

Titre VII

Les cahiers du Conseil constitutionnel

Hors-série - octobre 2020

Dix ans de QPC en droit pénal de l'expression et de la communication

Responsables scientifiques

Lyn FRANÇOIS

Maître de conférences à l'Université de Limoges,
OMIJ

Damien ROETS

Professeur à l'Université de Limoges, OMIJ

Auteurs

Thomas BESSE

Docteur en droit privé et sciences criminelles de
l'Université de Limoges, OMIJ

Nathalie DROIN

Maîtresse de conférences HDR à l'Université de
Bourgogne Franche-Comté, CREDESPO

Lyn FRANÇOIS

Maître de conférences à l'Université de Limoges,
OMIJ

Baptiste NICAUD

Maître de conférences à l'Université de Limoges,
OMIJ

Damien ROETS

Professeur à l'Université de Limoges, OMIJ

La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) instituée par la loi du 23 juillet 2008 et entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010 constitue un outil sans précédent en France, permettant au justiciable d'exercer de façon indirecte un contrôle de la constitutionnalité des lois une fois celles-ci entrées en vigueur⁽¹⁾.

Il se distingue ainsi du contrôle de constitutionnalité *a priori*, déjà exercé par le Conseil constitutionnel avant la promulgation d'une loi, sur saisine effectuée par le président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs (cette saisine d'origine parlementaire est devenue le mode habituel de saisine de la juridiction constitutionnelle). Contrairement à ce contrôle dit *par voie d'action*, la QPC est un contrôle *par voie d'exception* exercé non parce que l'on craint qu'une atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis *peut* survenir par l'application future du texte contesté mais parce qu'un justiciable s'estime être la victime d'une violation avérée de tels droits ou libertés à l'occasion d'un procès. La question posée a pour effet de suspendre l'instance en cours afin qu'il y soit apporté une réponse, laquelle déterminera l'issue du procès. Si la loi contestée est conforme à la Constitution, elle sera appliquée comme prévu ; si elle est contraire à la Constitution, elle sera censurée (donc abrogée) et le procès sera privé de tout ou partie de ses fondements.

En droit pénal de l'expression et de la communication, la censure du texte contesté peut avoir plusieurs conséquences. Si elle concerne un texte d'incrimination, elle aboutit à la relaxe de la personne poursuivie, les propos ou informations litigieux n'étant plus considérés comme dangereux pour la préservation de l'ordre public ou pour la protection des droits d'autrui. Ce résultat fait de la QPC un moyen de défense nouveau pour les justiciables qui, outre l'argumentation relative à leur innocence ou à l'inapplicabilité des textes, peuvent désormais déployer, au surplus, une argumentation relative à la contrariété à la Constitution de la loi sur le fondement de laquelle les poursuites ont été engagées⁽²⁾. Ce nouveau moyen de défense vient s'ajouter à celui, fréquemment invoqué dans la pratique par les plaideurs, qui résulte de la violation du célèbre article 10 de la Convention européenne

des droits de l'homme garantissant la liberté d'expression. Mais la QPC n'est pas uniquement un moyen de défense pour les personnes poursuivies. Elle peut également constituer pour les personnes à l'origine des poursuites un moyen de redonner un souffle à leur action en justice lorsqu'elles se voient opposer une irrecevabilité ou une nullité pour manquement à une règle de procédure. Ces « vices de forme », fréquents en matière de droit de la presse et de la communication, trouvent leur origine dans des textes de loi ⁽³⁾, lesquels peuvent également faire l'objet d'une QPC lorsque la partie privée poursuivante estime que la règle qui la prive du droit d'agir est contraire à la Constitution. La QPC constitue dès lors un moyen, pour les justiciables, de s'« approprier » le droit pénal de l'expression et de la communication, en suscitant l'examen (ou, parfois, le *réexamen*) de textes qui, entrés en vigueur, ont déjà pu produire leurs effets dans l'ordre juridique national.

Néanmoins, cette appropriation n'intervient pas, en France, de manière diffuse, comme c'est le cas dans d'autres États où le juge saisi d'une affaire peut à la demande d'un justiciable, se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi au cas par cas ⁽⁴⁾. Le législateur de 2009 ⁽⁵⁾ a en effet choisi de confier ce contrôle de constitutionnalité *a posteriori* au Conseil constitutionnel, qui doit être saisi en cours d'instance pour se prononcer sur la constitutionnalité de la loi contestée. Or, il ne saurait appartenir aux seules parties à un procès, pour des raisons tenant à la bonne administration de la Justice, de saisir le Conseil constitutionnel pour contester la conformité d'une loi à la Constitution ⁽⁶⁾. C'est la raison pour laquelle la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution instaure un double filtre préalable à la saisine du Conseil constitutionnel. Les justiciables doivent, dans un premier temps, soulever la QPC devant les juges du fond, qui pourront ensuite transmettre cette même question à la Cour de cassation ou au Conseil d'État, lesquels devront, enfin, juger de façon définitive si la question posée doit ou non être transmise au Conseil constitutionnel. À l'occasion de ce double filtrage, les juges saisis de la question ont pour tâche de déterminer :

1 -- *si le texte de loi contesté est bien applicable au litige*, c'est-à-dire si son inconstitutionnalité alléguée aurait bien une incidence sur celui-ci si elle était constatée ⁽⁷⁾ ;

2 -- *si la disposition en cause n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution* dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ⁽⁸⁾ ;

3 -- enfin, *si la question posée est nouvelle ou suffisamment sérieuse* pour être transmise au Conseil constitutionnel, c'est-à-dire si les griefs qu'elle renferme ne sont pas fantaisistes ou purement dilatoires ⁽⁹⁾ (article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel).

