

Titre VII

Les cahiers du Conseil constitutionnel

CHRONIQUE DE DROITS FONDAMENTAUX ET LIBERTÉS PUBLIQUES

N° 3 - octobre 2019

Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques

Écrit par

Emmanuel CARTIER



Professeur agrégé des facultés de droit à l'Univ. Lille (*)

Jean-Philippe DEROSIER



Professeur agrégé des facultés de droit à l'Univ. Lille (**)

Décision n° 2019-1 RIP du 9 mai 2019, Proposition de loi visant à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris, par J.-Ph. Derosier

RIP la privatisation d'ADP

La décision 2019-1 RIP ne concerne pas les droits fondamentaux et les libertés publiques au premier chef. Elle méritait néanmoins d'être retenue à un triple titre. D'abord, elle constitue une nouveauté, conduisant d'ailleurs le Conseil constitutionnel à créer une nouvelle catégorie parmi ses types de décisions. Ensuite, elle concerne tant la mise en œuvre de l'article 11 de la Constitution que l'application de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 : droits démocratiques et libertés économiques en constituent donc bien l'enjeu. Enfin, elle a donné lieu à une polémique exceptionnelle, au plus haut niveau de l'administration de l'État, débouchant sur une réaction non moins exceptionnelle du Président du Conseil constitutionnel en personne ⁽¹⁾.

Issue d'une initiative conjointe de 130 députés et 118 sénateurs de tous les groupes parlementaires (à l'exception de ceux soutenant le Gouvernement), la proposition de loi visant à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris est déjà un événement en soi, d'autant plus qu'il s'agit de la première mise en œuvre du « référendum d'initiative partagée », introduit par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et régi par l'article 11 de la Constitution. Seule possibilité offerte par la Constitution aux députés et sénateurs de déposer conjointement une proposition de loi, une telle initiative doit être déclarée recevable par le Conseil constitutionnel, à partir de cinq conditions. La proposition de loi doit être déposée par au moins un cinquième des membres du Parlement, soit 185 parlementaires minimum ; si une telle proposition de loi a été rejetée par référendum, une nouvelle proposition de loi portant sur le même sujet ne peut pas être déposée dans un délai de deux ans à compter de son rejet ; elle doit s'inscrire dans l'un des objets mentionnés au premier alinéa de l'article 11 de la Constitution ; elle doit être conforme à la Constitution ; enfin, elle ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition promulguée depuis moins d'un an.

Déposée par 238 parlementaires et constituant la première du genre, la proposition de loi ne présente aucune difficulté sur ces points. Tendante à faire de la société Aéroports de Paris (ADP) un « service public national » afin d'en garantir la nationalisation par application de l'alinéa 9 du Préambule de 1946 ⁽²⁾, elle s'inscrit dans la politique économique de la France, donc dans le champ d'application de l'article 11 de la Constitution et ne contrevient à aucune autre règle constitutionnelle. En revanche, elle a vocation à « rendre impossible [la] privatisation » ⁽³⁾ de cette société, désormais permise par

la loi du 22 mai 2019⁽⁴⁾, définitivement adoptée le lendemain du dépôt de la proposition de loi. S'efforçant d'y faire obstacle par tout moyen, mais en vain, le Gouvernement a cherché à démontrer qu'une disposition « encore discutée » était une « disposition promulguée », au sens de l'alinéa 3 de l'article 11 de la Constitution, rendant alors cette initiative irrecevable.

Dénonçant un contournement de la Constitution, il en appelait à l'esprit du constituant de 2008 et se référait à « l'économie de la procédure prévue aux troisième à septième alinéas de l'article 11 de la Constitution », pour considérer que « le recours au référendum n'est prévu que dans l'hypothèse où le Parlement ne s'est pas préalablement saisi du sujet »⁽⁵⁾. L'argument consistait à soutenir que la Constitution n'a pas instauré de concurrence ni d'opposition entre la souveraineté nationale exprimée directement par le peuple et celle exprimée par ses représentants.

