

LA NUIT DU DROIT A PÉRIGUEUX

LE 4 OCTOBRE 2018

LA CONSTITUTION DE 1958 :

QUELLES GARANTIES POUR LE CITOYEN ?

Alain BOITUZAT
Docteur en Droit
Avocat honoraire
Barreau de Paris
alain.boituzat@orange.fr

LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

UN BILAN DIX ANS APRÈS LA REFORME CONSTITUTIONNELLE

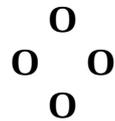
DU 23 JUILLET 2008

INTRODUCTION

- 1 Le Conseil constitutionnel a été institué par la Constitution du 4 octobre 1958 qui lui consacre son titre VII. Son attribution fondamentale consiste dans le contrôle de la constitutionnalité des lois. A l'origine, seule l'une des plus hautes autorités de l'État – président de la République, premier ministre, président du Sénat et président de l'Assemblée Nationale – pouvait saisir le Conseil constitutionnel d'un recours en inconstitutionnalité d'une loi avant sa promulgation. Pendant de nombreuses années, les recours furent rares et leur portée limitée, se bornant souvent à des questions de partage de compétence entre la loi et le règlement.
- 2 C'est dans ce contexte qu'émergea cependant, pour la première fois, un contrôle de fond de la conformité de la loi à la Constitution par la décision n° 71-44D.C du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971. Cette décision délimitait, pour la première fois, ce qu'on appellera le « bloc de constitutionnalité » en considérant « *qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution, il y lieu de ranger le principe de la liberté d'association, que ce principe est à la base des dispositions générales de la loi du 1^{er} juillet 1901* ». Sur le fondement de ce principe le Conseil censure l'article 3 de la loi qui lui était déférée, complétant les dispositions de l'article 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 et qui prétendait subordonner, dans certains cas, l'acquisition de la capacité juridique des associations déclarées à un contrôle préalable par l'autorité judiciaire.
- 3 Aujourd'hui, ce « bloc constitutionnel », générateur de droits et libertés fondamentaux dont le Conseil constitutionnel est le gardien, se trouve clairement identifié comme intégrant, outre la Constitution de 1958 proprement dite, les textes fondamentaux visés par son préambule, à savoir :
 - la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDDHC) de 1789
 - le préambule de la Constitution de 1946
 - la Charte de l'environnement de 2005
- 4 Ce rôle de protecteur des droits et libertés fondamentaux garantis par le « bloc constitutionnel » fut substantiellement renforcé par la révision constitutionnelle du 25 octobre 1974, initiée par le président GISCARD d'ESTAING. Cette réforme étend, en effet, la faculté de saisine du Conseil constitutionnel aux fins de contrôle de la constitutionnalité des lois à un groupe de parlementaires, composé d'au moins soixante députés ou sénateurs. Cette réforme a permis à l'opposition parlementaire de s'exprimer juridiquement en tentant de défaire, par la voie juridique, ce qui avait été décidé par la majorité parlementaire.

- 5 Il n'y a guère de grande loi qui, au fil des alternances politiques, ait par ce mécanisme échappée au contrôle de constitutionnalité ; les moyens employés à l'appui de ces recours ayant ainsi permis d'élargir et d'approfondir la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de protection des droits et libertés fondamentaux. On peut citer, à titre d'exemple, la décision n° 81-132 D.C prononcée le 16 janvier 1982 par le Conseil constitutionnel, statuant sur le recours formé par l'opposition parlementaire à l'encontre de la loi de « nationalisation », emblématique du programme commun de la gauche mis en œuvre à l'avènement du président MITTERRAND en 1981. Cette décision affirme, avec force et conviction, la garantie par le bloc constitutionnel du droit de propriété dont le caractère fondamental, inviolable et sacré, ressort des articles 2 et 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et son lien avec la liberté d'entreprendre.
- 6 La procédure de question prioritaire de constitutionnalité (QPC) a été enfin instituée par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, promulguée par le président SARKOZY et, plus précisément, par ses articles 29 et 30. L'article 29 insère, après l'article 61 de la Constitution, un article 61-1 ainsi conçu :
- *« Lorsqu'à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition légale porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de Cassation qui se prononce dans un délai déterminé ». L'article 30 remplace le premier alinéa de l'article 62 de la Constitution par deux nouveaux alinéas dont le second prescrit qu'une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que cette disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.*
- 7 L'autre innovation importante de cette réforme constitutionnelle de 2008 figure à son article 41 qui institue un « Défenseur des droits » dont le statut est régi par le nouveau TITRE XI BIS de la Constitution dont l'article 71-1 nouveau prescrit que :
- *« Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'Etat des collectivités territoriales, des établissements publics ainsi que tout organisme investi d'une mission de service public ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences ».*
- 8 Le régime juridique de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité est organisé par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Par sa décision du 4 février 2010, le Conseil constitutionnel arrête son règlement intérieur relatif à l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité qui lui sont soumises. Enfin, au terme de l'article 5 de la loi organique précitée du 10 décembre 2009, la procédure de question prioritaire de constitutionnalité est entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010.
- 9 Nous étudierons :

- Dans un premier temps, le déroulement de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité et les effets d'une décision constatant le défaut de conformité d'une loi avec le « bloc constitutionnel » (I)
- Dans un second temps, l'évolution récente des décisions du Conseil constitutionnel intervenant sur la question prioritaire de constitutionnalité et statuant sur les droits qualifiés de naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme par le préambule de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, comme la liberté et la sûreté, inévitablement amenés à s'affronter lorsqu'il s'agit de lutter contre le terrorisme ou encore le droit de propriété ou enfin la résistance à l'oppression et à l'arbitraire constitutive d'un État de droit. Nous étudierons également dans quelle mesure la Charte de l'environnement apparaît, pour le juge constitutionnel, génératrice de droits garantis par le bloc constitutionnel. (II)



I LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE DE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ ET LES EFFETS D'UNE DÉCISION CONSTATANT LE DÉFAUT DE CONFORMITÉ D'UNE LOI AVEC LE BLOC CONSTITUTIONNEL

A L'EXCEPTION D'INCONSTITUTIONNALITÉ DE LA LOI SERVANT DE FONDEMENT AUX DEMANDES OU AUX POURSUITES DANS TOUT PROCÈS DE NATURE CIVILE, PÉNALE OU ADMINISTRATIVE

1 Le principe

- 10 Le principe est encadré par les dispositions de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution et complétant par de nouveaux articles 23-1 et suivants l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. Il permet à tout justiciable, devant toute juridiction relevant de l'ordre judiciaire ou administratif et à tout moment au cours du procès, de soulever l'inconstitutionnalité de la ou des dispositions législatives servant de fondement à ce procès au motif qu'elles portent atteinte aux droits et libertés garantis par le bloc constitutionnel. Il n'est fait exception à cette généralité, aux termes du nouvel article 23-1 dernier alinéa de l'ordonnance du 7 novembre 1958 précitée, que devant la Cour d'Assises statuant en premier ressort. En cas d'appel de son arrêt, cette exception peut alors être soulevée dans un écrit accompagnant la déclaration d'appel qui est immédiatement transmis à la Cour de cassation.
- 11 Cette exception ne peut cependant, en aucun cas, être soulevée d'office par le juge. Elle doit, à peine d'irrecevabilité, prendre la forme d'un mémoire ou de conclusions motivés distincts de ceux relatifs au fond de l'affaire. Le régime procédural de cette exception diffère selon qu'elle a été soulevée en première instance ou en appel, c'est-à-dire devant le juge de fond ou pour la première fois devant la Cour de cassation ou le Conseil d'État.

2 L'exception soulevée en première instance ou en appel : rôle de filtre préalable joué par le juge du fond

- 12 L'exception peut être soulevée, tout d'abord, à tout moment du procès en première instance et en appel, devant le juge du fond. Devant une juridiction de l'ordre judiciaire, le dossier est alors immédiatement transmis au ministère public s'il n'est pas déjà parti à l'instance afin qu'il puisse faire connaître son avis. Si cette exception est soulevée au cours d'une instruction pénale, la Chambre de l'instruction, juridiction de second degré, en est saisie.
- 13 Le juge de fond saisi de cette exception doit statuer sans délai et décider de transmettre ou non cette exception devant la Cour de Cassation pour les juridictions de l'ordre judiciaire ou le Conseil d'État pour celles de l'ordre administratif. Cette transmission est de droit dès lors qu'il constate que les conditions ci-après, posées par l'article 23-2 nouveau de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, complétée par la loi organique du 10 décembre 2005 se trouvent remplies :

- 1 La disposition constatée est applicable au litige ou à la procédure ou constitue le fondement des poursuites. Il ne peut s'agir que d'une disposition de nature législative à l'exception de toute autre, notamment réglementaire. En effet, le contrôle porte uniquement sur la confrontation d'une loi aux droits et libertés garantis par le bloc constitutionnel.
 - 2 La disposition législative critiquée n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel sauf – précise l'article 23-2-2 « changement de circonstances ». Le juge du fond devra donc, à ce titre, se plonger sur le sujet considéré, dans une étude caractéristique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et s'interroger sur la question de savoir si des circonstances nouvelles sont intervenues de nature à remettre en cause cette jurisprudence. Tel sera le cas essentiellement d'une modification apportée à la loi incriminée postérieurement à la décision du Conseil constitutionnel ayant déclaré cette loi conforme.
 - 3 Enfin, la question ne doit pas être dépourvue de sérieux. Cette condition laisse, à ce stade initial, une grande latitude d'appréciation au juge du fond. Au-delà de cette première analyse de la pertinence de l'exception, nous verrons que c'est au juge suprême de chacun des ordres de juridiction qu'il reviendra de transmettre ou non, sous forme de question prioritaire de constitutionnalité, l'examen de l'exception soulevée au Conseil constitutionnel.
-
- 14 La décision prise par le juge du fond de transmettre l'exception au juge suprême dont il dépend afin qu'il saisisse le Conseil constitutionnel d'une éventuelle question prioritaire de constitutionnalité n'est susceptible d'aucun recours. A l'inverse, le refus de transmission de cette exception ne peut être contesté qu'à l'occasion du recours formé contre la décision qui, après avoir écarté cette exception, a statué sur le fond.
 - 15 L'article 23-3 de l'ordonnance précitée prescrit que, lorsque la question est transmise, le juge du fond sursoit à statuer jusqu'à ce que, soit la Cour de Cassation ou le Conseil d'État ait décidé de ne pas en saisir le Conseil constitutionnel, soit jusqu'à ce que ce dernier ait statué s'il en a été saisi. Il est cependant dérogé à ce principe lorsque le procès porte sur une mesure privative de liberté, lorsque la loi ou le règlement impose au juge de statuer dans un délai déterminé ou en urgence ou enfin lorsque le sursis à statuer risquerait d'entraîner des conséquences irréremédiables ou manifestement excessives pour les droits de l'une des parties. En toute hypothèse, le sursis à statuer n'entraîne pas la suspension du cours de l'instruction et ne fait pas obstacle à ce que la juridiction prenne les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires.

