



Commentaire

Décision n° 2023-1046 QPC du 21 avril 2023

M. Éric D.

(Perquisitions réalisées dans les locaux d'un ministère)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 17 février 2023 par la Cour de cassation (assemblée plénière, arrêt n° 665 du même jour) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par M. Éric D. relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du troisième alinéa de l'article 56 du code de procédure pénale (CPP), du premier alinéa de l'article 57 du même code et du quatrième alinéa de son article 96, dans leur rédaction résultant de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

Dans sa décision n° 2023-1046 QPC du 21 avril 2023, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution le quatrième alinéa de l'article 96 du code de procédure pénale, dans cette rédaction.

Dans cette affaire, Mme Véronique MALBEC et M. Jacques MÉZARD ont estimé devoir s'abstenir de siéger. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a dûment constaté, conformément à l'article 14 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, qu'il devait, en raison d'un cas de force majeure, déroger au quorum prévu par cet article.

I. – Les dispositions contestées

A. – Objet des dispositions contestées

1. – Les perquisitions et saisies dans le cadre d'une enquête pénale

* Dans le cadre d'une procédure pénale, la perquisition consiste à pénétrer dans un lieu clos, et notamment au domicile d'un particulier¹, pour rechercher les indices permettant d'établir l'existence d'une infraction ou d'en déterminer

¹ La notion pénale de domicile est entendue largement : il ne s'agit pas seulement du lieu où une personne « *a son principal établissement* » (article 102 du code civil), mais plus généralement le lieu où, qu'elle y habite ou non, la personne a le droit de se dire chez elle, quels que soient le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux (Cass. Crim. 31 janv. 1914).

l'auteur. À cette occasion, il peut être procédé à la saisie d'objets, placés sous main de justice².

Ces divers actes d'investigation sont prévus tant dans le cadre de l'enquête de flagrance que de l'enquête préliminaire ou encore de l'instruction.

* Concernant l'enquête de flagrance, les articles 56 et 57 du CPP prévoient – hors régimes spécifiques régis par les articles 56-1 à 56-5 (cf. *infra*) – la possibilité de réaliser ces perquisitions et saisies et précisent les principales conditions dans lesquelles il peut y être procédé par les enquêteurs.

Il en résulte que la perquisition doit notamment être réalisée par un officier de police judiciaire (OPJ)³, qui en dresse procès-verbal. Par ailleurs, seul l'OPJ réalisant la perquisition peut prendre connaissance des documents dont la saisie est envisagée⁴.

« *Toutefois, »* aux termes du troisième alinéa de l'article 56 du CPP (***première disposition objet de la décision commentée***) « *sans préjudice de l'application des articles 56-1 à 56-5, [l'OPJ] a l'obligation de provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense »*.

Si l'assentiment de la personne au domicile de laquelle la perquisition est effectuée n'est pas nécessaire en cas de flagrance, la perquisition doit cependant être réalisée en sa présence. Si cette personne ne peut pas être présente, elle peut désigner un représentant de son choix et, à défaut, la perquisition est réalisée en présence de deux témoins requis à cet effet par l'OPJ, en dehors des personnes relevant de son autorité administrative.

À cet égard, le premier alinéa de l'article 57 du CPP (***deuxième disposition objet de la décision commentée***) prévoit que « *Sous réserve des articles 56-1 à 56-5 et du respect du secret professionnel et des droits de la défense mentionné à l'article 56, les opérations prescrites par ledit article sont faites en présence de la personne au domicile de laquelle la perquisition a lieu »*.

² Sur la définition de la perquisition, voir Cass. crim, 29 mars 1994, n° 93-84.995, Publié au bulletin. Le terme peut être employé de façon plus large pour englober trois actes distincts : la visite domiciliaire qui permet de pénétrer dans le lieu privé, la perquisition proprement dite – qui consiste à rechercher les éléments de preuve –, et la saisie des biens considérés comme utiles à la procédure en cours.

³ Ce qui exclut qu'elle soit effectuée, par exemple, par un agent de police judiciaire. Comme c'est le principe en matière de flagrance, l'officier de police judiciaire peut agir sans autorisation préalable du procureur de la République, sauf lorsque la perquisition est effectuée aux seules fins de rechercher et de saisir des biens dont la confiscation est prévue par les cinquième et sixième alinéas de l'article 131-21 du code pénal.

⁴ Ainsi que la personne au domicile de laquelle la perquisition a lieu, ou le cas échéant les personnes désignées comme représentant ou témoin de la personne dont c'est le domicile, ainsi que les personnes qualifiées requises lorsqu'il y a lieu de procéder à des constatations ou à des examens techniques ou scientifiques.

* Au cours de l'enquête préliminaire, « *Les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ou de biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du code pénal ne peuvent être effectuées sans l'assentiment exprès de la personne chez laquelle l'opération a lieu* » (article 76 du CPP)⁵. Toutefois, si les investigations portent sur une infraction qui fait encourir plus de trois ans d'emprisonnement et si les nécessités de l'enquête l'exigent, le juge des libertés et de la détention (JLD) peut autoriser la réalisation de la perquisition sans assentiment de la personne concernée.

* Pendant l'information judiciaire, les règles encadrant la perquisition sont proches de celles applicables en enquête de flagrance.

Les dispositions des articles 57 (relatif à la présence de la personne au domicile de laquelle la perquisition a lieu) et 59 (relatif aux horaires de la perquisition) du CPP sont ainsi applicables en cas de perquisition menée, dans le cadre d'une instruction, au domicile de la personne mise en examen⁶.

Par ailleurs, l'article 96 du CPP prévoit, en cas de perquisition au domicile d'une personne autre que celle mise en examen, que la personne chez qui elle est réalisée doit être invitée à y assister et, à défaut de sa présence, que la perquisition a lieu en présence de deux de ses parents ou alliés, ou en présence de deux témoins. Ces mêmes dispositions prévoient en outre que le juge d'instruction a l'obligation de provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense.

En outre, aux termes du dernier alinéa de cet article 96 du CPP (*troisième disposition objet de la décision commentée*) « *Les dispositions des articles 56 et 56-1 à 56-5 sont applicables aux perquisitions effectuées par le juge d'instruction* ».

2. – La protection des lieux abritant des documents ou objets couverts par certains secrets lors d'une perquisition

a. – Le principe de protection du secret professionnel et des droits de la défense

Depuis leur création, les articles 56 et 96 du CPP prévoient, dans des termes comparables, que l'OPJ ou le juge d'instruction procédant à une perquisition a

⁵ Cet assentiment doit faire l'objet d'une déclaration écrite de la main de l'intéressé ou d'une mention au procès-verbal si l'intéressé ne sait pas écrire.