Pourtant tel n'était pas le cas et les règles constitutionnelles ont un sens que traduisent les mots choisis pour l'exprimer. Or ce serait commettre une erreur de droit des plus élémentaires que de confondre une « disposition promulguée » et une « disposition discutée ». En effet, dès lors qu'une loi est promulguée, nul ne peut y revenir, si ce n'est le législateur lui-même, ou le Conseil constitutionnel, par la voie de la QPC. À l'inverse, tant qu'elle ne l'est pas, la Constitution offre plusieurs possibilités pour qu'elle ne le soit jamais. D'une part, le Conseil, s'il est saisi, peut déclarer ladite disposition contraire à la Constitution. D'autre part, le Président de la République peut demander une nouvelle délibération, sur le fondement de l'article 10 de la Constitution. Enfin, tant qu'elle n'est pas définitivement adoptée, rien n'oblige le Parlement à le faire et la disposition peut ainsi rester bloquée dans la procédure législative.

Le Conseil a donc fait une parfaite application de la Constitution en déclarant la proposition de loi recevable. Pour autant, le Gouvernement ne s'est pas avoué vaincu immédiatement. Puisque le Conseil était également saisi de la « loi Pacte », dont l'article 135, V, contesté devant lui, permettait la privatisation d'ADP, le Gouvernement a présenté des Observations complémentaires lui demandant de déclarer qu'à compter de la promulgation de cet article, s'il était effectivement jugé conforme à la Constitution, la procédure de recueil des soutiens devait être interrompue⁽⁶⁾. En d'autres termes, il lui était demandé de déclarer désormais irrecevable une initiative qu'il avait préalablement jugée recevable car ce premier jugement constituerait « une double faute, juridique et démocratique », selon les mots publiés dans *Le Monde* par deux professeurs de droit, sans doute emportés par leur plume⁽⁷⁾.

Si être en désaccord avec le Conseil constitutionnel est un droit, un tel fiel de la part d'experts renommés n'était sans doute pas mérité. La faute est alors plutôt commise par des auteurs confondant ce que dit la Constitution et ce qu'ils souhaiteraient qu'elle dise. Une seconde fois, le Conseil a fait une parfaite application de la Constitution en ne faisant pas droit à cette demande gouvernementale⁽⁸⁾. Son Président a cru bon devoir s'en expliquer dans un communiqué de presse extraordinaire, comme l'était l'attaque dont il a fait l'objet.

Décision n° 2019-780 DC du 4 avril 2019, Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations, par J.-Ph. Derosier

Casser la loi anti-casseurs

C'est une autre déconvenue qu'a connue le Gouvernement à propos de la loi dite « anti-casseurs », dont le Conseil constitutionnel a censuré l'article principal. Issue d'une proposition de loi déposée par la droite sénatoriale au lendemain des violentes manifestations de mai 2018 et à laquelle il s'était d'abord opposé, le Gouvernement l'a reprise et réécrite lorsqu'il fut confronté aux épisodes des « Gilets jaunes ». Elle prévoyait ainsi un mécanisme destiné à renforcer et à garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations, de nature préventive et administrative, afin d'interdire de manifestation une personne aux comportements considérés comme violents.

Selon son article 3, le préfet pouvait interdire à une personne de participer à une manifestation déclarée ou dont il avait connaissance, si elle constituait une menace d'une particulière gravité pour l'ordre public (alinéa 2). Il devait alors préciser la manifestation concernée et l'étendue géographique de l'interdiction, laquelle devait demeurer proportionnée aux circonstances, sans pouvoir excéder les lieux de la manifestation et leurs abords immédiats, tandis que le domicile et le lieu de travail de la personne ne pouvaient être couverts par l'interdiction (alinéa 3). Le préfet de son lieu de résidence pouvait également l'obliger à « pointer » auprès de toute autorité désignée, au moment de la manifestation (alinéa 4). Enfin, ce dernier pouvait aussi lui interdire de prendre part à toute manifestation sur l'ensemble du territoire national, pendant un mois maximum, s'il apparaissait qu'elle était susceptible de participer à une autre manifestation ou à une succession de manifestations (alinéa 5).

