même jour, les projets de loi ont été adoptés par le Sénat et l'Assemblée nationale. Les deux lois, organique et ordinaire, ont été promulguées le 23 mars 2020. Alors que la loi ordinaire n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel, la loi organique lui a été automatiquement transmise, conformément au cinquième alinéa de l'article 46 et au premier alinéa de l'article 61 de la Constitution. Saisi le 23 mars, le Conseil constitutionnel a rendu sa décision trois jours après, sans même que le Gouvernement ne lui ait demandé un examen en urgence.

En apparence, et c'est ainsi qu'elle a été présentée, cette loi organique constitue le pendant des mesures adoptées pour permettre aux juridictions de faire face à l'épidémie de covid-19. Comme l'a relevé le Conseil d'État dans l'avis rendu sur le projet de loi organique, la suspension des délais est inspirée par la même préoccupation que les mesures figurant dans le projet de loi ordinaire et habilitant le Gouvernement à suspendre ou à proroger certains délais de procédure devant les juridictions administratives et judiciaires. En matière de QPC toutefois, cette question ne pouvait être réglée que par une loi organique. En effet, l'article 61-1 précise que le Conseil constitutionnel peut être saisi d'une QPC sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation « qui se prononce dans un délai déterminé », délai précisément déterminé par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, modifiant l'ordonnance du 7 novembre 1958 relative au Conseil constitutionnel.

Cette dernière impose au Conseil d'État et à la Cour de cassation de statuer dans un délai de 3 mois, tant dans le cas où la question est soumise à leur « filtrage » par une juridiction relevant de leur ordre que dans celui où elle est soulevée directement lors d'une instance pendante devant eux. Selon la loi organique, ce délai est impératif et se trouve sanctionné par le dessaisissement de la Cour suprême : à défaut de filtrage dans les délais impartis, l'article 23-7 de l'ordonnance prévoit que la question est automatiquement transmise au Conseil constitutionnel, hypothèse qui s'est d'ailleurs produite à quelques

1. Rapport Sénat n° 381 enregistré le 19 mars 2020.

reprises². L'article 23-10 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 impartit également un délai au Conseil constitutionnel de trois mois pour statuer sur la QPC, délai dont la méconnaissance n'est, en revanche, assortie d'aucune sanction. Les juridictions saisies au fond, quant à elles, doivent statuer « sans délai », c'est-à-dire sans délai préfixé, sans que cette obligation ne soit assortie d'une sanction.

La loi organique vise ainsi à suspendre les délais de renvoi et de jugement des questions prioritaires de constitutionnalité afin de tenir compte de l'impossibilité, durant la crise, de réunir les juridictions concernées en formation collégiale et d'éviter, en conséquence, l'engorgement du Conseil constitutionnel. Cette loi organique a été apparemment pilotée par le juge constitutionnel lui-même. Le rapporteur de la commission des lois du Sénat souligne ainsi que le projet de loi organique « vise à répondre à une préoccupation très vive du Conseil constitutionnel » et propose « de ne pas (s')opposer à l'attente pressante du Conseil constitutionnel »³. Cette manifestation de retenue voire de déférence envers les envies pressantes du Conseil constitutionnel est assez étonnante, dérangeante même si l'on songe que le Conseil constitutionnel se donne à lui-même sa propre loi, qu'il lui revient ensuite de valider.

Au terme d'une décision assez rapide mais surtout laconique, le Conseil constitutionnel considère que la loi organique est conforme à la Constitution, se prononçant successivement, mais de manière informelle, sur la procédure puis sur le fond. Dans ce double examen, la décision se révèle très décevante. Certes, la loi organique était très courte et, finalement, de peu d'intérêt au regard de loi ordinaire adoptée en même temps pour faire face à l'épidémie de covid-19. Elle posait néanmoins des questions fondamentales, aussi bien s'agissant de la procédure que s'agissant du fond, dans un contexte d'état d'exception. Généralement présenté comme une suspension, une dérogation ou une mise à l'écart du droit, l'état d'exception est, plus exactement, une mise à l'écart du droit commun par le droit. Il peut s'agir tantôt de la mise à l'écart du droit commun de l'organisation des pouvoirs, par exemple lorsque l'état d'exception aboutit à une concentration des pouvoirs entre les mains de l'exécutif ou encore à une dérogation au principe de séparation des pouvoirs, tantôt de la mise à l'écart du droit commun des droits et libertés, par exemple la disparition d'un régime répressif au profit d'un régime préventif. Mais l'état d'exception pose

2. CC, décis. n° 2018-729 QPC du 07 septembre 2018, *Société Tel and Com (Sanction de la nullité d'un licenciement économique)*; n° 2013-363 QPC du 31 janvier 2014, *M. Michel P. (Droit d'appel des jugements correctionnels par la partie civile)*; n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012, *M. Antoine de M. (Classement et déclassement de sites)*; n° 2011-206 QPC du 16 décembre 2011, *M. Noël C. (Saisie immobilière, montant de la mise à prix)*.

3. Selon le président de la commission des lois du Sénat, p. 67 : « On peut discuter de l'opportunité de ce projet de loi organique. Il vise à répondre à une préoccupation très vive du Conseil constitutionnel, qui anticipe le fait que ni le Conseil d'État ni la Cour de cassation ne pourront respecter le délai de trois mois qui leur est imparti pour filtrer les demandes de questions prioritaires de constitutionnalité. Je rappelle que, sans aucune décision de ces deux juridictions souveraines au bout de trois mois, le Conseil constitutionnel est automatiquement saisi. Or celui-ci n'est pas équipé pour traiter un tel afflux d'affaires lié à l'absence de filtrage. Je ne suis pas enthousiaste à l'égard de cette proposition – pourquoi privilégier les juridictions qui ont le plus de moyens pour s'organiser face à la crise ? – mais j'en comprends les motivations et vous propose de ne pas vous opposer à l'attente pressante du Conseil constitutionnel. »

également des questions fondamentales s'agissant du contrôle juridictionnel. Le droit commun de l'organisation juridictionnelle est-il maintenu ou des juridictions d'exception sont-elles créées pour appliquer le droit d'exception ? Le droit commun de la répartition des compétences juridictionnelles est-il préservé ? Comment doit s'exercer le contrôle du juge ? Les exigences de régularité, pour le cas qui nous intéresse de la régularité de la norme, doivent-elles s'adapter à l'état d'exception ? Si l'état d'exception conduit à l'édiction d'un cadre normatif nouveau, doit-il s'accompagner d'une régularité elle-même exceptionnelle ? La question peut sembler théorique et assez éloignée de la décision rendue par le Conseil constitutionnel. Mais il n'en est rien : sur la procédure comme sur le fond, la décision rendue révèle un contrôle de constitutionnalité altéré voire dénaturé. Sur la procédure, le Conseil constitutionnel entérine une violation évidente des règles constitutionnelles ; sur le fond, il se contente d'un contrôle particulièrement sommaire. Le caractère lacunaire de la motivation n'est pas étranger à cette impression de retenue voire de réserve du Conseil constitutionnel. La rédaction de la décision est encore plus lapidaire qu'à l'ordinaire. Elle ne permet pas d'expliquer la décision rendue. Or l'exception se doit d'une explication : ce qui sort, ce qui échappe au droit doit également se déplier, pour reprendre les significations étymologiques. Ainsi, en période d'état d'exception, tout ce qui sort de la normalité doit être non seulement justifié mais surtout gagne à être expliqué. Le raisonnement est valable pour la décision juridictionnelle : la situation d'exception ne délie pas le juge de son obligation de motivation, elle l'accroît. En l'espèce, malgré les 3 jours pris par le Conseil constitutionnel pour statuer sur la loi organique – il en a fallu seulement 4 au Parlement pour adopter les deux lois, organique et ordinaire – la décision rendue n'est pas à la hauteur de la situation d'exception.

A – SUR LA PROCÉDURE

2. Déposé devant le Sénat, première assemblée saisie, le 18 mars 2020, le projet de loi organique, pour lequel le Gouvernement a engagé la procédure accélérée, a été examiné en séance publique le lendemain.

3. Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il n'y a pas lieu de juger que cette loi organique a été adoptée en violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution.

Manifestement, le Conseil constitutionnel n'a souhaité ni exposer les irrégularités commises par le législateur organique, peut-être parce que trop évidentes, ni les circonstances particulières de l'espèce, sans doute trop évidentes également, qui auraient pu justifier la procédure adoptée par le législateur organique. Manifestement, le Conseil constitutionnel n'a pas souhaité juger. La formule même « il n'y a pas lieu de juger », pour classique qu'elle puisse être devant certaines juridictions, est pour le moins étrange voire inquiétante, plus encore en période d'état d'exception. Oscillant entre non-dit et curieusement dit, la motivation est à la fois elliptique et antithétique.

1 – L'ellipse : le manque de motivation

Une bonne partie de la décision est dans l'implicite, à charge pour le lecteur de reconstruire ce qu'aurait pu dire le Conseil constitutionnel.

En premier lieu, les irrégularités commises, certes évidentes, auraient pu être rappelées par le Conseil constitutionnel. En l'espèce, ce n'est pas le recours à la procédure accélérée qui pose un problème, puisque cette dernière est autorisée même pour les lois organiques, mais les délais d'examen. En effet, l'article 46 C prévoit, dans son 2^e alinéa, que, dans le cas où la procédure accélérée a été engagée, « le projet ou la proposition ne peut être soumis à la délibération de la première assemblée saisie avant l'expiration d'un délai de quinze jours après son dépôt », alors que le projet de loi organique a été examiné aussitôt après son dépôt. Dans la présente décision, le Conseil constitutionnel prend acte de cette irrégularité qu'il choisit de ne pas nommer, de ne pas qualifier. Or, la désignation précise de l'irrégularité commise aurait permis de délimiter plus précisément ce qu'entendait couvrir, exactement, la décision. En effet, on pourra relever que l'article 46 C prévoit d'autres règles de procédure : l'adoption par l'Assemblée nationale en dernière lecture à la majorité absolue de ses membres seulement en cas de désaccord entre les deux assemblées (alinéa 3), le veto du Sénat pour les lois organiques qui lui sont relatives (article 4) ou encore le contrôle de constitutionnalité obligatoire (article 5). Peut-être le Conseil constitutionnel aurait-il gagné à souligner, même s'il ne le fait pas d'ordinaire, que les autres règles de procédure prévues par l'article 46 C avaient été respectées, notamment l'exercice de son propre contrôle, ce qui aurait été une manière d'indiquer que toutes les règles de procédure ne sont pas nécessairement solubles dans l'état d'urgence sanitaire.

En deuxième lieu, les « circonstances particulières de l'espèce » ne sont pas non plus nommées. La formule même n'est pas innocente, le Conseil constitutionnel se gardant d'évoquer des « circonstances exceptionnelles », lui permettant de s'extraire du cadre administratif et de la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles. À cela s'ajoute que la notion de « circonstances particulières » a déjà été utilisée par le Conseil constitutionnel lors de l'état d'urgence précédent : saisi de QPC portant sur le régime des perquisitions⁴ et des assignations à résidence⁵, il a, à deux reprises, visé « les circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence ». Elle a également été utilisée pour apprécier une irrégularité de procédure, la méconnaissance de l'article 74 C, au motif qu'elle n'avait pas, « dans ces circonstances particulières », revêtu un caractère substantiel⁶. Reste que la formule n'est pas très

4. CC, décis. n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, cons. 12, le Conseil s'assurant que « les personnes intéressées ne sont pas privées de voies de recours, lesquelles permettent un contrôle de la mise en œuvre de la mesure dans des conditions appropriées au regard des circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence ».

5. CC, décis. n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, cons. 8 à 13 et 16 : « En deuxième lieu, tant la mesure d'assignation à résidence que sa durée, ses conditions d'application et les obligations complémentaires dont elle peut être assortie doivent être justifiées et proportionnées aux raisons ayant motivé la mesure dans les circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence ».

6. CC, décis. n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, cons. 45 et 46.

précise et qu'elle est banale, car toutes les circonstances sont, dans un certain sens, particulières. Plus encore, dans la présente décision, les circonstances sont non seulement particulières mais d'espèce : « compte tenu des circonstances particulières de l'espèce ». En effet, la formule ne peut pas renvoyer aux circonstances particulières ayant conduit à l'état d'urgence, puisque ce dernier n'existe pas encore au moment où la loi organique est adoptée. Autrement dit, la formule ne renvoie pas à un régime déterminé mais, tout simplement, à un ensemble d'éléments factuels et conjoncturels. Ce type de motivation « par l'espèce » a pu être utilisée par le Conseil constitutionnel, notamment en matière de contentieux électoral, et serait le signe de son « réalisme ». En matière de contestation de l'élection, elle est utilisée lorsque les irrégularités commises par le candidat sont soit sans incidence sur les résultats de l'élection, soit compensées par d'autres irrégularités commises ; en matière de contrôle des comptes de campagne, elle renvoie à des irrégularités dont on estime qu'elles sont également sans réelle conséquence⁷. En d'autres termes, cette motivation par l'espèce renvoie à un arbitrage entre régularité des comportements et efficacité du contrôle, qui peut sembler étonnant en matière de contrôle des normes⁸.

En troisième lieu, le Conseil constitutionnel se garde bien de toute confrontation, précisément, entre les circonstances de l'espèce et l'irrégularité commise. Les circonstances justifiaient-elles réellement l'irrégularité commise ? La question même peut sembler incongrue, quant à l'objet même du contrôle de constitutionnalité des normes : en quoi la méconnaissance d'une disposition constitutionnelle peut-elle être justifiée par des circonstances en l'absence de tout fondement juridique, et donc d'une autre norme constitutionnelle l'y autorisant, transformant ainsi la question en une confrontation/conciliation entre deux normes d'égale valeur constitutionnelle ? La réponse peut sembler, pour sa part, discutable : les circonstances auraient pu permettre de respecter le délai de 15 jours, conduisant à différer de 15 jours l'adoption de la loi organique, rien n'empêchant que la loi ordinaire soit, de son côté, examinée sans délai par le Parlement. La suspension des délais aurait pu ainsi être différée de 15 jours et n'entraîner, somme toute, qu'un risque limité d'engorgement du Conseil constitutionnel⁹, les juridictions suprêmes étant, pour leur part, déchargées temporairement du filtrage.

7. Voir par exemple CC, décis. n° 2013-4778 AN, 22 février 2013, cons. 2 à 4 ou CC, décis. n° 2013-4776 AN, 24 mai 2013, cons. 4.

8. Pour un exemple isolé, le caractère très circonstancié de la motivation montrant d'ailleurs l'embarras du Conseil constitutionnel, CC, décis. n° 99-425 DC du 29 décembre 1999, cons. 23 : « Dans les circonstances particulières de l'espèce, compte tenu de l'ancienneté du préjudice, du caractère fini de la somme destinée à son indemnisation, de la disproportion entre cette somme et le montant des spoliations subies, de l'impossibilité qui en résulte de mettre en œuvre une indemnisation strictement proportionnelle au montant des créances sans que soit réduite à néant la réparation due aux titulaires de portefeuilles modestes, enfin des impératifs de simplicité de mise en œuvre des règles d'indemnisation et de prompt règlement des sommes concernées, les modalités retenues par le 3° du IV de l'article concerné, conformes à l'objectif de solidarité que s'est fixé le législateur, ne méconnaissent ni le principe d'égalité devant les charges publiques, ni le droit de propriété des titulaires de créances. »

9. Soulignant que « le Conseil constitutionnel est loin d'être dans une situation d'engorgement qui commanderait d'empêcher un afflux massif de QPC », voir S. Benzina, <http://>

2 – L’antithèse : le refus de juger

Compte tenu des circonstances particulières de l’espèce, « il n’y a pas lieu de juger que cette loi organique a été adoptée en violation des règles de procédure prévues à l’article 46 de la Constitution ». La formule est inédite et contradictoire : le juge juge qu’il n’y a pas lieu de juger, alors qu’il juge ; le juge constate une violation des règles de procédure, alors qu’il refuse de juger une violation de la Constitution. Comme l’indique l’article 1^{er} du dispositif, « La loi organique d’urgence pour faire face à l’épidémie de covid-19 est conforme à la Constitution ». Là encore, la motivation peut surprendre ; car, ayant constaté la violation des règles de procédure, le Conseil constitutionnel aurait pu tenter de justifier la constitutionnalité de la loi. Plusieurs solutions auraient été envisageables. La première consiste à soutenir que la méconnaissance des règles de procédure ne constitue pas, pour autant, une inconstitutionnalité, soit parce qu’elle est vénielle, soit parce qu’elle est justifiée. La seconde consiste à admettre que la méconnaissance des règles de procédure constitue bien une inconstitutionnalité mais que cette dernière est couverte, régularisée par le juge.

Dans la première situation, le juge constate une irrégularité mais juge qu’elle ne constitue pas, pour autant, une inconstitutionnalité. S’agissant tout particulièrement d’un vice de procédure, cette hypothèse se rapproche de la distinction faite en contentieux administratif entre les vices de procédure substantiels et non substantiels. En contentieux constitutionnel, la distinction n’est pas clairement établie, bien que certaines décisions semblent y renvoyer. Ainsi, le Conseil constitutionnel a pu considérer que la méconnaissance de l’article 74 C, qui impose la consultation de l’assemblée territoriale d’outre-mer avant modification de leur organisation, n’était pas un vice substantiel : l’avis de l’assemblée territoriale a été sollicité en temps utile mais n’a pas été émis lors de l’examen du projet de loi, ce qui n’empêche pas de considérer que, « dans ces circonstances particulières, l’irrégularité de procédure relevée au stade de l’examen du projet de loi en première lecture n’a pas revêtu un caractère substantiel¹⁰ ». Plus récemment, le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur la constitutionnalité d’un article irrégulièrement supprimé au cours des débats parlementaires. S’il n’a pas la compétence pour rétablir l’amendement supprimé, « il lui revient, en revanche, de s’assurer que l’irrégularité constatée n’a pas rendu la procédure législative contraire à la Constitution » et estime que, « pour regrettable qu’elle soit, [la suppression irrégulière de l’article litigieux] n’a pas eu pour effet de porter une atteinte inconstitutionnelle aux exigences de clarté et de sincérité des débats parlementaires¹¹ ». Autrement dit, l’irrégularité commise n’est pas constitutive d’une inconstitutionnalité, ce qui pourrait être assimilé à une forme de « danthonysation » de la jurisprudence constitutionnelle¹².

blog.juspoliticum.com/2020/04/03/la-curieuse-suspension-des-delaix-dexamen-des-questions-prioritaires-de-constitutionnalite-par-samy-benzina-%E2%80%A8/.

10. CC, décis. n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, cons. 45 et 46.

11. CC, décis. n° 2017-745 DC du 26 janvier 2017, § 5 *sq.*

12. Dans le même sens, voir la réserve d’interprétation émise dans la décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, cons. 17 : « Les alinéas 2 à 11 de l’article 8 de la loi organique relative à l’application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution énumèrent les informations que les études d’impact accompagnant les projets de loi doivent exposer avec précision. Le Conseil constitutionnel formule une réserve d’interprétation en précisant que si, par suite

Un peu différente est la deuxième hypothèse, dans laquelle la méconnaissance des règles constitutionnelles est constituée ; même si elle est importante, elle est autorisée ou, plus exactement, juridiquement fondée. Ni l'article 46 ni aucune autre disposition de la Constitution ne semble pouvoir fonder juridiquement la dispense des délais posée par l'article 46 C dans certaines circonstances, contrairement à l'article 42 qui prévoit que les « projets relatifs aux états de crise » ne sont pas soumis aux délais de discussion des textes législatifs mais ne s'applique pas aux lois organiques. On pourrait néanmoins envisager qu'une constitutionnalisation de(s) l'état(s) d'urgence permette d'introduire dans la Constitution des dispositions dérogoratoires qui, pour des raisons de célérité, de simplicité, d'efficacité, dispenserait, dans ces circonstances, du respect de certaines règles de procédure, dispensant par exemple de certains avis, de certains délais ou encore de règles de présentation. En l'absence de toute clause constitutionnelle de dispense, il pourrait être tentant de vouloir fonder la méconnaissance des règles constitutionnelles sur une cause exonératoire. Il existe par exemple en droit administratif une théorie jurisprudentielle dite « des formalités impossibles », qui permet, précisément, de passer outre une irrégularité procédurale dans certaines circonstances. Cette théorie a d'ailleurs été remise à l'honneur récemment, à propos de la nomination par le président de la République du président de la commission électorale visée par l'article 25 C, nommé sans avoir été auditionné par le Sénat contrairement à ce que prévoit le dernier alinéa de l'article 13 C¹³. Comme le souligne le Conseil d'État, le refus – plus exactement le retard – de réunir la commission des lois a mis le président de la République dans l'impossibilité de recueillir son avis dans les conditions prévues par le dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution ; il en conclut que, « dans ces conditions, le moyen tiré du défaut de consultation de la commission des lois du Sénat ne peut qu'être écarté ».