⁶ Article 95 du CPP.

« l'obligation de provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense ».

Cette disposition de portée générale vise ainsi à protéger le secret professionnel quel qu'en soit le dépositaire⁷.

La Cour de cassation a pu se fonder sur ces articles pour juger que le pouvoir de saisir les objets utiles à la manifestation de la vérité trouve sa limite dans le principe de la libre défense qui commande de respecter la confidentialité des correspondances échangées entre un avocat et son client lorsqu'elles sont liées à l'exercice des droits de la défense⁸. C'est également sur le fondement de l'article 96 du CPP qu'elle a jugé qu'un juge d'instruction ayant, d'une part, avant de se transporter dans un cabinet d'avocat pour réaliser une perquisition, prévenu le bâtonnier en exercice en lui fournissant toutes indications utiles pour lui permettre d'assister à la perquisition et, d'autre part, consulté des documents se trouvant dans ce cabinet en présence du bâtonnier, avait provoqué les mesures utiles afin que soit respecté le secret professionnel⁹.

b. – Les protections spécifiques bénéficiant à certains lieux pouvant faire l'objet d'une perquisition

En application des articles 56-1 à 56-5 du CPP, les perquisitions doivent satisfaire à des conditions supplémentaires lorsqu'elles concernent certains lieux ou certaines personnes, en raison de la nature du secret auquel ces mesures peuvent porter atteinte.

* Ainsi, l'article 56-1 du CPP encadre les perquisitions réalisées au cabinet d'un avocat ou à son domicile.

⁷ Les travaux préparatoires de la loi à l'origine de cette protection générale font apparaître la volonté du législateur « d'introduire dans le code de procédure pénale un principe général qui, suffisamment large, permettrait d'assurer dans tous les cas le respect du secret professionnel et des droits de la défense » (rapport de M. Isorai, rapporteur au nom de la commission de la justice de l'Assemblée nationale [n° 4255] sur le projet de loi à l'origine de la loi n° 57-1426 du 31 décembre 1957 portant institution d'un code de procédure pénale (titre préliminaire et livre I^{er}). Dans leur *Traité de procédure pénale*, M. Frédéric Desportes et Mme Laurence Lazerges-Cousquer, indiquent qu'on ne peut analyser cette règle comme une simple introduction aux protections particulières prévues par les articles 56-1 à 56-5 dès lors que, rédigée en termes généraux, elle tend à préserver le secret professionnel de manière générale et quel qu'en soit le dépositaire. Selon eux, cette disposition « n'interdit nullement de perquisitionner dans les locaux de personnes tenues au secret professionnel, ni même de prendre connaissance d'informations couvertes par ce secret. Il s'agit en réalité d'éviter, au cours des opérations de perquisition, toute atteinte au secret qui ne serait justifiée par les besoins de la manifestation de la vérité. À cet effet, le juge ou l'OPJ doit veiller à ce que les tiers présents à un titre ou à un autre (...) ne prennent inconsidérément connaissance des documents et données trouvées par lui (...). La protection des droits de la défense impose quant à elle d'éviter qu'au cours d'une perquisition soit examinée la correspondance échangée entre la personne mise en examen et son avocat en vue d'organiser la défense de la première » (3^e édition, Economica, 2013, § 2343).

⁸ Cass. crim., 13 décembre 2006, *Bull. crim.* n° 313.

⁹ Cass. crim., 1^{er} février 1988, n° 86-95678, *Bull. crim.* n° 47.

Depuis la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire¹⁰, une telle perquisition doit être autorisée par le juge des libertés et de la détention. Elle doit être réalisée en présence du bâtonnier par le procureur de la République pendant l'enquête et par le juge d'instruction pendant l'information judiciaire. Le bâtonnier peut s'opposer à la saisie d'un document ou d'un objet s'il estime que la saisie est irrégulière. En cas de contestation, le juge des libertés et de la détention doit statuer par ordonnance motivée.

L'article 56-2 du CPP encadre la perquisition réalisée dans les locaux d'une entreprise de presse, d'une entreprise de communication audiovisuelle, d'une entreprise de communication au public en ligne, d'une agence de presse, dans les véhicules professionnels de ces entreprises ou agences ou au domicile d'un journaliste, afin de protéger le secret des sources des journalistes.

Cette perquisition doit également être réalisée par un magistrat et la personne qui y assiste peut s'opposer à la saisie de documents ou d'objets qu'elle estimerait irrégulière, le juge des libertés et de la détention statuant sur la contestation.

L'article 56-3 du CPP impose que les perquisitions réalisées dans le cabinet d'un médecin, d'un notaire ou d'un huissier soient effectuées par un magistrat et en présence de la personne responsable de l'ordre auquel appartient l'intéressé.

L'article 56-4 du CPP envisage le cas particulier de la perquisition réalisée dans certains lieux protégés abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale.

Elle doit être réalisée par un magistrat en présence du président de la Commission du secret de la défense nationale¹¹. Elle intervient en vertu d'une décision écrite du magistrat qui indique au président de la Commission du secret de la défense nationale les informations utiles à l'accomplissement de sa mission. Le président de la Commission du secret de la défense nationale peut seul prendre connaissance d'éléments classifiés découverts sur les lieux. Le magistrat ne peut saisir, parmi les éléments classifiés, que ceux relatifs aux infractions sur lesquelles portent les investigations. Les documents saisis sont placés sous scellés et remis au président de la Commission du secret de la défense nationale.

Est également envisagé le cas de la découverte d'éléments couverts par le secret de la défense nationale dans un lieu qui ne figure pas sur la liste des lieux couverts par ce secret.

¹⁰ Loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021.

¹¹ La Commission du secret de la défense nationale est une autorité administrative indépendante chargée de donner un avis sur la déclassification et la communication d'informations ayant fait l'objet d'une classification (article L. 2312-1 du code de la défense).

* Enfin, l'article 56-5 du CPP encadre les perquisitions réalisées dans les locaux d'une juridiction ou au domicile d'une personne exerçant des fonctions juridictionnelles et qui tendent à la saisie de documents susceptibles d'être couverts par le secret du délibéré¹².

Une telle perquisition ne peut être réalisée que par un magistrat, sur décision écrite et motivée de celui-ci, en présence du premier président de la cour d'appel ou du premier président de la Cour de cassation ou de son délégué. Cette décision indique la nature de l'infraction sur laquelle portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci. Le magistrat qui réalise la perquisition et le premier président ont seuls le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents ou des objets se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie. Le cas échéant, le juge des libertés et de la détention statue sur l'opposition à la saisie.

c. – Autres lieux susceptibles d'être soumis à certaines règles particulières

D'autres lieux bénéficient d'une protection particulière au regard des règles relatives aux perquisitions.