S'agissant du troisième critère, il est toutefois à noter que, là où les juges du fond ont à déterminer si la question n'est *pas dépourvue de caractère sérieux* (art. 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel issu de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution), les juges suprêmes ont à juger si la question *présente un caractère sérieux* (art. 23-5 de la même ordonnance), ce qui tend à renforcer leur contrôle par rapport à celui des juges ordinaires ⁽¹⁰⁾.

Lorsqu'il est saisi d'une QPC, le Conseil constitutionnel peut, avec ou sans réserve d'interprétation, déclarer les dispositions législatives contestées conformes à la Constitution ou encore considérer qu'elles portent atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, auquel cas il prononce leur abrogation, laquelle peut être immédiate ou différée. Cet effet abrogatif de la déclaration de non-conformité conduit à écarter les dispositions en cause non seulement dans l'instance ayant donné lieu à la QPC mais également dans toutes les instances en cours à la date de cette décision. La QPC permet ainsi au Conseil constitutionnel d'exercer une véritable autorité non seulement sur l'activité parlementaire, dans la mesure où les textes de loi déjà entrés en vigueur peuvent, à tout moment, faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, mais aussi sur l'activité des différentes juridictions administratives et judiciaires qui doivent désormais prendre en considération le nouveau mécanisme dans leur interprétation des textes de loi.

En droit pénal de l'expression et de la communication, dix ans après l'entrée en vigueur de la procédure de QPC, le « bilan » est incontestablement positif. Bien plus qu'un simple mécanisme de contrôle *a posteriori* des lois, comme cela a été précédemment relevé, la QPC constitue, pour le justiciable, l'outil d'une appropriation du droit pénal de l'expression et de la communication (I), et pour le Conseil constitutionnel, l'outil d'une réappropriation de la protection de la liberté d'expression et de communication, consubstantielle à la démocratie (II).

I- La QPC, outil d'appropriation par le justiciable du droit pénal de l'expression et de la communication

La QPC est une procédure qui s'adresse avant tout au(x) justiciable(s). Elle vient ainsi combler les lacunes d'un contrôle constitutionnel dont l'initiative fut longtemps réservée aux seuls élus de la Nation, privant les citoyens d'un droit de regard légitime sur l'élaboration et l'application de la loi. Par la possibilité qui lui est offerte de saisir le Conseil constitutionnel par voie d'exception, le « justiciable-citoyen » peut ainsi, d'une certaine façon, s'approprier les droits et libertés constitutionnellement garantis dont il estime qu'ils ont été injustement atteints par le législateur ou, plus rarement, par le juge national. En droit pénal de l'expression et de la communication, cette appropriation est clairement revendiquée (A) ; elle n'en reste pas

A- Une appropriation revendiquée

La liberté d'expression et de communication est un droit consubstantiel aux régimes démocratiques et libéraux. Le Conseil constitutionnel, dès 1984, a pu l'affirmer en considérant cette liberté comme « *fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés de la souveraineté nationale*⁽¹¹⁾ ». Elle est d'abord une liberté individuelle que John Stuart Mill tenait pour nécessaire à l'épanouissement de l'Homme civilisé, « *celui qui agit en fonction de ce qu'il comprend, et qui fait tout ce qu'il peut pour comprendre* ⁽¹²⁾ ». Elle est également une liberté collective, qui n'est jamais aussi bénéfique que lorsqu'elle est exercée dans l'intérêt général (par l'information, la dénonciation, la mobilisation...). La liberté d'expression et de communication peut alors faire l'objet de revendications par les justiciables, qui en sont les premiers titulaires *et* destinataires. En dix ans d'existence, la procédure de QPC donne un aperçu de ces revendications diverses.

On observe, premièrement, des revendications de *transparence du débat public*. L'une des manifestations les plus spectaculaires de l'effet « rajeunissant » de la QPC sur le droit français de la presse en la matière est sans aucun doute la double censure des limitations à l'offre de preuve de la vérité des faits diffamatoires opérée par les décisions QPC du 20 mai 2011⁽¹³⁾ et du 7 juin 2013⁽¹⁴⁾. À l'heure où le droit de savoir constitue l'émanation la plus caractéristique de la « *société de la transparence*⁽¹⁵⁾ », les *b)* et *c)* du troisième alinéa de l'article 35 de la loi de 1881 sur la liberté de la presse, qui interdisaient à la personne poursuivie en diffamation d'apporter la preuve des faits imputés lorsqu'ils étaient effacés par le temps ou par le Droit, ne pouvaient raisonnablement perdurer, *a fortiori* dans une société où le débat politique s'exerce toujours plus sous le regard attentif des citoyens⁽¹⁶⁾. En réalité, cette double censure n'a fait qu'entériner la position adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme dans la célèbre affaire *Mamère c/ France* relative à la condamnation d'un militant écologiste pour ses propos diffamatoires envers un fonctionnaire (en l'extrapolant s'agissant du *c)*, sur lequel la juridiction européenne n'a pas eu l'occasion de se prononcer). Rejetant l'argument du gouvernement français qui s'évertuait à justifier l'interdiction de l'*exceptio veritatis* prévue à l'article 35, al. 3- *b* de la loi du 29 juillet 1881 par la volonté du législateur d'éviter que des faits anciens puissent être contestés sans limite dans le temps quant à leur réalité, la Cour de Strasbourg a affirmé que, « *au fil du temps, le débat se nourrit de nouvelles données susceptibles de permettre une meilleure compréhension de la réalité des choses* », du moins « *lorsqu'il s'agit d'événements qui s'inscrivent dans l'histoire ou relèvent de la science*⁽¹⁷⁾ * * ».