3 La décision du juge suprême statuant sur la demande de renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au juge constitutionnel

- 16 Si, comme on l'a vu, le juge suprême – Cour de Cassation, Conseil d'État – peut se trouver saisi de la question prioritaire de constitutionnalité sur renvoi du juge du fond, il peut l'être également directement à l'occasion du pourvoi en cassation formé contre la décision ayant appliqué la disposition législative incriminée. Dans ce dernier cas, le juge suprême doit être saisi, à peine d'irrecevabilité, par un mémoire distinct et spécialement motivé.

17 L'article 23-4 de l'ordonnance précitée laisse à la juridiction suprême un délai de trois mois pour statuer sur le renvoi ou non de la question prioritaire de constitutionnalité au juge constitutionnel, ce délai courant :

- à compter de la réception de la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité par le juge du fond,
- ou à compter de la présentation du moyen par le mémoire distinct si la question est soulevée dans le pourvoi en cassation.

Enfin, l'article 23-7 de l'ordonnance précitée prescrit que, faute pour la juridiction suprême de s'être prononcée dans ces délais, la question est transmise au Conseil constitutionnel. Lorsque celui-ci est saisi, l'article 23-5, dernier alinéa de l'ordonnance précitée, prévoit que, sauf les mêmes exceptions que celles rencontrées devant le juge du fond (cf. n° 15), le juge suprême doit surseoir à statuer jusqu'à ce qu'il se soit prononcé.

18 Les conditions de renvoi par le juge suprême de la question devant le juge constitutionnel sont, en partie, les mêmes que celles précédemment rencontrées devant le juge du fond (cf n° 13) au titre du 1^{er} et 2^e de l'ordonnance précitée. En revanche, alors qu'il suffit, comme on l'a vu, que la question ne soit pas dépourvue de sérieux pour que le juge du fond la renvoie devant le juge suprême, il faut maintenant, aux termes de l'article 23-5, avant dernier alinéa de l'ordonnance, que la question soit « *nouvelle ou présente un caractère sérieux* » pour que le juge suprême saisisse le Conseil constitutionnel de la question.

19 La Cour de cassation et le Conseil d'État ont publié, en mai 2018, un rapport commun portant sur leur pratique respective de la question prioritaire de constitutionnalité au cours de ces huit premières années d'application. Sur cette notion de question nouvelle ou présentant un caractère sérieux, les deux hautes juridictions se rejoignent pour dire que le juge du filtre n'est pas le juge de la constitutionnalité de la loi mais celui du doute sur ce point.

B LA DÉCISION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET SES EFFETS

1 La décision du Conseil constitutionnel se prononçant sur la question prioritaire de constitutionnalité

20 La décision du Conseil constitutionnel est prononcée à l'issue d'une procédure régie par la décision du 4 février 2010 du Conseil constitutionnel portant règlement intérieur sur la procédure devant être suivie en matière de question prioritaire de constitutionnalité.

Ce règlement prévoit, en application des articles 23-8 à 23-12 de l'ordonnance précitée :

- Dès après l'enregistrement au secrétariat général de la décision de renvoi, la communication du dossier au président de la République, au premier ministre, aux présidents de l'Assemblée Nationale et du Sénat afin qu'ils fassent connaître, s'il y a lieu, leurs observations.
- L'organisation par le secrétariat général, pour chaque affaire, d'un calendrier de procédure et la communication, par ses soins, aux parties des mémoires et pièces transmises par voie électronique par chacune d'elles. Les dates limites ne peuvent être reportées et les transmissions de pièces et mémoires hors délais ne sont pas versées au dossier.
- L'inscription, par le président du Conseil constitutionnel de l'affaire à l'audience, sachant qu'aux termes de l'article 23-10 de l'ordonnance, la décision doit intervenir dans un délai de trois mois à compter de sa saisine. L'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance ayant donné lieu à la question prioritaire de constitutionnalité est sans conséquence sur l'examen de la question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel, selon l'article 23-9 de l'ordonnance.

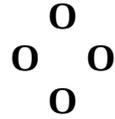
21 L'audience est publique et le règlement prévoit qu'elle fait l'objet d'une retransmission audiovisuelle diffusée en direct dans une salle ouverte au public dans l'enceinte du Conseil constitutionnel. En consultant les décisions sur le site internet du Conseil constitutionnel, il est possible, pour les affaires jugées les plus emblématiques, de revoir la vidéo de l'audience consacrée à cette affaire.

2 les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité de la disposition législative attaquée par le Conseil constitutionnel

22 Le nouvel article 62 alinéa 2 de la Constitution, tel qu'il résulte de l'article 30 de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, prescrit qu'une disposition législative déclarée inconstitutionnelle est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel qui n'est susceptible d'aucun recours. Cette décision s'impose, aux termes de l'article 62 alinéa 3 de la Constitution, aux pouvoirs publics et à toutes autorités administratives et juridictionnelles. Comme on dit, cette décision, dont les effets sont, en principe, immédiats, s'impose « erga omnes ».

23 La brutalité de cette abrogation immédiate peut toutefois être de nature à créer un vide, voire un chaos dans l'ordonnement juridique, l'instant que le législateur remplace par une nouvelle loi les dispositions déclarées inconstitutionnelles. C'est pourquoi l'article 62, alinéa 2 de la Constitution introduit une certaine souplesse dans ce mécanisme, en prévoyant la possibilité, pour le Conseil constitutionnel, de différer dans le temps les effets de cette abrogation. Nous verrons, dans la seconde partie consacrée à l'étude de décisions caractéristiques prises par le Conseil constitutionnel sur la question prioritaire de constitutionnalité que celui-ci n'hésite pas à moduler dans le temps les effets de ses décisions.

24 Enfin, cet article 62, alinéa 2 de la Constitution investit le Conseil constitutionnel du pouvoir de donner un effet rétroactif à l'abrogation de la loi résultant de sa décision en lui permettant de déterminer les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition abrogée a produits sont susceptibles d'être remis en cause. Nous rechercherons, à l'examen des décisions qui seront ci-après commentées, si le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de mettre en œuvre cette arme aussi délicate que radicale.



II LES MANIFESTATIONS LES PLUS RÉCENTES DU CONTRÔLE, PAR LE BIAIS DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ, DU RESPECT PAR LA LOI DES DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX GARANTIS PAR LE BLOC CONSTITUTIONNEL

A LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME ET RECHERCHE D'UNE CONCILIATION EQUILIBREE ENTRE LA PROTECTION DE L'ORDRE PUBLIC ET CELLE LES LIBERTÉS DE CIRCULER ET DE COMMUNIQUER

25 La liberté est qualifiée de droit imprescriptible et sacré par l'article 2 et la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Elle figure en tête de la devise de la République rappelée par l'article 2 de la Constitution de 1958. L'article 4 de la même Déclaration la définit comme le pouvoir de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : l'exercice des droits naturels à chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. C'est ce que prescrit l'article 34 de la Constitution de 1958 lorsqu'il confie à la loi le soin de fixer les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et les libertés.

26 A l'origine, la « sûreté » figurant en troisième place dans l'énumération faites par l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen des droits imprescriptibles de l'Homme, après la liberté et la propriété, constituait une garantie de l'exercice de la liberté, en ce qu'elle protégeait la personne contre les arrestations et les détentions arbitraires, incarnées par la « lettre de cachet ».

Depuis lors, cette notion a évolué vers celle de sûreté puis de sécurité publique, composantes de l'ordre public dont le maintien constitue un devoir pesant sur l'autorité publique aux fins de garantir la sécurité des personnes et des biens et sans lequel il n'est pas de liberté possible.

27 Dès les années 1980, le Conseil constitutionnel, saisi dans le cadre de son contrôle a priori, a été amené à se prononcer sur l'inévitable confrontation entre le principe de liberté et celui de défense de l'ordre public. C'est ainsi que dans sa décision 85-187 DC du 25 janvier 1985, statuant sur le recours formé par l'opposition contre la loi instituant l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie, il a jugé « *qu'il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré* ». Ce principe s'est enrichi du contrôle de la proportionnalité entre l'atteinte portée aux libertés par la mesure critiquée et l'objectif qui lui est assigné par la décision 2003-467 DC du Conseil constitutionnel du 13 mars 2003 examinant la loi sur la sécurité intérieure.

28 Les nécessités de la lutte contre la menace terroriste qui a atteint son paroxysme en 2015 ont à nouveau provoqué une confrontation, ces dernières années, devant le Conseil constitutionnel, entre liberté et répression par le biais des questions prioritaires de constitutionnalité opposées aux poursuites.

En premier lieu, utilisant l'arsenal répressif et coercitif existant, le gouvernement a fait de nouveau usage de la loi du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence initialement conçue pour faire face aux « événements » d'Algérie. Cet état d'urgence a été prorogé à plusieurs reprises par des lois

en ayant au passage adapté le contenu aux circonstances actuelles. De nouvelles lois ont été également promulguées aux fins de doter les autorités responsables de la lutte contre le terrorisme de nouveaux et puissants moyens d'investigation, de contrainte et de répression. Tel est le cas de la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure ou encore de celle du 3 juin 2016 instituant de nouveaux délits comme celui de consultation habituelle de sites internet dédiés à l'apologie du terrorisme, réprimé par l'article 421-2-5-2 du code pénal.

1 Le principe de nécessité d'une conciliation équilibrée appliqué aux lois sécuritaires

- 29 Les textes que le législateur rédige pour lutter contre le terrorisme participent à l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public. Mais ce même législateur reste, en toutes circonstances, le garant de l'exercice des droits et libertés publics, notamment ceux de circuler, de mener une vie familiale normale ou encore de communiquer, respectivement protégés par les articles 2, 4 et 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et le préambule de la Constitution de 1946.