L'atteinte à la liberté de manifestation était évidente, mais ne constituait pas nécessairement une inconstitutionnalité, car chacun est en droit de manifester librement et en toute sécurité : tel était l'argument présenté pour défendre cette loi et justifier le caractère nécessaire et proportionné de cette atteinte à une liberté constitutionnelle. Tel ne fut pas l'avis du Conseil, qui a censuré l'ensemble de l'article 3, sans se limiter à la disposition qui paraissait la plus clairement contraire à la Constitution : l'interdiction quasiment « générale et absolue » de manifester (étendue à tout le territoire national), que le préfet aurait pu prononcer pendant un mois. En effet, le Conseil retient généralement que le caractère disproportionné d'une

restriction résulte de son aspect général et non limité⁽⁹⁾.

La liberté de manifestation ne bénéficie pas, en tant que telle, d'une reconnaissance de valeur constitutionnelle. Pour autant, elle est explicitement rattachée à la liberté d'expression, en ce qu'elle constitue un droit d'expression collective des idées et des opinions⁽¹⁰⁾. Ce rattachement est essentiel car il « traduit l'idée que la liberté d'expression peut s'exercer collectivement et qu'elle mérite alors la même protection constitutionnelle que lorsqu'elle s'exerce de manière individuelle »⁽¹¹⁾. Cette liberté bénéficie alors de la même importance fondamentale que la liberté d'expression et de communication, laquelle, selon une formule consacrée, « est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés »⁽¹²⁾. Par conséquent, « les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi »⁽¹³⁾.

La loi prenait le soin de préciser qu'il s'agissait de prévenir « une menace d'une particulière gravité pour l'ordre public », estimant ainsi que les restrictions au droit d'expression collective des idées et des opinions seraient constitutionnellement justifiées, car la prévention des atteintes à l'ordre public est un objectif de valeur constitutionnelle⁽¹⁴⁾. Toutefois, la loi se bornait à indiquer que cette particulière gravité devait résulter soit d'un « acte violent », soit d'« agissements » commis à l'occasion de manifestations au cours desquelles ont eu lieu des atteintes graves à l'intégrité physique des personnes ou des dommages importants aux biens.

Le Conseil constitutionnel a alors retenu que « le législateur n'a pas imposé que le comportement en cause présente nécessairement un lien avec les atteintes graves à l'intégrité physique ou les dommages importants aux biens ayant eu lieu à l'occasion de cette manifestation. Il n'a pas davantage imposé que la manifestation visée par l'interdiction soit susceptible de donner lieu à de tels atteintes ou dommages. En outre, l'interdiction peut être prononcée sur le fondement de tout agissement, que celui-ci ait ou non un lien avec la commission de violences. Enfin, tout comportement, quelle que soit son ancienneté, peut justifier le prononcé d'une interdiction de manifester. Dès lors, les dispositions contestées laissent à l'autorité administrative une latitude excessive dans l'appréciation des motifs susceptibles de justifier l'interdiction »⁽¹⁵⁾. La loi permettait donc une trop grande latitude à l'autorité administrative, sans prévoir qu'un lien devait être avancé entre le comportement (supposé) violent d'une personne et les risques d'atteintes graves à l'ordre public qu'il s'agissait de prévenir. La latitude de l'administration était ainsi trop étendue et le risque d'arbitraire était trop à craindre.

Toutefois, le Conseil a fait œuvre d'une grande pédagogie en indiquant clairement à quelles conditions une restriction à la liberté de manifester pourrait être admise. Ce faisant, il souligne effectivement que cette liberté ne saurait permettre à quiconque de manifester en toutes circonstances, mais garantit au contraire que la liberté de manifestation s'exerce en toute sécurité. L'Exécutif aurait pu en prendre immédiatement acte. En effet, alors qu'il avait d'ailleurs saisi lui-même le Conseil, réitérant ce qu'avait fait son prédécesseur, pour la première fois à l'égard d'une loi⁽¹⁶⁾, le Président de la République aurait pu demander au Parlement une nouvelle délibération afin de réécrire la disposition censurée.

Tel ne fut pas le cas et la principale autre mesure qui vit le jour grâce à cette loi fut la création du délit de dissimulation du visage, au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation, que le Conseil a validé, considérant que l'infraction était précisément définie et que la peine (15 000 € d'amende et un an d'emprisonnement) n'était pas disproportionnée.