Deuxièmement, le Conseil a pu examiner des revendications allant dans le sens d' *une expression et d'une communication plus libres*. Cet accroissement de liberté est revendiqué tout autant concernant la substance même de la liberté d'expression et de communication (expression libre d'opinions minoritaires, avec les QPC relatives au délai de prescription allongé concernant les délits d'expression haineuse⁽¹⁸⁾ et aux infractions de contestation de crimes contre l'humanité⁽¹⁹⁾ et d'apologie d'actes terroristes⁽²⁰⁾) que concernant sa forme (émission et réception d'opinions et informations, notamment sur Internet, avec les QPC relatives à la responsabilité du producteur d'un service de communication au public en ligne à raison de propos tenus par des utilisateurs⁽²¹⁾ et au délit de consultation habituelle de sites faisant l'apologie du terrorisme⁽²²⁾). Les différentes décisions rendues témoignent d'une difficile recherche d'équilibre entre la protection d'une liberté d'expression valant pour les informations ou idées accueillies avec faveur, inoffensives ou indifférentes, comme pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent⁽²³⁾, et la défense d'intérêts et valeurs essentielles d'un État démocratique, telles la sécurité et la dignité des personnes.

Enfin, troisièmement, la QPC est le terrain de revendications concernant un *accès facilité à la justice* en matière d'expression et de communication. S'il convient d'apporter une protection supérieure à cette liberté, les abus commis dans son exercice ne sauraient demeurer impunis. Or, l'accès à la justice constitue indubitablement une source de controverses en droit de la presse. Le législateur de 1881 a en effet établi un régime procédural très dissuasif, dont les contraintes multiples sont de nature à décourager les poursuites et, donc, les sanctions des infractions de presse. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a de longue date considéré que les règles de procédure étaient instituées dans l'intérêt des droits de la défense et que le formalisme rigoureux qu'elles imposent est une garantie de la liberté d'expression⁽²⁴⁾. Il n'en reste pas moins que certaines règles, un temps justifiées, peuvent paraître de nos jours anachroniques. La procédure de QPC, sans procéder à une « *réécriture*⁽²⁵⁾ » de la loi de 1881 sur la presse, apparaît comme un moyen moins « radical » de « *revisiter* » cette importante loi sans mettre en péril l'esprit d'équilibre qui l'anime. Des décisions QPC en la matière permettent de conforter certaines règles de procédure en jugeant par exemple conforme à la Constitution l'article 53 de la loi de 1881 relatif aux formalités de l'acte introductif d'instance en matière de presse⁽²⁶⁾ ou encore en déclarant constitutionnel l'article 65-3 [de cette même loi] concernant le délai de prescription d'un an pour les délits de presse à raison de l'origine, l'ethnie, la nation, la race ou la religion⁽²⁷⁾. En revanche, d'autres décisions QPC ont abouti à un constat d'inconstitutionnalité⁽²⁸⁾ de certains anachronismes de procédure, comme par exemple la règle inscrite à l'article 54 de la loi de 1881 concernant le délai de distance d'« *un jour par cinq myriamètres de distance* » qui s'ajoute au délai de vingt jours entre la citation et la comparution [du prévenu] devant le tribunal correctionnel.

Ainsi, la QPC constitue un formidable moyen d'appropriation par le justiciable du droit pénal de l'expression et de communication. Revendiquée, cette appropriation n'en reste pas moins encadrée.

B- Une appropriation encadrée

Le législateur organique s'est bien gardé de calquer la procédure de QPC sur d'autres modes de saisine « diffus » de l'autorité constitutionnelle que l'on peut rencontrer à l'étranger (en droit comparé). Le contrôle de constitutionnalité, même à l'initiative du plus grand nombre, reste exercé par le seul juge constitutionnel, et ce dernier ne saurait être saisi de façon désordonnée par les justiciables au risque de perturber la bonne administration de la justice et de saper l'autorité du législateur. Cette procédure est donc fortement encadrée, et l'examen d'une QPC par le Conseil constitutionnel est soumis à des conditions, relatives à la teneur de la question posée, qui font l'objet d'un double contrôle juridictionnel préalable.

La question doit avant tout être formulée selon un *grief*, lequel doit être articulé autour d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution. Ainsi, le contrôle constitutionnel par voie d'exception reçoit une application limitée en comparaison du contrôle de conventionnalité exercé devant la Cour européenne des droits de l'homme, pour lequel l'interprétation dynamique et évolutive de la Convention européenne des droits de l'homme constitue un gage d'extensibilité du contentieux. En droit pénal de l'expression et de la communication, l'essentiel des droits et libertés constitutionnellement garantis pouvant faire l'objet d'une QPC trouve sa source au sein de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, comme le montre l'ensemble des décisions rendues au cours de cette première décennie d'existence : outre les droits à la liberté d'expression et d'opinion, protégés par les articles 10 et 11, sont le plus fréquemment invoqués le principe d'égalité devant la loi et la justice (art. 6), les principes de garantie des droits et de séparation des pouvoirs (art. 16) et les principes de légalité, de proportionnalité et de nécessité des délits et des peines (art. 8).