D'où l'obligation pour le législateur, selon le juge constitutionnel, d'assurer dans la rédaction des textes coercitifs et répressifs de lutte contre le terrorisme, une conciliation équilibrée entre ces deux impératifs qui s'affrontent et se heurtent. Comme on va le voir, la clef de voûte du contrôle opéré par le juge constitutionnel consiste dans la vérification de l'existence ou non d'un recours juridictionnel effectif garanti à ceux à l'encontre desquels s'appliquent ces mesures. Cette vérification s'effectue au visa de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen selon lequel « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

- 30 Telle a été la grille de lecture, par le juge constitutionnel, de l'ensemble des dispositions de la loi sur l'état d'urgence du 3 avril 1955, enrichies par ses différentes lois de prorogation après que cet état d'urgence ait été décrété par le gouvernement le 14 novembre 2015 à la suite des attentats du 13 novembre. C'est ainsi :

30-1 que, par une première décision 2015-527 sur la question prioritaire de constitutionnalité du 22 décembre 2015, le juge constitutionnel a validé les neuf premiers alinéas de l'article 6 de cette loi qui organisent les mesures d'assignation à résidence pouvant être prises par le ministre de l'Intérieur à l'encontre de toute personne à l'égard desquelles il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre public. Compte tenu des modalités de mise en œuvre de ces mesures et des recours juridictionnels entourant cette mise en œuvre, le Conseil constitutionnel a jugé que l'atteinte qu'elles portent à l'exercice de la liberté individuelle étaient adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis.

30-2 En revanche, tel n'est pas le cas, selon la décision n° 2017-624 sur la question prioritaire de constitutionnalité du 16 mars 2017, des alinéas 11 à 14 du même texte. Ces dispositions permettent au ministre de l'Intérieur de demander au juge des référés du Conseil d'État l'autorisation de prolonger une assignation à résidence au-delà de 12 mois en justifiant des raisons sérieuses de penser que le comportement de

l'intéressé continue de constituer une menace pour la sécurité et l'ordre public. Elles méconnaissent, selon le Conseil constitutionnel, le principe d'impartialité du juge et du recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen dès lors que le Conseil d'État, juge suprême de la légalité de la mesure d'assignation à résidence et de sa prolongation, perdra toute indépendance s'il est amené à statuer sur la régularité de ces mesures après que le juge des référés de sa propre juridiction ait autorisé la prolongation de cette mesure.

- 30-3 C'est également sur le fondement de l'absence de recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen que le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2017-691 sur la question prioritaire de constitutionnalité du 16 février 2018, censure l'article L.228-2 du Code de la sécurité intérieure, dans sa rédaction issue de la loi du 30 octobre 2017, renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme. Cette disposition étend à la lutte contre le terrorisme les mesures d'assignation à résidence précédemment rencontrées au titre de l'état d'urgence. Le Conseil constitutionnel juge trop court le délai d'un mois laissé à l'intéressé pour soumettre au juge de l'excès de pouvoir la mesure dont il fait l'objet (alors que le délai de droit commun est de deux mois) et trop long le délai de trois mois laissé au juge pour statuer. Enfin, le Conseil constitutionnel n'admet pas que de telles mesures, portant gravement atteinte à la liberté de circuler, puissent être renouvelées par le ministre de l'Intérieur sans qu'un juge ait préalablement statué sur la régularité et le bien-fondé de la décision de renouvellement.
- 30-4 Enfin, la décision n° 2017-677 sur la question prioritaire de constitutionnalité du 1^{er} décembre 2017 (ligue des droit de l'Homme) constitue une bonne illustration du contrôle, par le juge constitutionnel, de la recherche par le législateur d'une conciliation équilibrée entre les principes de sauvegarde de l'ordre public et de liberté. Cette décision se prononce sur la question prioritaire de constitutionnalité relative aux dispositions de l'article 8-1 de la loi du 3 avril 1955 précitée, dans leur rédaction résultant de l'article 4 de la loi du 21 juillet 2016. Cette disposition permet au préfet, lorsque l'état d'urgence a été déclaré dans certaines zones, d'autoriser, par décision motivée, les forces de police à procéder à des contrôles d'identité, à l'inspection visuelle et à la fouille des bagages ainsi qu'à la visite des véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans les lieux accessibles au public. Ce texte précise que les lieux concernés doivent être précisément définis, que l'autorisation ne peut excéder 24 heures et que la décision du préfet est transmise sans délai au procureur de la République.
- 30-5 Dans cette décision du 1^{er} décembre 2017, le juge constitutionnel relève que la pratique de telle opérations de manière généralisée et discrétionnaire serait incompatible avec la liberté d'aller et venir et le droit au respect de la vie privée. Or, en prévoyant que ces contrôles peuvent être autorisés en tous lieux dans les zones où s'applique l'état d'urgence, le législateur a permis leur mise en œuvre sans que celle-ci soit nécessairement justifiée par des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public dans les lieux en cause. Dès lors, « *le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur*

constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et, d'autre part, la liberté d'aller et venir et le droit au respect de la vie privée ».

30-6 S'agissant des effets de l'inconstitutionnalité prononcée à l'encontre de l'article 8-1 de la loi du 3 avril 1955, le Conseil constitutionnel reprend une formule que l'on retrouve habituellement dans ses décisions, selon laquelle il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement et il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications qui devraient être apportées au texte afin de remédier à son inconstitutionnalité. En l'espèce, en cas de recours à l'état d'urgence, l'abrogation immédiate de cet article 8-1 aurait pour effet de priver l'autorité administrative du pouvoir d'autoriser les contrôles d'identité, les fouilles de bagages et les visites de véhicules. Elle entraînerait donc des conséquences excessives. Par suite, le Conseil constitutionnel reporte au 30 juin 2018 la date d'abrogation de cette disposition, laissant ainsi ce délai au législateur pour compléter son texte. Cependant, la consultation de cette loi dans sa version consolidée à la date de septembre 2018 sur le site Légifrance démontre qu'il n'a pas été modifié à ce jour alors que son abrogation est maintenant effective...

2 Le respect de la liberté de communiquer ou la « saga » de l'article 421-2-5-2 du code pénal réprimant la consultation habituelle de sites faisant d'apologie du terrorisme

31 L'article 421-2-5-2 du code pénal, dans sa rédaction issue de la loi du 3 juin 2016, prescrivait :

« Le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende ».

« Le présent article n'est pas applicable lorsque la consultation est effectuée de bonne foi, résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervient dans le cadre de recherches scientifiques ou est réalisée afin de servir de preuve en justice ».

32 Le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité à l'occasion de poursuites engagées sur le fondement de ce texte, devait, dans un premier temps, dans sa décision n° 2016-610 sur la question prioritaire de constitutionnalité du 10 février 2017 :

- Rappeler la valeur constitutionnelle du principe de libre communication tel qu'il résulte de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen selon lequel *« la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi »*. Il ajoute que l'exercice de ce droit implique la liberté d'accès aux services en ligne.

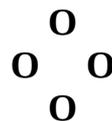
- Rappeler l'article 34 de la Constitution disposant que « *la loi fixe les règles concernant... les droits civiques et les garanties fondamentales accordés aux citoyens par l'exercice des libertés publiques. Sur ce fondement, précise le juge constitutionnel, il est loisible au législateur d'édicter des règles de nature à concilier la poursuite de l'objectif de lutte contre l'incitation et la provocation au terrorisme sur les services de communication au public en ligne qui participe à l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de prévention des infractions avec l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, d'écrire et imprimer. La liberté d'expression et de communication apparaît d'autant plus précieuse que son exercice est une des conditions de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. Les restrictions apportées à l'exercice de ce droit doivent donc être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* ».

- 33 Ces principes étant rappelés, le Conseil constitutionnel relève que les dispositions ici incriminées ont pour objet de prévoir l'endoctrinement d'individus susceptibles de commettre ensuite des actes de terrorisme. Cependant, ajoute-t-il, la législation existante comporte déjà un certain nombre de dispositions ayant pour objet de prévenir la commission d'actes de terrorisme ainsi qu'en attestent les articles 421-2-1 et suivants du code pénal qui répriment la participation à des actes de préparation d'attentats, notamment par la consultation habituelle de sites en ligne provoquant directement à la commission de tels actes ou en faisant l'apologie. Le Conseil constitutionnel vise également les dispositions du code de procédure pénale spécifiques à la répression du terrorisme, comme la durée de la garde à vue, les pouvoirs étendus d'interception de correspondances, notamment électroniques, la captation de données informatiques, les écoutes téléphoniques, les perquisitions, les captations d'images.
- 34 Le Conseil constitutionnel en conclut qu'indépendamment de la disposition ici critiquée, les autorités administratives et judiciaires disposent d'ores et déjà de nombreuses prérogatives pour contrôler les services de communication en ligne mais aussi pour surveiller les personnes consultant ces sites, les interpeller et les sanctionner lorsque cette consultation s'accompagne d'un comportement révélant une intention terroriste, avant même que le projet soit entré dans sa phase d'exécution.
- 35 Au surplus, l'incrimination prévue par ce texte n'exige pas que l'auteur de la consultation actuelle ait la volonté de commettre un acte terroriste ni même que cette consultation s'accompagne de l'adhésion à l'idéologie terroriste. Certes, le texte réserve l'hypothèse de la bonne foi du consultant mais, constate le juge constitutionnel, rien ne permet de déterminer la portée que le législateur a entendu donner à cette exemption. D'où il suit que les dispositions critiquées de l'article 421-2-5-2 du code pénal sont inconstitutionnelles en ce « *qu'elles portent une atteinte, au nom de la sauvegarde de l'ordre public, ni équilibrée, ni proportionnelle à la liberté fondamentale d'opinion et de communication* ».
- 36 L'abrogation du texte découlant de cette décision ayant un effet immédiat, le législateur s'empressa de le réviser afin de sauvegarder l'incrimination qu'il porte. D'où la nouvelle rédaction de l'article 421-2-5-2 du code pénal issue de la loi du 28 février 2017 selon laquelle :

- *« Le fait de consulter habituellement et **sans motif légitime** un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations, soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie est puni de deux ans d'emprisonnement et de **30 000 € d'amende lorsque cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce service** ».*
- *« **Constitue notamment un motif légitime tel que défini au 1^{er} alinéa la consultation résultant de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervenant dans le cadre de recherches scientifiques ou réalisée afin de servir de preuve en justice ou le fait que cette consultation s'accompagne d'un signalement des contenus de ce service aux autorités publiques compétentes** ».*

37 Cette nouvelle disposition fait rapidement l'objet d'une nouvelle question prioritaire de constitutionnalité, ce qui amena le Conseil constitutionnel à statuer sur ce nouveau texte selon décision n° 2017-682 sur la question prioritaire de constitutionnalité du 15 décembre 2017. L'auteur de cette nouvelle question prioritaire de constitutionnalité qui n'était autre, d'ailleurs, que celui qui avait formulé la première, reprochait à cette nouvelle rédaction de méconnaître l'autorité de chose jugée s'attachant à la décision du 10 février 2017. Pour le reste, il reprenait la motivation de cette première décision sans s'attacher aux modifications qui caractérisaient cette seconde rédaction.