Décision n° 2018-761 QPC du 1^{er} février 2019 Association Médecins du monde et autres [Pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution], par E. Cartier

Service minimum

Cette décision QPC de conformité, outre sa grande médiatisation, présente du point de vue contentieux un triple intérêt. D'une part, elle confirme la fonction de *forum* de la QPC compte tenu du nombre d'acteurs sociaux parties requérantes ou tiers admis à intervenir devant le Conseil constitutionnel⁽¹⁷⁾, confirmant la dimension démocratique de cette procédure qui permet de rediscuter, « en droit », les options déterminées par les représentants de la nation. Beaucoup des acteurs en présence sont en effet les mêmes que ceux sollicités durant les travaux préparatoires et un grand nombre d'arguments avancés devant le Conseil furent aussi déclinés devant les deux chambres, tant par ces acteurs auditionnés que par les parlementaires. L'option abolitionniste « prohibitionniste » choisie par le législateur dans la loi du 13 avril 2016, retranscrite au premier alinéa de l'article 225-12-1 et à l'article 611-1 du Code pénal⁽¹⁸⁾, fit l'objet de divisions profondes au sein de chaque groupe politique et fut à l'origine de l'opposition du Sénat qui conduisit à donner le dernier mot à l'Assemblée nationale, suite à un long parcours commencé en décembre 2013. Cette ouverture de la QPC à la société civile tient en grande partie au caractère objectif de la procédure et aux conditions libérales posées à l'intervention des tiers.

D'autre part, elle illustre les stratégies mises en place par certains justiciables institutionnels face à la QPC, notamment en matière pénale, *a fortiori* dans le domaine des mœurs, lorsqu'il est compliqué de trouver un justiciable prêt, à l'occasion de poursuites et/ou d'une condamnation, à entrer dans

la lumière du forum de la QPC. En l'espèce, le contentieux est né non pas devant le juge pénal mais directement devant le Conseil d'État à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir entrepris par 9 associations et 5 personnes physiques contre une décision implicite du Premier ministre rejetant la demande d'abrogation des dispositions du décret du 12 décembre 2016 relatif au stage de sensibilisation à la lutte contre l'achat d'actes sexuels (peine accessoire à la peine contraventionnelle principale fixée par la loi ⁽¹⁹⁾). Il s'agit dès lors d'une QPC « provoquée » comme il en existe beaucoup dans le domaine pénal, social ou fiscal.

Enfin, les moyens invoqués devant le Conseil constitutionnel, hormis celui reposant sur l'atteinte au principe de proportionnalité des peines, appliqué sans réelle originalité par le Conseil, présentaient la particularité d'amener le Conseil à rappeler les limites de son office via un positionnement subtil, illustrant l'adaptabilité de son contrôle aux questions sensibles de société. Le risque était d'être amené à se prononcer sur le choix du législateur, par nature politique (avec une forte dimension morale) et ne relevant pas en soi d'un jugement en droit : à savoir faire porter la lutte contre la prostitution, assimilée exclusivement à une forme de violences psychique et physique liée à la traite des êtres humains et le proxénétisme, sur la demande, c'est-à-dire sur ses clients, désormais définis comme complices du système, tout en accordant aux personnes prostituées le statut de victime, assorti de droits principalement sociaux. Ce changement de paradigme aboutissait à pénaliser de manière générale et absolue la demande d'acte sexuel tarifée tout en dépenalisant l'offre directe (par l'abrogation du délit de racolage). Cette logique qualifiée de « schizophrène » par certains requérants à l'audience et par une partie de la doctrine, supposait que le Conseil se prononce non pas sur la logique du dispositif mais sur l'atteinte à certaines libertés individuelles classiques - droit au respect de la vie privée, d'où découlent le droit à l'autonomie personnelle et la liberté sexuelle (rattachées à la liberté personnelle), liberté d'entreprendre et liberté contractuelle - associées à une activité « économique » singulière ayant comme objet la mise à disposition de son propre corps.