Ce choix, opéré par le législateur organique, de limiter le support des QPC aux seuls droits et libertés constitutionnellement garantis, à l'exclusion de ceux garantis par les engagements internationaux de la France, s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence dite « IVG » du Conseil constitutionnel. Dans cette célèbre décision, le Conseil a en effet considéré qu'« *il n'appartient pas au Conseil constitutionnel [...] d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international* ⁽²⁹⁾ * * ». Le Conseil est venu rappeler son attachement à cette « sanctuarisation » de la Constitution par rapport aux traités internationaux dans sa décision QPC du 22 juillet 2010 ⁽³⁰⁾. Les juridictions chargées d'opérer un « filtrage » de la question posée sont elles-mêmes tenues par l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, modifiée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, d'examiner en premier lieu les griefs tirés d'une absence de conformité à la Constitution, lorsque de tels griefs sont invoqués en même temps qu'une violation des engagements internationaux de la France ⁽³¹⁾.

Ce « filtrage » de la QPC, opéré principalement -- mais pas seulement ⁽³²⁾ -- par les juridictions judiciaires en droit pénal de l'expression et de la communication, est double. La juridiction du fond devant laquelle la conformité d'une loi aux droits et libertés constitutionnellement garantis est soulevée doit d'abord examiner une première fois la question posée afin de déterminer si celle-ci n'est « *pas dépourvue de caractère sérieux* ». Le cas échéant, elle devra alors surseoir à statuer et transmettre cette question à la Cour de cassation, laquelle devra déterminer si cette question « *présente un caractère sérieux* ». Comme dans d'autres domaines, ce double « filtrage » de la QPC tend, par la réduction du volume des QPC examinées par le Conseil constitutionnel, à tempérer les revendications liées à la liberté d'expression et de communication. La sélection préalable des questions jugées « sérieuses » constitue indéniablement un moyen sûr d'épargner au Conseil constitutionnel l'analyse de questions pour le moins fantaisistes, dont l'objet est le plus souvent de gagner du temps ou de donner à une affaire un impact médiatique supplémentaire.

Il n'en reste pas moins que le filtrage opéré n'est pas exempt de critiques qui se concentrent essentiellement sur la notion de caractère « sérieux » de la QPC ⁽³³⁾. Il convient notamment de relever l'imprécision de cette notion « *plastique qui se prête à des interprétations évolutives* ⁽³⁴⁾ » et qui conduit la Cour de cassation à exercer *nolens volens* un contrôle de constitutionnalité « *même réduit à son minimum* ⁽³⁵⁾ » ou encore un « *pré-contrôle de constitutionnalité* ⁽³⁶⁾ » de la disposition contestée. Le risque est alors que la Haute juridiction n'en vienne, par souci de protection de son propre rôle de gardien des droits et libertés fondamentaux, à priver le justiciable d'un examen pourtant légitime de sa question par le Conseil constitutionnel. Si la majorité des arrêts de non-renvoi d'une QPC rendus par la Cour de cassation en droit pénal de l'expression et de la communication semblent parfaitement motivés, d'autres peuvent donner l'impression que « la messe est dite » dans des cas où la constitutionnalité de la disposition critiquée apparaît pourtant douteuse.

Tandis que le justiciable se réapproprie le droit pénal de l'expression et de la communication de façon mesurée avec la QPC, l'autre bénéficiaire de cette procédure est incontestablement le Conseil constitutionnel lui-même.

II- La QPC, outil d'une réappropriation par le Conseil constitutionnel de la protection de la liberté d'expression et de communication

Garant du respect des droits et libertés constitutionnellement garantis, le Conseil constitutionnel partage inévitablement ce rôle avec d'autres institutions nationales ou internationales qui sont amenées, par destination ou par incidence, à exercer un contrôle du respect des droits et libertés fondamentaux, parmi lesquels la liberté d'expression et de communication. Si le rôle du Conseil constitutionnel a pu être, au cours des dernières

décennies, relativement limité en la matière, l'avènement de la procédure de QPC lui permet incontestablement de se réapproprier la protection de cette liberté, tout autant dans l'ordre juridique interne (1) que dans l'ordre juridique européen (2).

A- Une réappropriation dans l'ordre juridique interne

L'apparition de la procédure de QPC fut l'occasion, pour le Conseil constitutionnel, de réaffirmer sa position de gardien suprême des droits et libertés fondamentaux dans l'ordre juridique interne. Le contrôle constitutionnel *a posteriori* lui confère en effet une autorité renouvelée face au législateur (1), mais également face au juge (2).

1- Une autorité renouvelée face au législateur

C'est d'abord face au législateur que l'autorité du Conseil constitutionnel trouve traditionnellement à s'exprimer.

Depuis sa célèbre décision du 16 juillet 1971, dans laquelle fut censurée une disposition qu'il estimait contraire au principe de liberté d'association ⁽³⁷⁾, le contrôle du Conseil sur l'activité parlementaire s'exerce non seulement par référence aux dispositions du texte même de la Constitution, mais également à la lumière des textes déclaratifs visés dans son préambule, donnant à ces derniers une valeur juridique contraignante pour le législateur (Déclaration de 1789, Préambule de la Constitution de la IV^e République, Charte de l'environnement...). Mais tandis que la loi du 29 octobre 1974 ouvrit la saisine de la juridiction constitutionnelle aux députés et sénateurs ⁽³⁸⁾, permettant ainsi au débat parlementaire de connaître une prolongation décisive devant les Sages de la rue de Montpensier, le contrôle de constitutionnalité des lois restait soumis aux aléas du calendrier politique, et certains textes dont la constitutionnalité était douteuse étaient promulgués sans contrôle préalable, et *vice versa*. Avec l'ouverture de la saisine du Conseil constitutionnel au justiciable, le contrôle exercé sur l'activité législative tend à se perpétuer dans le temps. Un texte qui n'a pas été soumis à un contrôle *a priori* pourra y être soumis *a posteriori*, et pourra même éventuellement y être de nouveau soumis si un « *changement de circonstances* ⁽³⁹⁾ » le justifie.