Dans la troisième hypothèse, enfin, l'inconstitutionnalité est avérée mais le juge décide de la couvrir. À quelques reprises, le Conseil constitutionnel a pu constater l'inconstitutionnalité d'une loi sans la censurer pour autant, ce que la doctrine a pu qualifier de décisions dites de censure virtuelle¹⁴ ou encore de non-conformité non déclarées¹⁵. Il s'agit d'une forme de régularisation de la norme législative, qui revêt une fonction conservatrice, puisqu'elle préserve l'acte attaqué de l'annulation, et une fonction préventive, puisqu'elle évite la censure juridictionnelle. À titre d'exemple, le Conseil constitutionnel a décidé de ne pas censurer la loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des

des circonstances, tout ou partie d'un document constituant l'étude d'impact venait à être mis à la disposition de la première assemblée saisie de ce projet après la date de dépôt de ce dernier, le Conseil constitutionnel apprécierait, le cas échéant, le respect des dispositions de l'article 8 de la loi organique au regard des exigences de la continuité de la vie de la Nation. »

13. CE, 13 décembre 2017, n° 411788.

14. Expression retenue par D. Rousseau, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *RDP*, n° 1, 1999, p. 63 ; voir également F. Barque, « Le Conseil constitutionnel et la technique de la "censure virtuelle" : développements récents », *RDP*, n° 5, 2006, p. 1409 ; S. Blanchet, « Le concept de censure virtuelle », VII^e Congrès français de droit constitutionnel, 25-27 septembre 2008, Paris.

15. Expression retenue par T. Di Manno, « Recours devant le Conseil constitutionnel par voie d'action », fasc. 200, *Juriclassiseur libertés*, Lexis Nexis.

représentants au Parlement européen, pourtant inconstitutionnelle car attentatoire au principe d'égalité¹⁶. En effet, explique le Conseil constitutionnel, la censure de la loi serait totalement contre-productive car elle « méconnaîtrait la volonté du constituant de voir la loi favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives » ; « dans ces conditions, l'article 9 de la loi déferée ne peut être déclaré contraire à la Constitution ». Ces décisions sont néanmoins assorties d'injonctions plus ou moins fermes assignées au législateur, soit en l'invitant à se comporter différemment¹⁷ soit en lui adressant une véritable injonction¹⁸.

Il n'est pas certain que ces différentes solutions soient totalement exemptes de critiques. Elles auraient néanmoins permis au Conseil constitutionnel d'exposer les motifs de sa décision et d'en expliquer le sens, plutôt que de s'en tenir à une formule lapidaire, obscure et inhabituelle, sauf à considérer que l'état d'exception requiert une motivation exceptionnelle, incapable d'être saisie ni par le droit commun ni par le sens commun. Si le Conseil constitutionnel renonce à censurer la méconnaissance des règles de procédure, il paraît néanmoins exercer un contrôle au fond. Ce premier constat est rassurant car, après tout, on pourrait imaginer, sous forme de dystopie constitutionnelle, que le Conseil constitutionnel juge que, « compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il n'y a pas lieu de juger que cette loi organique a été adoptée en violation des règles et des principes constitutionnels ». Cela étant, le contrôle au fond demeure limité et, là encore, la motivation plus que laconique ne contribue guère à rassurer.

B – SUR LE FOND

5. Afin de faire face aux conséquences de l'épidémie du virus covid-19 sur le fonctionnement des juridictions, l'article unique de cette loi organique se borne à suspendre jusqu'au 30 juin 2020 le délai dans lequel le Conseil d'État ou la Cour de cassation doit se prononcer sur le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel et celui dans lequel ce dernier doit statuer sur une telle question. Il ne remet pas en cause l'exercice de ce recours ni n'interdit qu'il soit statué sur une question prioritaire de constitutionnalité durant cette période.

En un paragraphe très ramassé, le Conseil constitutionnel exerce successivement deux formes de contrôle : un contrôle interne de la loi, que l'on peut qualifier de contrôle de cohérence de la loi, qui vise à s'assurer de la capacité

16. CC, déc. n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, cons. 27 et 28.

17. Ainsi, le Conseil constitutionnel renonce à censurer des atteintes au principe de sincérité budgétaire (CC, déc. n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, cons. 27 à propos d'un budget annexe « Journaux officiels ») ou aux règles relatives au fonds de concours (CC, déc. n° 97-395 DC du 30 décembre 1997, cons. 14 ; n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005, *Rec.* 157, cons. 23 et 24) tout en invitant le législateur à se comporter différemment dans les prochaines lois de finances.

18. CC, déc. n° 2003-468 DC du 3 avril 2003 précitée, cons. 28 : « qu'il appartiendra à la prochaine loi relative à l'Assemblée de Corse de mettre fin à cette inégalité », ce qui fut fait par la loi n° 2003-1201 du 18 décembre 2003 relative à la parité entre hommes et femmes sur les listes de candidats à l'élection des membres de l'Assemblée de Corse, *JO* 20 déc. 2003.

de la loi à atteindre les objectifs que s'est assigné le législateur ; un contrôle externe de la loi, qui vise à confronter la loi avec les exigences constitutionnelles. Sur ces deux points, le contrôle s'avère décevant.

1 – L'euphémisme : le défaut de cohérence de la loi

La motivation retenue par le Conseil constitutionnel vise clairement à édulcorer le contenu de la loi : un article « unique » qui se « borne » à « suspendre jusqu'au 30 juin 2020 ». La décision se prête à un petit exercice de méthodologie juridictionnelle. Elle invite à déclinier les éléments que le Conseil constitutionnel aurait pu prendre en considération et qui sont autant d'éléments clés du contrôle de cohérence de la loi : les objectifs poursuivis, les modalités retenues au regard des objectifs, les conséquences de la loi¹⁹.

« Afin de faire face aux conséquences de l'épidémie du virus covid-19 sur le fonctionnement des juridictions » : les objectifs poursuivis par le législateur organique sont simplement rappelés par le Conseil constitutionnel qui semble se contenter d'en prendre acte. De ce point de vue, l'étude d'impact annexée au projet de loi organique indique que « la propagation du virus covid-19 est susceptible de perturber [...] le bon fonctionnement et la célérité ordinaire des juridictions, en particulier la tenue de leur formation collégiale », « ce qui nuirait à la bonne administration de la justice recherchée par le législateur organique ». Mais l'étude d'impact indique également que « L'objectif poursuivi consiste ainsi à desserrer la contrainte des délais de procédure afin de permettre aux juridictions concernées de continuer à exercer pleinement leur office durant l'épidémie », ce qui est contradictoire avec le fait que la suspension des délais – et non pas le desserrement – ne leur permet précisément plus d'exercer leur office tout au moins en matière de QPC. Il est curieux que le Conseil constitutionnel n'ait pas cherché à rattacher le fonctionnement des juridictions à d'autres principes constitutionnels. Il pourrait en aller ainsi du principe de bonne administration de la justice, reconnue comme un objectif de valeur constitutionnelle, d'abord sur le fondement des articles 14 et 15 de la Déclaration de 1789²⁰, puis sur le fondement de ses articles 12, 15 et 16²¹. Cette absence de rattachement est d'autant plus étrange que, précisément, cet objectif de valeur constitutionnelle a été mobilisé à propos de la loi organique de 2009 précisant le dispositif QPC, le Conseil constitutionnel énonçant qu'« il appartient au législateur organique, compétent pour déterminer les conditions d'application de l'article 61-1 de la Constitution, d'assurer la mise en œuvre de cet objectif sans méconnaître le droit de poser une question prioritaire de constitutionnalité²² ». Par ailleurs, seule une partie de la loi, celle relative au filtrage des QPC par les juridictions suprêmes, est justifiée. Comme l'ont relevé les rapporteurs des commissions des lois au Sénat comme à l'Assemblée nationale, l'extension de la suspension des délais au jugement des QPC n'est justifiée

19. Sur la question, voir notamment J. B. Duclerc, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2015.

20. CC, déc. n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, cons. 24.

21. CC, déc. n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, cons. 4.

22. CC, déc. n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, préc. cons. 4.

ni dans l'étude d'impact, ni dans l'exposé des motifs de la loi. Or, si les délais sont impératifs pour les juridictions suprêmes, sous peine de dessaisissement, ils sont, pour le Conseil constitutionnel, non pas indicatifs comme soutenu dans le rapport de la Commission de l'Assemblée nationale, mais non sanctionnés. Au mieux, c'est donc par souci de « cohérence » et pour la « symbolique » que la suspension des délais a également été étendue au Conseil constitutionnel²³. À cela j'ajoute que le délai du 30 juin 2020, alors que l'état d'urgence a été prononcé jusqu'au 24 mai, n'est aucunement justifié, n'a pas du tout été discuté et se trouve purement et simplement entériné par le Conseil constitutionnel.

S'agissant des modalités de la loi, le contrôle apparaît également inexistant. Ni l'adaptation de la loi à l'objectif poursuivi ni sa nécessité ne sont évoquées. Le principe même de la suspension des délais mérite discussion. Pourquoi en effet, et tel était l'un des griefs formulés dans une contribution extérieure²⁴, ne pas se contenter d'un allongement des délais de filtrage et de traitement ? La piste aurait pu être explorée, d'autant que devant les juridictions administratives et judiciaires sont prévues tantôt des mesures de suspension des délais tantôt des mesures de prolongement²⁵. Elle aurait été, en outre, sans doute plus conforme à la lettre de l'article 61-1 C, qui prévoit que les juridictions suprêmes se prononcent dans un « délai déterminé », ce qui suppose l'existence d'un délai, même étendu²⁶. L'allongement des délais aurait pu répondre aux exigences de la situation, les juridictions suprêmes tout comme le Conseil constitutionnel pouvant recourir à la visioconférence afin que leur activité de contrôle et de transmission des questions prioritaires de constitutionnalité puisse se poursuivre²⁷. La piste n'a nullement été évoquée, l'étude d'impact se contentant de proposer, au titre des options, une modification pérenne de l'ordonnance permettant de suspendre les délais en cas de circonstances exceptionnelles, option d'ailleurs balayée d'un revers de main²⁸.

23. Rapport Sénat précité, p. 40. S'il juge juridiquement moins indispensable la suspension du délai de trois mois dont dispose le Conseil constitutionnel pour statuer sur les QPC du ce dernier n'étant qu'indicatif, le rapporteur en admet volontiers « la cohérence » et « la symbolique ». Toutefois, le rapporteur note que le Gouvernement n'a pas proposé à ce stade de prolonger le même délai indicatif de trois mois que la loi organique assigne au Conseil d'État pour statuer sur les lois de pays (art. 107 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 portant statut de la Nouvelle-Calédonie).

24. Contribution déposée par Paul Cassia et l'Association de défense des libertés constitutionnelles.

25. Ce point est relevé par le Conseil d'État dans son avis sur le projet de loi organique n° 399878 du 18 mars 2020 : « Inspirées par la même préoccupation qui fonde des mesures de suspension ou de prolongement de délais de procédure devant les juridictions administratives et judiciaires prévues par le projet de loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 examiné ce jour par le Conseil d'État, ces mesures n'appellent aucune observation particulière. »

26. Ce point est notamment soulevé dans la contribution déposée par Paul Cassia et l'Association de défense des libertés constitutionnelles.

27. C'est d'ailleurs une suggestion formulée par le président de la commission des lois du Sénat.

28. Une autre option aurait consisté à introduire, dans cette ordonnance, une disposition pérenne permettant de suspendre, en cas de circonstances exceptionnelles, l'application desdits délais. Cette option a cependant été écartée au profit d'une disposition *ad hoc* répondant ponctuellement et efficacement à la situation particulière née de la propagation du virus covid-19.

Enfin, les conséquences de la loi ne sont absolument pas envisagées par le Conseil constitutionnel qui se contente d'un contrôle parfaitement abstrait, désincarné et décharné même. L'étude d'impact, précisément au titre de l'impact des mesures, se contente d'une explication de texte : « au 30 juin 2020, les délais de procédure qui auront commencé à courir avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi organique reprendront leur cours, tandis que, pour les procédures engagées après cette dernière date, les délais prévus aux articles 23-4, 23-5 et 23-10 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 cesseront d'être suspendus ou ne pourront plus l'être au 30 juin 2020 et, par suite, commenceront à courir dans les conditions prévues par ces articles ». En revanche, aucune étude n'a été faite sur le nombre de QPC pendantes, aussi bien s'agissant de leur filtrage par les juridictions suprêmes que de leur traitement par le Conseil constitutionnel, ni sur le type de dispositions législatives concernées, ni sur l'état des instructions de procédure. À l'évidence, les circonstances étaient particulières, tout comme les conditions dans lesquelles l'étude d'impact a été réalisée, mais la particularité, voire le caractère exceptionnel des circonstances, doit-il se répercuter sur la nature du contrôle exercé par le juge ? La question se pose également s'agissant de la confrontation entre la loi organique et les exigences constitutionnelles, formulée – on l'espère en dépit des apparences – sous forme de litote.

2 – La litote (?) : la non-confrontation aux exigences constitutionnelles

« Il ne remet pas en cause l'exercice de ce recours ni n'interdit qu'il soit statué sur une question prioritaire de constitutionnalité durant cette période. » À nouveau, la motivation retenue par le Conseil constitutionnel paraît singulièrement en retrait. Il n'y a aucune identification précise des règles ou des principes constitutionnels potentiellement mis en cause. Telle qu'elle est formulée, la motivation évacue tout contrôle de la conciliation entre deux ou plusieurs exigences constitutionnelles. Le Conseil constitutionnel aurait pu évoquer, en effet, une nécessaire conciliation entre d'une part, le principe de bonne administration de la justice, qui justifie l'adoption de la loi organique, et le « droit de poser une question prioritaire de constitutionnalité » consacré par l'article 61-1, comme le Conseil constitutionnel a déjà pu le faire par le passé, « droit » qu'il évite d'ailleurs soigneusement de mentionner dans la présente décision, préférant s'en tenir à la formule générique de « l'exercice du recours »²⁹. De ce point de vue, on en viendrait presque à souhaiter que le Conseil constitutionnel reprenne la formule utilisée dans le rapport de la commission des lois à l'Assemblée nationale, relevant que « la conciliation que propose le Gouvernement entre l'obligation posée par l'article 61-1 de la Constitution pour les juridictions suprêmes de statuer sur les QPC dans un délai déterminé et les exigences de bonne administration de la justice, dans les circonstances exceptionnelles

29. Sur la conciliation, voir CC, déc. n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 précitée : « il appartient au législateur organique, compétent pour déterminer les conditions d'application de l'article 61-1 de la Constitution, d'assurer la mise en œuvre de cet objectif sans méconnaître le droit de poser une question prioritaire de constitutionnalité ».

que notre pays affronte, est équilibrée. Les droits des justiciables ne sont par ailleurs aucunement affectés ». D'ailleurs, auraient également mérité de figurer dans la balance de la conciliation la garantie des droits des justiciables et notamment le droit à un recours juridictionnel effectif³⁰, sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration de 1789, voire le principe d'égalité, mis à mal par les délais de suspension qui aboutissent à geler des QPC introduites avant le 30 juin.

Par ailleurs, l'affirmation selon laquelle la loi organique « ne remet pas en cause l'exercice de ce recours ni n'interdit qu'il soit statué sur une question prioritaire de constitutionnalité durant cette période » est pour le moins discutable. Si la suspension des délais n'interdit pas, à proprement parler, d'introduire une question prioritaire de constitutionnalité, elle est néanmoins très dissuasive. La suspension automatique des délais durant 3 mois, alors même que la durée du filtrage par les Cours suprêmes comme du traitement de la QPC par le Conseil constitutionnel est également fixée à 3 mois, n'est-elle pas disproportionnée ? Ne porte-elle pas atteinte au droit consacré par l'article 61-1 et que le Conseil constitutionnel se garde bien de viser ? Du point de vue du justiciable, la loi organique paralyse l'exercice effectif du droit de poser une question prioritaire, d'autant que le dépôt d'une QPC s'accompagne théoriquement du sursis à statuer des juridictions du fond. Les juridictions du fond seront moins pressées de statuer « sans délai », sachant que les cours suprêmes auront la possibilité de différer le filtrage jusqu'au 20 juin, à charge pour le Conseil constitutionnel d'examiner la question dans un délai de 3 mois, rallongeant le délai moyen de traitement de 6/7 mois à 9/10 mois, alors que la QPC a été pensée comme un mécanisme rapide et prioritaire. Du point de vue des juges, du filtre comme du traitement QPC, la suspension des délais constitue une soupape de sécurité qu'il pourra être tentant d'utiliser de manière systématique, d'autant qu'elle n'est subordonnée à aucune condition, n'est susceptible de faire l'objet d'aucun recours ou examen, n'est assortie d'aucune garantie. Dans une décision concernant non pas une suspension mais le prolongement des délais de jugement des actes des collectivités territoriales par le juge administratif, assortis de sursis à exécution, le Conseil constitutionnel a pu juger que la suspension automatique de l'exécution des actes dans des domaines importants avait privé de garanties suffisantes le principe de libre administration posé par l'article 72³¹. La question aurait mérité d'être examinée plutôt que d'être réglée par une formule péremptoire.

30. Sur ce point, on ne peut qu'être étonné par les propos qui auraient été tenus par le rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale, soulignant que les QPC n'avaient pas à être examinées en ces temps de crise parce qu'elles ne portaient que sur des « questions de détail » qui « n'ont pas à être examinées en ces temps de crise » (Rapport AN, p. 58).

31. CC, décis. n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, cons. 55 et 57 : « En prolongeant d'un mois à trois mois le délai dans lequel le juge administratif doit se prononcer sur les demandes de sursis à exécution dont il est saisi par le délégué du Gouvernement dans l'exercice du contrôle administratif qui incombe à ce dernier, alors même que ces demandes ont pour effet, en matière d'urbanisme, de marchés et de conventions de délégations de services publics, la suspension automatique de l'exécution de l'acte contesté durant ce délai accru, le législateur permet au représentant de l'État de provoquer à tout moment, jusqu'à ce que le juge administratif ait statué définitivement sur le recours en annulation, la suspen-

Surtout, la technique juridictionnelle retenue par le Conseil constitutionnel étonne, sauf à la transformer en litote. En effet, la formule retenue, la loi « ne remet pas en cause l'exercice de ce recours ni n'interdit qu'il soit statué sur une question prioritaire de constitutionnalité durant cette période », se limite à un simple constat qui n'est même pas un vœu pieux et n'a aucune portée contraignante. Or, ce constat aurait pu être formulé sous la forme d'une réserve d'interprétation, s'imposant à l'ensemble des pouvoirs publics et notamment aux juridictions suprêmes, de la façon suivante : « Les dispositions examinées ne sauraient faire obstacle à la possibilité pour le justiciable de poser une question prioritaire ni interdire qu'il soit statué sur une question prioritaire de constitutionnalité durant cette période. » Plus encore, cette réserve d'interprétation aurait pu être précisée quant à son contenu et/ou quant à son champ d'application. Quant à son contenu, elle aurait pu être enrichie en adressant une consigne précise, se transformant ainsi en réserve d'interprétation directive. Le Conseil constitutionnel aurait ainsi pu juger que la suspension des délais du filtrage ne devait pas empêcher les juridictions suprêmes de faire en sorte que les QPC soient transmises, voire – plus directif encore – ne devait pas empêcher les juridictions suprêmes de statuer « dans les meilleurs délais »³² tout comme il aurait pu juger, en dépit de l'artifice qui consiste à s'auto-adresser une réserve d'interprétation, que le Conseil constitutionnel devait s'efforcer de juger les QPC « dans les meilleurs délais ». Cette réserve d'interprétation aurait pu également être précisée quant à son champ d'application. En effet, il n'a pas pu échapper au Conseil constitutionnel, par ailleurs à l'initiative de la loi organique, que la suspension des délais de filtrage et de traitement QPC conduit à une immunisation temporaire de la loi ordinaire d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, loi qui n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel malgré les souhaits exprimés en ce sens durant les débats parlementaires³³. De fait, une QPC portant sur des dispositions de la loi ordinaire pourrait soit ne pas être transmise par les Cours suprêmes, soit ne pas être examinée par le Conseil constitutionnel. En effet, pour les procédures engagées après l'entrée en vigueur de la loi organique, et donc de la loi ordinaire sur l'état d'urgence, les délais commenceront à courir à compter du 30 juin, ouvrant à la Cour de cassation et au Conseil d'État un délai de 3 mois. Par une réserve d'interprétation, le Conseil constitutionnel aurait pu préciser que les délais étaient suspendus à l'exception des dispositions portant, précisément, sur la loi d'urgence. Tel était d'ailleurs le sens de plusieurs interventions à l'Assemblée nationale³⁴.

sion, pendant un délai de trois mois, des actes des collectivités locales dans des domaines importants relevant de leurs compétences en interrompant, le cas échéant, leur mise en œuvre. Se trouve ainsi privée de garanties suffisantes l'exercice de la libre administration des collectivités locales prévu par l'article 72 de la Constitution. »

32. Pour un exemple fameux d'interprétation directive, transformant « les meilleurs délais » en « les plus brefs délais », voir CC, décis. n° 93-326 DC du 11 août 1993, cons. 3 et n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, cons. 51.