Le Conseil aurait pu s'appuyer sur le principe de dignité de la personne humaine pour considérer que les relations sexuelles devaient par principe échapper au commerce, et ne pouvaient donc, dès lors qu'elles étaient tarifées, relever de l'exercice des libertés dont la violation était invoquée. Ce faisant, il aurait condamné la prostitution au niveau constitutionnel, au-delà de la seule condamnation législative de la demande. Il s'est contenté, en s'appuyant sur les travaux préparatoires de la loi et avec sa formule préventive classique (ou « réserve d'opportunité » ⁽²⁰⁾, de rappeler l'office de conciliation du législateur entre ses propres objectifs, parmi lesquels la « *sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre ces formes d'asservissement* » ⁽²¹⁾ et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties. On peut regretter que cette référence ne soit pas plus constitutionalisée par les mots du Conseil qui ne lui confère ainsi pas une portée (*a minima* rhétorique) aussi grande que dans ses décisions antérieures ⁽²²⁾. Le Conseil a par ailleurs restreint son appréciation au caractère non « *manifestement inapproprié* » du moyen retenu par le législateur, refusant notamment d'intégrer dans le champ de son contrôle une série d'arguments conséquentialistes portant sur le caractère contre-productif du choix opéré, la pénalisation de la clientèle pouvant avoir comme effet la marginalisation plus grande de l'activité et accroître par conséquent l'insécurité et la violence subies par les personnes prostituées, en contradiction avec les objectifs du législateur. Une partie de ces arguments fut néanmoins indirectement intégrée dans l'appréciation de l'atteinte au droit à la protection de la santé. Ils furent cependant neutralisés par une seconde « réserve d'opportunité » et par la référence, classique en matière de santé publique ⁽²³⁾, à un « *état des connaissances* » au prisme duquel le Conseil s'est livré au même type de contrôle (restreint) que pour les autres droits et libertés. La formule, par sa généralité, traduit l'incapacité du Conseil à aller au-delà du simple constat de la prise en compte de ces questions dans les travaux parlementaires.

Le contrôle opéré sur les limites apportées aux autres droits et libertés constitutionnels invoqués s'inscrit dans la même logique minimaliste, le Conseil se contentant de constater pour celles relevant de la liberté personnelle, que la conciliation opérée par le législateur avec les objectifs poursuivis n'était pas « *manifestement déséquilibrée* » et, pour les autres (de caractère plus économique), l'absence « *d'atteinte disproportionnée* ». Ce faisant, le Conseil confirme la possibilité de soumettre la clientèle d'une minorité parmi les personnes prostituées (celles se réclamant de la prostitution « libre ») au même régime répressif que celle des personnes prostituées en situation de vulnérabilité, toute personne prostituée étant présumée de manière irréfragable incapable de donner un consentement libre et éclairé à son activité. Si la pénalisation générale et absolue de la clientèle est justifiée au nom de la lutte contre l'asservissement procédant du système prostitutionnel rattaché à la sauvegarde de la dignité de la personne humaine, le Conseil ne nie pas l'existence d'une prostitution « libre », siège de l'exercice des libertés dont la violation était invoquée, mais intègre à son argumentation un argument réaliste tiré des travaux préparatoires de la loi en relevant, à la suite du législateur, la situation de vulnérabilité des personnes prostituées « *dans leur très grande majorité* ». On notera la difficulté pratique à laquelle une telle distinction (bien que plus conforme au respect de la liberté personnelle) aurait abouti.

On pourrait regretter que le Conseil n'ait pas fait preuve de plus de finesse dans son contrôle qui demeure assez superficiel. Aller plus loin dans la validation du dispositif législatif l'aurait cependant amené plus ouvertement sur le terrain de la morale, donc au-delà d'un contrôle « en droit » de la *ratio legis*, en réduisant par exemple la question au choix binaire entre liberté et dignité. Cela aurait néanmoins clarifié son positionnement au regard de la jurisprudence de Strasbourg ⁽²⁴⁾. Par ailleurs, aller plus loin dans le degré de contrôle de la loi, au-delà du risque d'un contrôle de l'opportunité, l'aurait conduit à porter atteinte à l'équilibre de la loi et par conséquent à la réalisation de ses objectifs. En restant au milieu du gué, il a laissé au législateur une véritable marge d'évolution au regard de l'efficacité du dispositif et évité d'ouvrir la porte à un conflit trop frontal entre notre

Décision n° 2018-765 QPC du 15 février 2019 M. Charles-Henri M. [Droit des parties non assistées par un avocat et accès au rapport d'expertise pénale], par E. Cartier