38 Dans sa seconde décision du 15 décembre 2017, le Conseil constitutionnel souligne que ces modifications de rédaction n'effacent en rien les griefs formulés à l'encontre du texte initial dès lors notamment que le législateur persiste à ne pas retenir l'intention terroriste comme élément constitutif de l'infraction. Le dernier mot revient donc au Conseil constitutionnel qui brise l'entêtement du législateur à préserver une incrimination pénale, à ses yeux inutile, eu égard à l'arsenal existant permettant de réprimer l'endoctrinement au terrorisme et à l'atteinte disproportionnée que ce texte porte à la liberté de communication.



B LUTTE CONTRE L'ÉMIGRATION CLANDESTINE ET ÉMERGENCE, SUR LE PLAN JURIDIQUE, DU PRINCIPE DE FRATERNITÉ

- 39 Monsieur Cédric HERROU, le célèbre agriculteur militant et principal animateur de l'association d'aide et de défense des émigrants clandestins ROYACITOYENNE a été condamné, ainsi qu'un autre militant, à quatre mois de prison avec sursis par la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence en août 2017 pour aide à l'entrée en France et à la circulation de migrants clandestins qu'ils avaient pris en charge à la frontière franco-italienne. Cette condamnation a été prononcée sur le fondement de l'article L.622-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Ce texte prescrit que *« sous réserve des exemptions prévues à l'article L.622-4, toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irrégulier d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 € »*.
- 40 Au soutien de leurs pourvois formés contre ces décisions de condamnation devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation, les deux militants soulèvent une question prioritaire de constitutionnalité visant d'une part l'article L.622-1 précité et d'autre part l'article L.622-4 du même code qui énumère les personnes immunisées des poursuites pour avoir aidé au séjour irrégulier d'un étranger en France. L'alinéa 3 de cet article ici concerné, immunise des poursuites *« toute personne physique ou morale lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou des soins médicaux destinés à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci »*. Les requérants critiquent la restriction apportée par ce texte au caractère exonérateur de responsabilité pénale de l'aide purement humanitaire, limité à l'aide apportée au séjour en France, à l'exclusion de celle apportée à l'entrée sur le territoire et à la circulation. Cette restriction serait contraire au principe de fraternité ayant lui-même valeur constitutionnelle ainsi qu'en atteste la devise de la République *« Liberté, Égalité, Fraternité »*.
- 41 Par sa décision n° 2018-717/718 sur la question prioritaire de constitutionnalité du 6 juillet 2018, le Conseil constitutionnel :

- 41-1 Établit dans les termes ci-après, le caractère constitutionnel du principe de Fraternité et sa portée juridique dans le domaine de l'aide humanitaire :

« Aux termes de l'article 2 de la Constitution, la devise de la République est « Liberté, Égalité, Fraternité ». La Constitution se réfère également, dans son préambule et dans son article 72-3 à « l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité ». Il en ressort que la fraternité est un principe à valeur constitutionnelle »

« Il découle du principe de Fraternité la liberté d'aider autrui dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national »

41-2 Ce principe posé, la décision aborde la question de la constitutionnalité de l'article L.622-4 du code de séjour des étrangers et du droit d'asile en rappelant d'entrée qu'il appartient au législateur d'assurer, dans ce domaine comme dans les autres, la conciliation entre le principe de fraternité et l'objectif de lutter contre l'immigration irrégulière qui participe à la sauvegarde de l'ordre public, elle-même objectif de valeur constitutionnelle. Or, cette sauvegarde impose de réprimer toute aide à l'entrée irrégulière de l'étranger sur le territoire car cette aide crée ou participe à la création d'une situation illicite. En revanche, si elle n'impose pas de sanctionner l'aide humanitaire au séjour de l'étranger en situation irrégulière, elle n'impose pas davantage de sanctionner l'aide à sa circulation sur le territoire français qui constitue l'accessoire au séjour irrégulier.

Par suite la limitation, par l'article L.622-4 du code du séjour des étrangers en France, de l'immunité à l'aide « au séjour irrégulier » se trouve, selon le Conseil constitutionnel, trop restrictive au regard du principe de fraternité et n'assure pas une conciliation équilibrée entre le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public. Les mots « au séjour irrégulier » figurant au premier alinéa de l'article L.622-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile doivent, par suite, être déclarés contraires à la Constitution.

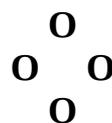
41-3 Cette décision a été unanimement saluée par la presse et les milieux associatifs œuvrant dans l'humanitaire comme une grande victoire, la reconnaissance du principe de fraternité comme principe protégé par la Constitution ouvrant tout le champ du possible. De ce point de vue, la portée de cette décision apparaît théoriquement considérable en ce qu'elle obligera le législateur lors de l'élaboration des textes essentiellement répressifs dans ce domaine, à se poser la question de savoir si et dans quelle mesure ces textes heurtent le principe de fraternité.

41-4 Mais d'un point de vue pratique, force est de constater que la portée de cette décision reste modeste dans l'affaire ici étudiée. Elle se borne en l'espèce à étendre à l'aide humanitaire apportée à la circulation de l'étranger en situation irrégulière sur le territoire, l'immunité pénale prescrite par l'article L.622-4, alinéa 3, du code du séjour des étrangers visant l'aide au séjour. Cependant, à y réfléchir, la casuistique utilisée par le Conseil constitutionnel, entre l'aide humanitaire apportée à l'entrée irrégulière sur le territoire qui serait toujours répréhensible et celle apportée au séjour et à la circulation qui ne le serait pas, peut prêter à discussion. S'il est vrai que l'entrée irrégulière constitue le délit originel et le séjour et circulation des délits de conséquence, chacun de ces délits est caractérisé et sanctionné par l'article L.622-1 du code du séjour des étrangers et l'on comprend mal pourquoi le principe de fraternité entraînerait le bénéfice de l'immunité pour deux d'entre eux et non pour les trois. Le fait d'introduire irrégulièrement en France un étranger se trouvant en détresse à la frontière pour le soigner et lui sauver la vie relève du principe de fraternité, au même titre que l'aide au séjour et à la circulation.

- 42 Par ailleurs, le Conseil constitutionnel juge que ce même principe de fraternité impose de considérer que l'énumération par l'article L.622-4, alinéa 3, du code du séjour des étrangers en France, des modalités d'aide humanitaire au séjour des étrangers en situation irrégulière bénéficiant d'une immunité pénale, ne saurait être interprétée autrement que comme s'appliquant **en outre à toute acte d'aide apporté dans un but humanitaire.**

Il s'agit là d'un élargissement sensible de natures d'actes couverts par l'immunité, dépassant l'intention du législateur. Après avoir énuméré les différentes natures d'aides au séjour exonérant leur auteur de responsabilité pénale, l'article L.622-4, alinéa 3, se termine par la formule suivante : « **ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci** ». On comprend l'idée qui sous-tend cette rédaction : cette aide humanitaire doit seulement tendre à sauvegarder l'intégrité de son bénéficiaire et non à l'encourager à prolonger son séjour, voire à s'installer. Or, la position prise par le Conseil constitutionnel jette un doute sur cette restriction.

- 43 Cette décision est enfin remarquable au titre des mesures qu'elle adopte pour assurer la période de transition courant de sa publication à la date de la nécessaire modification législative de l'article L.622-4 du code du séjour des étrangers. A titre préalable, le Conseil constitutionnel prend soin de rappeler qu'il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement et qu'il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications qui doivent être opérées afin qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée.
- 44 En l'espèce, il décide, en premier lieu, que l'abrogation qui s'attache aux mots « au séjour irrégulier » figurant au premier alinéa de l'article L.622-4 du code du séjour des étrangers prendra effet au 1^{er} décembre 2018, ce qui laisse donc un délai de quatre mois au législateur pour « corriger » son texte. Mais il ajoute, qu'afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de sa décision, il y a lieu de juger que l'exemption pénale prévue au 3^e de l'article L.622-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, doit s'appliquer également aux actes tendant à faciliter ou à tenter de faciliter, hormis l'entrée sur le territoire, la circulation constituant l'accessoire du séjour d'un étranger en situation irrégulière en France lorsque ces actes sont réalisés dans un but humanitaire.
- 45 En d'autres termes, nonobstant la pétition de principe préalablement posée selon laquelle il est le maître de la gomme qui permet d'effacer un texte de loi contraire à la Constitution mais ne peut tenir le crayon qui permet au seul législateur de le modifier, le juge constitutionnel se métamorphose ici, indéniablement, en législateur intérimaire.