33. Voir les interventions des députés Gosselin et Vallaud, rapport Assemblée nationale n° 2764 et 2765 enregistré le 20 mars 2020.

34. Voir l'intervention de Lagarde, rapport Assemblée nationale précité, p. 58 proposant « d'amender ce texte pour que l'examen des QPC par la Cour de cassation, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel soit bien suspendu, mais à l'exception de celles concernant le projet de loi qui nous est soumis » car « Il n'est pas imaginable qu'un tel texte, que nous

Peut-être faut-il considérer que, derrière la phrase selon laquelle la loi « ne remet pas en cause l'exercice de ce recours ni n'interdit qu'il soit statué sur une question prioritaire de constitutionnalité durant cette période », le Conseil constitutionnel a voulu dire, au contraire, que le droit de poser une QPC pouvait être méconnu. Sans doute peut-on concéder que, renonçant à la méthode un peu brutale de la réserve d'interprétation, le Conseil constitutionnel a préféré, par cette figure de style, inviter les juridictions suprêmes à examiner les QPC portées devant elles et prévenir qu'il exercerait lui-même le contrôle durant la période de suspension des délais, y compris pour des QPC portant sur la loi ordinaire d'urgence. Enfin doit-on convenir qu'un certain nombre de QPC portant sur cette loi ont déjà été soulevées devant les juridictions du fond³⁵ ainsi que devant les Cours suprêmes³⁶ et que ces dernières ont exercé et/ou annoncé un traitement rapide des QPC³⁷, tout comme, sans nul doute, le Conseil constitutionnel le fera. Reste à espérer que le contrôle qui sera exercé soit à la hauteur de la situation d'exception.

Ariane Vidal-Naquet

Décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020, *Union des industries de la production des plantes*

LA CHARTE DE L'ENVIRONNEMENT ENTRE PROMESSES ET DÉCEPTIONS

La loi EGALIM³⁸ a été adoptée le 30 octobre 2018 et publiée au Journal officiel le 1^{er} novembre après avoir été examinée par le Conseil constitutionnel. Purgé de ses dispositions jugées inconstitutionnelles (23 articles dont 22 censurés au titre de la jurisprudence relative aux cavaliers législatifs), le texte fut déclaré conforme à la Constitution (CC, décis. n° 2018-771 DC).

Estimant que l'un des articles non critiqués dans le cadre de la première instance entrave la liberté d'entreprendre, l'Union des industries de la protection des plantes (UIPP) a demandé au Conseil d'État de renvoyer une QPC au

examinons dans des conditions aussi exceptionnelles d'urgence, ne soit pas soumis à un contrôle de constitutionnalité alors même qu'il s'agit de questions majeures de libertés publiques et démocratiques ».

35. Un questionnaire envoyé aux Tribunaux administratifs auquel il n'a été répondu que de façon partielle (12 réponses), en raison des circonstances particulières, donne les informations suivantes : TA Rennes (1 mémoire QPC dans deux dossiers) ; TA de Versailles (5 contestations électorales).

36. Le Conseil d'État a ainsi déjà statué sur 2 QPC portant sur la loi d'urgence pour rejeter leur caractère sérieux : CE, 9 avril 2020 n° 439895 et 4 avril 2020 n° 439888 ; la Cour de cassation est saisie de 2 QPC portant sur le 4^e alinéa de l'article L 3136-1 du CSP créé par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 avec la question de savoir si elles portent atteinte au principe de légalité des délits et des peines et à l'exigence pour le législateur d'épuiser sa propre compétence, ainsi qu'au principe de la présomption d'innocence.

37. La Cour de cassation a fixé l'audience au 12 mai et annoncé que les décisions seraient rendues à « une date rapprochée ».

38. N° 2018-938, JO n° 0253 du 1^{er} novembre 2018.

Conseil constitutionnel (le § 46 de la décision n° 2018-771 laissait la porte ouverte à d'autres contestations). C'est là le deuxième coup d'essai du requérant. L'organisation professionnelle avait en effet produit une contribution extérieure lors du procès *a priori*. Dans l'affaire jugée le 31 janvier dernier, l'UIPP espérait provoquer l'abrogation du paragraphe IV de l'art. L. 253-8 du Code rural et de la pêche maritime prohibant la production, le stockage et la circulation de produits néonicotinoïdes interdits sur le territoire européen en application d'un règlement³⁹. Pour rappel, la loi EGALIM telle qu'elle avait été imaginée par le pouvoir exécutif poursuivait une finalité spécifique : « assurer la souveraineté alimentaire », ce qui, pour l'essentiel, passait par un réajustement des relations commerciales entre agriculteurs et distributeurs. L'autre objectif promu par le gouvernement consistait à réduire des inégalités sociales en proposant « une alimentation saine, sûre et durable » (extraits du compte rendu du Conseil des ministres du 31 janv. 2018). La préférence créée en faveur des circuits d'alimentation courts ou des denrées distinguées par un label qualité dans la restauration collective en est la traduction (art. L. 230-5-1 du Code rural et de la pêche maritime). Le volume du projet de loi s'est considérablement étoffé au fur et à mesure de la discussion parlementaire : la version adoptée en Conseil des ministres se limitait à 17 articles, le texte sur lequel les chambres se sont accordées (non sans peine) en comprenait 98. Les députés et les sénateurs ont assigné de nouveaux objectifs à la loi dont celui de réduire les ustensiles en plastique jetables ou d'interdire à brève échéance (les dates de prise d'effet varient selon la taille de la collectivité considérée et la nature des produits), dans certains établissements d'enseignement ou accueillant de jeunes enfants, la distribution des bouteilles d'eau et l'utilisation de conditionnements alimentaires en plastique (art. L. 541-10-5 du Code de l'environnement).

La mesure contestée trouve son origine dans une succession d'amendements présentés devant l'Assemblée nationale après l'échec de la commission mixte paritaire. Le dispositif global découle d'un amendement enregistré sous le numéro 836. L'exposé sommaire qui l'accompagne précise l'ambition du texte : répercuter en France l'interdiction européenne de produits phytopharmaceutiques motivée par « leur dangerosité ou leur impact sur l'environnement ». L'amendement n° 1001 a, quant à lui, différé l'entrée en vigueur de l'interdiction de deux ans, la première version du texte ayant retenu la date du 1^{er} janvier 2020. Voilà donc arrêtée la physionomie du nouveau paragraphe IV de l'art. L. 253-8. D'ici quelques mois, la réglementation s'opposera à l'ensemble des activités liées à la commercialisation de ces pesticides. On comprend sans mal l'accueil glacial que l'UIPP lui réserva, elle qui regroupe, entre autres adhérents, les groupes ADAMA et Bayer France⁴⁰. La présentation de la QPC constitue d'ailleurs la deuxième tentative d'abrogation du texte. L'adoption de la loi PACTE (loi n° 2019-486, JO n° 0119 du 23 mai 2019) aurait atténué la portée de l'interdiction exprimée par le Code rural si la sagacité du Conseil constitutionnel ne lui avait pas permis de détecter un cavalier législatif dans cette tentative (CC, décis. n° 2019-781, v. l'art. 18 du projet de loi dans sa version

39. Règlement n° 1107/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009.

40. La liste complète des adhérents figure sur le site internet de l'UIPP : <http://www.uipp.org/Qui-sommes-nous/Nos-adherents>.

adoptée par les assemblées parlementaires). La QPC soulevée devant le juge administratif relançait le débat. Pour l'UIPP, l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre est inconciliable avec l'État de droit. En dix points (du § 3 au § 12), le Conseil constitutionnel désamorce le grief. L'article est déclaré conforme à la Constitution.

L'encre de la décision n'était pas encore sèche que celle-ci déferlait les chroniques. Oui, les chroniques. Son écho médiatique fut instantané : 92 posts y furent consacrés sur Twitter pour la seule journée du 31 janvier, L'Affaire du siècle signala « une décision historique », la ministre de la Transition écologique et solidaire y vit pour sa part « une très bonne nouvelle ». Mais ce qui frappe encore davantage c'est la rapidité avec laquelle les quotidiens nationaux ont réagi. Dans les heures qui suivirent la publication de la décision et du communiqué l'accompagnant sur le site du Conseil constitutionnel, *Le Monde* et *Libération* lui consacrèrent chacun un article⁴¹. Les mots changent d'un titre à l'autre dans la presse car la technique juridique se drape d'un voile d'opacité pour les non-juristes mais c'est toujours le même élément de la décision qui se trouve valorisé : le Conseil constitutionnel dégage un objectif de valeur constitutionnelle (OVC) de protection de l'environnement.

Le caractère inédit de cette promotion justifie pleinement ces multiples signalements. Mais l'optimisme qui gagne ne peut qu'être mesuré (A). La formulation de cet OVC ne témoigne-t-elle d'un affaiblissement de l'effectivité des articles de la Charte ? « La » véritable bonne nouvelle réside ailleurs selon nous. Elle n'a pas bénéficié du même effet d'annonce et ne se dévoile qu'en arrière-plan. Cette décision du Conseil constitutionnel marque l'infléchissement d'une ligne jurisprudentielle penchant jusqu'ici plus volontiers en faveur de la liberté d'entreprendre (B).

A – UN OBJECTIF DE VALEUR CONSTITUTIONNELLE CONTROVERSABLE

1 – Réjouissances

Ce qui attire immédiatement l'attention du lecteur, c'est le paragraphe 4 de la décision. L'énoncé du Préambule de la Charte environnementale est suivi de cette affirmation : « il en découle que la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains, constitue un objectif de valeur constitutionnelle ». De manière inédite, la protection de l'environnement se pare de l'habit de l'OVC. Le juge de la rue de Montpensier aurait-il prêté l'oreille aux auteurs présentant le préambule comme une source prolifique d'objectifs de valeur constitutionnelle ? On songe en particulier aux professeurs Michel Prieur⁴², Yves Jégouzo ainsi qu'à François Loloum⁴³.

41. S. Mandard, « Le Conseil constitutionnel reconnaît que la protection de l'environnement peut justifier des atteintes à la liberté d'entreprendre », *Le Monde*, 31 janvier 2020, mis en ligne à 10h10 ; C. Schaub, « Protection de l'environnement : les sages consacrent une avancée historique », *Libération*, mis en ligne à 16h29 ; v. également les articles dédiés par *L'Obs*, *Le Figaro*, *Ouest-France*, *Les Échos*, etc. dans la même journée.

42. M. Prieur, « Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014, n° 43.

43. Y. Jégouzo et F. Loloum, « La portée juridique de la Charte de l'environnement », *DA*, 2004, chron. n° 5.

Cette qualification n'est pas dépourvue d'intérêt. D'abord, elle compense les retraites des promoteurs d'un verdissement de la Constitution. L'avis du Conseil d'État sur le projet de loi constitutionnelle en cours d'examen a dissipé tout espoir de soumettre les autorités publiques à une obligation positive de lutte contre les changements climatiques (avis de l'Assemblée générale n° 397908, projet de loi constitutionnelle n° 2203). En préférant le verbe « favoriser » à celui d'« agir », le gouvernement prive le juge d'une source d'engagement de la responsabilité publique⁴⁴. Ensuite, la qualification d'OVC confère une norme d'habilitation supérieure au législateur, une permission d'agir sans équivalent. La protection de l'environnement abandonne l'instrument du simple motif d'intérêt général qu'il empruntait jusqu'alors⁴⁵. L'élévation de la préservation environnementale au rang d'« exigence » constitutionnelle est de bon augure. Enfin, et surtout, elle confère une fonction au préambule dans le procès constitutionnel *a posteriori*. Dans ce type d'instance, les OVC font office de puissants motifs d'ingérence dans l'exercice des droits garantis par la Constitution ; aussi, les dispositions adoptées pour préserver l'environnement devraient bénéficier d'une présomption de légitimité. Une aubaine quand on sait que le contrôle des normes *a posteriori* supplante de loin le contrôle *a priori*⁴⁶. Cette perspective est d'autant plus réjouissante qu'elle autorise l'exigence prévue à l'art. 6 de la Charte, qui encourage l'inscription des politiques publiques dans le développement durable, à entrer par la fenêtre de l'art. 61-1, le juge lui refusant l'accès principal. En l'état de la jurisprudence, le Conseil constitutionnel lui dénie en effet la qualité de « droit garanti par la Constitution » (CC, décis. n° 2012-283 QPC ; n° 2014-394 QPC). Les plus optimistes rêveront même à un OVC capable de faire échec à la remise en cause des effets produits par une loi déclarée contraire à la Constitution sur le modèle de ce que permet l'OVC de recherche des auteurs d'infractions (CC, décis. n° 2015-508 QPC). Il en résulterait l'admission de l'intangibilité des effets produits par des lois inconstitutionnelles ayant concouru à la protection de l'environnement.

2 – Circonspection

Malgré ces premières impressions, on demeure sceptique quant à la plus-value générée par la décision n° 2019-823. Le contrôle *a priori* ne devrait pas tirer profit du changement de véhicule normatif, la protection de l'environnement étant déjà propre à créer une ingérence dans l'exercice des libertés écono-

44. D'autant plus intéressante que le juge administratif vient d'ouvrir la voie aux demandes de réparation du fait des lois inconstitutionnelles, CE, Ass., 24 déc. 2019, *Sté Paris Clichy*, req. n° 425981.

45. Et notamment dans la décision « EGALIM » rendue en application de l'art. 61 de la Constitution, n° 2018-771 DC préc. ; v. auparavant, CC, décis. n° 2002-464 DC : en adoptant la loi de finances assujettissant les distributeurs de prospectus sur la voie publique à l'obligation de supporter le coût de la collecte et du recyclage, le législateur poursuivait un « but d'intérêt général » fondé sur la protection de l'environnement ; CC, décis. n° 2013-346 QPC : si l'interdiction du procédé de la fracturation hydraulique de la roche entame l'exercice de la liberté d'entreprendre, cette ingérence est légitime dès lors qu'elle repose sur un « but d'intérêt général de protection de l'environnement ».

46. Malgré une décline significative du nombre d'affaires réglées au visa de l'art. 61-1 depuis 2011, v. le bilan statistique publié sur le site du Conseil constitutionnel.

miques (l'affaire rendue dans le cadre de l'action exercée avant la promulgation de la loi EGALIM le confirme). Qu'en est-il s'agissant de l'examen *a posteriori* ? La consécration présente une utilité réelle à partir du moment où le respect dû à l'environnement change de place dans le débat pour devenir une exigence s'imposant aux lois contestées. La décision dite « Plantations en limite de propriété privée » (CC, décis. n° 2014-394 QPC) semblait écarter tout espoir de voir les alinéas du Préambule invoqués à l'appui d'une QPC. L'interprète autorisé de la Constitution y avait jugé que « si ces alinéas ont valeur constitutionnelle, aucun d'eux n'institue un droit ou une liberté que la Constitution garantit ». Revêtant désormais les traits de l'OVC, la méconnaissance de ces « considérants » sera-t-elle défendable ? C'est très improbable. En l'état actuel du droit, seul l'OVC d'intelligibilité de la loi est invocable, encore que sa recevabilité soit sujette à caution, le moyen ne pouvant prospérer que présenté à l'appui d'un grief dirigé contre un « droit ou une liberté » garanti(e) (v. CC, décis. n° 2013-370 QPC ; n° 2014-395 QPC). Or il s'agit là du seul OVC à contraindre le législateur. Les autres, au mieux, l'habilitent à user de sa compétence pour promouvoir des droits-créances, ils ne sont que des « principes modérateurs » assouplissant « la rigueur d'un droit ou d'une liberté garantie par la Constitution »⁴⁷ et exclus des normes de référence du contrôle⁴⁸. Il est d'ailleurs significatif que lorsque le Conseil a admis la recevabilité du moyen relatif à la violation de la protection de la santé, il ne s'est fondé que sur le 11^e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, alors même que le requérant se plaignait de la transgression de « l'OVC » (CC, décis. n° 2012-249 QPC). Le professeur B. Mathieu imaginait « que le Conseil constitutionnel sanctionne des dispositions législatives qui iraient à l'encontre de ces objectifs ou les méconnaîtraient⁴⁹ » ; pour l'heure, les réticences du juge l'emportent. Aussi longtemps qu'il refusera d'identifier des droits constitutionnels subjectifs dans les OVC, les chances de voir la protection de l'environnement se dresser devant des lois attaquées en QPC demeureront nulles. N'était-il pas concevable de s'appuyer sur le Préambule de la Charte afin de consacrer un *principe* de valeur constitutionnelle, comme le fit le juge pour la dignité de la personne humaine ? (CC, décis. n° 94-343/344) ? Le choix de cet instrument normatif assurerait un effet direct aux préoccupations environnementales, le principe étant au nombre des normes de référence du procès fait aux lois en vigueur (CC, décis. n° 2018-768 QPC).

Que dire, plus largement, du mode opératoire retenu par le Conseil constitutionnel ? Il n'aura pas échappé aux lecteurs que le paragraphe 4 reproduit une sélection du Préambule. Le texte comporte sept « considérants », le juge n'en reprend que trois, plus encore, il les dilue dans un objectif fort large ramené sous la bannière d'un seul des trois alinéas cités. Le Conseil constitutionnel manque l'occasion de décliner des objectifs particuliers, comme le réclamait une partie de la doctrine⁵⁰, proposant de reconnaître un objectif « de protection

47. J. Bonnet et P.-Y. Gahdoun, *La recevabilité de la QPC*, Que sais-je ?, 2014, p. 48-49.

48. Ex., alléguant vainement l'atteinte portée à l'OVC de bonne administration de la justice, CC, décis. n° 2013-356 QPC.

49. B. Mathieu, « La portée de la Charte pour le juge constitutionnel », *AJDA*, 2005, p. 1171.

50. M. Prieur, préc.

de la diversité biologique⁵¹ », un autre tiré de la « nécessité d'assurer le développement durable⁵² ». Le sort des « considérants » écartés demeure mystérieux. Quelle est la raison de leur absence ? Tient-elle lieu d'aveu de leur ineffectivité, de la reconnaissance du caractère bavard d'un préambule mêlant sources d'instruments normatifs et simples « évidences⁵³ » ? Ou, précisément, ont-ils été réservés ? Plus raisonnablement, le juge a entendu séparer le bon grain (à vocation normative) de l'ivraie (déclarative). Quant aux exigences coulées dans le nouvel objectif, le procédé à l'œuvre condamne tout espoir qu'ils donnent, à leur tour, un objectif autonome.

Pour finir, cet OVC révèle incidemment les limites du texte qui, depuis plus de dix ans, fait office de « Constitution verte ». Il introduit une regrettable différenciation au sein de la Charte. La prophétie redoutée par le professeur Guillaume Drago est en passe de se réaliser. En 2005, l'auteur s'interrogeait sur le point de savoir si les « droits », « devoirs », « objectifs » et les « considérants » du Préambule recevraient le même traitement. Il concluait par ces mots : « Ce débat est en réalité stérile dans la mesure où ce qui compte est l'effectivité juridique des règles énoncées. Cet effet est identique à l'égard du législateur, quel que soit l'énoncé de telle ou telle disposition de la Charte. Le législateur devra en respecter tous les éléments, quel que soit cet énoncé. On estime justement qu'il ne faut pas entrer dans ce débat distinguant "principes" et "objectifs", parce qu'il introduirait une distinction entre les dispositions de la charte⁵⁴. » Le choix de privilégier l'OVC contient les potentialités du texte et fragilise encore davantage sa valeur formelle. Car au-delà des difficultés inhérentes aux textes composés de normes d'inégale effectivité, la force contraignante de la Charte dans son ensemble apparaît préoccupante. En cause : l'invocabilité de ses prescriptions et la nature du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel. Combien de décisions opposent aux griefs tirés de la violation d'un droit garanti par la Charte l'absence d'équivalence du pouvoir d'appréciation du législateur et celui du juge ? La toute récente décision relative à la loi d'orientation des mobilités suffit à le rappeler. Conspuée en raison de son manque d'ambition en matière de lutte contre la pollution atmosphérique, la disposition fixant la décarbonisation du secteur des transports terrestres à l'horizon 2050 est validée. Sans altérer le mouvement caractérisant sa jurisprudence, le juge réduit son office à la vérification de l'absence de disproportion manifeste entre les objectifs poursuivis par le législateur et « l'exigence » (pas un « droit », non), posée par l'art. 1^{er} de la Charte (CC, décis. n° 2019-794 DC). Dans la strate des normes revêtues de l'autorité suprême, la Charte environnementale est le plus souvent appelée à jouer le rôle de médiateur, tempérant les effets de véritables droits fondamentaux. Une position défensive que conforte la reconnaissance du nouvel OVC.