Cette perpétuation dans le temps du contrôle de constitutionnalité fait que le législateur doit désormais composer avec l'idée que les textes votés pourront, à tout moment, et indépendamment du climat dans lequel ils sont adoptés, faire l'objet d'un contrôle. De ce fait, le législateur est en quelque sorte incité à observer avec davantage de scrupules le respect des droits et libertés constitutionnellement garantis. Ainsi, le délit de consultation habituelle de sites Internet faisant l'apologie d'actes terroristes fut adopté à deux reprises sans qu'aucun contrôle *a priori* n'ait été exercé. C'est, par deux fois, au travers d'une QPC que cette infraction fut écartée du Code pénal, à l'initiative d'un seul et même justiciable ⁽⁴⁰⁾. De même, le législateur se trouve davantage influencé par la jurisprudence constitutionnelle. Par exemple, en imposant, pour étendre le délit de contestation de crimes contre l'humanité à la négation d'autres crimes que la Shoah, que de tels crimes aient donné lieu à une condamnation prononcée par une juridiction française ou internationale, le législateur a entendu tirer les conséquences de la décision QPC du 8 janvier 2016 selon laquelle « *la négation de faits qualifiés de crime contre l'humanité par une décision d'une juridiction française ou internationale reconnue par la France se différencie de la négation de faits qualifiés de crime contre l'humanité par une juridiction autre ou par la loi* ⁽⁴¹⁾ ».

L'examen d'une QPC peut également être l'occasion pour le Conseil constitutionnel d'exercer une influence sur l'activité du législateur. On en veut pour exemple la déclaration d'inconstitutionnalité à effet différé prononcée dans la décision QPC du 16 octobre 2015, aux termes de laquelle la censure ne devait prendre effet qu'au 1^{er} octobre 2016 pour permettre au législateur de modifier l'article 48-2 de la loi de 1881 relatif à l'action civile d'associations en matière d'apologie de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité ⁽⁴²⁾. Tandis que cette décision n'imposait nullement au législateur d'agir, le Conseil ayant bien précisé que ce dernier conservait un pouvoir général d'appréciation en la matière, la situation qui devait résulter de cette censure était de nature à mettre le législateur dans l'embarras au regard du recul qu'elle constituait en droit de la presse. Si, dans les faits, l'intervention du législateur a pris effet postérieurement à la date indiquée par le Conseil, c'est bien pour éviter de priver les associations de leur droit d'agir que l'article 48-2 a été modifié par la loi du 27 janvier 2017 ⁽⁴³⁾.

2- Une autorité émergente face au juge

De façon plus inédite, la QPC est venue conférer au Conseil constitutionnel une autorité supplémentaire sur l'activité juridictionnelle.

Le contrôle de constitutionnalité portant traditionnellement sur les seuls textes de loi, les juges chargés de leur application conservent une marge d'appréciation souveraine quant à la portée qu'il convient de leur donner à compter de leur entrée en vigueur. Mais le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* est d'une nature sensiblement différente du contrôle *a priori* en ce qu'il ne saurait porter sur le seul texte législatif « brut ». En effet, la loi entrée en vigueur est susceptible d'avoir fait l'objet d'une application plus ou moins constante par les juridictions qui, en l'interprétant, viennent inévitablement enrichir sa portée et son sens. Tandis que la Cour de cassation a initialement refusé de transmettre des QPC visant un texte de loi à raison de l'interprétation constante dont il faisait l'objet ⁽⁴⁴⁾, le Conseil constitutionnel est venu préciser qu'« *en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition* ⁽⁴⁵⁾ ». Ce faisant, le Conseil constitutionnel entérine l'idée qu'il peut être amené à exercer un contrôle et, partant, son autorité

Cette autorité se manifeste notamment par l'utilisation des réserves d'interprétation par lesquelles le Conseil, tout en constatant la conformité d'un texte à la Constitution, précise les frontières au-delà desquelles son interprétation par les juges le ferait tomber dans l'inconstitutionnalité. Déjà utilisée dans le cadre du contrôle *a priori*, cette technique a un impact différent en matière de contrôle *a posteriori* dans la mesure où elle ne vise plus seulement à combler les lacunes de la législation mais, surtout, à limiter l'œuvre créatrice de la jurisprudence. Ainsi, et à rebours de la jurisprudence établie précédemment par la Cour de cassation⁽⁴⁶⁾, la décision QPC du 16 septembre 2011 est venue préciser que l'article 93-3 de la loi de 1982 sur la liberté de communication ne saurait s'interpréter comme instaurant, à l'égard du producteur d'un service de communication au public en ligne, une présomption quasi irréfragable de responsabilité à raison de messages postés par des internautes dont il n'aurait pas eu préalablement connaissance⁽⁴⁷⁾.

À n'en pas douter, cette autorité émergente du Conseil constitutionnel sur l'activité juridictionnelle est une source de « *déstabilisation relative*⁽⁴⁸⁾ »* de la Cour de cassation contrainte de se conformer aux décisions rendues par le Conseil. Cette déstabilisation amène la Cour de cassation à resserrer les mailles du filtrage opéré sur les QPC en refusant leur transmission au motif soit que la question soulevée ne présente pas un « caractère sérieux », soit que la disposition législative contestée est conforme à la Constitution. La procédure de QPC reflète donc un conflit latent entre le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation pour assurer le rôle de « gardien » des droits fondamentaux. Il n'en reste pas moins que, au-delà des conflits de compétences qu'elle suscite inévitablement, la procédure de QPC s'insère incontestablement dans une optique de dialogue et d'entente, notamment dans l'ordre juridique européen.