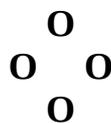
C LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ APPLIQUÉE A LA GARANTIE DES DROITS RECONNUS PAR LA CHARTE DE L'ENVIRONNEMENT

- 46 La Charte de l'environnement a été introduite dans le préambule de la Constitution de 1958 par la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005. Elle se caractérise tout d'abord par un long préambule énumérant un certain nombre de principes reliant les ressources et équilibres naturels de l'environnement à l'émergence, à l'histoire et à l'avenir de l'humanité. Considérant, au terme de ce préambule, que l'environnement, patrimoine commun des êtres humains, doit être préservé contre une exploitation excessive des ressources humaines, cette Charte proclame, en dix articles, un certain nombre de règles, consacrant dans son article 1, le droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé et déclinant, dans les articles suivants, les devoirs à respecter pour la satisfaction de ce droit.
- 47 Dans une décision statuant sur un contrôle a priori n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 et concernant la loi relative aux organismes génétiquement modifiés, le Conseil constitutionnel avait déjà jugé que « *l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement ont valeur constitutionnelle et s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif* ». Son préambule a également valeur constitutionnelle mais, selon une décision ultérieure n° 2014-394 sur la question prioritaire de constitutionnalité du 7 mai 2014, aucun de ses paragraphes n'institue un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Ce préambule ne peut en conséquence, selon cette décision, être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité.
- 48 Apparaissent constitutives en revanche de droits et devoirs bien qu'émis en termes généraux, les dispositions des articles 1 (*chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé*) et 2 (*toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement*) qui s'imposent non seulement aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respective mais également à l'ensemble des personnes. Il résulte de ces dispositions, précise le juge constitutionnel dans sa décision n° 2011-116 sur la question prioritaire de constitutionnalité du 8 avril 2011 « *que chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité* ».
- 49 Cette même décision analyse les articles 3 et 4 de la Charte, obligeant toute personne à prévenir, dans les conditions définies par la loi, les atteintes qu'elle porte à l'environnement (article 3) et à réparer les dommages qu'elle cause à l'environnement (article 4) comme des dispositions de principe dont il incombe au législateur et aux autorités administratives d'arrêter les modalités de mise en œuvre.
- 50 L'article 5 de la Charte préconise une procédure d'évaluation des risques par les autorités publiques par application du principe de précaution en présence d'un risque de réalisation d'un dommage qui, bien qu'incertain, peut causer un préjudice grave et irréversible à l'environnement. Cette prescription est-elle génératrice d'un droit permettant, par exemple, à une personne intéressée d'exiger, en face d'un tel risque, qu'il soit au préalable procédé à une

évaluation de ce risque plutôt qu'à des mesures radicales en faisant disparaître la cause supposée ? Telle était la question, entre autres, posée au Conseil constitutionnel et qu'il a tranchée dans sa décision n° 2013-346 sur la question prioritaire de constitutionnalité du 11 octobre 2013. Cette décision statuait sur le recours formé par une société américaine à l'encontre de la loi du 13 juillet 2011 qui interdit l'exploration et l'exploitation des mines d'hydrocarbures liquides ou gazeux suivies de fracturation hydraulique de la roche et dont la mise en application avait provoqué l'annulation des permis de recherche qui lui avaient été initialement accordés. Cette décision ne fait cependant qu'effleurer le sujet en relevant que l'interdiction pérenne du recours à tout procédé de fracturation hydraulique de la roche ne méconnaît pas, en tout état de cause, le principe de précaution.

- 51 En revanche, cette même décision est parfaitement claire en ce qui concerne l'article 6 de la Charte, également invoqué dans le recours selon lequel les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable devant concilier la protection et la mise en valeur de l'environnement.... Le Conseil constitutionnel considère que cette disposition n'est pas génératrice de droits que la Constitution garantit.

- 52 Reste l'article 7 donnant droit à toute personne, dans les conditions et limites définies par la loi, d'accéder aux informations sur l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions ayant une incidence sur l'environnement. Ce principe de droit à l'information et de participation du public a donné lieu à la loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 qui en fixe les modalités de mise en œuvre en modifiant et complétant notamment les articles L.110-1 et L.120-1 du Code de l'environnement. Enfin, par sa décision n° 2016-595 sur la question prioritaire de constitutionnalité du 18 novembre 2016, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article L.541-22 du Code de l'environnement inconstitutionnel au visa de l'article 7 de la Charte de l'environnement, pour la période courant jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi précitée du 27 décembre 2012, en ce qu'il ne respectait pas le principe de participation du public.



D LA GARANTIE CONSTITUTIONNELLE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

53 Le droit de propriété tient une place essentielle dans l'architecture de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Il figure, dans son article 2, juste après la Liberté, comme constitutif des droits imprescriptibles et sacrés de l'Homme. L'article 17 le qualifie de droit inviolable et prescrit que nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.

54 Ces principes ont directement inspiré la rédaction du titre II du livre II – DE LA PROPRIÉTÉ – du Code civil et plus particulièrement :

- de son article 544 selon lequel la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par la loi ou par les règlements. Cette formule correspond pratiquement, mot pour mot, à la définition de la Liberté telle qu'elle résulte de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.
- de son article 545 selon lequel nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité.

La rédaction de ces deux articles n'a pas varié depuis la promulgation du Code civil en 1804.

55 Avant même que la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité ne soit inventée, le Conseil constitutionnel a été amené, dans le cadre de sa mission de contrôle a priori, à dessiner les contours contemporains de ce droit de propriété tenant compte de l'évolution du droit et des nouveaux objectifs assignés à la loi, notamment dans le domaine économique et social. Ces contours ressortent avec évidence de la décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 du Conseil constitutionnel, prononcée comme précédemment indiqué, sur le recours formé par l'opposition parlementaire à l'encontre des lois de nationalisation de 1981.

- *« Considérant que si, postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ont pleine valeur constitutionnelle, tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre ».*

56 Ainsi, d'entrée de jeu, un lien est noué entre le droit de propriété et l'une des manifestations les plus puissantes et les plus économiquement et socialement utiles, la liberté d'entreprendre. Cette éclatante pétition de principe n'empêche cependant pas le Conseil constitutionnel, à

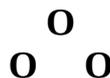
l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité qui lui ont été posées en la matière, de relever qu'« *il est loisible au législateur d'apporter aux conditions d'exercice du droit de propriété des personnes privées, protégé par l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, 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* ».

Comme le rappelle la décision n° 2013-346 sur la question prioritaire de constitutionnalité précitée (voir n° 50) du 11 octobre 2013 se prononçant sur la loi interdisant les forages et les fracturations hydrauliques de la roche, il en va de même des limitations apportées à la liberté d'entreprendre considérant, précise cette décision « *qu'il est possible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la conditions qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* ».

- 57 D'où la recherche permanente, par le Conseil constitutionnel, d'un point d'équilibre entre ces deux exigences difficilement compatibles que sont la protection du caractère « inviolable » du droit de priorité et la prise en compte de l'intérêt général pour justifier les atteintes ou limitations qui lui sont portées par le droit positif.
- 58 Un bon exemple récent de cette recherche résulte de la décision n° 2017-683 sur la question prioritaire de constitutionnalité du 9 janvier 2018 statuant sur la constitutionnalité de l'article 10.I de la loi du 31 décembre 1975, relative à la protection des occupants de locaux à usage d'habitation. L'objet de cette loi, que pratiquent fréquemment les juristes spécialisés en droit immobilier, est de prémunir les locataires en place du risque d'éviction à la suite d'un changement de propriétaire-bailleur résultant de la vente d'un immeuble par appartements survenant après la mise en copropriété de cette immeuble. S'il a acheté pour se loger, l'acquéreur de cet appartement s'empressera d'envoyer un congé au locataire en place à la date de l'acquisition et ce pour la date d'échéance du bail. Afin de protéger le locataire contre ce risque d'éviction différée, cet article 10-I de la loi du 31 décembre 1975 lui accorde un droit de préemption qui lui permettra de se substituer au candidat acquéreur et aux mêmes conditions.
- 59 C'est précisément le principe même de ce droit de préemption qui se trouvait ici attaqué en premier lieu, au motif qu'il portait une grave atteinte à l'exercice du droit de propriété en entravant le droit de vendre.
- Le Conseil constitutionnel écarte le grief en relevant qu'en instituant, au profit du locataire en place, un droit de préemption dans les conditions définies à cet article 10-I, le législateur a poursuivi un objectif d'intérêt général. Cet objectif consiste à protéger le locataire en place à la date de mise en copropriété de l'immeuble contre le risque de se voir signifier son congé à l'échéance du bail par le nouvel acquéreur de l'appartement occupé, à la suite d'une opération spéculative.
- Qu'est-ce-qu'une « opération spéculative » ? Cette décision ne le précise pas. Normalement, la vente interviendra au prix du marché fixé dans le secteur considéré, en fonction des caractéristiques propres à l'appartement. Qualifier systématiquement cette vente « d'opération spéculative » revient à donner une connotation discutable à cette justification.

Toutefois, le Conseil constitutionnel nuance la portée de ce principe en formulant l'importante réserve ci-après : compte tenu de l'objectif ainsi poursuivi, la protection accordée par le législateur ne saurait, sans méconnaître le droit de propriété, bénéficier à un locataire dont le bail est postérieur à la date de mise en copropriété de l'appartement.

- 60 Cette réserve initiale fait place à une véritable censure lorsque le Conseil constitutionnel aborde l'examen du droit de préemption au bénéfice de la commune, ajouté par la loi ALUR en 2014 en cas de renonciation par le locataire à l'exercice de son droit de préemption. Il lui reproche en premier lieu de n'avoir pas restreint l'usage que la commune est susceptible de faire du bien acquis. En particulier, constate-t-il, le législateur n'a imposé à la commune aucune obligation de maintenir le locataire dans l'appartement préempté à l'échéance du bail. Ce reproche est cependant discutable au regard de la disposition ici incriminée, le dernier alinéa de l'article 10-I précisant que l'objectif assigné à l'exercice du droit de préemption de la commune est d'assurer le maintien dans les lieux des locataires. Or, ce maintien dans les lieux ne peut intervenir qu'à l'expiration du bail en cours à la date à laquelle la commune exerce son droit de préemption de telle façon que, sans aucun doute possible, cette notion de maintien dans les lieux, utilisée par le dernier alinéa de l'article 10-I ne peut s'interpréter que comme signifiant maintien dans les lieux à l'expiration du bail, c'est-à-dire en clair : renouvellement. Ce premier motif de critique n'est donc pas convaincant.
- 61 La seconde critique portée par cette décision l'est beaucoup plus. Elle consiste à reprocher au législateur d'avoir prévu la fixation du prix par le juge de l'expropriation à défaut d'accord amiable et accordé un délai de six mois à la commune pour le paiement du prix de vente, à l'expiration duquel seulement le propriétaire pourra récupérer son bien si le prix n'a pas été payé. Le Conseil constitutionnel juge, avec raison, que ces dispositions portent une atteinte disproportionnée au droit de propriété. Il faut savoir que le droit de préemption institué en 2014 au profit de la commune est, peu ou prou, calqué sur les droits de préemption institués par la loi SRU de 2001 en matière d'urbanisme. De ce point de vue, la décision du Conseil constitutionnel ici étudiée semble ouvrir la porte à la contestation de la constitutionnalité de ces derniers droits de préemption dont les communes font un usage intensif aux fins d'aménagement de leur territoire.
- 62 Une différence de taille subsiste cependant entre l'institution ici censurée et ces droits de préemption en matière d'urbanisme, au premier chef desquels le droit de préemption urbain régi par les articles L.210-1 et suivants du code de l'urbanisme. Ici, en cas de désaccord des parties sur le prix, le prix est fixé d'autorité par le juge de l'expropriation. La décision de ce juge s'impose au vendeur au mépris total de l'article 1589 du Code civil qui conditionne la formation du contrat de vente à l'accord des parties sur le prix. Or ; si le juge de l'expropriation est également amené à fixer le prix de vente dans le droit de préemption urbain (DPU), le propriétaire garde sa liberté d'accepter le prix et de vendre ou de refuser le prix et de ne pas vendre. De ce point de vue et en réalité, la loi ALUR constitue une grave atteinte portée à l'une des prérogatives essentielles du droit de propriété, celle de ne vendre qu'au prix souhaité. Heureusement, cette menace n'a pas échappé à la vigilance du juge constitutionnel.