Dialogue de sourds

Le principal intérêt de cette décision de non-conformité totale n'est pas tant le domaine dans lequel elle intervient (la procédure pénale), le dispositif législatif en cause (le régime d'accès au contenu de l'expertise pénale ordonnée par le juge d'instruction ⁽²⁷⁾) ni même les moyens retenus par le Conseil (l'égalité devant la Justice, les droits de la défense et le droit au procès équitable ⁽²⁸⁾) que, comme la précédente, la manière dont elle a été initiée et surtout par qui. Contrairement à la décision précédente qui illustre la dimension de forum de la QPC, la QPC en question fut initiée par un justiciable ordinaire (auteur d'une plainte avec constitution de partie civile) lors d'une phase d'instruction devant un juge de première instance et - la chose est suffisamment rare pour la souligner d'autant qu'elle était au cœur du problème de droit - sans ministère d'avocat (dans l'instance principale comme dans l'instance QPC), ce qui implique, devant le Conseil constitutionnel, l'impossibilité de produire des observations orales à l'appui de la requête. L'audience a cependant été maintenue mais n'y est intervenu, en l'absence de tierces interventions, que le représentant du Premier ministre, sans questions de la part des membres du Conseil. Le premier a par ailleurs admis l'inconstitutionnalité d'un dispositif en cours de modification devant le Parlement ⁽²⁹⁾, invitant le Conseil à faire porter sa censure sur la seule formule « *avocat des* » tout en différant les effets de l'abrogation et en prévoyant une réserve d'interprétation transitoire au bénéfice des instances en cours. Si plusieurs lois avaient progressivement uniformisé le régime de la communication des pièces du dossier de procédure aux parties avec ou sans avocat, le régime de l'expertise pénale n'avait en effet pas fait l'objet d'un alignement complet (les parties non pourvues d'un avocat ne pouvant se voir communiquer que les conclusions du rapport d'expertise et non le rapport dans son intégralité, réservé aux avocats) laissant subsister dans ce domaine une différence de traitement que le Conseil déclare à la fois injustifiée - par le caractère absolu de l'impossibilité de communication - et inconstitutionnelle du fait de ses conséquences sur la garantie des droits processuels des justiciables ayant fait le choix de ne pas recourir à un avocat. Ce faisant, il n'exclut pas toute différence de traitement entre les justiciables placés dans des situations différentes, notamment devant le juge pénal ⁽³⁰⁾, mais censure le caractère absolu de l'exclusion des justiciables sans avocat du bénéfice de la communication de l'intégralité du rapport d'expertise.

Le second intérêt de cette décision résulte de son dispositif et plus spécialement des effets attachés à la déclaration d'inconstitutionnalité (abrogation différée simple). En effet, alors que le représentant du Premier ministre l'invitait à prévoir une réserve d'interprétation transitoire au bénéfice de l'auteur de la QPC et de son « effet utile », le Conseil s'est contenté de différer l'abrogation au 1^{er} septembre 2019. Le Conseil a en principe régulièrement recours à cette technique depuis 2014 principalement en cas d'abrogation différée, afin d'éviter qu'une disposition législative inconstitutionnelle continue à produire des effets avant que le Parlement n'en modifie l'économie dans le délai prescrit par le Conseil et évitant, si le Parlement ne modifiait pas la législation dans le délai prévu, une situation de vide juridique préjudiciable ⁽³¹⁾. La grande majorité des décisions QPC assorties de telles réserves interviennent en droits fiscal et pénal où l'effet utile pour les justiciables et la sécurité juridique sont difficilement conciliables en raison du principe de rétroactivité *in mitius*, notamment dans le cadre de l'application du principe d'égalité ⁽³²⁾. Dans le champ de la procédure pénale, le Conseil avait d'ailleurs usé de cette faculté à propos de la communication des réquisitions du ministère public devant la chambre de l'instruction ⁽³³⁾. En lieu et place d'une réserve transitoire au bénéfice des justiciables concernés, le Conseil a choisi de recourir à une « réserve d'opportunité » et, après avoir souligné les risques constitutionnels attachés au bénéfice immédiat de l'abrogation, a précisé « en » qu'il ne lui appartenait pas d'indiquer les modifications devant intervenir pour remédier à l'inconstitutionnalité constatée ».