51. P. de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, 2006, p. 267.

52. Y. Jéguzo et F. Loloum, préc.

53. Ibid.

54. G. Drago, « Principes directeurs d'une Charte constitutionnelle de l'environnement », *AJDA*, 2004, p. 134.

En somme, la dictature écologique cautionnée par un juge constitutionnel (zadiste ?) n'est pas pour demain⁵⁵. Mais tout, dans cette décision, n'est pas que mauvais présage.

B – UN PROVIDENTIEL RÉÉQUILIBRAGE DE LA GARANTIE DUE À LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE ET DE LA PRÉSERVATION DE L'ENVIRONNEMENT

À la question « la législation environnementale tirera-t-elle vraiment profit de la qualification d'OVC ? » une réponse nuancée s'impose. La valeur formelle de la Charte est lacunaire, dont acte. Concentrons alors l'analyse sur le mode opératoire du contrôle des normes. De ce point de vue, la position retenue par le juge ouvre d'heureuses perspectives. Certains aspects méritent encore d'être précisés.

1 – Caractérisation

L'examen des griefs n'a pas eu raison du paragraphe IV de l'art. L. 253-8 du Code rural. Le dispositif écarte la déclaration d'inconstitutionnalité. Les acteurs économiques devront respecter les interdictions prévues par la loi EGALIM à compter du 1^{er} janvier 2022. À première vue, cette décision n'est qu'une décision d'espèce parmi d'autres. En vérité, elle s'inscrit dans une ligne jurisprudentielle et, surtout, elle la contraint à un changement de direction.

Le ton est donné au paragraphe 6 de la décision. Celui-ci s'ouvre par un rappel d'ordre général (il revient à l'auteur de la loi de concilier les droits fondamentaux avec les exigences légitimes qu'il poursuit) contextualisé (le texte déféré aménage la liberté d'entreprendre au nom des OVC que sont la protection de l'environnement et de la santé). Suit une affirmation *a priori* anecdotique : « à ce titre, le législateur est fondé à tenir compte des effets que les activités exercées en France peuvent porter à l'environnement à l'étranger ». Cette précision n'est pas inutile à la résolution de la question posée au juge : en prohibant « la circulation » des produits dont la composition intègre des substances interdites par l'Union européenne, l'article contesté du Code rural interdit l'exportation des pesticides. Dès lors, confirmer que le législateur est habilité à réglementer le commerce à l'extérieur de l'Hexagone n'est pas hors de propos. Mais il y a plus.

Disant cela, le Conseil constitutionnel porte un coup d'arrêt à la jurisprudence qu'il avait adoptée, en 2015, dans la décision *Association Plastics Europe* (CC, décis. n° 2015-480 QPC, v., dans le même sens, CC, décis. n° 2016-737 DC). La physionomie de l'affaire alors soumise à son examen est assez semblable à celle qui nous occupe ici. Un groupement de professionnels du marché concerné par la disposition législative se plaignait de l'ampleur des restrictions retenues. Le texte critiqué résultait d'une loi du 24 décembre 2012, adoptée

55. Ce qui devrait apaiser les craintes manifestées par certains, par. ex. J.-É. Schoettl et P. Steinmetz, « Inscrire l'écologie dans la Constitution, ce serait abandonner le pouvoir aux juges », *Le Figaro*, 24 juin 2019, p. 18, et en décevoir d'autres, A. Barrau, « Nous manquons tellement d'audace... », *Libération*, 27 déc. 2019, p. 24.

afin de soustraire les enfants en bas âge aux dangers potentiels présentés par une exposition au Bisphénol A. Étaient ainsi suspendues « la fabrication, l'importation, l'exportation et la mise sur le marché à titre gratuit ou onéreux » des contenants et ustensiles alimentaires comportant cette substance chimique. Conduit à répondre au grief excipant la violation de la liberté d'entreprendre, le Conseil constitutionnel avait alors structuré son raisonnement autour des effets territoriaux de la restriction. La circonstance que des « pays étrangers » autorisent la commercialisation des produits concernés avait convaincu le juge de neutraliser partiellement la loi. Les dispositions restreignant la fabrication et l'exportation des contenants alimentaires indésirables furent abrogées. Pour quel motif ? D'après le juge, la finalité poursuivie par le législateur était sans rapport avec la nature de l'interdiction posée. Rappelons que les auteurs de la loi entendaient alors protéger la santé des jeunes enfants des effets du Bisphénol A. Autrement dit, pour le Conseil constitutionnel, une disposition prohibant l'exportation d'un produit suspecté de favoriser le développement de maladie est inadéquate à l'objectif recherché alors même... qu'elle est motivée par une préoccupation sanitaire. Cette décision a fait grand bruit et l'on comprend bien les causes de ces remous. Au-delà de la contradiction interne qu'il comporte, le raisonnement suivi semble adhérer à l'idée selon laquelle l'objectif de protection de la santé reçoit une interprétation variable en fonction de la zone territoriale considérée. La décision du 31 janvier procède à un rééquilibrage salutaire des rapports entretenus par la liberté d'entreprendre et les objectifs de protection de la santé et de l'environnement. En reconnaissant au législateur le pouvoir de tenir compte des « effets que les activités exercées en France peuvent porter à l'environnement à l'étranger », le Conseil constitutionnel infléchit la tendance observable. Il admet l'extraterritorialité des règles législatives motivées par la sauvegarde des équilibres environnementaux. Il y a fort à parier qu'à l'avenir, les actes législatifs restreignant les rapports commerciaux des entreprises nationales avec des opérateurs étrangers en raison de préoccupations environnementales échapperont au contrôle de l'adéquation du but à la mesure retenue. La référence au « pouvoir d'appréciation d'une nature différente de celui dont dispose le législateur » devrait suffire à justifier l'affaiblissement du contrôle exercé.

Cette solution mérite d'être rapprochée de la décision du Conseil d'État jugée le 26 juin 2019 et annulant « en tant que » l'arrêté interministériel du 4 mai 2017 réglementant la mise sur le marché et l'utilisation des pesticides⁵⁶. La régularité du champ d'application *ratione loci* de la mesure était discutée. L'acte réglementaire réservait un traitement juridique différencié aux sols agricoles : le délai de rentrée (au cours duquel l'accès est interdit en raison des risques liés à la pulvérisation ou au poudrage) s'appliquait exclusivement aux sols végétalisés. Les sols vierges n'entraient pas dans le périmètre du dispositif. Or les ministres doivent faire usage des attributions qu'ils tiennent de la loi en encadrant les conditions d'utilisation des produits phytopharmaceutiques lorsque leur manipulation expose les travailleurs agricoles à un risque sanitaire. Ce dernier ne diffère pas significativement selon la destination du sol, c'est pourquoi, en réservant le bénéfice de la mesure prise dans l'intérêt de la santé

56. CE, Sect., 26 juin 2019, *Assoc. Générations futures*, req. n^{os} 415426 et 415431.

des agriculteurs, les autorités ministérielles ont méconnu les exigences énoncées à l'art. L. 253-7 du Code rural. Le raisonnement du juge constitutionnel épouse la logique dictant l'analyse du moyen présenté devant le juge administratif : dès lors que les dangers menaçant l'homme, les écosystèmes et, plus largement, les facteurs environnementaux, sont identiques, il n'y a pas lieu d'établir des régimes distincts selon l'espace considéré.

2 – Interrogations

La décision commentée laisse subsister au moins deux questions.

La constitutionnalité des lois mettant fin à la commercialisation de produits toxiques demeure-t-elle tributaire d'un délai d'adaptation consenti aux fabricants ? Le paragraphe 11 le sous-entend. Le moyen tiré de la disproportion de l'atteinte supportée par la liberté d'entreprendre n'est repoussé qu'en raison du délai de trois ans prévu par l'article litigieux. L'instauration d'un droit transitoire constitue un élément déterminant de la juste conciliation entre les libertés économiques et les exigences issues du 11^e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. C'est, notamment, parce que le texte diffèrait son entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1993 que la prohibition de la publicité des produits du tabac, prévue par la loi Évin du 10 janvier 1991, échappa au couperet (CC, déc. n° 90-283 DC). La technique du report de la prise d'effet est encore au cœur de la solution arrêtée dans l'affaire relative à la loi pour la reconquête de la biodiversité. Les entreprises touchées par l'interdiction d'utiliser des produits contenant des substances néonicotinoïdes visés par le texte pouvaient solliciter des dérogations pendant 22 mois au total. Cette circonstance a permis d'écarter le risque allégué de disproportion (CC, déc. n° 2016-737 DC préc.). Le délai d'adaptation paraît ainsi conditionner la constitutionnalité de la mesure et ceci se justifie fort bien, au regard des enjeux, en particulier sociaux, comme du bouleversement des prévisions économiques des acteurs. D'après le syndicat requérant, l'application de la loi EGALIM menace plus de 2 700 emplois parmi ses adhérents⁵⁷. Une période d'adaptation est nécessaire à la redéfinition des choix stratégiques des industriels de l'agrochimie.

En tout état de cause, les libertés économiques devraient souffrir de nouvelles restrictions à l'avenir. Reste à savoir si la vulnérabilité des espaces et des espèces sera suffisante à justifier les atteintes à la liberté d'entreprendre ou si elle continuera de prendre appui sur l'OVC de protection de la santé. Pour l'heure, les décisions de justice motivées sur la préservation de l'environnement *per se* se font bien rares. L'essentiel des irrégularités sanctionnées repose sur un droit ou un objectif de protection de la santé. Celui-ci est, de manière générale, un efficace motif limitatif de la liberté d'entreprendre⁵⁸. La jurisprudence relative à la préservation de la nature et des écosystèmes ne dément pas le phénomène observé. La décision du Conseil d'État évoquée plus avant est tout entière fondée sur les prescriptions légales et européennes prises en faveur de la santé des travailleurs ou des « habitants fortement exposés aux pesticides » (ce qui

57. S. Mandard, « Pesticides : le lobbying des fabricants », *Le Monde*, 30 janv. 2020, p. 7.

58. V. par ex., CC, déc. n° 2019-795 DC ; n° 2015-727 DC ; n° 2015-493 QPC ; n° 2012-290/291 QPC ; n° 2011-139 QPC.

justifia d'annuler l'arrêté « en tant que » les riverains des zones traitées n'étaient pas inclus dans le dispositif des distances d'éloignement fixées). Le Conseil constitutionnel ne procède pas autrement. Dans l'affaire concernant la loi biodiversité de 2016, « l'objectif d'intérêt général de protection de l'environnement » est combiné à « l'OVC de protection de la santé publique » (CC, décis. n° 2016-737 DC préc.). Même constat dans la décision du 31 janvier. En accolant l'OVC de protection de la santé et de l'environnement, il ne permet pas à l'exigence environnementale d'acquiescer l'autonomie dont, pourtant, elle peut se réclamer.

Ces quelques questionnements ne doivent pas laisser penser que la reconnaissance de l'OVC de protection de l'environnement n'est qu'une victoire à la Pyrrhus. Ils ne sauraient occulter l'avancée significative que constitue la décision n° 2019-823 QPC. Rappelons qu'il ne s'agit pas là de la première tentative de neutralisation des apports de la loi EGALIM. Il y aura peut-être d'autres batailles, déjà se répand la rumeur d'une saisine de la Cour européenne des droits de l'Homme. Pour le moment, fort de cette déclaration de conformité, le Code rural contraint le secteur industriel.

Stéphanie Douteaud

Décision n° 2020-834 QPC du 3 avril 2020, *Union nationale des étudiants de France [Communicabilité et publicité des algorithmes mis en œuvre par les établissements d'enseignement supérieur pour l'examen des demandes d'inscription en premier cycle]*

ENFIN ! LA CONSÉCRATION DU DROIT D'ACCÈS
AUX DOCUMENTS ADMINISTRATIFS

La décision rendue le 3 avril 2020 par le Conseil constitutionnel dans l'affaire « Parcoursup » est capitale à plus d'un titre. Sur le fond du droit, le Conseil consacre l'existence d'un droit d'accès aux documents administratifs fondé sur l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁵⁹. Par ailleurs, en termes de contentieux constitutionnel, le Conseil refuse de reconnaître que les chercheurs ont un intérêt spécifique à intervenir dans les affaires relevant de leur domaine de spécialité. À l'origine de ces développements : un litige relatif à l'accès aux codes sources des algorithmes locaux de Parcoursup, portant sur l'article L. 612-3 du Code de l'éducation.

En janvier 2018, une nouvelle procédure nationale de préinscription dans l'enseignement supérieur est annoncée : « Parcoursup ». Pour les lycéens, le changement principal par rapport à la procédure antérieure « Admission post-

59. Pour mémoire, la décision CC, 29 mai 2015, *M^{me} Nathalie K.-M. {Délibérations à scrutin secret du conseil municipal}*, n° 2015-471 QPC, reconnaît l'invocabilité de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité et marque le renouveau du contentieux fondé sur cette disposition.

bac »⁶⁰ (APB, 2009-2017) réside dans la disparition de la hiérarchisation des vœux et de la quasi-certitude d'une inscription de secours dans la filière universitaire de son choix près de son domicile. En contrepartie, les dossiers des lycéens seraient étudiés individuellement dans le but d'obtenir l'inscription de chacun dans une filière correspondant à ses capacités. Pour les lycéens spécialement talentueux et souhaitant intégrer une filière dite « en tension » du fait d'une faible capacité d'accueil, cette prime au mérite devait éviter le risque d'un tirage au sort défavorable⁶¹. Ainsi, la procédure Parcoursup mobilise deux outils : premièrement, le site internet Parcoursup centralise les vœux des lycéens et les réponses des établissements de formation ; deuxièmement, la commission pédagogique établie dans chaque établissement de formation définit les « attendus » de celle-ci et doit classer les dossiers des candidats en fonction de ces attendus. En pratique, ces commissions s'appuient largement – mais dans une mesure inconnue – sur des procédés algorithmiques. Ces algorithmes ont pour objectif de pré-classer les dossiers des candidats en fonction de paramètres préétablis : telles notes dans telles matières, telle expérience *etc.* Pour ce faire, les commissions se fondent sur l'article L. 612-3 du Code de l'éducation, disposition dont la constitutionnalité était contestée en l'espèce.

L'affaire au fond oppose l'Union nationale des étudiants de France (UNEF) à deux universités. La première espèce concerne l'université de la Réunion. Courant 2018, la requérante a tenté d'obtenir communication des procédés algorithmiques, et des codes sources correspondants, utilisés par l'université défenderesse dans le cadre de la procédure de préinscription Parcoursup. Le 22 novembre 2018, une décision implicite de rejet est née du silence gardé par l'université de la Réunion, décision attaquée par la requérante. Le 17 juin 2019, par une ordonnance n° 1900062, le tribunal administratif de la Réunion a rejeté la demande d'annulation de ladite décision de refus. En conséquence, le 5 décembre 2019, l'association requérante a introduit un pourvoi devant le Conseil d'État tendant à l'annulation de cette ordonnance. Devant le Conseil d'État, l'association a alors contesté la constitutionnalité de la disposition législative applicable au litige : le dernier alinéa du I de l'article L. 612-3 du Code de l'éducation, dans sa rédaction issue de la loi du 8 mars 2018. Cet article déroge explicitement au droit commun de l'accès aux documents administratifs pour limiter l'accessibilité des informations aux seuls candidats et à la seule communication des « informations relatives aux critères et modalités d'examen de leurs candidatures ainsi que des motifs pédagogiques qui justifient la décision prise⁶² ». La seconde espèce, très semblable, concerne l'université de

60. Pour un bilan pertinent d'APB (mais n'ayant pas été suivi d'effets lors de la mise en place de Parcoursup, spécialement s'agissant du débat public et de la publicité des critères de classement), voir C. Villani, « L'échec d'APB est avant tout politique, et non technique » (tribune), *Le Monde*, 8 décembre 2017, n° 22676, p. 24.

61. Sur le recours au tirage au sort sous l'empire de la procédure APB, voir : « APB : un tirage au sort en baisse, mais encore 17.000 jeunes sans affectation », *Les Échos*, 28 juin 2017, n° 22475, p. 5 ; Cour des comptes, 17 octobre 2017, *Admission post-bac et accès à l'enseignement supérieur – un dispositif contesté à réformer* ; CE, 22 décembre 2017, *Association SOS Éducation*, n° 410561, en précisant que cette décision tolère en réalité le recours au tirage au sort, pour peu qu'il ne soit employé qu'à titre exceptionnel.

62. Code de l'éducation, article L 612-3, I, alinéa dernier, extrait.

Corse⁶³. Le Conseil d'État a joint les deux affaires et, le 15 janvier 2020, il a transmis au Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité posées, en constatant le caractère sérieux du moyen appuyé sur l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁶⁴. Devant le Conseil constitutionnel, l'affaire a pris le numéro 2020-834 QPC.

L'argumentation de l'association requérante repose sur deux moyens. Le premier est construit en deux temps : tout d'abord et malgré le silence de la jurisprudence existante, l'article 15 de la Déclaration de 1789 garantirait un droit général d'accès aux documents administratifs ; ensuite, l'atteinte portée à ce droit par la disposition contestée serait disproportionnée et partant inconstitutionnelle. Le second moyen dénonçait le fait que l'absence d'information précise quant aux motifs du refus d'inscription d'un candidat dans une formation empêcherait celui-ci d'exercer utilement un recours contre cette décision. Selon le Premier ministre, au contraire, si l'article L. 612-3 du Code de l'éducation porte bien atteinte à un droit d'accès aux documents administratifs, cette atteinte serait proportionnée et donc conforme à la Constitution dès lors qu'elle serait nécessaire à la protection du secret des délibérations des commissions pédagogiques. Ces deux argumentations se sont trouvées renforcées par un ensemble d'interventions, tantôt en soutien de la question posée, tantôt en défense de la constitutionnalité de la disposition attaquée⁶⁵. Sur le fond, les interventions se limitaient dans l'ensemble à développer les moyens présentés par les parties. En matière de procédure constitutionnelle contentieuse, néanmoins, l'une des interventions reposait sur un moyen apparemment inédit : l'invocation d'un intérêt spécifique des chercheurs à intervenir dans leur domaine de spécialité.

Les questions posées au Conseil constitutionnel étaient donc au nombre de trois. Tout d'abord, le législateur pouvait-il limiter l'information relative à la procédure Parcoursup aux seuls candidats et à la communication des critères d'examen des candidatures et des motifs des décisions prises, sans porter d'atteinte inconstitutionnelle au droit d'accès aux documents administratifs hypothétiquement fondé sur l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ? Ensuite, cette limitation portait-elle une atteinte inconstitutionnelle au droit à un recours juridictionnel effectif ? Enfin, relativement aux interventions, les chercheurs disposent-ils d'un intérêt spécifique à soumettre des observations en intervention sur les questions prioritaires de constitutionnalité relatives à leur domaine de spécialité ?

63. En 2018, l'association requérante a soumis au président de l'université de Corse une demande semblable à celle soumise à la Réunion. À la suite d'une procédure analogue à la première espèce, le 5 novembre 2019, l'association s'est pourvue devant le Conseil d'État. L'affaire a reçu le n° 433297. L'association a contesté la constitutionnalité du dernier alinéa du I de l'article L. 612-3 du Code de l'éducation.

64. CE, 15 janvier 2020, *Union nationale des Étudiants de France*, nos 433296 et 433297.

65. En application de l'article 6 alinéa 2 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, tel que résultant des décisions du 4 février 2010 (n° 2010-117 ORGA), du 24 juin 2010 (n° 2010-118 ORGA), du 21 juin 2011 (n° 2011-120 ORGA) et du 22 novembre 2013 (n° 2013-128 ORGA). Au total, cinq groupes d'intervenants se sont fait connaître. En défense : un unique groupe Conférence des présidents d'universités et autres ; en soutien à la question posée : l'association la Quadrature du Net, le Syndicat national de l'enseigne-

Le 3 avril 2020, le Conseil constitutionnel a apporté des réponses nuancées à ces questions. Dans l'ordre de ses considérants, le juge commence par écarter tout intérêt spécifique des chercheurs pour intervenir à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité dans leur domaine (§ 5). Ensuite, s'il consacre l'existence d'un droit d'accès aux documents administratifs fondé sur l'article 15 de la Déclaration de 1789 (§ 8), le Conseil se borne à énoncer une réserve d'interprétation de l'article L. 612-3 du Code de l'éducation sur ce fondement (§ 17), quoique cette réserve soit d'un effet sensible. Enfin, le Conseil écarte en quelques mots le grief relatif au droit à un recours juridictionnel effectif (§§ 19-22)⁶⁶.