O

E LE CONTRÔLE, PAR LE BIAIS DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ, DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DE RÈGLES ESSENTIELLES DE DROIT ET DE PROCÉDURE PÉNALE

63 La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen comporte un certain nombre de principes essentiels protégeant le citoyen contre l'arbitraire et déterminant l'architecture d'un état de droit. Ainsi :

- l'article 2 énumère la résistance à l'oppression comme l'un des droits inaliénables et sacrés de l'Homme
- l'article 7 prescrit que nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites
- l'article 8 ordonne à la loi de n'établir que des peines évidemment et strictement nécessaires
- tout homme est présumé innocent, selon l'article 9, jusqu'à ce qu'il soit déclaré coupable
- enfin, l'article 16 établit les fondements de l'État de droit en affirmant que toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminés, n'a point de constitution

64 Les rédacteurs de la Constitution de 1958 ont probablement considéré que la réaffirmation de ces principes essentiels dans le corps même de cette Constitution aurait été inutile et redondante dès lors que la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, qui les porte, est intégrée au « bloc constitutionnel » par l'effet du préambule de la Constitution.

C'est ainsi que si celle-ci consacre son TITRE VIII et ses articles 64 et suivants à l'autorité judiciaire, le contenu de ce titre concerne essentiellement (cf. article 65) l'organisation et la compétence du Conseil Supérieur de la Magistrature (CSM). Seules émergent, du point de vue des principes :

- l'indépendance des magistrats du siège et de l'autorité judiciaire (article 64)
- l'interdiction de la détention arbitraire (article 66)
- enfin, la proscription de la condamnation à mort (article 66-1)

Les décisions ci-après évoquées constituent des illustrations récentes de la mise en œuvre de ces principes par des questions prioritaires de constitutionnalité soumises au Conseil constitutionnel.

1 Le statut des magistrats du parquet

- 65 Selon décision n° 2017-680 du 3 décembre 2017, le Conseil constitutionnel s'est penché sur la question prioritaire de constitutionnalité posée par l'Union syndicale des magistrats et contestant la constitutionnalité du rattachement hiérarchique des magistrats du parquet au garde des sceaux et donc au pouvoir exécutif. Cette question prioritaire de constitutionnalité visait précisément l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature. Selon cette disposition :
- « *Les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la Justice. A l'audience, la parole est libre* ».
- 66 Le syndicat requérant reprochait à ce texte de méconnaître le principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire qui découle de l'article 64 de la Constitution en ce qu'il place les magistrats du parquet sous l'autorité du garde des sceaux alors qu'au même titre que les magistrats du siège, ils devraient bénéficier du principe d'indépendance. Ce texte méconnaîtrait également le principe de séparation des pouvoirs car il affecterait l'indépendance de l'autorité judiciaire ainsi que le droit à un procès équitable.
- 67 Se fondant notamment sur l'article 20 de la Constitution selon lequel le gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation, notamment en ce qui concerne le domaine de l'action publique et son article 64, alinéa 1, selon lequel le président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire, le Conseil constitutionnel juge que si la Constitution consacre l'indépendance des magistrats du parquet, dont découle le libre exercice de leur action devant les juridictions, cette indépendance doit être conciliée avec les prérogatives du gouvernement et n'est pas assurée par les mêmes garanties que celles applicables aux magistrats du siège. C'est ainsi qu'il existe un rattachement organique des magistrats du parquet à l'exécutif ainsi qu'en atteste l'article 28 de l'ordonnance de 1958 prévoyant leur nomination par le président de la République sur proposition du garde des sceaux ou encore le pouvoir disciplinaire du garde des sceaux prévu à son article 66 ou enfin l'article 30, alinéa 2, du code de procédure pénale habilitant le ministre de la justice à adresser aux magistrats du parquet des instructions générales de politique pénale, au regard notamment de la nécessité d'assurer sur tout le territoire l'égalité des citoyens devant la loi. Toutefois, l'article 30, alinéa 3, du même code de procédure pénale interdit au ministre de la Justice d'adresser aux magistrats du parquet de quelconques instructions dans les affaires individuelles. Par ailleurs, l'article 40-1 du code de procédure pénale laisse le procureur de la République décider librement de l'opportunité d'engager les poursuites.
- 68 Le juge constitutionnel considère qu'au regard de ces différents textes, l'article 5 de l'Ordonnance du 22 décembre 1958 ici critiqué, assure une conciliation équilibrée entre le principe d'indépendance judiciaire et les prérogatives que le gouvernement tient de l'article 20 de la Constitution. Il ne méconnaît pas la séparation des pouvoirs ni le principe du droit à un procès équitable. Ce débat qui a agité longtemps les milieux judiciaires, semble donc clos, du moins pour l'instant.

2 L'obligation pour le juge pénal, de motiver la peine prononcée

- 69 L'article 365-I du code de procédure pénal, dans sa rédaction résultant de la loi du 15 août 2014, prescrit qu'en cas de condamnation prononcée par un arrêt de Cour d'Assises, la motivation de cet arrêt, portant sur la culpabilité de l'accusé, consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits qui lui sont reprochés, ont convaincu la Cour d'Assises. S'agissant maintenant du prononcé de la peine, si l'article 366 du même code prévoit que celle-ci doit être décidée à la majorité absolue des votants, ce texte n'impose nullement à la Cour d'Assises de motiver la peine qu'elle prononce.
- 70 D'où la saisine, par la Chambre criminelle de la Cour de Cassation et à la requête de personnes condamnées par une Cour d'Assises, du Conseil constitutionnel sur la question prioritaire de constitutionnalité critiquant l'article 365-I du code de procédure pénale pour atteinte aux principes d'égalité et d'individualisation des peines ainsi qu'au droit à une procédure juste et équitable, qu'aux droits de la défense et au principe d'égalité devant la loi et la justice.
- 71 Le Conseil constitutionnel a tranché cette question selon décision n° 2017-694 du 2 mars 2018. Il s'est tout d'abord attaché à trancher une question de recevabilité de cette question prioritaire de constitutionnalité au regard, d'une part, de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 (cf. infra n° 10 et suivants) et, d'autre part, de sa précédente décision n° 2011-635 DC du 4 août 2011 ayant déjà validé cet article 365-I du code de procédure pénale, à nouveau sur la sellette. Cette décision du 4 août 2011 était intervenue à la suite d'une saisine dans le cadre du contrôle a priori par les députés et sénateurs du groupe socialiste et portant sur différentes dispositions, parmi lesquelles cet article 365-I du code de procédure pénale, de la loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs.
- 72 Le Conseil constitutionnel a jugé cette requête recevable après avoir considéré que, depuis cette déclaration de conformité :
- La Cour de Cassation a jugé, par arrêts du 8 décembre 2017, que les dispositions de cet article 365-I du code de procédure pénale excluent la possibilité pour la Cour d'Assises de motiver la peine qu'elle prononce en cas de condamnation
 - cette matière, et notamment l'article 362 du code de procédure pénale, a été modifiée par la loi du 15 août 2014 afin de prévoir qu'en cas de réponse affirmative sur la culpabilité du président de la Cour d'Assises donne lecture aux jurés des articles 130-1 et 132-1 du code pénal qui rappellent les finalités de la peine et la nécessité de l'individualiser

Soit autant de circonstances nouvelles au sens de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 permettant, selon lui, au juge constitutionnel d'être à nouveau saisi de la conformité de cet article 365-I du code de procédure pénale.

- 73 Sur le fond, cette décision rappelle qu'en application des articles 7 – 8 et 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, il appartient au législateur de fixer des règles de droit pénal et de procédure pénale de nature à exclure l'arbitraire dans la recherche des auteurs d'infraction, le jugement des personnes poursuivies et le prononcé des peines. Le principe d'individualisation des peines, découlant de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, exige qu'aucune peine ne soit prononcée que si le juge l'a expressément décidé en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce. Le juge constitutionnel en déduit **que ces exigences constitutionnelles imposent la motivation des jugements et arrêts de condamnation, pour la culpabilité comme pour la peine. En n'imposant pas à la Cour d'Assises de motiver le choix de la peine prononcée**, le législateur a méconnu ces principes et l'article 365-I du code de procédure pénale doit être déclaré non conforme à la Constitution.
- 74 S'agissant des effets de cette déclaration de non-conformité dans le temps, le Conseil constitutionnel constate que l'abrogation immédiate de cet article aurait des conséquences excessives en supprimant toute règle de rédaction des arrêts de Cour d'Assises, y compris celle concernant l'obligation de motivation sur la culpabilité. Il reporte donc au 1^{er} mars 2019 les effets de cette abrogation, ce qui laisse un délai raisonnable au législateur pour mettre l'article 365-I du code pénal en conformité.
- 75 Cette décision traduit tout d'abord la souplesse dont le Conseil constitutionnel sait faire preuve dans l'interprétation des dispositions de l'article 23-2 et du 3^e alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 lui interdisant de se saisir d'une question prioritaire de constitutionnalité visant une disposition qu'il a déjà déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une de ses décisions, sauf changement de circonstances.