B- Une réappropriation dans l'ordre juridique européen

L'institution de la procédure de QPC a en quelque sorte « juridictionnalisé » le rôle du Conseil constitutionnel⁽⁴⁹⁾. Celui-ci n'est plus, comme par le passé, une instance saisie par les seuls élus de la Nation afin de statuer *ex nihilo* sur la conformité à la Constitution de textes à peine adoptés. Il s'est mué en véritable degré extraordinaire de juridiction saisi à l'initiative des justiciables et chargé de protéger les droits et libertés constitutionnellement garantis face aux atteintes alléguées de textes ayant déjà pu produire leurs effets en droit interne. De ce fait, il entre plus ou moins directement en concurrence avec d'autres juridictions qui, dans l'ordre juridique européen, protègent des droits et libertés identiques en fondant leur compétence sur des traités et conventions multilatéraux, telles la Cour de Justice de l'Union européenne, avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et, surtout, la Cour européenne des droits de l'homme avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (plus connue sous l'appellation « Convention européenne des droits de l'homme »). La « *multiplication et l'enchevêtrement des normes applicables*⁽⁵⁰⁾ » en matière de droits et libertés fondamentaux, parmi lesquels compte la liberté d'expression et de communication, tend ainsi à former une mise en concurrence des juges nationaux et européens au sein de ce que l'on peut qualifier de « *supermarché des droits fondamentaux*⁽⁵¹⁾ » dans lequel la QPC attribue un rôle nouveau au Conseil constitutionnel.

Cette concurrence est de nature à entraîner des relations conflictuelles entre, d'une part, une juridiction nationale -- le Conseil constitutionnel -- qui souhaite défendre la primauté de la Constitution sur l'ensemble des normes applicables en France ainsi que les particularités de la culture juridique française au sein de l'espace européen et, d'autre part, des juridictions européennes qui ont pour tâche d'assurer l'harmonisation des législations et pratiques judiciaires au sein de ce même espace. Pourtant, si certains estiment que « *la Cour de justice et la Cour européenne sont toutes deux, dans leurs champs respectifs, dans une situation éminente par rapport aux juridictions nationales*⁽⁵²⁾ », « *les juridictions européennes « dictent » le droit, leurs droits, aux autres*⁽⁵³⁾ », le Conseil constitutionnel ne tient pas moins à affirmer sa souveraineté quant à l'étendue qu'il entend donner à l'exercice des droits et libertés constitutionnellement garantis, notamment par le rappel de la non-invocabilité de griefs tirés d'une violation des engagements internationaux de la France⁽⁵⁴⁾.

Si la coexistence de ces mécanismes de protection des droits fondamentaux, et en particulier du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et du contrôle conventionnel devant la Cour européenne des droits de l'homme, peut être source de dissonances, elle ne saurait toutefois être perçue comme un handicap. Bien au contraire, on peut souligner la complémentarité de ces mécanismes, dont la mise en concurrence peut conduire, à terme, à un alignement des seuils de protection au niveau le plus élevé⁽⁵⁵⁾. En ce sens, il convient d'abord de préciser que les effets de ces deux contrôles diffèrent. Une déclaration d'inconstitutionnalité aboutira à la censure, partielle ou totale, des dispositions critiquées, censure dont les effets s'étendront à toute situation présente ou future. Une déclaration d'inconventionnalité (*i.e.* un constat de violation de la Convention européenne des droits de l'homme ou de l'un de ses protocoles additionnels) ne produira d'effets que sur la situation d'espèce soumise à l'examen de la Cour de Strasbourg, laissant subsister le texte à l'origine de la violation constatée (étant toutefois rappelé qu'un constat de violation de la Convention peut *de facto* produire un effet abrogatif dans l'ordre juridique interne⁽⁵⁶⁾). Dès lors, la QPC, loin d'être une simple « alternative » au contrôle de conventionnalité, constitue un mécanisme supplémentaire de défense des justiciables pouvant être mis en œuvre préalablement à la saisine de la Cour de Strasbourg et permettant au Conseil constitutionnel de jouer un rôle déterminant dans la protection des droits et libertés fondamentaux à l'échelle européenne.

Enfin, cette coexistence est assurément de nature à renforcer ce qui est aujourd'hui désigné comme le « dialogue des juges ». Celui-ci, selon les mots de son concepteur, Bruno Genevois, consiste dans « *la prise en compte par une juridiction non seulement de sa propre jurisprudence, mais aussi, selon des procédures formalisées ou non, de la jurisprudence d'autres juridictions (au plan national, transnational ou supranational) dans le but d'assurer la cohérence d'ensemble du droit* »⁽⁵⁷⁾. Ce « dialogue » connaît des manifestations remarquables en droit pénal de l'expression et de la communication. Ainsi, à plusieurs reprises, on a pu faire état de la prise en compte par le Conseil constitutionnel de la jurisprudence strasbourgeoise dans le cadre de l'examen d'une QPC. Cela a pu être observé notamment dans les décisions du 20 mai 2011 et du 7 juin 2013 en matière d'exception de vérité des faits diffamatoires lorsqu'il s'est agi d'évoquer la protection de propos s'inscrivant dans un débat d'intérêt général⁽⁵⁸⁾, ou encore dans sa décision du 8 janvier 2016 en matière de négationnisme lorsqu'il fut question d'assimiler la contestation de l'Holocauste à des propos incitant à la haine⁽⁵⁹⁾. Mais la Cour européenne des droits de l'homme peut, elle aussi, être amenée à tenir compte de la jurisprudence constitutionnelle française en droit pénal de l'expression et de la communication. Ce fut notamment le cas dans son arrêt de Grande Chambre *Perinçek c/ Suisse* lorsqu'elle cita la décision de censure rendue par le Conseil constitutionnel contre la loi du 23 janvier 2012 tendant à pénaliser la négation de crimes contre l'humanité reconnus par la loi⁽⁶⁰⁾.