Cette décision est remarquable en droit comme en contentieux constitutionnel. Ainsi, le Conseil constitutionnel consacre-t-il enfin un droit d'accès aux documents administratifs fondé sur l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (A). De plus, en termes de procédure contentieuse, l'intérêt spécial des chercheurs à intervenir a été écarté au prix d'une volte-face procédurale (B).

A – LA CONSÉCRATION DU DROIT D'ACCÈS AUX DOCUMENTS ADMINISTRATIFS FONDÉE SUR L'ARTICLE 15 DE LA DÉCLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN

Si le Conseil constitutionnel reconnaît le droit d'accès aux documents administratifs comme pleinement fondamental (1), cette consécration est d'un effet limité relativement à l'accès aux traitements algorithmiques (2).

1 – Le droit d'accès aux documents administratifs pleinement reconnu comme droit fondamental

La reconnaissance de l'existence d'un nouveau droit fondamental n'est pas un évènement fréquent. Pour cette raison, le paragraphe n° 8 de la décision mérite d'être cité en intégralité :

Aux termes de l'article 15 de la Déclaration de 1789 : « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». Est garanti, par cette disposition, le droit d'accès aux documents administratifs. Il est loisible au législateur d'apporter à ce droit des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi⁶⁷.

ment supérieur et autres, l'Union nationale lycéenne et autres et enfin, à titre individuel, l'auteur du présent commentaire.

66. Le raisonnement du Conseil, qui tient en une phrase, se fonde sur la capacité du juge administratif à prononcer des mesures d'instruction ; il n'appelle pas de remarque particulière et sera donc laissé de côté. Le Conseil d'État, dans sa décision de renvoi, ne s'était d'ailleurs pas penché sur ce grief.

67. CC, 3 avril 2020, *Union nationale des étudiants de France (Communicabilité et publicité des algorithmes mis en œuvre par les établissements d'enseignement supérieur pour l'examen des demandes d'inscription en premier cycle)*, n° 2020-834 QPC.

Cette consécration du droit d'accès aux documents administratifs achève une évolution jurisprudentielle amorcée en 2015. Jusqu'alors, la jurisprudence relative à l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen était d'une grande pauvreté : il n'en était pas question en contentieux de la constitutionnalité de la loi *a posteriori* et, s'agissant du contentieux de constitutionnalité de la loi *a priori*, le Conseil constitutionnel n'avait pas été mis en position de s'exprimer clairement sur la portée de cette disposition⁶⁸. L'élément perturbateur de cette situation initiale est survenu le 29 mai 2015 ; à cette date, le Conseil a reconnu l'invocabilité de l'article 15 de la Déclaration de 1789 à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité⁶⁹. Il apparaît alors que les élus des conseils municipaux peuvent être considérés comme des agents publics mais que les opérations de vote ne relèvent pas d'une activité d'administration. En 2016, le Conseil constitutionnel fait le point sur la variété des modes de responsabilité couverts par l'expression « demander compte »⁷⁰ ; en 2017, il reconnaît un droit d'accès aux archives publiques sur le fondement de l'article 15 de la Déclaration de 1789⁷¹. Enfin, avec la décision n° 2020-834 QPC, le Conseil consacre un droit d'accès aux documents administratifs sur ce même fondement.

Le 3 avril 2020, le Conseil constitutionnel reconnaît ainsi finalement le droit d'accès aux documents administratifs comme un droit fondamental de plein exercice : ne peuvent lui être portées que des atteintes strictement proportionnées. Ce constat appelle trois remarques. En premier lieu, il s'agit là du même degré de contrôle que pour les autres grands droits fondamentaux et notamment le récent droit d'accès aux archives publiques⁷². En deuxième lieu, la réalité du contrôle que le Conseil exercera est encore incertaine : le Conseil, sous l'étiquette de contrôle de proportionnalité, exerce à ce jour des contrôles dont la rigueur est pour le moins variable⁷³ – dans un contraste parfois frappant

68. Le 3 juillet 1986, décis. n° 86-209 DC, le grief d'atteinte à l'article 15 de la Déclaration n'est pas étudié car portant sur un cavalier budgétaire ; le 20 mars 1997, décis. n° 97-388 DC, la disposition contestée est sans rapport avec le « principe » énoncé par l'article ; enfin le 10 décembre 2010, décis. n° 2011-641 DC, le Conseil affirme simplement « qu'en transférant, des chambres régionales des comptes aux autorités administratives de l'État, la compétence pour l'apurement de certains comptes publics, le législateur n'a pas méconnu cette disposition ».

69. CC, 29 mai 2015, *M^{me} Nathalie K.-M. (Délibérations à scrutin secret du conseil municipal)*, n° 2015-471 QPC, cons. n° 7 (implicitement).

70. CC, 2 décembre 2016, *M^{me} Sandrine A. (Personnes justiciables de la cour de discipline budgétaire et financière)*, n° 2016-599 QPC.

71. CC, 15 septembre 2017, *M. François G. (Accès aux archives publiques émanant du président de la République, du Premier ministre et des autres membres du Gouvernement)*, n° 2017-655 QPC.

72. S'agissant du droit d'accès aux documents d'archives publiques, le Conseil avait estimé en 2017 qu'« il est loisible au législateur d'apporter à ce droit des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi » (décis. n° 2016-599 QPC, *supra*, § 4).

73. En matière d'atteintes à la liberté d'entreprendre, le Conseil constitutionnel affirme la nécessité d'un contrôle de proportionnalité (CC, 18 octobre 2010, *M. Rachid M. et autres (Prohibition des machines à sous)*, n° 2010-55 QPC, cons. n° 4) mais se limite parfois en réalité à un contrôle de la disproportion manifeste (par exemple, CC, 1^{er} février 2019, *Association Médecins du Monde et autres (Pénalisation des clients de la prostitution)*, n° 2018-761 QPC, §§ 11-12, 17-18).

avec les pratiques du juge administratif. En troisième lieu, la consécration du droit général d'accès aux documents administratifs implique de surveiller précisément la manière dont, à l'avenir, le Conseil articulera ce régime avec celui de l'article 7 de la Charte de l'environnement, soumis à une réserve législative explicite⁷⁴.

2 – Une consécration d'effet limité relativement à l'accès aux traitements algorithmiques

La décision n° 834 QPC ne peut être considérée comme un simple cas de reconnaissance d'un droit dénuée d'effet immédiat. En l'espèce, la réserve de constitutionnalité énoncée au paragraphe n° 17 a un effet réel, quoique limité, sur l'information des lycéens. Pour établir sa solution de conformité à la Constitution sous réserve, le Conseil constitutionnel a commencé par estimer que le législateur avait bien poursuivi un objectif d'intérêt général (§ 13). À rebours des conclusions du rapporteur public devant le Conseil d'État⁷⁵, le juge a ainsi admis l'objectif affirmé par l'article L. 612-2 du Code de l'éducation, soit la protection du secret des délibérations. S'intéressant ensuite aux modalités retenues pour le déroulement de la procédure de préinscription, le Conseil relève que la procédure n'est pas entièrement automatisée (§ 14), puis que certaines informations demeurent accessibles aux candidats et à toute personne en application du droit commun de l'accès aux documents administratifs (§ 15)⁷⁶. Enfin, le Conseil observe que les candidats peuvent être informés des motifs d'un refus d'inscription (§ 16)⁷⁷, sans que soit précisé le degré d'information à fournir. La seule concession du Conseil est relative aux tiers et constitue sa réserve d'interprétation : une fois la procédure de présélection achevée, il estime nécessaire que les organismes de formation supérieure publient « le cas échéant sous la forme d'un rapport, les critères en fonction desquels les candidatures ont été examinées et précisant, le cas échéant, dans quelle mesure des traitements algorithmiques ont été utilisés pour procéder à cet examen » (§ 17). Sous cette réserve, la disposition est conforme à la Constitution (§ 18).

Le Conseil constitutionnel n'a pas réellement pris en compte dans son raisonnement la spécificité de l'outil que sont les traitements algorithmiques. Malgré les plaidoiries en ce sens le 10 mars, le juge constitutionnel ne s'est pas penché sur le degré réel d'automatisation de la procédure de présélection. Il a

74. Sur les rapports entre ces régimes, voir L. Griffaton-Sonnet, « L'effet contentieux de la réserve législative explicite de détermination au sein des textes constitutionnels, à l'exemple de l'article 7 de la charte de l'environnement », *RFDC*, 1^{er} septembre 2019, n° 119, p. e1-e18.

75. F. Dieu, conclusions sous CE, 15 janvier 2020, *Union nationale des étudiants de France*, n°s 433296 et 433297 : « À vrai dire, cette mobilisation du secret des délibérations a tout d'un leurre destiné à habiller et masquer, assez maladroitement, l'atteinte injustifiée portée à cette exigence. »

76. La question de la précision des informations fournies sur demande des candidats avait été discutée sur le fondement d'une réponse à une demande d'information rédigée par le président de l'université du Mans, soumise par le Premier ministre.

77. La décision du Président de l'université de Caen, l'une des rares pièces concrètes de la procédure, n'indique en rien quels ont été les critères et pondérations précises opposés au candidat malheureux.

été ainsi soutenu que, devant la masse des candidatures à traiter par les commissions pédagogiques, celles-ci se trouvaient placées devant une alternative simple : soit se reposer entièrement ou presque sur l'algorithme de pré-classement des candidatures, soit se pencher humainement sur chacune des candidatures mais en renonçant ainsi au bénéfice de l'appui sur des traitements algorithmiques. Le Conseil se refuse à rechercher ce qu'il en est effectivement et se borne à constater qu'une intervention humaine est prévue par le législateur (§ 14). Une telle étude, souhaitable, aurait impliqué d'analyser la nature réelle des traitements algorithmiques : nature réglementaire, d'abord, si l'intervention humaine se réduit à un simple coup de tampon après traitement par l'algorithme ; nature d'instruction ou de circulaire, ensuite, si l'agent public en charge de la procédure peut s'éloigner du classement établi par l'algorithme en se fondant sur des considérations d'intérêt général ; nature de simple document informatif, enfin, si le procédé algorithmique ne lie en rien la commission pédagogique. Règlement, instruction, circulaire, document informatif : ces catégories sont bien connues du droit administratif quant à leur régime de publicité. La discrétion du Conseil constitutionnel en la matière est d'autant plus regrettable que le rattachement de tels documents à la délibération qu'ils éclairent ou orientent était l'un des enjeux principaux du débat⁷⁸.

B – UN INTÉRÊT SPÉCIAL DES CHERCHEURS À INTERVENIR ÉCARTÉ AU PRIX D'UNE VOLTE-FACE PROCÉDURALE

Selon le paragraphe n° 5 de la décision du 3 avril 2020, ni la rédaction de travaux universitaires sur la question en cause devant le Conseil ni la qualité d'enseignant-chercheur au contact des étudiants ne sont de nature à conférer un intérêt spécial à intervenir en l'espèce. Les chercheurs ne sauraient jouer le rôle d'*amicus curiae* ès qualités (1)⁷⁹. Néanmoins, au gré d'une étrangeté, la procédure devant le Conseil a réservé une surprise de taille : l'intervention fondée sur l'intérêt spécial du chercheur a été considérée comme admise jusqu'à l'audience, avant une volte-face lors du délibéré (2).

1 – Les chercheurs exclus d'un rôle d'*amicus curiae* ès qualités

L'intervention présentée par l'auteur de ces lignes s'appuyait sur l'article 6 alinéa 2 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité. Deux fondements étaient soulevés pour justifier d'un intérêt spécial : à titre principal, un domaine de recherche dont relevait l'affaire en cause (le droit constitutionnel de l'accès

78. Il avait ainsi été soutenu devant le Conseil que les informations demandées étaient comparables au règlement du contrôle des connaissances en licence à l'université, ou encore aux modalités d'évaluation des candidats au baccalauréat. Nul ne songerait à contester la publicité de ces documents au nom du secret des délibérations des jurys concernés.

79. Le rejet de l'intervention du Syndicat des avocats de France (§ 6) tient à l'absence de lien clair entre son objet social et l'affaire en instance – son intervention était rattachée à celle de l'Union nationale lycéenne. À défaut de difficulté particulière, cette exclusion ne sera pas traitée dans ce commentaire.

aux documents administratifs)⁸⁰ et à titre subsidiaire, une qualité d'enseignant au contact d'étudiants sélectionnés par la procédure « Parcoursup ». Ce second titre, il faut l'admettre, avait peu de chances d'emporter l'adhésion du juge : une influence indirecte de la disposition contestée sur les conditions de travail de l'intervenant fait bien peu pour la justification d'un intérêt « spécial ». Néanmoins, du fait de la rareté de la jurisprudence du Conseil relativement à « l'intérêt spécial » en matière d'intervention, ce point mérite d'être relevé : il vient s'ajouter à la jurisprudence selon laquelle le simple fait d'avoir à mettre en œuvre les dispositions attaquées ne suffit pas à justifier d'un intérêt spécial⁸¹.

L'exclusion des auteurs de travaux universitaires, chercheurs et enseignants-chercheurs agissant dans leur domaine de spécialité, prive le Conseil d'interventions tout à la fois compétentes et dénuées d'intérêt propre s'agissant du fond de l'instance. En l'état du règlement sur la procédure relative aux questions prioritaires de constitutionnalité, c'est un refus explicite de toute prétention au rôle d'*amicus curiae* et ce refus appelle deux remarques⁸². Premièrement, le Conseil répond en bloc, sans s'attacher à la qualité personnelle de l'auteur des observations : il ne dénie pas la qualité de chercheur ni d'enseignant-chercheur à un docteur attaché temporaire d'enseignement et de recherche, avant de se fonder sur cette qualité pour justifier son refus. L'intervention d'un maître de conférences ou d'un professeur des universités patenté aurait donc apparemment subi le même sort, de même que celle d'un chercheur du CNRS. Deuxièmement, le Conseil ne fait pas plus de cas des garanties d'indépendance et de compétence dans leur domaine de ces auteurs d'écrits scientifiques. C'est donc tout l'intérêt d'un apport doctrinal qui est rejeté. Évidemment, ce refus peut se justifier : l'absence d'intérêt financier ou personnel apparent à l'intervention dans une procédure juridictionnelle pourrait dissimuler un intérêt inavouable. Ainsi le risque d'influence de groupes de pression profitant de l'admissibilité des *amicus curiae* pour se faire entendre est connu⁸³. Le choix fait par le Conseil constitutionnel pourrait donc être celui de la transparence des intérêts en cause.

2 – Une surprise procédurale : admission de l'intervention du chercheur jusqu'à l'audience, volte-face et rejet au délibéré

Le déroulement de la procédure ayant mené à la décision du 3 avril 2020 révèle une surprise de taille : l'intervention de l'auteur a été admise avant une

80. Cette spécialité était attestée par le sujet de la thèse de l'auteur (le droit constitutionnel de l'accès aux documents administratifs) et plusieurs publications dans la présente *Revue*.

81. CC, 18 octobre 2013, *M. Franck M. et autres (Célébration du mariage – absence de « clause de conscience » de l'officier de l'état civil)*, n° 2013-353 QPC, cons. n° 1.

82. Relativement à la question du rôle éventuel d'*amicus curiae* devant le Conseil constitutionnel, on peut citer T. Perroud, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », *La Revue des droits de l'homme*, 1^{er} janvier 2019, n° 15 ; également B. Margaritelli, « *Amicus curiae*, un « ami de la cour » sous-utilisé depuis 30 ans ? », compte rendu du colloque du jeudi 25 octobre 2018, « *l'Amicus Curiae*, une innovation trentenaire », à la Maison du Barreau de Paris, *Journal spécial des sociétés*, 19 décembre 2018, n° 91, p. 11-14.

83. Voir T. Perroud, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », *op. cit.* Voir également N. Lenoir, « Entretien avec M^{mes} Sandra Day O'Connor et Ruth Bader Ginsburg, Membres de la Cour suprême des États-Unis », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, novembre 1998, n° 5.

volte-face lors du délibéré. Concrètement, l'auteur de ces lignes a pu présenter des premières observations, accéder à l'ensemble des pièces du dossier, soumettre des secondes observations et être représenté à l'audience du 10 mars⁸⁴. Une étrangeté – le mot est faible – est observable à ce point : en application du règlement intérieur relatif à la question prioritaire de constitutionnalité, seuls sont entendus à l'audience les plaideurs « dont les observations en interventions ont été admises⁸⁵ » ; pourtant l'intervention est déclarée non admise au paragraphe 5 de la décision du 3 avril. L'intervention a donc été admise puis non admise, état de fait qui suggère trois hypothèses.

Pour expliquer la volte-face procédurale du juge, la première hypothèse est celle selon laquelle le Conseil se serait ravisé. Ainsi, il est possible que le Conseil ait envisagé d'admettre l'intérêt spécial des chercheurs lors de l'instruction, avant de se ravisé lors du délibéré. Ce cas pourrait résulter d'une différence d'appréciation entre le service chargé de l'instruction des requêtes, favorable à l'intervention, et les membres du Conseil lors du délibéré. Le caractère apparemment nouveau de l'invocation d'un intérêt spécial des chercheurs et la pertinence de cette question confortent cette hypothèse. La deuxième hypothèse est celle d'une fausse admissibilité de l'intervention, décidée en opportunité. Dans ce cas, au prix d'une pirouette procédurale, le juge aurait choisi sciemment de faire comme si l'intervention était admise, afin d'entendre les arguments de l'intervenant, avant de la déclarer non admise. Il s'agirait alors de contrôler le volume des écritures soumises au Conseil tout en choisissant d'accorder une attention spécifique à certaines. La troisième hypothèse, et peut-être la plus regrettable, est celle selon laquelle la recevabilité des interventions serait décidée pour l'essentiel après l'audience. Dans ce cas, les intervenants, même non admis, pourraient peser sur les décisions du Conseil. Cette dernière hypothèse, si elle était avérée, viendrait nourrir tous les reproches relatifs au manque de transparence dans le traitement des interventions devant le Conseil constitutionnel.

Léo Griffaton-Sonnet

II – CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE QPC EN MATIÈRE PÉNALE

1^{er} avril 2019 – 31 mars 2020
par Nicolas Catelan et Jean-Baptiste Perrier

Les dix années écoulées depuis l'entrée en vigueur de la réforme constitutionnelle ont montré l'intérêt de la question prioritaire de constitutionnalité. Si

84. L'auteur tient à remercier M^e Juliette Lesueur pour sa représentation devant le Conseil constitutionnel.

85. L'article 10 alinéa 2 du règlement énonce que, après la prise de parole du greffier pour présenter l'affaire, « les représentants des parties et des personnes dont les observations en intervention ont été admises, s'ils sont avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation ou avocats et, le cas échéant, les agents désignés par les autorités visées à l'article 1^{er}, sont ensuite invités à présenter leurs éventuelles observations orales ».

les décisions rendues n'ont pas toujours convaincu, si le dispositif a pu paraître complexe, nul ne saurait nier l'apport que constitue ce dispositif de protection des droits et libertés fondamentaux. Cet intérêt est notamment visible en matière pénale, tant s'agissant de la responsabilité (A), mais aussi et surtout de la procédure (B) et des sanctions (C).

A – LA RESPONSABILITÉ

Décision n° 2019-810 QPC du 25 octobre 2019, Société Air France [Responsabilité du transporteur aérien en cas de débarquement d'un étranger dépourvu des titres nécessaires à l'entrée sur le territoire national]

RESPONSABILITÉ PÉNALE EN TRANSIT

Afin d'associer les entreprises de transport à la lutte contre l'immigration clandestine, l'article L. 625-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile sanctionne d'une amende de 5 000 euros l'entreprise de transport aérien ou maritime qui débarque sur le territoire français un étranger non ressortissant d'un État de l'Union européenne et démuné du document de voyage ou du visa requis ; l'entreprise ne peut échapper à cette responsabilité que si l'étranger a été admis au titre d'une demande d'asile qui n'était pas manifestement infondée ou s'il a présenté des documents qui ne comportaient pas d'élément d'irrégularité manifeste⁸⁶. Par cette sanction, la loi pénale contraint les entreprises de transport à assurer le contrôle des documents de voyage, semblant même lui confier, sans le dire, des prérogatives de police administrative, et ce alors même que ces documents et visas ont été déjà contrôlés par les autorités policières des États de provenance. C'est donc une lourde tâche qui est ainsi confiée aux entreprises de transport aérien ou maritime, puisqu'elles doivent déceler l'éventuelle irrégularité que n'auraient pas décelée les autorités de contrôle aux frontières.