En l'espèce, le juge constitutionnel avait été saisi, en 2011, dans le cadre du contrôle a priori, par l'ensemble des députés et sénateurs des groupes de gauche, d'un recours contre différentes dispositions de la loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs. Figurait parmi les dispositions attaquées, le nouvel article 365-I du code de procédure pénale, qui posait le principe de la motivation des arrêts de Cour d'Assises. Ceux-ci devaient être rédigés par l'un des magistrats composant la Cour sur un document annexé à la feuille des questions, laquelle est signée « Séance tenante » par le président et le premier juré. Toutefois, précise le dernier alinéa de cet article 365-I, lorsqu'en raison de la particulière complexité de l'affaire, il n'est pas possible de rédiger immédiatement la feuille de motivation, celle-ci doit l'être, au plus tard, dans un délai de trois jours à compter du prononcé de la décision. C'est précisément cette faculté de rédaction différée qu'attaquaient les requérants, considérant que ce faisant, le législateur a privé de garanties légales l'exigence constitutionnelle prohibant l'arbitraire dans le prononcé des peines. Dans les « considérants » 29 à 31 de sa décision

n° 2011-635 DC du 4 août 2011, le Conseil constitutionnel écarte ce grief et valide cette disposition. Comme on le voit, la question de l'absence de motivation de la peine prononcée n'avait pas été abordée, si bien que la question posée au juge constitutionnel en 2018, était effectivement nouvelle. Cependant, les sages ont préféré retenir la recevabilité de cette question sur le fondement de circonstances nouvelles tirées d'une série d'arrêts prononcés par la Chambre criminelle de la Cour de Cassation le 8 février 2017, jugeant « qu'en l'absence d'autres dispositions légales le prévoyant, la Cour d'Assises et le jury ne doivent pas motiver le choix de la

peine qu'ils prononcent dans les conditions définies à l'article 362 du code de procédure pénale ». Ces circonstances nouvelles, selon le juge constitutionnel, résultaient enfin de la modification apportée par la loi du 15 août 2014 à l'article 362 du code de procédure pénale, prévoyant qu'en cas de réponse affirmative sur la culpabilité, le président de la Cour d'Assises donne lecture aux jurés des articles 130-1 et 132-1 du code pénal qui rappellent les finalités de la peine et la nécessité d'individualiser celle-ci. Il est vrai que cette dernière modification de la loi enclenchait le processus de motivation de la peine prononcée, sans toutefois aller au bout de cette logique. C'est précisément cette décision du Conseil constitutionnel qui permet opportunément d'atteindre son terme.

- 76 Sur le fond, cette décision constitue une véritable révolution prétorienne, dignes de celles qui, à l'instar de certaines décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme, ont secoué de vieilles pratiques et ont introduit, dans l'intérêt des droits de la défense, une plus grande rigueur dans le déroulement du procès pénal. Le juge constitutionnel impose, envers et contre le silence des textes, mais au visa des articles 7 – 8 et 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen la motivation, non seulement des arrêts des Cours d'Assises mais généralement de toute décision de nature pénale sur la peine prononcée. Bien que cette décision du 2 mars 2018 ne vise expressément que les sanctions de nature pénale, les principes qui la sous-tendent devraient naturellement en étendre l'application aux décisions de condamnation prononcées en matière disciplinaire.
- 77 Enfin, comme on l'a vu, cette décision reporte la date d'abrogation de cet article 365-I du code de procédure pénale au 1^{er} mars 2019. Mais elle prend le soin également d'organiser une période transitoire entre sa date de publication et celle de la modification législative à intervenir de l'article 365-I en distinguant entre les arrêts de Cours d'Assises prononcés en dernier ressort ou les procès ouverts avant la publication de la décision et ceux rendus à l'issue d'un procès ouvert après cette date. Les premiers ne pourront être contestés sur le fondement de cette inconstitutionnalité. Pour les seconds, le Conseil constitutionnel prescrit que les dispositions du deuxième alinéa de l'article 365-I du code de procédure pénale, doivent être interprétées comme imposant également à la Cour d'Assises d'énoncer, dans la feuille de motivation, les principaux éléments l'ayant convaincue dans le choix de la peine. Aucune disposition spécifique n'est prévue s'agissant des jugements et arrêts de condamnation, autres que ceux de la Cour d'Assises dont on a vu, cependant, que cette décision exigeait expressément la motivation des peines, au même titre que les arrêts de la Cour d'Assises.

3 Le respect du principe « non bis in idem »

- 78 Nul ne peut être poursuivi ni condamné deux fois pour les mêmes faits. C'est ce qu'exprime l'article 368 du code de procédure pénale aux termes duquel « aucune personne acquittée légalement, ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente ». Ce principe est également consacré par l'article 4 du protocole n° 7 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Mais ce principe a-t-il valeur constitutionnelle ? Telle était la question posée au Conseil constitutionnel et à laquelle il a répondu par deux décisions du 24 juin 2016 (décision n° 2016-546 – Me Jérôme C. et décision

n° 2016-545 – Mrs Alec W et autres). Ces décisions étaient très attendues car elles conditionnaient le sort de procédures fiscales et pénales engagées contre des personnalités très médiatisées, un ancien ministre du budget pour la première et la famille d'un célèbre marchand d'art pour la seconde.

79 Les textes mis en cause par la question prioritaire de constitutionnalité consistaient :

- d'une part, dans l'article 1729 du Code général des impôts (CGI) prescrivant que les inexactitudes ou les omissions relevées dans une déclaration ou un acte comportant l'indication d'éléments à retenir pour l'assiette ou la liquidation de l'impôt... entraînent l'application de pénalités pouvant aller de 40 à 80 % selon son caractère délibéré ou non et les manœuvres frauduleuses susceptibles de l'accompagner. Il s'agit là, en d'autres termes, de la procédure classique dite de redressement fiscal dont le contentieux est de la compétence des juridictions administratives,
- d'autre part, de l'article 1741 du même CGI, prescrivant que, sans préjudice des dispositions particulières figurant dans le code, quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement, total ou partiel, de l'impôtest passible **indépendamment des sanctions fiscales applicables** d'une amende de 37 500 € et d'un emprisonnement de cinq ans auxquels peut s'ajouter la privation des droits civiques, civils et de famille. Cette dernière sanction, de nature pénale, est prononcée par le Tribunal correctionnel.

80 Les personnes poursuivies au titre de ces deux dossiers avaient donc obtenu de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation qu'elle renvoie la question prioritaire de constitutionnalité de ces articles 1729 et 1741 du Code général des impôts, au regard du principe « non bis in idem ». Elles soutenaient que ces deux natures de sanctions s'appliquent aux mêmes faits commis par une même personne, protègent les mêmes intérêts sociaux, sont d'une nature et sévérité équivalentes et enfin, relèveraient d'une même juridiction. L'application cumulative de ces deux dispositions serait non seulement contraire au principe non bis in idem mais également à celui de nécessité des délits et des peines et de proportionnalité des peines, garantis par l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, selon lequel « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ».

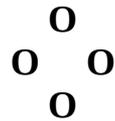
81 Le Conseil constitutionnel répond :

- que la lutte contre la fraude fiscale constitue un objectif de valeur constitutionnelle au regard de l'article 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, fixant le principe du caractère impératif pour les citoyens, de la contribution aux dépenses de l'État, selon leurs facultés,
- que les dispositions des articles 1729 et 1741 du Code général des impôts contribuent à faire respecter ce principe. En premier lieu, l'article 1729 vise à garantir la perception de la contribution commune, à préserver les intérêts financiers de l'État et à assurer le bon fonctionnement du système fiscal qui repose sur la sincérité et l'exactitude des déclarations souscrites par les contribuables. En second lieu, l'article 1741 vise à garantir

l'accomplissement volontaire par les contribuables de leurs obligations fiscales en donnant aux poursuites et sanctions pénales encourues, un caractère public et donc une exemplarité et une portée dissuasive.

- 82 Ainsi, les exigences constitutionnelles découlant de l'article 8 (principe de nécessité et de proportionnalité de la peine) combinées à celle découlant de l'article 13 (contribution volontaire du citoyen aux charges de l'État) de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, ne font pas obstacle à ce que **les contribuables auteurs des manquements les plus graves** fassent l'objet de procédures complémentaires et de sanctions proportionnées en application des articles 1729 et 1741 du Code général des impôts. Ces dispositions ne peuvent donc pas être regardées comme conduisant à l'engagement de poursuites différentes aux fins de sanctions de faits identiques, en application de corps de règles distinctes.
- 83 Le Conseil constitutionnel introduit deux réserves dans son raisonnement : d'une part, aucune sanction pénale ne peut être infligée au contribuable qui a été déchargé et l'impôt par une décision juridictionnelle devenue définitive pour un motif de fond. Cette réserve semblait de soi et il est presque inquiétant que le juge constitutionnel estime utile de la formuler. D'autre part, en cas de cumul de sanctions résultant de l'application combinée des articles 1729 et 1741 du Code général des impôts, le respect du principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions, éventuellement prononcées, ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues. Une telle formulation n'est pas dépourvue d'ambiguïté. Comment hiérarchiser les sanctions ou même les comparer alors qu'elles ne sont pas de même nature, l'une, la sanction fiscale étant toujours exprimée en pénalités alors que l'autre, celle pénale, comportant également de la prison ?
- 84 Mais surtout, l'on constate, qu'au prétexte de « concilier » deux principes ayant valeur constitutionnelle, celui de l'obligation de participation du citoyen à la charge de l'impôt et celui de nécessité et de proportionnalité de la peine, le juge constitutionnel préconise deux régimes de poursuites des infractions fiscales, distinguant deux catégories de fraudeurs : les petits fraudeurs, bénéficiant du principe « non bis in idem » et qui ne risquent que des sanctions pécuniaires au titre d'un redressement fiscal et les « gros fraudeurs » à qui seront appliquées des sanctions pénales en plus des sanctions fiscales, le tout dans la limite de la plus sévère des deux natures de peines. Qui fixera le curseur ? L'administration fiscale, bien sûr, qui décidera seule de transmettre le dossier au parquet pour enclencher les poursuites pénales.
- 85 Cette solution est-elle satisfaisante ? N'atteignons-nous pas ici les limites de l'exercice de « conciliation » à tout prix entre deux principes, tous deux de valeur constitutionnelle mais qui, en l'espèce, se télescopent ? Peut-on sérieusement nier que c'est bien une double peine, l'une pécuniaires (article 1729 du Code général des impôts) et l'autre de nature pécuniaire et, le cas échéant, carcérale (article 1741 du Code général des impôts) qui sanctionne un même agissement, celui d'échapper ou de tenter d'échapper, d'une façon ou d'une autre, à l'impôt ?

Fallait-il, pour sauvegarder le prononcé d'une condamnation pénale dans une affaire hyper médiatisée où les attentes d'explication et de sanction étaient exacerbées par l'ampleur du scandale provoqué, décider que seuls les gros fraudeurs, selon des critères laissés à la discrétion de l'administration fiscale, pourront être jugés deux fois, par des juridictions différentes, pour les mêmes faits ? Nous sommes loin d'en être convaincu !