* Par exemple, l'article 698-3 du CPP prévoit que, lorsque le procureur de la République, le juge d'instruction et les officiers de police judiciaire sont amenés à rechercher dans les établissements militaires des objets relatifs à des infractions, ils doivent adresser à l'autorité militaire des réquisitions tendant à obtenir l'entrée dans ces établissements. L'autorité militaire doit se soumettre à ces réquisitions et assister aux opérations.

* Les locaux diplomatiques bénéficient d'une inviolabilité, prévue à l'article 22 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961. Il n'est pas permis aux agents de l'État accréditaire d'y pénétrer, sauf avec le consentement du chef de la mission. Corrélativement, l'agent diplomatique jouit d'une immunité de juridiction en application de l'article 31 de la même Convention.

Certaines institutions internationales bénéficient également d'une protection particulière. Par exemple, les locaux et bâtiments du Conseil de l'Europe sont inviolables. « *Ses biens et avoirs, où qu'ils se trouvent et quel que soit leur*

¹² Cet article est issu de la loi du 3 juin 2016. Il fait suite à la censure par le Conseil constitutionnel de certaines dispositions de l'article 56 du CPP par la décision n° 2015-506 QPC du 4 décembre 2015, *M. Gilbert A. (Respect du secret professionnel et des droits de la défense lors d'une saisie de pièces à l'occasion d'une perquisition)*.

détenteur, sont exempts de perquisitions, réquisition, confiscation, expropriation, ou de toute autre forme de contrainte administrative ou judiciaire »¹³.

* Sans être visés par un texte spécifique, les locaux du Parlement paraissent bénéficier, selon une partie de la doctrine, d'un « usage » en vertu duquel « *les officiers de police judiciaire ne peuvent pénétrer dans les locaux de l'Assemblée nationale et du Sénat qu'avec l'accord du président de la chambre. Cette autorisation [est] justifiée par la nature même des Assemblées en tant que lieux où siège la représentation nationale* »¹⁴.

En revanche, il n'existe pas de dispositions particulières régissant les perquisitions réalisées au domicile d'un député ou d'un sénateur. Le droit commun a ainsi vocation à s'appliquer et les conditions de la perquisition dépendent alors du cadre procédural de droit commun des investigations¹⁵.

3. – Les perquisitions réalisées à l'occasion des poursuites pénales engagées à l'encontre des membres du Gouvernement

Les membres du Gouvernement ne bénéficient d'aucune immunité ou inviolabilité¹⁶. Ils bénéficient, en revanche, d'un privilège de juridiction pour les infractions commises dans l'exercice de leur fonction.

* Le titre X de la Constitution du 4 octobre 1958 relatif à la responsabilité pénale des membres du Gouvernement résulte de la révision constitutionnelle de 1993¹⁷.

L'article 68-1 de la Constitution prévoit que « *Les membres du Gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs*

¹³ Article 4 de l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe du 2 septembre 1949. D'autres organisations internationales bénéficient d'une inviolabilité similaire en application de la Convention des Nations-Unies sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées de 2008.

¹⁴ S. Rayne, « Perquisition – Saisie – Visite domiciliaire », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2022, n° 60. Serait ainsi mis en œuvre le principe d'invulnérabilité, découlant du deuxième alinéa de l'article 26 de la Constitution, aux termes duquel « *Aucun membre du Parlement ne peut faire l'objet, en matière criminelle ou correctionnelle, d'une arrestation ou de toute autre mesure privative ou restrictive de liberté qu'avec l'autorisation du bureau de l'assemblée dont il fait partie. Cette autorisation n'est pas requise en cas de crime ou délit flagrant ou de condamnation définitive* ».

¹⁵ Pour un aperçu général : F. Dupuis, « Les perquisitions au domicile des parlementaires et dans les locaux des partis politiques », *La lettre juridique Lexbase*, n° 762, 22 nov. 2018.

¹⁶ Contrairement au Président de la République qui, en application du deuxième alinéa de l'article 67 de la Constitution, « *ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite. Tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu* ».

¹⁷ Loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et XVI.

fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis » et qu'ils sont jugés par la Cour de justice de la République (CJR)¹⁸.

La procédure applicable devant cette juridiction est prévue par la loi organique du 23 novembre 1993 sur la CJR¹⁹.

Le ministère public près la CJR est exercé par le procureur général près la Cour de cassation, assisté d'un premier avocat général et de deux avocats généraux qu'il désigne²⁰. Les plaintes sont adressées à une commission des requêtes qui apprécie la suite à leur donner.

Concernant cette phase de mise en mouvement de l'action publique, l'article 15 de la loi organique précitée prévoit qu'« *En cas de plainte insuffisamment motivée ou insuffisamment justifiée par les pièces produites, la commission des requêtes peut faire procéder à toutes investigations utiles selon les formes prévues par les articles 75, 76 et 77-1 du code de procédure pénale* ». Il résulte de ces dispositions que la possibilité de réaliser des visites domiciliaires, perquisitions et saisies a été expressément envisagée par le législateur organique²¹.

Concernant la procédure d'instruction devant la CJR, confiée à sa commission d'instruction, le premier alinéa de l'article 18 de la loi organique précitée prévoit que, « *Dans la mesure où il n'y est pas dérogé par le présent chapitre, la commission d'instruction procède à tous les actes qu'elle juge utiles à la manifestation de la vérité selon les règles édictées par le code de procédure pénale et spécialement celles relatives aux droits de la défense* »²².

La loi organique sur la CJR ne prévoit ainsi aucune disposition spécifique visant à encadrer la possibilité de réaliser des perquisitions, quand bien même elles se dérouleraient dans les locaux d'un ministère : celles-ci obéissent donc aux conditions de droit commun prévues dans le code de procédure pénale.

¹⁸ Pour la poursuite et le jugement des infractions qui ne relèvent pas de l'exercice des fonctions ministérielles, la Cour de justice de la République n'est pas compétente, même si les faits sont concomitants à l'exercice desdites fonctions.

¹⁹ Loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République.

²⁰ Article 8 de la loi organique.

²¹ Dans sa décision n° 93-327 DC du 19 novembre 1993, le Conseil constitutionnel a jugé que « *les pouvoirs d'investigation conférés à la commission, lesquels excluent toute mesure coercitive, ne sont pas de nature à porter atteinte à la liberté individuelle en méconnaissance de l'article 66 de la Constitution* » (cons. 14).

²² Dans la décision précitée, le Conseil a jugé que ces dispositions ne méconnaissaient aucune règle de valeur constitutionnel (cons. 16).