Ce « dialogue » pourrait être grandement enrichi par la récente entrée en vigueur, le 1^{er} août 2018, du Protocole additionnel n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme. Celui-ci prévoit, en effet, que « *les plus hautes juridictions* » d'un État signataire peuvent, dans le cadre d'une affaire pendante devant elles, adresser à la Cour européenne des droits de l'homme des « *demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles* ». Parmi les hautes juridictions auxquelles la France a décidé de confier cette faculté se trouvent la Cour de cassation, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel, lequel pourrait dès lors être amené à s'en servir dans le cadre d'une QPC, sous réserve toutefois que le strict délai dans lequel il est amené à se prononcer soit compatible avec cette nouvelle procédure⁽⁶¹⁾.

(1): Christine Maugüé et Jacques-Henri Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, 3^e éd., Dalloz, 2017 (v. not. p. 2).

(2): Didier Guérin, « La question prioritaire de constitutionnalité. Bilan provisoire et premières interrogations », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2010, p. 883 (v. not. p. 884) ; Christophe Bigot, « Comparaison pratique de la QPC et des autres techniques de recours concernant les droits fondamentaux », *Légicom*, 2012/1, n° 48, p. 13.

(3): Le procès en matière de presse et de communication est caractérisé par un régime procédural spécial qui limite les possibilités de poursuite et des infractions. Sur cette question, v. not. Nicolas Bonnal, « Les chausse-trappes procédurales de la loi de 1881 : mythe ou réalité ? Essai d'études statistiques », *Légipresse*, 2011, n° 289, p. 665-675 et Michel Véron, « Le parcours procédural en matière d'injures et de diffamations envers les particuliers » in *Liberté de la presse et droit pénal*, PUAM, 1994, p. 68.

(4): Évoquant ainsi le cas du *Judicial review* américain, v. Mathieu Disant, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Lamy, 2011 (v. not. p. 113, n° 9).

(5): Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

(6): Christine Maugüé et Jacques-Henri Stahl, *op. cit.*, p. 46.

(7): Jean-Baptiste Perrier, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », *Revue française de droit administratif*, 2011 p. 711.

(8): Christine Maugüé et Jacques-Henri Stahl, *op. cit.*, p. 64.

(9): *Ibid.*, p. 68.

(10): Didier Guérin, « Question prioritaire de constitutionnalité et loi sur la presse », *Légicom*, 2012/1, n° 48 p. 27.

(11): Cons. const., déc. n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, cons. 37.

(12): Henry M. Magid, « John Stuart Mill », in Léo Strauss et Joseph Cropsey (dir.), *Histoire de la philosophie politique*, PUF, 2010, p. 871 (v. not. p. 886-887).

(13): Cons. const., décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre*.

(14): Cons. const., décision n° 2013-319 QPC du 7 juin 2013, *M. Philippe B.*

(15): Agathe Lepage, avant-propos du Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation, *Le droit de savoir*, La Documentation française, 2011, p. 65 s. (v. not. p. 70 s.).

(16): V. Rapport final, p. 21 s.

(17): CEDH, 7 nov. 2006, *Mamère c/ France*, req. n°12697/03, § 24 ; pour des commentaires de cet arrêt, v. not. Lyn François, « Le droit français de la diffamation à nouveau sur la sellette. À propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Mamère c/ France* du 7 novembre 2006 », *Gazette du Palais*, 31 mai 2007, p. 2 ; Jean-Pierre Marguénaud, « Le droit à la liberté d'expression des militants écologistes », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1704 ; Christophe Bigot, « Jurisprudence de la Cour européenne en matière de liberté d'expression. Novembre 2005-juin 2007 », *Légipresse*, septembre 2007, n° 224, p. 118 ; Henri Leclerc, « La liberté du franc-parler », *Légipresse*, mars 2007, n° 239, p. 36 ; Damien Roets, « L' *exceptio veritatis*, l'Histoire et la Science », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2008, p. 140.

(18): Cons. const., décision n° 2013-302 QPC du 12 avril 2013, *M. Laurent A. et autres.* ; v. Rapport final, p. 79 s.

(19): Cons. const., décision n° 2015-512 QPC du 8 janvier 2016, *M. Vincent R. * ; v. Rapport final, p. 42 s.

(20): Cons. const., décision n° 2018-706 QPC du 18 mai 2018, *M. Jean-Marc R. * ; v. Rapport final, p. 60 s.

(21): Cons. const., décision n° 2011-164 QPC du 16 septembre 2011, *M. Antoine J.* ; v. Rapport final, p. 29 s.

(22): Cons. const., décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017 et n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017, *M. David P.* ; v. Rapport final, p. 50 s.

(23): Selon la désormais célèbre formule de la Cour EDH dans son arrêt *Handyside c/ Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 49.

(24): Cass. crim., 3 mars 1987, *La Semaine Juridique – Édition Générale* 1987, IV. 163.

(25): Nathalie Droin et Walter Jean-Baptiste (dir.), *La réécriture de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 : une nécessité ?*, Actes du colloque organisé les 3 et 4 novembre 2016 par le CREDESPO à l'Université de Bourgogne Franche-Comté, LGDJ, 2017.

(26): Cons. const., décision n° 2013-311 QPC du 17 mai 2013, *Société Écocert France. * ; v. Rapport final, p. 75 s.