EN CONCLUSION

86 Le Conseil constitutionnel a récemment lancé un appel à projet dans la perspective de la célébration des dix ans de l'entrée en vigueur de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité qui donnera lieu à un colloque, au mois de mars 2020. Cet appel à projet porte sur l'établissement, par les chercheurs, d'un bilan aussi bien sociologique que jurisprudentiel de cette nouvelle institution. Nous en retiendrons particulièrement deux aspects auxquels nous ajouterons un troisième concernant la nature des nouveaux pouvoirs que la question prioritaire de constitutionnalité confère au Conseil constitutionnel.

1 Vers la diffusion d'une culture constitutionnelle ?

87 Cette interrogation concerne tout d'abord la communauté des gens du droit et du contentieux. Tout magistrat, appartenant à tout ordre et à tout degré de juridiction civile, pénale ou administrative, peut être amené, à tout moment du procès, à apprécier le caractère sérieux d'une contestation, par tout justiciable, de la constitutionnalité de la loi qui lui est applicable et, à ce titre, enclencher les processus de la question prioritaire de constitutionnalité. Tout avocat doit faire preuve d'une extrême vigilance et ne pas oublier d'intégrer l'hypothèse de la non-conformité de la loi opposée à son client dans l'arsenal de ses moyens de défense. Tout avocat, à quelque barre qu'il appartienne et quelle que soit son ancienneté, peut être amené à plaider son dossier devant les sages de la rue Montpensier, alors que les portes de la Cour de Cassation et Conseil d'État lui sont fermées s'il n'est pas avocat à la Cour de Cassation ou au Conseil d'État.

88 Par la force des choses, cette nouvelle culture constitutionnelle se diffuse enfin au justiciable lui-même et elle lui fait prendre conscience du caractère intemporel et de la puissance protectrice de ses droits fondamentaux qu'est la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Cette nouvelle voie de droit va-t-elle s'éteindre au seuil de ses dix ans de mise en application ? Cette durée a-t-elle permis l'émergence des contradictions essentielles pouvant se révéler entre le droit positif et les droits et libertés fondamentaux ? L'affirmer reviendrait à ignorer l'inflation législative permanente qui nous submerge puisqu'il faut légiférer à propos de tout au moyen de textes incantatoires et bavards, souvent mal préparés et qui se superposent les uns aux autres au fil du temps, créant pour le justiciable et même pour les praticiens les plus aguerris un maquis inextricable ! De ce point de vue, on ne peut que se féliciter de l'institution de la question prioritaire de constitutionnalité et du rôle qu'elle donne au Conseil constitutionnel de censeur des scories affectant ces textes.

2 Vers un plus grand soin apporté à l'élaboration de la loi

89 Nous connaissons la répartition habituelle des rôles entre les partenaires de l'élaboration de la loi : le gouvernement initie le processus en rédigeant le projet de loi. Le Parlement vote la loi après avoir, le cas échéant, amendé le projet dans des proportions qui – docilité de la majorité parlementaire oblige – tendent à se réduire. Le président de la République promulgue la loi. Le

gouvernement reprend ensuite la main car il va appliquer la loi et, s'il y a lieu, la défendre devant le Conseil constitutionnel.

- 90 Précisément, l'une des questions auxquelles l'étude commandée par le Conseil constitutionnel, devra répondre est de savoir si la menace de question prioritaire de constitutionnalité qui pèsera sur cette loi tout au long de sa vie, sera de nature à inciter les partenaires participant à son élaboration à un soin plus attentif à cette élaboration. Il faut ardemment le souhaiter car inévitablement la question prioritaire de constitutionnalité introduit un facteur non négligeable d'instabilité et d'insécurité juridique, facteur qui n'existait pas en l'état du contrôle a priori qui purgeait définitivement la loi des vices de toute nature avant qu'elle soit promulguée. Comme on l'a vu, la question prioritaire de constitutionnalité a, par exemple, permis la remise en cause, en 2016, de la loi de 1955 sur l'état d'urgence...

Et même lorsque cette loi a été purgée par un recours a priori, elle peut être à nouveau remise en cause, des années plus tard, par la question prioritaire de constitutionnalité si le Conseil constitutionnel considère que des circonstances nouvelles sont intervenues !...

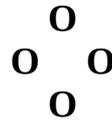
Ainsi, cette question prioritaire de constitutionnalité impose aux partenaires à l'élaboration de la loi un devoir « de précaution » et de sérieux dans sa conception et sa rédaction.

- 91 Cette étude devra enfin mesurer la réactivité de ces partenaires pour modifier, compléter, corriger la loi lorsque le Conseil constitutionnel y aura décelé une inconstitutionnalité. Afin de ménager une transition et d'éviter que sa décision débouche sur un bouleversement du paysage politique, l'article 62, alinéa 2 de la Constitution, donne le pouvoir au Conseil constitutionnel de différer les effets d'une disposition jugée inconstitutionnelle. Cet effet différé ouvre un délai au gouvernement et au Parlement pour mettre cette disposition en conformité. Ce délai est-il généralement respecté ? Il y va de la sécurité et de la stabilité juridique et même, d'une certaine façon, de l'égalité des citoyens devant la loi !

3 Vers un gouvernement des juges ?

- 92 Dès lors que la Constitution, dans son article 62, alinéa 2, donne pour effet à la décision statuant sur la question prioritaire de constitutionnalité et constatant l'inconstitutionnalité d'une disposition, l'abrogation de cette disposition, la question du gouvernement des juges se pose. Cet effet apparaît sensiblement plus lourd de conséquences que celui résultant d'une inconstitutionnalité prononcée à l'issue d'un contrôle a priori qui empêche simplement la promulgation de cette disposition. Elle est, en quelque sorte, morte-née et n'aura jamais produit d'effets. A l'inverse, la disposition abrogée à la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité a précédemment produit tous ces effets, le cas échéant pendant plusieurs années ! De plus, ce même article 62, alinéa 2 de la Constitution, donne un pouvoir exorbitant au Conseil constitutionnel en le laissant déterminer les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition abrogée a produits sont susceptibles d'être remis en cause ! Et, pour le cas où l'on n'aurait pas compris, le dernier alinéa de l'article 62 prescrit que ces décisions, non susceptibles de recours, s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.

- 93 Certes, le juge administratif, et au sommet de la hiérarchie, le Conseil d'État a le pouvoir d'annuler les décisions réglementaires lorsqu'elles ne sont pas conformes à des normes supérieures. Mais ici, il s'agit de détruire, d'annihiler, d'effacer une disposition votée par une majorité parlementaire représentant la souveraineté du peuple, comme le prescrit l'article 3 de la Constitution !
- 94 Et ce pouvoir de destruction apparaît d'autant plus puissant qu'il s'étend à tous les aspects de l'organisation de la vie en société qui sont de la compétence de la loi, tels que longuement énumérés par l'article 34 de la Constitution. Cette réforme de la question prioritaire de constitutionnalité place donc pour le moins le juge constitutionnel au centre de l'État de droit. Elle en fait le juge suprême, gardien vigilant des tables de la loi, qui reste essentiellement constituée par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen dont les formules fulgurantes, datant de plus de deux siècles, ont franchi au quotidien, avec la question prioritaire de constitutionnalité, la porte des prétoires !



SOMMAIRE

INTRODUCTION : n° 1 à 8

I LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE DE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ ET LES EFFETS D'UNE DÉCISION CONSTATANT LE DÉFAUT DE CONFORMITÉ D'UNE LOI AVEC LE BLOC CONSTITUTIONNEL

A L'EXCEPTION D'INCONSTITUTIONNALITÉ DE LA LOI SERVANT DE FONDEMENT AUX DEMANDES OU AUX POURSUITES DANS TOUT PROCÈS DE NATURE CIVILE, PÉNALE OU ADMINISTRATIVE

1 Le principe : n° 10 à 11

2 L'exception soulevée en première instance ou en Appel : le rôle de filtre préalable joué par le juge du fond : n° 12 à 15

3 La décision du juge suprême statuant sur la demande de renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité : n° 16 à 19

B LA DÉCISION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET SES EFFETS

1 La décision du Conseil constitutionnel se prononçant sur la question prioritaire de constitutionnalité : n° 20 à 21

2 les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité de la disposition législative attaquée par le Conseil constitutionnel : n° 22 à 24

II LES MANIFESTATIONS LES PLUS RÉCENTES DU CONTRÔLE, PAR LE BIAIS DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ, DU RESPECT PAR LA LOI DES DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX GARANTIS PAR LE BLOC CONSTITUTIONNEL

A LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME ET RECHERCHE D'UNE CONCILIATION ÉQUILIBRÉE ENTRE LA PROTECTION DE L'ORDRE PUBLIC ET CELLE LES LIBERTÉS DE CIRCULER ET DE COMMUNIQUER : n° 25 à 38

1 Le principe de nécessité d'une conciliation équilibrée appliqué aux lois sécuritaires : n° 29 à 30

2 Le respect de la liberté de communiquer ou la « saga » de l'article 421-2-5-2 du code pénal réprimant la consultation habituelle de sites faisant d'apologie du terrorisme : n° 31 à 38

B LUTTE CONTRE L'ÉMIGRATION CLANDESTINE ET ÉMERGENCE, SUR LE PLAN JURIDIQUE, DU PRINCIPE DE FRATERNITÉ : n° 39 à 45

C LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ APPLIQUÉE A LA GARANTIE DES DROITS RECONNUS PAR LA CHARTE DE L'ENVIRONNEMENT : n° 46 à 52

D LA GARANTIE CONSTITUTIONNELLE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ : n° 51 à 62

E LE CONTRÔLE, PAR LE BIAIS DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ, DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DE RÈGLES ESSENTIELLES DE DROIT ET DE PROCÉDURE PÉNALE : n° 63 à 85

1 Le statut des magistrats du parquet : n° 65 à 68

2 L'obligation pour le juge pénal, de motiver la peine prononcée : n° 69 à 77

3 Le respect du principe « non bis in idem » : n° 78 à 85

EN CONCLUSION : n° 86 à 94

1 Vers la diffusion d'une culture constitutionnelle ? : n° 87 à 88

2 Vers un plus grand soin apporté à l'élaboration de la loi : n° 89 à 91

3 Vers un gouvernement des juges ? : n° 92 à 94