Dans sa décision du 25 octobre 2019, le Conseil constitutionnel ne considère pourtant pas que cette responsabilité pénale est excessive. Acceptant de contrôler les dispositions contestées, en retenant qu'elles ne se bornaient pas à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de la directive du 28 juin 2001⁸⁷, le Conseil commence par considérer que les dispositions contestées n'impliquent que le contrôle des irrégularités manifestes, « celles susceptibles d'apparaître à l'occasion d'un examen normalement attentif de ces documents par un agent du transporteur » (§ 12), pour en conclure que ce simple examen ne traduit pas l'exercice de compétence de police administrative. La violation de l'article 12 de la Déclaration de 1789 est écartée, mais l'on s'interroge tout de même : est-ce la nature du contrôle ou son intensité qui conduit à identifier une prérogative de police administrative ? Selon le

86. Art. L. 625-5 du CESEDA.

87. Directive n° 2001-51 du 28 juin 2001 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985.

Conseil, c'est bien plus l'intensité que la nature qui est déterminante, alors même que l'on aurait pu considérer que, par nature, le contrôle de documents de voyage et de visas relève d'un pouvoir de police administrative. On remarque d'ailleurs que les hautes personnalités de l'Union européenne ont elles-mêmes reconnu ce transfert de compétences, considérant que « les transporteurs endossent aujourd'hui un rôle de contrôleurs ou de police des frontières qu'il est impossible de nier et qui soulève aujourd'hui encore des questions de principe⁸⁸ ».

Plus encore, et toujours sur l'intensité, s'il ne s'agit que de contrôler les irrégularités manifestes, notamment la non-ressemblance du passager à sa photographie⁸⁹, une dissemblance grossière et manifeste sans besoin de recourir à du matériel spécialisé⁹⁰, on peut se demander si ce contrôle est utile, puisqu'une telle irrégularité aurait dû être décelée par les autorités policières compétentes, lorsqu'elles interviennent.

On voit ici poindre la seconde critique : les entreprises de transport sont seules responsables pénalement lorsque cette irrégularité manifeste n'est pas détectée, par elles comme par les autorités assurant le contrôle aux frontières. Faut-il pour autant considérer que les entreprises assument la responsabilité pénale d'autrui ? La réponse du Conseil est négative (§ 14), et la décision n'est pas contestable sur ce point. Dès lors qu'une obligation incombe aux entreprises de transport, la méconnaissance de celle-ci peut donner lieu à des sanctions en raison de cette faute personnelle, peu important que des autorités (qu'on devine étrangères) ne soient pas punies également⁹¹. La véritable difficulté est en réalité l'existence de cette obligation, en ce qu'elle paraît bien traduire un transfert de compétence, même si le Conseil ne le considère pas.

J.-B. P.

B – LA PROCÉDURE

1 – Les investigations

Décision n° 2019-772 QPC du 5 avril 2019, *M. Sing Kwon C. et autre* [Visite des locaux à usage d'habitation par des agents municipaux]

PROCÉDURE PÉNALE MUNICIPALE

Si les règles relatives aux perquisitions sont bien connues, celles consacrées à ce que l'on nomme pudiquement des « visites domiciliaires » soulèvent quelques difficultés, particulièrement lorsque les secondes prévoient un régime plus contraignant que les premières. Tel était le cas de l'article L. 651-6 du Code de la construction et de l'habitat qui permet aux agents assermentés du

88. Concl. de l'avocat général Y. Bot sur CJUE 13 déc. 2018, aff. C-412/17, pt 90.

89. CE, sect., 23 nov. 2001, n° 195550, *Compagnie nationale Air France*.

90. CAA Paris, 4 mars 2004, n° 01PA02666.

91. Il n'y a pas d'atteinte au principe d'égalité, puisque la faute est de laisser « débarquer », fait difficilement reprochable aux autorités de contrôle aux frontières.

service municipal du logement de visiter les locaux à usage d'habitation, en prévoyant que l'occupant ou le gardien du local est tenu de laisser visiter ledit local ; par comparaison, on rappelle que les perquisitions lors d'une enquête préliminaire ne peuvent être réalisées que par un officier de police judiciaire et avec l'assentiment de la personne concernée⁹². Plus encore, l'article L. 651-6 poursuit et prévoit qu'« en cas de carence de la part de l'occupant ou du gardien du local, l'agent assermenté du service municipal du logement peut, au besoin, se faire ouvrir les portes et visiter les lieux en présence du maire ou du commissaire de police » ; à nouveau, on rappelle que la perquisition lors d'une enquête préliminaire sans le consentement de la personne concernée ne peut être réalisée qu'avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention. À de nombreux égards, le régime prévu pour les visites de l'article L. 651-6 du Code de la construction et de l'habitat semblait moins protecteur du droit à l'inviolabilité du domicile que le régime prévu pour les perquisitions, ce qui pouvait sembler surprenant. C'est donc sans surprise que le Conseil constitutionnel, saisi par la Cour de cassation⁹³, considère que le principe invoqué est méconnu et déclare le sixième alinéa de l'article L. 651-6 contraire à la Constitution.

En revanche, la possibilité de recueillir les déclarations et se faire remettre des documents n'est pas censurée. L'article L. 651-7 du même code était également contesté, en ce qu'il permet aux agents assermentés du service municipal du logement de recevoir toute déclaration et de se faire présenter par les propriétaires, locataires ou autres occupants toute pièce ou document établissant les conditions dans lesquelles les lieux sont occupés (il s'agit notamment de déceler une location meublée touristique non déclarée). Sur ce point, on remarque que le texte ne prévoit pas une audition, mais un simple recueil des déclarations, de telle sorte que les règles découlant des droits de la défense, applicables lors d'une audition libre⁹⁴, ne trouvaient pas à s'appliquer.

On remarque enfin, et pour terminer, que les requérants avaient demandé au Conseil constitutionnel de saisir la Cour européenne des droits de l'homme d'une demande d'avis consultatif, en application du protocole n° 16, sur l'interprétation de certaines dispositions de la Convention ; le Conseil considère que cette demande n'est pas justifiée, sans en écarter par principe la possibilité. Mais en ce que le Conseil n'a pas à assurer le contrôle de la conventionnalité, il est difficile de voir dans quelles hypothèses une telle demande serait justifiée.

J.-B. P.

92. Art. 76 du C. pr. pén.

93. Cass. Civ. 3^e, 17 janv. 2019, n° 18-40.040.

94. Art. 61-1 du C. pr. pén.

2 – Les auditions

Décision n° 2019-822 QPC du 24 janvier 2020, M. Hassan S. [Absence d'obligation légale d'aviser le tuteur ou le curateur d'un majeur protégé entendu librement]

AU-DELÀ DE LA CHOSE DÉCIDÉE

Transposant le raisonnement tenu pour les mineurs gardés à vue, le Conseil constitutionnel a considéré qu'il était nécessaire d'informer le tuteur ou le curateur d'un majeur sous protection placé gardé à vue⁹⁵. Cette précédente décision du 14 septembre 2018 a donc conclu à l'inconstitutionnalité de l'article 706-113 du Code de procédure pénale, tout en reportant au 1^{er} octobre 2019 l'effet de sa décision. Toutefois, si ce texte était lacunaire s'agissant de la garde à vue, il l'était tout autant s'agissant de l'audition libre des majeurs protégés, de telle sorte que le Conseil constitutionnel a été à nouveau saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur cet article 706-113⁹⁶. Or, considérant que sa précédente décision faisant obstacle, en l'absence de changement des circonstances, à ce qu'il soit à nouveau saisi afin d'examiner le même texte, le Conseil considère qu'il n'y a pas lieu à statuer. Il s'agit ici d'une conception large de l'autorité des décisions du Conseil, qui s'attache à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire ; ces motifs pourtant ne s'intéressaient qu'à la garde à vue des majeurs protégés et non à leur audition libre, de telle sorte que l'autorité semblait plus relative que le Conseil semble l'indiquer. Il est d'ailleurs regrettable que le Conseil retienne une telle vision ; certes, l'autorité de chose décidée peut s'opposer à une nouvelle saisine du Conseil, « même si l'argumentation à l'appui du grief d'inconstitutionnalité diffère de celle qui avait justifié leur censure » (§ 7), mais il semble devoir en aller différemment lorsque la situation à laquelle s'applique le texte contesté est différente de celle donnant lieu au premier examen. Surtout, si le Conseil avait dû considérer que l'article 706-113 du Code de procédure pénale était satisfaisant sur le terrain de la garde à vue, aurait-il alors refusé d'examiner la question de l'audition libre ? À l'évidence, si cette conception large de l'autorité de chose décidée est critiquable pour les décisions de conformité, elle est étonnante pour une déclaration de non-conformité qui semble se faire au regard d'un ou de plusieurs griefs particuliers, de telle sorte qu'il n'y a pas d'identité de cause⁹⁷. Elle aurait surtout pu conduire à laisser perdurer une inconstitutionnalité, par refus d'examen, si les conséquences de la première décision ne permettent pas ou ne conduisent pas à y remédier.

Tel n'est heureusement pas le cas s'agissant de la question en cause : tirant les conséquences des décisions concernant la garde à vue des majeurs protégés

95. CC, décis. n° 2018-730 QPC du 14 sept. 2018 ; v. cette chronique, *RFDC* 2019, p. 185, obs. N. Catelan.

96. Cass. Crim. 29 oct. 2019, n° 19-80.030.

97. Sur ce point, X. Magnon, « Sur un pont aux ânes ? L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, pour une distinction entre "autorité" et "force" de chose jugée », *RFDA* 2013, p. 859.

et concernant l'audition libre des mineurs, la loi du 23 mars 2019 a anticipé en introduisant l'article 706-112-2 au sein du Code de procédure pénale. Ce texte prévoit désormais l'information obligatoire du tuteur ou du curateur de la personne librement entendue, si cette dernière fait l'objet d'une mesure de protection juridique.

J.-B. P.

3 – Les actions

Décision n° 2019-803 QPC du 27 septembre 2019, M^{me} Fabienne V. [Mise en mouvement de l'action publique en cas d'infraction commise par un militaire lors d'une opération extérieure]

OPEX⁹⁸ ET DEBEX⁹⁹ DE L'ACTION PUBLIQUE : *QUID MONOPOLI ?*

Le droit militaire connaît une actualité « fondamentale » saisissante. Avant le contrôle des sanctions disciplinaires par la Cour de cassation¹⁰⁰, le Conseil a ainsi eu à se pencher sur le sort réservé à l'action publique à raison d'infractions commises par un militaire en opération extérieure (OPEX).

Il résulte de l'article 698-2 al. 2 du Code de procédure pénale que le ministère public détient un monopole¹⁰¹ quant au déclenchement de l'action publique lorsque des faits sont commis dans l'accomplissement de sa mission par un militaire engagé dans le cadre d'une opération mobilisant des capacités militaires, se déroulant à l'extérieur du territoire français ou des eaux territoriales françaises, quels que soient son objet, sa durée ou son ampleur, y compris la libération d'otages, l'évacuation de ressortissants ou la police en haute mer. En dehors des OPEX, un tel monopole n'existe pas, comme le précise l'alinéa 1^{er}.

Le Conseil observe sur ce point que les dispositions contestées ne privent pas la partie lésée de la possibilité d'obtenir réparation du dommage que lui ont personnellement causé les faits commis par le militaire devant soit le juge administratif, soit le juge civil. Dès lors, le grief tiré de la méconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif doit être écarté (§ 6). Le Conseil ajoute que la différence de traitement entre les victimes d'infractions (OPEX et non-OPEX) est légitime puisque le législateur a, à l'aune des contraintes inhérentes à l'exercice de leurs missions par les forces armées, « entendu limiter le risque de poursuites pénales abusives, de nature à déstabiliser l'action militaire de la France à l'étranger » (§ 9). Et le Conseil de rappeler que l'action en réparation demeure ouverte devant le juge compétent et qu'en cas de poursuites, la victime peut se « greffer » à l'action (§ 10).

N. C.

98. Opération extérieure.

99. Acronyme militaire signifiant « début d'exercice ».

100. Cass. Crim. 9 mai 2019, n° 18-81.743 : v. L. Saenko, « De la dignité et de la discipline des militaires », *D.* 2020, 372.

101. Sur cette question, v. également CC, décis. n° 2019-795 QPC du 5 juil. 2019 (*Monopole du ministère public pour l'exercice des poursuites devant les juridictions financières*).

Décision n° 2019-804 QPC du 27 septembre 2019, Association française des entreprises privées [Dénonciation obligatoire au procureur de la République de certains faits de fraude fiscale]

LE DÉVERROUILLAGE DE BERCY

Après avoir constitutionnellement validé le verrou de Bercy, le Conseil vient d'en approuver l'aménagement à l'aune du principe d'égalité devant la loi. Il résulte en effet des dispositions du paragraphe I de l'article L. 228 du livre des procédures fiscales, telles que modifiées par la loi du 23 octobre 2018, que l'administration fiscale doit dénoncer au procureur de la République les faits qu'elle a examinés dans le cadre de son pouvoir de contrôle et qui l'ont conduite à appliquer, sur des droits d'un certain montant, une pénalité fiscale. Pour les autres faits, le « verrou » demeure, l'administration ne peut déposer plainte que sur avis conforme de la commission des infractions fiscales. Le départ se fait au regard des majorations appliquées et sur les faits commis, ceux-ci devant porter sur des droits dont le montant est supérieur à 100 000 €.

Le Conseil rappelle alors que « le législateur a entendu soumettre systématiquement au procureur de la République, aux fins de poursuites pénales, les faits de fraude fiscale les plus graves dont a connaissance l'administration » : à cet effet, les critères légaux sont « objectifs et rationnels », et « en lien avec le but poursuivi par le législateur » (§ 6). Le Conseil ajoute qu'en retenant « les critères de dénonciation obligatoire précités, le législateur n'a pas instauré de discrimination injustifiée entre les contribuables » (§ 10). Surtout, on retiendra que pour le Conseil, « l'absence d'avis conforme de la commission des infractions fiscales, qui a pour objet de filtrer parmi les dossiers transmis par l'administration ceux justifiant effectivement des poursuites pénales, ne prive les contribuables d'aucune garantie » (§ 11). La question est donc rejetée.

N. C.

b – La prescription

Décision n° 2019-785 QPC du 24 mai 2019, M. Mario S. [Point de départ du délai de prescription de l'action publique en matière criminelle]

ACQUÉRIR UNE PRESCRIPTION N'EST PAS UN DROIT FONDAMENTAL

Le contentieux de l'extradition est de nature à soulever des interrogations fondamentales¹⁰². Ainsi, le régime applicable à la prescription des infractions continues est-il de nature à porter atteinte à un prétendu principe fondamental reconnu par les lois de la République imposant au législateur de prévoir un délai de prescription de l'action publique pour les infractions dont la nature n'est pas d'être imprescriptible, notamment pour les infractions continues ? Le Conseil ne souscrit à la prétention :

102. CE, 28 fév. 2019, 2^e et 7^e ch. réunies, n° 424993.

Si, dans leur très grande majorité, les textes pris en matière de procédure pénale dans la législation républicaine intervenue avant l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 comportent des dispositions relatives à la prescription de l'action publique en matière criminelle, la prescription a été écartée, deux fois au moins, par les lois du 9 mars 1928 et du 13 janvier 1938 mentionnées ci-dessus pour certains crimes. Dès lors, le principe invoqué ne saurait être regardé comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République (§ 6).

Le Conseil estime toutefois qu'il résulte de la combinaison des articles 8 et 16 de la Déclaration de 1789 :

Un principe selon lequel, en matière pénale, il appartient au législateur, afin de tenir compte des conséquences attachées à l'écoulement du temps, de fixer des règles relatives à la prescription de l'action publique qui ne soient pas manifestement inadaptées à la nature ou à la gravité des infractions (§ 7).

Le Conseil achève le raisonnement en affirmant que :

Les dispositions contestées ont pour seul effet de fixer le point de départ du délai de prescription des infractions continues au jour où l'infraction a pris fin dans ses actes constitutifs et dans ses effets. En prévoyant que ces infractions ne peuvent commencer à se prescrire tant qu'elles sont en train de se commettre, les dispositions contestées fixent des règles qui ne sont pas manifestement inadaptées à la nature de ces infractions.

Sans acquérir ses lettres de noblesse constitutionnelle, la prescription en matière pénale se retrouve encadrée par le Conseil sans que le législateur ne soit réellement contraint par les précisions formulées.

N. C.

c – La citation

Décision n° 2019-786 QPC du 24 mai 2019, Association Sea Shepherd [Délai entre la citation et la comparution devant un tribunal correctionnel en matière d'infractions de presse]

LA FIN DES MYRIAMÈTRES

Héritage de la III^e République, la loi du 29 juillet 1881 continue d'être le socle de la liberté de la presse, une liberté encadrée. Modifiée à de nombreuses reprises, cette loi continue de montrer son intérêt, avec certes quelques lacunes qui doivent être corrigées, mais aussi quelques étrangetés, fruits de cette histoire ancienne. Parmi celles-ci, l'article 54 de la loi du 29 juillet 1881, ancien article 51¹⁰³, prévoyait que « le délai entre la citation et la comparution en cour d'assises sera de cinq jours francs, outre un jour par cinq myriamètres de distance ». Que font ici ces myriamètres, à savoir dix kilomètres, qui peuvent

103. Le texte a été déplacé par l'ord. n° 45-2090 du 13 sept. 1945.

ainsi allonger considérablement le délai de citation ? Sur ce point, on se souvient que la loi du 14 juillet 1909, en matière de dessins et modèles, et l'article 2480 du Code civil, pour les sûretés, prévoyaient des références similaires, signes également d'un héritage historique mais depuis supprimées¹⁰⁴. Le destin de l'article 54 de la loi du 29 juillet 1881 semblait dès lors écrit, au regard des difficultés posées par ce texte.

En effet, cette référence aux myriamètres conduit à allonger le délai de citation en raison de l'éloignement du prévenu, à raison d'un jour par cinquante kilomètres ; si cet allongement pouvait se comprendre, à une époque où le courrier était acheminé à cheval et où les personnes se rendaient devant les juridictions par ce même moyen, il semble aujourd'hui quelque peu désuet, et surtout il peut conduire, en fonction du lieu de résidence de la personne citée à comparaître, à retarder excessivement la date de comparution. Plus encore, l'article 54 pourrait porter atteinte au principe d'égalité devant la justice par cette distinction désormais injustifiée entre les victimes d'infractions de presse selon le lieu de résidence de la personne poursuivie et sa distance vis-à-vis de celui du tribunal devant lequel elle est citée à comparaître.

Saisi de cette question¹⁰⁵, le Conseil constitutionnel commence par admettre la prise en compte, par l'instauration d'un délai spécifique, de la distance séparant le lieu de résidence du prévenu du lieu où il est cité à comparaître (§ 8). La difficulté porte en revanche sur les modalités de détermination de ce délai, à savoir ces myriamètres, compte tenu de l'étendue du territoire de la République : on pense en particulier aux territoires ultramarins. Dès lors, et selon le Conseil, « compte tenu des moyens actuels de transport, ces différences dépassent manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte les contraintes de déplacement ». Les termes « outre un jour par cinq myriamètres de distance » sont donc abrogés, mais afin de ne pas supprimer tout délai de distance pour les citations directes délivrées à des personnes éloignées, l'inconstitutionnalité a été reportée au 31 mars 2020. Surtout, depuis le 24 mai 2019, en application de la décision du Conseil constitutionnel (§ 12), les citations délivrées depuis cette date sont soumises aux délais de distance prévus par l'article 552 du Code de procédure pénale, soit un délai d'un mois supplémentaire si la personne réside dans un département d'outre-mer et n'est pas citée dans ce département ou si la personne demeure dans un État membre de l'Union européenne, ou deux mois si elle demeure à l'étranger et hors Union européenne.

Au 31 mars 2020, l'article 54 de la loi de 1881 n'avait pas été modifié, peut-être en raison de la crise sanitaire actuelle. Rien n'indique que les délais laissés au législateur par les décisions QPC du Conseil aient été allongés, de telle sorte que l'abrogation devrait produire son effet. Mais il est possible de considérer que la précision apportée par le Conseil, appliquant l'article 552, conduit à produire son effet, puisque celle-ci n'était pas limitée dans le temps.

J.-B. P.