B. – Origine de la QPC et question posée

M. Éric D., ministre de la justice en exercice, avait été mis en examen par la commission d’instruction de la CJR le 16 juillet 2021 du chef de prises illégales d’intérêts, délit prévu et réprimé par l’article 432-12 du code pénal.

Le 1^{er} juillet 2021, la commission d’instruction, assistée de la Commission du secret de la défense nationale, avait réalisé une perquisition au sein du ministère de la justice, et notamment dans le bureau du ministre, à son secrétariat, ainsi que dans les bureaux de certains de ses collaborateurs.

Par deux arrêts du 3 novembre 2021 et du 14 juin 2022, la commission d’instruction avait rejeté différentes requêtes en nullité formées par le mis en examen à l’encontre de ces opérations. Par un arrêt du 3 octobre 2022, elle l’avait renvoyé devant la formation de jugement de la CJR pour y être jugé pour prises illégales d’intérêts.

À l’occasion des pourvois en cassation qu’il avait formés devant la Cour de cassation contre chacun de ces trois arrêts, le requérant avait formulé trois QPC, qui avaient été jointes par la Cour de cassation, et étaient ainsi formulées : *« Les dispositions des articles 56, 57, alinéa 1^{er}, et 96 du code de procédure pénale, en ce qu’elles autorisent la perquisition au sein du siège d’un ministère, lieu d’exercice du pouvoir exécutif au sens de l’article 20 de la Constitution, sans assigner de limites spécifiques à cette mesure, ni l’assortir de garanties spéciales de procédure permettant de prévenir une atteinte disproportionnée à la séparation des pouvoirs, portent-elles atteinte à ce principe, garanti par l’article 16 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen, ainsi qu’à l’article 34 de la Constitution qui impose au législateur de fixer les règles concernant la procédure pénale ? »*.

Dans son arrêt du 17 février 2023, l’assemblée plénière de la Cour de cassation²³ avait jugé que *« Les questions posées revêtent un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce critère alternatif de saisine, en ce que, invoquant une méconnaissance par le législateur de sa propre compétence quant aux conditions dans lesquelles l’autorité judiciaire peut effectuer un acte d’investigation à caractère coercitif dans un ministère, lieu d’exercice de l’action gouvernementale, elles présentent un enjeu institutionnel au regard du principe de la séparation des pouvoirs »*.

Elle avait donc renvoyé la QPC au Conseil constitutionnel.

²³ Les pourvois en cassation dont les arrêts de la commission d’instruction peuvent faire l’objet sont portés devant l’assemblée plénière de la Cour de cassation en application de l’article 24 de la loi organique du 23 novembre 1993 précitée.

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

Le requérant reprochait aux dispositions renvoyées, qui autorisent les perquisitions et saisies, de ne pas prévoir de garanties protégeant les prérogatives du pouvoir exécutif dans le cas particulier où ces opérations sont réalisées dans les locaux d'un ministère à l'occasion d'une information visant un membre du Gouvernement. Selon lui, ces dispositions étaient ainsi entachées d'incompétence négative dans des conditions affectant le principe de séparation des pouvoirs.

Au vu de ce grief, le Conseil constitutionnel a considéré que la QPC portait sur le quatrième alinéa de l'article 96 du CPP (paragr. 5).

A. – La jurisprudence constitutionnelle

1. – L'incompétence négative et son contrôle en QPC

* Apparu dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel dès la décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967²⁴, le contrôle de l'incompétence négative sanctionne le fait, pour le législateur, de ne pas avoir pleinement exercé sa compétence. Ce contrôle se fonde sur la définition par la Constitution, notamment à son article 34, d'un domaine dans lequel le législateur doit fixer les règles et principes applicables. Le Conseil veille dès lors à ce que la loi ne reporte pas sur d'autres autorités, réglementaires ou juridictionnelles, l'exercice d'une compétence que la Constitution a réservée au législateur.

Ainsi, une disposition législative peut être entachée d'incompétence négative parce que le législateur est intervenu sans avoir épuisé sa compétence dans un domaine qui, en lui-même, lui est réservé par la Constitution. L'incompétence négative peut alors notamment résulter du renvoi explicite à un acte réglementaire sur une question relevant du domaine législatif²⁵ ou de dispositions excessivement imprécises ou ambiguës²⁶.

L'incompétence négative est également caractérisée lorsque le législateur a omis de prévoir les garanties légales dont le dispositif institué devait être entouré pour

²⁴ Décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature*, cons. 4.

²⁵ Voir par exemple les décisions n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. 57 ; n° 2011-639 DC du 28 juillet 2011, *Loi tendant à améliorer le fonctionnement des maisons départementales des personnes handicapées et portant diverses dispositions relatives à la politique du handicap*, cons. 10.

²⁶ Voir par exemple les décisions n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*, cons. 53 ; n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, cons. 25 à 29 ; n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. 14 ; n° 2004-503 DC du 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, cons. 36.

assurer le respect d'exigences constitutionnelles²⁷. Il est alors regardé comme n'ayant pas pleinement exercé la compétence que lui attribue par exemple l'article 34 de la Constitution pour fixer les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques²⁸.

* Dans le cadre du contentieux des QPC, le contrôle de l'incompétence négative du législateur par le Conseil constitutionnel connaît certaines particularités.

En effet, après s'être développée dans le cadre du contrôle *a priori*, la jurisprudence relative à l'incompétence négative a été transposée au contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et a été limitée, dans ce cadre, au regard de l'objet spécifique de la QPC, tel que prévu par l'article 61-1 de la Constitution.

Après avoir jugé que le grief tiré de l'incompétence négative ne pouvait être invoqué dans le cadre d'une QPC « *que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit* »²⁹, le Conseil a précisé son considérant de principe, depuis sa décision n° 2012-254 QPC du 18 juin 2012, en retenant « *que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit* »³⁰.

Ainsi, le Conseil constitutionnel ne contrôle l'incompétence négative du législateur dans le cadre du contentieux des QPC que dans la mesure où la défaillance du législateur dans l'exercice de sa compétence affecte « *par elle-même* » les droits et libertés garantis par la Constitution au sens de l'article 61-1 de la Constitution. À défaut, le grief tiré de l'incompétence négative est inopérant.

2. – Les « droits et libertés » au sens de l'article 61-1 de la Constitution

Au titre de l'article 61-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'une QPC que si la disposition législative en cause « *porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* ». Le Conseil a ainsi développé, dès l'origine, une jurisprudence propre à la QPC excluant la recevabilité de certains

²⁷ Voir par exemple la décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, cons. 35 à 37.