Du point de vue du requérant et des justiciables auxquels la communication d'un rapport d'expertise fut refusée, le Conseil ne joue pas le jeu de l'effet utile, au détriment du droit à un recours juridictionnel effectif, tant du point de vue du recours en inconstitutionnalité que du point de vue du recours contre un éventuel refus d'une demande d'expertise complémentaire par le juge d'instruction ⁽³⁴⁾. Du point de vue de l'ordre constitutionnel et du point de vue institutionnel, la question se pose de manière différente. En effet, la rupture d'égalité conduit en principe à la suppression de l'un des deux régimes au bénéfice du plus favorable. En l'espèce, si un régime de non-communicabilité absolue des rapports d'expertise aux justiciables sans avocat a à juste titre pu être considéré comme inconstitutionnel, il en aurait été de même d'un régime de communicabilité absolue, c'est-à-dire sans limites permettant d'éviter que ne soit porté atteinte aux objectifs et droits de valeur constitutionnelle énoncés par le Conseil : la protection du respect de la vie privée, la sauvegarde de l'ordre public et l'objectif de recherche des auteurs d'infraction ⁽³⁵⁾. Le bénéfice immédiat et automatique de l'abrogation aurait ainsi conduit à passer d'une inconstitutionnalité à une autre ⁽³⁶⁾.

La solution consistant à formuler une réserve transitoire, bien que possible en soi, se heurtait à deux obstacles. Le premier était d'ordre technique, puisqu'une telle réserve en l'espèce aurait consisté à formuler une véritable procédure organisant la communication aux parties sans avocat, lesquelles, à la différence de ces derniers, ne sont pas soumises au secret professionnel. Le Conseil aurait ainsi été amené à aller au-delà de son

pouvoir d'interprétation. Même s'il peut aller assez loin dans la formulation de ses réserves transitoires⁽³⁷⁾, il ne peut faire œuvre législative et en a pris conscience dès 2010⁽³⁸⁾. Il a néanmoins adressé une véritable feuille de route au législateur en indiquant les motifs permettant au juge d'instruction de limiter le droit à communication des parties sans avocat. Le second obstacle était d'ordre institutionnel et temporel. On comprend en effet aisément la sagesse d'une solution élaborée dans une temporalité correspondant à celle où le dispositif même de la loi faisait l'objet d'une délibération devant les représentants de la nation. Ce risque d'interférence n'était semble-t-il que virtuel, le législateur s'étant contenté d'uniformiser les deux régimes de communications sans tenir compte des limites soulignées par le Conseil⁽³⁹⁾. Le rapporteur à l'initiative de l'amendement s'était d'ailleurs référé à l'époque (avant la présente décision) à la décision 284 QPC⁽⁴⁰⁾ relative à la communication de la copie de la décision ordonnant une expertise. Outre l'assimilation hasardeuse des deux types de documents, on aurait souhaité qu'il revoie sa copie après la présente décision. Il ne faut sans doute pas se féliciter de ce dialogue de sourds ni pour l'auteur de la QPC, privé *in fine* sans raison de son bénéfice, ni pour la constitutionnalité du nouveau dispositif législatif.

* Professeur agrégé des facultés de droit à l'Univ. Lille, Co-Directeur de EA 4487 - CRDP (ERDP) - Centre « Droits et perspectives du droit (Équipe de recherche en droit public) », F-59 000 Lille, France.

** Professeur agrégé des facultés de droit à l'Univ. Lille, EA 4487 - CRDP (ERDP) - Centre « Droits et perspectives du droit (Équipe de recherche en droit public) », F-59 000 Lille, France ; Directeur scientifique du ForInCIP et de la revue *Jurisdictionia*, auteur du blog *La Constitution décodée*.

(1) Communiqué de Laurent Fabius, Président du Conseil constitutionnel du 16 mai 2019, disponible à l'adresse <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquede/communiquede-laurent-fabius-president-du-conseil-constitutionnel>.

(2) « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité. »

(3) Selon l'exposé des motifs de la proposition de loi.

(4) Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, *JORF* du 23 mai 2019, texte n° 2.

(5) Les Observations du Gouvernement sont disponible à l'adresse https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/20191rip/20191rip_observations.pdf.