(27): Cons. const., décision n° 2013-302 QPC du 12 avril 2013, *M. Laurent A. et autres.* ; v. Rapport final, p. 79 s.

(28): Cons. const., décision n° 2019-786 QPC du 24 mai 2019, *Association Sea Shepherd. * ; v. Rapport final, p. 81 s.

(29): Cons. const., décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, cons. 7.

(30): « *Considérant qu'un grief tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité ; que, par suite, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61-1 de la Constitution, d'examiner la compatibilité des dispositions contestées avec les engagements internationaux de la France* » (Cons. const., décision n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre*, cons. 11).

(31): V. l'article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel issu de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

(32): V., par ex., la décision n° 2017-693 QPC du 2 mars 2018, *Association de la presse judiciaire*, relative à l'article 11 du Code de procédure pénale en matière de secret de l'instruction fut rendue à la suite d'un renvoi opéré par le Conseil d'État ; v. Rapport final, p. 82 s.

(33): V., par ex., Rapport final, p. 99-100.

(34): Guillaume Drago, « Exception d'inconstitutionnalité - Prolegomènes d'une pratique contentieuse », *La Semaine Juridique, Édition Générale*, 2008. I. 217.

(35): *Ibid.*

(36): Jean-Baptiste Perrier, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », étude préc., p. 711.

(37) : Cons. const., décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, cons. 4.

(38) : Loi constitutionnelle n° 79-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution.

(39) : Art. 23-2-2° de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel issu de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

(40) : Cons. const., décisions n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, *M. David P.*, et n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017, *M. David P.*, préc.*.* ; v. Rapport final, p. 50 s.

(41) : Cons. const., décision n° 2015-512 QPC du 8 janvier 2016, *M. Vincent R.*, préc., cons. 10 ; v. Rapport final, p. 42 s.

(42) : Cons. const., décision n° 2015-492 QPC du 16 octobre 2015, *Association Communauté rwandaise de France*.

(43) : Art. 176 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

(44) : Crim., 19 mai 2010, inédit, pourvoi n° 09-82.582 ; Cass. Ass. plén., 31 mai 2010, pourvoi n° 09-70.716.

(45) : Cons. const., décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*, cons. 2.

(46) : Crim., 16 février 2010 (2 arrêts), Bull. crim. n°s 30 et 31.

(47) : Cons. const., décision n° 2011-164 QPC du 16 septembre 2011, *M. Antoine J.*, préc. ; v. Rapport final, p. 29 s.

(48) : Bernadette Aubert et Claire Saas, « Les échos entre cours suprêmes -- Deuxième mouvement », *Actualité Juridique Pénale*, 2018, p. 397.

(49) : Jean-Baptiste Perrier, « Primauté -- Europe(s) versus Constitution : la hiérarchie des normes et la protection des droits fondamentaux en matière pénale », *Europe*, 2014, étude 8 (v. not. n° 18).

(50) : Christophe Fardet, « Le dialogue des juges existe-t-il ? », in *La concurrence des juges en Europe - Le dialogue des juges en question(s)*, Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Les Actes de la Revue du droit de l'Union européenne, éd. Clément Juglar, 2018, p. 38 ; dans le même sens, v. aussi Bernadette Aubert et Claire Saas, « Les échos entre cours suprêmes -- Deuxième mouvement », étude préc., p. 397.

(51) : Véronique Champeil-Desplats, « Conclusions générales », in Julien Bonnet ; Jordane Arlettaz (dir.), *L'objectivisation du contentieux des droits et libertés fondamentaux*, Pedone, Publication de l'Institut international des droits de l'homme, 2016, p. 193, cité par Mustapha Afroukh, « La CEDH : facteur de concurrence des juges dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité », in Pierre-Yves Monjal, Pascal Jan et Christophe Geslot (dir.), *op. cit.* p. 451.

(52) : Abdelkhaleq Berramdane, « Dialogue, Monologue à trois : CJUE, CEDH et juridictions constitutionnelles et suprêmes », in Pierre-Yves Monjal, Pascal Jan et Christophe Geslot (dir.), p. 213.

(53) : *Ibid.*

(54) : Cons. const., décision n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre*, préc.

(55) : Jean-Baptiste Perrier, *Europe*, 2014, étude préc., n° 16.

(56) : C'est ainsi, par exemple, que le constat de violation par la France de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Du Roy et Malaurie c/ France* du 3 octobre 2000 est à l'origine de l'abrogation de l'article 2 de la loi du 2 juillet 1931 qui incriminait le fait de « publier, avant décision judiciaire, toute information relative à des constitutions de partie civile ».

(57) : Bruno Genevois, « Dialogue des juges ou confrontation sous-jacente ? », in Pierre-Yves Monjal, Pascal Jan et Christophe Geslot (dir.), *op. cit.*, p. 19

(58) : Cons. const., décisions n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre.*, et n° 2013-319 QPC du 7 juin 2013, *M. Philippe B.*, préc. ; v. Rapport final, p. 21 s.

(59) : Cons. const., décision n° 2015-512 QPC du 8 janvier 2016, *M. Vincent R.*, préc. ; v. Rapport final, p. 42 s.

(60) : Cour EDH, GC, *Perinçek c/ Suisse*, 15 octobre 2015, § 94.

(61) : Bernadette Aubert et Claire Saas, étude préc., p. 397.

Citer cet article

« Dix ans de QPC en droit pénal de l'expression et de la communication », Titre VII [en ligne], Hors-série, *QPC 2020 : les dix ans de la question citoyenne*, octobre 2020. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/dix-ans-de-qpc-en-droit-penal-de-l-expression-et-de-la-communication>