²⁸ Pour un exemple tenant à la compétence que le législateur tient de l'article 7 de la Charte de l'environnement pour prévoir les modalités de participation du public à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement, voir la décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, *Force 5 (Autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité)*, paragr. 9.

²⁹ Décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark (Incompétence négative en matière fiscale)*, cons. 3.

³⁰ Décision n° 2012-254 QPC du 18 juin 2012, *Fédération de l'énergie et des mines – Force ouvrière FNEM FO (Régimes spéciaux de sécurité sociale)*, cons. 3.

des griefs soulevés devant lui lorsqu'ils ne se rattachaient pas à une exigence constitutionnelle relevant spécifiquement de ces droits et libertés.

* Une telle jurisprudence s'appuie sur la volonté explicite du Constituant, comme en attestent les travaux préparatoires de la révision de juillet 2008³¹.

L'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle présentait ainsi l'introduction de la possibilité d'un contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois : « *Les dispositions en cause seraient contrôlées sous l'angle non pas de la procédure ou de la compétence, qui n'intéressent que les rapports entre les pouvoirs publics, mais de leur conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution* »³².

Dans le rapport fait au nom de la commission des lois sur la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, M. Jean-Luc Warsmann relevait de même que « *Les termes "droits et libertés garantis par la Constitution" permettent de couvrir l'ensemble des droits substantiels auxquels notre Constitution fait référence, et a pour seule conséquence d'exclure du contrôle de constitutionnalité a posteriori les dispositions procédurales, relatives aux pouvoirs publics et à leurs rapports, ainsi que les dispositions relatives au partage des compétences entre la loi et le règlement, figurant dans la Constitution. [...] En ce sens, la question de constitutionnalité ne saurait permettre de purger les dispositions législatives de l'ensemble des inconstitutionnalités qu'elles seraient susceptibles de contenir, mais uniquement de celles qui font grief à une partie à l'instance* »³³.

* Depuis l'entrée en vigueur de la QPC, le Conseil constitutionnel a en conséquence jugé que cette formulation, destinée à circonscrire le périmètre des moyens de constitutionnalité invocables, exclut du contrôle *a posteriori* différentes normes constitutionnelles qui restent en revanche opérantes dans le cadre du contrôle *a priori*.

³¹ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République.

³² Exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle n° 820, déposé à l'Assemblée Nationale le 23 avril 2008 (p. 12). Comme le développait le rapporteur du texte pour l'Assemblée nationale « *la question ne pourra être posée que sur le fondement d'une atteinte aux "droits et libertés garanties par la Constitution" ; d'une part, il n'est pas question de juger d'une loi dans son aspect procédural ou au regard de la compétence de son auteur ; mais, d'autre part, cette précision permettra néanmoins de confronter la disposition à l'ensemble du contenu du "bloc de constitutionnalité" comprenant à la fois les droits et libertés garantis par la Déclaration de 1789, l'ensemble des principes particulièrement nécessaires à notre temps énoncés par le préambule de la Constitution 1946 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. / La mention des "libertés et droits fondamentaux reconnus par la Constitution" figurant dans les propositions du « comité Balladur » aurait inutilement laissé entendre que certains droits et libertés reconnus par la Constitution sont moins "fondamentaux" que d'autres* » (rapport n° 892 [Assemblée nationale – XIII^e législature] de M. Jean-Luc WARSMANN, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 mai 2008, p. 437).

³³ Rapport, n° 1898, 3 septembre 2009.

- Il a ainsi été jugé que les termes adoptés par le Constituant ne font pas entrer les règles de procédure d'adoption de la loi dans le champ des normes invocables en QPC. Le Conseil constitutionnel l'a jugé pour le respect du domaine des lois de finances³⁴, du domaine de la loi organique³⁵, ou encore le principe de clarté et de sincérité des débats parlementaires³⁶.

Dans toutes ces hypothèses, le Conseil constitutionnel a énoncé, par un considérant de principe, que « *le grief tiré de la méconnaissance de la procédure d'adoption d'une loi ne peut être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité* ».

- Le Conseil constitutionnel a également dénié la qualité de « *droits et libertés garantis par la Constitution* », au sens de l'article 61-1 de la Constitution, à plusieurs normes du bloc de constitutionnalité.

Le Conseil constitutionnel exclut ainsi du champ de la QPC les dispositions constitutionnelles qui ne s'adressent qu'au législateur ou aux autorités publiques et dont les justiciables ne sont que les destinataires indirects.

Il en est ainsi tout d'abord dans le cas des diverses « *habilitations législatives* » que prévoit la Constitution : lorsqu'une disposition ne fait qu'habiliter le législateur à intervenir dans un champ de compétence donné, le Conseil estime qu'elle n'institue pas un droit ou une liberté directement invocable en QPC.

À ce titre, il a considéré que les dispositions du deuxième alinéa de l'article 72 de la Constitution, qui posent un principe de subsidiarité au bénéfice des collectivités territoriales, n'instituaient pas un droit ou une liberté qui puisse être invoqué à l'appui d'une QPC³⁷.

De la même manière, il a refusé de voir un droit ou une liberté que la Constitution garantit dans l'habilitation donnée au législateur, par la dernière phrase du troisième alinéa de l'article 72-1 de la Constitution, pour prévoir des conditions de consultation des électeurs en vue de la modification des limites des collectivités territoriales³⁸.

³⁴ Décision n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre (Indemnité temporaire de retraite outre-mer)*, cons. 7.

³⁵ Décision n° 2012-241 QPC du 4 mai 2012, *EURL David Ramirez (Mandat et discipline des juges consulaires)*, cons. 20.

³⁶ Décision n° 2013-370 QPC du 28 février 2014, *M. Marc S. et autre (Exploitation numérique des livres indisponibles)*, cons. 11.

³⁷ Décision n° 2013-304 QPC du 26 avril 2013, *Commune de Maing (Retrait d'une commune membre d'un EPCI)*, cons. 7.

³⁸ Décision n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque (Fusion de communes)*, cons. 3.

C'est cette même logique qui a conduit le Conseil à refuser de voir dans le dernier alinéa de l'article 72-2 de la Constitution, qui habilite le législateur à prévoir des dispositifs de péréquation destinés à favoriser l'égalité entre collectivités territoriales, un droit ou une liberté que la Constitution garantit³⁹.

De façon comparable, le Conseil a refusé de voir un droit ou une liberté que la Constitution garantit dans l'article 6 de la Charte de l'environnement qui dispose que « *Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* »⁴⁰.

C'est également en raisonnant en termes d'habilitation donnée au législateur que le Conseil constitutionnel a considéré que le principe de parité (prévu au second alinéa de l'article 1^{er} de la Constitution, aux termes duquel « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives* »), n'instituait pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit⁴¹.