(6) Les Observations complémentaires du Gouvernement sont disponible à l'adresse https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2019781dc/2019781dc_obscomp.pdf.

(7) Olivier Duhamel et Nicolas Molfessis, « ADP : » Avec le RIP, le Conseil constitutionnel joue avec le feu " », in *Le Monde* du 15 mai 2019.

(8) Décision n° 2019-781 DC du 16 mai 2019, *Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises*.

(9) Cf. décision n° 2016-569 QPC du 23 septembre 2016, *Syndicat de la magistrature et autre [Transaction pénale par officier de police judiciaire - Participation des conseils départementaux de prévention de la délinquance et des zones de sécurité prioritaires à l'exécution des peines]*.

(10) Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, *Rec.* p. 170.

(11) « Commentaire » de la décision n° 2016-535 QPC du 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme [Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence]*.

(12) Parmi d'autres, cf. décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, *Rec.* p. 107.

(13) *Ibidem*.

(14) Décisions n° 2016-535 QPC du 19 février 2016, précitée et n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018, *M. Rouchdi B. et autre [Mesures administratives de lutte contre le terrorisme]*.

(15) Décision commentée, § 23.

(16) Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*.

(17) 28 associations et 23 personnes physiques

(18) Le Conseil ayant recentré la QPC sur ces seules dispositions, au regard des moyens invoqués par les requérants.

(19) Simple infraction contraventionnelle de 5^e classe (qui relève en principe du pouvoir réglementaire) qualifiable en délit en cas de récidive, assortie de peines complémentaires fixées par décret (objet du REP)

(20) « *L'article 61-1 C. ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement* »

(21) Auquel s'ajoute celui de « *sauvegarde de l'ordre public et de prévention des infractions* »

(22) En rappelant que « *la sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation est au nombre de ces droits et constitue un principe à valeur constitutionnelle* », ex. Déc. 2015-485 QPC 25 septembre 2015, *M. Johny M.*

(23) Déc. 2015-480 QPC 17 septembre 2015, *Association Plastics Europe.*

(24) Not. CEDH 17 fév. 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique.*

(25) Not. CEDH 11 sept. 2007, *V. T. c/France*

(26) Le Conseil d'Etat, suite à la décision QPC, a rejeté le moyen d'inconventionnalité tiré de la violation de l'article 8 de la CEDH, CE, 7 juin 2019, 10^e 9^e ch. réunies, *Associations Médecins du Monde et al.*

(27) Les alinéas 1 et 2 de l'article 167 du Code de procédure pénale

(28) Que le Conseil rattache à la garantie des droits de l'article 16 de la DDHC, Déc. 535 DC du 30 mars 2006.

(29) Dans le cadre de la discussion du projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, aujourd'hui promulguée.

(30) Ce qu'il a reconnu plusieurs fois Déc. 2010-15/23 QPC 23 février 2010, *Région LANGUEDOC-ROUSSILLON et al.*

(31) Déc. 2014-420/421 QPC 9 octobre 2014*, *M. Maurice L et al**; Déc. 2015-506 QPC 4 décembre 2015, *M. Gilbert A.*

(32) Ex. Déc. 2014-400 QPC 6 juin 2014, *Sté Orange SA*

(33) Déc. 2016-566 QPC 16 septembre 2016, *Mme Marie-Lou B. et al*

(34) Seule la connaissance de l'intégralité du rapport permet de déterminer d'éventuelles lacunes.

(35) À la différence de ce qu'il avait décidé à propos de la communication de la copie de la décision ordonnant une expertise, Déc. 2012-284 QPC 23 novembre 2012, *Mme Maryse L.*

(36) L'article 167 ne permettant pas au le juge d'instruction de refuser de faire droit à la demande de communication.

(37) Déc. 2018-715 QPC 22 juin 2018, *Section française de l'Observatoire international des prisons*

(38) Suite aux critiques suscitées par sa décision 2010-10 QPC 2 juillet 2010 *Consorts C. et al*

(39) Le nouvel article 167 dispose : « *Une copie de l'intégralité du rapport est alors remise, à leur demande, aux avocats des parties ou aux parties si celles-ci ne sont pas assistées par un avocat.* ». (Amendement N° CL526 du 18 décembre 2018).

(40) *Op. cit.*

Citer cet article