104. Loi n° 90-1052 du 26 nov. 1990 relative à la propriété industrielle ; Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

105. Cass. Crim. 5 mars 2019, n° 18-85.074.

4 – Les mesures provisoires

a – Les placements

Décision n° 2019-788 QPC du 7 juin 2019, M^{me} Lara A. [Absence de recours juridictionnel à l'encontre de la décision de placement d'animaux vivants prise par le procureur de la République]

MOBILIS IN MOBILI

Le Conseil constitutionnel était interrogé¹⁰⁶ quant à la constitutionnalité des alinéas 1 et 3 de l'article 99-1 du Code de procédure pénale en ce qu'ils ne prévoient pas de recours juridictionnel à l'encontre de la décision de placement d'animaux vivants prise par le procureur de la République. Plus précisément était en question leur conformité au droit à un recours effectif prévu à l'article 16 de la Déclaration de 1789 et au droit de propriété garanti par les articles 2 et 17 de cette même Déclaration. La question est logiquement repoussée : s'il n'existe pas de recours spécifique à l'encontre de cette décision de placement (§ 8), en application des articles 41-4 et 99 du Code de procédure pénale, une personne dont les biens ont été saisis peut en demander la restitution au juge d'instruction (si une information judiciaire est ouverte) et au procureur dans les autres cas. La décision de placement étant liée à la saisie, il en résulte que le propriétaire en cause dispose d'un recours lui permettant de mettre fin à la mesure de placement. Le Conseil en conclut que le grief tiré de la méconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif doit être écarté. Et il en va de même de ceux tirés de la violation du droit à un procès équitable, des droits de la défense et du droit de propriété.

N. C.

b – La détention provisoire

Décision n° 2019-802 QPC du 20 septembre 2019, M. Abdelnour B. [Utilisation de la visioconférence sans accord du détenu dans le cadre d'audiences relatives au contentieux de la détention provisoire]

DU BON USAGE DES DENIERS PUBLICS : 3 + 1 = 0

La décision n° 2019-802 QPC est importante à plus d'un titre, de sorte qu'en livrer la substantifique moelle au sein d'une chronique constitue une gageure. Ce n'est évidemment pas la première fois que le Conseil avait à contrôler des dispositions relatives à la visioconférence dans le domaine de la détention provisoire. C'est d'ailleurs en raison de la décision n° 2019-778 DC du 21 mars

106. Cass. Crim. 19 mars 2019, n° 19-90.007.

2019¹⁰⁷ que la Cour de cassation a fini par accepter de renvoyer la QPC sous commentaire¹⁰⁸.

L'alinéa 3 de l'article 706-71 définissait en négatif les circonstances dans lesquelles un détenu ne pouvait s'opposer à un débat par visioconférence portant sur sa privation de liberté : tel est le cas d'une demande de mise en liberté devant la chambre de l'instruction. Après avoir laissé planer le doute sur la constitutionnalité même du recours à la visioconférence en matière de détention provisoire, le Conseil procède cette fois-ci, sous couverture de modernité, à une validation en négatif du dispositif par le truchement d'une abrogation. Qu'est-ce à dire ?

Le recours à la visioconférence par le président de la chambre de l'instruction est une simple faculté¹⁰⁹ lorsqu'une précédente demande de mise en liberté a fait l'objet d'une décision récente (§ 8). Or les dispositions querellées « visent à éviter les difficultés et les coûts occasionnés par les extractions judiciaires ». Elles contribuent chemin faisant « à la bonne administration de la justice et au bon usage des deniers publics » (§ 9). Le Conseil observe par ailleurs que les contentieux du placement et du renouvellement ne peuvent donner lieu à une visioconférence sans l'accord de l'intéressé. Mais, observe le Conseil, la première prolongation de la détention provisoire peut n'intervenir qu'à l'issue d'une année en matière criminelle en application de l'article 145-2 du Code de procédure pénale. Dès lors, un détenu pourrait se voir privé, pendant une année entière, de la possibilité de comparaître physiquement devant le juge statuant sur la détention. Pour ce motif, et « eu égard à l'importance de la garantie qui s'attache à la présentation physique de l'intéressé devant la juridiction compétente pour connaître de la détention provisoire et en l'état des conditions dans lesquelles s'exerce le recours à ces moyens de télécommunication », le Conseil estime que « les dispositions contestées portent une atteinte excessive aux droits de la défense » (§ 13).

Cette décision en « trompe-l'œil¹¹⁰ » a de quoi surprendre en ce qu'elle subsume l'inconstitutionnalité des dispositions de l'alinéa 3 de l'article 721-1 à partir de la matière criminelle et en raison d'une durée arbitrairement jugée excessive. C'est reconnaître que la visioconférence est en soi une atteinte aux droits de la défense, tolérable dans le cadre délictuel et/ou en-deçà d'un an. En dehors du champ criminel (et annuel), le fait que la défense soit altérée n'est donc pas constitutionnellement problématique.

Une autre difficulté surgit lorsque les Sages abordent les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité et observent que les dispositions déclarées contraires à la Constitution, dans leur rédaction contestée, « ne sont plus en vigueur » (§ 16). Ils ajoutent que la remise en cause des mesures ayant été prises sur le fondement des dispositions inconstitutionnelles méconnaîtrait les objectifs de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et aurait ainsi des conséquences manifestement excessives. Dès lors « ces mesures ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité » (§ 17).

107. V. § 231 à 234.

108. Cass. Crim. 26 juin 2019, n° 19-82.733.

109. Art. 199 al. 6 C. pr. pén.

110. V. A. Danet, « Conseil constitutionnel et visioconférence dans le procès pénal ou la double illusion du progrès », *Lexbase Pénal*, n° 20, oct. 2019.

Ces deux précisions sont stupéfiantes. S'il était possible d'affirmer que les dispositions n'étaient plus en vigueur, la norme déclarée inconstitutionnelle n'aurait pas pour autant disparu puisque la loi du 23 mars 2019 l'a déplacée à l'alinéa 4 *du même article*. Or, on peut aisément adhérer à la savante perspective¹¹¹ consistant à soutenir que l'autorité de chose jugée par le Conseil constitutionnel touche non seulement la disposition querellée mais surtout la norme litigieuse, *i.e* « la signification de l'énoncé contenu dans la disposition législative¹¹² ». L'inconstitutionnalité de l'alinéa 3 devait dès lors emporter, non *de facto* mais bien *de jure*, celle de la même norme désormais contenue à l'alinéa 4.

S'y refuser est d'autant plus absurde que le Conseil fait ici référence au bon usage des deniers publics. Le comble est que cette modulation des effets dans l'espace normatif a imposé aux plaideurs d'attaquer distinctement l'alinéa 4. Et le Conseil n'a pu que déclarer inconstitutionnelle cette même norme dans une décision en date du 30 avril 2020 et ce aux termes d'une motivation des plus arides : « Pour les mêmes motifs que ceux énoncés aux paragraphes 7 à 13 de la décision du 20 septembre 2019. »

Le fait qu'en 2019 comme en 2020 l'inconstitutionnalité ne bénéficie à aucun justiciable invite à nouveau à poser une question lancinante : à quoi sert un contrôle constitutionnel aussi abscons ? Un poète anglais interrogeait ainsi en 1975 : « *Did they get you to trade your heroes for ghosts ?*¹¹³ ».

N. C.

5 – Le jugement

a – L'audience

Décision n° 2019-817 QPC du 6 décembre 2019, M^{me} Claire L. [Interdiction générale de procéder à la captation ou à l'enregistrement des audiences des juridictions administratives ou judiciaires]

PROCÈS PÉNAL : QUI S'Y PRESSE S'EMMÊLE

Presse et justice pénale entretiennent des rapports complexes¹¹⁴. Si la publicité des audiences est un principe, sa diffusion ou sa représentation demeurent un interdit (relatif¹¹⁵). La décision en date du 6 décembre 2019 en témoigne. Fut en l'espèce poursuivie la directrice de la publication d'un hebdomadaire du chef de publication d'un enregistrement sonore ou visuel à l'audience d'une juridiction après qu'ont été publiées, en ligne et dans le journal, les photographies d'un accusé avec ses avocats, d'un coaccusé et d'un témoin prises au cours

111. V. X. Magnon, « Sur un pont aux ânes ? L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, pour une distinction entre "autorité" et "force" de chose jugée », *RDF*, 2013, p. 859.

112. *Idem*.

113. R. Waters et D. Gilmour, « Wish you were here », 1975, Columbia.

114. V. CC, décis. n° 2017-693 QPC du 2 mars 2018.

115. Pour l'historique de la pénalisation v. le commentaire aux *Cabiers*.

d'audiences d'une cour d'assises. Condamnée en première comme en seconde instance, elle soulève devant la Cour de cassation l'inconstitutionnalité de l'article 38 *ter* de la loi du 29 juillet 1881 à l'aune de la liberté d'expression.

Malgré les doutes formulés par la chambre criminelle¹¹⁶, le Conseil ne sourcille pas et rejette la question posée. C'est que le législateur entend ici garantir, pêle-mêle : la sérénité des débats (lié à l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice), la vie privée des parties et participants aux débats, la sécurité des acteurs judiciaires et, en matière pénale, la présomption d'innocence (§ 7). Les Sages ajoutent que l'évolution des moyens de communication est susceptible de conférer à cette diffusion un retentissement amplifiant le risque qu'il soit porté atteinte à ces intérêts (§ 8). Au demeurant, l'interdiction en cause « ne prive pas le public qui assiste aux audiences, en particulier les journalistes, de la possibilité de rendre compte des débats par tout autre moyen, y compris pendant leur déroulement, sous réserve du pouvoir de police du président de la formation de jugement » (§ 9). Le « live tweet » passe donc les fourches caudines du contrôle !

Au-delà, l'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et de communication est « nécessaire, adaptée et proportionnée aux objectifs poursuivis ».

N. C.

Décision n° 2019-801 QPC du 20 septembre 2019, M. Jean-Claude F. [Notes d'audience établies par le greffier lors des débats devant le tribunal correctionnel]

GREFFIER OU SCRIBE ? LE TRIBUNAL N'EST PAS LA COUR

« L'article 453 du code de procédure pénale est-il conforme à la Constitution (article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) et aux principes du procès équitable, de la loyauté des débats et d'égalité, dégagés par la jurisprudence du Conseil, dès lors que la preuve des échanges entre les parties et la formation de jugement à l'audience est subjectivement rapportée par le greffier de manière synthétique et non intégrale dans un système où l'oralité des débats est le principe ?¹¹⁷ ». Simple est la question, ennuyeux est d'y répondre. Le Conseil observe fort opportunément que, si certaines mentions relatives au déroulement de l'audience doivent figurer dans les notes du greffier en application du Code de procédure pénale, rien n'impose une retranscription intégrale des débats tenus lors de l'audience (§ 5). Toutefois, les parties à une audience correctionnelle peuvent établir par tout moyen la preuve de l'irrégularité de la procédure, « le cas échéant par la voie de l'inscription de faux ». D'autre part, l'article 459 CPP permet de déposer des conclusions faisant état d'une telle irrégularité et cela doit être mentionné dans les notes d'audience :

116. Cass. Crim. 1^{er} oct. 2019, n° 19-81769.

117. Cass. Crim. 25 juin 2019, n° 19-90.022.

le tribunal est d'ailleurs tenu d'y répondre dans son jugement. Enfin, les parties peuvent demander au président qu'il leur soit donné acte dans les notes d'audience¹¹⁸ de propos tenus ou d'incidents (§ 6). Par conséquent, une partie n'est pas dans l'impossibilité d'apporter la preuve de l'existence d'une irrégularité ayant affecté une audience correctionnelle : les « griefs tirés de la méconnaissance du droit à un procès équitable et des droits de la défense doivent en conséquence être écartés » (§ 7). Ce qui est difficilement contestable.

En revanche, concernant l'éventuelle rupture d'égalité entre la procédure criminelle¹¹⁹ et correctionnelle, d'autant plus fâcheuse que la cour d'assises peut statuer en matière délictuelle par sa plénitude de juridiction, la réponse... interroge ! Il est acquis que les procès-verbaux aux assises ont une force supérieure aux notes d'audience correctionnelles¹²⁰. Le Conseil estime pour autant que « le fait qu'une personne puisse être jugée pour un délit par la cour d'assises ou pour un crime requalifié en délit jugé par le tribunal correctionnel ne résulte pas des dispositions contestées ». Le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la justice est alors écarté (§ 9). Comme le précise le commentaire aux *Cabiers* : « cette différence de traitement résultait en réalité des dispositions permettant cette double compétence pour juger de mêmes faits, et non des dispositions contestées ». Qu'il soit permis de ne pas intégralement souscrire à cette analyse : la différence de traitement trouve sa source dans la volonté de ne pas régir l'audience correctionnelle comme le procès criminel. Si les deux juridictions connaissaient un régime similaire concernant les procès-verbaux, la plénitude de juridiction ne porterait aucune atteinte au principe d'égalité.

N. C.

c – Les témoins

Décision n° 2019-828/829 QPC du 28 février 2020, M. Raphaël S. et autre [Déposition sans prestation de serment pour le conjoint de l'accusé]

DISPENSE POUR TOUS

Les inégalités de traitement entre les couples mariés et les couples non mariés se réduisent encore, et c'est tant mieux. Le Conseil constitutionnel a en effet mis fin au « privilège » réservé aux seuls couples mariés par l'article 335 du Code de procédure pénale, dispensant le mari ou la femme, comme d'autres membres de la famille, de l'obligation de prêter serment devant la cour d'assises. Les requérants faisaient très justement valoir qu'en ne visant que les époux, l'article 335 ne dispense pas les concubins ou les partenaires liés par un pacte civil de solidarité de l'obligation de prêter serment et la Cour de cassation

118. Pour la jurisprudence très fournie relative aux notes d'audience, v. le commentaire aux *Cabiers*.

119. V. art. 378 et 379 C. pr. pén.

120. V. ainsi Cass. Crim. 9 janv. 1963, Bull. crim., n° 14.

refusait de leur étendre le bénéfice de cette dispense¹²¹ ; cela créerait, selon eux, une différence de traitement injustifié. Observant que cette dispense vise à « préserver le conjoint appelé à témoigner du dilemme moral auquel il serait exposé » (§ 10), le Conseil constitutionnel considère ensuite que ce dilemme moral se poserait dans les mêmes termes pour les concubins ou les partenaires liés par un pacte civil de solidarité. Dès lors, si le choix de l'une ou l'autre de ces formes d'union peut impliquer des obligations d'une intensité différente, les dispositions de l'article 335 introduisent bien une différence de traitement. Or cette dernière n'est pas justifiée selon le Conseil : s'il est nécessaire de s'assurer du lien unissant le témoin à l'accusé pour dispenser le premier de l'obligation de prêter serment, il n'est pas difficile de s'assurer de l'existence du pacte civil de solidarité ou de l'union de fait caractérisant le concubinage, au sens de l'article 515-8 du Code civil¹²². La différence de traitement est donc contraire au principe d'égalité devant la loi (§ 15).

Ce constat fait, le Conseil prend soin de délimiter dans le temps les effets de sa décision. Observant qu'une abrogation immédiate des termes contestés obligerait le mari et la femme à prêter serment, les soumettant à ce dilemme moral, le Conseil reporte l'effet de l'abrogation au 31 décembre 2020. On regrette toutefois qu'une réserve d'interprétation n'ait pas prévu, dans l'intervalle, de dispenser les partenaires liés par une autre forme d'union. Le temps est donc laissé au législateur pour corriger le texte et y viser également les partenaires d'un pacte civil de solidarité et les concubins. Il faudra modifier dans les mêmes termes l'article 448 du Code de procédure pénale, qui prévoit cette dispense de serment les seuls époux devant le tribunal correctionnel. Enfin, ces modifications pourraient être l'occasion de supprimer la référence désuète au « mari » et à la « femme », pour viser plus correctement les époux.

J.-B. P.

d – Les frais de justice

Décision n° 2019-773 QPC du 5 avril 2019, Société Uber B. V. et autre [Frais irrépétibles devant les juridictions pénales II]

BIS IRREPETITA

Alors que l'article 800-2 avait déjà été réécrit à la suite d'une précédente question prioritaire de constitutionnalité¹²³, pour permettre à l'ensemble des parties appelées au procès pénal d'obtenir le remboursement des frais exposés pour leur défense, le Conseil a dû à nouveau examiner ce texte et constater son inconstitutionnalité. Dans sa version issue de la loi n° 2012-1509 du

121. Pour un tel refus concernant le concubin, Cass. Crim. 21 mars 1973, *Bull. crim.* n° 141 ; 26 janv. 1994, n° 93-81.978. Pour le partenaire d'un pacte civil de solidarité, Cass. Crim. 25 mai 2011, *Bull. crim.* n° 109.

122. « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple. »

123. CC, décis. n° 2011-190 QPC du 21 oct. 2011.

29 décembre 2012¹²⁴, ce texte prévoyait qu'« à la demande de l'intéressé, toute juridiction prononçant un non-lieu, une relaxe, un acquittement ou toute décision autre qu'une condamnation ou une déclaration d'irresponsabilité pénale peut accorder à la personne poursuivie pénalement ou civilement responsable une indemnité qu'elle détermine au titre des frais non payés par l'État et exposés par celle-ci ». Le défaut constaté dans la précédente décision de 2011 avait bien été corrigé, mais tout vice d'inconstitutionnalité n'avait pas pour autant disparu.

Si la personne civilement responsable peut depuis cette loi demander le remboursement des frais irrépétibles, cette demande n'est toutefois possible que si la juridiction prononce un non-lieu, une relaxe ou un acquittement. Or, la personne poursuivie peut être condamnée par la juridiction tandis que la personne civilement responsable peut être mise hors de cause ; dans une telle situation, cette dernière ne peut donc demander le remboursement des frais irrépétibles. Certes, et comme le rappelle le Conseil constitutionnel, aucune exigence constitutionnelle n'impose qu'une partie puisse obtenir du perdant le remboursement des frais qu'elle a exposés (§ 5). La difficulté naît toutefois du fait que la partie civile a toujours la possibilité de demander le remboursement des frais irrépétibles à la personne civilement responsable, en cas de condamnation de cette dernière ; la réciproque n'est pas vraie, puisque la personne civilement responsable mise hors de cause n'a pas toujours la possibilité de demander le remboursement des frais irrépétibles à la partie civile. La différence de traitement est évidente, elle ne saurait être justifiée. Le Conseil constitutionnel constate donc la méconnaissance du principe d'égalité.

Considérant qu'une abrogation immédiate aurait pour conséquence de priver la personne civilement responsable de demander le remboursement des frais irrépétibles en toute hypothèse, le Conseil constitutionnel reporte au 31 mars 2020 l'effet de sa décision. Par une réserve d'interprétation, il indique également qu'à compter de sa décision, l'article 800-2 devra être compris comme permettant à la personne civilement responsable de demander le remboursement des frais irrépétibles dès lors qu'elle est mise hors de cause, indépendamment du sort de la personne poursuivie.

Au 31 mars 2020, l'article 800-2 n'avait pas été modifié, peut-être en raison de la crise sanitaire. À nouveau, rien n'indique que les délais laissés au législateur par les décisions QPC du Conseil aient été allongés, de telle sorte que l'abrogation devrait produire son effet. Et cette fois, il est plus difficile de considérer que la réserve faite par le Conseil, étendant la possibilité de demander le remboursement des frais irrépétibles à ces autres hypothèses, puisse continuer à produire son effet ; si celle-ci n'était pas limitée dans le temps, l'extension qu'elle permet s'appuie sur une hypothèse désormais abrogée...

J.-B. P.

124. Le texte avait également été modifié par la loi n° pour tenir compte de la décision n° 2011-112 QPC du 1^{er} avril 2011 et appliquer ces dispositions devant la Cour de cassation en cas de rejet d'un pourvoi portant sur une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement.

C – LES SANCTIONS

1 – L'aménagement et l'exécution des peines

*a – Le sursis***Décision n° 2019-815 QPC du 29 novembre 2019, M^{me} Carole L. [Révocation du sursis à exécution d'une sanction disciplinaire]**

PEINE OU PUNITION ? QU'IMPORTE LE FLACON...

Si certains étaient encore nourris de doutes quant aux notions constitutionnelles de sanction et de punition, gageons que la décision rendue le 29 novembre 2019 saura ajouter du trouble au flou. Il en ressort en effet que la révocation automatique du sursis portant sur la suspension temporaire d'exercice professionnel prononcée par la juridiction disciplinaire des experts-comptables est contraire à l'article 8 de la Déclaration de 1789. L'automatisme de la révocation est prévue à l'alinéa 10 de l'article 53 de l'ordonnance du 19 septembre 1945, sans que la juridiction disciplinaire puisse s'y opposer ou en moduler les effets. Or, « eu égard à la gravité de la peine de suspension temporaire d'exercice professionnel » ces dispositions méconnaissent « le principe d'individualisation des peines » et doivent donc être déclarées contraires à la Constitution. Le Conseil ajoute que, afin de « préserver l'effet utile de la présente décision à la solution des instances en cours ou à venir » et jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi, « le juge disciplinaire peut décider que la peine qu'il prononce n'entraîne pas la révocation du sursis antérieurement accordé ou n'entraîne que sa révocation partielle » (§ 12).