3. – Le principe de la séparation des pouvoirs et l'absence d'invocabilité autonome du grief en QPC

* Le principe de la séparation des pouvoirs fait l'objet d'une jurisprudence abondante du Conseil constitutionnel depuis sa décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989⁴².

- Ce principe est d'abord appréhendé comme une protection de l'autorité judiciaire contre les empiètements du législateur et du Gouvernement.

Selon sa formulation de principe, le Conseil juge « *qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution" ; que cet article implique le respect du caractère spécifique des fonctions juridictionnelles, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement* »⁴³.

³⁹ Décision n° 2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autre (Instruction CNI et passeports)*, cons. 5.

⁴⁰ Décision n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012, *M. Antoine de M. (Classement et déclassement de sites)*, cons. 22.

⁴¹ Décision n° 2015-465 QPC du 24 avril 2015, *Conférence des présidents d'université (Composition de la formation restreinte du conseil académique)*, cons. 14.

⁴² Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 24 et 27.

⁴³ Voir, par exemple, la décision n° 2013-676 DC du 9 octobre 2013, *Loi relative à la transparence de la vie publique*, cons. 46 et, auparavant, décision n° 2007-551 DC du 1^{er} mars 2007, *Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*, cons. 10.

Le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire⁴⁴ et contrôlé le respect de cette exigence constitutionnelle dans plusieurs décisions portant sur les fonctions juridictionnelles, en lui reconnaissant ensuite un double ancrage constitutionnel avec l'article 64 de la Constitution et l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁴⁵.

Dans sa décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, le Conseil constitutionnel était saisi des dispositions de l'article 30 du CPP qui définissaient les conditions d'exercice de l'autorité hiérarchique du ministre de la justice sur les magistrats du parquet et l'autorisaient à prendre certaines instructions⁴⁶.

Il a jugé « qu'en vertu de l'article 20 de la Constitution, le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation, notamment dans le domaine de l'action publique ; que l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 susvisée, portant loi organique relative au statut de la magistrature, place les magistrats du parquet sous l'autorité du ministre de la justice ; que l'article 30 nouveau du code de procédure pénale, qui définit et limite les conditions dans lesquelles s'exerce cette autorité, ne méconnaît ni la conception française de la séparation des pouvoirs, ni le principe selon lequel l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet, ni aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle »⁴⁷.

En revanche, dans sa décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, le Conseil avait censuré une disposition subordonnant à l'avis favorable d'une commission administrative le pouvoir du tribunal de l'application des peines d'accorder la libération conditionnelle. Rappelant que « *l'article 16 de la Déclaration de 1789 et l'article 64 de la Constitution garantissent l'indépendance des juridictions ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le Gouvernement, non plus qu'aucune autorité administrative* »⁴⁸, le Conseil a jugé que cette disposition constituait un empiètement d'une autorité administrative contraire tant à la séparation des pouvoirs qu'à l'indépendance de l'autorité judiciaire.

⁴⁴ Décision n° 70-40 DC du 9 juillet 1970, *Loi organique relative au statut des magistrats*, cons. 2

⁴⁵ Par exemple, décision n° 2007-551 DC du 1^{er} mars 2007, *Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*, cons. 10 et s.

⁴⁶ « *Le ministre de la justice conduit la politique d'action publique déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République. / À cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales d'action publique. / Il peut dénoncer au procureur général les infractions à la loi pénale dont il a connaissance et lui enjoindre, par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le ministre juge opportunes* ».

⁴⁷ Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 98.

⁴⁸ Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, cons. 33.

- Le principe de la séparation des pouvoirs s'applique également aux relations entretenues entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Le Conseil veille régulièrement au respect de cette exigence lorsqu'il contrôle les règlements des assemblées parlementaires, en interdisant par exemple toute injonction du Parlement à l'égard du Gouvernement. Il arrive également au Conseil d'examiner et d'accueillir ce type de grief dans le cadre de son contrôle des lois, en particulier des lois organiques.

Ainsi, dans sa décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, le Conseil constitutionnel a jugé que des dispositions législatives qui imposent la présence du ministre du budget lors de certains débats devant les commissions permanentes compétentes en matière de finances de l'Assemblée nationale et du Sénat sont contraires à la séparation des pouvoirs⁴⁹.

Dans sa décision n° 2015-721 DC du 12 novembre 2015, s'agissant de dispositions organiques régissant les compétences du conseil territorial de la collectivité de Saint-Barthélemy, le Conseil a jugé « *qu'en prévoyant que le Premier ministre est tenu de prendre dans un délai préfix un décret d'approbation ou de refus d'approbation d'actes dans le domaine du droit pénal, le 1° de l'article 5 de la loi organique méconnaît le principe de la séparation des pouvoirs et les dispositions de l'article 21 de la Constitution* »⁵⁰.

* Cependant, dans le cadre du contrôle *a posteriori*, l'invocation du principe de séparation des pouvoirs obéit à certaines modalités particulières qui découlent de l'objet même des QPC.

- Le principe de la séparation des pouvoirs peut être mobilisé par le Conseil constitutionnel lui-même pour opérer une conciliation avec certains droits et libertés invoqués par les requérants. Le Conseil peut ainsi expressément prendre en compte ce principe au titre des diverses exigences constitutionnelles dont le législateur doit assurer la conciliation.

Le Conseil a jugé, par exemple, que le droit à un recours juridictionnel effectif devait être concilié avec le principe de la séparation des pouvoirs.

Saisi de dispositions encadrant les possibilités pour leurs agents de former des recours contre les décisions des instances des assemblées parlementaires auxquelles il était reproché de méconnaître le droit à un recours juridictionnel

⁴⁹ Décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, cons. 78 et 79.

⁵⁰ Décision n° 2015-721 DC du 12 novembre 2015, *Loi organique portant diverses dispositions relatives à la collectivité de Saint-Barthélemy*, cons. 15.

effectif, le Conseil a jugé, dans sa décision n° 2011-129 QPC du 13 mai 2011, que « *les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 [relative au fonctionnement des assemblées parlementaires] permettent à tout agent des assemblées parlementaires de contester, devant la juridiction administrative, une décision individuelle prise par les instances des assemblées parlementaires qui lui fait grief ; qu'à cette occasion, l'agent intéressé peut à la fois contester, par la voie de l'exception, la légalité des actes statutaires sur le fondement desquels a été prise la décision lui faisant grief et engager une action en responsabilité contre l'État ; qu'à cette même occasion, une organisation syndicale a la possibilité d'intervenir devant la juridiction saisie ; que, par suite, en ne permettant pas à une telle organisation de saisir directement la juridiction administrative d'un recours contre un acte statutaire pris par les instances d'une assemblée parlementaire, le législateur a assuré une conciliation qui n'est pas disproportionnée entre le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif et le principe de séparation des pouvoirs garantis par l'article 16 de la Déclaration de 1789* »⁵¹.

- En revanche, l'invocabilité du principe de séparation des pouvoirs *au soutien* d'une QPC est davantage encadrée, en cohérence avec l'objet même de ce contentieux qui ne vise pas à apprécier la constitutionnalité d'une disposition législative au regard de toutes les normes constitutionnelles, mais uniquement au regard des droits et libertés que la Constitution garantit.

Le Conseil constitutionnel juge ainsi que la méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs ne peut être utilement invoquée dans le cadre d'une QPC que lorsqu'il en résulte une atteinte à un droit ou une liberté que la Constitution garantit dans le chef d'un justiciable.

- Ainsi, dans sa décision n° 2010-29/37 QPC, le Conseil a accepté d'examiner le grief tiré de la méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs au détriment de la juridiction judiciaire dès lors qu'il était invoqué en tant qu'il en résultait une atteinte à la garantie des droits, elle-même invocable en QPC⁵². Le commentaire de cette décision, qui écarte le grief, précise en ce sens que « *Le Conseil constitutionnel n'a pas vu [...] dans les dispositions contestées une atteinte à la séparation des pouvoirs qui remettrait en cause des décisions de justice* ».

- De même, dans sa décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, le Conseil constitutionnel a confronté les dispositions contestées au principe de séparation

⁵¹ Décision n° 2011-129 QPC du 13 mai 2011, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat (Actes internes des Assemblées parlementaires)*, cons. 4.

⁵² Décision n° 2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autre (Instruction CNI et passeports)*, cons. 11 à 13

des pouvoirs, dès lors qu'il était invoqué en tant qu'il en résultait une atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif et au droit à un procès équitable, eux-mêmes invocables en QPC⁵³.

- Dans sa décision n° 2015-524 QPC du 2 mars 2016, le Conseil constitutionnel a confronté les dispositions contestées au principe de séparation des pouvoirs dès lors qu'il était invoqué en tant qu'il en résultait une atteinte au respect des droits de la défense, lui-même invocable en QPC⁵⁴.

- Dans sa décision n° 2016-555 QPC du 22 juillet 2016, le Conseil constitutionnel a expressément jugé que « *La méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit* »⁵⁵.

Comme le relève le commentaire de cette décision, qui revient sur l'office du Conseil tel qu'il résulte des décisions antérieures en la matière, « *L'invocation du principe de séparation des pouvoirs est ainsi utilisée, dans le cadre du contrôle a posteriori, selon un raisonnement analogue à celui mené pour l'incompétence négative* ».

- Cette solution a par la suite été confirmée par le Conseil, de façon implicite, lors de l'examen d'un grief tiré de la méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs dans des conditions affectant le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire (décision n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017⁵⁶) et d'un grief tiré de la méconnaissance des principes d'indépendance de l'autorité judiciaire et de la séparation des pouvoirs, en raison notamment de l'atteinte portée au libre exercice de l'action publique par les magistrats du parquet (décision n° 2021-927 QPC du 14 septembre 2021⁵⁷).

⁵³ Décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, *Mme Ekaterina B., épouse D., et autres (Secret défense)*, cons. 20. Le Conseil était saisi de dispositions relatives aux lieux couverts par le secret de la défense nationale. À cette occasion, après avoir rappelé les dispositions de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et de l'article 20, alinéa 1^{er}, de la Constitution et indiqué qu'en vertu de l'article 5 de la Constitution, le Président de la République est le garant de l'indépendance nationale et de l'intégrité du territoire, il a affirmé, pour la première fois, que « *le principe de la séparation des pouvoirs s'applique à l'égard du Président de la République et du Gouvernement* ». Il a ensuite précisé que l'article 16 de la Déclaration de 1789 implique le respect du caractère spécifique des fonctions juridictionnelles, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement, ainsi que le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif et le droit à un procès équitable.

⁵⁴ Décision n° 2015-524 QPC du 2 mars 2016, *M. Abdel Manane M. K. (Gel administratif des avoirs)*.

⁵⁵ Décision n° 2016-555 QPC du 22 juillet 2016, *M. Karim B. (Subordination de la mise en mouvement de l'action publique en matière d'infractions fiscales à une plainte de l'administration)*, paragr. 9.

⁵⁶ Décision n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017, *Union syndicale des magistrats (Indépendance des magistrats du parquet)*.

⁵⁷ Décision n° 2021-927 QPC du 14 septembre 2021, *Ligue des droits de l'homme (Transmission de rapports particuliers par les procureurs à leur autorité hiérarchique)*.

Prenant acte de cette jurisprudence bien établie, la Cour de cassation⁵⁸ comme le Conseil d'État⁵⁹ déclarent irrecevables, dans leur office de juge du filtre, les QPC qui ne seraient fondées que sur le seul grief tiré de l'atteinte au principe de la séparation des pouvoirs au motif qu'il est inopérant.

* Il convient par ailleurs de préciser que, dans sa décision n° 2015-506 QPC du 4 décembre 2015, le Conseil avait déjà été amené à examiner, dans une rédaction antérieure, les articles du CPP relatifs aux perquisitions et saisies dont les dispositions faisaient l'objet de la décision commentée.

La conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles 56, 57 et 96 du CPP⁶⁰ était alors contestée sur le fondement de l'incompétence négative du législateur en ce que ces dispositions ne prévoyaient aucun encadrement particulier pour les perquisitions réalisées dans les locaux d'une juridiction ou au domicile d'un magistrat et ne comportaient ce faisant pas les garanties nécessaires à assurer le respect du principe d'indépendance des juridictions.

Le Conseil a d'abord rappelé que l'article 16 de la Déclaration de 1789 garantit le principe d'indépendance des juridictions, qui est indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles et dont découle le principe du secret du délibéré. Puis il a précisé qu'il « *incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la recherche des auteurs d'infractions, nécessaire à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figure le principe d'indépendance des juridictions* »⁶¹.