Deux analyses sont possibles. On pourrait tout d'abord penser que la solution dégagée consacre l'idée selon laquelle la construction relative aux sanctions ayant le caractère d'une punition permet d'étendre à des sanctions non pénales les principes directeurs applicables à la peine. L'automatisme non modulable par le juge des sanctions pénales est, on le sait, contraire au principe d'individualisation de peines¹²⁵, aussi est-il logique que cette automatisme jure également en matière disciplinaire.

Mais à dire vrai, une perspective inverse peut pareillement être développée : c'est plutôt le droit de la punition qui ici irradie constitutionnellement le droit pénal. Tout d'abord, il est acquis que la non-révocation automatique du sursis simple¹²⁶ était jusqu'ici une simple règle légale en droit pénal consacrée à l'article 132-26 depuis seulement la loi n° 2014-896 du 15 août 2014. Le fait que cette règle acquière valeur constitutionnelle en droit disciplinaire avant d'être consacrée en droit pénal *stricto sensu* atteste de la poreuse frontière entre peine et punition. De sorte que ce n'est plus le droit de la sanction pénale

125. CC, décis. n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010. Quant aux modalités d'exécution des peines, la contingence est de mise : comp. CC, décis. n° 2018-742 QPC du 26 octobre 2018 et n° 2019-770 QPC du 29 mars 2019 ; v. cette chronique, *RFDC* 2019/4, obs. J.-B. Perrier.

126. Pour le sursis probatoire v. art. 132-48 C. pén.

qui influence le droit de la punition mais bien l'inverse en l'espèce, fût-ce indirectement. Cette perspective est d'ailleurs peut-être dépassée par la prévalence de l'occurrence « peine » dans cette décision. Le Conseil fait tantôt référence à la peine disciplinaire (§ 8), tantôt à la peine de suspension temporaire (§ 9) ou encore, tout simplement, à la peine (§ 12). Il s'agissait pourtant simplement d'une sanction professionnelle prononcée par une juridiction paritaire...

En faisant un pas de côté, une interrogation s'impose : puisque, ici, sont reconnues des peines sans déclaration de culpabilité pénale, peut-on encore affirmer qu'il existe encore en droit pénal des mesures de sûreté qui ne relèvent pas du droit constitutionnel de la punition¹²⁷ ?

N. C.

b – La libération conditionnelle

Décision n° 2019-799/800 QPC du 6 septembre 2019, M^{me} Alaitz A. et autre [Conditions de la libération conditionnelle pour les étrangers condamnés pour terrorisme]

ÉTRANGERS AUX AMÉNAGEMENTS

Nouvel ennemi désigné par les législations répressives de cette dernière décennie, le terroriste fait l'objet d'un régime procédural particulier, plus strict, notamment lors de l'exécution des peines prononcées. La raison tient à la dangerosité présumée des personnes condamnées pour ce motif, en lien avec la particulière gravité des faits. Cette spécificité s'observe aisément notamment au sein de l'article 730-2-1 du Code de procédure pénale, introduit par la loi du 3 juin 2016 et relatif à la libération conditionnelle. Selon ce texte, les personnes condamnées pour des faits de terrorisme, s'entendant des infractions prévues par les articles 421-1 à 421-6 du Code pénal et à l'exclusion de celles prévues par les articles 421-2-5 à 421-2-5-2 du même code, ne peuvent bénéficier d'une libération conditionnelle sans surveillance électronique mobile que si elles ont respecté certaines mesures probatoires, à savoir une mesure de semi-liberté, de placement extérieur ou de placement sous surveillance électronique. Le principe posé par ce texte est tout à fait admis, il est possible de soumettre certains condamnés à des conditions plus strictes pour le bénéfice d'un aménagement de peine. Mais son application particulière aux personnes étrangères soulevait en revanche une difficulté.

En effet, les étrangers condamnés pour de tels faits et faisant l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire ou d'une interdiction du territoire ne sont pas éligibles à de telles mesures probatoires, puisqu'elles supposent de se maintenir sur le territoire de la République. Ces dispositifs ne sont donc pas applicables aux étrangers condamnés à une mesure d'éloignement¹²⁸. Dès lors, ne pouvant être soumis à ces mesures probatoires, et donc respecter la condition posée par le texte, ils sont privés de toute possibilité d'obtenir une libération

127. CC, décis. n° 2008-562 DC du 25 fév. 2008.

128. V. déjà Cass. Crim. 4 avr. 2013, n° 13-80.447 ; 7 sept. 2016, n° 15-81.679.

conditionnelle, ce qui rend la peine à laquelle ils ont été condamnés incompressible, même en cas de réclusion criminelle à perpétuité.

Face à cette méconnaissance évidente du principe de proportionnalité des peines, le Conseil ne peut qu'abroger l'article 730-2-1 du Code de procédure pénale. Le Conseil confirme en cela ses précédentes décisions par lesquelles il avait considéré et consacré que « l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion¹²⁹ ». Poursuivant ce raisonnement et au nom du droit à se réinsérer, « du principe de proportionnalité des peines, le Conseil constitutionnel déduit un droit à ne pas être privé de toute possibilité d'aménagement¹³⁰ ». Cela étant, pour éviter qu'une abrogation immédiate ne conduise à appliquer aux terroristes « dangereux » les règles applicables aux autres condamnés, le Conseil constitutionnel reporte au 1^{er} juillet 2020 les effets de sa décision.

J.-B. P.

c – Les sorties

Décision n° 2019-791 QPC du 21 juin 2019, Section française de l'Observatoire international des prisons [Autorisation de sortie sous escorte d'une personne détenue]

RECOURS SANS ESCORTE

Quoique présumées innocentes, les personnes détenues font l'objet d'un régime pénitentiaire plus strict que les personnes condamnées. La situation pourrait surprendre, mais elle tient à certains objectifs, vus comme nécessaires, visant à éviter la disparition des preuves, le risque de concertation avec d'éventuels complices, etc. C'est à ce titre que l'article 148-5 du Code de procédure pénale prévoit que la juridiction d'instruction ou de jugement peut, à titre exceptionnel, accorder une autorisation de sortie sous escorte à la personne détenue, mais sans prévoir une voie de recours effective contre un éventuel refus. Or, pour les personnes condamnées, l'article 723-6 prévoit cette même possibilité, après avis de la commission de l'application des peines et selon les modalités de l'article 712-5 ; la décision peut alors faire l'objet d'un recours devant le président de la chambre de l'application des peines¹³¹. Sur ce dernier point, si aucun délai n'est expressément prévu pour l'examen de la demande par la commission de l'application des peines, l'article 802-1 conduit à considé-

129. CC, décis. n° 93-334 DC du 20 janv. 1994, consid. n° 12 ; CC, décis. n° 2009-593 DC du 19 nov. 2009 ; CC, décis. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, consid. n° 30 ; CC, décis. n° 2013-320/321 QPC du 14 juin 2013, *RFDC* 2013, p. 986, obs. P. Rrapi ; CC, décis. n° 2014-393 QPC du 25 avr. 2014, consid. n° 4 ; CC, décis. n° 2015-485 QPC du 25 sept. 2015, consid. n° 4, *RFDC* 2015, p. 177, obs. C. Tzutzuiano.

130. G. Chetard, « Le droit à ne pas être privé de toute possibilité d'aménagement », *AJ pénal* 2019, p. 620.

131. Art. 712-1 et 712-12 C. pr. pén.

rer que l'expiration d'un délai de deux mois vaut rejet implicite de la demande et permet de saisir la juridiction d'appel ; le Conseil considère donc que le droit à un recours juridictionnel n'est pas méconnu (§ 14).

La difficulté tenait donc seulement au fait que, lors de l'instruction ou dans l'attente du jugement, les décisions de rejet ainsi rendues ne peuvent être contestées. Si la comparaison faite avec la situation des personnes condamnées montre qu'un tel recours est possible, il n'est pas pour autant possible d'invoquer le principe d'égalité, les personnes détenues à titre provisoire et les personnes condamnées n'étant pas dans la même situation. Il n'en demeure pas moins que la conformité au droit à un recours juridictionnel effectif suppose, à l'instar de ce qui est prévu pour les personnes condamnées, de pouvoir exercer un recours contre une décision de refus d'autorisation de sortie sous escorte. Or un tel recours contre une décision de refus n'est pas prévu¹³², ni par l'article 148-5, ni par aucune autre disposition ; de telle sorte que « l'absence de voie de droit permettant la remise en cause de la décision de la juridiction d'instruction ou de jugement méconnaît les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 » (§ 9).

On note enfin que, conscient de cette difficulté, le législateur avait déjà modifié l'article 148-5 du Code de procédure pénale, la loi du 23 mars 2019 prévoyant que les décisions accordant ou refusant ces autorisations peuvent faire l'objet d'un recours devant le président de la chambre de l'instruction¹³³. L'abrogation prononcée par le Conseil dans cette décision du 21 juin 2019 est donc sans effet.

J.-B. P.

2 – Le cumul des sanctions

Décision n° 2019-783 QPC du 17 mai 2019, M. Nicolas S. [Cumul de poursuites et de sanctions en cas de dépassement du plafond de dépenses par un candidat à l'élection présidentielle]

PUNIR OU PUNIR DEUX FOIS ? TELLE EST LA QUESTION !

Peut-on doublement sanctionner le dépassement, par un candidat à la présidence de la République, du plafond des dépenses électorales ? La réponse à cette question, dans un contexte constitutionnel où le principe *ne bis in idem* n'existe littéralement pas, nécessitait que fussent levées quelques embûches.

Rappelons *prima facie* que l'article L. 113-1, I, 3° du Code électoral, prévoit la répression pénale d'un candidat à une élection ayant « dépassé le plafond des dépenses électorales fixé en application de l'article L. 52-11 ». Quant à la loi

132. Si le refus explicite ne peut être contesté, en revanche, l'article 802-1 permet de contester l'absence de réponse dans un délai de deux mois et donc le refus implicite.

133. Art. 145-4-2, al. 2 ; ce magistrat doit statuer dans un délai d'un mois, par une décision non susceptible de recours.

n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du président de la République au suffrage universel, elle prévoit en son article 3, II que « la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques approuve, rejette ou réforme, après procédure contradictoire, les comptes de campagne et arrête le montant du remboursement forfaitaire ». Par ailleurs, « dans tous les cas où un dépassement du plafond des dépenses électorales est constaté, la commission fixe une somme, égale au montant du dépassement, que le candidat est tenu de verser au Trésor public ». En outre, celui-ci n'a pas droit au remboursement forfaitaire prévu à l'article L. 52-11-1 du Code électoral.

1^{er} écueil : le précédent. Le Conseil ne manque pas d'observer que dans la décision n° 2006-536 DC du 5 avril 2006, avaient été spécialement examinés et déclarés conformes à la Constitution le premier alinéa et la première phrase de l'article 3, II al. 6 de la loi de 1962, et ce, tant les motifs que le dispositif de cette décision. Or, ces dispositions sont identiques à celles contestées dans la présente QPC. Difficile toutefois d'ignorer que le Conseil a depuis estimé que, « dans certaines hypothèses, le principe de nécessité des délits et des peines pouvait faire obstacle à des cumuls de poursuites¹³⁴ ». Ce qui constitue « un changement des circonstances justifiant le réexamen des dispositions contestées » (§ 8).

2^e écueil : le contrôle déjà opéré par le Conseil. Il y avait quelque cocasserie à ce que le Conseil statue sur la possibilité de cumuler une sanction pénale avec une sanction financière par lui déjà contrôlée. La loi de 1962 prévoit en effet un recours de plein contentieux devant le Conseil constitutionnel à l'endroit des décisions de la Commission nationale des comptes de campagne. Et le candidat mari n'avait d'ailleurs pas omis d'exercer ledit recours, sans succès toutefois¹³⁵. Cette bizarrerie ne donne toutefois lieu à aucune observation des Sages quant à l'éventuel souci de partialité. Il est bien connu que ne pas affronter un problème permet de le résoudre.

3^e écueil : un cumul de punitions ? Le Conseil initie le raisonnement par le rappel de quelques acquis constitutionnels :

- les principes formulés à l'article 8 de la Déclaration des droits ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions pénales mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition¹³⁶.
- le principe de nécessité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature différente en application de corps de règles distincts¹³⁷.

134. V. not. CC, décis. n° 2019-795 QPC du 24 juin 2016.

135. CC, décis. n° 2013-156 PDR du 4 juillet 2013

136. CC, décis. n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, *Rec.*, p. 63.

137. CC, décis. n°s 2016-545 QPC et 2016-546 QPC du 24 juin 2016, § 8. Auparavant v. CC, décis. n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015, § 19 pour la réf. au « propre ordre de juridiction ».

– si l'éventualité que deux procédures soient engagées peut conduire à un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues¹³⁸.

Évidemment, le Conseil n'a jamais¹³⁹ livré le(s) critère(s) permettant d'identifier ce qui relève de la catégorie des punitions¹⁴⁰. Cela permet à ce concept de bénéficier d'une plasticité certaine au moment de décider si l'article 8 doit ou non s'appliquer. S'y ajoute une élasticité interprétative puisque le triple contrôle de la nécessité du cumul comporte un volet « sanction » des plus évanescents.

4^e écueil : des sanctions non différentes ? Depuis le 24 juin 2016, le cumul de punitions doit passer le filtre d'un triple contrôle d'identité pour satisfaire le principe de nécessité de l'article 8 : non-identité de faits, différence de sanctions et corps de règles distincts. En l'espèce, si les dispositions contestées tendent à réprimer de mêmes faits qualifiés de manière identique (§ 11), la sanction prononcée par la Commission nationale est une pénalité financière, strictement égale au montant du dépassement constaté (§ 13). Sa nature est « donc différente de la peine d'emprisonnement encourue par le candidat poursuivi pour le délit de dépassement du plafond des dépenses électorales ». Aussi les deux répressions prévues par les dispositions contestées relèvent de corps de règles qui protègent des intérêts sociaux distincts aux fins de sanctions de nature différente. Les griefs sont dès lors écartés (§ 14).

C'est au demeurant oublier que la pénalité n'est pas la seule sanction financière, puisque le candidat marié n'a pu obtenir le remboursement des dépenses faute de comptes approuvés¹⁴¹. C'est en outre placer le curseur de la comparaison sur des éléments fort distincts au sein d'un dispositif punitif : cela revient à subsumer la réponse en limitant le champ de l'interrogation¹⁴². C'est enfin, et toujours, adopter une grille de lecture éloignée de la Cour européenne¹⁴³ qui, au nom de *ne bis in idem*, estime que l'identité en cause ne porte que sur les faits¹⁴⁴, pas sur la qualification proposée, et encore moins sur les peines. La sanction n'intervient qu'au stade des interrogations relatives à l'appartenance des poursuites à la matière pénale¹⁴⁵.

Aucun des écueils mentionnés n'a fait trébucher le Conseil, et ce car chaque obstacle a été contourné et non pas affronté. Ce faisant, les Sages rappellent que ces problèmes de droit n'existent que chez les pauvres en esprit. On raconte

138. V. *mutatis mutandis*, et la référence alors à la proportionnalité, CC, décis. n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, § 22.

139. V. J.-H. Robert, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *Les Cahiers*, n° 26, dossier : La Constitution et le droit pénal, août 2009.

140. À l'inverse, v. J. Bentham, *Théorie des peines et récompenses* (éd. 1811), Hachette Livre BNF, 2012, p. 2 et p. 6.

141. V. art. 3, V de la loi n° 62-1292.

142. « L'emprisonnement est-il distinct d'une pénalité financière ? ». Cela revient à s'interroger sur la pigmentation d'un équidote royal à la robe nivéenne.

143. V. CEDH, gr. ch., 10 févr. 2009, *Zolotoukhine c/ Russie*, n° 14939/03.

144. § 58.

145. § 56.

que le royaume des cieux est à eux : ici-bas, aucune oblation constitutionnelle ne vaut.

N. C.

3 – La réhabilitation

Décision n° 2019-827 QPC du 28 février 2020, M. Gérard F. [Conditions de recevabilité d'une demande de réhabilitation judiciaire pour les personnes condamnées à la peine de mort]

RÉHABILITATION *POST MORTEM*

Prenant acte de la réinsertion de la personne condamnée, la réhabilitation permet l'effacement de la condamnation, afin de soutenir ses efforts et de faciliter son reclassement.

Un tel effacement pourrait en effet permettre de candidater à certains emplois ou d'occuper certaines fonctions, interdites à celui ou celle qui porte la trace de l'infamie d'une condamnation. À cette fin, le Code pénal et le Code de procédure pénale prévoient différents mécanismes de réhabilitation : le premier, de plein droit, est prévu par les articles 133-13 et suivants du Code pénal et suppose l'expiration d'un certain délai depuis l'expiration de la peine ; en sont toutefois exclus les condamnés à une peine criminelle, en raison de la gravité des faits. Le second mécanisme, judiciaire, est prévu par les articles 785 et 786 du Code de procédure pénale qui prévoient les conditions subordonnant la demande faite au juge en ce sens : les condamnés à une peine criminelle ne sont plus exclus et peuvent soumettre leur demande au juge. Selon l'article 785, la demande doit être faite par le condamné, de son vivant, ou par son conjoint, ascendants ou descendants, en cas de décès et dans le délai d'une année à compter du décès. On devine que dans cette dernière hypothèse, l'objectif poursuivi n'est plus le reclassement de l'auteur au sein de la société, mais plutôt une réhabilitation de l'honneur d'une famille, afin de faire disparaître l'opprobre d'une condamnation depuis longtemps exécutée. On rappelle d'ailleurs que la réhabilitation interdit de rappeler l'existence de la condamnation. L'article 786 prévoit ensuite les délais dans lesquels cette réhabilitation judiciaire peut être demandée et s'agissant des peines criminelles, la demande ne peut être faite qu'après un délai de cinq ans à compter du jour de leur libération définitive ou de leur libération conditionnelle, lorsqu'elle n'a pas été ensuite révoquée. Or pour les personnes condamnées à mort, il semblait difficile de pouvoir faire une telle demande dans un tel délai, lequel court à compter de l'expiration de la peine subie. Seuls les ascendants, descendants ou conjoint peuvent faire une telle demande, le condamné étant décédé du fait de l'exécution de la peine, mais alors les délais se contredisent. La demande des membres de la famille du condamné exécuté doit être faite avant l'expiration d'un délai d'un an à compter du décès, en vertu de l'article 785, mais la demande ne peut être faite qu'après l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de l'exécution, et donc du décès, en vertu de l'article 786. On l'aura compris, il résulte de ces dispositions une

impossibilité pour les proches d'une personne condamnée à mort et exécutée de demander sa réhabilitation, alors qu'une telle demande est possible lorsque la personne a été graciée par le président de la République.

Saisi de cette contradiction¹⁴⁶, le Conseil constitutionnel rappelle tout d'abord que « la réhabilitation judiciaire vise à favoriser le reclassement du condamné » (§ 9). Puis le Conseil constate que les personnes condamnées à mort et exécutées comme les membres de leur famille ne peuvent faire une telle demande (§ 11). Cela étant, le Conseil observe que, selon la Cour de cassation, la réhabilitation judiciaire ne peut être « accordée qu'aux personnes qui, après avoir été condamnées et avoir subi leur peine, se sont rendues dignes, par les gages d'amendement qu'elles ont donnés pendant le délai d'épreuve, d'être replacées dans l'intégrité de leur état ancien¹⁴⁷ » (§ 12). Or, étant morts, les condamnés à la peine capitale n'ont pu remplir ces conditions, de telle sorte que la différence de situation observée est en rapport direct avec l'objet de la loi (§ 13). Le principe de proportionnalité des peines n'est pas plus méconnu (§ 18).

Le Conseil constitutionnel indique tout de même que cette différence de situation pourrait tout à fait être supprimée, puisque depuis l'abolition de la peine de mort et l'inscription de cette abolition dans la Constitution¹⁴⁸, « le législateur serait donc fondé à instituer une procédure judiciaire ouverte aux ayants droit d'une personne condamnée à la peine de mort dont la peine a été exécutée, tendant au rétablissement de son honneur à raison des gages d'amendement qu'elle a pu fournir » (§ 14). L'intention est bonne, quoique la question se pose moins depuis bientôt 40 ans, mais la difficulté ne serait pas écartée, puisqu'on ne voit pas comment la personne condamnée aurait pu fournir des gages d'amendement, si ce n'est en détention et en attendant son exécution.

J.-B. P.

146. Cass. Crim. 11 déc. 2019, n° 19-90.031.

147. Cass. Crim. 12 févr. 1963, n° 62-90.725 ; v. également Cass. Crim. 11 juil. 2017, n° 16-86.423.

148. Art. 66-1.