À cette aune, le Conseil a alors jugé « *qu'en vertu du premier alinéa de l'article 56 du code de procédure pénale, lors d'une enquête de flagrance, l'officier de police judiciaire peut saisir tout papier, document, donnée informatique ou autre objet en la possession des personnes qui paraissent avoir participé à l'infraction ou détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits ; que, s'il est loisible au législateur de permettre la saisie d'éléments couverts par le secret du délibéré, il lui appartient de prévoir les conditions et modalités selon lesquelles une telle atteinte au principe d'indépendance peut être mise en œuvre afin que celle-ci*

⁵⁸ Par ex. Cass. 3^e Civ., 17 novembre 2021, n^{os} 21-40.018 et 21-40.019 (« *Enoncé des questions prioritaires de constitutionnalité / (...) le législateur a-t-il méconnu le principe général de la séparation des pouvoirs (...) ?* » (...) *Examen des questions prioritaires de constitutionnalité / 7. Les questions posées n'allèguent la méconnaissance d'aucun droit ou liberté garantis par la Constitution. / 8. Elles sont, dès lors, irrecevables.* »)

⁵⁹ Par ex. CE, 9 juin 2020, n^o 438822, point 10 (« *[La requérante] ne saurait davantage se prévaloir d'une violation de la séparation des pouvoirs garantie par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dont la méconnaissance ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où elle affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit.* »)

⁶⁰ Était en outre renvoyé l'article 81 du CPP.

⁶¹ Décision n° 2015-506 QPC du 4 décembre 2015, *M. Gilbert A. (Respect du secret professionnel et des droits de la défense lors d'une saisie de pièces à l'occasion d'une perquisition)*, cons. 14.

demeure proportionnée ; que les dispositions contestées se bornent à imposer à l'officier de police judiciaire de provoquer préalablement à une saisie "toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense" ; que ni ces dispositions ni aucune autre disposition n'indiquent à quelles conditions un élément couvert par le secret du délibéré peut être saisi ; qu'ainsi, en adoptant les dispositions contestées, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence dans des conditions qui affectent par elles-mêmes le principe d'indépendance des juridictions ; que, par suite, le troisième alinéa de l'article 56 et les mots "Sous réserve de ce qui est dit à l'article 56 concernant le respect du secret professionnel et des droits de la défense" figurant à l'article 57 doivent être déclarés contraires à la Constitution »⁶².

B. – L'application à l'espèce

* Après avoir décrit l'objet des dispositions contestées (paragr. 6 et 7), le Conseil constitutionnel a repris sa formulation de principe relative au contrôle de l'incompétence négative dans le cadre du contentieux *a posteriori*. Il a ainsi rappelé les termes de l'article 61-1 de la Constitution et précisé que « *La méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit* » (paragr. 8).

La QPC, transmise par la Cour de cassation en raison de son caractère « nouveau », présentait plusieurs particularités. D'une part, elle abordait le principe de la séparation des pouvoirs sous un angle qui n'avait jusqu'alors pas été examiné par le Conseil constitutionnel, puisque c'est l'empiètement de l'autorité judiciaire sur le pouvoir exécutif qui était critiqué par le requérant. D'autre part, ce dernier invitait le Conseil à opérer un revirement de jurisprudence pour admettre désormais l'invocabilité autonome du principe de la séparation des pouvoirs dans le cadre du contrôle *a posteriori*, faisant ainsi relever ce principe des « droits et libertés » mentionnés à l'article 61-1 de la Constitution.

* Pour y répondre, le Conseil a commencé par rappeler qu'il résulte de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 « *le principe de la séparation des pouvoirs qui s'applique notamment à l'égard du Gouvernement* » (paragr. 9).

Le Conseil constitutionnel a ensuite distingué le cadre de son office selon qu'il est saisi dans le cadre du contrôle *a priori* ou *a posteriori* de la loi (c'est-à-dire en QPC).

⁶² *Ibid.*, cons. 15.

- Il a d'abord rappelé, concernant son office lorsqu'il est saisi en contrôle *a priori*, que le principe de séparation des pouvoirs « *peut être invoqué devant le Conseil constitutionnel saisi en application de l'article 61 de la Constitution* » (paragr. 10). Lors de l'examen des saisines *a priori* (décisions dites « DC » portant notamment sur les lois non promulguées et les règlements des assemblées parlementaires), le Conseil s'assure en effet du respect des prérogatives respectives de chacun des pouvoirs publics constitutionnels contre les empiètements des autres. Le principe de séparation des pouvoirs trouve ainsi naturellement à se déployer dans le cadre du contrôle *a priori* où le Conseil est appelé à statuer sur des dispositions susceptibles de mettre en cause les relations entretenues entre les pouvoirs exécutif et législatif et l'autorité judiciaire.

- En revanche, en QPC, le contrôle *a posteriori* est fondé sur l'article 61-1 de la Constitution et suppose donc que soit en cause un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Or, comme il a été rappelé plus haut, le Conseil constitutionnel n'a jamais considéré, depuis sa décision n° 2010-29/37 QPC, que le principe de séparation des pouvoirs puisse constituer, par lui-même, l'un de ces droits ou libertés.

En effet, l'intention du Constituant, lorsqu'a été créée la QPC et introduite la notion d'« *atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* », était d'exclure du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* les dispositions procédurales relatives aux pouvoirs publics, à leurs rapports ou à leurs compétences. Il en résulte que le Conseil constitutionnel ne retient pas comme opérantes, au regard du contrôle qu'il opère sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, les questions de répartition de compétences entre la loi et le règlement, ou de respect de la procédure d'adoption de la loi. De la même manière, il ne relève pas de son office en QPC d'examiner de façon générale la question du respect des prérogatives et compétences des pouvoirs publics.

Dans le droit fil de sa décision n° 2016-555 QPC précitée, le Conseil a donc rappelé que la méconnaissance du principe de la séparation des pouvoirs « *ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit* » (paragr. 10).

* Au cas présent, il était uniquement reproché aux dispositions contestées d'être entachées d'incompétence négative dans des conditions affectant le principe de séparation des pouvoirs, sans que l'incompétence négative, à la supposer établie, soit reliée à un « *droit ou une liberté que la Constitution garantit* ».

Le Conseil constitutionnel a donc jugé que « *le grief tiré de la méconnaissance de l'étendue de sa compétence par le législateur dans des conditions affectant le principe de la séparation des pouvoirs ne peut qu'être écarté* » (paragr. 11).

Ce faisant, il n'a pas retenu l'analogie que tentait d'établir le requérant avec la décision n° 2015-506 QPC du 4 décembre 2015 précitée par laquelle avait été censuré l'insuffisant encadrement par la loi des perquisitions au sein des locaux des juridictions ou des domiciles des magistrats. En effet, cette censure avait été prononcée au regard d'une incompétence négative du législateur affectant, par elle-même, le principe d'indépendance de la justice, dont le Conseil avait admis depuis longtemps qu'il constitue un droit ou liberté invocable en QPC.

Les dispositions contestées ne méconnaissant aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, le Conseil les a donc déclarées conformes à la Constitution (paragr. 12).